

**İSTİSNA VE ÖZELLİKLE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
MÜTEAHHİDİN (YÜKLENİCİNİN) ESERİ TESLİM ZAMANINDA
GECİKMESİNE BAĞLANAN İFAYA EKLENEN CEZAI ŞART
(GECİKME CEZASI) KAYITLARI**

**Kumulativstrafklauseln (Verspätungsstrafklauseln) bei
Verzögerung der Ablieferungspflicht von Unternehmern bei Werk und
insbesondere Bauverträgen Dieser Beitrag befasst sich mit
Verspätungsstrafklauseln bei Bauverträgen.**

Yard.Doç. Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu*

Özet:

Bu çalışmada inşaat sözleşmelerinde gecikme cezası kayıtları ele alınmaktadır. Bu bağlamda, müteahhidin eseri teslim borcu, gecikme cezası ve götürü tazminat kayıtları, sınırları ve yorumu, cezai şart talebinin iş sahibinin diğer talepleriyle ilişkisi ve inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şart kayıtları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

Abstract:

In diesem Zusammenhang ist ausführlich behandelt worden: die Ablieferungspflicht von Unternehmern, die Verspätungsstraf- und pauschalierte Schadensersatzklauseln und deren Abgrenzung und Auslegung, das Verhältnis von Strafanspruch und anderen Ansprüchen von Bauherren sowie Arten der Vertragsstrafe bei Bauverträgen.

Anahtar Kelimeler - Schlüsselwörter:

Verspätungsstrafe: Gecikme cezası

Kumulativstrafe: İfaya eklenen cezai şart kayıtları

Alternativstrafe: Seçimlik cezai şart

Pauschalierte Schadensersatzklauseln: Götürü tazminat kayıtları

Bauverzögerung: İnşaatı teslim borcunda gecikme

§ 1 GİRİŞ

İstisna sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda bir iş görme sözleşmesi

* A.Ü.Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

olarak 355-371. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İstisna sözleşmesi, Borçlar Kanununun 355. maddesinde iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir şey imalini borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu getirdiği bu tanımda edim sonucuna değil edim fiiline, yani iş görme edimine ağırlık verip, eseri teslim yükümüne tanımda açıkça yer vermemiş olmakla birlikte, BK'nunda istisna sözleşmesiyle ilgili pek çok maddede eseri teslim borcundan bahsedilmesi nedeniyle⁶², istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarının eserin imali ile iş görme sonucu olduğunu kabul etmek gerekir⁶³. Bu nedenle literatürde istisna sözleşmesinin esasının, ücret karşılığında iş görme faaliyetiyle belirli bir iş görme sonucunun yerine getirilmesinin taahhüt edilmesi olduğu ifade edilmektedir⁶⁴. O halde, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan istisna sözleşmesinde karşılıklılık ilişkisi, iş görme edimi ve eseri teslim borcu ile ücret ödeme borcu arasındadır⁶⁵. Bu nedenledir ki, istisna sözleşmesinde borçlanılan iş görme ediminin belirli bir iş görme sonucuna yönelmiş (*obligation de resultat*) nitelikli bir iş görme edimi olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Bununla birlikte istisna sözleşmesinde müteahhidin taahhüt edilen eserin teslimi yanında imalini de borçlanmasından hareketle istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, burada edim yükümünün kanunun öngördüğü model itibariyle zaman içerisinde

⁶² Misalen, BK.m.358/I; m.359/I; m.360/I; m.363/II; m.364/I'de teslimden bahsedilmektedir.

⁶³ Müteahhidin eserin meydana getirilmesi (imali) borcu, eserin teslimi borcuyla tamamlanmaktadır (bkz. **ZINDEL GAUDEZ G./ PULVER URS**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1.529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel 1996, Art. 363, Nr.2; aynı yönde **GAUCH PETER**, Der Werkvertrag, Vierte Auflage, Zürich 1996, Nr.18 vd.; **STOTZ FELIX**, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern-Frankfurt am Main-New York-Paris 1989, 1 vd.).

⁶⁴ **BÖGLI ROMAN**, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag, -Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bern/Stuttgart/Wien 1996, 20; **BÜHLER THEODOR**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Dritte Auflage, Zürich 1998, Art.363, 191; aynı yönde **BUCHER EUGEN**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, 204.

⁶⁵ Bununla birlikte **GAUTSCHI** (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2.Abt.,Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Kommentar zu Art. 363-379 OR, Bern 1967, Art.363, Nr.7a; BGE 89 II 235), iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan istisna sözleşmesinde karşılıklılık ilişkisinin (BK.m. 364/I-İsviçre BK. m. 372/I gereğince) teslim borcu (Die Ablieferungspflicht-Sachleistung-obligatio dandi) ile ücret ödeme borcu (die Vergütungspflicht) arasında olduğunu belirtmektedir.

⁶⁶ **GAUCH**, Nr.18 vd.; BGE 115 II 53 vd.

devamlılık gösteren bir ifası değil, edim yükümünün ifa ile neticelenmesi amaçlanmaktadır⁶⁷.

§ 2. MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCUNU ZAMANINDA İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I- Teslim Borcu Kavramı ve Kanunî Dayanağı

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, istisna sözleşmesinde müteahhit sadece eserin imalini değil, aynı zamanda eserin teslimini de borçlanır. Bu bağlamda eserin imali (meydana getirilmesi) borcu müteahhidin iş görme edimini, eserin teslimi ise maddi edimini (Sachleistungsobligation) oluşturur⁶⁸. İstisna sözleşmesinde, müteahhit eseri zamanında ve eksiksiz olarak, iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Teslimden amaç, eserin belirlenen yer ve zamanda eksiksiz olarak iş sahibine teslimi suretiyle iş sahibinin ifadaki menfaatini karşılamaktır. Literatürde, müteahhidin eseri teslim borcu, eseri imal etme borcu yanında istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak görülmektedir⁶⁹. İstisna sözleşmesi bakımından bu derece önemli olan teslim borcu konusunda, Borçlar Kanunumuzda açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte BK'nunda teslimden bahseden bir çok maddeden⁷⁰, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür⁷¹.

Eserin teslimi, tamamlanan eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, müteahhit tarafından, sözleşmeyi ifa amacıyla, iş sahibine geçirilmesini ifade eder⁷². Teslimin yapılabilmesi için öncelikle eserin tamamlanmış olması

⁶⁷ O halde burada işçinin edim yükümü gibi belirli ya da belirli olmayan bir zaman süresince devamlı olarak ifa edilmesi gereken sürekli bir borç söz konusu değildir. Zaman müteahhit tarafından borçlanılan edimin bütünü bakımından bir etki icra etmemektedir. İstisna sözleşmesinin kurulmasıyla tam olarak ifasının uzun bir zamana yayıldığı münferit durumlarda uzun süreli bir sözleşme olabilir de, bu istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu anlamına gelmez (istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmadığı hakkında bkz. BGE 98 II 302 vd.). Uzun süreli istisna sözleşmelerinde (sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden farklı olarak), kanunun ne sürenin sona ermesi ne de fesih gibi olağan sona erme sebepleri öngördüğü belirli ya da belirsiz bir süre kararlaştırılmaz. Hiç şüphesiz istisna sözleşmesinde müteahhidin sözleşmeyi zamanında ifa ile yükümlü olması durumu değiştirmemektedir (bkz. GAUCH, Nr.9).

⁶⁸ Bu konuda bkz. KLAUSER PETER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich 1973, 2 vd.

⁶⁹ Bkz. GAUTSCHI, Art.363, Nr.4; GAUCH, Nr.8.

⁷⁰ Nitekim, misalen BK.m.358/I, m.359/I, m.360/I, m.363/II, m.364/I'de teslimden bahsedilmektedir.

⁷¹ TANDOĞAN HALUK, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Ankara 1987, 124.

⁷² GAUCH, Nr.87; KLAUSER, 16; STOTZ, 35; GAUTSCHI, Art.367, Nr. 13a; BECKER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.IV;

gerekir⁷³. Bu kapsamda müteahhit üzerine aldığı bütün işleri tamamlamış olmalıdır⁷⁴. Eserin tamamlanmasıyla birlikte eserin teslimi aşamasına gelinir. Teslimin ne şekilde gerçekleştirileceği, sözleşmenin konusu esere⁷⁵, sözleşmenin niteliğine, sözleşmenin kapsamına ve sözleşmenin tabi olduğu hükümlere bağlı olarak farklılıklar gösterir. İnceleme konumuz olan inşaat sözleşmelerinde teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi suretiyle gerçekleşmez. Bu bağlamda iş sahibine ait arsa üzerinde ya da inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan inşaat faaliyetinin teslimi, işin sonunda teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen ele geçirilmesi ile değil⁷⁶, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi yoluyla gerçekleşir⁷⁷. Bir başka ifade ile, bu gibi durumlarda, yani iş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde, eserin maddi olarak naklinin yerini, müteahhit tarafından eserin

Obligationenrecht II.Abt., Art.184-551 OR, Bern 1934, Art. 367, Nr.2; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V.: Das Obligationenrecht, Teil 2, Zürich 1939, Art.367, Nr.2; **PEDRAZZINI MARIO**, Der Werkvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Siebenter Band, 1. Halbband, Basel und Stuttgart 1977, 523; **KOLLER ALFRED**, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgeber: Alfred Koller, St. Gallen 1996, Nr.192.

⁷³ **GAUCH, Nr. 101 vd.; Müteahhidin eseri teslim borcunu yerine getirebilmiş sayılabilmesi için, eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermiş olması, onun eser üzerinde doğrudan doğruya zilyet olmasını sağlaması ya da onun zilyetliğini rahatsız edici durumu ortadan kaldırması gerekir (GAUTSCHI, Art.363, Nr. 50-56; TANDOĞAN, 125; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 1012; karşı.GAUCH, Nr. 87). Bu bakımdan müteahhidin eseri teslim borcunu yerine getirmesi ancak tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olur. Henüz tamamlanmamış eserler teslim borcunun konusunu oluşturmazlar(GAUCH, Nr.103; BGE 98 II 116; TUNÇOMAĞ, Borçlar II, 1012; TANDOĞAN, 125).**

⁷⁴ Bunun yanında, örneğin bir ev inşasında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa bile, bu durum, mutlaka evin tesliminin yapıldığı anlamına gelmez (**GAUTSCHI, Art. 367, Nr. 8-12; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.367, Nr.2; TANDOĞAN, 126; karşı. GAUCH, Nr.103.**). Ancak eserin bitmiş sayılması açısından önemsiz ve tali mahiyetteki bir takım işlerin eksik kalması halinde, eğer bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa eser tamamlanmış kabul edilmelidir (**GAUCH, Nr.103 ve özellikle 104**).

⁷⁵ Örneğin, taşınır şeylerin teslimi zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi şeklinde gerçekleşir (**KLAUSER, 17; GAUTSCHI, Art.367, Nr.9**).

⁷⁶ **KLAUSER, 17; GAUTSCHI, Art.367, Nr.9; SELİÇİ ÖZER, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 36.**

⁷⁷ **GAUCH, Nr. 92; TRÜMPY DANIEL, Abnahme und Genehmigung von Bauwerken, in:Lendi/Nef/Trümpy, Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994,104-105; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.367, Nr.3; BGE 115 II 459.**

tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi alır⁷⁸. Ancak teslim borcunun bildirme ile yerine getirildiği bu gibi durumlarda dahi iş sahibinin fiili egemenliği şey üzerinde gereği gibi icra etmesi⁷⁹ veya bu egemenliği engelleyici durumların ortadan kaldırılması⁸⁰ sağlanmadıkça, teslim borcu eserin tamamlandığını bildirme ile ifa edilmiş sayılmaz⁸¹.

O halde genel olarak inşaat sözleşmelerinde eserin tesliminin yapılabilmesi ve buna bağlı olarak eserin teslim alınabilmesi için (Abnahme; réception; tesellüm)^{82, 83} inşaatın tamamlanmış olması ve inşaatın tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi gerekir⁸⁴. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar eserin teslimini farklı şartlara bağlayabilirler. Bu bağlamda, yukarıdaki şartlara ilave olarak resmi bir makam ya da kurulun onaylaması ya da tarafların birlikte yaptıkları muayenenin olumlu çıkması koşulunu öngörebilecekleri gibi⁸⁵, eserin tamamlanmış olması koşuluna istisna getirmek suretiyle eserin kısım kısım teslimini kararlaştırabilirler⁸⁶.

II- Teslim Zamanı ve Yeri

⁷⁸ GAUCH, 92; KLAUSER, 17; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.367, Nr.3; TANDOĞAN, 125; SELİÇİ, İnşaat, 36-37.

⁷⁹ Örnek olarak biten yapının anahtarları verilmedikçe (TANDOĞAN, 126).

⁸⁰ Örnek olarak iskelelerin sökülmesi, getirilen araç ve gereçler ile artan malzemenin geri götürülmesi, bir mecranın tamiri için açılan çukurun kapatılması(TANDOĞAN, 126).

⁸¹ GAUCH, Nr.93; TANDOĞAN, 126.

⁸² Teslim ve tesellüm kavramları birbirine sıkı surette bağlı (korrelativ) olan iki kavramdır. Zira, eserin tesellümü, eserin teslimi olayını iş sahibi açısından açıklayan bir kavram olup, zaman itibarıyla eserin teslimini takip eder. Bir başka ifade ile teslim ve tesellüm kavramları, aynı olayı sözleşmenin iki tarafı açısından ifade eden kavramlardır (GAUCH, Nr.97; TRÜMPY, 105; TANDOĞAN, 127). Bu nedenle, tesellüm teslimle aynı anda gerçekleşir ve tesellüm teslimden sonraki bir aşamayı oluşturmaz. Tesellüm ya ifa amacıyla sunulan eserin maddi olarak teslim alınması ya da eserin tamamlandığına ilişkin açıklamanın iş sahibine ulaşmasıyla gerçekleşir. Eserin teslim alınması için iş sahibinin eseri teslim almasıyla bağlantılı hukuki sonuçların meydana gelmesine yönelmiş özel bir teslim alma iradesine sahip olmasına lüzum yoktur (GAUCH, Nr.98; TANDOĞAN, 127).

⁸³ Ayrıca burada eserin iş sahibi tarafından teslim alınmasının, BK'nun 362. Maddesi anlamında eserin iş sahibi tarafından kabul edildiği (acceptation; Genehmigung) anlamına da gelmeyeceğini belirtmek gerekir (GAUCH, Nr.99; TANDOĞAN, 127). Eserin teslim alınması için iş sahibinin eseri teslim almasıyla bağlantılı hukuki sonuçların meydana gelmesine yönelmiş özel bir teslim alma iradesine sahip olmasına lüzum yoktur (GAUCH, Nr.98; BGE 115 II 459; TANDOĞAN, 127). Halbuki, eserin kabulü, müteahhidin imal ettiği eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğu konusunda iş sahibinin iradesini açıklaması anlamını taşır (GAUCH, Nr.2070; BGE 115 II 459; TANDOĞAN, 127 ve 217).

⁸⁴ TRÜMPY, 104.

⁸⁵ GAUCH, Nr.107; TRÜMPY, 105.

İstisna sözleşmesinde iş görme edimi, edim sonucunu oluşturan eserin ortaya çıkarılması yükümlülüğünün ifasından önce gelir. Bir başka ifadeyle istisna sözleşmesinde müteahhidin maddi edimini ifa etmesi sözleşmenin kuruluşunda gerçekleşmez. Bu sonucun gerçekleşmesi için müteahhidin kendisine tanınan uygun bir zaman süresi içerisinde bir iş görme faaliyetinde bulunması gerekir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde diğer istisna sözleşmelerine göre bu süre daha uzun bir zamana yayılabilir. Normal şartlar altında müteahhidin edim sonucunu gerçekleştirebilmesi için gerekli olan bu süre belirlenirken, inşaatın hacmi ve inşaatın yapılmasını üstlenen müteahhidin işletme kapasitesi ile işçi, malzeme ve alet durumu ve inşaatteki normal aksamalar (hafta tatili, hava muhalefeti vs.) göz önünde tutulur⁸⁷. Eseri teslim zamanı (Ablieferungstermin), bütünüyle tamamlanan eserin tesliminin muaccel olduğu anı ifade eder⁸⁸. İstisna sözleşmesinde, teslimin yerine getirileceği tarih genellikle sözleşmede taraflarca kararlaştırılır. Taraflar bu tarihi ya belirli bir takvim günü göstererek (1 Eylül 2000 gibi) veya bir süre tayin edip en geç bu sürenin dolması tarihinde eserin tesliminin yapılmasını öngörerek (sözleşmenin yapılmasından itibaren 20 ay içinde gibi) tespit edebilirler. Yahut, aralarında süreyi tayin ederler, ancak sürenin başlangıcını belirli bir olayın gerçekleşmesine (mesela, arsanın tesliminden ya da inşaat ruhsatının alınmasından 1 yıl sonra gibi) bırakabilirler⁸⁹. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde takvim günü veya başlangıcı veya sonu belli bir süre gösterilerek yahut objektif ölçülere

⁸⁶ **GAUCH**, Nr.107; **TRÜMPY**, 105; **TANDOĞAN**, 127; Sözleşmede eserin belirli bölümlerinin belirli tarihlerde teslim edilmesinin kararlaştırılması mümkündür. Tarafların iradeleri dahilinde kısmi teslimin kararlaştırılması müteahhit açısından somut hukuki ilişkide bir hak niteliğini taşıyabilir ya da onun açısından bir yükümlülük oluşturabilir. Kısmi teslimin kararlaştırılmış olması müteahhit açısından öncelikle bir yükümlülük teşkil eder; zira bununla müteahhit işin tamamını bitirmeden, eserin belirli kısımlarını iş sahibine teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu bağlamda müteahhit söz konusu kısmi teslimlerde objektif olarak yükümlülüğüne aykırı hareket ederse, (sondan önceki kısmi teslimler bakımından) BK.m.358/I hükümlerinin uygulanması (şartlar mevcutsa) söz konusu olabilecektir (Bkz. **GAUCH**, Nr. 691); Kısmî teslimin kararlaştırılmış olması müteahhit açısından aynı zamanda bir haktır, zira böylece müteahhit iş sahibine karşı sözleşmede eserin kısım kısım tesliminin kararlaştırılmasından doğan bazı talep haklarını kullanabilme imkanına sahip olmaktadır (Bkz.m.364/II). Bu kapsamda müteahhit ifa edilen kısma tekabül eden ücretin ödenmesini talep edebilecek, ihale hukukundaki kurallar çerçevesinde şartlar mevcut ise teminatlarla ilgili bazı talep haklarına sahip olabilecektir.

⁸⁷ **SELIÇI ÖZER**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, 66.

⁸⁸ **GAUCH**, Nr.646; **BÜHLER T.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art.363-379, Zürich 1998, Art.366, Nr.5;

⁸⁹ Bu konuda bkz. **SELIÇI**, 66; **GAUCH**, Nr . 647; **GAUTSCHI**, Art. 363, Nr. 6a; **TANDOĞAN**, 128.

göre güvenli olarak hesaplanabilir (mit Sicherheit berechenbar; dies certus quando) biçimde tespit edilmiş ise, BK.m. 101/II anlamında “borcun ifa edileceği günün müttefikan tayin edilmiş” (bestimmten Verfalltag=belirli vade günü) olması söz konusu olur⁹⁰, yeter ki, söz konusu anlaşmanın muhtevassından müteahhidin eseri en geç bu tarihte teslim etmekle yükümlü olduğu çıkarılabilsin⁹¹. Eğer belirli vade gününün borcun ifa edileceği yegane zaman dilimini oluşturacağı kararlaştırılmışsa bu taktirde kesin vadeli bir işlem söz konusu olur(BK.m.107/3)^{92,93}.

Teslim tarihi anlaşma ile belirlenmemiş ise, sözleşmedeki bu boşluğun hukuki ilişkinin niteliğinden hareketle, sözleşmenin taraflarının farazi iradelerine dayanılarak doldurulması gerekir⁹⁴. Bu tespit edilirken söz konusu eseri deneyimli bir uzmanın (ein versierter Fachmann) normal koşullar altında işe zamanında başlayıp, olağan çalışma araçlarını ve gücünü

⁹⁰ **GAUCH**, Nr. 647; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 5; **TANDOĞAN**, 128; BGE 116 II 443.

⁹¹ **SCHENKER FRANZ**, Die Voraussetzung und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988, Nr.75 vd ve Nr.170 vd; **SCHWENZER INGEBORG**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, 372; **GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 7. Auflage, Zürich 1998, Nr. 2944; **GAUCH**, Nr. 647; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 5; Tarafların BK.m.101/II anlamında belirli vade kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına her somut istisna sözleşmesinin muhtevassından hareketle karar verilir. Bu itibarla, örneğin eserin teslim zamanıyla ilgili olarak inşaat yeri üzerinde tasarrufta bulunulmasından itibaren veya efektif olarak işe başlama tarihinden itibaren sürenin işlemeye başlayacağı; ya da eserin tamamlanmasının iki üç aylık bir süre içerisinde (un délai de deux à trois mois) gerçekleştirileceği (Semjud 80, 1958, 614); eserin 5-8 hafta içerisinde; yaz boyunca (BGE 54 II 30) ya da sözleşmenin kuruluşundan sonra 142. ve 215. İşgünlerinde teslim edileceği şeklindeki kayıtlara sözleşmede yer verilmesi belirli vadenin kararlaştırıldığı anlamına gelmez (bkz.**GAUCH**, Nr 648).

⁹² **SCHENKER**, Nr.517 vd.; **GAUCH/SCHLUEP**, II, Nr. 2959 vd.; **GAUCH**, Nr. 647; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 5.

⁹³ Eseri teslim borcunun ifa zamanı ile ilgili olarak, özellikle inşaat sözleşmelerinde yer verilen ara vadelerle (Zwischentermine) teslim tarihinin birbirinden ayrı kavramlar olduğunu belirtmek gerekir. Ara vadeler, iş sahibinin, işin gidişatını daimi olarak kontrol etmek, çeşitli müteahhitler arasında koordinasyonu sağlamak ve vaktinde teslimi güvence altına almak amacıyla eserin belli aşamaları için belirlenen vadelerdir. Bu vadelerde işin bir kısmı bitirilir, ama teslim edilmez (bkz.**GAUCH**, Nr.653 vd; **TANDOĞAN**, 129).

⁹⁴ **VON TUHR ANDREAS/PETER HANS**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, 52 ve 227; **SCHRANER MARIUS**, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, Erste Lieferung: 68-83, Zürich 1991, Art.75, Nr.56; **STOTZ**, 43; **GAUCH**, 649;

kullanarak sürekli bir çalışma ile ne kadar zaman harcayacağı dikkate alınır⁹⁵. Teslim tarihinin sözleşmenin kurulmasından sonra kararlaştırılması ya da belirlenen teslim tarihinin sonraki tarihte yapılacak bir anlaşmaya ertelenmesi mümkündür. Ayrıca belirli durumların ortaya çıkması durumunda teslim süresinin değiştirileceğine ilişkin değişiklik kayıtları da (ezcümle süreyi uzatma ya da hızlandırmaya ilişkin kayıtlar) somut duruma uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye konulabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin taraflarının tek taraflı olarak teslim süresini belirleme ya da değiştirme yetkileri yoktur⁹⁶.

Eserin teslimi bakımından teslim tarihi kadar önem arz eden bir nokta da eserin tamamlanmış olmasıdır. Zira eserin teslim edilmesinin ön koşulunu eserin tamamlanmış olması⁹⁷ oluşturur⁹⁸. Eserin tamamlanmış olmasından, eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibinin talep ettiği değişiklikler de dahil olmak üzere⁹⁹, kararlaştırılmış olan bütün işlerin bitirilmesi anlaşılır^{100, 101}.

⁹⁵ **GAUCH**, Nr.649; **TANDOĞAN**, 129; **Becker**'e göre (Art.366, Nr.2), bir eserin ne zamana kadar bitirilmesi gerektiği özel olarak kararlaştırılmamış ise bir eserin ne zamana kadar bitirilmesi gerektiği BK. m.74'e göre belirlenir. Ticari teamüller burada göz önünde tutulmalıdır.

⁹⁶ **GAUCH**, Nr.650.

⁹⁷ Buna bağlı olarak, eserin teslim tarihi (Ablieferungstermin) ile eserin tamamlanma tarihi (Vollendungstermin) arasında yakın bağlantı mevcuttur. Hatta sözleşmelerde genellikle eserin tamamlanma tarihine ilişkin kayıtlara yer verilmektedir ("Üslenilen iş ... tarihine kadar tamamlanmak zorundadır" gibi) (**GAUCH**, Nr.651). Eğer sözleşmede bu şekilde eserin teslim tarihinde değil de tamamlanma tarihinden bahsedilmişse, tamamlanan eserin ne zaman muacceliyet kesbedeceği sorusuna BK.'nın 74. maddesinin anlamına uygun bir şekilde uygulanması suretiyle eserin tamamlanmasını müteakip hemen teslim edilmesi gerektiği şeklinde cevap vermek gerekir (**Gauch**, Nr.652).

⁹⁸ **STOTZ**, 39; **GAUCH**, Nr.101 ve 651; **GAUTSCHI**, Art.367, Nr.8; **OR-Zindel/Pulver**, Art. 367, Nr.3; BGE 118 II 149 ve 115 II 458;

⁹⁹ Bkz. **GAUCH**, Nr. 768 vd.

¹⁰⁰ **PEDRAZZINI**, 523; **GAUCH**, Nr.101; **STOTZ**, 39; **KLAUSER**, 17;

¹⁰¹ Burada özellikle tamamlanan eserin ayıplı olmasının eserin teslim edilmesi ve kabulüyle her hangi bir zıtlık oluşturmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla tamamlanmış eserin ayıplı olmaması eserin teslim ve kabul edilmesinin bir koşulu değildir. Bir başka ifadeyle eser ayıplı olmasına karşın tamamlanmış olabilir. Bu itibarla eserin ayıpsız olmasıyla, eserin tamamlanması kavramlarını birbirinde ayırmak gerekir (**GAUCH**, Nr. 106; **STOTZ**, 39-40).

Hatta istisna sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir. Zira ayıplı eser, ayıplı bir iş görme sonucudur(**GAUCH**, Nr.697; **OR-Zindel/Pulver**, Art. 368, Nr.2; **PEDRAZZINI**, 28 vd.; **ARAL FAHRETTİN**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2002, 364; **TANDOĞAN**, 160). Normal koşullar altında eserin tamamlanmamış olmasıyla ayıplı olması birbirinden kolaylıkla ayırt edilebilir. Ancak, iki kavramın ayırt edilmesinin güçlük arzettiği durumlar için bkz. **GAUCH**, Nr.1448.

Tamamlanan eserin nerede teslim edileceği konusuna gelince; bu konuda taraflar teslimin nerede ve nasıl yapılacağı konusunda anlaşabilecekleri gibi, böyle bir anlaşma yoksa halin icaplarından onların bu konudaki zımni iradelerinin ne olduğu çıkarılabilir (BK.m.73)¹⁰². Taşınmaz mallara ilişkin iş görme sonucu o taşınmazın bulunduğu yerde meydana gelir, dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde eseri teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir¹⁰³.

III- Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları

A) Genel Olarak

BK'nun istisna sözleşmesini düzenleyen maddelerinde müteahhidin teslim borcunu ifade temerrüde düşmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda eserin imaline ilişkin iş görme borcunun yerine getirilmesini düzenleyen BK.m.358/f.I hükmünün doğrudan doğruya veya kıyasen müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine ilişkin durumlara uygulanması söz konusu değildir¹⁰⁴. Zira, BK.m.358/I'de gerçek anlamda bir temerrütten bahsedilemez¹⁰⁵. Bu nedenle, burada, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen BK.m. 106-108 ve genel

¹⁰² **TANDOĞAN**, 128; **GAUCH**, Nr.89.

¹⁰³ Taşınır mallar bakımından ise bir ayırım yapmak ve malzemesini iş sahibinin getirdiği ve tamir edilmek ve işlenmek üzere bırakılan taşınır şeylerde eserin tamamlanmasıyla beraber, bu malların iş sahibi tarafından aranacağını, müteahhidin kendi malzemesiyle yeniden imal edeceği eserleri ise iş sahibine götürmesi ya da masraf ve hasarı ona ait olmak üzere göndermesi gerekir (bkz.**TANDOĞAN**, 128).

¹⁰⁴ **GAUCH**, Nr. 659; **BÜHLER**, Art.366, Nr.9.

¹⁰⁵ Gerçekten de burada gerçek anlamda bir temerrütten bahsedilemez. Çünkü, temerrüt, ifası mümkün ve muaccel bir borcun kanun veya taraflarca öngörülen zamanda yerine getirilmemesidir. Dolayısıyla temerrütten bahsedebilmek için her şeyden önce borcun muaccel olması, yani alacaklının edimi talep ve bu maksatla borçluyu dava edebilecek durumda olması ve onun edayı talep edebilmesine kanuni bir engel bulunmaması gerekir. Ayrıca ihtar tarihinde ifanın mümkün olması da zorunludur. Halbuki, BK.m.358'de düzenlenen durumda borç henüz muaccel olmamış, eserin teslim vadesi gelmemiştir. Bu maddede düzenlenen husus, müteahhidin işe zamanında başlama ve devam etme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle, yani işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi ya da tahminlere nazaran işi belirli zamanda bitirmesinin imkansız görülmesi nedeniyle, iş sahibine teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin sözleşmeden dönme imkanının tanınmasıdır. O halde burada gerçek anlamda bir temerrüt hali düzenlenmemiştir. Burada borç muaccel olmadan önce, alacaklının borçluya karşı her ne surette olursa olsun bir talepte bulunamayacağı kuralının bir istisnası söz konusudur (**FUNK FRITZ**, Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1938, (Çev:Veldet, Hıfzı/Selek, C., Hakkı) Art.366, Nr.1). Bununla birlikte burada düzenlenen yükümlülük ihlalini eserin imalindeki temerrüt (Verzug in der Ausföhrung des Werkes) olarak nitelendirmek mümkündür (bkz. **GAUCH**, Nr.669; **GAUTSCHI**, Art.366, Nr.1d; BGE 115 II 55)).

olarak borçlunun temerrüdünü düzenleyen BK.m.101-105'in uygulanması gerekir¹⁰⁶.

O halde müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için, öncelikle, teslim tarihinin gelmesine rağmen (eseri teslim borcu muaccel olmasına karşın), müteahhidin objektif olarak yükümlülüğüne aykırı bir biçimde (objektif pflichtwidrig) eseri tamamlamamış ya da tamamlanmış eseri teslim etmemiş olması gerekir¹⁰⁷. Müteahhidin teslim borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi için, aksine bir anlaşma olmadıkça kusurlu olması gerekli değildir¹⁰⁸. Gecikmenin, müteahhidin objektif olarak yükümlülüğüne aykırı olması temerrüt için yeterlidir. Bununla birlikte, müteahhidin edimi objektif olarak imkansız hale gelmiş ve edim yükümlülüğü bu nedenle ortadan kalmışsa¹⁰⁹ ya da geciktirici def'i ileri sürme ya da iş sahibinin eseri teslim almada temerrüdü gibi¹¹⁰, müteahhidin gecikmesini haklı gösterecek başka sebeplerin varlığı halinde müteahhidin

¹⁰⁶ **BÜHLER**, Art.366, Nr.9; **GAUCH**, Nr.659; **SCHENKER**, Nr.435; **TANDOĞAN**, 130; **SELIÇI**, İnşaat, 69.

¹⁰⁷ **BÜHLER**, Art.366, Nr.10; **GAUCH**, Nr.659; **TANDOĞAN**, 130; **ARAL**, 359;

¹⁰⁸ Türk-İsviçre Hukuku'nda Alman (eski BGB § 285; yeni BGB § 286/Abs.4) Hukukunun aksine, borçlunun temerrüdünün meydana gelebilmesi için kusur şartı aranmamıştır. Borçlu kusurlu ya da kusursuz olsun temerrüt için varlığı öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde temerrüde düşmüş olur (bkz.**SCHENKER**, Nr.248; **VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974, 141-142; **OR-Wiegand**, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1.529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel 1996, Vorbemerkung zu Art.102-109, Nr.2; **BUCHER**, Allg. Teil, 359-360; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.2932; **GAUCH**, Nr.676; **EREN, FIKRET**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, 1087; **SEROZAN RONA, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMI/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, § 17, Nr.3). Bununla birlikte temerrüdün bazı sonuçlarının gerçekleşmesi, ezcümle, borçludan temerrüt nedeniyle gecikme tazminatı istenebilmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının ifa menfaatinin tazmini ve sözleşmeden dönme halinde menfi zararın tazmini taleplerinin ileri sürülmesi, borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır.

¹⁰⁹ bkz..**GAUCH**, Nr. 676 ve Nr.718 vd.; **TANDOĞAN**, 130.

¹¹⁰ **GAUCH**, Nr.676; Müteahhit BK.m.81-82'deki gibi (örneğin zamanasını def'i gibi) def'i ileri sürme hakkına sahipse, bu def'i devam ettikçe, gecikme, yükümlülüğe aykırı sayılmaz (**GAUCH**, Nr.677; **TANDOĞAN**, 130 vd.). Bunun yanında iş sahibinin eseri teslim almada temerrüdü durumunda da, müteahhidin edimini yerine getirmesine alacaklı sebep olduğundan bir haklı gecikmeden bahsedilebilir(**GAUCH**, Nr.678; ayrıca bu konuda bkz.**SCHENKER**, Nr.228 vd.) Aynı şekilde, iş sahibi gerekli hazırlık ve işbirliği faaliyetlerini gerçekleştirmemişse, böyle bir durumda da müteahhidin haklı gecikmesinden bahsedilebilir (**GAUCH**, Nr.678).

objektif olarak yükümlülüğüne aykırı biçimde gecikmesinden bahsedilemez. Dolayısıyla, gecikmenin müteahhidin yükümlülüğüne aykırı olmadığı hallerde “haklı gecikme”den (gerechtfertigte Verzögerung) söz edilebilir¹¹¹. Bu itibarla, eserin imalinin hala mümkün olduğu haklı gecikme hallerinde, müteahhidin edim yükümlülüğünden kurtulması için bir sebep olmadığından, aksine bir hüküm bulunmadıkça, teslim süresi tarafların farazi iradelerine dayanılarak haklı gecikme süresi kadar uzamış kabul edilir. Burada taraflarca yeniden kararlaştırılmamış uzama süresinin hiçbir şekilde BK.m.101/II anlamında belirli vade olmadığını ifade etmek gerekir¹¹².

Ayrıca müteahhidin temerrüdü için ona ihtarda bulunması da gerekir. Bununla birlikte, eserin teslim edileceği tarih, BK. m. 101/ II anlamında taraflarca müteahhidin tayin edilmiş ise, bir başka ifadeyle borcun ifa edileceği gün olarak belirli bir vade günü kararlaştırılmışsa ya da ihtarın başlangıçtan itibaren faydasız kalacağı görülüyor ise, bu taktirde müteahhide ihtar çekilmesine gerek yoktur¹¹³. Ancak uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde eserin teslim tarihi genellikle yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde taraflarca ittifakla belirlendiğinden, bir başka ifadeyle belirli bir vade günü kararlaştırıldığından, inşaat sözleşmelerinde borçluyu temerrüde düşürebilmek için ayrıca ihtar çekilmesine genellikle gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, eseri teslim tarihinin belirli bir vade günü olarak kararlaştırılmadığı durumlarda müteahhidin temerrüde düşürülebilmesi için, hiç şüphesiz iş sahibinin müteahhide ihtar çekmesi de gerekecektir.

Temerrüde düşen müteahhit, eseri teslim borcunun gecikerek ifasından dolayı iş sahibinin gecikmeden dolayı uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi, edimin umulmayan olaydan dolayı zarara uğramasından da¹¹⁴ sorumlu olur (BK.m.102/f.I).

Müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüdünün diğer önemli sonuçları ise, iş sahibinin, müteahhide uygun bir mehil verip, bu mehil sonunda teslim gerçekleşmezse, derhal aynen ifadan vazgeçip müsbet

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH**, Nr. 676 vd.; **TANDOĞAN**, 131; Nitekim, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin (BİGŞ) “İşin Süresi ve Uzatılması”na ilişkin 27. maddesinin II.fikrasında “Sözleşmede belirtilen ve sorumluluğu müteahhide ait olmayan zorunlu gecikme nedenleri”nin varlığı halinde süre uzatımından bahsedilmekte ve aynı maddenin devamı fıkralarında bunun usulüne yer verilmektedir.

¹¹² **GAUCH**, Nr.682.

¹¹³ **GAUTSCHI**, Art.364, Nr.6d; **GAUCH**, Nr.659; **BÜHLER**, Art.366, Nr. 10. **TANDOĞAN**, 131-132; **ARAL**, 360.

¹¹⁴ Buradaki umulmayan olaydan sorumluluk ilkesi, temerrüt neticesinde müteahhidin edimin yerine getirmesini aşırı şekilde güçleştiren ve BK.m.365/II'de öngörülen anlamda olağanüstü durumların ortaya çıkması veya eserin teslimden önce kaza sonucu telef olması ya da ayıplı hale gelmesi durumlarında uygulanır (bkz.**GAUCH**, Nr 661; **TANDOĞAN**, 132; **ARAL**, 360).

zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilmesidir¹¹⁵. Konumuz bakımından önem arzemesi nedeniyle, incelememiz kapsamında sadece müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda, iş sahibinin gecikmiş ifa ve gecikmeden doğan zararın tazmini talebi ile eserin tesliminde gecikilmesine bağlı olarak sözleşmelere konulan ifaya eklenen cezai şart kayıtları üzerinde durulacak, iş sahibinin diğer seçimlik taleplerine konuyla ilgili olduğu ölçüde yer verilecektir.

B İş Sahibinin Gecikmiş İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatını Talep Etmesi

İstisna ve inşaat sözleşmelerinde müteahhit, üstlendiği inşaatı, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, eğer bu süre kararlaştırılmamış ise, inşaatın tamamlanması için gerekli olan uygun süre geçtikten sonra teslim etmelidir. Müteahhit belirlenen süre içerisinde inşaatı tamamlayarak teslim edemez ise, iş sahibi müteahhide uygun bir süre vermeden de gecikmiş ifa ve gecikme tazminatını isteyebilir¹¹⁶. Aynı şekilde, iş sahibi, uygun süre (mehil) verip de sürenin bitiminde, ifadan vazgeçtiğini, başka bir ifade ile BK'nun 106. maddesinde öngörülen diğer iki imkanı seçtiğini derhal bildirmez ise, gecikmiş ifayı istediği karineten kabul edilir¹¹⁷.

İş sahibinin, temerrüde düşen müteahhitten gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını istemesi bakımından, ifa talebinin bir özelliği yoktur. Burada gecikmiş ifayı talep etmek, temerrüdün bir sonucu değil, muaccel alacağın bir hükmüdür. İş sahibinin ifayı talep etmesi için müteahhidin temerrüde düşmesi gerekmez. Burada müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olması, iş sahibinin gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi bakımından önem arzeder¹¹⁸.

¹¹⁵ GAUCH, Nr.661; TANDOĞAN, 132; ARAL, 360 vd.

¹¹⁶ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı borçluya mehil vermeden önce de gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını talep edebilir. Bu husustaki talep hakkı BK.m.102'de düzenlenen farklı değildir. Alacaklı mehil tayin ettikten sonra gecikmiş ifayı talep ederse, mehil verme yoluna gereksiz yere gitmiş olur; zira mehil tayini alacaklıya ifadan vazgeçme imkanı bahşetmek için kabul edilmiş bir usuldür (TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, 501; OĞUZMAN/ÖZ, 381-382 ve özellikle orada dn. 579; TEKINAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 961; ayrıca bu konuda bkz. ve karşı. SEROZAN, § 17, Nr.11)

¹¹⁷ Kural olarak, iş sahibinin gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını zamanaşımı süresi doluncaya kadar isteyebilmesi gerekir. Ne var ki, iş sahibinin uzun zaman teslim yapılmamasını hoş görüp, müteahhitte artık bir istemde bulunmayacağı fikrini uyandırması ve şartlar değişince de gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını istemesi ya da sözleşmeden daha önce dönebilecekken, uzun süre bunu yapmayıp gecikme cezasına sebep olması iyiniyet kurallarına aykırılık olarak kabul edilebilir (TANDOĞAN, 134).

¹¹⁸ Karşı. OĞUZMAN/ÖZ, 367-368.

İş sahibinin mütemerrit müteahhitten talep edeceği gecikme tazminatı, iş sahibinin borcun geç ifa edilmesinden dolayı uğradığı zararı karşılamak amacını güder ve iş sahibinin, eseri teslim borcunun gecikmeden ifa edilmesindeki menfaatine tekabül eder¹¹⁹. Bu itibarla müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda ödemesi gereken gecikme tazminatı hukuki niteliği itibariyle müsbet zararın sınırlı ve özel bir türüdür¹²⁰. Buna göre gecikmeden doğan zarar, zamanında ifa yapılsaydı malvarlığının arzedeceği farazi durum ile gecikmeden dolayı malvarlığının halen arzettiği durum arasındaki farkı ifade eder¹²¹. Gecikmeden doğan zararın borçlu tarafından tazmin edilebilmesi için, malvarlığında istenmeden meydana gelen eksilmenin yani zararın borcun ifasındaki gecikme neticesinde gerçekleşmesi, meydana gelen zarar ile geç ifa arasında uygun illiyet bağının bulunması ve zararın meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olması gerekir¹²². Gecikmeden doğan zararın kapsamına malvarlığındaki fiili azalma yani fiili zarar (damnum emergens) dahil olduğu gibi, kazanç kayıpları (lucrum cessans) da dahildir¹²³. Bu bağlamda tazmin edilmesi gereken zarar kalemleri içerisinde iş sahibinin teslimdeki gecikme nedeniyle kredi faizlerinin artması, üretimde ve kira gelirlerinde meydana gelen azalma ya da yoksunluk, kendisinin sözleşme gereğince yapması gereken masrafların artması, eserin tesliminin zamanında yapılmaması yüzünden iş sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ya da cezai şart gibi zarar kalemleri dahildir¹²⁴.

Burada son olarak, gecikmeden doğan zararın tazmini talebinin, asıl borcun ifası talebi yanında talep edilebilecek birlikte (kumulativ) bir talep olduğuna işaret etmek gerekir. Mahiyeti itibariyle temerrüt neticesinde ortaya çıkan yan bir kalem (ein hinzutretender Nebenpost) olup ifa talebini

¹¹⁹ Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 368.

¹²⁰ **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 925; **OĞUZMAN/ÖZ**, 368; **EREN**, 1092; **BUCHER**, Eugen, Allg. Teil, 360. Gecikmeden doğan zarara ilişkin tazminat niteliği itibariyle müsbet zararın bir özel biçimi olmakla birlikte, aynen ifa talebinin yerine geçen müsbet zarar (büyük tazminat) talebiyle karıştırılmamalıdır. Gecikmeden doğan zarara ilişkin tazminat talebinin kapsamına yerine getirilecek asıl edimin değeri dahil olmayacağından, gecikme tazminatına küçük tazminat adı da verilmektedir (bkz. **SEROZAN**, § 17, Nr.7).

¹²¹ **SCHENKER**, Nr.255; **OR-Wiegand**, Art.103, Nr.5; **WIEGAND**, Die Leistungsstörungen, recht 1983, 123; **SEROZAN**, §17, Nr.7; **OĞUZMAN/ÖZ**, 368; **BUCHER**, Allg. Teil, 360-361; BGE 116 II 444 vd.

¹²² **SCHENKER**, Nr.254 vd.; **OR-Wiegand**, Art.103, Nr.5; BGE 116 II 443 vd., Erw. c; **EREN**, 1091 vd; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 925;

¹²³ **SCHENKER**, Nr.273 vd.; **GAUCH**, Nr.665; **TEKINAY /AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP**, 925;

¹²⁴ Bu konuda bkz. ve karşı. **GAUCH**, Nr.665; **TANDOĞAN**, 134; **EREN**, 1092; **Serozan**, § 17, Nr.7; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 925; BGE 116 II 443 vd., Erw. C.

tamamlamakta ve genişletmektedir¹²⁵. Bundan dolayı, von Tuhr/Escher'in de isabetle belirttiği gibi, borçlu temerrütten meydana gelen zararı tazmin etmediği takdirde, alacaklı gecikmiş ifayı kabule mecbur değildir. Bununla birlikte, ifaya eklenen cezai şart talebinden farklı olarak, alacaklı, gecikmiş ifayı ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul etmiş olsa bile, sonradan temerrütten doğan zararının tazminini talep edebilir¹²⁶.

§ 3. İSTİSNA VE ÖZELLİKLE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ESERİ TESLİM BORCUNUN İFASINDA GECİKMESİNE BAĞLANAN CEZAI ŞART KAYITLARI

I- Genel Olarak

Alacaklılar, çoğu kez, alacaklarını elde edememek kaygısıyla, alacaklarını teminat altına alan, onu kuvvetlendiren çeşitli yöntemlere başvurmak isterler. Bu teminatlar, kefalette olduğu gibi şahsî, ipotek ve rehinde olduğu gibi aynî nitelikte olabileceği gibi, cezai şartta olduğu gibi kaydî nitelikte de olabilir¹²⁷. Rehin ve kefalet yanında cezai şart da alacaklılara aradıkları bu teminatı vermek ve asıl borcu takviye etmek amacını güder. Sözleşmelerde bu şekilde cezai şart kayıtlarına yer verilmekle, alacaklıların alacaklarını temin bakımından kendilerini daha güvende hissetmeleri sağlanmış olur. Ayrıca cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde tazminatın önceden belirlenmesi gayesini taşıdığından, ispat hukuku bakımından da alacaklıya büyük kolaylık sağlar¹²⁸. İşte, istisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde de, müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmesini sağlamak ve bu suretle eseri teslim zamanını teminat altına almak amacıyla cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir. Biz de bu incelememizde sözleşmelere konulan bu tür kayıtlarla ilgili temel hususları ve sorunları inşaat sözleşmeleri bakımından ele almadan önce, cezai şart kavramının özellikle konumuzla ilgili olduğu ölçüde tanımı, hukuki niteliği ve işlevleri konusuna kısaca yer vermeyi uygun buluyoruz. Zira, cezai şartın hukuki niteliği ve işlevleri hakkında yapılacak olan açıklamalar, gerek konunun daha iyi anlaşılabilmesi, gerekse sözleşmelere konulan kayıtların hangi hallerde cezai şart olarak nitelendirilebileceğini belirleyebilmek açısından son derece faydalı olacaktır.

II) Cezai Şart Kavramının Tanımı, Cezai Şartın Hukuki Niteliği ve İşlevleri

¹²⁵ WIEGAND, Leistungsstörungen, 123; OR-Wiegand, Art.103, Nr.7; SEROZAN, § 17, Nr.7;

¹²⁶ VON TUHR/ESCHER, 146; aynı fikirde OR-Wiegand, Art.103, Nr.7; aksi fikir için BUCHER, Allg. Teil, 361 ve orada dn.126.

¹²⁷ İNAN ALI NAIM, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, 420-421;

¹²⁸ Cezai şartın işlevleri konusunda bkz. § 3, II, B.

A) Tanımı ve Hukuki Niteliği

Hukuk literatüründe cezai şart ile ilgili olarak çeşitli tanımlar yapılmakla birlikte¹, cezai şartı, “borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu tanımdan da hareketle cezai şart ile ilgili olarak şu hususlara işaret edilmesi gerekir;

*Cezai şarttan bahsedebilmek için, her şeyden önce cezai şartın kuvvetlendirdiği asıl bir borcun bulunması gerekir*². Asıl borcun söz konusu olmadığı yerde cezai şarttan da bahsedilemez. Cezai şart asıl borcu teminat altına aldığından, doğumu, devamı ve sona ermesi de asıl borcun varlığına bağlıdır; bir başka ifadeyle cezai şart asıl borca bağlı ferî bir borçtur (Akzessorietät=ferilik)³. Bunun doğal bir sonucu olarak asıl borcun şekle tabi olması, cezai şart anlaşmasının da şekle tabi olması sonucunu doğurur; esas sözleşmenin ihlal edilmesinden önce asıl alacak temlik edilirse ihlal durumu için taahhüt edilen cezai şart anlaşmasından doğan haklar da yeni alacaklıya intikal eder; esas sözleşmenin ihlalinden önce asıl alacak sona ererse ihlal durumu için taahhüt edilen cezai şart anlaşmasından doğan haklar da sona erer; esas sözleşmenin ihlalinden önce asıl alacak zamanaşımına uğrarsa ihlal durumu için taahhüt edilen cezai şart anlaşmasından doğan haklar da zamanaşımına uğrar⁴.

Cezai şart ekonomik değer taşıyan bir edimdir. Cezai şart olarak taahhüt edilen edim, kural olarak bir yapma edimi olarak gerçekleşir ve

¹ Tanımlar için bkz. **BENTELE ROLAND**, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Freiburg 1984, 4 vd.; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.8; **SANTORO DIMITRI**, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, 3; **GUHL/SCHNYDER**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Neunte Auflage, Zürich 2000, § 56, Nr.1; **EHRAT FELIX**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996, Art. 160, Nr. 1; **SCHWENZER INGEBORG**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, 395; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3909; **BUCHER EUGEN**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, 521; **BÜHLER THEODOR**, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industriebau, Zürich 1987, 149; **TUNÇOMAĞ KENAN**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, 6; **EREN**, 1169; BGE 122 III 422, Erw. 2a.

² **BENTELE**, 31; **SANTORO**, 7; OR-Ehrat, Art. 160, Nr.14; **BUCHER**, Allg. Teil, 522; **GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr.3; **KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN**, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, 110; **EREN**, 1170;

³ **BUCHER**, Allg. Teil, 523; OR-Ehrat, Art. 160, Nr.3; **BENTELE**, 31 vd.; **SCHWENZER**, 395; **GAUCH/SCHLUEP**, II, Nr.3959 vd.; **GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr.3;

⁴ bkz. **BENTELE**, 32.

genellikle bir para edimi şeklinde ortaya çıkar⁵. Cezai şartta anlaşmayla kararlaştırılmış bir edim söz konusudur⁶. Bununla sözleşmenin bir tarafınca, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesi erteleyici şartına bağlı olarak belirli bir edimde bulunulması taahhüt edilmektedir⁷. Buna bağlı olarak, cezai şart anlaşması kapsamında taahhüt edilen edim, belirli bir sözleşme ihlali durumu için öngörülür. Hangi sözleşme ihlali için cezai şart öngörüldüğü taraf iradeleri⁸ ile cezai şart anlaşmasının yorumundan anlaşılır⁹. Bu niteliği itibarıyla cezai şart erteleyici şartla bağlı bir edim taahhüdüdür¹⁰. Buradaki erteleyici şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesidir.

B) Cezai Şartın İşlevleri (Fonksiyonları)

Cezai şart alacaklının ifa menfaatini teminat altına almayı amaçlar¹¹. Bu menfaat, alacaklının, borçlunun taahhüt ettiği edimi tam veya gereği gibi ya da zamanında yerine getirmesindeki menfaatini ifade eder¹². İşte cezai şart kaydıyla, borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği bu gibi durumlarda,

⁵ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; karşı. **BENTELE**, 5 ve özellikle 40 vd.; **EREN**, 1170;

⁶ Cezai şartın sağlar arası bir hukuki işlemle saptanması gerektiğine işaret etmek gerekir (**TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 16 vd.).

⁷ **BENTELE**, 6; BGE 122 III 422, Erw.2 a; Cezai şart anlaşması ya da sözleşme cezası kavramları, bu adı sözleşmeden doğan bir talebi teminat altına aldıkları için değil, doğrudan doğruya sözleşmeye dayandıkları için almaktadır (bkz. **BENTELE**, 6).

⁸ **BENTELE**, 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Vorbem. Zu Art.160-163, Nr.20;

⁹ **BENTELE**, 6 ve 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526.

¹⁰ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.73; **SCHWENZER**, 395; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3918; **EREN**, 1171.

¹¹ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; İfa menfaati uğranılan müsbet zararın karşılığını oluşturur. Zira, müsbet zarar, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında yerine getirmemesi neticesinde alacaklının mamelekindeki eksilmeyi ifade eder.

¹² **EREN**, 1045; **OĞUMAN/ÖZ**, 323; **TEKINAY /AKMAN / BURCUOĞLU /ALTOP**, 855; **İNAN**, 474;

gerçekleşen zarardan bağımsız olarak bir edimi yerine getirme mecburiyeti teminat altına alınmış olur¹³ (Beugefunktion= ifaya zorlama işlevi)¹⁴.

Zorlama fonksiyonu, iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi, çoğu zaman zorlama fonksiyonunun yerine kullanılan korkutma fonksiyonudur (Abschreckungsfunktion) ki¹⁵, bununla, cezai şartın, sözleşmeyi ihlal etmemesi, ifa etmesi yolunda borçluyu korkutmaya yönelik bir manevi baskı aracı (Zwangsmittel) olduğu ifade edilmek istenmektedir¹⁶. Diğeri ise, alacaklı için takip kolaylığı sağlaması, cezai şart talebinin zarar şartına bağlı olmaması ve çoğu zaman cezai şartın tayin olunacak tazminattan daha yüksek olması gibi sebeplerle borçlunun durumunun ağırlaşması yoluyla onun üzerinde baskı yapmasıdır¹⁷.

Cezai şartın ikinci işlevi, sözleşmenin ihlali halinde alacaklının tazminat talebinin kolaylaştırılması ve teminat altına almasıdır¹⁸. Cezai

¹³ Cezai şartın söz konusu fonksiyonuna teminat fonksiyonu (*Sicherungsfunktion*) adı da verilmektedir (**BENTELE**, 12). Buna göre cezai şart anlaşmasıyla alacaklı kanundan doğan alacaklı durumunu güçlendirmek (renforcer la position du créancier) (**LOKSAIER**, Fredj, La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux, Lausanne 1985, 125; **BENTELE**, 12) ve asıl sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifasını teminat altına almak amacıyla takip edebilir. Bu amaç, asıl sözleşmenin ihlalinin dolaylı ödenmesi gereken tazminatı aşan bir çerçevede cezai şart kararlaştırılmış olsa da anlaşmanın ifa edilmesini gerektirir. Bu nedenle cezai şart, borçlu üzerinde yüksek bir baskı oluşturur. Bu baskı, borçlunun asıl sözleşmenin doğru ifasına olan menfaatini artırdığı gibi, sözleşmenin ihlal edilmesinden de borçluyu alıkoyar (**BENTELE**, 12).

¹⁴ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 49; **GOTTWALD**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994, Vorbemerkungen vor § 339, Nr.3; **SCHWENZER**, 395;

¹⁵ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; karşı. **BÖTTICHER**, Eduard, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, Zeitschrift für Arbeitsrecht, 16.

¹⁶ **KNÜTEL ROLF**, Verfallsvereinbarung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 175 (1975), 54; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 49;

¹⁷ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 49; **STAUDINGER/KADUK**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-397, 12. Auflage, Berlin 1994, Vorbem. Zu §§ 339, Nr.13; **BENTELE**, 12.

¹⁸ **BENTELE**, 10-11; **KNÜTEL**, 54; **GOTTWALD**, Vorbemerkungen vor § 339, Nr.3; **TUNÇOMAĞ** (s.48-49), cezai şartın bu gayesini, tazminat üzerindeki anlaşmazlıkları giderme gayesi olarak nitelendirmekte ve bu konuda şunları ifade etmektedir; "...Borçlu borcunu ifa etmeyince alacaklı onu temerrüde soktuktan sonra uğradığı zararının tazminini istemektedir. Bu halde alacaklı bir taraftan bunun miktarını ispat zorundadır. Her ne kadar alacaklıdan zararının toplamını kesin şekilde ispat etmesi istenmiyorsa da, kendisine yüklenen yük oldukça ağırdır ve bu yüzden alacaklı çok zaman davanın sonucundan şüphe

şartın bu işlevine, literatürde denkleştirme, telafi fonksiyonu (Ausgleichsfunktion)¹⁹ ya da tazminat fonksiyonu (Schadenersatzfunktion)²⁰ adı verilmektedir. Cezai şart anlaşmasıyla borçlanılan edim, alacaklının, asıl sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ya da zamanında ifa edilmemesi yoluyla oluşan zararının ekonomik bakımdan telafi edilmesini sağlar. Gerçekten de cezai şart anlaşması borçların ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen BK.m. 96 ve devamında yer alan hükümlerle karşılaştırıldığında, alacaklıya, borçlunun cezai şart ediminden doğan alacağını daha kolaylıkla talep edebilmesine imkan tanır²¹. Bu bağlamda, cezai şartın talep edilebilmesi için zararın varlığı koşulu aranmadığından, cezai şart tazminatın hesabında da kolaylık sağlamaktadır. Zira, öngörülen cezai şart oranında alacaklı kendisine yüklenen ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır^{22, 23}.

Son olarak literatürde cezai şartın üçüncü işlevi olarak, ceza işlevi üzerinde durulmaktadır. Cezai şartın ceza işlevi daha ziyade cezai şartın teminat fonksiyonuyla irtibatlıdır. Zira, cezai şartın talep edilebilmesine yol açan olayın gerçekleşmesiyle, cezai şartın talebi, önleyicilik açısından bir anlam taşımaz. Ne var ki, bu noktada, cezai şartın ifaya zorlama aracı olarak inandırıcılığını sağlamak bakımından, borçlunun ihlali davranışı her durumda müeyyideye tabi tutulmalıdır. Yeter ki, bir yüküm ihlalinin sonucu olarak cezai şart talebi ileri sürülmüş olsun²⁴. Cezai şartın bu işlevi, özellikle asıl sözleşmenin ihlali halinde, tazmin yükümlülüğünün kapsamı aşıldığında etkisini gösterir. Bilhassa hiç ya da gereği gibi ifa etmeme halinde zarar

etmekte haklıdır. İşte cezai şartın gayesi, alacaklıyı, zararı ve onun varlığını ispat gibi güç ve üzücü bir işten kurtarmaktır...”.

¹⁹ **BENTELE**, 10; **KELLER/SCHÖBI**, 111; **BEUTHIEN**, 500; **BÖTTICHER** (s.35) ise yine aynı anlamda telafi etme fonksiyonu (*Wiedergutmachungsfunktion*) tabirini kullanıyor; **KOLLER** (Konventionalstrafe, Nr.25), alacaklının ifa menfaatinin –istisnaen- münhasıran manevi nitelikte olduğu kabul edilirse, cezai şartın söz konusu ifaya zorlama fonksiyonundan başka bir anlam taşımayacağını, buna karşın maddi menfaatler de rol oynuyorsa (ya da sadece maddi menfaatler rol oynuyorsa) ve ifa etmeme durumunda zarar hesaba katılacaksa, o takdirde cezai şartın *tazminat işlevi* (*Schadenersatzfunktion*) olarak adlandırılan ikinci işlevinin ortaya çıkacağını belirtiyor.

²⁰ **VON TUHR/ESCHER**, 277, dn. 6; **SCHOCH**, 33;

²¹ **VON BÜREN**, Allg. Teil, 408; **BENTELE**, 10.

²² **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.23; **BENTELE**, 10-11; **SCHWENZER**, 395; **VON TUHR/ESCHER**, 277; Oser/Schönenberger, Vorbem. Zu Art.160-163 OR, Nr. 12; **STAUDINGER/KADUK**, Vorbem. Zu §§ 339, Nr.10; karşı. **KELLER/SCHÖBI**, 111.

²³ Ayrıca cezai şartın sigorta fonksiyonu konusunda bkz. **Koller**, Konventionalstrafe, Nr.26;

²⁴ **SANTORO**, 25; ayrıca bkz. ve karşı. **BENTELE**, 11; Literatürde ve Federal Mahkeme içtihatlarında, cezai şartın temel amacının alacaklıyı zararın ispatından kurtarmak suretiyle alacaklı konumunu iyileştirmek olduğu özellikle ifade edilmektedir (**GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr. 2; BGE 122 III 422, Erw.2a; BGE 109 II 467, Erw.4a;)

oluşmasa da cezai şart talebinin söz konusu olması cezai şartın ceza işlevine işaret etmektedir²⁵.

III- İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şarta Yer Verilmesi ve Özellikle Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlı Cezai Şart Kayıtları

A) İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Eseri Teslim Zamanının ve Bunun Cezai Şart ile Teminat Altına Alınmasının Anlamı ve Önemi

İstisna sözleşmesinde ve özellikle inşaat sözleşmelerinde müteahhidin asli edim yükümünü oluşturan iki temel yükümlülükten biri olan ve hatta diğer iş görme sözleşmelerinden istisna sözleşmesini ayıran en önemli unsur olarak karşımıza çıkan eseri teslim borcunun (edim sonucu) zamanında yerine getirilmesinde yani eserin gecikmeksizin zamanında tamamlanarak kendisine teslim edilmesinde²⁶ iş sahibinin büyük menfaati vardır²⁷. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde genelde eserin teslim tarihi sözleşme ile kesin olarak kararlaştırılır ve kararlaştırılan teslim zamanını güvence altına almak amacıyla da sözleşmelerde iş sahibi lehine²⁸ cezai şart kayıtlarına yer verilir²⁹. Böylece müteahhidin teslim zamanına riayet etmesi konusunda tabir yerindeyse tahrik ve ateşlenmesi temin edildiği gibi, iş sahibinin de zararın ispatı güçlüğünden kurtulması sağlanmış olur³⁰.

²⁵ **BECKER**, Art.160 OR, Nr.14; **BENTELE**, 11; Cezai şart türleri açısından bu işlev için bkz. **SANTORO**, 25.

²⁶ **Koller**'in de belirttiği gibi (Konventionalstrafe, Nr.1), aslında sadece eserin ne zaman teslim edileceği değil, aynı zamanda eserin imaline başlama zamanı da iş sahibi bakımından önem taşır. Dolayısıyla eserin imaline zamanında başlanması ile eserin zamanında bitirilmesi arasında yakın bir bağlantı mevcuttur. Buna ilave olarak, eserin imal edilmesinin iş sahibinin çeşitli iş birliği yapma yükümlülüklerine (Mitwirkungspflichten) bağlı olduğu (örneğin ruhsat alma gibi) (müteahhidin işbirliği yapma yükümü konusunda ayrıca bkz. **GAUCH**, Nr. 1324 vd ve 1328 vd.; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.5) ayrıca ve bundan dolayı ona yüklenen yükümlülüklerin ifası anı hakkında iş sahibinin bilgi sahibi olmasının haklı gerekçelerinin bulunduğu durumlar da söz konusu olabilir. Aynı yaklaşım binanın yapılması süreci bakımından da geçerlidir. İş sahibinin sadece kendi işbirliği yapma yükümü açısından değil, kendisinde müteahhidin planlarının eserin tamamlanmasını mümkün kılıp kılamayacağı konusunda bir fikir sahibi olmasında da menfaati vardır.

²⁷ Bazı durumlarda eserin bitirilmesinin belirli bir zaman dilimiyle doğrudan doğruya bir ilgisi vardır. Örneğin bir olimpiyat organizasyonun da ya da fuarın açılışında böyle bir durum söz konusu olabilir. Ya da eserin bitirilmesi zamanı örneğin kira sözleşmesinin sona ereceği tarih gibi belirli bir planla çakışabilir(**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.1).

²⁸ Müteahhit lehine sözleşmede cezai şart kayıtlarına yer verilmesi konusunda bkz. **KOLLER**, Nr.6.

²⁹ **STOTZ**, 43-44; **GAUCH**, Nr.692.

³⁰ **GUHL/SCHNYDER**, § 56, Nr.2;, 553; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 3; karşı. **STOTZ**, 148.

B) İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şarta Yer Verilmesi ve Özellikle Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlanan Cezai Şart Kayıtları

a) Genel Olarak

Müteahhidin eseri teslim borcunu zamanında ifa etmesinin iş sahibi açısından taşıdığı büyük önem nedeniyle özellikle inşaat sözleşmelerinde ifa zamanına riayet edilmemesi durumuna ilişkin olarak, cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir³¹. Söz konusu cezai şart kayıtları ile, müteahhit, borçlanılan edimin ifasında gecikmesi halinde, para ya da diğer munzam bir edimi³², iş sahibine karşı yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir³³.

³¹ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 146 vd.; **GAUCH**, Nr. 692 vd.; **BÜHLER**, Art.366, Nr.57 vd.; **BÜHLER**, Vertragsrecht, 149 vd.; **STOTZ**, 148 vd.; **TANDOĞAN**, 133 vd.; **ARAL**, 362 vd.;

³² Cezai şart kural olarak bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılır. Cezai şart anlaşmasının kapsamına bağlı olarak önceden sabit bir şekilde söz konusu tutar belirlenebileceği gibi, müteahhit iş sahibine karşı gecikme süresine bağlı olarak gecikilen her ay, hafta, gün ya da saat üzerinden belirli bir tutarın kararlaştırılması şeklinde taahhütte de bulunabilir. Ne var ki bu ikinci durumda, borçlanılan cezai şartın aşamayacağı azami miktara, gecikme süresine bağlı olarak sözleşmede yer verilir (**GAUCH**, Nr.693).

Bununla birlikte, bazı durumlarda para yerine başka bir edimin cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Kanuni sınırlar içerisinde (BK.m.19) ifa zamanına riayet edilmemesi durumunun para edimi dışında başka bir edimle yaptırıma bağlanması mümkündür. Ne var ki para dışında borçluya hukuki bir yük getiren bu gibi yaptırımların cezai şart olarak nitelendirilmeleri konusu tartışmalıdır(**GAUCH**, Nr.694).

³³ **GAUCH**, Nr.692; **GAUCH** (Nr.692), özellikle yapı işlerinde müteahhidin edimini önceden ifa etmesi durumunda bir mükafat şeklinde sözleşmeye dayalı bir talep hakkı mevcut olmasa bile, müteahhidin gecikme halinde gecikme cezası ödemeyi taahhüt etmesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, cezai şart taahhüdü şeklindeki yükümlülükler, eserin teslimi yükümünün hızlandırılması durumu için bir ödül kararlaştırılmasına bağlı değildir (aynı yönde bkz. **TANDOĞAN**, 135).

Uygulama³⁴ ve literatürde³⁵ istisna sözleşmelerine konulan, gecikilen her gün için belirli bir miktar para ödeneceğine ilişkin kayıtların ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Sözleşmelere konulan bu tür kayıtlarla bir taraftan müteahhidin asli yükümlülüğü olan eseri teslim borcunu zamanında ifa etmesinin teminat altına alınması sağlanmak suretiyle, alacaklının borçluya karşı etkili bir baskı uygulayabilmesi temin edildiği gibi³⁶, diğer taraftan da iş sahibinin gecikme halinde ileri sürebileceği tazminat taleplerinin kolaylaştırılması ve teminat altına alınması gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Bununla birlikte sözleşmelere konulan kayıtlarının hukuki nitelendirmesi konusunda uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşmakta ve özellikle bu tür kayıtların bir cezai şart mı, yoksa götürü tazminat niteliğinde mi olduğu tereddütler yaratmakta, bazı hallerde de söz konusu kayıt bir cezai şart olarak nitelendirilse bile bunun bir seçimlik cezai şart mı, yoksa ifaya eklenen cezai şart mı olduğu çeşitli kuşklara sebebiyet verebilmektedir³⁷. O halde sözleşmelere konulan bu tür kayıtlarla ilgili olarak özellikle cezai şart-götürü tazminat ayrımı ile cezai şartın türleri ve özellikle ifaya eklenen cezai şart-seçimlik cezai şart ayrımı üzerinde durmak gerekir.

Ancak söz konusu ayrımlara girmeden önce, sözleşmeye konulan bir kaydın cezai şart olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce söz konusu kaydın, belirli bir zorunlu muhtevaya sahip olması gerektiğine özellikle işaret etmek gerekir. Bu cümleden olmak üzere, cezai şart anlaşması kapsamında taahhüt edilen edim, şarta bağlı bir edim yükümü niteliğindedir. Bununla borçlu, asıl sözleşmenin belirli bir tarzda ihlal edilmesi durumunda, alacaklıya belirli bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına girer. Borçlunun şartın gerçekleşmesi halinde yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, para veya maddi bir edim, bir iş görme edimi ve hatta bir kaçınma

³⁴ Gecikilen her gün için 100 İsviçre Frankı ödeneceği; edimin zamanında ifa edilmemesi durumunda birinci ve ikinci haftaların her biri için 700 Frank, üçüncü hafta için 1400 Frank ve gecikilen her diğer hafta için 2000 Frank ödenileceği; gecikme halinde ilk altı ayda her gün için 5000 Frank, daha sonrası için ise her gün için 10000 Frank ödenileceğine ilişkin kayıtlar ile bir gecikme durumunda eserin fiyatının belirli bir yüzdesinin ödenmesi gerektiği şeklindeki kayıtların ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu belirtilmektedir (Bu örneklerle ilgili olarak bkz. Koller, Konventionalstrafe, Nr. 147-150). Nitekim bu kapsamda olmak üzere, Yargıtay uygulamasında da, “gecikilen her gün için belirli bir miktar paranın ödenileceğine” ilişkin sözleşmelere konulan kayıtların ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu açıkça ifade edilmektedir (Bkz. Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, İkinci Cilt, Ankara 1998, 379 vd. yer alan kararlar.

³⁵ GAUCH, Nr. 693; GUHL/SCHNYDER, §56, Nr.11; TANDOĞAN, 135.

³⁶ STOTZ, 149; LARENZ, 384; SCHLECHTRIEM, Richterliche Kontrolle, 54;

³⁷ Bu konuda bkz. § 3, III, B, c.

edimi niteliğinde olabilir, yeter ki, söz konusu edim yeterince belirlenebilir nitelikte olsun³⁸. Cezai şart anlaşması kapsamında taahhüt edilen edimin borçlu tarafından yerine getirilmesi, cezai şart anlaşmasının dayanağını teşkil eden asıl sözleşmedeki belirli bir edimin ihlal edilmesi şartına bağlıdır. Hangi sözleşme ihlali hali için cezai şart öngörüldüğü ise, öncelikle taraf iradeleri³⁹ ile cezai şart anlaşmasının yorumundan anlaşılır⁴⁰. Bununla birlikte, BK'nun 158. maddesinde alacaklının cezai şart talebiyle temel sözleşmeden doğan diğer talepleri arasındaki ilişki esas alınarak, üç farklı cezai şart türüne yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre, borçlu cezai şart anlaşmasında cezai şart ödemeyi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için taahhüt etmişse, aksi sözleşmede öngörülmüş olmadıkça, burada bir seçimlik cezai şartın varlığından bahsedilecektir. Buna karşın, borçlu cezai şart ödemeyi sözleşmenin belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi hali için taahhüt etmiş ise, böyle biri durumda da ifaya eklenen cezai şartın varlığından söz edilecektir. Bir de, BK'nun 158. Maddesinin III. fıkrasında dönme cezasına yer verilmiş bulunmaktadır.

O halde, örneğin bir inşaat sözleşmesinde eserin sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olarak teslim edilmemesi halinde cezai şart ödeneceği öngörülmüşse, sözleşmeye konulan bu kayıt gereğince, alacaklının ya ifayı ya da cezai şartı talep edebileceği sonucuna varılacaktır. Ancak, hiç şüphesiz BK'nun 158. maddesinin düzenleyici nitelikte bir hüküm olması nedeniyle⁴¹,

³⁸ Cezai şartın konusunu oluşturan edimin belli ya da objektif ölçüler içerisinde belirlenebilir olması gerekir. Ceza şart ediminin konusu ve kapsamı kural olarak cezai şart anlaşmasının yapılması sırasında kesin bir miktar gösterilmek suretiyle (örneğin 10 milyar lira gibi) tespit edilir ve doğrudan doğruya belirlenir. Ne var ki, ceza ediminin konusu ve kapsamının dolaylı olarak belirlenmesi de mümkündür. Örneğin tarafların cezai şart anlaşmasının kuruluşu sırasında cezai şart ediminin ileriki bir zaman dilimi içerisinde tespit edileceği konusunda anlaşabilirler. Cezai şart ediminin belirlenmesi objektif ya da objektifleştirilmiş belirlenebilirlik ölçütlerine dayanılarak gerçekleştirilebilir. Bu cümleden olmak üzere, objektif belirlenebilirlik kapsamında örneğin gecikilen her gün için 100 frank ödeneceği gibi bir maddi belirleme ölçütü tercih edilebilir. Bunun dışında cezai şart anlaşmasında objektifleştirilmiş bir belirlenebilirlik ölçütünün benimsenmesi de mümkündür. Bu bağlamda, cezai şart ediminin muhtevasının belirlenmesi üçüncü bir kişiye bırakılabilir (Örneğin, sözleşmenin taraflarının eşit olarak oluşturdukları bir organın cezai şartı belirlemesi gibi). Bununla birlikte cezai şart ediminin kapsamının, taraflardan sadece biri tarafından sonradan belirlenebileceğinin kararlaştırılması (subjektif belirlenebilirlik) caiz değildir (Bu konuda bkz. **BENTELE**, 42-43; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 344 vd.).

³⁹ **BENTELE**, 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526; Oser/Schönenberger, Vorbem. Zu Art. 160-163, Nr. 20;

⁴⁰ **BENTELE**, 6 ve 44; **BUCHER**, Allg. Teil, 526.

⁴¹ **BENTELE**, 446; **BUCHER**, Allg. Teil, 521; **SCHOCH**, 6; **VON BÜREN**, Allg. Teil, 411; **EREN**, 1170; Literatürde diğer bir görüş ise, burada kanuni bir karinenin varlığından bahsetmektedir (bkz. **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr.17 vd.; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.160. Nr.1; **KOLLER**,

tarafların sözleşmede bundan farklı bir sonucu kararlaştırmaları mümkündür. Dolayısıyla, taraflar, somut cezai şart anlaşması kapsamında, alacaklının cezai şart talebiyle asıl sözleşmeden doğan diğer talepleri arasındaki ilişkiyi hukuk düzenin sınırları içerisinde açıkça ya da örtülü⁴² bir biçimde serbestçe düzenleyebilirler ve bu bağlamda, örneğin eserin tam ve gereği gibi ifasını temin amacıyla ifaya eklenen bir cezai şart kararlaştırabilirler⁴³.

Sonuç olarak, cezai şart anlaşmasında alacaklının asıl sözleşmeden doğan talepleriyle cezai şart talebinin ne şekilde irtibatlandırıldığı, taraf iradeleri ve cezai şart anlaşmasının kapsamından ve yorumundan hareketle belirlenecektir.

b) Cezai Şart ve Götürü Tazminat Ayrımı

İfa zamanına riayet edilmesini sağlamak amacıyla sözleşmelere konulan kayıtların hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda öncelikle üzerinde durulması gereken nokta, bu gibi kayıtların hangi hallerde cezai şart olarak nitelendirileceği ve bu bağlamda cezai şartın götürü tazminattan ayrılması konusudur. Gerçekten de, cezai şartın götürü tazminattan ayrılması sorunu, cezai şart konusuyla ilgili olarak üzerinde özellikle durulan konulardan biridir⁴⁴. Bu itibarla cezai şartın götürü olarak belirlenen

Konventionalstrafe, Nr. 99 ve 152; **BUCHER**, Allg. Teil, 527 vd. (Bununla birlikte gerek **BUCHER** (Allg. Teil, 521), gerekse **KOLLER** (Konventionalstrafe, Nr. 98) diğer taraftan hükmün düzenleyici niteliğine işaret etmektedirler)); BK.m.158/I ve II'de yer alan hükmün düzenleyici nitelikte bir kural niteliğini mi taşıdığı, yoksa burada kanuni bir karinenin mi söz konusu olduğu tartışması teorik bir tartışma olmaktan öteye gitmez. Gerçekten de, BK'nun 158. Maddesinde bir yasal karinenin ve dolayısıyla bir yorum kuralının söz konusu olduğunu belirtmekle, bu hükmün bir düzenleyici kural olduğunu ifade etmek arasında maddi açıdan bir farklılık söz konusu değildir. Sadece düzenleyici nitelikte hukuk kurallarında, karine içeren kurallardan farklı olarak belirli bir olay hakkında bir netice çıkarma (Schluss) söz konusu olmamakta, bilakis belirli bir olayın doğrudan doğruya hukuki sonucu tespit edilmektedir (**BENTELE**, 46, dipnot 215).

⁴² **BUCHER**, 529; **BENTELE**, 46-47; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 3929.

⁴³ Nitekim bakınız aşağıda §3, III, B, c.

⁴⁴ Nitekim özellikle Alman Hukukunda cezai şart ile götürü tazminat arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Alman Hukukunda ileri sürülen bu görüşleri birlik öğretisi (başlıca savunucuları Rolf **Belke**, Peter **Schlechtriem** ve Günter **Hager**), ayırma öğretisi (başlıca savunucuları Eduard **Bötticher**, Volker **Beuhien** ve onu takip eden Karl **Larenz**) ve tek işlevlilik öğretisi (Walter F. **Lindacher**) olmak üzere üç temel gurupta toplamak mümkündür (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Fischer**, Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981, 72 vd).

Bu görüşlerden birlik öğretisi (Einheitslehre) olarak ifade edebileceğimiz görüş, özellikle mahkeme içtihatlarıyla ortaya atılan ve cezai şart ile götürü tazminatı birbirinden ayıran görüşü reddetmekte ve götürü tazminatı cezai şart olarak

tazminattan ayırt edilmesi gerekir. Götürü tazminat, niteliği itibariyle bir cezai şart olmayıp, tazminat niteliğini taşımaktadır⁴⁵. Dolayısıyla zararı aşamaz. Tazminat hiçbir şekilde zarara uğrayanın zenginleşmesine yol açmamalıdır⁴⁶. Bu itibarla, götürü tazminat halinde, alacaklı, zararın oluşup oluşmadığını, oluşmuşsa kapsamını ve zararın miktarını ispat yükünden kurtulur, zararın götürü olarak kararlaştırılan miktarda olmadığını ispat yükü borçluya düşer.⁴⁷ O halde götürü tazminatın kararlaştırılması halinde bunun ileri sürülebilmesi, zararın varlığı ön koşuluna bağlı bulunmaktadır⁴⁸. Halbuki, istisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde (ya da diğer

nitelendirmektedir. Buna karşın ayırma öğretisi (Die Differenzierungslehre) mahkeme içtihatlarıyla ortaya atılmış görüşlerin daha geliştirilmesiyle ortaya çıkmış bir görüş olup, özellikle zararı aşan götürü tazminatın tazminat hukukuna ilişkin zenginleşme yasağı çerçevesinde kontrol edilmesini öngörür. Lindacher tarafından geliştirilen ve tek işlevlilik öğretisi olarak adlandırılan üçüncü görüşde ise cezai şartın sadece ifaya zorlama fonksiyonunun mevcut olduğu savunulmak suretiyle klasik cezai şart öğretilerinin dışına çıkıldığı görülür. Bu öğretiyi götürü tazminatı kendine özgü bir kurum olarak kabul eder. Aslında bu görüşlerde birbirine göre farklılıklar yaratan çıkış noktaları, hakimin BGB'nin 343. paragrafı çerçevesinde götürü tazminat halinde de indirime gitme yetkisinin olup olmadığı ve cezai şartın ifaya zorlama fonksiyonu yanında alacaklının tazminat talebinin kolaylaştırılması ve teminat altına alınması fonksiyonunun bulunup bulunmadığı konularıdır. Birlik ve ayırma öğretilerinin her ikisi de cezai şartın iki fonksiyonu olduğunu kabul etmekle birlikte, birlik öğretisi, ayırma öğretilerinden farklı olarak pratik yarar ve gerçekleri göz önünde bulunduran pragmatik çözümü ön planda tutmak suretiyle, özellikle hakimin BGB § 343' e dayanarak cezai şartta olduğu gibi götürü tazminatta da yüksek tazminata müdahale etmesi gerektiği düşüncesinden hareket eder. Buna karşılık, ayırma öğretisi ve tek işlevlilik öğretisi ise soruna daha fazla kavramsal açıdan yaklaşan (cezai şart ve götürü tazminat arasında) daha teorik ve temiz bir çözümü benimsemekte ve dolayısıyla hakimin müdahalesine karşı çıkmaktadırlar (Bu konuda bkz. **FISCHER**, 90-91).

⁴⁵ Hukukumuzda götürü tazminatın cezai şart olmadığını açıkça belirten bir düzenleme bulunmamakla birlikte, özellikle cezai şart ile ilgili düzenlemelerden böyle bir sonuca varılmaktadır. Bu kapsamda BK.'nun 158 vd. (İsviçre BK.'nun 160 vd.) yer alan hükümler götürü tazminatın mahiyetine uymadığı söylenebilir. Gerek cezai şart ile zarar arasındaki ilişkiyi ifade eden BK 158. maddesi hükmü, gerekse sözleşmenin taraflarının cezanın miktarının belirlenmesinde serbest olduklarına ilişkin BK. m. 161/I hükmü ile özellikle hakimin fahiş gördüğü cezaları indirebileceğine ilişkin BK. m. 161/III hükmünün götürü tazminat kavramıyla bağdaşmadığı, zira zarar doğru olarak götürü olarak belirlenmişse artık onda her hangi bir indirime gitmenin ceza çok yüksek olsa bile, söz konusu olamayacağı, götürü tazminatın yanlış olarak belirlenmesi durumunda ise, götürü tazminatın hükümsüzlüğü ya da tıpkı cezai şartla ilgili düzenlemede olduğu gibi hakimin takdirıyla indirimin öngörülmesi gibi, konunun ayrı bir maddede düzenlenebileceği haklı olarak ifade edilmektedir (**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.18; ayrıca cezai şartta hakimin müdahale etmesine ilişkin hükmün götürü tazminata uygulanmaması gerektiği hakkında bkz. **STOTZ**, 154). Bununla birlikte İsviçre hukukunda bir kısım yazarlar;

sözleşmelerde) cezai şart kararlaştırılırken, iş sahibi açısından zararın ispata konusundaki güçlüklerin ortadan kaldırılması ve özellikle sözleşmenin müteahhit tarafından ihlal edilmesi durumunda iş sahibine müteahhide karşı kullanabileceği ek bir baskı aracı (ein zusätzliches Druckmittel) sağlanması⁴⁹ ya da Larenz'in ifadesiyle ispata ihtiyaç göstermeyen asgari zararın (Mindestschaden) karşılanması⁵⁰ düşüncesinden hareket edilmektedir.

Ayrıca sözleşmeye konulan kaydın gecikme cezası mı, yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespiti, aynı zamanda eserin teslim alınırken saklı tutma beyanında bulunulmaması durumunda da önem taşımaktadır. Eğer,

Alman hukukunda birlik teorisi taraftarlarının savundukları gibi hakimin efektif zararın götürü tazminattan az olması durumunda, götürü tazminatı tıpkı cezai şartta olduğu gibi indirebileceğini savunmaktadırlar. Nitekim, **BENTELE** (s.21), **EHRAT** (Art. 160, Nr.12), **GAUCH/SCHLUEP** (II, Nr. 3974), **SCHWENZER** (s. 398) İsviçre BK m.163/III'in (BK.m.161/III) kıyasen uygulanabileceğini ve hakimin götürü tazminatı tenkis edebileceğini fikrindedirler. Aynı şekilde, **BUCHER** (Allg. Teil, 525) de İsviçre BK m.163/III götürü tazminatlar hakkında da uygulanabileceğini savunmaktadır (aynı yönde bkz. **SANTORO**, 39). Alman Hukukunda da götürü tazminatın yüksek olması durumunda cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle tazminatın indirilebileceğini savunan yazarlar arasında (ki bunlar özellikle birlik teorisi taraftarlarıdır) **Belke**, **Schlechtriem**, **Hager** sayılabilir (Bu konuda bkz. **FISCHER**, 72-78 arası). Bununla birlikte Alman hukukunda pek çok yazar, götürü tazminatın yüksek olması durumunda cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Nitekim, **Beuthien** (bkz. Beuthien, Volker, Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe, Festschrift für Karl Larenz, München 1973, 501 vd.), **Larenz** (s.383), **Gottwald** (Vorbemerkungen vor § 339, Nr.3 ve BGB § 343, Nr.4), **Fikentscher** (s.97) bu görüşte olan yazarlar arasında zikredilebilirler.

⁴⁶ **BEUTHIEN**, 515-516; Gerçekten de, zarara uğrayanın tazminatla zenginleşmemesi gerektiği yolundaki kural, tazminat hukukunun temel ilkelerinden biridir (BGE 49 II 247). Tazminat ile zarar görenin ek kazanç elde etmesi değil, uğranılan zararın telafisi amaçlanır. Bu itibarla zarar gören ancak uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Dolayısıyla tazminatın üst sınırı uğranılan zarardır Aksi halde zarar gören sebepsiz zenginleşmiş olur (bkz. **KELLER**, **MAX/GABI**, **SONJA**, Das Schweizerische Sculdrecht, Band II, Haftpflichtrecht, Zweite, korrigierte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, 101).

⁴⁷ **BUCHER**, Allg. Teil, 525; **SANTORO**, 38; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 435;Götürü tazminatın borçlu bakımından da yararı mevcuttur. Zira, borçlu böylelikle daha başlangıçtan, edim ihlali durumunda kendisinin bundan nasıl etkileneceğini bilir. Bu itibarla, tazminat başlangıçtan götürü olarak kararlaştırılması, edim ihlallerinin gerçekçi bir tarzda denkleştirilmesi yanında her iki tarafın risklerinin tespitine de yardımcı olur ve bu suretle götürü tazminat cezai şartın aksine her iki tarafın menfaatlerine hizmet eder (bkz. **SANTORO**, 38).

⁴⁸ **BUCHER**, Allg. Teil, 525; **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr.12; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.18; **BENTELE**, 19; **SANTORO**, 38.

⁴⁹ **LARENZ**, 384; **GAUCH**, Nr. 710; **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 54; **STOTZ**, 148.

sözleşmeye konulan kaydın, gecikme cezası değil de bir götürü tazminat olduğu sonucuna varılırsa, eserin teslim alınmasında bir saklı tutma beyanında bulunulmasa da, götürü tazminatın talep edilmesi mümkün olabilecektir⁵¹.

Bu şekilde, tarafların bütünüyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmelere koydukları cezai şart kayıtları ile götürü tazminat kayıtlarının⁵² taraflardan sadece birinin lehine olması nedeniyle ne ölçüde caiz olacağı sorusu bir yana⁵³, bu iki kayıt arasındaki sınırın çizilmesi ve farklılıkların ortaya konulması büyük önem taşımakta ve gerek konumuz açısından,

⁵⁰ LARENZ, 383; STOTZ, 148.

⁵¹ 15. HD. 4.10.1988 T., 88 Esas, 3118 K. (karar için bkz. **KARAHASAN MUSTAFA REŞİT**, İnşaat İmar İhale Hukuku 2, İstanbul 1997, 2009-2010)

⁵² İsviçre literatüründe vekalet sözleşmesinde cezai şart ve götürü tazminat kayıtlarına yer verilmesi ile ilgili olarak **Hofstetter** (Schweizerisches Privatrecht, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, VII/ Teilband 6, Basel 2000, 66), hakimin, azilden dolayı vekilin bir zarara uğrayıp uğramadığı ve azilin bundan dolayı zamansız gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit bakımından karinelerle desteklenmesinin caiz olduğunu, ispat ya da karine olarak kabul edilen zararın ölçümü ve hesaplanması bakımından OR 42'nini geçerli olacağını, prensipte varlığı belirlenen bir zararın kapsamının cezai şart yoluyla götürü hale getirilebileceğini, zarar sayısal olarak ispatlanıyorsa ve götürü olarak belirlenmemişse OR m. 42/2'ye göre hakimin zararın miktarını, taktir hakkı kapsamında belirleyebileceğini, her durumda zararın ispatlanması gerektiğini, cezai şart kararlaştırılmış olsa bile zararın ispatının zorunlu olduğu, zira vekaletten azle ilişkin kuralın dolaylı yoldan etkisini azaltacak şekilde cezai şart kayıtlarına yer verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. **Stotz** ise (s.153-154), götürü tazminat kayıtlarını sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince caiz olarak değerlendirmektedir. Yazar, burada özellikle **Larenz**'e (s.383) katılarak, götürü tazminat kayıtlarının pratik ihtiyaçlara uygun düştüğünü, kişiler arasındaki münasebetlerde sözleşmelerin ihlali hallerinin uygun ve akılcı yollardan neticelendirilmesini sağlaması bakımından elverişli bir yöntem olduğunu ifade etmektedir. **Gauch** da (Nr.666), gecikmeden doğan zararın götürü olarak belirlenmesini uygun karşılamaktadır. Aynı şekilde Federal Mahkeme de (BGE 109 II 468), sözleşmelerde götürü tazminat kayıtlarına yer verilmesini, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde uygun bulmaktadır. Aynı şekilde,

⁵³ Alman hukukunda BGB § 309'un Paragrafında genel işlem şartları içinde yer alan bazı kayıtların geçersiz olacağı ifade edilmiş ve bu kapsamda söz konusu paragrafın 5. ve 6. bentlerinde tazminat taleplerinin götürü olarak belirlenmesi ve cezai şart kayıtlarına yer verilmiştir. Buna göre 5. bentte götürü tazminatla ilgili şu düzenlemeye yer almaktadır: "Tazminata veya değer azalmasının tazminine ilişkin kullanılan götürü talep hakkının kararlaştırılması,

- a. söz konusu götürü tutar, olayların normal akışına göre doğması beklenen zararı veya ortaya çıkması olağan olan değer azalmasını aşılıyorsa, ya da,
- b. sözleşmenin karşı tarafının, bir zararın veya bir değer azalmasının hiç meydana gelmediğini ya da götürü tutara göre önemli ölçüde az olduğunu ispat etme imkanını açıkça olmaksızın izin vermiyorsa" böyle bir götürü tazminat kaydı geçersiz sayılmıştır.

gerekse hukuk uygulamamız açısından oldukça önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁴. Özellikle münferit bazı durumlarda cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesinde güçlüklerle karşılaşıldığı bilinmektedir⁵⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, çeşitli kararlarında cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki güçlüklerle işaret etmektedir⁵⁶. Yargıtay uygulamasında da iki kurum arasındaki sınırın çizilmesi bakımından sağlıklı bir değerlendirme yapıлып, bu konuda ilkelerin açık bir şekilde ortaya konulduğu söylenemez. Aynı şekilde literatürde de ileri sürülen görüşler açısından bu konuda tam fikir birliğinin mevcut olduğunu ileri sürmek güçtür. Hatta literatürde kimi yazarlarca cezai şartın

Aynı şekilde 6. bentte de “Edimin hiç veya geç kabul edilmesi, ödemede temerrüde düşülmesi veya sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeden dönmesi durumu için kullanana sözleşme cezasının ödenmesinin öngörüldüğü kayıtlar” geçersiz sayılmıştır.

⁵⁴ Nitekim, 4-5 Nisan 1997 tarihinde Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından düzenlenen “Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu”nda Çetin Aşçıoğlu’nun sunduğu “Yargıtay Kararlarında Cezai Şart, I, Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu” konulu tebliğ (bkz. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XIV, 4-5 Nisan 1997, Ankara 1997, 111-124) dolayısıyla cezai şart konusu tartışılmış (Tartışmalar için bkz. 125-138) ve özellikle asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda cezai şartın durumu ile cezai şartın fonksiyonları ve özellikle tazminat fonksiyonu üzerinde durulmuş, götürü tazminat ile ilişkisine değinilmiştir(bkz. Tartışmalar, 128 ve 136).

⁵⁵ LARENZ, 384; STOTZ, 149; GAUCH, Nr. 710; BENTELE, 87; SANTORO, 38.

⁵⁶ bkz.BGE 109 II 462 vd ve özellikle 467 vd.; BGE 110 II 380 vd. ve özellikle 385 vd.; Federal Mahkeme, konuyla ilgili olarak verdiği kararlarında İsviçre BK’nun 396/I maddesinde öngörülen vekaletten azil ve istifanın her zaman caiz olduğuna ilişkin kuralın uygulanmasını güçleştirecek kayıtlara sözleşmelerde yer verilemeyeceğini, bu cümleden olarak vekalet verenin serbestçe vekaletten azletme(İsviçre Hukukunda İsviçre Borçlar Kanununun konuyla ilgili 404. Maddesinde vekaletten azil karşılığında geri alma (Widerruf), istifa karşılığında ise fesih (Kündigung) tabirleri kullanılmıştır) hakkının (geri alma hakkının) güçleştirilmesine yönelik cezai şart anlaşmalarının yapılamayacağını daha eski tarihli içtihatları doğrultusunda (Bkz. BGE 104 II 116 Erwägung 4; BGE 103 II 130 Erwägung 1) belirttikten sonra, SIA Norm 102 gereğince öngörülen ek ücretin (Honorarzuschlag) bir cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğu üzerinde durmuş ve özellikle SIA Norm 102’de öngörülen hükme göre mimarın zararı ancak ek ücretin %15’inden fazlası için ispat durumunda olduğunu, başka bir ispat yükünün olmadığını bunun da İsviçre BK’nun 161. Maddesinde öngörülen kuralla (BK.m.159) uyum içinde olduğunu ifade etmiştir. Bu itibarla buradaki ek ücret bir götürü tazminat olarak değil, bir cezai şart olarak görülmelidir.

Federal mahkeme azilin uygun olmayan zamanda gerçekleşmesi dolayısıyla karşı taraf için tazminat isteminin doğabileceğini, işte cezai şartın da ancak azil dolayısıyla uğranılan zararı karşıladığı ölçüde geçerli olacağına hükmetmiştir(BGE 109 II 467 vd ve özellikle 469; BGE II 386, Erw.4 b).

götürü tazminattan başka bir şey olmadığı da ifade edilmektedir⁵⁷. O halde cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınırı ya da bu iki kavram arasındaki farklılıkları neye göre belirlemek gerekecektir?

Öncelikle, Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat ile cezai şart arasındaki farkı ortaya koyan açık bir düzenlemenin mevcut olmadığını ifade etmek gerekir⁵⁸. Dolayısıyla doğrudan doğruya kanundan hareketle götürü tazminat konusunda bir tanımlama yapmak ve götürü tazminat ile cezai şart arasındaki sınırı belirleyebilmek tam anlamıyla mümkün olmayacaktır. Bu nedenle özellikle götürü tazminat kavramının tanımlanması ve sınırlarının çizilmesi konusunda tazminat hukukunun temel prensipleri ile dolaylı olarak cezai şartla ilgili düzenlemelerden hareket etmek gerekecektir.

Esas itibarıyla, götürü tazminat kavramı, tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesini ve bu suretle somut zararın miktarı konusunda hukuki ilişkiye katılanlar arasında ihtilafın ortadan kaldırılmasını ifade eder⁵⁹. Bu itibarla, götürü tazminat kavramı asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almaktan ziyade, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlamaya yöneliktir⁶⁰.

Aynı şekilde, götürü tazminatta cezai şartta olduğu gibi, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği ek bir baskı aracı olma fonksiyonu söz konusu değildir⁶¹. Gerçekten de, götürü tazminatta bir ceza niteliğinin varlığından

⁵⁷ Alman Hukukunda birlik öğretisini savunan yazarlar (bkz. **FISCHER**, 72 vd.) ile hukukumuzda bu görüşte olan **Tunçomağ**'a (s. 48-49) bakınız.

⁵⁸ Amerikan hukukunda da götürü tazminat (liquidated damages) kavramı ile cezai şart (penalty) kavramı birbirinden ayrılmakta ve bu iki kavram, hakimün uygunluk kontrolünün bir aracı olarak değerlendirilmektedir. Bu anlaşmalar içerisinde "reasonable=uygun" ve ileri sürülebilir nitelikte olan götürü tazminat anlaşmasıdır. Buna karşın "unreasonable=uygun olmayan" olarak kabul edilen anlaşma ise cezai şarttır. Bu tür anlaşmalar ise batıl olarak değerlendirilmektedir (bu konuda bkz. **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 59; **BENTELE**, 20, dn. 86; **STOTZ**, 150, dn. 418).

⁵⁹ **ESSER/SCHMIDT**, 271; **BEUTHIEN**, 498; **STOTZ**, 152; **BENTELE**, 19; ayrıca bkz. ve karşı. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3974

⁶⁰ **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle von Schadenersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973, 54; **STOTZ**, 152; **FIKENTSCHER** (s.97), tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları cezai şart kaydının temel amacının tazmin etme olduğu (Ausgleichsfunktion) durumlarda –taraflarca öngörülen nitelendirmeden bağımsız olarak- söz konusu anlaşma kural olarak cezai şart değil, bir götürü tazminat anlaşması olarak görülmelidir.

⁶¹ Halbuki, cezai şartta ek baskı aracı olma fonksiyonu belirleyici bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır (Bu konuda bkz. **LARENZ**, 383 vd.; **IM**, 71; **BENTELE**, 20-21; **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 54; Ayrıca bu ölçüte kritik yaklaşım için bkz. **BEUTHIEN**, 497; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3974.

bahsedilemez. Götürü tazminat, sadece, alacaklıyı zararın miktarı konusunda ispat güçlüğünden kurtarır⁶². Bununla birlikte, cezai şart talebinin ileri sürülebilmesinden farklı olarak, götürü tazminat talebinde mutlaka bir zararın ortaya çıkması ve bunun neticesinde bir tazmin yükümlülüğünün doğması gereklidir⁶³. Halbuki cezai şartın talep edilebilmesi için bir zararın meydana gelmiş olması aranmaz.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, sözleşmeye konulan bir kaydın cezai şart mı, yoksa götürü tazminat mı olduğunu belirlerken tarafların sözleşmede öngördükleri nitelendirme belirleyici olarak kabul edilemez⁶⁴. Özellikle, tecrübeler, sözleşmelerde yer verilen bu tür nitelendirmelerin tarafların gerçek amacını yansıtmadığını göstermektedir⁶⁵. Dolayısıyla burada tarafların hukuki işlemi kurarken takip ettikleri gerçek amacın belirlenmesi yoluna gidilmelidir. Sözleşmeyle takip edilen amacın belirlenmesinde tarafların menfaat durumları özellikle dikkate alınmalıdır⁶⁶.

⁶² Amerikan hukukunda liquidated damages'in aynı fonksiyonu yerine getirdiği konusunda bkz. **SCHLECHTRIEM**, Richterliche Kontrolle, 52; **STOTZ**, 153; karş. **SANTORO**, 38 ve **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 435.

⁶³ **Stotz**, 153.

⁶⁴ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bu hususa açıkça işaret etmektedir (BGE 95 II 539, Erw.5; BGE 109 II 468). Aynı şekilde, **Medicus** (Allg. Teil, § 39, Nr. 462), cezai şart ile götürü tazminat arasındaki sınıra işaret ederken, taahhüt edilen edim beklenen zararı önemli surette aşsa da cezai şartın talep edilebileceğini belirttikten sonra, bu konuda tarafların tercih ettiği nitelendirmenin fazlaca bir önemi olmadığını belirtmektedir.

⁶⁵ **BECKER**, Art.160, Nr.39; **STOTZ**, 155; **Stotz** (s.155-156), münferit durumlarda ayırım yapmak güç olmakla birlikte, bunun aynı ölçüde kaçınılmaz da olabileceğini ifade etmekte ve buna örnek olarak şu hususa işaret etmektedir: İsviçre BK'nun 160/II (BK.m.158/f.II) maddesine göre alacaklı ifayı ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul ederse cezai şart talep etme hakkını kaybeder. Buna göre cezai şart en geç teslim anında talep edilmelidir. Böyle bir kural götürü tazminat açısından söz konusu değildir. Gecikmiş teslimden doğan zararın götürü olarak talep edilmesi temerrüdün genel sonuçları çerçevesinde söz konusu olur. Dolayısıyla gecikmiş teslimle ilgili bir ihtirazi kayıt söz konusu değildir.

⁶⁶ Literatürde açık bir şekilde ifade edildiği üzere sözleşmeler yorumlanırken başvurulacak asli yorum aracı tarafların sözleşmede kullandıkları kelimeler, bir başka ifade ile sözleşmenin lafzıdır. Bununla birlikte tamamlayıcı yorum aracı olarak, durumun gereklerine ve örf ve adet kurallarına başvurulabilir (ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.1204 vd; **JÄGGI/GAUCH**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Auflage, Zürich 1980, Nr. 344 vd.). Ne var ki, cezai şart taahhüdü bakımından tarafların sözleşmede yaptıkları nitelendirmelerin sözleşmeyi yorumlayanları çoğu kez yanlış sonuçlara götürebileceği gerek literatürde, gerek uygulamada geniş bir kabul görmektedir (**MEDICUS**, Allg. Teil, § 39, Nr. 462; **Stotz**, 155; **BECKER**, Art.160, Nr. 39). Bu bağlamda cezai şart taahhüdünün yorumlanmasında somut durumun gereklerinin bir uzantısı olarak tarafların menfaat durumlarının özel bir önem taşıdığı özellikle vurgulanmaktadır (**GAUCH/SCHLUEP**, Nr.1216 ve BGE 122

Karşı tarafça iddia edilen yorum tarzının kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin diğer tarafının böyle bir sözleşme yapmasının makul ve mantıklı bir hareket olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁷. Bu kapsamda tarafların takip ettikleri gerçek amaç belirlenirken, tarafların irade açıklamaları güven prensibine dayanılarak yorumlanmalı ve sözleşmedeki kaydın lafzı ile diğer bütün durum ve koşullar göz önünde bulundurularak, bunlardan anlaşılan ve anlaşılması gereken rabıtaya göre yorum yapılmalıdır⁶⁸. Yapılacak bu yorumun pek çok bakımdan önemi vardır. Zira, götürü tazminat niteliği itibariyle bir tazminat olduğundan, cezai şarta ilişkin kuralların kıyasen de olsa götürü tazminata uygulanması söz konusu değildir⁶⁹. Dolayısıyla götürü tazminatla ilgili olarak bir sorunla karşılaşıldığında tazminat hukukuna ilişkin kurallardan istifade edilmelidir. Bu cümleden olmak üzere, kararlaştırılan götürü tazminatın meydana gelen zarara göre yüksek olması durumunda bunun indirilebilmesi için, hakimin fahiş gördüğü cezayı indirmekle yükümlü olduğuna ilişkin BK.m.161/f.III kurala değil, tazminat hukukuna ilişkin kurallara başvurulmalıdır. Taraflar ispat kolaylığı sağlamak amacıyla bir götürü tazminat kararlaştırmışlarsa, burada tazmin edilecek muhtemel zarar miktarının önceden belirlenmesi, bir başka ifade ile tipik beklenen zarar konusunda bir anlaşma söz konusudur⁷⁰. Ancak burada götürü tazminattan bahsedebilmek için tazminat olarak üstlenilen tutarın gerçekten oluşan zarara göre önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir⁷¹. Burada götürü tutarın tipik zarara uyduğunu ispat yükü BK.m. 42 gereğince alacaklıya ait olacaktır. Ancak, işin niteliği gereği ispat bakımından alacaklı açısından fazla bir beklenti içinde olunmamalıdır⁷².

III 424; ayrıca bkz. ve karşı.**JÄGGI/GAUCH**, Art.18, Nr.363 ve Nr.376-377).

⁶⁷ **BECKER**, Art.160, Nr.39; Hakim, taraflar uygun olmayan bir çözüm istemeyecekleri için, neyin hakkaniyete uygun olduğunu göz önünde bulundurmalıdır (BGE 122 III 424, Erw.3 a; BGE 117 II 609 E. 6c; 116 II 259 E. 5a).

⁶⁸ BGE 122 III 424, Erw.3 a; BGE 121 III 118 E. 4b/ aa; 119 II 449 E. 3a; Federal Mahkeme (BGE 46 II 339 Erw.2), alacaklı lehine öngörülen cezai şart taahhüdünün yorumunda, bu kayıtla hangi amaca ulaşılmak istendiği hususuna özellikle ağırlık verilmesi gerektiğine işaret edilmiş ve hak sahibi bakımından, zararın ispatından kurtulmak dışında, cezai şart yoluyla sözleşmenin karşı tarafına tekeffül edilen yükümlülüğün ifasını sağlamak için bir psikolojik baskının yapılması söz konusu olduğu özellikle belirtilmiştir.

⁶⁹ **LARENZ**, 384; **STOTZ**, 154; Aksi fikir için bkz. **BENTELE**, 21; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3974; **BUCHER**, 525; **OR-Ehrat**, Art.160, Nr.12; Alman hukuku için **STAUDINGER/KADUK**, Vorbem. zu. §§ 339 ff., Nr.89.

⁷⁰ **LARENZ**, 384.

⁷¹ Aksi taktirde borçlu burada sadece götürü bir tutarın söz konusu olduğunu, (alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan) götürü tazminat yada bir örtülü cezai şartın söz konusu olmadığını iddia edebilir (bkz.**LARENZ**, 384).

⁷² BGE 109 II 468; **STOTZ**, 155.

Yargıtay uygulamasında gecikme tazminatı kavramı kapsamında, genellikle kira tazminatı ifade edilmektedir⁷³. Yargıtay'ın götürü tazminat ile ifaya eklenen cezai şart (gecikme cezası) arasındaki farka işaret ettiği bir kararında sözleşmeye konulan “inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyeceklerinin yazılı olduğu sözleşme kaydını, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminat olarak değerlendirmiş ve davaya konu bu tazminatın sözleşmeye konu özelliği itibarıyla, BK'nun 158/II maddesinde belirtilen ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olmayıp, maktu (götürü) kira tazminatı niteliğinde olduğundan teslimde arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesine gerek olmadığına hükmetmiştir⁷⁴.

Gerçekten de, sözleşmede yer alan kayıt incelendiğinde, inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri

⁷³ Bkz. **UYGUR TURGUT**, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, İkinci Cilt, Ankara 1988, 337 vd. yer alan içtihatlar.

⁷⁴ Karar metni şu şekildedir; “Davacı vekili, müvekkili ile davalılar arasında imzalanan 1.11.1977 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, davalı yüklenicilerin 30.6.1977 tarihinden başlamak üzere 30 ay sonunda inşaatı ikmal ederek, kendisine isabet eden 8 adet bağımsız bölümü teslim etmeleri gerekirken, yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürerek 30.3.1980-1.9.1985 tarihleri arasında 65 ay içinde 15.000 TL'dan 975.000TL'nın tahsilini dava etmiş, mahkemece eksik iş bedelinin tahsili için davacının açtığı dava daha önce karara bağlandığından sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı, bundan dolayı cezai şartı talep edemeyeceği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. 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, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktu kira tazminatı niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK'nun 158/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olmayıp, kira tazminatı niteliğinde bulunduğundan teslimde arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi gerekmediği gibi, Karamürsel Asliye Hukuk Mahkemesinin 1985/146 Esas sayılı davasında eksik iş bedelinin ödetilmesi dava edilmekle aktin feshi değil, yükleniciler nam ve hesabına ifası doğrultusunda irade açıklamasını içerdiğinden, bunun ödetilmesine yasal bir engel yoktur. Ne var ki; davacının davalı yüklenicilerin borçlu temerrüdüne düşmeleri karşısında uzun bir süre beklemeksizin objektif ölçüler içerisinde beklenmesi gereken makul bir süreye, eksik işlerin tamamlanması için gerekli süre eklenerek bulunacak zaman dilimi için kira tazminatını talep etmesi icap eder. Aksi halde kendi fiili ile zararın artmasına sebebiyet vermiş olacaktır ki, bu artan zararı istemeye hakkı yoktur (BK.m.98 ve 44)...(15. HD. 4.10.1988 T., 88 Esas, 3118 K. karar için bkz. **KARAHASAN, MUSTAFA REŞİT**, İnşaat İmar İhale Hukuku 2, İstanbul 1997, 2009-2010)

şeklindeki kaydın, tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesini ve bu suretle somut zararın miktarı konusunda hukuki ilişkiye katılanlar arasında ihtilafın ortadan kaldırılması amacına yönelik bir kayıt olduğu, asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almaktan ziyade, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlamayı amaçladığı ifade edilebilir. Aynı şekilde, somut sözleşmedeki kaydın, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği ek bir baskı aracı niteliğinde olmadığını, daha ziyade inşaatın zamanında teslim edilmemesi nedeniyle uğranılacak kazanç kaybının götürü olarak belirlenmesi niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Halbuki, inşaatın süresi içerisinde bitirilmemesi halinde müteahhidin, her geçen gün için 1000 TL cezai şart ödeyeceği, gecikme süresinin 45 günü geçmesi durumunda 500.000 TL maktu ceza ödeyeceğinin kararlaştırılması durumunda olduğu gibi⁷⁵ gecikilen her gün için belirli bir miktar gecikme cezasının ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde, bu tür kayıtların borçluyu ifaya zorlamak ve onda ek bir baskı aracı oluşturmak olduğu kabul edilmeli ve bu tür kayıtların ifaya eklenen cezai şart kayıtları niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır⁷⁶. Böyle bir nitelendirme yaparken, tarafların bu konudaki sözleşmede yaptıkları nitelendirmelerin önem taşımadığına özellikle tekrar işaret etmek gerekir⁷⁷.

⁷⁵ Bkz. Yarg. 15. HD. 28.1.1988 T. 1540 E. 241 K. (Karar için bkz. **KARAHASAN**, 2, 2011 ve ayrıca benzer kayıtlar içeren kararlar için bkz. aynı yazar 2003 vd. da yer alan kararlara ve **UYGUR**, İkinci Cilt, 379 vd yer alan kararlar)

⁷⁶ Nitekim, **Koller**'e göre (Konventionalstrafe, Nr. 151-152), sözleşmelere konulan bu tür kayıtlar, bir götürü tazminat niteliğinde olmayıp, burada müteahhidin eseri teslim borcunda gecikmesi durumunda, iş sahibine karşı zararın miktarından bağımsız olarak bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesi söz konusudur. Bu tür kayıtlarla tazminatın hesaplanmasında bir kolaylık sağlanması değil, alacaklının, borçlunun yükümlülüğünü zamanında ifasına olan menfaatinin kapsamlı bir şekilde korunması söz konusudur. Bu korumanın ise, niteliği gereği, salt maddi nitelikli bir tazminat edimiyle götürü olarak sağlanması mümkün değildir. Hiç şüphesiz tarafların, inşaat sözleşmelerinde gecikme durumunda gerçekleşmesi beklenen zararı götürü olarak belirlemeleri mümkündür. Ancak, gecikmeden doğan zarar kural olarak önceden tahmin edilemeyeceği ve ortalama bir zarar süreci verilemeyeceği için, zararın götürüleştirelmesi çabaları pratik olarak işlerliğini yitirmektedir. Dolayısıyla, belirtilen bu güçlüklerle bağlantılı olarak iş sahibi zararın götürüleştirelmesini amaçlıyorsa, sözleşmedeki gerçek amaçlarının tazminatın götürüleştirelmesi olduğunu açık olarak belirlenebilecek şekilde ortaya koyması gerekir. Aksi taktirde ifa zamanına riayet edilmemesi durumuna ilişkin olarak sözleşmelerde yer alan kayıtların kural olarak ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirilmeleri konusunda bir kanuni karinenin varlığı gözden uzak tutulmamalıdır.

⁷⁷ Nitekim bir Yargıtay kararına konu olan olayda, inşaat sözleşmesinin ilgili maddesinde yer alan iş sahibinin, müteahhidin süresinde eseri bitirmemesi durumunda günün koşullarına göre kira bedeli isteme hakkının olduğuna ilişkin kaydı davacının dilekçelerinde cezai şart

c) Cezai Şartın Türleri ve özellikle ifaya eklenen cezai şart-seçimlik cezai şart ayrımı

Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde alacaklının ifa talebiyle cezai şart talebi arasındaki ilişki dikkate alınarak cezai şartın üç türüne yer verilmiştir. Bu ayrıma göre cezai şartın; seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme cezası olmak üzere üç farklı türü söz konusudur. Asıl konumuz inşaat sözleşmelerine konulan ifaya eklenen cezai şart kayıtları olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinde özellikle seçimlik cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmesi ve hatta bazı hallerde sözleşmelere hem ifaya eklenen cezai şart hem de seçimlik cezai şart kayıtlarının birarada konulması ve bazı durumlarda sözleşmeye konulan cezai şart kaydının seçimlik cezai şart mı, yoksa ifaya eklenen cezai şart mı olduğunun belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşılması nedeniyle, cezai şartın diğer görünüm biçimleri hakkında da kısaca bilgi verilmesinde ve bu bağlamda ifa talebiyle cezai şart ve zarar ile cezai şart arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta büyük fayda olacağı inancındayız.

BK'nun 158. maddesinin I. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir." Bu hüküm gereğince cezai şart anlaşması asıl sözleşmeden doğan edimin tam ve gereği gibi ifasını sağlamaya yönelik olarak yapılmış ise, cezai şart anlaşmasında başka türlü kararlaştırılmadıkça söz konusu kayıt seçimlik cezai şart niteliğindedir. Dolayısıyla alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Ne var ki, burada "akdin icra edilmemesi veya natamam icra edilmesi (ki bu ifadeleri İsviçre Borçlar Kanununa uygun olarak "hiç ya da gereği gibi ifa etmeme" şeklinde anlamak gerekir)" ifadesi ile alacaklının seçim imkanı üzerinde bazı önemli noktalara işaret etmek gerekir.

- Öncelikle, BK'nun 158/II maddesinde asıl sözleşmeden doğan edimin belirtilen yer ve zamanda ifa edilmemesi durumu özel olarak düzenlendiği için, aksine bir anlaşma olmadıkça BK'nun 158/I maddesi kapsamında yer alan edim ihlali halleri borçlunun sorumlu olduğu sonraki objektif imkansızlık hali⁷⁸ ile gereği gibi

olarak nitelendirmesinin kaydın niteliğini değiştirmeyeceği konusunda bkz. Yarg.15.HD. 30.10.1995 T., E.3746, K. 5923 (UYGUR, İkinci Cilt, 356).

⁷⁸ Burada alacaklı ya BK.m96/f.I'e göre zararının tazminini talep etme ya da inşaatın ayıplı ifası halinde BK.m.360'a göre eserin ayıplı olmasından dolayı kendisine kanun gereğince tanınan hakları ileri sürme imkanına sahiptir (karş. BENTELE, 89).

ifa etmeme kapsamında nitelendirilebilecek⁷⁹ edim ihlali halleridir⁸⁰.

- Borçlu BK.m.158/I kapsamında yer alan bir edim ihlalinin gerçekleşmemesini temin amacıyla bir cezai şart kararlaştırıldığında, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartı talep etme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, borçlu asıl edim ifasının sonradan objektif olarak imkansızlaşması nedeniyle, asıl sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemişse, alacaklıya seçim imkanının tanınmasının fazla bir anlamı kalmayacaktır⁸¹. Zira, borçlanılan edimin yerine getirilmesi objektif olarak imkansız olduğundan, ifa talebinde bulunulması söz konusu olamayacak, cezai şartı tercih etmeyen ve ifada ısrar eden alacaklı sadece tazminat talep etme imkanına sahip olacaktır (BK.m. 96)^{82, 83}.
- Borçlu borcunu zamanında ifa etmekle birlikte gereği gibi ifa etmemişse, bu taktirde alacaklı, ya cezai şartın ifası talebinde bulunacak ya da gereği gibi ifa etmemenin yasal sonuçlarını talep edecektir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesinde müteahhit, eseri zamanında teslim etmekle birlikte ayıplı olarak ifa ederse, o takdirde iş sahibinin, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, borcunu ayıplı ifa eden müteahhitten eserin ayıplı ifası nedeniyle ya eserin ayıplı olmasından doğan haklarını ya da kararlaştırılan cezai şartı talep etme hakkı mevcuttur. İş sahibi bu iki imkandan birini tercih etmek durumundadır⁸⁴. Şüphesiz ki buradaki seçim

⁷⁹ Bununla ifade etmek istediğimiz, BK'nun 158/I maddesinde belirtilen ifa etmeme halleri ile ifa zamanı ya da yerine riayet edilmemesi hali dışında kalan bütün gereği gibi ifa etmeme (ya da aktin müspet ihlali) olarak nitelendirilebilecek durumlardır. Bu bağlamda kaçınma yükümünün ihlali (BK.m.97/f.II), ayıplı ifa halleri ile diğer aktin müspet ihlali halleri BK.m.158/f.I'deki gereği gibi ifa etmeme kapsamında zikredilebilir.

⁸⁰ **BENTELE**, 88.

⁸¹ **BENTELE**, 89.

⁸² **BUCHER**, Allg.Teil, 528; **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr. 19; **BENTELE**, 89; **BÜHLER**, 165.

⁸³ Söz konusu tazminat talebi kararlaştırılan cezai şart miktarı ile sınırlı değildir (bkz. **BUCHER**, Allg.Teil, 528; **OR-Ehrat**, Art. 160, Nr. 19;).

⁸⁴ Alacaklıya BK.m.158/f.I gereğince tanınmış olan bu imkan, bir seçimlik hak değil, mahiyeti itibarıyla bir seçimlik hak değil, bir seçimlik yetkidir (alternative Ermächtigung=facultas alternativa). Zira burada alacaklı asıl edimin yerine diğer bir edimi yani cezai şartı koyma yetkisine sahip olmaktadır. Alacaklı asıl borcun ifası yerine cezai şartı talep etme hakkına sahiptir. Ancak alacaklı inşai hakkını kullanmak suretiyle cezai şartı talep etmişse artık asıl edimin ifasını talep etmekten vazgeçmiş sayılır(**VON TUHR/ESCHER**, 281; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3926; **OR-Ehrat**, Art.160, Nr.17 vd.; **Eren**, 1172). Alacaklı seçimlik yetkisini, borçluya yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır ve bunun kullanılmasıyla borcun konusu değişikliğe uğradığı

yetkisi, ancak ifa yükümlülüğü ihlal edildiği zaman kullanılacaktır⁸⁵. Uygulamamızda seçimlik cezai şart kayıtlarına, genellikle, “sözleşmelerdeki şartlara uymayan tarafın diğer tarafa belirli bir miktar cezai şart ödemesi” şeklinde genel ifadeler kullanılarak yer verilmekte⁸⁶ ve böylece eserin ayıplı⁸⁷ tesliminin ve teslim edilmemesinin doğuracağı olumsuz sonuçlar bir müeyyideye bağlanmış olmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinin II. fıkrasında ise ifaya eklenen cezai şart kavramına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Akdin muayyen

için, alacaklının bu hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak olup, bu husustaki irade açıklaması borçluya ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur (bkz.; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 107-108; **EREN**, 1173).

⁸⁵ Tabiidir ki, müteahhit ile iş sahibi sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ya da ayıplı ifa edilmesi durumunda, hem sözleşmenin eksik ya da ayıplı ifasının hem de cezai şartın birlikte talep edilebileceğini sözleşmede kararlaştırabilirler (aynı yönde **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3929; **BUCHER**, 529; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 106; Hem sözleşmenin yerine getirilmesi, hem de seçimlik cezai şartın talep edileceğinin cezai şart anlaşmasında kararlaştırılabileceği hakkında bkz. Yarg. 15. HD. 7.3.1989 T., 2481 E., 1066 K. (karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 1999)).

⁸⁶ Örneğin, “...işbu mukavele hükümlerine uymayan taraf karşı tarafa 500.000 lira cezai tazminat ödemeyi kabul ve beyan eder...” (15. HD. 4.4.1988 T. 2618 E. 1334K. (karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 2001)).

⁸⁷ Hukukumuzda eserin ayıplı ifası durumuna ilişkin olarak (eseri teslim borcunun ayıplı ifa edilmesi durumuna ilişkin olarak sözleşmelere konulan bu tür cezai şart kayıtlarının BK'nun 158/I maddesi anlamında seçimlik cezai şart niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. **GAUCH**, Nr.2527), özellikle bu durumu zikreden cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verildiği söylenemez. Sözleşmelerde genelde ayıplı ifa durumunu da içine alacak şekilde “yukarıda belirtilen şartlara uymayan taraf diğer tarafa...miktar cezai şart öder” gibi kayıtlara yer verilmektedir. Ancak, eserin ayıplı olması durumuna ilişkin olarak sözleşmelerde yer verilen seçimlik cezai şart kayıtlarına ilişkin olarak, özellikle belli noktalara işaret etmek gerekir; Öncelikle, eserin ayıplı olması durumuna ilişkin olarak taahhüt edilen cezai şart (Mangelstrafe), cezai şart anlaşması kapsamında talep edilebilir. Eserdeki hangi ayıplar için taahhüt altına girildiği cezai şart anlaşmasından çıkarılır. Bunun için cezai şartın talep edilebilmesine neden olacak ayıbın yeterince açık bir şekilde sözleşme metninden hareketle belirlenebilmesi gerekir. Cezai şartın çeşitli ayıp durumları için kararlaştırılması mümkündür (**GAUCH**, Nr.2528). İş sahibi eserdeki ayıp dolayısıyla malvarlığında bir zarara uğramasa bile, kanundan dolayı kararlaştırılan cezai şartın ödenilmesi gerekir (BK.m.159/f.I). Buna karşın ayıptan dolayı cezai şart talebinde bulunabilmek için müteahhidin ayıptan dolayı sorumlu olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Literatürde bir kısım yazarlar (**GAUCH**, Nr.2529; **BUCHER**, Allg. Teil, 526-527) özellikle İsviçre BK'nun 163/II (BK.m.163/II) maddesinden hareketle cezai şartın ileri sürülebilmesi için kusurun varlığını şart koştuklarından, örneğin **Gauch**, aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, müteahhidin eserdeki ayıptan dolayı kusurlu olmadığını ispat etmediği sürece ona karşı cezai şart talebinde bulunulabileceğini ifade

zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyasını talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyeran etmeksizin edayı kabul etmiş olsun.”. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart taahhüt edilmişse, alacaklı, açıkça vazgeçmiş veya ifayı kayıtsız şartsız kabul etmiş olmadıkça, hem sözleşmenin ifasını hem de kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini talep edebilecektir. Uygulamada özellikle istisna ve inşaat sözleşmelerinde müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmesini sağlamak amacıyla ifaya eklenen cezai şart kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir^{88, 89}.

Nihayet, Borçlar Kanunu’nun 158. maddesinde düzenlenmiş bulunan diğer bir cezai şart türü de literatürde ifayı engelleyen cezai şart ya da dönme cezası (Wandelpön) olarak adlandırılan cezai şarttır. Söz konusu cezai şarta, BK’nun 158. maddesinin III. fıkrasında, ” Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur. “ şeklinde bir düzenlemeyle yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkına sahip bulunduğunu ispat yetkisi saklı tutulmuş ve böylece borçluya alacaklıyla yaptığı anlaşma çerçevesinde sadece cezai şart ödeyerek sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır. Dönme cezasının bu özelliği nedeniyle gerçek anlamda bir cezai şart niteliğini arzetmediğini ifade etmek gerekir. Zira burada alacaklının durumunun teminat altına alınması suretiyle sözleşmenin ifasının sağlanması değil, tam tersine borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusudur. Bu nedenle, literatürde dönme cezası, daha ziyade pişmanlık akçesine benzetilmektedir⁹⁰.

Mahiyetleri hakkında kısaca bilgi verdiğimiz bu cezai şart türlerinden seçimlik cezai şart-ifaya eklenen cezai şart kavramları arasındaki sınırın ve farkların ortaya konulabilmesinde çeşitli sözleşme ilişkileri bakımından

etmektedir. Yazar söz konusu kusur prensibinin, İsviçre BK’nun 163/II (BK.m.161/II) maddesinden kaynaklandığını ve bunun müteahhidin ayıby takip eden zararlardan dolayı sorumluluğu hariç, ayıba karşı tekeffülden dolayı kusurdan bağımsız sebep sorumluluğu ile ilgisi bulunmadığını ifade etmektedir. Gauch’a göre bu prensip cezai şartın müteahhidin sözleşmeyi gereği gibi ifaya uymasını sağlayan temel amacına uygun düşmektedir (Nr. 2529).

⁸⁸ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 2003 vd.

⁸⁹ Burada BK’nun 158. maddesinin I. ve II. fıkralarında düzenlenmiş bulunan seçimlik cezai şart ile ifaya eklenen cezai şart kavramlarına kısaca yer vermiş iken, söz konusu cezai şart türleri arasında bir kural istisna ilişkisinin bulunmadığına ve her iki cezai şart türü arasında tercihe dayalı (seçici) bir yarışmanın (elektiver Konkurrenz) söz konusu olduğuna işaret etmek gerekir (Bentele, 93, 95).

⁹⁰ **KELLER/SCHÖBI**, 113; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 3934 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 31; **EREN**, 1174;

önemli güçlüklerle karşılaşılabilir. Burada özellikle bir süreye riayet edilmemesi durumuna ilişkin olarak sözleşmede cezai şart kaydına yer verilmişse, BK.m.158/II çerçevesinde, bir ifaya eklenen cezai şartın mevcut olduğunu kabul etmek gerekir⁹¹. Özellikle, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın miktarı⁹², sözleşmede kullanılan ifadeler⁹³, sözleşmenin niteliği⁹⁴, cezai şartın sözleşmenin belirli yer ve zamanda ifası için kararlaştırılmış olması (BK.m.158/II gereğince), cezai şartın amacı⁹⁵, cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olduğuna işaret eder. Bu bağlamda sözleşmede yüksek cezai şart miktarının kararlaştırılması, gecikilen her gün, hafta, ay için belirli bir tutarda para ödeneceği gibi iş sahibinin elinde müteahhidi ifaya zorlamaya yönelik ek baskı aracının bulunduğu ilişkin bir izlenim uyandıran⁹⁶ ifadeler sözleşmelerde yer verilmemesi, somut sözleşme ilişkisinde genellikle seçimlik cezai şartın varlığını gösterir. Hiç şüphesiz BK.m.158'de yer alan hükümler emredici nitelikte olmadıklarından, bu hükümlerin taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür⁹⁷. Bu bağlamda taraflar sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde ifaya eklenen cezai şartın talep edilebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi⁹⁸, hem sözleşmenin ifası, hem de seçimlik cezai

⁹¹ Hatta literatürde bu konuda bir kanuni bir karinenin mevcut olduğu ifade edilmektedir (**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.99 ve Nr. 152; bkz. **OR-EHRAT**, Art. 160, Nr.17 vd; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.160. Nr.1; **BUCHER**, Allg. Teil, 527 vd.).

⁹² Sözleşmelerde cezai şart miktarının çok düşük gösterilmesi, kararlaştırılan cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olduğuna delâlet edebilir (Bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 47; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.99).

⁹³ BGE 97 II 351 “*Gecikilen her gün için 100 İsviçre Frankı ödeneceği...*”; **TANDOĞAN**, 135;

⁹⁴ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 46.

⁹⁵ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 46-47.

⁹⁶ **BENTELE**, 20 vd.; **LARENZ**, 384; **GAUCH**, Nr. 710;

⁹⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.99 ve Nr. 152; bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 46-47.

⁹⁸ Bazı durumlarda, sözleşmelere konulan kayıtların niteliğinin anlaşılmasındaki güçlüğü vurgulamak ve konuya açıklık getirmek amacıyla İsviçre Federal Mahkemesinin oldukça yakın tarihli bir kararına (BGE 122 III 420 vd.) önemle işaret etmek istiyorum. Söz konusu karara ilişkin uyuşmazlıkta davacı iş sahibi ile davalı müteahhit şirket arasında pipo filtresi paketleme tesisi yapımı için bir anlaşma yapılmış ve söz konusu anlaşmaya

“Tesisin 15 Temmuz’a kadar görev yapacak şekilde (*funktionsfähig*) devredilmesi, yani tarafımızdan teslim alınması mutlak bağlayıcı (*Absolut verbindlich*) anlamda zorunludur. *Bunu* (dies) sağlamak için, sözleşme cezası kararlaştırılması gerekmektedir. Bu teslim süresinin 4 hafta aşılmasından sonra her bir iş günü için 400 sFr., 8 hafta sonra her iş günü için 800 sFr. dır” şeklinde bir kayıt dercedilmiştir.

Adı geçen tesisin sözleşmede öngörülen zamanda ve nitelikte teslim edilmemesi üzerine iş sahibinin müteahhit aleyhine açtığı davada, Federal Mahkeme yukarıda ifade ettiğimiz kaydı aynen şu şekilde yorumlamıştır. Çarpıcı olduğu

şartın istenmesini kararlaştırabilirler⁹⁹. Bunun dışında cezai şart anlaşması kapsamında, tarafların, seçimlik ve ifaya eklenen cezai şarta birlikte yer vermelerinde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır¹⁰⁰.

d) İfaya Eklenen Cezai Şartın (Gecikme Cezasının) Kapsamı

Eserin teslim zamanına riayet edilmemesine bağlı olarak cezai şart kararlaştırıldığında, söz konusu gecikme cezası gecikilen zaman dilimi oranında tedricen muaccel hale gelecektir¹⁰¹. Böyle bir durumda cezai şartın bir sınırı olup olmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Daha öncede

gerekçesiyle Federal Mahkemenin değerlendirmesini buraya aynen aktarmayı uygun buluyoruz (BGE 122 III 424 vd., Erwägung 3.).

“Bununla birlikte, tarafların, asıl edim yanında gecikmiş veya ayıplı ifadan dolayı ceza ödenmesinin borçlanıldığını zımnen kararlaştırdıkları görüşü de kabul edilebilir.

- a) Tarafların gerçek iradeleri araştırılmamış olduğu için (BK. m.18/I), tarafların irade açıklamaları güven prensibine dayanılarak sözleşmedeki kaydın lafzına ve bütün durumlardan anlaşılabilir ve anlaşılması gereken rabıtaya göre yorumlanmalıdır (BGE 121 III 118 E. 4b/ aa; 119 II 449 E. 3a). Bunun yanında hakim, taraflar uygun olmayan bir çözüm istemeyecekleri için, neyin hakkaniyete uygun olduğunu dikkate almalıdır (BGE 117 II 609 E. 6c; 116 II 259 E. 5a).

BGE 46 II 339 E.2’de Federal Mahkeme, alacaklı lehine öngörülen cezai şart taahhüdünün yorumunda, hangi fikrin bununla irtibatlı olduğu, bununla hangi amaca ulaşılabilir istendiği hususlarına özellikle ağırlık verilmelidir. Zira, hak sahibi bakımından, zararın ispatından kurtulmak dışında, cezai şart yoluyla sözleşmenin karşı tarafına tekeffül edilen yükümlülüğün ifasını sağlamak için bir psikolojik baskının yapılması söz konusudur.

- b) Bidayet mahkemesi anlaşmanın lafzından, tesisin hem zamanında hem de görevini yapacak şekilde teslimini teminat altına almak üzere, tarafların bir cezai şart kararlaştırdıkları sonucuna varmıştır. Bu amaç mevcut duruma da uygun düşmektedir. İsmarlanan sözleşme konusuna belirli bir zamanda ihtiyacı olan ve bunu cezai şartla teminat altına alan, alıcı ya da iş sahibi için, eseri teslimde gecikmenin meydana gelip gelmediği ya da zamanında teslim edilmesine rağmen öngörülen kullanım amacına uygun düşmeyecek şekilde ayıplı olarak teslim edilip edilmediği hususları aynı şeyi ifade eder. Bu amaca ulaşmak için taraflar temerrüt süresince artan bir cezai şart kararlaştırmışlardır. Böyle bir anlaşma, beklenen olayların gerçekleşmesini, ezcümle ifayı öngörür. Bidayet mahkemesi, tarafların yaptığı anlaşmadan, asıl edim yanında gecikmeden ya da ayıplı olarak yapılan ifadan dolayı ceza ödenmesinin kararlaştırıldığı sonucunu çıkarmaktadır. Bu sonuca katılınması gerekir. Davacının 8 Şubat 1988 tarihli ismarlama talebinde mündemiç olan bidayet mahkemesinin sözleşmenin muhtevası olarak değerlendirdiği teslim koşullarının lafzından hareket edilmelidir. Teslim koşullarının ilk cümlesinden, tarafların teslim zamanını ve tesisin görev yapacak durumda olmasını aynı önemde değerlendirdikleri ve tesisin görev yapacak durumda zamanında teslimini, gecikerek teslim edilmesiyle aynı düzeyde göreyerek bu ikisini birbiriyle irtibatlandırdıkları kabul edilmelidir. İkinci cümledeki bunu (dies) ifadesiyle davalı tarafından 15 Temmuz 1988’e kadar tesisin görev yapacak şekilde teslimi cezai şartla teminat altına alınmıştır.

ifade ettiğimiz gibi tarafların müteahhidin eseri teslimde gecikmesi dolayısıyla ödemeyi taahhüt ettiği cezai şartın miktarını belirli miktarda para ya da gecikmenin süresine bağlı olarak günlük, haftalık veya aylık olarak belirlemeleri mümkündür. Gecikme süresine bağlı olarak cezai şart miktarının belirlenmesi durumunda, taraflar cezai şarta azami bir sınır da getirmemişlerse, iş sahibinin uzun süre seçimlik hakkını kullanmayarak cezai şart miktarının artmasına sebebiyet vermesinin ya da gecikmeden sonra gerçekleşen somut olaya özgü koşulların¹⁰², hukuki açıdan ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği, böyle bir durumun nasıl önüne geçilebileceği ve

Böylece, davacı her iki edim ihlali modalitesini aynı ölçüde teminat altına almaktadır. Buna ek olarak, üçüncü cümlede cezai şartın miktarı belirlenmektedir. Burada cezai şartın talep edilebilmesine yol açacak olay olarak sadece “teslim süresinin aşılmasından” bahsedilmektedir. Ancak bununla daha önceki ifadeler bakımından, anlaşmada bir kullanıma elverişli tesisin zamanında tesliminin de aynı şekilde müeyyideye bağlanmadığı tarzında bir nitelendirme yapılamaz. Aksi takdirde, anlaşmayla takip edilen amaç göz ardı edilmiş olurdu: Böyle bir durumda, davalı bakımından kararlaştırılan tarihte tamamlanmamış eseri teslim etmek suretiyle cezai şartın ödenmesi yükümünü bertaraf edecek bir imkan ortaya çıkardı. Davacının uğraşı ise, tesisin kararlaştırılan zamanda işletmeye açılmasının ve bu suretle kararlaştırılan kapasiteye ulaşılmasının mutlak bağlılık içerisinde garanti altına alındığına güveni olduğunu, yeterince açık bir biçimde davalıya anlatmış olmaktadır. Fakat teslimde gecikme ile fonksiyonlarını yerine getirmeme sözleşme gereğince aynı değerlendirilmişse, bundan teslimde gecikme durumunda davacının İBK'nun 160/II (BK.m.158/II) gereğince cezai şartın ifa ile birlikte talep etme hakkının olduğu, işler durumda olmayan tesisin teslimi için de tarafların böyle bir hukuki sonucu kararlaştırmak istediklerinin zorunlu olarak kabul edilmesi gerektiği sonucunu çıkarmak gerekir. Bundan dolayı bidayet mahkemesinin cezai şart hakkındaki anlaşmayı yorumu Federal Hukuk önünde durumunu muhafaza etmektedir.

- c) Davalı, davacının teslimi İBK'nun 160/II (BK.m.158/II) gereğince ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul ettiğini ileri sürerek yaptığı itirazın bidayet mahkemesince haksız olarak kabul edilmemesine itiraz etmektedir. Bidayet mahkemesinin, Art 160/II'nin doğrudan doğruya uygulanamayacağına ilişkin esas gerekçesi doğru olduğu ve davalının bu savı ihtimali bir gerekçe olduğu için, burada kabili tatbik değildir.”

⁹⁹ Sözleşmenin 6. Maddesinde davacı iş sahibine verilmek üzere kararlaştırılmış olan 1.000.000 TL. Ceza BK'nun 158. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülmüş olan seçimlik ceza olup, yukarıda sözü edilen sözleşme hükmü ile ayrıca verileceği kabul edilmiş olmasına göre, hem akdin icrası ve hem de ceza istenebileceğinden cezai şartın da kabulü ile devacıya verilmesi gerekirken, bu hususta olumlu veya olumsuz herhangi bir karar verilmemesi de usul ve yasaya aykırıdır ((15. HD., 7.3.1989 T., 2481 E., 1066 K.) karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 1999).

¹⁰⁰ “... Taraflar arasındaki 12.5.1980 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde geciken her ay için beher daireye 2500 TL. Gecikme cezası, 12. maddesinde sözleşmeye aykırı hareket halinde 100.000 TL. Cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki, gecikme nedeniyle istenebilecek ceza Borçlar Kanununun 158/2. Maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza olmasına karşın,

bu konuda nasıl bir yöntemin takip edilmesi gerektiği çözümlenmesi gereken bir konudur¹⁰³.

Öncelikle iş sahibinin gecikme cezası talep edebilmesi için BK.m.106 gereğince seçimlik hakkını makul bir süre içerisinde kullanarak aynen ifa seçeneğini seçmiş olmasına bağlıdır. İş sahibi kendinden kaynaklanan sebeplerle seçim hakkını kullanmakta gecikirse, gerek zarardaki artıştan ve gerekse seçim hakkının makul süre içerisinde kullanılmaması dolayısıyla gecikme cezasında süreye bağlı olarak meydana gelen artıştan dolayı müteahhidin sorumlu tutulmaması gerekir. Bu bağlamda, iş sahibinin hiçbir

sözleşmenin 12. maddesindeki ceza ise Borçlar Kanununun 158/1. Maddesinde sözü edilen seçimlik ceza niteliğindedir. Seçimlik cezanın istenebilmesi için, aktin feshedilmiş olması gerekir. Somut olayda davacı eksik işlerin tamamlanması için talepte bulunmuş olup, mahkemece eksik işler bedelinin ödenmesine karar verilmiş olmasına göre seçimlik hakkını aktin ifası doğrultusunda kullanmış bulunmaktadır. Öyle ise feshe bağlı bulunan seçimlik cezayı isteyemez...” ((15. HD., 18.10.1989 T., 4097 E., 4315 K.) karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 1999).

Bu konuda bir başka Yargıtay kararı da şu şekildedir; “Uyuşmazlık sözleşmenin 2. Maddesinde öngörülen ceza koşulundan kaynaklanmaktadır. Bu maddede aynen”İnşaat bu sözleşmenin imzalanma tarihi 23.6.1983 tarihinden itibaren 24 ayın bitiminde iskan alınmış ve noksansız olarak 30.6.1985 tarihinde teslim edilecektir. Tayin edilen müddette temin edilmediği takdirde gecikilen her ay için müteahhitler 50.000 lira ödemeyi taahhüt ve kabul ederler. Ancak bu durum en fazla 6ay devam edecek ve 6 ayın sonunda da iskanlı olarak ve tam teslim edilmediği takdirde müteahhitler daire satın alan...a ödedikleri tam peşin ücretin yani 4.350.000 liranın iki katı 8.750.000 lirayı tazminat olarak ödemeyi şimdiden kabul ve taahhüt ederler” sözleri yer almıştır. Taraflar burada iki ayrı türde ceza koşulu belirlemişlerdir. Birinci 6 ay gecikme ile sınırlı ve ayda 50.000 liralık teslimde gecikme hali için ifaya eklenen ceza koşulu, ikincisinde dairenin 6 aylık cezada gecikme süresinde de iskânlı ve tam teslim edilememesi halinde geçerli olmak şartıyla 8.750.000 liralık seçimlik ceza koşulu, başka bir ifade ile ifa edilmeme veya eksik ifa ceza koşuludur...”((13. HD., 14.11.1988 T., 3766 E., 5373 K.) karar için bkz. **KARAHASAN**, II. Cilt, 2000).

¹⁰¹

KOLLER, Konventionalstrafe, Nr.163;

¹⁰²

Burada şöyle bir ihtimal de gündeme gelebilir. Eğer müteahhit eseri teslim süresini yükümlülüğüne objektif bakımdan aykırı bir biçimde geçirmiş ve fakat daha sonraki dönemde yükümlülüğüne aykırı ya da kusurlu hareket etmemesine rağmen, çalışmaya devam etmesi başka sebeplerle engellenmiş ise, gecikmeye bağlı olarak gecikme cezasının tedricen muaccel olmaya devam edip etmeyeceği cevaplandırılması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorunu bir örnekle toparlamak gerekirse; Müteahhit iş sahibi ile eserin imalinin Eylül ayı sonuna kadar tamamlanması için anlaşmışlar ve sözleşmeye de gecikilen her gün için 100 milyon TL. ödeneceği kaydını koymuşlar, müteahhit zamanında eseri teslim borcunu yerine getirmekte gecikmiş ve ekim ayının başlangıcında aniden bastıran soğuklar çalışmaya devam edilmesini engellemiş ve eser ancak kasımın 15’inde tamamlanabilmiş ise, burada cezai şart hangi oranda ödenecektir. Cezai şartın sadece bir kısmı mı, yoksa gecikilen 45 günün tamamı oranında mı cezai şart ödenecektir?

çaba göstermeyerek hareketsiz bir tutum benimsemesi, eserin tamamlanması için herhangi bir gayret göstermemesi halinde cezai şarta MK.m.2 ve m.44 kapsamında bir sınır koymak ve de iş sahibinin zarar artırıcı bu türden davranışları nedeniyle cezai şartın artmasına engel olmak gerekir¹⁰⁴. Ne var ki, olması gereken durum bu olmakla birlikte, müteahhidin tacir olması nedeniyle fahiş cezai şartın indirilmesi mümkün olamamaktadır (TK.m.24). Nitekim, Yargıtay da, son zamanlardaki içtihatlarında, müteahhidin tacir olması nedeniyle fahiş cezai şartın indirilemeyeceği kanaatindedir¹⁰⁵.

e) Alacaklının Cezai Şart Talebi ile İfa Talebi Arasındaki İlişki

Asıl sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının cezai şart talebi ile diğer talepleri arasındaki ilişki, Borçlar Kanunu'nun 158 (f.I ve II) ve 159 (f. II). maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda BK'nun 158. maddesinde alacaklının cezai şart talebiyle ifa talebi arasındaki ilişki belirtildikten sonra, söz konusu düzenlemeyi tamamlayan BK'nun 159. maddesinin II. fıkrasında, şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklının, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemeyeceği ifade olunmuştur¹⁰⁶.

f) Alacaklının Cezai Şart Talebi ile Diğer Her Türü Tazminat Talepleri Arasındaki İlişki

Asıl sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle cezai şart talebinde bulunan alacaklının, ayrıca tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı, bulunabilecekse bunun cezai şart talebiyle ilişkisi sorunu üzerinde özellikle durulması gereken konulardan biridir. Belirtilen sorunla ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 159. maddesinin II. fıkrasında şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklının, borçlunun bir kusuru

Tazminat hukuku açısından soruna bakıldığında, BK'nun 102. Maddesi gereğince gecikmenin sorumluluğunun müteahhide ait olduğu görülür. Söz konusu misalde BK.m.102 anlamında bir sorumluluktan kurtuluş sebebi söz konusu olmadığı için, olağanüstü meteorolojik durumların gerçekleşmesi halinde Bk.m.43 vd göz önünde tutulabilir (BE 109 II 312 Erw. 5). Aynı şekilde cezai şartın aşırı yüksek olması durumunda borçluyu koruyan 161/f.III hükmü hakime takdir yetkisini kullanarak cezai şartta uygun bir indirim yapma imkanı tanımaktadır (bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.164).

¹⁰³ Ayrıca müteahhit objektif bir biçimde yükümlülüğüne aykırı davranarak eseri teslim süresini geçirmiş olmasına rağmen,

¹⁰⁴ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. **KARAHASAN**, 2.Cilt, 1961 vd.

¹⁰⁵ HGK, 9.10.1991, E. 15-340/K.467 (**UYGUR**, İnşaat, Cilt 2, 347-348); Ayrıca bu konuda bkz. **ARAL**, 363.

¹⁰⁶ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun söz konusu düzenlemenin karşılığını teşkil eden 161/II maddesindeki düzenlemede ceza ile zarar arasındaki ilişki şu şekilde ifade edilmiştir; "Uğranılan zarar ceza miktarını aşarsa, alacaklı fazla miktarı ancak kusuru ispat suretiyle talep edebilir" (Söz konusu düzenlemenin yeterli olmadığı yönünde bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.118).

olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemeyeceği belirtilmektedir. O halde cezai şart talebi ile tazminat talepleri arasındaki ilişki konusunda mevcut düzenlemelerden hareketle hareketle şu tespitlerin yapılması mümkündür;

- BK'nun 159. maddesinin II fıkrasındaki düzenleme çerçevesinde, öncelikle, alacaklının cezai şart talebinin, tazminat taleplerine engel olmayacağını, bununla birlikte tazminatın ancak cezai şart miktarını aştığı ölçüde talep edilebileceğini belirtmek gerekir. O halde bu çerçevede cezai şartın ileri sürülmesine yol açan olayın sebep olduğu zararın tazmini ancak cezai şartı aştığı oranda talep edilebilecek, bir başka ifadeyle bir mahsup işlemine başvurulacak, yoksa tazminatın ceza ile birlikte bir toplama yapılarak talep edilebilmesi söz konusu olmayacaktır.
- Ancak burada hemen şunu da ifade etmek gerekir ki, söz konusu mahsup işlemi, tazminat talebinin cezai şart talebiyle aynı menfaate tekabül etmesi durumunda söz konusu olur¹⁰⁷.
- Hiç şüphesiz BK. 159. maddesinin I. Fıkrası gereğince cezai şart talebinde bulunabilmek için herhangi bir zararın gerçekleşmiş olması şartı aranmayacak, zararın gerçekleşmesi ancak tazminat talepleri bakımından önem taşıyacaktır. Dolayısıyla, cezai şartı aşan bir zarara uğrayan alacaklının, söz konusu zararının tazmin edilebilmesi için BK'nun 96. maddesindeki borçlunun sorumluluğu bakımından gerekli olan şartların gerçekleşmiş olması gerekecektir. Ne var ki kanun koyucu kusurun ispatı bakımından burada BK'nun 96. maddesindeki genel kuraldan ayrılmış, ispat yükünü alacaklıya yüklemiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.119 ve özellikle Nr. 131 vd.; **KOLLER**, aynı menfaate tekabül etme ölçütüyle ilgili olarak şu örneği vermektedir. Satıcı V, oto kiralama işiyle iştigal eden alıcı K'ya bir otomobili Mart sonuna kadar teslim etmeyi ve zamanında teslimin gerçekleşmemesi durumunda 1000 Frank ifaya eklenen cezai şart ödemeyi taahhüt ediyor. Ne var ki söz konusu araç geç teslim ediliyor. Alıcı gecikilen her gün için kira parası kaybı olarak 100 Frank üzerinden toplam 1400 Frank tazminat talep ediyor. Satıcı V buna itiraz ederek zararın cezadan mahsup edilmesini ve bu çerçevede 400 Frank ödemeyi istiyor. **KOLLER**, benzer bir olayda Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu kararı haklı bularak (karar için bkz. NJW 1963, 1197) söz konusu olayda cezai şartın gecikme sonrası Mart sonunda muaccel hale geldiğini, tazminat talebinin ise Mart sonunda değil, daha sonraki gecikmeler dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan doğduğunu, cezanın gecikmeden doğan zarardan değil, gecikme sonunda muaccel olduğunu belirterek, mahsup işleminin yapılmamasının gerektiğini ifade ediyor (Konventionalstrafe, Nr.132).

¹⁰⁸ O halde, BK.m. 159/f.II'deki düzenlemeden iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır (bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 3939 vd.). Birinci olarak, alacaklı cezai şartı aşan zararı, bu aşılma oranda talep edebilme imkanına sahiptir. Elde ettiği cezai şartı uğranılan zarardan mahsup ettirmelidir. Eğer bir temerrüt faizi talebi söz konusu ise (BK.m103), borçlanılan tazminat temerrüt faizi indirilerek

Bununla birlikte, burada hemen ifade etmek gerekir ki, cezai şart talebi ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar düzenleyici nitelikte olduğundan, tarafların sözleşmede cezai şart talebi ile zarar arasındaki ilişkiyi farklı şekilde düzenlemeleri mümkündür. Bu cümleden olmak üzere, tarafların sözleşmenin hiç gereği gibi ifa edilmemesi durumunda (BK.m158/I ve II kapsamındaki edim ihlali hallerinde) sadece cezai şart talebinde bulunulabileceğini ya da hem cezai şartın hem de zararın tazmininin talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür¹⁰⁹. Bu itibarla sözleşmede cezai şart yanında uğranılan zararın da tazmin edileceği ayrıca kararlaştırılmadığı sürece, bir zarara uğranılması durumunda, BK.m.159/II de yer alan düzenleyici kural gereğince, zararın ancak kararlaştırılan cezai şartı aştığı ölçüde tazmin edilmesi mümkün olabilecek, yoksa cezai şart yanında büyük zararın tümünün tazmini (Ersatz des grösseren Schadens) mümkün olmayacaktır¹¹⁰.

g) İstisna ve İnşaat Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlanan Cezai Şartın (Gecikme Cezasının) Talebinin Oluşabilmesi için Gerekli Şartlar

aa) Genel Şartlar

aaa) Genel Olarak

Gecikme cezası talebinin oluşma şartları konusunda BK'nun özellikle 158/II ve 161/II ile 159/I'de yer alan düzenlemeler göze çarpmaktadır. Ayrıca gecikme cezasının niteliği de bazı zorunlu şartları beraberinde getirmektedir. Genel olarak alacaklının sözleşmeyle taahhüt edilen cezai şartı talep hakkının doğabilmesi için, her şeyden önce geçerli bir cezai şart anlaşmasının mevcut olması, bu anlaşmayla teminat altına alınan bir asıl yükümlülüğün varlığı ve cezai şartın talep edilmesine yol açacak şartın, ezcümle yükümlülüğün ihlal edilmesi olayının gerçekleşmesi koşullarının varlığı zorunludur¹¹¹. Gerçekte, ceza talebi her şeyden önce geçerli bir cezai şart anlaşmasının varlığını zorunlu kılar. Cezai şart anlaşması, iki taraflı bir hukuki işlem olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla meydana gelir. Ne var ki ceza talebinin oluşabilmesi için, geçerli bir cezai şart anlaşmasının varlığı tek başına yeterli olmayıp, ayrıca cezai şart anlaşması ile teminat altına alınan bir asıl yükümlülüğün varlığı da mutlaka gereklidir. Zira cezai şart sözleşmesi bir asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almak üzere konulan bir kaydî teminat niteliğindedir. Dolayısıyla cezai şartın teminat altına aldığı asıl

belirlenir (BK.m.105/f.I; temerrüt faizi ile tazminat arasındaki ilişki için bkz. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 2994). İkinci olarak, alacaklı cezai şartı aşan miktarı, ancak borçlu kusurlu ise ve bu kusuru da ancak alacaklı olarak kendisi ispat etmek suretiyle talep edebilir.

¹⁰⁹ Bu konuda ayrıca bkz. BENTELE, 98;.

¹¹⁰ BENTELE, 96;

¹¹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BENTELE, 73 vd.

yükümlülük oluşmamış ya da kararlaştırılan şartın gerçekleşmesinden önce ortadan kalkmış ise ceza talebi de oluşamaz.

Cezai şart mahiyeti itibariyle şarta bağlanmış bir edim taahhüdüdür¹¹². Dolayısıyla cezai şart talebinin oluşabilmesi için şartın gerçekleşmesi yani sözleşmenin borçlu tarafından hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması veya inceleme konumuzda olduğu gibi müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmemiş olması gerekir. O halde cezai şartın ileri sürülebilmesi için asıl sözleşmeden doğan yükümlülüğün dolayısıyla sözleşmenin ihlal edilmiş olması zorunludur¹¹³.

Burada gecikme cezası talebinin oluşabilmesi ile ilgili olarak birkaç noktaya özellikle işaret etmek gerekir. Daha önce de muhtelif vesilelerle ifade ettiğimiz gibi, gecikme cezasında yükümlülük ihlali, müteahhidin eseri zamanında teslim etme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması şeklinde ortaya çıkar¹¹⁴. O halde bu noktada gecikme cezasının talep edilebilmesi ile temerrüt, kusur ve zarar kurumlarının ilişkisine kısaca değinmek gerekir.

Öncelikle, Sözleşmede müteahhidin eseri teslim borcunda gecikmesine bağlı olarak bir cezai şarta yer verilmişse iş sahibinin söz konusu gecikme dolayısıyla cezai şart talep edebilmesi için seçimlik hakkını makul bir süre içerisinde kullanması ve aynen ifa seçeneğini seçmiş olması gereklidir. Zira, ifaya eklenen cezai şart ya da diğer adıyla gecikme cezası, ifa seçeneğiyle bağlantılı olarak ileri sürülebilecek bir talep niteliğindedir.

¹¹² **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.73; **SCHWENZER**, 395; **GAUCH / SCHLUEP**, Nr. 3918;

¹¹³ **SCHWENZER**, 396; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.73; **von TUHR/ESCHER**, 280; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 97.

¹¹⁴ Esasen gecikme cezası, cezai şart anlaşmasının mahiyetine bağlı olarak talep edilebilir. Bu ise sözleşmenin yorumu suretiyle gerçekleştirilir. Gecikme cezası, genelde cezai şart anlaşması gereğince müteahhidin eseri teslimde gecikmesi durumunda talep edilebilmekle birlikte, sözleşmelerde müteahhidin eserin imaline zamanında başlamaması, kararlaştırılan ara vadelere riayet etmemesi, eserin tamamlanması zamanına uymaması veya eserin bir kısmının teslimine ilişkin eseri kısmî teslim yükümlülüğünü yerine getirmekte gecikmesi durumlarına ilişkin olarak da gecikme cezası kararlaştırılması mümkündür. Dolayısıyla her münferit anlaşmanın muhtevası değerlendirilerek gecikme cezasının talep edilebilirliğine karar vermek gerekir (Bu konuda bkz. ve karşı. **Gauch**, Nr.695).

Tartışmalı olmakla birlikte gecikme cezasını talep edebilmek için müteahhidin temerrüde düşmüş olması gerekmez, eseri zamanında teslim etme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekli ve yeterlidir^{115, 116}.

Gecikme cezasının ileri sürülebilmesi için müteahhidin gecikmede kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusunda literatürde bir kısım yazarlar, cezai şartın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olmasının gerekmediğini ileri sürmekle birlikte¹¹⁷, bu konuda daha fazla taraftar bulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, cezai şartın talep edilebilmesi için, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal ederken kusurlu olması gerekir¹¹⁸. Ancak burada kusur bakımından ispat yükü borçlu müteahhide aittir. Aksine bir anlaşma olmadıkça, müteahhit gecikmede kendisinin kusuru olmadığını ispatlayarak gecikme cezasını ödemekten kurtulabilir (BK.m.161/II'nin geniş yorumu suretiyle)¹¹⁹.

Gecikme cezasının talep edilebilmesi için bir zararın doğmuş olmasına gerek yoktur (BK.m.159/f.I)¹²⁰. Ancak gecikme cezasını aşan bir zarara uğrayan iş sahibi, bu aşan kısım için müteahhidin kusurunu ispatlamak suretiyle cezai şartı aşan zararı talep edebilme imkanına sahip olur (BK.m.159/f.II).

bbb) Gecikme Cezasının Muacceliyeti

Gecikme cezasının talep edilebilmesi için varlığı gerekli koşulların gerçekleşmesiyle birlikte, gecikme cezası muaccel hale gelir, yani talep ve dava edilebilir¹²¹. Ancak burada gecikme cezasının muacceliyeti ile ilgili bir

¹¹⁵ **BECKER**, Art.160, Nr.19; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.160'dan önce Nr.20; **von TUHR/ESCHER**, 280; **TANDOĞAN**, 135; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3918; Buna karşın gecikme cezasının talep edilebilmesi için borçlunun temerrüdünü şart koşan görüşler için bkz. **BUCHER**, Allg. Teil, 526; **BENTELE**, 81; **OR-EHRAT**, Art.160, Nr.15; **GAUCH**, Nr.696; **ARAL**, 364.

¹¹⁶ Burada hemen ifade edelim ki, uygulamada inşaat sözleşmelerinde genelde belirli bir vade kararlaştırıldığından, müteahhidi temerrüde düşürmek için ihtar çekmeye gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla, bu koşullar altında pratikte bu tartışmanın fazla bir öneminin olduğu söylenemez.

¹¹⁷ **KELLER/SCHÖBI**, 114; **EREN**, 1175;

¹¹⁸ **BUCHER**, Allg. Teil, 526; **SCHWENZER**, 396; **OR-EHRAT**, Art.160, Nr.14; **TANDOĞAN**, 135; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 95 ve özellikle 101 vd.

¹¹⁹ **von TUHR/ESCHER**, 281; **GAUCH**, Nr.697; **BENTELE**, 97; **TANDOĞAN**, 135; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 96;

¹²⁰ Bkz. ve karşı. BGE 114 II 265; BGE 109 II 468; Halbuki gecikme tazminatının tazmin edilebilmesi için, iş sahibinin zararın varlığını ispat etmesi gerekir. Aynı şekilde, sözleşmede kararlaştırılan tutar bir cezai şart değil de, götürü tazminat olsaydı iş sahibinin zararın varlığını ispat etmesi gerekecekti.

¹²¹ Muacceliyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, Nr. 2161; **BENTELE**, s. 47 ve 83; Ancak bazı istisnai

önemli noktaya işaret etmek gerekir. Acaba, başlangıçta özel bir nedenden dolayı muaccel hale gelemeyen cezai şart talebinin, muacceliyete engel oluşturan sebebin ortadan kalkması nedeniyle sonradan muacceliyet kesilmesi mümkün müdür?¹²²

Bu soruya cevap verirken eseri teslim zamanına riayet edilmemesinin müteahhit açısından bir yüküm ihlali oluşturup oluşturmadığına bağlı olarak iki ayrı ihtimal üzerinde durulabilir¹²³. Birinci ihtimalde, müteahhidin eseri teslimde gecikmesine iş sahibinin kendi davranışı sebep olmuş ise, böyle bir durumda müteahhit bakımından bir yüküm ihlalinin varlığından bahsedilemez (*nicht pflichtwidrig*)¹²⁴ ve bundan dolayı kararlaştırılan cezai şart da muaccel hale gelmez.

Söz konusu ihtimali bir örnekle açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, istisna ve inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin eserin meydana getirilebilmesi için (ve hatta gerektiğinde iş görme edimi sonucunun tesellüm edilebilmesi için) gerekli olan ve genellikle literatürde külfet olarak nitelendirilen¹²⁵ muhtelif iş birliği yapma külfetleri/yükümlülükleri mevcuttur. İş sahibinin söz konusu külfetlerini/yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da yerine getirmekte gecikmesi alacaklının temerrüdüne (BK.m.90 vd.) ve ona bağlı çeşitli olumsuz sonuçların doğmasına yol açar¹²⁶. Örneğin iş sahibinin inşaat planlarını vermekte gecikmesi nedeniyle müteahhidin eseri teslim zamanına riayet etmesinin mümkün olmaması durumunda, artık kararlaştırılan teslim tarihi muacceliyet tarihi niteliğini kaybeder¹²⁷ ve dolayısıyla cezai şart da muaccel hale gelmez¹²⁸. İşte bu noktada, cezai şart anlaşmasının bütün etkinliğini yitirip yitirmeyeceği, böyle bir durumda cezai şartın sonradan muaccel hale gelmesinin mümkün olup olmadığı ya da cezai şart anlaşmasının bu durumda yeni muacceliyet tarihini de kapsayıp kapsamayacağı sorusu¹²⁹ gündeme gelecektir¹³⁰.

durumlarda borçlunun muacceliyete rağmen ceza edimini yerine getirmekten kaçınma imkanı mevcuttur.

¹²² Bu konuda özellikle bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 207 vd;

¹²³ Bu ihtimaller ile ilgili olarak bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 209 vd.

¹²⁴ İş sahibinin davranışının sebebiyet verdiği işteki gecikme, müteahhidin zararını mucip olamaz (bu konuda bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 210).

¹²⁵ Bkz. **GAUCH**, Nr. 1325, 1328 vd.; ayrıca bkz. **PEDRAZZINI**, 542-543;

¹²⁶ Bkz. **GAUCH**, Nr. 1325; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 5, Nr. 211vd.; ayrıca bkz. ve karşı. **FIKENTSCHER**, Nr.895.

¹²⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 211.

¹²⁸ Bu konuda bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 104-105.

¹²⁹ Bu konuda bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 220 vd.

¹³⁰ Alman hukuku'nda cezai şartın sonradan muacceliyeti konusu üzerinde fazlaca durulduğu ve bu bağlamda net bir yaklaşımın benimsendiği söylenemez. Nitekim **Knütel** de incelemesinde Alman doktrini ve mahkeme içtihatlarındaki konuyla ilgili bu çekingenliğe şu şekilde ifade etmektedir (s.66-67)."...(Cezai şartınmuacceliyetine) engel oluşturan sebebin sonradan ortadan kalkması ve

Öncelikle, Gauch'un da isabetle belirttiği gibi, gecikmenin müteahhidin bakımından objektif olarak yükümlülüğe aykırılık oluşturmadığı haklı gecikme hallerinde, eserin imali ve tamamlanması henüz mümkün ise, aksine bir anlaşma mevcut olmadıkça, teslim süresi tarafların farazi iradelerine bağlı olarak haklı gecikme süresi kadar uzamış kabul edilmelidir¹³¹. Ancak, bu şekilde uzayan teslim süresi, taraflarca kararlaştırılmış yeni bir süre olmadığından, burada artık BK.m.101/f.II anlamında "borcun ifa edileceği günün müttefikan tayin edildiği bir sürenin" varlığından bahsedilemez (bestimmten Verfalltag=belirli vade günü).

borçlunun edimini yerine getirmekte artık isteksiz gözükmeye başladığında, cezanın sonradan muaccel hale gelebilip gelemeyeceği sorusu gündeme gelir. Hamburg Yüksek Mahkemesi (OLG Hamburg) ve Staub-Koenige bu soruya olumsuz cevap vermektedirler; buna karşın İmparatorluk mahkemesi ise iki kararında, eğer borçlu sonraki ihtara rağmen uygun bir zaman süresi içerisinde edimini telafi etmeyecekse cezanın sonradan muaccel olabileceğini belirtmek suretiyle oldukça çekingen bir tavır benimsemiştir. Federal Yüksek Mahkeme de esas itibarıyla bundan hareketle –bu ihtilaflara temas etmeden- asıl süreden önemli surette sapma oluşturan bir durum söz konusu değilse, engel oluşturan sürecin hitamından sonra, cezai şartın muacceliyetini mümkün görmektedir (karar için bkz BGH, NJW 1966, 971)...". Knütel, söz konusu kararlarda dogmatik açıdan yeterli bir gerekçenin ileri sürülemediğine işaret etmekte ve cezai şartla teminat altına alınan yükümlülüklerle ilgili olarak, cezai şartın sonradan muacceliyeti konusundaki görüşlerini özetle şu şekilde ifade etmektedir.

Knütel'e göre (s.68-69) cezai şart şartla bağlanmış bir taahhüttür ve bu ise hiç bir şekilde şartın sonradan bir daha gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez. Ancak Knütel şartın bir süreye ilişkin olduğu durumlarda olayın karmaşıklık gösterdiğini belirterek, söz konusu sürenin sonradan muacceliyete imkan vermeyen taraflarca kararlaştırılmış bir süre olup olmadığının yorum yoluyla belirlenmesi gerektiğini ifade ediyor ve cezai şart açısından buna olumsuz cevap verilmesi gerektiğini yani sonradan muacceliyetin imkan dahilinde olduğunu zira borçlunun süreye bağlanmış taahhüdünü cezai şartla baskı altına alan kişinin, bununla genel anlamda sadece zamanında ifayı teminat altına almayı değil, aynı zamanda onu baskı altına almayı güçlendirmeyi amaçladığını belirtiyor. Yazar açıklamalarının devamında sonradan muacceliyetin imkan dahilinde olması kuralının istisnasız olmadığına işaret ediyor ve bu konuda iki istisnadan bahsediyor. Knütel'e göre bu istisnalardan birincisi sürenin aşılmasının alacaklının davranışlarından kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkması durumudur ki, yazar, burada sonradan muacceliyet imkanını bertaraf eden alacaklı davranışıyla, alacaklının zamanında ifayı güveni ihlal eder bir şekilde bilinçli olarak engellemesi durumunu ifade etmektedir. İhmal suretiyle güveni ihlal eden davranışlar bakımından ise, somut olayın koşulları çerçevesinde sonradan muacceliyetin doğruluk ve güven kurallarını ihlal edip etmediği araştırılmalıdır. Knütel'in belirttiği ikinci istisna ise borçludan kaynaklanmayan engellerle süreye riayet edilmemesinin borçlunun zamana ilişkin bütün planlarını altüst ettiği durumlarda işlem temeline ilişkin kurallar çerçevesinde sonradan muacceliyet imkanının söz konusu olamamasıdır.

¹³¹

Bkz. GAUCH, Nr.682; TANDOĞAN, 131;

İkinci ihtimalde ise, müteahhit açısından gerçekte bir yükümlülüğe aykırılık söz konusu olmakla birlikte, eseri teslim zamanına riayet edilmemesinde müteahhidin kusurundan kaynaklanmayan bir engel nedeniyle cezai şartın muaccel hale gelememesi durumunun mevcut olduğu hallerde (BK.m.161/f. II), cezai şartın, engelin ortadan kalkmasıyla sonradan muaccel hale gelip gelemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Örneğin borçlu müteahhidin bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu bir eseri, kendi kusurundan ileri gelmeyen bir hastalık nedeniyle, kararlaştırılan tarihte teslim edememesi nedeniyle muaccel hale gelmeyen gecikme cezasının (BK.m.161/II), hastalığın sonradan ortadan kalkması ile ilerideki bir tarihte muaccel hale gelmesi mümkün müdür?

Öncelikle müteahhidin hastalığı eserin vaad edilen tamamlanma gününün ertelenmesi sonucunu doğurmaz. Bu itibarla iş sahibinin BK'nun 106. maddesi gereğince eseri teslim zamanına uyulmaması nedeniyle müteahhidin temerrüde düşmesinden dolayı sözleşmeden dönme imkanı mevcuttur. Zira borçlunun temerrüde düşmesi için kusur aranmaz. Buna karşın cezai şart talebinin muaccel hale gelebilmesi için müteahhidin gecikmede kusurlu olması aranır. Dolayısıyla aksine bir anlaşma olmadıkça, müteahhidin bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu bir eseri, kusursuz olarak, kararlaştırılan tarihte teslim edememesi durumunda, kararlaştırılan gecikme cezası muacceliyet kesbetmeyecektir¹³². O halde böyle bir durumda, gecikme cezasının sonradan muaccel hale gelmesi mümkün olabilir mi? Bu soruya cevap verirken, özellikle BK'nun 161. maddesinin II. fıkrasında borcun ifasının borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir durumdan dolayı mümkün olmaması halinde cezai şartın talep edilemeyeceğine ilişkin hüküm gereğince cezai şartın talep edilmesinin sonradan mümkün olamayacağı sonucuna varılabilirse de¹³³, Koller'in de isabetle belirttiği gibi¹³⁴, söz konusu ilişkide bir tarafta borçluyu baskı altında tutmaya çalışan iş sahibi, diğer tarafta ise böyle bir durumda cezai şart ödeme yükümlülüğünden kurtulmak bakımından herhangi bir önemli hukuki menfaati bulunmayan müteahhit bulunmaktadır. Cezai şart ödeme yükümlülüğünün devam etmesi müteahhide hiç bir ek yük getirmemekte, onun konumunu kötüleştirmemektedir. Gerçektende, böyle bir istenmeyen durum olmasaydı edimini zamanında yerine getirecek olan müteahhit bakımından, onun durumunu ağırlaştıran, sözleşmenin kurulduğu ana göre ona daha fazla bir yükümlülük getiren herhangi bir durum söz konusu değildir. Cezai şart anlaşmasıyla takip edilen amaç sözleşmenin taraflarca belirlenen tarihte ifasını sağlamak ve bu maksatla müteahhidi zamanında ifaya zorlayacak şekilde baskı altında tutmaktır. Dolayısıyla örneğin "gecikilen her gün için 50 milyon lira ceza ödenecektir" şeklinde sözleşmeye bir kayıt konulduğunda, bunun anlamı cezai şartın ancak

¹³² KOLLER, Konventionalstrafe, Nr. 213;

¹³³ Nitekim, Becker'e göre gerek bu ihtimalde gerekse birinci ihtimalde de borçlu müteahhit cezai şart ödeme borcundan kurtulur (bkz. Art. 163, Nr. 5)

¹³⁴ Konventionalstrafe, Nr. 216 vd.

gecikme süresine bağlı olarak talep edilebileceğidir. Somut olayda ise cezai şartla teminat altına alınmak istenilen anlamda bir gecikmeden bahsedilememesi ve cezai şartın sonradan muaccel olabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Farazi taraf iradelerinin yorumundan böyle bir sonuca varmak mümkündür¹³⁵. Bu çerçevede kusursuz olarak eseri teslim zamanını geçiren müteahhidin, eserin mümkün olan en kısa zamanda bitirilebilmesi için derhal faaliyete başlaması ve bu kapsamda ortaya çıkan açığın kapatılabilmesi için gerekli olan bütün önlemleri alması gerekir. İşte bu noktada cezai şartın muacceliyet anı, müteahhidin beklenen bütün önlemleri aldığı anda eseri tamamlaması gereken andır¹³⁶.

bb) İhtirazî Kayıt İleri Sürmeden Eser Teslim Alınırsa Gecikme Cezası Talep Edilemez

İş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezasını talep etmekten açıkça vazgeçebileceği gibi¹³⁷, hiçbir ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul de edebilir. Bu hallerde iş sahibi müteahhitten gecikme cezası talep etme hakkını kaybeder (BK.m.158/f.II)¹³⁸. İş sahibinin ihtirazî kayıt ileri sürme hakkından açıkça feragat etmeyi isteyip istememesi önem taşımaz. İş sahibinin asıl borcun ifasını kabul ederken gecikme cezası talep etme hakkını açıkça saklı tutmuş olması gerekir¹³⁹. Bu itibarla, cezai şart talep etme hakkını muhafaza etmek isteyen iş sahibi, cezai şart talep etmek istediğini belirten açıklamasını en geç eserin tesliminde ileri sürmesi gerekir^{140, 141}. Ancak, saklı tutma (ihtirazî kayıt) iradesinin açıklanması gereken an konusunda fazlaca katı davranmamalı, saklı tutma iradesini açıklayabilmesi için iş sahibine işlerin normal akışına göre uygun bir zaman

¹³⁵ Karş. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 217;

¹³⁶ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr. 218.

¹³⁷ Böyle bir durumda cezai şartı istemekten açıkça vazgeçen alacaklı, artık cezai şartın ifasını talep etme imkanını kaybeder. Bu vazgeçme beyanı, tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı şeklinde kullanılır (açıkça vazgeçme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 114 vd.)

¹³⁸ Literatürde, iş sahibinin hiçbir saklı tutma beyanında bulunmadan gecikmiş ifayı kabul etmesi, onun gecikmiş edimden memnun olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, bundan, saklı tutma beyanında bulunmadan gecikmiş ifayı kabul eden alacaklının gecikme cezası talep etmekten vazgeçtiği sonucu çıkarılmaktadır (bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.165).

¹³⁹ Karş. BGE 97 II 352; **GAUCH**, Nr.700; **BECKER**, Art.160, Nr.3;

¹⁴⁰ **GAUCH**, Nr.700; BGE 97 II 350 vd.; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.189 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 118.

¹⁴¹ Özellikle inşaat sözleşmelerinde ifa zamanı, ezcümle eserin teslim edileceği tarih, sözleşmede açıkça belirtilir. Bu şekilde sözleşmenin ifasına yönelik hususlara yer verilen anlaşmaların BK'nun 158/II maddesi kapsamında büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir (**Gauch**, Nr.703; **Koller**, Konventionalstrafe, Nr.191). Zira kanun koyucu saklı tutma beyanında bulunulmamasını kendiliğinden (eo ipso) vazgeçme olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla borç ifa edilmediği sürece, BK.m.358/II'deki vazgeçme varsayımı uygulanma imkanını kaybetmektedir (**Koller**, Konventionalstrafe, Nr.191).

tanınmalı, BK.m.158/II hükmünün alacaklıyı tuzağa düşürecek şekilde uygulanmasına izin verilmemelidir¹⁴².

Dar ve gerçek anlamda saklı tutma, cezai şart talebinin daha sonraki bir zamanda ileri sürülebilmesini sağlamaya yönelik alacaklının bir açıklamasıdır¹⁴³. Saklı tutma, BK.m.158/II'ye göre aynı zamanda cezanın doğrudan doğruya ileri sürülmesi anlamını da taşır. Bu nedenle, iş sahibinin eserin geç tamamlanmasından sonra cezayla ödeyeceği ücreti takas etme beyanında bulunması durumunda, takas beyanı BK.m.158/II anlamında ihtirazî kayıt olarak görülmelidir¹⁴⁴.

Saklı tutma beyanı her hangi bir şekle tabi değildir. Yazılı ya da sözlü olarak açıklanması mümkündür. Ancak yapılacak saklı tutma beyanının bir şüpheye yol açmayacak ölçüde açık ve anlaşılır olması ve müteahhitte cezai şart talep edileceği konusunda hiçbir şüphe yaratmaması gerekir¹⁴⁵.¹⁴⁶ Aynı açıklığın takas yoluyla cezai şart talep edilmesi durumunda da mevcut olması gereklidir. Saklı tutma beyanının mutlaka iş sahibi tarafından yapılması zorunluluğu yoktur. Onun yerine görevlendirdiği bir üçüncü kişi de (örneğin bir mimar) bu görevi yerine getirebilir. Eseri teslim almakla

¹⁴² **BECKER**, Art.160, Nr.31; **TANDOĞAN**, 136; aynı yönde **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 117-118; Özellikle edimin alacaklının bulunmadığı bir zamanda ve cezai şartın varlığı konusunda bilgisi olmayan veya cezai şartı saklı tutma yetkisi bulunmayan müstahdeme karşı ifa edilmesi hali bu duruma örnek gösterilebilir.

¹⁴³ Saklı tutma beyanının hukuki niteliği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, saklı tutma beyanı, niteliği itibariyle hakkı elde etmeyi sağlayan yenilik doğuran bir hakur (von **TUHR/ESCHER**, 282, dipnot 42). Bu konudaki bir başka görüş ise, saklı tutma beyanının ceza alacaklısına bir hak bahşetmediğini, bir yükümlülük ya da daha doğru bir ifadeyle bir külfet yüklediğini ifade etmektedir. Zira, saklı tutma açıklamasının yapılmaması alacaklıya bir dezavantaj sağlamakta, cezayı talep etme hakkının kaybı sonucunu doğurmaktadır (**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.173). Bize göre de saklı tutma beyanı hukuki niteliği itibariyle bir külfettir (Obliegenheit) (Külfet kavramı hakkında bkz. von Tuhr /Peter, 12-13). Zira iş sahibi ancak saklı tutma beyanında bulunmak suretiyle cezai şart talep etme hakkını kazanmaktadır. Bir başka ifadeyle saklı tutma beyanı cezai şart talep etme hakkının bir şartı niteliğindedir. Alacaklı iş sahibi bu külfeti yerine getirmemekle cezai şart talep etme hakkını kaybetmiş olmaktadır.

Ayrıca saklı tutma beyanının bir irade açıklaması olup olmadığı yönündeki tartışmalar ile Koller'in hukuki işlem benzeri açıklama görüşü için bkz.**KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.174-175;

¹⁴⁴ **BGE 97 II 352**; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.170; Alman hukukunda iş sahibinin cezai şart talebi ile müteahhidin ücret talebinin takas edilebilirliği konusunda bkz.**KAISER**, Nr.199 ve özellikle orada dn.3.

¹⁴⁵ **GAUCH**, Nr.700; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.171 vd.

¹⁴⁶ Saklı tutma beyanın yapıp yapılmadığını ispat yükü iş sahibine aittir (bu konuda bkz. **Koller**, Konventionalstrafe, Nr.183 vd).

yetkili kılınan mimar, cezai şartı saklı tutma beyanında da bulunabilir¹⁴⁷. Her durumda saklı tutma beyanının muhatabı müteahhit ya da yetkili temsilcisidir. Müteahhit eseri teslim etmekle bir üçüncü kişiyi görevlendirmişse, söz konusu üçüncü kişi genel olarak saklı tutma beyanının muhatabı olma konusunda da yetkilidir¹⁴⁸.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, iş sahibinin eseri teslim alınırken saklı tutma beyanında bulunmaması, cezai şart talep etme imkanının kesin olarak kaybedilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla sonradan cezai şart talebinin canlandırılması söz konusu değildir. İş sahibinin hukuki bilgisizlikten dolayı saklı tutma beyanında bulunmadığını ileri sürmesi durumu değiştirmez. Alacaklının cezai şart talep etmekten vazgeçme niyeti olmamasına rağmen, ihtirazî kayıt ileri sürmemiş olması da cezai şart talep etme hakkının kaybedilmesine neden olur¹⁴⁹. Aynı şekilde eserin teslimi anında ücret henüz ödenmemişse, iş sahibinin cezai şart talebi ile müteahhidin ücret talebi karşı karşıya bulunur. Böyle bir durumda, iş sahibi takas imkanını dikkate alarak, ifa anında cezai şart talebinde henüz bulunmama, yani saklı tutma beyanından kaçınma eğiliminde olabilir. Zira takas imkanı, iş sahibini kendisini güvende sanmaya sevk etmeye elverişlidir. Nitekim BK'nun sistemi içerisinde benzer muhtevada hak kayıplarına karşı alacaklıyı koruyan düzenlemeler mevcuttur (Örneğin bakınız BK.m.118/f.III). Bununla birlikte BK'nun cezai şart ile ilgili düzenlemelerinde böyle bir yaklaşıma yeşil ışık yakan elverişli bir düzenleme mevcut değildir. O halde iş sahibi böyle bir düşünce ile saklı tutmadan kaçınmış ise, takas imkanını kaybettiği sonucuna varılmalıdır^{150, 151}.

cc) Gecikme Cezasının Talep Edilebilmesi İçin Sözleşmeden Dönme Yoluna Başvurulmamış Olması Gerekir

Gecikme cezası ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olup, kanuni dayanağını BK.m.158/II'deki düzenlemeden alır. Cezai şart bu türünde amaç öncelikle müteahhidin eseri teslim borcunu zamanında yerine getirmesini, bir başka ifadeyle sözleşmeyi zamanında ifa etmesini teminat altına almaktır.

¹⁴⁷ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.179.

¹⁴⁸ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.181 vd.

¹⁴⁹ Bkz. **von TUHR/ESCHER**, 282; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.176 vd.; BGE 97 II 352; aksi fikirde **von BÜREN**, Allg. Teil, 409; Bu itibarla, alacaklı cezai şarttan vazgeçme iradesine sahip olmadığını ispat etse bile, cezai şart isteme yetkisini kazanamaz (**TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, 115-116).

¹⁵⁰ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.177; BGE 97 II 350 vd.

¹⁵¹ Eserin iş sahibi tarafından sonradan ayıplı olduğunun anlaşılması ve bunun neticesinde ayıbın giderilmesinin talep edilmesi durumunda cezai şart talebi bakımından ne şekilde davranılması gerekeceği sorusu akla gelebilir. Ayıbın giderilmesi yükümlülüğünün ifasına kadar cezai şartı saklı tutma beyanında bulunulması neticesinde cezai şart talebinin tekrar canlanıp canlanmayacağı sorusu sorulabilir. Alman Hukukunda bu soruya olumlu cevap verilirken, Türk-İsviçre hukuku bakımından olumlu cevap verilmesi imkanı yoktur (bkz. **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.178).

İfaya eklenen cezai şartın ifaya zorlama işlevi yanında bir diğer işlevi de sözleşmede öngörülen cezai şart miktarıyla iş sahibinin gecikme halinde ileri sürebileceği tazminat taleplerinin kolaylaştırılması ve teminat altına alınmasını gerçekleştirmek, dolayısıyla alacaklının ifa menfaatini temin ve garanti etmektir. Dolayısıyla sözleşmeden dönme yoluna başvurulması durumunda, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, artık ifa talebinden de bahsedilemez. Bu itibarla, ifaya eklenen cezai şart ya da gecikme cezası kavramları mahiyeti gereği sözleşmeyi sona erdiren, dönme, fesih gibi kavramlarla bağdaşmaz. Nitekim bu husus pek çok Yargıtay kararında da açıkça ifade edilmiştir¹⁵².

f) Cezai Şartın İndirilmesi

Sözleşmeler hukukuna hakim olan temel ilke sözleşme serbestisidir. Bu ilke çerçevesinde taraflar sözleşmenin muhtevasını kanunun çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe düzenleyebilirler (BK.m.19/I). Bu düzenleme serbestisinin bir sonucu olarak, her sözleşme tipinde olduğu gibi, istisna ve inşaat sözleşmelerinde de, sözleşmenin tarafları, sözleşmelerde cezai şart kayıtlarına yer vermek ve bu kapsamda cezai şartın kapsamını serbestçe belirleme hakkına sahiptirler (BK.m.161/I).

Bununla birlikte, kararlaştırılan cezai şartın borçlu müteahhit üzerinde hakkaniyete aykırı baskılara sebep olması ciddi bir sakıncadır. İşte kanun koyucu bu sakıncayı önlemek ve özellikle ekonomik bakımdan kuvvetli olanın zayıf olanı istismar ederek ezmesine engel olmak¹⁵³ ve malvarlıkları arasında adalete uygun bir denge sağlamak amacıyla, BK'nun 161. maddesinin III. fıkrasında hakimin fahiş gördüğü cezaları indirebilmesine imkan tanımıştır¹⁵⁴. Hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirebilmesine imkan tanıyan bu düzenleme, BK'nunda yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin bir örneğini oluşturmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde, tarafların cezai şartın kapsamını diledikleri gibi belirleyebilme özgürlüğüne sınırlama getirilmiş bulunmaktadır¹⁵⁵.

¹⁵² Ayrıca **TANDOĞAN**, 135.

¹⁵³ **FISCHER**, 178; **IM**, 52; **BENTELE**, 111; **BILGE NECİP**: Cezai Şart, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, 117.

¹⁵⁴ Aynı şekilde BGB'nin 343. Paragrafı ile CC'nin 1152. maddesinin II. Fıkrasında hakimin cezai şarta müdahale edebilmesi imkanı getirilmiştir.

¹⁵⁵ Burada iki bakımdan özel bir sınırlama mevcuttur. Birinci olarak, hükmün lafzında da öngörüldüğü üzere, söz konusu indirim yükümlülüğü sadece cezai şart anlaşmaları bakımından öngörülmüştür. İkinci olarak, bu özel sınırlama BK. 21 ve MK. m.23/II'de öngörülen genel sınırlamalardan farklı olarak, sözleşmenin kuruluşunda değil, cezai şartın teminat altına aldığı asıl sözleşmenin ihlal edilmesi dolayısıyla ortaya çıkar. Bir başka ifadeyle BK.m.161/III, hükmü cezai şart anlaşmasının kuruluşunda değil, teminat altına alınan asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde uygulanır (Bu konuda bkz.**von BÜREN**, Allg. Teil, 411 vd.; **BENTELE**, 110).

Cezai şartın aşırı görülerek BK.m.161/III'e göre indirime tabi tutulabilmesi, her şeyden evvel, cezai şart miktarının doğru bir şekilde belirlenmesinden sonra mümkün olabilecektir. Cezai şartın miktarının tespitini müteakip, cezai şart miktarının hangi durumlarda aşırı olarak kabul edileceği sorusunun cevaplandırılması gündeme gelecektir. Zira, BK'nun 161. maddesinin III. fıkrasında "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir" denilmektedir¹⁵⁶.

Bir başka ifade ile, hakimin cezai şartın indirilmesine karar verirken göz önünde bulundurması gereken ölçütler neler olacaktır?

Öncelikle hakim, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde karar verecektir (MK.m.4). Kararlaştırılan cezai şartın aşırı olup olmadığı konusunda hakimin verdiği kararın hakkaniyete uygunluğu ile ilgili olarak, verilen kararlar arasında ortak bir payda bulmanın güç olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Aynı güçlük bu konuda genel kabul görmüş ve hakimin kararlarında yararlanabileceği ölçütler bakımından da söz konusudur¹⁵⁷. Burada en doğru karara varabilmek için her münferit durumun özelliklerini dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir¹⁵⁸. Bununla birlikte, kararlaştırılan cezai şartın aşırılığı konusunda daha önce verilmiş olan kararlardan da hareketle şu ölçütlerin hakime takdir yetkisini kullanırken yol gösterici olabileceğini ifade etmek mümkündür;

Alacaklının asıl sözleşmenin ifa edilmesindeki menfaati ile cezai şart miktarı arasındaki oran¹⁵⁹, asıl sözleşmenin ihlalinin ağırlığı¹⁶⁰, borçlunun

¹⁵⁶ Cezai şartın kapsamı bakımından hangi ölçütün caiz olacağı konusunda İsviçre BK'nun taksitle satımda dönmeye ilişkin 226i maddesinin II. fıkrasında ve ön ödemeli satışlarda alıcının temerrüdüyle ilgili 227h maddesinin III.fıkrasında açık ve doğrudan doğruya bir ölçüte yer verilmiştir. Örneğin, İsviçre BK m. 226i/f.II'de yer alan düzenlemeye göre, "Satım konusunun tesliminden önce satıcı sözleşmeden dönmüş ise, o alıcıdan sadece uygun bir faiz ile satım konusunda sözleşmenin kuruluşundan beri meydana gelen değer azalmalarının tazminini talep edebilir. Her durumda cezai şart peşin satış parasının %10'unu aşmamalıdır." Maddede geçen %10'luk baraj 227h maddesinde de aynı şekilde korunmuştur (Bu konuda bkz. **OZANOĞLU HASAN**: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, 236 ve özellikle orada dn.8; ayrıca bkz. **BENTELE**, 113).

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. **BENTELE**, 115 vd.

¹⁵⁸ **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.89; **OR-EHRAT**, Art.163, Nr.19; **GAUCH/SCHLUEP**, Nr.3951 vd.

¹⁵⁹ **BGE** 103 II 108; bkz. **BENTELE**, 117; Özellikle ceza ile alacaklının asıl sözleşmenin ifasına olan menfaati arasında aşırı ölçüde bir oransızlık (ein krasses Missverhältnis) mevcut ise aşırılık kabul edilmelidir (bkz.**BGE** 114 II 264-265; **STOTZ**, 151; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.90).

¹⁶⁰ Borçlunun özellikle rekabet yasağına aykırı olarak eski işyerinin yakınında yeni işyerinin merkezi ve şubesini kurması (bkz. **BENTELE**, 118).

borca aykırı davranışındaki kusurunun ağırlığı¹⁶¹, tarafların özellikle borçlunun ekonomik durumu¹⁶², asıl sözleşmenin türü ve süresi, asıl sözleşme ilişkisinden doğan bağlılığın ölçüsü¹⁶³, sözleşmenin taraflarının tecrübe düzeyi¹⁶⁴ ve özellikle cezai şart yükümlüsünün tacir olup olmaması, cezanın yüksekliğinin adalet ve hakkaniyet hislerini açıkça incitecek bir oranda olmamasının gerekliliği yanında, cezanın indirilmesi sonucunda kalacak miktarın alacaklı bakımından da aynı derecede adaletsiz olmaması gerektiği hususu ile alacaklı zarara uğramasa bile ceza ile zarar arasındaki ilişki ölçütleri hakime takdir yetkisini kullanırken yardımcı olacaktır¹⁶⁵.

Ancak, bu ve benzeri ölçütler dikkate alınırken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da belirtildiği gibi¹⁶⁶, cezai şartın borçlu üzerinde onu ifaya zorlayan bir baskı aracı niteliğinin varlığı gözden uzak tutulmamalı ve hakim cezai şartı, söz konusu psikolojik baskının ortadan kalkmasına sebep olacak şekilde indirmekten özellikle kaçınılmalıdır. Aynı şekilde, hakimin kararını verirken, cezai şart miktarının taraflarca serbestçe belirlendiğini ve kural olarak cezai şartın da diğer sözleşmeler gibi muhafaza edilmesinin gerekli olduğunu göz ardı etmemesi gerekir¹⁶⁷. Bir başka ifadeyle hakim karar verirken öncelikle sözleşmeye bağlılık ilkesinden hareket etmelidir¹⁶⁸.

Literatürde ve yargı içtihatlarında, cezai şartın indirilebilmesi için, öncelikle geçerli bir cezai şartın bulunması, cezai şartın muaccel olması,

¹⁶¹ BGE 91 II 383 vd.; **BENTELE**, 119.

¹⁶² BGE 91 II 383 vd.; 103 II 135; **von TUHR/ESCHER**, 285; **STOTZ**, 151; **BENTELE**, 119 ve özellikle orada dn.561; **KOLLER**, Konventionalstrafe, Nr.89.

¹⁶³ Özellikle cezai şart anlaşmasının yapıldığı sırada yükümlülük altına girenin ekonomik bağımlılığı söz konusu ise cezai şartın aşırılığından söz edilebilir. Çoğu kez iş sözleşmesinde işçi ekonomik bakımdan zayıf olduğu için böyle bir durumdadır (bkz. BGE 114 II 265; **BENTELE**, 120).

¹⁶⁴ BGE 95 II 540; **BENTELE**, 120.

¹⁶⁵ **BILGE**, 120; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 355; Cezai şartın indirilmesinde hakimin gözetmek zorunda olduğu ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.3.1961 tarihli ve 4-2/10 sayılı kararında da belirtilmiştir (Karar için bkz. **KURAL O. CEVDET/KILIÇBAY ERCÜMENT/İZMİR HALİL**: İnşaat ve İhale Hukuku, Ankara 1988, 379).

¹⁶⁶ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.3.1961 tarihli ve 4-2/10 sayılı kararı (karar için bkz. **KURAL/KILIÇBAY/İZMİR**, 379; bu karar hakkında Tunçomağ'ın yaptığı tahlil ve eleştiriler için bkz. İHFM, C.XXIX, 1963, S.1-2).

¹⁶⁷ **von TUHR/ESCHER**, 285; **STOTZ**, 151; karşı. BGE 63 II 249.

¹⁶⁸ BGE 114 II 264; 103 II 135; **STOTZ**, 151.

cezai şartın aşırı derecede yüksek olması, borçlunun tacir, borcun da ticari işletmeyle ilgili olmaması¹⁶⁹ koşullarının varlığı aranmaktadır¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Cezai şartın indirilebilmesi için gerekli olan şartlardan biri olarak, borçlunun tacir, borcun da ticari işletme ile ilgili olmaması aranmaktadır. Bu hususa TK.m.24'de açıkça yer verilmiştir. TK.m.24'e göre, "Tacir sıfatını haiz olan borçlu, Borçlar Kanununun...161/III maddesinde...yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez." TK.m.24'e göre, "Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir". TK.m11/I'e göre ise "Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır". Bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için gelir sağlamayı amaç edinmesi, devamlılık arzemesi, esnaf faaliyetlerini aşması ve faaliyetlerinde bağımsız olması gerekir. TK. anlamında hangi müesseselerin ticarethane sayılacağı TK.m.12/I'de 12 bent halinde sayılmış ve üçüncü bentte "Her çeşit imal ve inşa" faaliyeti yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ticarethane sayılmıştır. İstisna sözleşmesinde müteahhit bir imal faaliyeti göstermekte ve bir eser meydana getirmektedir. Özellikle, inşaat sözleşmelerinde bu faaliyet kendini daha yüksek seviyede gösterir. Müteahhidin işletmesinin ticari işletme olarak nitelendirilmesi, öncelikle bu işletmenin faaliyetinin bir esnaf işletmesinin faaliyetinin sınırlarını aşması ile yakından ilgilidir. Müteahhidin işletmesinin faaliyeti, esnaf işletmesinin faaliyet sınırlarını aştığı ölçüde (ve tabidir ki bu hususun tespit edilebildiği ölçüde) tacirdir. Bir işletmede faaliyet nakdi sermayeye dayandığı ve kazancın geçime yetecek dereceden fazla olduğu durumlarda, o işletmedeki faaliyetin esnaf faaliyetinin sınırlarını aştığı kabul edilir (karş. TK.m.17). Bir inşaat müteahhidinin faaliyetinin nakdi sermayeye dayandığı ve kazancının geçime yetecek dereceden fazla olduğunun kabul edilmesi gerekir. O halde inşaat müteahhitlerinin tacir olarak nitelendirilmesi zorunludur. Dolayısıyla inşaat müteahhitlerinin kural olarak cezai şartın tenkisini isteyememeleri gerekir (TK.m.24 gereğince). Nitekim Yargıtay da, inşaat müteahhitlerinin tacir olduklarını açıkça kabul etmekte ve 1991 sonrası verdiği kararlarda (bkz. Yargıtay HGK.'nun 9.10.1991 tarihli ve 15-340 E./467 K. Nolu Kararı (Karar için bkz.Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, 344-348) tacir müteahhit aleyhine işleyen cezai şartın tenkis edilemeyeceğine hükmetmiştir (ayrıca bkz. ARAL, 362-363). Bununla birlikte Yargıtay, 1991 yılı öncesinde verdiği kararlarında, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tacir olan müteahhidin iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek olması durumunda, hakimin BK.m.20 gereğince ahlak ve adaba aykırı sayarak indirmesi ya da iptal etmesini uygun bulmaktaydı (bkz.Yargıtay HGK. 20.3.1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., YKD.1977/I, 11 vd).

¹⁷⁰ Bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 151-154; TUNÇOMAĞ, Borçlar I, 890-894.