

**2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUKAPSAMINDA YÜRÜTÜLEN
YAPIM İŞLERİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN FESHİ
VE
DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLAR**

**Yaşar GÖK
Sayıştay Başkanlığı**

I- GİRİŞ

Yapım sözleşmesinin kuruluş amacı sözleşmenin konusunu oluşturan eserin amaca ve kullanıma uygun biçimde tamamlanarak idareye teslim edilmesini temindir. Müteahhidin üstlendiği edimi ifa etmesiyle sözleşmenin normal yoldan sona ermesi sonucunu doğuran bu süreç, 2886 sayılı Kanuna tabi işlerde kesin kabul işlemiyle tamamlanır.

Normal ve istenen sonuç sözleşmenin ifa suretiyle sona ermesi olmakla birlikte, işin devamı sırasında, tarafların kusurlu davranışları sonucu sözleşmenin feshedilmesi veya kusur dışında infisahi (bozucu) bir şartın oluşması nedeniyle de sözleşme sona erebilir.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ), müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunması veya onun şahsında meydana gelen bazı imkânsızlıkları (müteahhidin iflası veya acze düşmesi) sözleşmenin idarece feshedilmesi sonucuna bağlamışken; müteahhidin kusurundan kaynaklanmayan haller dolayısıyla sözleşmenin sona ermesini, sözleşmenin tasfiyesi olarak nitelendirmiştir. Esas itibarıyla sözleşmenin feshinde de hesabın tasfiye edilmesi gerekmektedir. BİGŞ nin "sözleşmenin tasfiyesi" tabirini müteahhidin kusurundan doğan fesih işleminden ayırmak için kullandığı anlaşılmaktadır.

Tabiatıyla sözleşmenin feshi ve tasfiyesi işlemleri doğurdıkları hukuki sonuçlar bakımından da farklılık arz etmektedirler.

Fesih işlemi sonucunda kesin teminatın irat kaydedilmesi yanında, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan zararın (menfi zarar) müteahhitten tazmini talebinde bulunulması da gereklidir.

Sözleşmenin tasfiyesinde ise, taraflar belli bir noktada sözleşmeyi sona erdirirler ve kalan iş bölümleri için kar ve zarar talebinde bulunmazlar. Bu nedenle, müteahhidin kusuruna dayanmayan tasfiye sonucunda kesin teminatının gelir yazılması da söz konusu olmaz.

Sözleşmenin feshi ve tasfiyesi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun ve BİGŞ nin getirdiği özel düzenlemelerin öncelikle uygulanması esastır. Söz konusu Kanun ve Şartnamede hüküm bulunmayan hallerde ise Borçlar Kanununun konuya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Konunun izahında da belirtilen önem ve öncelik sırasına uyulmuş, 2886 sayılı Kanun ve BİGŞ nin düzenlediği hususlarda bu çerçeve içerisinde, düzenlemediği hususlarda ise Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde gerekli açıklamalar yapılmıştır.

2886 sayılı Kanunun 62 ve BİGŞ nin 47 inci maddesinde idarenin sözleşmeyi fesih nedeni olarak ifade edilen "sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi..." hali, uygulamada ortaya çıkan somut durumlar itibarıyla ele alınmış ve fesih yolu dışında idarenin başvurabileceği diğer yöntemlere de işaret edilmiştir.

II- SÖZLEŞMENİN FESHİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

A. Sözleşmenin Fesih Nedenleri

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda; müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi (md.62), müteahhidin sözleşmeyi izinsiz olarak devretmesi (md.66), müteahhidin iflas etmesi (md.68), müteahhidin ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet hali nedeniyle taahhüdünü yapamayacak durumda olması ve kendisine Kanunda öngörülen biçimde işi yürütecek vekil veya kayyum tayin edilememesi (md.69) halleri sözleşmenin fesih nedenleri olarak sayılmıştır.

Ayrıca, 2886 sayılı Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, idarenin sözleşmeyle üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde müteahhidin de Borçlar Kanununun 106-108 inci madde hükümleri uyarınca idareyi temerrüde düşürmek suretiyle sözleşmeyi bozma hakkı bulunmaktadır.

1. Müteahhidin Sözleşmeye Aykırı Davranışları Nedeniyle Sözleşmenin Feshi

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 62 nci maddesinde;

"Sözleşme yapıldıktan sonra 63 üncü maddede yazılı hükümler dışında müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilmez" denilmektedir.

Madde hükmüne göre idare;

- Müteahhidin 63 üncü maddede yazılı hükümler dışında taahhüdünden vazgeçmesi,
- Müteahhidin taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi, durumunda sözleşmeyi bozma hakkına sahiptir. Esasen bu hüküm eser sözleşmesinin adem-i ifası hallerinin tümünü kapsayan bir düzenleme biçimindedir. Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi, hiç ifa etmeme halini; taahhüdün şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ise; kısmi ifa, ayıplı ifa veya gecikmiş ifa hallerini içermektedir.

Müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi, işi yürütemeyeceğini bildirmesi şeklinde bir irade beyanı olarak tezahür ettiği için fazlaca izaha muhtaç olmayan açık bir fesih nedenidir ve sözleşme 62 inci maddede belirtilen yöntemine uygun biçimde mehil tayini suretiyle feshedilmelidir.

Müteahhidin şartname ve sözleşmeye aykırı davranışları ise, farklı şekillerde, örneğin; müteahhidin işe zamanında başlamaması, işi önemli ölçüde geciktirmesi, özen yükümlülüğüne aykırı biçimde işi kusurlu ve ayıplı imal etmesi gibi, görünümde altında ortaya çıkabilmektedir.

a. Müteahhidin işe zamanında başlama ve devam etme borcuna aykırı davranışı

Müteahhidin sözleşmede öngörülen sürede işi tamamlayabilmesi için işe zamanında başlaması ve iş programına uygun biçimde işi yürütmesi gerekmektedir. İşe başlamadaki gecikme ya da işin devamı sırasında iş programında meydana gelen gecikmeler eserin öngörülen zamanda bitirilmesini ve idareye teslimini güçleştirecek veya imkânsız hale sokacaktır. Müteahhidin sözleşmeye aykırı bu tür davranışları karşısında hem 2886 sayılı Kanunun yukarıya alınan 62 nci madde hükmü, hem de Borçlar Kanununun 358 inci madde hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Konuya ilişkin olarak Borçlar Kanununun 358 inci maddesinin 1 inci fıkrasında;

"Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir"

denilmektedir.

Söz konusu madde ile müteahhidin eseri meydana getirme aşamasındaki, bir başka ifadeyle teslim tarihinden önceki temerrüt hali düzenlenmektedir.

Madde hükmünde, inşaata başlamakta gecikme ile inşaatın icrasının geciktirilmesi aynı hukuki sonuca, yani sözleşmenin feshine bağlanmaktadır.

Sözleşmede öngörülen sürede işyerini teslim almayan ve bu konuda kendisine yapılan çağrıya sessiz kalan müteahhidin, esasen işi yürütmeye niyetli olmadığı ve bu davranışının zımni biçimde taahhüdünden vazgeçme anlamına geldiği sonucu çıkarılabilir. Böyle bir durumda iş sahibi idare, 2886 sayılı Kanunun 62 nci maddesine uygun biçimde ihtarname çekmek suretiyle, verilen mehil bitiminde sözleşmeyi feshedebilir.(1)

İşyerini teslim alan, ancak işe başlamakta geciken ya da işe başlamakla birlikte işin icrasını geciktiren müteahhit de, Borçlar Kanununun 101 inci maddesinin 1 inci fıkra hükmüne göre borçlu temerrüdüne düşürülebilir. Ancak bu temerrüdün sözleşmenin feshi için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.(2) Zira, eser sözleşmesinde aslolan kararlaştırılan sürede eserin iş sahibine teslim edilmesidir. İşe başlamakta ya da işin icrasında gecikse bile, müteahhidin, kararlaştırılan sürede eseri teslim etme imkânı varsa, ona iyi niyet kurallarına göre muhtaç olduğu zaman verilmelidir. Ancak sözleşmede kısmi gecikmeler için ceza öngörülüşse bu cezalar uygulanır.

Bu konuda, 2886 sayılı Kanunun 62 nci maddesinde "müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi" hallerinin tümü için geçerli olmak üzere Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine uygun biçimde "mehil tayini suretiyle fesih" yolu düzenlenmiştir.

İşe başlamakta veya işin icrasında meydana gelen gecikmelerin de sözleşmeye aykırı bir davranış olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Ancak nihai amacı etkilemeyen her sözleşmeye aykırı davranış karşısında fesih yoluna başvurmak hem rasyonel değildir, hem de Medeni Kanunun 2 nci maddesinde düzenlenen objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz.

Bu nedenle edimini ifa etme konusunda iyi niyetli olan müteahhide gecikme nedenlerini ortadan kaldıracı bir makul bir zaman tanınmalı, ancak gecikmenin devam ettiği, iş programının ciddi biçimde aksadığı ve kalan sürede işin tamamlanabilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, 2886 sayılı Kanunun 62 ve BİGŞ nin 47 nci maddesine uygun biçimde fesih yoluna başvurulmalıdır.(3)

Ayrıca müteahhit, kesin olarak işe başlamayı veya onu devam ettirmeyi reddedecek olursa, taahhüdünden vazgeçme anlamına gelen bu durum karşısında idare, 2886 sayılı Kanun ve BİGŞ nin yukarıda ifade edilen hükümleriyle birlikte Borçlar Kanununun 106-108 inci maddelerine dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

b. Müteahhidin özen borcuna aykırı davranışı

ba. Müteahhidin özen borcunun kapsamı

Yapım sözleşmesinin uzman tarafı olan müteahhit yüklediği edimi özenle yerine getirmek, sözleşmeye, teknik ve sanat kurallarına uygun şekilde yapmak zorundadır. (BİGŞ md. 13/3)

Teknik ve sanat kuralları, yapım işlerinde yapı tekniği kurallarıdır. Bu kurallar uygulamada standart kazanmış, doğruluğu kuramsal olarak kanıtlanmış ve pratikte de uyulması gerekli olan mesleki normlardır. Kamu makamlarınca teknik şartname, tüzük, yönetmelik, karar, görüş vb. olarak ortaya konan teknik düzenlemeler de yapı tekniği kuralları olarak kabul edilir.

Devlete ait yapım işlerinin teknik detaylarını, yapım şartlarını düzenleyen teknik şartnameler ilgili ihtisas kuruluşlarınca hazırlanıp yayımlanırlar ve bu şartnameler işin niteliğine göre, yapılacak sözleşmenin eki olarak uygulanırlar.

Bütün bu düzenlemeler müteahhidin özen borcunu biçimlendiren ve özen sorumluluğunun yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde ölçü kabul edilen normlardır. Sözleşmeye taraf olan müteahhidin bu kurallara uygun olarak yapım işini yürütüp teslim borcunu yerine getirmeyi taahhüt ettiği kabul edilir. Söz konusu kuralların ihlali halinde müteahhit, bunları bilmediğini ispatlamaya çalışarak sorumluluktan kurtulamaz. Müteahhidin bu konuda iyi ya da kötü niyetli olmasının önemi yoktur. İşin uygulanması sırasında iş sahibi idarenin projelere onay vermesi, tatbikat sırasında sessiz kalması müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (BİGŞ md. 10/8, 13/2). Keza projelerin uygulanması sırasında yapılacak hataların sonuçlarından da doğrudan müteahhit sorumludur. (BİGŞ md. 11/3)

Bu haller dışında, işe ilişkin projelerin ve teknik belgelerin veya uygulamaya ilişkin talimatın iş sahibi idarece verildiği durumlarda müteahhit, uygulamanın hatalı olduğunu ve zararlı sonuçlar doğuracağını uygulama öncesi ihbar etmek kaydıyla sorumluluktan kurtulabilir. (BİGŞ md. 13/4,5)

İnşaatta kullanılacak malzeme müteahhit tarafından sağlanmışsa, müteahhit, Borçlar Kanununun 357 nci maddesinin 1 inci fıkraya hükmüne göre "malzemenin iyi olmamasından dolayı iş sahibine karşı mes'ul ve bu hususta satıcı gibi mükelleftir." Bu hükümlerle bir taraftan malzemenin bozukluklarına karşı sağlama sorumluluğu düzenlenirken diğer taraftan müteahhidin malzemeyi tedarik ederken göstereceği özen de söz konusu edilmektedir. Müteahhit, sözleşmede (projelerde, teknik şartnamelerde, birim fiyat analiz ve tariflerinde) karşılaştırılan cins ve kaliteden daha aşağı kalitede malzeme kullanamaz.

Ayrıca müteahhit, Türk Standartları Enstitüsünün yapıların hesap ve yapım kuralları ile kullanılacak malzemelere ilişkin getirdiği uyulması zorunlu standartlara, çeşitli mevzuatların yapım işleri konusundaki buyurucu düzenlemelerine(4) uymak ve bunları uygulamak zorundadır.

Esasen, genel hükümlere göre, yapı tekniği kuralları ayrıca sözleşmede belirtilmiş olmasalar bile, müteahhidin, uzman kişi olarak bunları bildiği farz edilir ve inşaatın yapımında teknik ve sanat kurallarına uygun davranmayı borçlandığı kabul edilir.

bb. Özen borcuna aykırı davranışın hukuki sonuçları

Özen borcuna aykırı davranışın hukuki sonuçları ise;

Özen borcuna aykırı davranış işin devamı sırasında değil de, teslim edilmiş eserde bir bozukluk olarak ortaya çıkmışsa, bu durumda özen sorumluluğu sonuç sorumluluğunun içinde erimiştir; bu gibi hallerde iş sahibi idare 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 87 ve Borçlar Kanununun 359 ve takip eden maddelerdeki, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu hükümlerinden yararlanabilecektir.

Bunun dışında iş sahibi idare, işin yürütülmesi aşamasında özen borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen müteahhide karşı aşağıdaki hukuki yollara başvurma imkânına sahiptir.

- İşin müteahhidin kendisine düzeltilmesi veya başkasına yaptırılması:

Borçlar Kanununun 358 inci madde hükmüne göre;

"İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katıyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide

münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir. Bu düzenleme gereği, özen borcuna aykırılığı önlemek için ilk başvurulacak yol, müteahhide uygun bir süre tayin etmek veya hakim vasıtasıyla tayin ettirmek suretiyle onun gereğini yerine getirmesini talep etmektir. İş sahibi idare mehil tayin ederken yada ettirirken, söz konusu süre içinde gerekli önlemleri almadığı takdirde, masrafları ve hasarı müteahhide ait olmak üzere, ayıpların giderilmesinin veya imalata devamın bir başkasına verileceğini de ihtar eder."

Borçlar Kanunu md. 358 'de belirtilen, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağını kesinlikle tahmin edilmesi hangi hallerde söz konusu olacaktır?

Madde hükmünde belirtilen; eserin ayıplı gerçekleşmesine neden olacak haller ile sözleşmeye aykırı surette yapılması hallerini farklı şekilde değerlendirmek gerekmektedir.

İşin yürütülmesi sırasında belli bir aşamada belli bir niteliğin bulunmaması eser tamamlanınca onun ayıplı sayılmasını gerektirecekse, eserin ayıplı biçimde imal edileceğini önceden kesinlikle tahmin etmek mümkün olur.

Örneğin, yapı için getirilen malzemeler teknik şartnamesine, yayınlanmış standartlara veya işe elverişli olmayabilir (BİGŞ md. 14/4). Bu takdirde bu tür malzeme ile yapılacak imalatın ayıplı gerçekleşeceği kesinlikle tahmin edilebilir. Keza, işin belli kısımları elverişsiz malzeme kullanılması veya kötü işçilik nedeniyle bozuk ya da noksan yapılabilir (BİGŞ md. 14/5; md. 21/1; 23/1). Bu halde de eserin ayıplı gerçekleşeceği bellidir.

Borçlar Kanununun 358 inci maddesinde belirtilen sözleşmeye aykırı imalata ise; sözleşmeye aykırı biçimde işi taşeronlara verme (BİGŞ md. 18/5) veya sözleşmeye aykırı imal yöntemleri kullanma halleri örnek gösterilebilir. Ayrıca, müteahhidin kendiliğinden projelerde değişiklik yapması ya da işi proje ve şartnamelere uygun yapmaması (BİGŞ md. 21/1) hallerini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.

BİGŞ , idarenin işin devamı sırasında gördüğü ayıpları verdiği mehil içinde müteahhide ıslah ettirebilmesi ve gerektiğinde işi başkasına yaptırabilmesi hususlarını ayrıntılı düzenlemiştir. Getirilen düzenleme ile müteahhidin onarım, düzeltme ve bakım sorumluluğu işin başlangıcından itibaren kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanması tarihine kadar devam eden bir sorumluluk olarak kabul edilmiştir. (BİGŞ md. 23/1)

Bu sorumluluk kapsamında, tespit edilen ayıpların belirlenen mehil (süre) içinde giderilmesi için müteahhide yazılı tebligatta bulunulacak, anılan süre içinde müteahhit tarafından gereği yerine getirilmezse, işin, müteahhit hesabına bir başkasına yaptırılması söz konusu olacaktır.

İşin çeşitli aşamalarında, değişik görüntülerle ortaya çıkması muhtemel ayıplı işlere ilişkin olarak BİGŞ nde yer alan düzenlemeler aşağıdadır:

- İşyerine getirilen ve işe, teknik şartnamelerine veya daha önce alınmış numunelerine uygun olmayan malzemenin, idarenin yazılı tebligatından itibaren on gün içinde müteahhit tarafından işyerinden kaldırılıp, uzaklaştırılması gerekmektedir. Müteahhit bunu yapmadığı takdirde kontrol teşkilatı bu malzemeyi, bütün zarar ve giderleri müteahhide ait olmak üzere, iş yeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir.(5) (BİGŞ md. 14/4)

- Kötü ve kusurlu yapılan veya sözleşme ve eklerine uygun olmayan işlerin idarece tespit edilmesi halinde, söz konusu ayıpların giderilmesi için müteahhide yazılı tebligatta bulunulur ve kendisine, yapılacak işin niteliğine uygun bir mehil verilir. Müteahhit, belirlenen sürede yükümlülüklerini yerine getirmeyi takdirde söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işleri, bütün giderleri müteahhide ait olmak üzere 2886 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile başka birisine yaptırılabilir. (BİGŞ md. 14, 21, 23)

Burada müteahhide tanınacak mehili tespit konusunda idareye yetki verilmiştir. İdare, ayıplı işin niteliğine ve düzeltilebilirlik süresine uygun bir mehil belirleyecek, ancak, idarece daha uzun bir süre belirlenmemişse (14 üncü maddede belirtilen ayıplı malzemenin şantiye dışına çıkarılmasına ilişkin olarak on günden fazla süre belirlenemez ve Tip Sözleşmenin uygulandığı işlerde bu süre üç gündür) bu süre on gün olarak uygulanacaktır. (BİGŞ md. 23/2)

Borçlar Kanununun 358 inci maddesi ve buna paralel düzenlemeler içeren BİGŞ hükümlerinin uygulanmasında, müteahhide mehil olarak verilen süre, ayıplı imalat sonucu ortaya çıkan tamiratın üçüncü bir kişiye verilmesi sürecinin bir koşulu olmaktadır. Bu nedenle mehil olarak verilen sürenin işin bitim tarihini etkilemesi söz konusu olmayacak ve işin sözleşmede öngörülen sürede teslim edilmesi borcu devam edecektir.

- Geçici veya kesin kabul aşamalarında ortaya çıkan sözleşme ve eklerine aykırı ayıplı işlerin giderilmesi de aynı sorumluluk düzenine tabi tutulmuştur. (BİGŞ md.41, 44)

- Aşağıdaki hallerde ise idare her hangi bir mehil tayinine gerek kalmaksızın aksaklıkları müteahhit nam ve hesabına giderir.

Müteahhidin kusurundan kaynaklanan ve ivedilikle ele alınması gerekip beklemeye tahammülü olmayan aksaklıklar meydana geldiğinde, müteahhidin o anda işle ilgilenip konuyu ele alma imkânı yoksa, idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle müteahhit adına bu aksaklığı giderir. Müteahhidin tebligat adresinde bulunmaması veya işe ilgi göstermemesi halinde de idare, müteahhit hesabına aksaklığı giderip gerekli önlemleri alır ve müteahhidin bu uygulamaya her hangi bir itiraz hakkı olmaz. (BİGŞ md. 23/3) Ancak burada üzerinde durulması gereken bir husus, belirtilen haller dışında veya şartlar oluşmadan idarenin bu yola başvurması halinde doğabilecek sakıncalardır. Böyle bir durumda, mehil verilmeden ya da verilen mehil dolmadan işin bir başkasına yaptırılması, taraflar arasında çeşitli ihtilaflara neden olacak ve idare, bu isabetsiz davranışı nedeniyle Borçlar Kanununun ve BİGŞ nin kendisine tanıdığı hakların kaybolmasına veya zarar görmesine sebep olacaktır. Bu nedenle söz konusu yolun titizlikle kullanılması gerekmektedir.

- Sözleşmenin feshi :

Özen yükümlülüğüne aykırı biçimde yapılan kusurlu işlerin yukarıda ifade edilen yöntemle uygun biçimde verilen mehil içerisinde müteahhit tarafından giderilmemesi halinde, iş sahibi idare kusurlu işleri bir başkasına ıslah ettirebileceği gibi, 2886 sayılı Kanunun 62 ve BİGŞ nin 47 inci maddesine göre sözleşmeyi fesih yoluna da başvurabilir. Her iki yöntemle başvurulmasında da idare, yeni bir mehil tayinine ve mahkemeden hüküm almaya gerek olmadan tercihini kullanabilir.

c. Müteahhidin eseri teslim borcuna aykırı davranışı

Sözleşmeye uygun olarak tamamlanan eser üzerinde iş sahibinin fiili egemenliğinin sağlanması teslim işlemini oluşturur. BİGŞ ne tabi işlerde bu işlem geçici kabul aşamasında meydana gelir.

Eserin tesliminin söz konusu olabilmesi için sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış olması gerekir. Ancak, eserin bitmiş sayılmasını engellemeyen küçük noksanlıklar ve tali işler teslimde engel olmaz.

İşi sözleşmede öngörülen tarihte tamamlayarak geçici kabule hazır hale getirmeyen müteahhit, 2886 sayılı Kanun ve Borçlar Kanununun öngördüğü şartların yerine getirilmesi halinde mütemerrit (direngen) duruma düşer ve idarenin sözleşmeyi fesih hakkı doğar.

Teslim borcunu ifada temerrüdün oluşması için aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Sözleşmede kararlaştırılan iş bitim süresinin dolmasına rağmen müteahhidin işi tamamlayarak geçici kabule hazır hale getirmemiş olması gerekir.

Ancak, ortaya çıkan gecikmenin müteahhide atfı mümkün olmayan zorunlu nedenlere dayanması halinde, müteahhide gerekli süre uzatımı verilmeli ve gecikilen süre işin sözleşmesinde öngörülen bitim tarihine eklenmelidir. (Tip Şartname md.13)

- Müteahhide, teslim borcunu yerine getirmesi için ihtarda bulunulmalıdır.

Ancak, teslim tarihi taraflarca sözleşmede "müttefikan tayin edilmiş" (BK. md.101) veya ihtarın yararsız kalacağı önceden anlaşılıyor (BK. md.107 ye kıyasen) ise, yükümlülüğüne aykırı olarak teslim tarihini geçiren müteahhit, ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşer.

İhtarın gereksiz olduğu kesin vadeli sözleşmelerde, teslim günü belli bir sürenin geçmesi (örneğin, 400 gün), ya da belirli bir tarih olarak (30.11.2000) taraflarca müttefikan tayin edilmiş olunmalı ve bu sürenin bazı hallerde uzayabileceği veya müteahhide cezalı çalışma izni verilebileceğine dair sözleşmede hüküm bulunmamalıdır.

Hem BİGŞ (md.27) hem de Tip Şartnamede (md.13) "müteahhide atfı mümkün olmayan zorunlu gecikme nedenleri" ile iş süresinin uzayabileceği kabul edilmiş; ayrıca Tip Şartnamenin 8 inci maddesinde "...iş zamanında bitirilmediği takdirde" müteahhidin hakedişinden günlük gecikme cezası kesileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeler karşısında, işin mutlaka ya da en geç bitmesi gereken kesin bir tarihten söz etmek mümkün olmadığından BİGŞ ve Tip Şartnamenin sözleşmenin eki olduğu işlerde müteahhidi temerrüde düşürmek için mutlaka ihtarname çekmek gerekmektedir.

Sözleşmede kararlaştırılan sürede işin tamamlanmaması ve teslim için öngörülen tarihte teslim edilememesi durumunda iş sahibi idare, işin tamamlanması için müteahhide zaman tanıyabileceği gibi, 2886 sayılı Kanununun 62 ve Borçlar Kanununun 106 ncı maddesi uyarınca fesih hakkını da kullanabilir.

İş sahibi idarenin sözleşme süresi sonunda edimini ifa etmeyen müteahhidi temerrüde düşürmeden işin teslimine kadar zaman tanıması, sözleşme süresinin uzatıldığı ve müteahhide süre uzatımı verildiği anlamına gelmemektedir. Bu durumda, işin sözleşmesinde öngörülen gecikme cezasının uygulanmasına devam edilir.

Burada akla şu soru gelebilir: Acaba idare cezalı çalışma süresini sınırsız biçimde kullanabilecek midir?

Zira, idarenin müteahhide çok uzun süreli cezalı çalışma izni vermesi durumunda müteahhitten alınması gereken ceza miktarı altından kalkılamaz bir tutara ulaşabileceği gibi, cezalı çalışmaya rağmen işin bitirilemediği ve nihayet sözleşmenin feshedildiği durumlarda da idarenin yargı yoluyla müteahhitten talep edeceği menfi zarar tutarı gecikmeli fesih nedeniyle fahiş bir tutara ulaşabilir.

Yargıtay'ın 1991 yılına kadar istikrarla uyguladığı görüşüne göre; işin sözleşmede kararlaştırılan sürede tamamlanamaması ve teslim tarihinde iş sahibine teslim edilememesi durumunda, iş sahibinin bu tarihten itibaren uygun bir süre bekleyip (örneğin, beş ay uygun bir süre kabul edilmiştir.) Borçlar Kanunu md. 106/2 deki seçimlik haklarını kullanması (2886 sayılı Kanuna tabi idareler için fesih hakkının kullanılması) gerekmektedir. Bu sürenin haklı sayılmayacak şekilde uzatılması halinde, iş sahibi kendi davranışı ile müteahhidin durumunu (iş sahibine ödemek zorunda kalacağı cezayı ve zararı) ağırlaştırmış olur ki bu davranışı iş sahibinin müterafık (birlikte) kusurunu oluşturur ve müteahhidin ödemek zorunda olduğu tazminattan, Borçlar Kanununun 44 üncü maddesi gereğince, bu kusur oranında indirim hükmedilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.10.1991 T. 1991/15-340 E. 1991/467 K. sayılı kararıyla(6) bu görüş değiştirilmiş ve işi süresinde teslim etmeyen kusurlu müteahhit hakkında iş sahibinin, seçimlik hakkını (2886 sayılı Kanuna tabi idareler için fesih hakkını) belli bir süre içinde kullanmak zorunda olmadığı, bu hakkın gecikmeli kullanılmasının, bazı özel nedenler olmadıkça, iş sahibinin müterafık kusuru olarak kabul edilemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Söz konusu karar arsa karşılığı inşaat

sözleşmesine ilişkin verilmiş olmakla birlikte kamu ihaleleri kapsamında gerçekleştirilen yapım sözleşmelerini de içine alan tüm eser sözleşmeleri için geçerlilik arz ettiği kuşkusuzdur. Anılan kararda konu, Borçlar Kanununun 44 ve Medeni Kanunun 2 nci maddeleri yönünden ayrıntılı incelenmiş ve iş sahibi açısından müterafık kusur oluşturan bazı özel nedenlere açıklık getirilmiştir. Bu husus karar metninde geniş biçimde açıklandığı için burada ayrıntıya girilmeyecek ancak, iş sahibinin müterafık kusurunu oluşturabilecek özel nedenler ve bu arada Medeni Kanunun 2 nci maddesinin öngördüğü, hakların kullanılmasında dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu (objektif hüsünüyet) konusunda uygulamada ortaya çıkabilecek bazı örnekler verilecektir.

Örneğin, mali güçsüzlük nedeniyle iş yerindeki her türlü faaliyetini durduran ve işi bitirebilmesi imkânı bulunmayan müteahhide karşı fesih yolunun makul bir süre içerisinde kullanılması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Zira bu tür durumlarda müteahhidin işi bitiremeyeceği belirgin olarak ortaya çıkmıştır ve cezalı çalışmasına izin verilmesi sonucu değiştirmeyecektir. Buna rağmen iş sahibi idarenin fesih hakkını kullanmada gecikmesi hem gecikme cezasının hem de fesihten sonra talep edilecek menfi zarar miktarının artmasına neden olacaktır. Böyle bir sonucun müteahhit açısından bir yıkım oluşturacağı kuşkusuzdur. Sözleşme ilişkilerinde ise bu tür davranışların objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığı ortadadır.

Ancak, teslim süresinin dolmasına rağmen işi bitirmeyen, bu nedenle cezalı çalışmasına izin verilen müteahhit bu süre içerisinde idareyi oyalayacak tarzda faaliyetine devam ediyor görünümü verirse, meydana gelecek gecikme sonucu artacak olan ceza ve zarar nedeniyle müterafık kusur iddiasında bulunamaz.

Diğer taraftan cezalı çalışmasına izin verilen müteahhidin işi bitirmeye kararlı biçimde faaliyetini sürdürmesi halinde, idarenin müteahhide gerekli fırsatı vermesi ve uygun olmayan bir zamanda fesih yoluna başvurmaması gerektiğinin daha uygun bir davranış olduğu kuşkusuzdur.

d. Eserin kabul edilemeyecek ölçüde ayıplı imal edilmiş olması

Borçlar Kanununun "kusur halinde iş sahibinin hakkı" başlıklı 360 ncı madde hükmüne göre, işin, iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ve sözleşme şartlarına aykırı gerçekleştirilmesi halinde iş sahibi kabulden imtina edebilir.

İş sahibinin kabulden kaçınarak sözleşmeden dönmesi BK. md. 360/1 de yukarıdaki biçimde düzenlenmişken, aynı maddenin son fıkrasında eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumlarda izlenecek hukuki yöntem ifade edilmiştir.

Buna göre, "iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da ref'i (kaldırılması) ve kal'i (yıkılması) fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak..." ikinci fıkrada yer alan ücretin indirilmesini veya eserin tamir veya düzeltilmesini isteyebilir, kabulden kaçınamaz.

Eserin kaldırılmasının müteahhit için aşırı bir zarara yol açıp açmadığı hakim takdirine bağlıdır. (Medeni Kanun md.4) Hakim bu takdirini somut olayın koşullarını, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü dikkate alarak ortaya koyar.

İş sahibinin nispet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı (kabulün ondan beklenemeyeceği) derecede ayıplı bir eser karşısında bulunulup bulunulmadığı, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre tartılması suretiyle belirlenir. Örneğin, yapının kullanımının hayati tehlike arz ettiği, ayıbın eseri tamamıyla değersiz kıldığı, ayıpta müteahhidin ağır kusurunun bulunduğu durumlarda iş sahibi kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir.

2. Sözleşmenin İzinsiz Devri Nedeniyle Fesih

2886 sayılı DİK nun 66 ncı madde hükmüne göre;

"Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci madde hükümleri uygulanır."

Paralel hükümler BİGŞ nin 46 ncı maddesinde de yer almış ve müteahhidin üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde hiçbir özür ve nedenle izinsiz olarak başkasına devredemeyeceği ifade edilmiştir.

Maddede belirtilen ve izne bağlanan sözleşmenin devri olgusunu, işin müteahhit tarafından taşeronlara (alt müteahhitlere) verilmesi ve onlar vasıtasıyla yaptırılması uygulamasından ayırmak gerekmektedir. Konu aşağıda ilgili başlıklar itibariyle açıklanmıştır.

a. İşin taşeronlara (alt müteahhitlere) verilmesi

BİGŞ nin 18 inci maddesinin 5 inci fıkrasında;

"İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü her hangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur"

hükmü yer almaktadır.

BİGŞ nin belirtilen hükmü doğrultusunda müteahhit herhangi bir ön izin şartı olmadan işi bölümler itibariyle taşeronlara yaptırmak yetkisini haizdir. Ancak aynı maddede idarenin bunu sakıncalı görmesi halinde yasaklayabileceği ve müteahhitten işi kendisinin yapmasını isteyebileceği de hüküm altına alınmıştır.

İdarenin, işin bazı bölümlerinin taşeronlara verilmemesi yönündeki talimatına rağmen, müteahhidin, BİGŞ nin 18 inci maddesine aykırı biçimde işi taşeronlara devretmiş olması ve taşeronun da işi gereği gibi yapmayarak idarenin zararına yol açması durumunda, asıl müteahhit sözleşmeye aykırı bu kusurlu davranışı dolayısıyla ortaya çıkan zarardan Borçlar Kanununun 96 ncı maddesi uyarınca sorumlu tutulur. Bu tür durumlarda idare, müteahhidin sözleşmeye aykırı bu davranışı sebebiyle kendisine mehil verip bu süre içerisinde taşeronu işin bıraktırılmaması halinde 2886 sayılı Kanunun 62 ve Borçlar Kanununun 106 ve devamındaki maddeler uyarınca sözleşmeyi feshedebilir.

b. Sözleşmenin bir başkasına devredilmesi

Müteahhidin eser sözleşmesiyle üstlendiği işi, iş sahibi idare adına ve hesabına yaptığı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye devretmesi eseri alt müteahhitlere (taşeronlara) yaptırmasından farklıdır; zira müteahhit taşeronlarla yaptığı sözleşmeyi idare adına ve hesabına değil, kendi adına ve hesabına yapmaktadır. Müteahhidin bu konuda ön izin almasına gerek olmadan işi bölümler itibariyle taşeronlara yaptırabileceği, idarenin de bazı iş bölümlerinin taşeronlara verilmemesini isteyebileceği hususları yukarıda izah edilmişti.

2886 sayılı DİK nun 66 ncı maddesi sözleşmenin ancak ita amirinin yazılı izniyle devredilebileceği esasını getirmektedir.

Sözleşmenin izinsiz devredilmesi halinde sözleşme bozulur ve müteahhidin kesin teminatı gelir kaydedilmek suretiyle müteahhit ile idare arasındaki hesap genel hükümlere (Borçlar Kanunu hükümleri) göre tasfiye edilir. Aynı zamanda kusuruyla sözleşmenin bozulmasına sebebiyet veren

müteahhit hakkında 2886 sayılı Kanununun 84 üncü maddesine göre bir yıl süre ile Devlet ihalelerine katılmaktan men cezası uygulanır.

İzinsiz devirde yapılacak fesih işlemi de, 2886 sayılı Kanununun 66 ncı maddesinin yaptığı gönderme nedeniyle 62 nci maddedeki koşullara uygun yapılmalıdır. Söz konusu maddede öngörülen fesih yöntemi ileride açıklanmıştır.

3. Müteahhidin İflası Nedeniyle Sözleşmenin Feshi

2886 sayılı DİK nun 68 inci maddesinde:

"Müteahhit veya müşterinin iflfs etmesi halinde sözleşme bozulur. Bundan bir zarar doğarsa 62 nci maddeye göre işlem yapılır."

Hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme çerçevesinde;

İflasın açılmasına ilişkin verilen mahkeme kararı üzerine sözleşme idarece feshedilir.

Sözleşmenin bozulması için ayrıca bildirimde bulunmaya gerek yoktur.

İflas kararının temyiz edilmiş olması fesih işleminin ertelenmesini gerektirmez. Ayrıca idare kararın kesinleşmesini beklemeden işi yeniden ihaleye çıkarabilir. Yargıtay'ın iflasın açılması kararını bozması durumunda da feshedilen sözleşmenin yeniden canlanması söz konusu değildir.

2886 sayılı Kanununun 68 inci maddesinin 62 inci maddeye yaptığı gönderme uyarınca, sözleşmenin feshiyle birlikte kesin teminat gelir yazılır; ayrıca bozulan sözleşme dolayısıyla idarenin bir zararı doğmuşsa genel hükümlere göre dava açmak suretiyle zararının karşılanmasını talep eder.

Birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından birlikte yapılan taahhütlerde, müteahhitlerden birinin iflası sözleşmenin devamına engel olmaz. Pilot firmanın iflası halinde ise, sözleşme kendiliğinden sona erer, ancak diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde sözleşme yenilenerek işe devam edilir. Pilot firma dışındaki herhangi bir ortağın iflası halinde de pilot firma ve grubun diğer ortakları, teminat dahil işin o ortağa yükledikleri sorumlulukları da üzerlerine alarak işi bitirirler. (DİK md.70)

4. Müteahhidin Ağır Hastalığı, Tutukluluk veya Mahkumiyet Hali Nedeniyle Sözleşmenin Feshi

2886 sayılı DİK nun 69 uncu maddesine göre;

"Müteahhit veya müşteri sözleşmenin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır hastalık, tutukluluk veya hürriyeti bağlayıcı bir ceza nedeni ile taahhüdünü yapamayacak duruma girerse, bu hallerin oluşundan itibaren 30 gün içinde ilgili idarenin kabul edeceği birini vekil tayin etmek şartıyla taahhüdüne devam edebilir.

Eğer müteahhit veya müşteri kendi serbest iradesi ile vekil tayin etmek imkânından mahrum ise, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir kayyum tayin edilmesi istenebilir.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanamaması halinde sözleşme bozulur. Bundan bir zarar doğarsa 62 nci maddeye göre işlem yapılır."

Maddede müteahhidin şahsından doğan imkânsızlık halleri olarak nitelendirilebilecek ağır hastalık, tutukluluk ve mahkumiyet hallerinde yapılması gereken uygulamaya açıklık getirilmiştir.

Hastalık halinin sözleşmenin yerine getirilmesini engelleyecek derecede ağır olması ve bu hususun hekim raporuyla belgelenmesi gerekir.

Madde metninde tutukluluk süresiyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle tutukluluk süresinin uzun ya da kısa olması uygulamayı etkilemez. Ancak tutukluluk durumunun buna ilişkin mahkeme kararıyla belgelendirilmesi gerekir.

Müteahhit, söz konusu hallerden birinin varlığı nedeniyle taahhüdünü yapamayacak duruma girerse, bu hallerin oluşundan itibaren 30 gün içinde ilgili idarenin de kabul edeceği birini vekil tayin etmek suretiyle taahhüdüne devam edebilir. Vekil tayin edilen kişinin idare tarafından da kabul görmesi temel koşuldur.

Müteahhit kendi iradesi ile vekil tayin etmek imkânından yoksun ise, onun yerine ilgililerce yine aynı süre içinde genel hükümlere göre bir kayyım tayin edilmesi istenebilir.

30 günlük süre hem vekil tayin edilmesi hem de kayyım tayin edilmesini isteme için hak düşürücü nitelik arz ettiğinden, bu süre sonunda sözleşmenin bozulmasından başka bir hareket imkânı kalmaz.

Yukarıda ifade edildiği biçimde vekil veya kayyım tayin edilerek taahhüdün devam ettirilmesi herhangi bir nedenle mümkün olmazsa sözleşme idarece feshedilir ve kesin teminat gelir yazılır. Ayrıca bozulan sözleşme dolayısıyla idarenin bir zararı doğmuşsa, idare genel hükümlere göre dava açmak suretiyle zararının karşılanmasını talep eder.

Birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından birlikte yapılan taahhütlerde ise, müteahhitlerden birinin bu şekilde acze düşmesi sözleşmenin devamına engel olmaz ve taahhüt diğer ortak veya ortaklarca sürdürülür.

5. Müteahhidin, İdarenin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeyi Feshetmesi

Yapım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Bu nedenle sözleşmenin tarafı olan idarenin de üstüne düşen yükümlülükleri gecikmeden yerine getirmesi sözleşme gereğidir. İdarenin, üstlendiği edimleri yerine getirmemesi açık biçimde sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinden, müteahhit, Borçlar Kanununun 101 inci maddesi uyarınca idareyi temerrüde düşürmek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. Ancak BİGŞ nin sözleşmenin eki olduğu işlerde müteahhidin her sözleşmeye aykırı davranışta fesih yoluna başvurma hakkı çeşitli hükümlerle kısıtlanmış durumdadır. Örneğin, idareden kaynaklanan ve işin yürütülmesini geciktiren hususların müteahhide süre uzatımı verilmesi suretiyle karşılanacağı sözleşme ve eki belgelerde hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, idarenin hazırlayıcı ve ifaya katkıda bulunucu kimi yükümlülüklerini (örneğin, yer teslimi, projelerin verilmesi, hakediş bedellerinin ödenmesi gibi) geciktirmesi işin yürütülmesini de geciktirmişse işin süresi meydana gelen gecikme ölçüsünde uzatılır. Bu düzenlemeler karşısında, müteahhide tanınan ve mağduriyetini büyük ölçüde ortadan kaldıran süre hakkına rağmen, her sözleşmeye aykırı davranışın fesih nedeni sayılması kanaatimizce objektif iyi niyetle bağdaşmaz. Kaldı ki müteahhit bu tür durumların süre uzatımlarıyla telafi edileceği hususunu baştan kabul etmiş durumdadır.

Müteahhidin süre uzatımı dışındaki taleplerini engelleyen hükümlere sözleşme ve eki belgelerde de yer verilmiştir. Örneğin, BİGŞ nin 4 üncü maddesine göre; iş yeri tesliminde bir gecikme olması halinde müteahhide gerekli süre uzatımı verilir; ancak müteahhit bunun dışında hiçbir istekte bulunamaz.

Ancak, idarenin üstlendiği edimleri ifada normalin üstünde gecikmesi, ortaya çıkan durumun müteahhit açısından süre uzatımıyla karşılanamayacak zararlar doğurması ve sözleşmenin devamının müteahhit için çekilmez hale gelmesi gibi durumlarda müteahhidin sözleşmeyi fesihte haklı olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu tür durumlar Yargıtay tarafından da idarenin ağır kusuru olarak kabul edilmekte ve Borçlar Kanununun 99 uncu maddesi uyarınca müteahhidin sözleşmeden dönebileceği ve zarar-zıyan talebinde bulunabileceği yönünde kararlar verilmektedir.(7)

B. Fesih Yöntemi

Sözleşmenin feshi yöntemi 2886 sayılı Kanunun 62 ve BİGŞ nin 47 inci maddesinde, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine paralel biçimde "mehil tayini suretiyle fesih" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca fesih sürecinin aşağıdaki şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir.

- Akdin feshini gerektiren davranışlarından vazgeçmesi (taahhüdünden vazgeçemeyeceği veya şartnameye ve sözleşmeye uygun davranması gerektiği), aksi halde sözleşmenin feshedileceği hususu noter aracılığı ile gönderilecek bir ihtarname ile müteahhide tebliğ edilir.
- Söz konusu ihtarnamede müteahhide, nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için belirli bir süre (mehil) verilir. Bu süre, ivedi durumlar hariç, ihtarnamenin müteahhide tebliğ tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engellemez.
- Bu süre içerisinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi fesheder ve kesin teminatı gelir kaydeder.

Görülebileceği gibi hem 2886 sayılı Kanunun 62 hem de paralel hükümler içeren BİGŞ nin 47 nci maddesinde, idarenin sözleşmeyi feshedebilmesi için, asgari on günlük bir mehil vermesi ve bu sürenin sonuçsuz kalması şartı getirilmiştir. Bu özel düzenlemelerin, Borçlar Kanununun 107 nci maddesinde yer alan mehil tayin edilmeden "derhal fesih" imkânını ortadan kaldırdığı ve idarenin mutlaka en az on günlük mehil tayin etmek zorunda olduğu düşünülebilir.

Yargıtay'ın BİGŞ md.47/1 ' in benzeri olan eski BİGŞ md. 31/1 dolayısıyla verdiği ve bu gün de geçerliğini koruyan bir kararına göre;(8) "On günlük mühlet hakkındaki hüküm, borçlunun tutumundan mühlet vermenin etkisiz kalacağı anlaşılıyorsa, mühlet vermeden akdin feshedilmesini öngören Borçlar Kanunu md. 107/1 hükmünün uygulanmasına engel olmaz."

Böylece, müteahhidin davranışlarından mehil vermenin faydasız kalacağı anlaşılıyorsa, on günlük mehil verilmeden de sözleşme feshedilebilecektir. Borçlar Kanunu md.107/1 'de belirtilen "borçlunun durumundan mehilin etkisiz kalacağı'nın anlaşılması" hali somut olayın değerlendirilmesi sonucu anlaşılacaktır. Yargıtay yukarıdaki kararında, müteahhide daha önce iki defa mehil verilmesi ve müteahhidin taahhünamesi üzerine kendisine tekrar üçüncü bir mehil verildiği halde gereğini yerine getirmemesini "mehilin faydasız kalacağı'nın anlaşılması hali" olarak değerlendirmiştir.

Mehil verilmeden sözleşmenin feshedilebilmesi hali dışında, idare, fesih yetkisini kullanmadan önce mutlaka BİGŞ nin 47 nci maddesinde öngörüldüğü şekilde müteahhide noter aracılığı ile ihtarname göndermek ve ivedi durumlar hariç en az on günlük bir süre vermek zorundadır. İhtarnamede, ihtarı gerektiren nedenler açıkça belirtilir ve gereğinin yapılması, aksi halde sözleşmenin feshedileceği bildirilir. Böylece verilen sürenin sonuçsuz kalması halinde müteahhit, mütemerrit duruma düşer ve idarenin sözleşmeyi feshetme şartları oluşmuş olur.

Kural olarak müteahhide verilen süre on günden az olamazken, BİGŞ md. 47 de belirtildiği gibi ivedi durumlarda daha kısa bir süre tayin edilebilir; ivedi durum, daha uzun bir süre belirlenmesinin kesin olarak zarara yol açacağı haldir.

Sözleşmeyi fesih yetkisinin, idare adına sözleşmeyi imzalayan makam tarafından kullanılması gerekir. Fesih hakkı sadece taraflarca kullanılabilir.(9) Sözleşmeyi yapan idareye nazaran üst seviyede de olsa, üçüncü kişi durumunda olan bir makam, sözleşmeyi bozma kararı alamaz.

Sözleşme feshedildikten ve fesih kararı müteahhide tebliğ edildikten sonra, fesihten vazgeçilmesi ve sözleşmenin yeniden uygulanması mümkün değildir.(10)

C. Feshin Hukuki Sonuçları

2886 sayılı Kanunun 62 nci maddesine göre, sözleşmenin feshiyle birlikte müteahhidin kesin teminatı gelir kaydedilir ve bozulan sözleşmeye ilişkin hesaplar genel hükümlere göre tasfiye edilir. Gelir kaydedilen kesin teminat müteahhidin borcuna mahsup edilmez.

1. Kesin Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Kesin teminatın gelir kaydedilmesi yöntemine ilişkin olarak BİGŞ nin 47 nci maddesinde, teminatın;

- Tedavüldeki Türk Parası ise doğrudan doğruya,
- Banka teminat mektubu ise bankadan tahsil edilerek,
- Devlet tahvilleri ve Hazine kefaletini haiz tahviller ise paraya çevrilmek suretiyle,

Hazineye gelir kaydedileceği ve gelir kaydedilen kesin teminatın müteahhidin borcuna mahsup edilmeyeceği yazılı bulunmaktadır.

2. Hesabın Tasfiyesi

2886 sayılı Kanunun 62 nci maddesinde bozulan sözleşmeye ilişkin hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmek suretiyle Devletin taraf olduğu yapım sözleşmelerinin tasfiyesi için özel bir yöntem izlenmesi yerine Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması tercih edilmiştir. 2886 sayılı Kanunun atıf yaptığı genel hükümler Borçlar Kanununun sözleşmenin feshi ve sonuçlarını düzenleyen 106-108 inci maddeleri ile eser sözleşmeleri konusunda özel hükümler içeren 355-371 inci madde hükümleridir.

BİGŞ nin 47 nci maddesinde ise, hesabın tasfiyesine ilişkin olarak aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir:

"Bozulan sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece müteahhidin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin bozulmasına ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından müteahhit veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir "Durum Tespit Tutanağı" düzenlenir. Müteahhit veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir."

Aynı maddenin son fıkrasına göre de;

"Sözleşmenin bozulmasından veya tasfiyesinden sonra "hesap kesme hakedişi" idarece belirlenecek bir süre içinde müteahhit ile birlikte (40). maddedeki esaslara göre yapılır. Müteahhit gelmediği veya yetkili bir vekil göndermediği takdirde idare bu hakedişi tek taraflı olarak yapar ve müteahhidin bu hususta hiçbir itiraz hakkı olamaz."

Maddede sözü edilen durum tespit tutanağı fesih tarihinde işin mevcut durumunu ortaya koymayı amaçlayan bir tutanaktır. Bu amaçla oluşturulan heyet aynı zamanda fesih tarihine kadar yapılmış olan işlerin idarece kabul edilmesi işlevini de yerine getirmektedir. Bu nedenle söz konusu heyet iş yerinde gerekli tespitleri yapmak suretiyle işin o tarihe kadar yapılmış kısımları ile yapılmamış (eksik) kısımlarını ayrıntılı biçimde ve mahaller itibarıyla tutanağa geçirmelidir. Fesih tarihinde mevcut ihzarat durumu ve eksik veya kusurlu işler için kesilmesi gereken nefaset farkı da söz konusu tutanakta gösterilir. Kesin hesabın yapılabilmesi için mevcut işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus da ayrıntılı olarak durum tespit tutanağında belirtilir. İdare belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını müteahhitten isteyebilir. Müteahhidin bu hususları ikmal etmemesi durumunda idare, söz konusu işleri müteahhit hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre müteahhide ödenecek bedelden fazla olursa aradaki

fark müteahhidin alacaklarından kesilir. Yapılacak çağrıya rağmen müteahhit veya vekilinin tespit çalışmalarına katılmaması durumunda bu hususun da tutanakta belirtilmesi gerekir.

a. Yapılmış işlerin bedelinin ödenmesi (Hesap kesme hakedişi)

Yapım sözleşmelerinde akdin iş sahibi tarafından feshedilmesi kural olarak geriye etkili hukuki sonuçlar doğurur. Bunun anlamı, sözleşmenin hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmasıdır. Bu durumda müteahhit fesih zamanına kadar yaptığı işin bedelini Borçlar Kanununun 61 ve müteahhit maddeleri hükmü uyarınca, haksız iktisap kurallarına göre talep edebilir. Talep edilebilecek bu bedel, yapılan işlerin iş sahibine faydalı olması kaydıyla, müteahhidin masrafını geçemez. Bir başka ifadeyle, haksız iktisap kurallarına göre bedeli takdir edilen iş için, müteahhide yaptığı masrafı dışında kfr payı verilmez.

Kural olarak akdin feshi, yukarıda belirtildiği şekilde, geriye etkili sonuçlar doğururken, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda ileriye etkili sonuçlar da doğurabilir. Feshin ileriye etkili sonuçlar doğurduğu hallerde ise, fesih anına kadar yapılan işlerin bedeli müteahhide sözleşme fiyatlarıyla (kfr dahil) ödenir.

Feshin ileriye etkili sonuç doğurması hali, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 T. 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı kararının "Sonuç" kısmında:

"İstisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK. 106-108. maddelere hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi, ileriye etkili sonuç doğurur."

şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu kararda feshin ileriye ya da geriye etkili sonuç doğurmasının tespit ve takdirinin hakime ait olduğu, ileriye etkili sonuç doğurmada

ise fesih anına kadar yapılan işlerin miktarının ve işin gerçekleştirilme oranının, iyi niyet kurallarına göre dikkate alınacağı belirtilmektedir. Anılan karardan sonra verilen Yargıtay kararlarında, işin %65 ve üzerinde yapılmış olması hali feshin ileriye etkili sonuçlar doğurması açısından yeterli görülmektedir.(11)

BİGŞ, bozulan sözleşmeye ilişkin hesabın tasfiyesi konusunda 47 nci maddenin 6 ncı fıkrasında "bozulan sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır." ifadesiyle, ilke olarak, 2886 sayılı Kanunun 62 nci maddesine uygun bir düzenlemeyi benimsemişken, bunun uygulanış biçimi konusunda, genel hükümlerden farklı bir yöntem getirmiştir.

Söz konusu Şartnamenin 47 nci maddesinin yukarıya alınan son fıkra hükmünde, fesih sonucu düzenlenecek olan hesap kesme hakedişinin Şartnamenin 40 ıncı maddesindeki yöntem ve esaslara göre hazırlanacağı belirtilmektedir. Genel Şartnamenin atıf yapılan 40 ıncı maddesi ise, normal şekilde sona eren ve idarece kabul işlemleri yapılan işlere ait kesin hakediş raporunun düzenlenme yöntem ve esaslarını belirlemektedir. 40 ıncı madde çerçevesinde düzenlenen hakediş raporlarında, yapılan işlerin bedelleri, sözleşme fiyatları (varsa birim fiyat farkları da ilave edilerek) üzerinden hesaplanmakta ve ihale indirimine tabi tutularak diğer ilave ve kesintilerden sonra tespit edilmektedir. Sözleşme fiyatlarının (birim fiyatların) içerisinde ise %10 u kfr ve %15 i genel gider olmak üzere %25 oranında kfr ve genel gider karşılığı da yer almakta ve BİGŞ nin öngördüğü yöntemde %10 luk müteahhit kfr karşılığının da "hesap kesme hakedişi" kapsamında yükleniciye ödenmesi söz konusu olmaktadır.

Böylece BİGŞ nin, fesih anına kadar yapılmış olan işin oranı dikkate alınmaksızın (örneğin, işin %25 i de yapılmış olsa), feshin ileriye etkili sonuçlar doğurduğunu ve bu çerçevede yapılan işler için müteahhide gerçek giderlerine ilaveten kfr da ödeneceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Sözleşmeyle, Borçlar Kanununun 106-108 'inci maddeleri hilafına, bu tarz bir yöntemin benimsenmiş olması hukukten mümkün olmakla birlikte, Devletin taraf olduğu yapım sözleşmelerinde genel hükümlerden farklı ve müteahhit kfrı dolayısıyla idareyi zarara uğratan bir uygulamanın benimsenmiş olması kanaatimizce düzeltilmesi gereken bir husus olarak gözükmektedir.

b. Menfi zararın karşılanması için dava açılması

Müteahhidin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshinde, müteahhide ait kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve hesap kesme hakedişiyle de fesih anına kadar yapılan işlerin bedellerinin ödenmesi, idare ile müteahhit arasındaki hukuki ihtilafı sona erdirmemektedir.

Zira bozulan sözleşme dolayısıyla idarenin başka bir takım zararlara uğraması da söz konusu olabilmektedir ki bu zararların karşılanmasının yargı yoluyla talep edilmesi gerekmektedir.

Sözleşmeyi haklı olarak fesheden tarafın bu tür bir zarar talebi Borçlar Kanununun 108 inci madde hükmünden kaynaklanmaktadır. Madde hükmüne göre, alacaklı, sözleşmenin hükümsüzlüğünden mütevellit zararının tazminini talep edebilir. Borçlar Hukukunda bu tür durumlarda istenebilecek zararlar "menfi zarar" olarak değerlendirilmektedir.

Menfi zarar; uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar.

İdarenin bu tür durumlarda mutlaka yargı yoluna başvurması ve zarar-ziyan talebinde bulunması gerektiği hususu Maliye Bakanlığınca her yıl yayınlanan Devlet İhaleleri Genelgelerinde de; "2886 sayılı Kanunun 62,66,68 ve 69 uncu maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, idarelerin gerek fesih tarihinden önceki geriye dönük, gerekse fesih tarihinden sonra doğacak ileriye yönelik zarar ve ziyanları için "fazlaya dair haklarının saklı tutulduğu" da belirtilmek suretiyle dava açmaları gerekmektedir." şeklinde ifade edilmektedir.

Konu, aşağıya aynen alınan Hukuk Genel Kurulu Kararının metninde; gelir kaydedilen kesin teminat tutarının tazminat alacağından indirilmemesi gerektiği, idarece istenebilecek menfi zararın hukuki dayanağı ve kapsamının tayini açılarından, geniş biçimde analiz edildiğinden ayrıca tekrarlanmamıştır. Söz konusu karar satın sözleşmenin idarece feshine ilişkin olmakla beraber bozulan sözleşmeye ait hesabın tasfiyesi 2886 sayılı Kanunun 62 ve Borçlar Kanununun 106-108 inci maddelerinde aynı hukuki sonuçlara bağlandığından yapım sözleşmelerinin feshi için de geçerli bulunmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Özü : Sözleşmenin, müteahhidin kusuru nedeniyle idarece feshedilmesinde, gelir kaydedilen kesin teminatın belirlenen idare zararından indirilmemesi ve idarenin, sözleşmenin feshi dolayısıyla ancak menfi zarar talebinde bulunması gerekmektedir.

Uyuşmazlık, davacı idare ile davalı arasında 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapılan satın alma işleminin idare tarafından feshedilmesinden kaynaklanmıştır. Müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması halini düzenleyen 62 nci maddede (sözleşme yapıldıktan sonra müteahhit veya müşterinin taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı

durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın "kesin teminat gelir kaydedilir" ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin "borcuna mahsup edilmez") hükmü getirilmiştir.

Olayımızda, davalının satım sözleşmesine konu olan incirleri ihtara rağmen teslim etmediği ve idarenin "kesin teminatı gelir kaydederek" sözleşmeyi feshettiği ve davacının teslim edilmeyen incirleri daha fazla ücret ödeyerek aldığı tartışmasıdır.

Davacı idare, bu davada, davalının teslim etmediği incirin yeniden satın alınması için ödediği miktar ile davalıya sözleşme gereği ödenmesi gereken incir bedeli arasındaki farkı (ihale farkı), yani müspet zararını istemektedir. Tartışılması gereken sorun, davacının talep edebileceği zararın kapsam ve niteliği ile, kesin teminatın belirlenecek zarardan indirilip indirilmeyeceğinde toplanmaktadır.

1- Cezai şart niteliğinde bulunan kesin teminat, kural olarak, tazminat alacağından indirilir; başka bir anlatımla alacaklı kesin teminatı aşan zararını isteyebilir. (BK. m. 159) Yeter ki, sözleşmede ve yasada aksi yönde bir hüküm bulunmasın. 2886 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin son bendinde açıkça, "gelir kaydedilen kesin teminatın müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilmeyeceği" kabul edilmiştir. Bu kuralın sağlıklı yorumu için, borç kavramının niteliği üzerinde durulmalıdır.

Alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bir tek edim yani bir tek alacak veya borcu ihtiva eden hukuki ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. Borç, bir sözleşme ilişkisinden yüklenilen edimlerle sınırlı değildir; bu edimlerin yerine getirilmemesinden veya sözleşme dışı haksız eylemden doğan tazminat alacağı da borç kavramı içindedir.

Bu nedenle 62 nci maddenin son bendindeki "borç" sözcüğünün, sözleşme ilişkisinde yüklenilen edimlerden doğan bir alacakla sınırlı olduğunu kabul etmek olanağı yoktur. Olayımızda olduğu gibi, bir sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşmenin feshinden doğan tazminat alacağı da bir borçtur ve 62 nci maddenin son bendindeki kurala tabidir.

O halde mahkemenin, davacının belirlenen zararından idarece gelir kaydedilen kesin teminatı indirmemesi doğrudur; mahkeme kararının bu yöne ilişkin kısmı onanmalıdır.

2- Davacı sözleşme nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemektedir. Borçlar Kanununun 106 ncı maddesi, sözleşmelerde borçlunun direnmesi sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır.

- a) Her zaman için ifa gecikme tazminatı isteğinde bulunabilir.
- b) Derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir.
- c) Veya ifadan vazgeçip akdi fesheder ve menfi zararını isteyebilir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 62 nci maddesi, borçlu olan müteahhit veya müşterinin direnmesi halinde alacaklı idareye Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin aksine, yalnız sözleşmeyi fesih yetkisini tanımış, ancak maddede fesih halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliği üzerinde durulmamıştır. Bilindiği gibi, sözleşme sorumluluğu dolayısıyla söz konusu olacak zarar kavramı müspet ve menfi zarar ayırımına tabi tutulmaktadır.

MÜSPET ZARAR : Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiye, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kuşkusuz kfr mahrumiyetini de içine alır (Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, s.426-427). Olayımızda, davacı idare davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca, başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalmıştır. İşte bu iki fiyat arasındaki fark (iki ihale arasındaki fark) onun müspet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma

olmuştur. Davacı idare, 18750 kg. incir için davalıya 4.757 lira ödeyecekken davalının edimini yerine getirmemesi nedeniyle aynı miktar kuru inciri 7.875 liradan almak zorunda kalmıştır; işte müspet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminin istemesi halinde söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamaktadır. Yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.

MENFİ ZARAR : Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden, güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, a.g.e, s.427). Bu husus Borçlar Kanununun 108 inci maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır; burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra, tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır. Hukuk öğretisinde menfi-müspet zarar ayrımının adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek terk edilmesi önerilmektedir (Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.630 vd.). Bu görüşe göre, Borçlar Kanununun 108 inci maddesinde anılan zarar, "doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından, kısacası sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, 108 inci maddenin söz konusu olduğu durumlarda da müspet zarar esas alınmalıdır. Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinde getirilen ayrımın hiçbir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müspet-menfi zarar ayrımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, a.g.e, s.427-428):

- a) Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler : Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi.
- b) Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar.
- c) Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi.
- ç) Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi.
- d) Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar.
- e) Dava masrafları.

Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla, bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı, yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre, hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez. İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kuru inciri davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat), o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı, yani menfi zararını ister. Çünkü, davacı idare davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti.

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de, menfi zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde, ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir.

Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerde temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğidir. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmüştür.

O halde mahkemenin, özellikle menfi ve müspet zarar kavramını ve Borçlar Kanununun 108 inci maddesini değerlendirmeden müspet zararı hüküm altına alması bozma nedenidir. Mahkemece yapılacak iş, ilk ihalede davalıdan başka teklif verenler olup olmadığı araştırılıp, teklif veren varsa bu fiyatla, teklif veren yoksa ilk ihale tarihinde satın alabileceği fiyatla fesihten sonra, normal sürede yapılacak ikinci ihalede belirlenen fiyattaki farka göre menfi zararını belirleyip, bunu hüküm altına almaktan ibarettir.

Bu itibarla Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen, olayda menfi zarara karar verilmesi gereğine işaret eden kısmı yönünden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır. (Yargıtay HGK 17.1.1990 T. 1989/13-392 E. 1990/1 K.)

Yukarıya aynen alınan Hukuk Genel Kurulu Kararından, özetle aşağıdaki sonuçları çıkarmak mümkündür:

a) İdarece alınan kesin teminatın cezai şart niteliği taşıdığı ve kural olarak cezai şartın tazminat alacağından indirilmesi gerektiği Borçlar Kanununun 159 uncu maddesinin gereği olmasına rağmen, 2886 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin, kesin teminatın müteahhidin borcuna mahsup edilemeyeceği hükmü karşısında, gelir kaydedilen kesin teminatın sözleşmenin feshinden doğan tazminat alacağından indirilmemesi gerekmektedir.

b) Sözleşmenin feshinden sonra kusurlu müteahhitten dava yoluyla, kapsamı karar metninde açıklanan "menfi zarar" talep edilebilecektir.

c) Menfi zararın; feshedilen sözleşmeye ilişkin ihalede kusurlu müteahhitten başka teklif veren varsa bu tekliflerden en elverişli olanı ile fesihten sonra normal süre içerisinde yapılan ikinci ihale sonucu oluşan bedel arasındaki farka göre, ilk ihalede kusurlu müteahhitten başka teklif veren yoksa, ilk ihale tarihinde yaptırılacak rayiç fiyatla, fesihten sonra normal sürede yapılacak ikinci ihalede oluşan bedel arasındaki farka göre belirlenmesi gerekmektedir.

Örneğin, keşif bedeli 40.000.000.000- lira (1999 yılı b.f), ihale indirimi %12 olan ve %30 keşif artışı için verilecek süre dahil 1999 yılı içinde bitmesi gereken bir işe ait sözleşmenin müteahhidin kusuru nedeniyle 20.12.1999 tarihinde feshedildiğini ve fesih anına kadar müteahhidin keşif bedeli cinsinden 30.000.000.000- liralık iş yaptığını varsayalım.

Fesih anına kadar yapılmış olan işlerin karşılığı, yukarıda izah edildiği biçimde, "hesap kesme hakedişi" çerçevesinde müteahhide ödenecektir.

Yargı yoluyla talep edilecek olan menfi zararın ise aşağıdaki şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede öncelikle, menfi zararın hesabında kullanılacak iki unsurun belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlardan birisi, kaçırılan fırsat olarak ifade edilen, ilk ihalede müteahhit dışındaki en elverişli teklif; diğeri ise, ikinci ihale sonucu oluşan bedeldir. Menfi zarar ikisi arasındaki fark olarak tespit edilecektir.

Kaçırılan fırsat kapsamında; ilk ihalede müteahhit dışındaki en elverişli indirim teklifinin %15 olarak gerçekleştiğini varsayalım.

İkinci ihale sonucu oluşan bedele gelince, bu çerçevede, kalan işler için keşif düzenlenerek, fesih tarihinden sonra normal sayılabilecek bir süre içerisinde ikinci ihale yapılmalıdır. İkinci ihalenin normalin üzerinde geciktirilmesi müteahhidin menfi zarar olarak idareye ödeyeceği tazminat tutarını artıracığından, bu durum, Yargıtay'ca idare kusuru olarak değerlendirilmekte ve ihale normal süre içinde yapılmış olsaydı hangi bedele verilecek idiyse o bedelin menfi zarar hesabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.(12) Örneğimize göre ikinci ihalenin, normal sayılabilecek bir sürede, Şubat-2000 içerisinde ve 2000 yılı birim fiyatları esas alınarak hesaplanan 50.000.000.000- lira keşif bedeli üzerinden %18 indirimle yapıldığını varsayalım.

Yine kaçırılan fırsat kapsamında idare, bozulan sözleşme dolayısıyla keşif bedelinden eksik gerçekleşen 10.000.000.000- lira ve 2886 sayılı Kanununun 63 üncü maddesi gereğince süre hariç aynı sözleşme koşulları ile yapılması gereken $40.000.000.000 * \%30 = 12.000.000.000$ - lira olmak üzere toplam 22.000.000.000- liralık işi %15 indirimle ve 1999 yılı birim fiyatlarıyla mal edecekken, söz konusu tutara isabet eden işi 2000 yılı fiyatlarıyla ve %18 indirimle yaptırmak zorunda kalmıştır. İdarenin menfi zararı iki durum arasındaki farktır.

1999 yılı b.f. ile 22 milyarlık işe ikinci ihale kapsamında 2000 yılı birim fiyatları üzerinden hesaplanan :	30.000.000.000-
İhale indirimi %18	5.400.000.000-
İkinci ihalede ödenen	24.600.000.000-

Feshedilen sözleşme dolayısıyla yapılamayan, ancak, kusurlu müteahhit dışındaki elverişli teklife 1999 yılı b.f ile yaptırılabilir tutar:	22.000.000.000-
Elverişli teklife ait indirim oranı % 15	3.300.000.000-
Kalan tutar	18.700.000.000

Menfi zarar olarak belirlenen tutar :

$$(24.600.000.000 - 18.700.000.000) = 5.900.000.000 - \text{liradır.}$$

Yukarıda rakamsal olarak örneklendirilen idare zararının, menfi zarar kapsamına giren diğer unsurlarla birlikte yargı yoluyla talep edilmesi gerekmektedir.

3. Sözleşmenin Feshinde Müteahhit Mallarının Satın Alınması

BİGŞ nin 48 inci maddesine göre; sözleşmenin bozulması halinde müteahhit, idarenin iznini almaksızın iş yerindeki tesislerin ve bunlarla ilgili tesisatın hiç birini bozup yerinden kaldırmak ve işyerinde bulunan ihzarat ve diğer malzeme, araç ve makinalardan herhangi birini başka yere götürmek veya herhangi bir şekilde başkasına devretmek veyahut işyerinde değişiklik yapmak hakkına sahip değildir. Müteahhidin bu hususlarda herhangi bir eylemini önlemek için idare, gerekli gördüğü takdirde işyerine el koyarak müteahhidin teşkilatını işbaşıından uzaklaştırabilir.

Aynı maddede, idarenin bu tesisleri, ihzaratı, diğer malzemeyi, makina, araç ve yedek parçaları isterse satın alabileceği de hükme bağlanmıştır. Müteahhidin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshinde belirtilen satın alma işlemi için müteahhidin rızasına gerek yoktur ve idare Şartnamede yazılı esaslar çerçevesinde satın alma işlemi gerçekleştirilebilmektedir.

Söz konusu maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde ise satın alma işleminin yöntem ve esaslarına yer verilmiştir. Anılan bent hükümleri çerçevesinde;

a) Satın alınması uygun görülen ihzarat, sözleşmesinde fiyat farkı ödenmesi kabul edilmiş olanlar dahil, hakedişe girdiği tarihteki ihzarat fiyatları üzerinden eksiltme indirimi düşülmeksizin alınır. Bu ihzarat için, sözleşmesinde öngörülen ve ihzaratın yapıldığı tarihten önce, o yıl içinde uygulanan malzeme fiyat farkları ayrıca ödenir.

Uygulamayı bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; sözleşmesi 2000 yılında feshedilen bir işe ilişkin olarak, 30.10.1999 tarihli hakediş raporuna giren 20 ton çimentonun idarece satın alınacağını varsayalım. Söz konusu çimentonun bedeli hakedişe girdiği yılın (1999) ihzarat fiyatı (04.008 rayıcı) üzerinden eksiltme indirimine tabi tutulmadan hesaplanacak ve bu tutara, ihzaratın yapıldığı tarihte (çimentonun 1999 yılında ihzarat olarak şantiyeye geldiği tarih) geçerli zamlı fiyat ile 1999 yılı rayiç fiyatı arasındaki fark malzeme fiyat farkı olarak hesaplanıp ilave edilmek suretiyle, satın alma bedeli bulunacaktır.

Söz konusu örnekte, çimentoya 1999 yılında zaten malzeme fiyat farkı verilmiş ise, satın alma sırasında ayrıca malzeme fiyat farkı hesaplanmasına gerek bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, anılan çimento ihzaratı için, fesih sonucu düzenlenen hesap kesme hakedişinde ihzarat kesintisi yer almayacak ve satın alma bedeline ilaveten ayrıca bir ihzarat ödemesi de söz konusu olmayacaktır.

Hakedişlere girmemiş diğer malzeme için ise, sözleşmenin bozulduğu yıla ait, varsa sözleşmesindeki ihzarat fiyatları, yoksa Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayınlanan rayiç fiyatları uygulanır. Bu da yoksa Genel Şartnamenin 20 nci maddesine göre fiyat belirlenmek suretiyle satın alma bedeli tespit edilir. BİGŞ'nde bu şekilde satın alınacak malzemeler için satın alma tarihinde geçerli zamlı fiyat ile rayiç fiyat arasındaki farkın ayrıca malzeme fiyat farkı olarak ödeneceği yolunda bir hüküm bulunmadığından kanaatimizce bu durumdaki malzemeler için ayrıca malzeme fiyat farkı hesaplanması mümkün değildir. Ancak Genel Şartnamede belirtilmemiş olmakla birlikte, bu şekilde satın alınacak malzeme tutarlarından da kanaatimizce ihale indirimi yapılmaması gerekmektedir. Zira, bir yönüyle müteahhit kârının karşılığı olarak düşünülmesi mümkün olan ihale indiriminin kârsız malzeme bedellerine uygulanması hakkaniyete uygun bir yöntem olarak gözükmektedir.

b) Sıhhi tesisat, elektrik tesisatı, ısıtma, soğutma ve havalandırma sistemleri, çamaşır yıkama ve yemek pişirme tesisatı, hastane tesisatı vb. tesisata ait ihzarat ise yapılabilmesi mümkün olan her türlü inceleme ve denemesi yapıldıktan sonra montajlı ve her türlü yardımcı parçaları dahil birim fiyatından, montaj bedeli çıkarılıp kalan montajsız fiyattan müteahhit kârı ve genel giderler düşüldükten sonra bulunan bedel üzerinden eksiltme indirimi düşülmeksizin alınır. Ayrı bir birim fiyatı bulunmayan ve yapım bedelinin bir yüzdesi ile bedeli ödenen her türlü montaj malzemesi de piyasa rayiçleri dikkate alınarak müteahhitte anlaşmaya varılacak fiyatlara göre değerlendirilip satın alınır.

c) Bina, baraka, şantiye tesisleri vb. sözleşmenin bozulması yılında geçerli birim fiyat ve rayiçler ile değerlendirilerek bulunan bedel üzerinden; makine, araç ve yedek parçalar ise benzer piyasa değerleri dikkate alınarak tespit edilecek değer üzerinden yıpranma, amortisman, işçilik ve malzeme nitelik farkları da dikkate alınarak, varsa eksiltme indirimi uygulanmaksızın devir alınır.

İdare söz konusu tesisler, malzeme ve diğerlerini satın almak istemezse müteahhit, idare tarafından belirlenecek süre içinde bunları iş yerinden çıkarıp uzaklaştırmak zorundadır. Müteahhidin belirlenen süre içerisinde söz konusu işleri yapmaması ya da eksik yapması halinde BİGŞ'nin 8 inci maddesi gereği hakedişinden idarenin takdir edeceği bir bedel kesilir.

(1) Yargıtay 15. HD. 29.5.1975 T. 2553 E. 2803 K.

(2) Yargıtay 15. HD nin 18.9.1973 Tarih ve 15 E. 54 K. Sayılı kararına göre, "iyi niyetli olarak inşaata hazırlık çalışmalarını gerçekleştiren müteahhidin, işe geç başlamış olması, tayin edilen tarihte işi bitirmek imkânı olduğu sürece, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkını vermez."

(3) Yargıtay 15. HD. 28.9.1977 T. 1619 E. 1738 K., 29.5.1979 T. 1168 E. 1279 K. Söz konusu kararlar için bkz. Yaşar GÖK, Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Ankara 2000, s. 595-596

(4) 3194 sayılı İmar Kanunu, Büyükşehir Belediyelerinin İmar Yönetmelikleri, 3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği, Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü vd.

(5) Bu husus Tip Sözleşmenin 7 inci maddesinde düzenlenmiş, müteahhide uygun vasıfta olmayan malzemeyi üç gün içerisinde değiştirmek ve işyerinden kaldırmak sorumluluğu getirilmiştir. Aksi halde kontrol teşkilatı bu malzemeyi bütün masrafları müteahhide ait olmak üzere şantiye dışına çıkaracak ve yapılan masraflar müteahhidin ilk hakedişinden kesilecektir. Bu hükmün sözleşmesinde yer aldığı işlerde belirtilen süreye uyulması gerekmektedir. Ancak bu nedene dayalı olarak fesih yolunun kullanılabilmesi için verilen mehilin on günden az olmaması gerekir.

(6) Söz konusu kararın tam metni için bkz. Yaşar GÖK, a.g.e, s. 603-606

(7) Yargıtay 15. HD. 17.10.1978 T. 1225 E. 1962 K, 10.4.1990 T. 1989/2597 E. 1990/1730 K.

(8) Yargıtay 4. HD. 14.4.1957 T. 2158 E. 2026 K.

(9) Yargıtay 4. HD. 2.3.1970 T. 12803 E. 1666 K.

(10) Yargıtay 4. HD. 19.12.1958 T. 8855 E. 8226 K.

(11) Yargıtay 15. HD. 1.12.1986 T. 436 E. 4040 K.

(12) Yargıtay 15 Hukuk Dairesinin 29.1.1992 Tarih ve 1991/3648 E. 1992/276 K. sayılı kararında "normal süre olarak 1984 yılı birim fiyatlarıyla yapılması gereken ikinci ihalenin geciktirilerek 1985 yılı birim fiyatlarıyla yapılmasında, menfi zararın, ikinci ihale için 1984 yılı birim fiyatları esas alınarak hesaplanması gerektiği belirtilmektedir."

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Yaşar GÖK, Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Ankara 2000
- Cengiz KOSTAKOĞLU, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta B.Y, İstanbul 1995
- Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987
- M. Reşit KARAHASAN, İnşaat İmar İhale Hukuku, Beta B.Y, Ankara 1997
- Özer SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978