ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

Doktora Tezi

Dilek BİLİR

Ankara – 2010

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

Doktora Tezi

Dilek BİLİR

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

Ankara – 2010

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU	.....
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	.....
Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY	.....
Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ	.....
Prof. Dr. Zevrife SENOCAK	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi: 19 Ocak 2011

TÜRKİYE CÜMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kuralları ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (… / …. / 2010).

Dilek BİLİR

KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

İÇİNDEKİLER

Sayfa

İÇİNDEKİLER ii
BİBLİYOGRAFYA ix
KISALTMALAR xxx
GİRİŞ 1
I. Konunun Takdimi ve Önemi 1
II. Konunun Sınırlandırılması 4
III. Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi 5

BİRİNCİ BÖLÜM
KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§1. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, KURULUŞU, TARAFLARI 8
I. Genel Olarak İnşaat Sözleşmesi 8
II. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı, Hukuki Niteliği, Kuruluşu, Tarafları 13
A. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Konusu 13
B. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği 16
C. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Şekli 23
1. Sözleşmenin Kuruluşu 23
2. Sözleşmenin Şekli 25
D. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tarafları 28
1. Genel Olarak 28
2. İş Sahibi (İdare) 29
3. Yüklenici (Müteahhit) 30
a. Ortak Girişim Kavramı 31

b. Alt Yüklenici (Alt Müteahhit-Taşeron) Kavramı 33
III. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler.....36

§2. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN BORÇLARI 39
I. Yüklenicinin (Müteahhidin) Borçları.....39
A. İnşa Eserini Meydana Getirme Borcu 39
B. Gerekli Personel, Araç, Gereç Ve Malzemeyi Sağlama Borcu.....42
C. İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu 44
D. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu.....47
E. İnşa Eserini Teslim Borcu 49
1. Genel Olarak 49
2. Geçici Ve Kesin Kabul.....52
3. Teminat Süresi.....53
F. İnşa Eserinin Tesliminden Sonra Ayıba Karşı Tekeffül Borcu 54
1. İnşa Eseri İş Sahibi Tarafından Kabul Edilmemiş Olmalı.....55
2. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı.....56
3. İnşa Eserindeki Ayıp İş Sahibine Yükletilmemeli.....57
4. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hak Zamanaşımına Uğramamış Olmalı.....59
5. İş Sahibi Eseri Muayene Ve Ayıbı İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olmalı.....60
II. İş Sahibi İdarenin Borçları 63
A. Genel Olarak 63
B. Ücret Ödeme Borcu.....64

İKİNCİ BÖLÜM
KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

§1. BORÇLAR KANUNUNA GÖRE GENEL SONA ERME NEDENLERİ 70
I. Genel Olarak 70
II. İptal 72
III. Fesih 74
A. Fesih Kavramı Ve Hukuki Niteliği 74
B. Fesih Türleri 75
C. Feshin Hukuki Sonucu 77
IV. Dönme 78
A. Dönme Kavramı Ve Hukuki Niteliği 78
B. Yüklenicinin Temerrüdü Üzerine Dönme hakkının Hukuki Niteliği Hakkında Görüşler 82
1. Yüklenicinin Temerrüdünde Dönmenin Söz Konusu Olduğu Görüşü 82
2. Yüklenicinin Temerrüdünde Feshin Söz Konusu Olduğu Görüşü 84
3. Yargıtayın Görüşü 85
4. Görüşlerin Eleştirisi ve Değerlendirilmesi 86
C. Dönmenin Hukuki Sonucu 88
D. Fesih Dönme Ve İptal Kavramlarının Farkları 89

§2. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ÖZEL SONA ERME NEDENLERİ 91
I. Genel Olarak 91
II. Müteahhidin İş Sahibinin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı 91
A. İş sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Müteahhidin Sözleşmeden Dönme Hakkı 91
B. İş sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Müteahhidin Sözleşmeden Dönme Hakkı 92

III. İş Sahibinin Tazminat Karşılığı Fesih hakkı 95
A. Genel Olarak 95
B. Feshin Şartları 96
C. Feshin Hüküm Ve Sonuçları 97
IV. Müteahhidin Götürü Ücretli Sözleşmelerde Olağanüstü Haller Sebebiyle Fesih Hakkı 99
A. Genel Olarak 99
B. Götürü Ücretin Uyarlanmasının Sonuçları 100
C. Fiyat Farkı Kararnameleri 101
V. İfa İmkansızlığı Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi 103
A. İnşa Eserinin Teslimden Önce Telef Olması 103
B. İnşa Eserinin Tesliminden Önce Malzemenin Telef Olması 105
C. İnşa Eserinin İş Sahibine İsnadı Kabil Nedenlerle Telef Olması 106
D. İnşa Eserinin Teslimden Önce Telef Olmasının Özel Sonuçları.....108

§3. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME NEDENLERİ 110
I. Genel Olarak 110
II. Yüklenicinin Sözleşmeye Aykırı Davranışları Sonucu Sözleşmenin Sona Ermesi 111
A. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcuna Aykırı Davranışı Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi.....111
1. Genel Olarak 111
2. Şartları 112
a. İşe Başlamakta Gecikme.....112
b. İş Görme Faaliyetlerinde Önemli Ölçüde Gecikme.....113
c. Gecikme Eserin Kararlaştırılan Tarihte Tamamlanmasına Engel Olmalı 114
d. Yüklenicinin Gecikmesini Haklı Kılan Bir Durum Bulunmamalı.....115
3. Sonuçları 116
B. Yüklenicinin Özen Yükümüne Aykırı Davranışı Nedeniyle İdarenin

Sözleşmeyi Sona Erdirmesi 118
1. Şartları 118
a. Eserin Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı İşin Devamı Esnasında Kesin Olarak Tahmin Edilebilmeli.....119
b. Eserin Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılması Yüklenicinin Kusuruna Dayanmalı 120
c. Yükleniciye Uygun Bir Süre Verilerek İhtarda Bulunulmalı.....121
2. Sonuçları 122
a. İşin Yüklenicinin Kendisine Düzelttirilmesi Veya Başkasına Yaptırılması 122
b. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi 124
C. Yüklenicinin İnşa Eserini Teslim Borcuna Aykırı Davranışı Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi 125
1. Şartları 125
a. Borçlunun İfada Bulunmaması.....125
b. Eseri Teslim Borcunun Muaccel Olması 126
c. İş Sahibinin İhtarda Bulunması 126
d. Yükleniciye Uygun Bir Süre Verilmesi 127
2. Hüküm Ve Sonuçları 129
D. İnşa Eserinin Ayıplı Olması Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi 131
1. Genel Olarak 131
2. İnşa Eserinin Onarımını İsteme Hakkı 132
3. Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı 135
4. Sözleşmeden Dönme Hakkı 137
5. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı 140
III. Yüklenicinin Yasak Fiil Veya Davranışlarda Bulunması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi 143
A. Genel Olarak 143
B. Sözleşmenin Uygulanması Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil Veya Davranışlarda Bulunması 144

C. Sözleşmeden Önce Yüklenicinin Yasak Fiil Veya Davranışlarda Bulunması 146
IV. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi 149
V. Sözleşmenin Devri 151
A. Devir Sözleşmesinin Tanımı ve Şekli 152
B. Sözleşmenin Devrinin Şartları 154
1. Bir Sözleşmenin Varlığı 154
2. Zorunlu Hallerin Ortaya Çıkması 155
3. İhale Yetkilisinin İzni 156
4. Devir Alacaklarda İlk İhaledeki Şartların Aranması 156
5. Aynı Yüklenici Tarafından Üç Yıl İçinde Başka Bir Sözleşmenin Devredilememesi Veya Devir Alınamaması 157
C. Usulsüz Devrin Sonuçları 158
VI. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu Veya Mahkumiyeti Halinde Sözleşmenin Sona Ermesi 160
A. Yüklenicinin Ölümü 160
B. Yüklenicinin İflası 162
C. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu Veya Mahkumiyeti 165
VII. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflas, Ağır Hastalık, Tutukluluk Veya Mahkumiyet Durumunda Sözleşmenin Sona Ermesi 166
VIII. Mücbir Sebepler Dolayısıyla Sözleşmenin Sona Ermesi 168
IX. Sözleşme Kapsamında Yaptırılabilecek İlave İşlerin (İş Artışının) Kanunda Öngörülen Sınırı Aşması Durumu 171
X. İhalenin İptalinin Hukuki Sonuçları 177
A. İdare Tarafından İhalenin İptal Edilmesi 177
B. Kamu İhale Kurumunun İhaleyi İptal Etmesi 181
C. Yargı Organlarının Kamu İhale Kurul Kararını İptal Etmesi 183

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

§1. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNDE USUL 186
I. Kamu İhale Mevzuatındaki Mevcut Düzenleme 186
A. Sözleşmenin Sona Erme Usulü 186
B. Sözleşmenin Feshinde İdarece Yapılması Gerekenler 188
1. Hesabın Tasfiyesi Ve Durum Tespit Tutanağı 188
2. Yapılan İşlerin Bedelinin Ödenmesi (Hesap Kesme Hakedişi) 190
II. Kamu İhale Mevzuatındaki Mevcut Düzenlemenin Değerlendirilmesi 190

§2. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI 197
I. Yüklenicinin Kusurundan Kaynaklanan Nedenlerle Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları 197
A. Kusurun Tespiti 197
B. Sona Erme İlişkisine Uygulanacak Hükümler 199
C. İadeye İlişkin Sorumluluk 201
1. İadenin Konusu 201
2. İade Yükümlüsünün İyiniyetli Veya Kötüniyetli Sayılması Ayrımı Ve Sonuçları 204
3. İade Talebinde Zamanaşımı 205
D. Tazminat 206
E. Kesin Teminatın Gelir Kaydedilmesi 212
F. İhalelere Katılmaktan Yasaklama 216
G. İdarenin Yüklenicinin Mallarına El Koyma Ve Satın Alma Yetkisi 220
H. İdare Tarafından İşin Belli Bir Aşamaya Kadar Yükleniciye Yaptırılması 221
İ. İdarenin Kalan İşi İhale Etme Serbestisi 223

II. Yükleniciye Kusur Atfedilemeyen Nedenlerle Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları 223
A. Sona Erme İlişkisine Uygulanacak Hükümler 223
B. Kesin Teminatın İadesi ve Hesabın Tasfiyesi 225
III. Yüklenicinin Yasak Fiil Ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları 227

SONUÇ 230
ÖZET 243
ABSTRACT 245

BİBLİYOGRAFYA*,**

Acar, H. : İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000.

Akbulut, İ. H. : İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) Üzerine Bir İnceleme, MBD. 1984, S.8-13, s.14-16 (Akbulut, İ.).

Akbulut, K. : Kamu Yapım İşlerinde Yüklenicilerin-Alt Yüklenicilerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İnşaat Sanayi Dergisi, Yıl 16, S.93, Ocak-Şubat 2006, s.54-57 (Akbulut, Sorumluluk).

_____ : Kamu İhale Sözleşmelerinde Fesih Nedenleri, Genç Yönetici, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası Gazetesi, Aralık 2006, S.14, Yıl 3, s.11 (Akbulut, Fesih).

_____ : Yapım İşi Sözleşmelerinde İş Artışı-İş Eksilişi, İnşaat Sanayi Dergisi, Yıl 16, S.96, Temmuz-Ağustos 2006, s.86-89 (Akbulut, İş Artışı).

Akgün Bilir, D. : İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna Akitleri) Fesih, Ankara 1994 Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Akıncı, Ş. : Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998.

* Dipnotlarda yer verilen eserler yazarların soyadları ile alınmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

** Dipnotlarda önünde işaret olmayan rakamlar sayfa numarasını göstermektedir.

Akıncı, Z. : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996 (Akıncı, Z.).

Akkanat, H. : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.63-76 (Akkanat, İnşaat Sözleşmeleri).

_____ : Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000.

Akyazan, S. : İstisna Akitleri, AD., 1967, S.12, s.877-892.

Akyol, Ş. : Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, II. Fasikül, İstanbul 1997.

Altaş, H. : Eserin Teslimden Önce Telef Olması, (BK. mad.368), Ankara 2002 (Altaş, Eser).

_____ : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998 (Altaş, Şekle Aykırılık).

_____ : İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.97-110 (Altaş, İstisna Sözleşmesi).

_____ : İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme hakkı (BK. m.366 ve 367), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.71-84 (Altaş, Yaklaşık Ücret).

Altun, M. : En Son Değişiklilerle Yeni Kamu İhale Düzeni, Uygulama Esaslarının Açıklanması, Ocak 2004.

Aral, F. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara 2003.

Aşçıoğlu, Ç. : İnşaat (Yapı) Sözleşmelerinde Kanıtlar ve Bilirkişi Sorunu, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s.317-336.

Atabek, R. : İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.

Atlı, B.Y. : Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi, Nisan 2008, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Ayan, S. : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

Aydemir, E. : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009.

Ayrancı, H. : Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.

Balta,T.B. : İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970.

Barlas, N. : Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.

Başpınar, V. : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2.Bası, Ankara 2004.

Baygın, C. : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.

Becker, H. : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, m.184-551, Yargıtay Yayını No.24, Ankara 1993 (Çev. A. Suat Dura).

Berki, Ş. : Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1973.

_____ : Hizmet Akdi, Çıraklık Mukavelesi ve İstisna, AD., 1951, S.7, s.1001-1020 (Berki, Hizmet Akdi).

Bilge, N. : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.

Bögli, R. : Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bern 1996.

Böke, V. : Açıklamalı, Uygulamalı Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Mevzuatı, Ankara 2004.

Brunner H.U. : Die Anwendungen deliktsrechtlicher Regeln Auf. die Vertragshaftung, Freiburg 1991.

Bucher, E. : Obligationsrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern 1998.

Burcuoğlu, H. : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.283-332.

Buz, V. : Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlik Şartları, Ankara 2007 (Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri).

_____ : İş Sahibinin BK. m.369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi, BATİDER C.XXI, S.2, sh.209-265 (Buz, İş Sahibi).

_____ : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Buz, Sözleşmeden Dönme).

_____ : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, AÜSBFD., C.49, S.1-2, sh.23-40, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan (Buz, Eser).

Bühler, T. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationsrecht, Band V 2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR. Zürich 1998.

Celal, N. : Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara 2005.

Ciğerim, E. Götürü Bedelli İstisna Sözleşmesinde Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Haller ve Sonuçları, İstanbul 1996.

Çalık, O. : 4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki Yapım İşlerinde Alt Yüklenicilik Uygulaması, İnşaat Sanayi Dergisi, Yıl 16, S.96, Temmuz-Ağustos 2006, s.82-85.

Çelik, Ş. : 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhaleye Katılamayacak Olanlar ve AB Üyesi Ülkelerdeki Uygulamalar, Şubat 2010, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Dayınlarlı, K. : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 3.Bası, Ankara 2003.

Dirican, G. : Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.

Doğanyiğit, S. : Açıklamalı- İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2008.

Duman, İ.H. : Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, Güncellenmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Anlara, 2008.

Engel, P. : Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. édition, Berne 1997.

Erdoğan, İ. : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD., C.3, S.1, s.135-172, Ankara 1990.

Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, İstanbul 2006 (Eren, Borçlar).

_____ : Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 49-58 (Eren, İnşaat).

_____ : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s.63-86 (Eren, Müteahhit).

_____ : İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s.89-103 (Eren, Sona Erme).

_____ : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1985 (Eren, Sorumluluk Hukuku).

Ergezen, M. : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.

Erman, H. : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979 (Erman, Beklenilmeyen Haller).

_____ : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993 (Erman, Arsa Payı).

_____ : Kat karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri) İBD., 1984, C.58, S.4-6, s.209-217 (Erman, Düşünce).

Ertaş, Ş. : Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.391-399.

_____ : Eşya Hukuku, 6.Bası, Ankara 2005 (Ertaş, Eşya Hukuku).

Erten, A. : Türk Borçlar Kanununa Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. m.58), Ankara 2000.

_____ : Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000. (Erten, Yapı)

Feyzioğlu, F. N. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Özel Borç İlişkileri, C.I, 4.Bası, İstanbul 1980 (Feyzioğlu, Borçlar Özel).

_____ : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, 2.Bası, İstanbul 1977 (Feyzioğlu, Borçlar Genel).

Frank, G. : Die Haftung für Sachmängel und verzug bei bau-und Anlagenveträgen, Berlin 1989.

Gauch, P. : Der Werkvertrag, 4. Überarbeitete und Erweiterte Auflage, Zürich 1996.

Gauch/Schluep : Schweizerischen Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 6.A., Zürich 1995.

Gautschi, G : Bern Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, Obligationsrecht, 2.Abt., Die Einselnen Vertragsverhaltnisse, 3.Teilband Der Vertrag, Art.363-379, Bern 1967

Gehrer, L.R. : Die verhandlung und Gestaltung von Bauverträgen, Bau-und Bauprozessrecht Ausgewählte Fragen, Herausgegeben, Alfred Koller, St.Gallen 1996, s.69-126.

Giger, H. : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, Kauf-Tausch-Schenkung, Art.184-215 OR, Bern 1979.

Giritli, İ./Bilgen, P.
Akgüner, T. : İdare Hukuku, İstanbul 2001.

Gök, Y. : Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Son Değişikliklerle Geliştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Kasım 2005 (Gök, Kanun).

_____ : Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2002 (Gök, Yapı İşleri).

_____ : 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamında Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları, Ankara 2007 (Gök, Yapım Sözleşmeleri).

Göktürk, H. A. : Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.

Gökyayla, E. : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, GÜHFD., Ocak 2002, S.1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s.785-805.

Gönen,D./Işık,H. : Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Birinci Bası, 2003

Gözler, K. : İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ekim 2007.

Gözübüyük, Ş. : Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara 2003.

Gözübüyük / Tan : İdare Hukuku, C.I Genel Esaslar, Ankara 1998.

Guhl/Druey/Koller/
Schnyder : Das Schweizerischen Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000.

Güleç, Ş. : Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009.

Günday, M. : İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara 2002.

Gürpınar, D. : Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.

Hatemi, H./Serozan, R.
/Arpacı, A. : Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul 1992.

Havutçu, A. : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

Honsel, H. : Schweizerisches Obligationsrecht, Besonderer Teil, 4. Auflage, Bern 1997.

Işık, H. : Kamu İhale Mevzuatı Üzerine Düşünceler, Mali Hukuk Dergisi, Yıl 17, S.102, Kasım-Aralık 2002, s.24-28 (Işık, H.).

Işık, B. : Son Değişikliklerle Açıklamalı Kamu İhale Mevzuatı, Ankara 2009.

İnan, A. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 3.Baskı, Ankara 1984.

Kamber, K. : Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989.

Kaplan, İ. : İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s.119-171 (Kaplan, Ücret).

_____ : Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları, BATİDER, 1985/I, s.5-11 (Kaplan, Eser Sözleşmeleri).

_____ : İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı,Joint Venture, Ankara 1983 (Kaplan, Ortaklık)

_____ : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C.16, S.2, Aralık 1991 (Kaplan, Genel İşlem Şartları).

_____ : İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, TBB Yayını, Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999 (Kaplan, Süre Uzatımı).

_____ : Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983 (Kaplan, Mimarlık).

_____ : Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987 (Sözleşmeye Müdahale)

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

Karahasan, M. R. : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 2002 (Karahasan, Borçlar Özel).

_____ : İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Ankara 1979 (Karahasan, İnşaat).

Karataş, İ. : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmesi, Ankara, 2004.

Karayalçın, Y. : Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara 1986, Tartışmalar.

Kartal, B. : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

Kazancı, B.E. : İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2007.

Keller, A. : Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 5. Auflage, Bern 1993; Band II, 2. Auflage, Bern 1998.

Kemer, M. : 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapım İşleri, Örneklerle Yaklaşık Maliyet, Hakediş Uygulamaları, Fiyat Farkları, Ankara 2004.

Keyik, A.K. : 4734 Sayılı İhale Kanununda İhalenin İptali, Şubat 2008, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Kılıçoğlu, A.M. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD. Ocak-Nisan 1975 (Kılıçoğlu, Müteahhit).

_____ : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2007 (Kılıçoğlu, Borçlar).

Klauser, P. : Die wervertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 426, Zürich 1973.

Kocaağa, K. : Müteahhidin İşin Devamı esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağının Anlaşılması Halinde İş sahibinin BK. m.356/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD., C.6, S.1, s.177-201.

Koç, N. : Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. m.58), Ankara 1990.

_____ : İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1991 (Koç, Temerrüt).

Koller, A. : Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, Das Obligationenrecht, 2.Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhaltnisse, 3.Teilband., I. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art.363-366 OR, 3.Aufl., Bern 1998.

Kostakoğlu, C. : İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Basım Yayım, 4. Bası, İstanbul, Mart 2005 (Kostakoğlu, İnşaat Hukuku).

_____ : Eser Sözleşmesinin Bir Türü Olan Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil, YD., 1984, s.925-931.

Kuluçlu, E. : Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi, S.49, s.99-115.

Kuru, B. : İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971.

Kutlu, M. : İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir 1997.

Küçükgüngör, E./
Akipek, Ş. : Kamu İhale Sözleşmeleri, Mali Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 2003, S.103; s.39-50.

Oğuzman, M.K. : Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

Oğuzman, M.K./
Öz, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, İstanbul 2005.

Oğuzman, M.K./
Seliçi, Ö. : Eşya Hukuku, İstanbul 1988.

Olgaç, S. : İstisna Akdi, Ankara 1977.

Oser/Schönenberger : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationsrecht, Band 4, 2. Teil, Zürich 1936.

Ozanoğlu, H.S. : İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD. C.III, 1999/1-2, s.60.

Önen, E. : İnşai Dava, Ankara, 1983.

Önen, T. : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975 (Önen, T.).

Öz, M. T. : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul, 1989 (Öz, Eser Sözleşmesi).

_____ : İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi İle Birlikte. İstanbul 2006 (Öz, İnşaat).

_____ : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılmalı Eleştirisi, MHAD., 1985, S.16, s.131-172 (Öz, Borçlu Temerrüdü).

Özdemir; E. : Kamu Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişim Müessesesi, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Ekim 2006, Ankara.

Özek, A./Kaya, O. : Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş II. Bası, Ankara 2003.

Özkan, H.B. : Şirket Birleşmeleri, Devri Ve Nevi Değiştirmelerinin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi, Hak, Borç Ve Statülerin Yeni Durumu, Ekim 2006, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Özyörük, S. : İnşaat Sözleşmesi (Yapısı- Feshi- Borçlar Kanunu 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları), İstanbul 1988.

Pedrazzini, M. : Werkvertrag, Verlangsvertrag, Lizensvertrag İn Schweizerischem Privatrecht, Band VII/I Basel 1977.

Reisoğlu, S. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11.Bası, İstanbul 1997.

_____ : Banka Teminat Mektupları Ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 4. Baskı. Ankara 2003 (Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları).

Sayın, İ.H. : Açıklamalı İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2008.

Seferli, K. : İstisna Akdinde Ayına Karşı Tekeffül Hükümleri, Ankara 2002.

Seliçi, Ö. : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Seliçi, İnşaat).

_____ : Borçlar Kanununa Göre Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1977 (Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi).

Selimoğlu, Y. E. : Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, TBB Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s.685-693.

Serozan, R. : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.III, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 2.Bası, İstanbul 1998 (Serozan, Borçlar).

_____ : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975 (Serozan, Dönme).

_____ : Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s.195-207 (Serozan, Armağan).

Sungurbey, İ. : Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul 1994 (Sungurbey, Medeni Hukuk).

_____ : Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), YHD. 1982/II, C.5, s.173-194 (Sungurbey, Zorunlu Bir Yanıt).

_____ : Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BY. m.360/II,III'ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Son Yazısı Üzerine Notlar, YHD. 1982/VI, C.5, s.749-764 (Sungurbey, Borçlunun Direnmesi).

_____ : Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BY. m.360/II,III'ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar, YHD. 1983/I, C.6, Ocak 1983, s.13-33 (Sungurbey, Notlar).

_____ : Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin Ismarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kurak Olarak BY. 106-108 Çerçevesinde Çözümlenmesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2'deki İlke Gösterilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün 3/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı

Üstüne Birkaç Not, YHD. 1984/VI, C.7, s.781-795 (Sungurbey, İnşaat Sözleşmeleri).

Süzek, S. : İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.

Stanislas, G. : le Droit de Résolution Dans Contrat de Vente, Sanction de l'İnexécution des Obligations Contractuelles, Geneve 1979.

Şahiner, M.S. : Kamu İhale Mevzuatında Teminat Kavramı, Eylül 2006, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Şen, Ö. : 4735 Sayılı Kanun Çerçevesinde Sözleşmenin Devri, Şubat 2010, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Şenocak, Z. : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002 (Şenocak, Ayıbın Giderilmesi).

_____ : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995 (Şenocak, İfa).

Şimsek, E. : Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s.173-216.

Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, C.II, 3.Bası, Ankara 1987 (Tandoğan, Borçlar).

_____ : İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmren Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.311-332 (Tandoğan, İstisna Akdi).

_____ : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Tandoğan, Sorumluluk).

_____ : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER 1981/I, S.1, C.XI, s.28-49 (Tandoğan, BATİDER).

_____ : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması, (Zorunlu Yanıta Yanıt), YHD. Nisan 1982/IV, s.493-499 (Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt).

_____ : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Tandoğan, Mesuliyet).

Taşyürek, M.Ç. : Kamu İhale Hukukunda Alt Yüklenicilik Müessesi, Şubat 2008 Ankara, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

Tekinay, Akman, /Burcuoğlu, /Altop : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993.

Tekinsoy, A.M. : İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD. 2006, C.55, S.2, s.229 vd.

Tercier, P. : Les Contrats Speciaux, 2. Edition, Zürich 1995.

Tunçomağ, K. : Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, 3.Baskı, İstanbul 1977 (Tunçomağ, Borçlar Özel).

_____ : Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul 1976.

Turanboy, A. : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD., C.41, 1989-1990, S.1-4, s.151-189.

Turguter, N./
Tokmaklı, C. : Son Değişikliklerle Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Ankara 2004.

TÜSİAD Yayınları : Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı, TÜSİAD Yayınları Kasım 2001-İstanbul.

Türkoğlu, Y./Şakı, T/
Egemen, E. : İhale Hukuku ve İnşaat İşleri, Ankara 1985.

Uçar, A. : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.

_____ : İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜHFD. 2001/1-4, s.513-555 (Uçar, Teslim).

Uslu, Y. : Yapım İşleri İhalelerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2006.

Uslu, Y./Demirel, S.: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Yapım İşleri İhaleleri, Ocak 2010.

Uygur, T. : İnşaat Hukuku, C.I-II, Ankara 1998 (Uygur, İnşaat).

_____ : Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993 (Uygur, Eser).

_____ : Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.7, Ankara 2003 (Uygur, Borçlar Özel).

Uz, A. : Kamu İhale Hukuku, Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm

Yolları (Şikayet-İtirazen Şikayet- Yargısal Denetim), Ankara 2005.

Velidedeoğlu / Özdemir : Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.

von Büren, B. : Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.

von Tuhr/ Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Yargıtay Yayınları, C.II, İstanbul 1983 (Çev. Cevat Edege).

von Tuhr/ Escher : Allgemeiner Teil des Scweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974.

von Tuhr/Peter : Allgemeiner Teil des Scweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979.

Weber, R.H. : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VI. Obligationenrecht, 1.Abteilung Allgemeine Bestimmungen 4. teilband Vorbemerkungen und Kommertar zu Art.68-96 OR, Bern 1983.

Yalçınduran, T. : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri Ankara 2000.

Yavuz, C. : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul 2002.

Yavuz, C./Özen, B./ Acar, F. : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007.

Zeltner, U. : Die Mitwirkung des Bauhern bei der Erstellung des Bauwerkes, Freiburg 1993.

Zevkliler, A. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8.Bası, Ankara 2004.

Zindel/Pulver : Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegend, Wolfgang, Herrausgeber, İn Kommentar zum Scweizerischen Privatrecht, Obligationsrecht, Basel 1992.

Zor, Ö.T. : Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi, Ekim 2006, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

KISALTMALAR

Abt	: Abteilung
AD	: Adalet Dergisi
Art	: Artikel
Aufl	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd	: Band
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHAATS	: Danışmanlık Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DİK	: Devlet İhale Kanunu
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
dn	: Dipnot
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HİGŞ	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
KİK	: Kamu İhale Kanunu

KİGT	: Kamu İhale Genel Tebliği
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m	: Madde
MAATS	: Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medeni Kanun
Nr	: Nummer
OR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
vd	: Ve devamı
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİATS	: Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİGŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİMKY	: Yapım İşleri Muayene Kabul Yönetmeliği
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Önemi

Çalışmamızın konusunu, kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi sonuçlandırılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre imzalanan kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesi oluşturmaktadır.

İdareler kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla ihtiyaç duyduğu edimleri kamu ihaleleri ile tedarik ederler. Kamu ihaleleri sonucunda idarelerin, özel hukuka tabi kişi ve kurumlarla yaptığı sözleşmeler kapsamında yer alan ve kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ve kiralama işleri, "kamu alımları" olarak tanımlanmaktadır.

Ülkemizin Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, hukuk sistemimizde önemli değişim ve dönüşümler yaşanmakta olup, bu sürecin bir parçası olan kamu alımları mevzuatının, Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi amacıyla kamu ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususlara ilişkin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girerek, ihale mevzuatımızda köklü değişiklikler yapılmıştır.

Kamu ihaleleri sonucunda imzalanan ve kamunun taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde, 1 Ocak 2003 tarihine kadar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmakta idi. Devlet İhale Kanunu, hem ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri hem de bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları düzenlemektedir. Ayrıca bu Kanun alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlamasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi

uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktaydı. Yine gelişen ekonomik süreçte, kamu alımlarının ürün çeşitliğinin artması ve alımların ekonomik ve teknolojik gelişmeye paralel olarak değişken bir yapı arz etmesi nedeniyle, Devlet İhale Kanununun değişen ve gelişen ihtiyaçlara cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği de görülmüştür.

Bu nedenle, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanması ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak, ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede, AB kamu alımları direktifleri ve UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Kamu Alımları Model Kanunu ilkeleri baz alınarak, kamu alımlarının Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamaları[1] ile uyumlaştırılmasını sağlamak amacıyla, saydamlık ve rekabet adına reform niteliğinde değişiklikler getiren, kamu kurum ve kuruluşlarının (idarelerin) mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kabul edilmiştir. Ancak Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanununu tamamen yürürlükten kaldırmamıştır. Kamu harcaması yapılmasına yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım işleri Kamu İhale Kanunu kapsamına alınırken, kamu harcaması gerektirmeyen satım, trampa, kiraya verme, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleri gibi gelir getirici işler ise Devlet İhale Kanununun kapsamında kalmıştır. Ayrıca Kamu İhale Kanununun yürürlüğe

[1] Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law) uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve yeknesak hale getirilmesine yardımcı olmak ve dolayısıyla uluslararası ticaretin geliştirilmesinde mevzuat yetersizliği ve/veya farklılıklarından kaynaklanabilecek engelleri ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuştur. Bu bağlamda kamu alımları konusunda yürütülen çalışmalar sonucu Komisyonun 31 Mayıs-17 Haziran 1994 tarihleri arasında New York'ta düzenlenen yirmi yedinci toplantısında Mal, Yapım İşleri ve Hizmet Alımlarına İlişkin Model Kanun-UNCITRAL Model Kanunu-(Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services) kabul edilmiştir. Diğer taraftan kamu alımlarının uluslararası ticaretin bir enstrümanı olarak, uluslararası kabul görmüş ticari kurallar ile yönetilmesini teminen 15 Aralık 1995 tarihinde Dünya Ticaret Örgütünü (World Trade Organization) kuran anlaşma ile beraber Kamu Alımları Anlaşması da (The Government Procurement Agreement) imzalanmış ve 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Model Kanun ve Türkiye'nin taraf olmadığı bu anlaşma hakkında daha geniş bilgi için bkz. TÜSİAD Yayınları, Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı.

girdiği 01.01.2003 tarihinden önce ihale edileceği yazılı olarak duyurulmuş veya ilan edilmiş olan işler, ilgili olduğu kanun ve usullere göre sonuçlandırılacaktır (KİK. Geçici 2. m).

Kamu İhale Kanununda uluslararası mevzuat gereği sadece sözleşmelerin imzalanmasına kadar olan ihale süreci ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. İdare ile ihale üzerinde bırakılan istekli arasında Kanunun 46 ncı maddesi uyarınca sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci sona ermekte ve sözleşmeden kaynaklanan yeni bir hukuki ilişki kurulmuş olmaktadır. Bu çerçevede Kamu İhale Kanununun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi, kamu harcamasını gerektiren işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi amacıyla kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususlar bu Kanun kapsamında düzenlenmeyerek, bu konuda ayrı bir kanun olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanmıştır. Anılan Kanunda, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin tek bir yasal düzenleme ile belirlenmesi amaçlanmıştır. Böylece Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerdeki etkinliğin ve denetimin devam ettirilebilmesi için sözleşmelere ilişkin düzenlemeler ve uygulamalarda birliktelik sağlanmış olacaktır.

Bu çerçevede, hukukumuza yeni giren Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihaleler sonucunda, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmesi imzalanan ve bir tarafı kamu olan kamu ihale sözleşmelerinin incelenmesi önem arz eder hale gelmiştir. Bu çalışmamızın konusunu, mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmelerinden, yapım ihaleleri sonucunda imzalanan kamu yapım (inşaat) sözleşmelerinin sona ermesi oluşturmaktadır. Özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişiler arasında imzalanan inşaat sözleşmeleri ve sona erme nedenleri konularını inceleyen çalışmalar bulunmakla birlikte, bir tarafı kamu olan inşaat sözleşmelerinin yapısı, sona ermesi, sona erme durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar, doğrudan bir monografi konusu yapılmamıştır. Uygulamaya yönelik bazı eserlerde dar kapsamda incelenen kamu inşaat sözleşmelerinin sona

ermesi ile ilgili hususlar da çoğunlukla Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (her ne kadar Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri ile çoğunlukla paralellik göstermekle birlikte) hükümlerinin incelenmesine yöneliktir.

Bu kapsamda çalışmamızda, Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılan ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmesi imzalanan kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesi ve sonuçlarının incelenmesi tercih edilmiştir.

II. Konunun Sınırlandırılması

Tez konumuz ana hatlarıyla kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin sona ermesidir. Birer kamu ihale sözleşmesi niteliğinde olan mal alımı veya hizmet alımı ihaleleri sonucunda imzalanan kamu ihale sözleşmeleri çalışmamızın kapsamı dışındadır. İnşaat sözleşmeleri, Borçlar Kanunu anlamında istisna sözleşmesi niteliğinde olduğundan ve kamu ihale mevzuatında düzenlenen sona erme nedenleri, istisna sözleşmelerinin sona erme nedenlerine ilişkin hükümlerle paralellik arzettiğinden, ayrıca hakkında Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda hüküm bulunmayan durumlarda Borçlar Kanunu hükümlerine atıfta bulunulduğundan (KİSK. m. 36), incelememiz Borçlar Kanunu hükümlerine paralel bir şekilde ve bağlantılı olarak yapılmıştır. Yine Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundaki çoğu düzenleme Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümleri ile uyumlu olduğundan, yeri geldikçe anılan hükümlere de değinilmiştir.

İnşaat sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine tez konumuzda yer verilmemiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin bir arsanın (bir taşınmazın) muayyen bir payının veya tümünün bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, geçerliliği şekle bağlı, kural olarak ani edimli tam olarak iki tarafa borç yükleyen bir karma sözleşmedir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, bütçeden bir gider yapılmasını gerektiren sözleşmeler olmayıp, idareler tarafından satılan arsanın bedelinin ayni olarak ödenmesini öngören sözleşmelerdir. Satım işleri Kamu İhale

Kanununa tabi olmadığından, esas itibariyle idareye gelir sağlama yönü ağır basan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri de bu Kanuna tabi değildir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri çalışmamızın dışında tutulmuştur.

Yap-İşlet-Devret modeli kapsamında gerçekleştirilen yapım işleri de tez çalışmamızın tamamen dışındadır. Yap-İşlet-Devret, bir sözleşme tipi değil, "yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) yerli veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal ve hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi" esasına dayanan bir finansman modelidir. Başka bir ifadeyle yapım işinden dolayı yükleniciye ödeme yapılması söz konusu olmayıp, bunun yerine kurulan tesisin işletilmesinden elde edilecek gelirin belirli bir süre (işletme süresi) için yüklenici firma tarafından toplanması söz konusudur.

Bu çerçevede tezimizin birinci bölümünde, kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin tanımı, hukuki niteliği, kuruluşu, tarafları ve tarafların borçları ana hatları ile incelenmiştir. İkinci bölümde öncelikle sözleşmelerin Borçlar Kanununa göre genel sona erme nedenleri açıklanmıştır. Ardından kamu ihale mevzuatında düzenlenmemekle birlikte kamu inşaat sözleşmelerinde de uygulama alanı bulan, Borçlar Kanununda istisna sözleşmesinin sona erme nedenleri incelenmiştir. Daha sonra da kamu ihale mevzuatında ve Borçlar Kanununda ortak düzenlenen sona erme nedenleri ve sadece Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenen sona erme nedenleri bir başlık altında incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesinin sonuçları incelenmiştir. Burada öncelikle kamu ihale mevzuatındaki mevcut düzenleme açıklanmış, daha sonra mevcut düzenlemenin eleştirisi ve nasıl anlaşılması gerektiği şeklinde bir değerlendirme yapılarak tasfiye ve tazminat konuları incelenmiştir. Çalışmamız, vardığımız sonuçları ve değerlendirmelerimizi içeren "sonuç" kısmı ile tamamlanmıştır.

III. Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi

Türk hukuk sisteminde inşaat sözleşmesi, niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesidir. İstisna sözleşmesi ise, Borçlar Hukukunda iş görme sözleşmeleri kapsamında yer alan bir sözleşme türüdür ve Borçlar Kanununun 355-371 maddeleri

arasında düzenlenmiştir. Kamunun taraf olduğu, yapım ihaleleri sonucunda imzalanan inşaat sözleşmelerine ise Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununu uygulanır.

Kamu ihaleleri sonucunda imzalanan ve bir tarafı kamu olan inşaat sözleşmelerinde, 1 Ocak 2003 tarihine kadar, Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmakta idi. 04.01.2002 tarihinde kabul edilen ve 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile kamu ihaleleri sonucunda kurulacak sözleşmelere ilişkin düzenlemeler ayrı kanunlar halinde 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu arada faaliyete geçen Kamu İhale Kurumu tarafından, KİK. m. 53 gereği ikincil mevzuat olarak adlandırılan düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. İkincil mevzuat, alım türlerine göre oluşturulan Uygulama Yönetmelikleri ve ekleri, ihale usullerine göre hazırlanan Tip İdari Şartnameler, anahtar teslimi götürü bedel, birim fiyat ve götürü bedel Tip Sözleşmeleri, ihale sürecinde idarelerce ve isteklilerce kullanılacak ve ihale işlem belgelerinde tek düzeliği sağlayacak Standart Formlar, mal, hizmet ve yapım ihalelerinin her birine yönelik Denetim, Muayene ve Kabul Yönetmeliklerinden oluşmaktadır.

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin eki olarak çıkarılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ise, kamu inşaat sözleşmelerinin uygulama esaslarını teşkil etmektedir[2]. Bu Şartnamede, iş sahibi idareler tarafından Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak genel esaslar tespit edilmiştir (YİGŞ. m. 1). Anılan Şartnamenin 2 nci maddesinde, Kamu İhale Kanununa tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre anahtar teslimi götürü bedel veya birim fiyat sözleşmeye bağlanan yapım işlerini kapsadığı düzenlenmiştir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenmesi, uygulanması, devri, feshi konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiş,

---

[2] Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Devlet İhale Kanunu gereğince yapılan inşaat sözleşmelerinin uygulama esasını oluşturan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümleriyle paralellik arzetmektedir.

hakkında anılan Kanunda hüküm bulunmaması durumunda ise Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (KİSK. m. 36).

Bu çerçevede kamu inşaat sözleşmelerinin uygulanmasında, öncelikle ihale sözleşmesi hükümleri, sözleşmenin eki sayılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve diğer idari ve teknik şartname hükümleri, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri, sonra da Borçlar Kanununun istisna sözleşmesine ilişkin özel hükümleri ve son olarak da genel hükümler sırayla uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca ihale mevzuatında hüküm bulunmaması, ihale mevzuatının Borçlar Kanununun genel veya özel hükümlerine atıfta bulunması ve ihale mevzuatındaki hükümlerin yorumlanmasında da Borçlar Kanununun özel (istisna sözleşmesine dair hükümler) ve genel hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§1. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, KURULUŞU, TARAFLARI

I. Genel Olarak İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmesi niteliği itibariyle, BK. m. 355-371'de düzenlenen istisna sözleşmesi[1] olarak kabul edilmektedir[2]. BK. m. 355'de istisna sözleşmesi, *"İstisna bir akiddir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibinin) taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*."[3] şeklinde tanımlanmıştır. Anılan hükme göre istisna sözleşmesi,[4] iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret

---

1 İstisna kelimesi, Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve beceri gerektiren bir emek harcayarak bir şeyi meydana getirmek demektir. Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde istisna sözleşmesinin karşılığı olarak "Werkvertrag" terimi kullanılmıştır. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar istisna sözleşmesine eser sözleşmesi adı verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Geniş bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 1 vd.; Bilge, 245; Selimoğlu, 685; Tunçomağ, Borçlar Özel, 952; Zevkliler, 325. Ancak istisna sözleşmesine eser sözleşmesi adını vermek, fikir ve sanat eserleri hukukundaki eser kavramı ile ilişkisi olduğu tereddütünü uyandırmaktadır. İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metninde istisna sözleşmesinin karşılığı olan "contract d'entreprise" deyimi, taahhüt akdi veya girişim sözleşmesi anlamına gelir. Ancak taahhüt teriminin istisna sözleşmesi yerine kullanılması da borç doğurucu işlemler için kullanılan taahhüt muameleleri ile karıştırılabilir. Bu sebeple, bazı yazarlar istisna sözleşmesi terimini kullanmaktadır. Bkz. Tandoğan, Borçlar, 1-2; Tandoğan, İstisna Akdi, 311; Karataş, 25 vd.; Akbulut,İ., 14; Erdoğan, 135; Baygın, 3. Biz de hakim görüşü kabul ettiğimizden çalışmamızda istisna sözleşmesi terimini kullanacağız.

2 Seliçi, İnşaat, 5; Eren, İnşaat, 49; Kaplan, Ücret, 119; Tercier, Nr.3344; Karaca, 39; Ayan, 24; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 15.

3 "Semen" kelimesi genellikle satım sözleşmesinde alıcının ödeyeceği parayı ifade etmek için kullanıldığından, istisna sözleşmesinin tanımında "semen" kelimesinin kullanılması doğru bir tercih olmamıştır. Bu nedenle "semen" kelimesi yerine "ivaz", "karşılık", "ücret", "bedel" gibi sözcüklerin kullanılması daha doğru olur. Berki, 142; Baygın, 4.

4 "Eser sözleşmesi taraflara hak ve borçlar yükleyen bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşmede, yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle yükümlüdür." Y.15.HD. 23.01.2006 tarih, 7623/166 sayılı kararı için bkz. Duman, 43; "Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir iş görme sözleşmesidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise, teslim edilen eserin bedelini (ücret) ödemektir." Y.15.HD. 28.1.2004, 3442/446 sayılı kararı için bkz. Duman,78.

karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği iki tarafa tam borç yükleyen rızai bir sözleşmedir.[5]

İstisna sözleşmesinde müteahhidin meydana getirmeyi üstlendiği eserin bir inşaat olması durumunda, bunu konu alan sözleşmeler için uygulamada ve doktrinde "inşaat sözleşmesi" (Bauwerkvertrag, Bauvertrag) terimi kullanılmaktadır.[6] Buna göre inşaat sözleşmesi, müteahhidin bir inşaatın tamamını veya bir kısmını inşa ederek iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği bir istisna sözleşmesi türü olarak tanımlanabilir.[7]

İnşaat sözleşmesinin asli unsurlarından ilki, bir inşa eserini meydana getirme ve iş sahibine teslim etmektir.[8] İnşa eseri meydana getirme borcu, belli bir sonucu sağlamaya yönelik nitelikli bir borçtur ve teslim borcuyla birlikte müteahhidin edim yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur. Bu nedenle sonuç olan teslimin gerçekleşmemesi durumunda,[9] müteahhidin borcunu ifa etmediği kabul edilecektir.[10] İnşaat sözleşmesinin bu özelliği, onu iş görme borcu taşıyan diğer sözleşmelerden ayıran esaslı bir unsurdur.

---

5 Honsel, 246-248; Bühler, Art.363, Nr.1 vd.; Guhl/Druey/Koller/Schnyder, 520-522; Gauch, Nr.5 vd.; Zindel/Pulver, Art.363-369, Nr.1 vd; Bucher, 201; Tandoğan, Borçlar, 1; Öz, Eser Sözleşmesi, 1; Gürpınar, 17; Erdoğan, 135; Eren, İnşaat, 49.

6 Seliçi, İnşaat, 4-5; Kaplan, Ücret, 120; Öz, İnşaat; 15; Yavuz, 445, dn. 7; Frank, 7; Zeltner, 3, Nr.6; Koller, Art.363-366, 68, Nr.201; Gauch, 10, Nr.32.

7 Ayan 24, dn. 6.

8 Öz, Eser Sözleşmesi, 20; Eren, İnşaat, 51; Erdoğan, 138; Kaplan, Eser Sözleşmeleri, 6; Yavuz, 445 vd.; Tandoğan, Borçlar, 1, 35; Koç, 92; Ozanoğlu, 61; Seliçi, İnşaat, 5; Pedrazzini, 511; Zeltner, 4, Nr.7; Bucher, 205; Bühler, Art.363-379, 39; Koller, Art.363-366, 85, Nr.252; Gauch, Nr. 7; Bögli, 9.

9 "Dava BK. m. 355 vd. maddelerine dayalı alacak istemine ilişkindir. Eser sözleşmelerinin en önemli unsuru "eser"dir. Başka bir anlatımla, bu önemli unsur sonuçtur. Yüklenici, eser sözleşmesiyle sadece bir faaliyette bulunmayı değil, aynı zamanda bir sonucu (eser) gerçekleştirmeyi de taahhüt etmektedir. Sonuç (eser), amaca uygun gerçekleştiği takdirdedir ki, yüklenici, eser sözleşmelerinin bir diğer unsuru olan bedele hak kazanır, yani sonuç varsa bedel de vardır." Y.15.HD. 19.2.2007, 64/1015 sayılı kararı için bkz. Duman, 79.

10 Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 6; Karahasan, Borçlar Özel, 67; Celal, 24; Altaş, Eser, 46; Tunçomağ, Borçlar Özel, 497; Zevkliler, 326; Aral, 330; Öz, Eser Sözleşmesi, 20; Yavuz, 471-472; Tandoğan, Borçlar, 25; Becker, 589; Klauser, 6; Koller, Art.363-366, 20, Nr.49; Zeltner, 4, Nr.7; Gauch, 6, Nr. 18; Frank, 15.

İstisna sözleşmesindeki eser unsuru,[11] konumuz olan inşaat sözleşmesinde bir inşa eserinin meydana getirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Meydana getirme kavramı ise müteahhidin sözleşmede amaçlanan sonucu elde etmek için yaptığı ve belirli bir sürece yayılmış faaliyetlerini ifade eder.[12] Meydana getirme kavramı, tamamen yeni bir şey yapma kavramından çok daha geniş kapsamlı olup, mevcut bir şeyi değiştirme, onarma, ekleme, temizleme hatta yok etme biçimlerindeki faaliyetleri de kapsar.[13] Eserin meydana getirilmiş sayılabilmesi için önemli olan tarafların iradelerine göre, ticari hayat açısından eskisine göre farklı bir şeyin ortaya çıkmasıdır.[14] Ayrıca Kanunda müteahhidin teslim yükümlülüğünden açıkça söz edilmemekle birlikte, iş sahibi tarafından arzu edilen edim sonucunun gerçekleşmesi için teslim gerekli olduğundan, müteahhit işin niteliği gereği meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür.[15] İnşaat sözleşmelerinde, zilyetliğin fiilen devri mümkün olmadığı için, müteahhidin taşınmaz üzerindeki fiili durumuna son vererek bunu iş sahibine bildirmesi teslim olarak değerlendirilmektedir.

İnşaat sözleşmesinin konusu, "inşaat"tır.[16] İnşaat, maddi nitelikteki her türlü inşa eserini[17] ifade etmektir. İnşaat sözleşmesinin konusunu ilke olarak taşınmaz

---

[11] Bu manada eser, müteahhidin sözleşme ile meydana getirmeyi taahhüt ettiği ve riskini üzerine aldığı edimdir. Eser kavramının neleri kapsadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre eser, maddi varlığı olan ve devir ve teslime elverişli bulunan insan emeğinin bir ürünüdür. Gayri maddi unsurların yapılmasının taahhüt edilmesi halinde hizmet ve vekalet sözleşmesi söz konusu olur. Gauch, Nr. 24 vd.; Von Büren, 143; Öz, Eser Sözleşmesi, 3; Tandoğan, Borçlar 3,17; Erman, Beklenilmeyen Haller, 12; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 15-16; Hatemi/Serozan/Arpacı, 348; Baygın, 4. İkinci görüş taraftarları ise maddi varlığı olan hususların yanında, fikir ürünü ve maddi bir zeminde kendini gösteren gayri maddi unsurların da eserin konusunu oluşturabileceği kanaatindedirler. Bühler, Art.363, Nr.64-67; Oser/Schönenberger, Art.363, Nr.31 vd.; Uçar, 34-35; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 16-17; Eren, İnşaat, 53; Erdoğan, 136; Aral, 328; Yavuz, 450; Bilge, 213. Bizimde katıldığımız görüşe göre, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ancak bağımsız bir hukuki varlık olarak ortaya çıkmayan ve bir bütün oluşturmayan insan emeği sonuçları eser olarak kabul edilemez. Altaş, Eser, 56. Eser kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, Eser, 51 vd.; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 12 vd.; Tandoğan, Borçlar, 3 vd.; Gauch, Nr.24 vd.

[12] Zindel/Pulver, Art.363, Nr.1; Göktürk, 497; Akyazan, 877; Uygur, İnşaat, 257; Feyzioğlu, Borçlar Özel; 26; Altaş, Eser, 43; Berki, 143-144.

[13] Gauch, Nr.26; Zindel/Pulver, Art.363, Nr.1; Gautschi, Art.363, Nr.1.d-f; Öz, Eser Sözleşmesi, 8-9.

[14] Tandoğan, Borçlar, 23; Altaş, Eser, 46.

[15] Gauch, Nr. 8; Gautschi, Art.363, Nr.4; Koller, Art.363-366, Nr. 253; Pedrazzini, 515.

[16] İnşaat (yapı) kavramı, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 5 nci maddesinde; "*Karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel yer altı ve yerüstü inşaatı ile*

inşaat oluşturur.[18] Ancak taşınır inşaat eseri de mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak şartıyla inşaat sözleşmesinin konusu olabilir. Bu durumda, inşa eseri kavramı içine mütemmim cüz[19] (bütünleyici parça) ile teferruat (eklentiler) da girmektedir. Bu anlamda ışık tesisatı, merdivenler, gömülmüş borular veya tesis edilmiş makineler inşa eseri kavramı içinde yer almaktadır.[20] Mütemmim cüzler ve teferruatın inşa eseri kavramı içine dahil olabilmesi veya bunların tek başına inşa eseri sayılabilmeleri, asıl inşa eseri ile maddi yahut işlevsel yönden bir bütünlük içinde bulunmalarına bağlıdır.[21]

Doktrindeki hakim görüşe göre ise inşa eseri, "Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya havyan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine, eşya gibi cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeği ile sun'i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir."[22] Bu tanıma göre, bir şeyin inşa eseri sayılabilmesi için insan eliyle yapılmış ve az çok toprağa bağlı olması gerekir.

İnşaat sözleşmesinin bir diğer unsuru, iş sahibinin müteahhidin meydana getirdiği eser karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt etmesidir.[23] İstisna sözleşmesi niteliği itibariyle ivazlı bir sözleşme olup, tarafların ücret ödenmesi hususunda

---

bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir." Anılan maddede bina kavramı ise, "*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır*." şeklinde tanımlanmıştır. Bina kavramı ile inşa eseri kavramları önceden eş anlamlı kullanılmakla birlikte, tanımlardan da anlaşıldığı gibi inşa eseri kavramı bina kavramına göre daha kapsamlı ve geniş olduğundan, günümüzde bu eğilimden vazgeçilmiştir. Erten, 90; Erten, Yapı, 7.

17 İnşaat sözleşmesi açısından "inşaat", "yapı", "inşa eseri", "yapı eseri" vb. kavram ve sözcükler, eş anlamlı, biri diğeri yerine kullanılabilen sözcüklerdir.

18 Tercier, Nr.3342; Eren, İnşaat, 54.

19 Mütemmim cüz kavramı, eşya hukuku anlamında bir ilişkinin varlığını gerektirmektedir. Ancak inşa eseri kavramının belirlenmesinde eşya hukukundaki mütemmim cüz esas alınmamaktadır. Zira eşya hukukundaki mütemmim cüz kavramı, mülkiyet ilişkisini düzenlemek için kabul edilmişken, inşa eserinin belirlenmesinde mütemmim cüzün tahsis amacı ve fiili ilişkilere göre belirlenir. Erten, 109.

20 Eren, İnşaat, 54.

21 Tandoğan, Sorumluluk, 173; Erten, 108.

22 Keller, 144; Von Tuhr/Peter, 457; Tandoğan, Borçlar, 186; Erten, 105; Eren, İnşaat, 53, 55.

23 Erdoğan, 136; Aral, 332; Zevkliler, 327; Uygur, İnşaat, 43; Altaş, Eser, 43; Tandoğan, Borçlar, 24-25; Ayan, 29.

anlaşmış olmaları gerekir.[24] Taraflar inşaat sözleşmesinde ücreti açıkça veya örtülü olarak kararlaştırabilirler. Ücretin örtülü olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının tayininde, tarafların amacı ve meydana getirilen eserin çeşidi dikkate alınmalıdır.[25] Ücretin miktarının önceden belirlenmesi veya belirlenebilir olması zorunlu olmayıp, iş sahibinin ücret ödeme taahhüdünde bulunması da yeterlidir.[26] BK. 366 ncı maddesi gereğince, tarafların açıkça kararlaştırmadığı hallerde, ücret, yapılan şeyin değeri ve müteahhidin masrafları dikkate alınarak belirlenir.[27]

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin asli edim borcu olan ücretin para olarak belirlenmesi şarttır.[28] Ücret ya sözleşmenin başında götürü olarak veya yaklaşık olarak[29] ya da her ikisi birlikte kullanılarak belirlenebilir.[30] BK. m. 364'de göre, iş sahibinin ücret ödeme borcu, inşa eserinin teslimi anında muaccel olur. Bu kuralın istisnaları ise, ara hakedişlerle ödeme usulü, kısmi ödeme usulü, avans ödeme usulüdür.[31]

---

[24] Bir eserin meydana getirilmesi ivazsız olarak taahhüt edilmişse, hakim görüşe göre vekalet sözleşmesi söz konusu olur. Bkz. Oser/Schönenberger, Art.363, Nr.7; Pedrazzini, 533; Bucher, 211; Tandoğan, Borçlar, 24; Tandoğan, İstisna Akdi, 321; Erman, Beklenilmeyen Haller, 18-19; Erdoğan, 136; Tunçomağ, Borçlar Özel, 956; Velidedeoğlu/Özdemir, 567. Eserin ücretsiz olarak meydana getirilmesinin borçlanıldığı sözleşmelerde diğer bir görüşe göre ise istisna sözleşmesi benzeri, kendisine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme söz konusudur. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Baygın, 14-15; Aral, 333; Kaplan, Ücret, 125; Hatemi/Serozan/Arpacı, 352; Eren, İnşaat, 52; Gauch, Nr.115; Bühler, Art.363, Nr.68; Zindel/Pulver, Art.363, Nr.6.

[25] Guhl/Druey/Koller/Schnyder, 539-531; Oser/Schönenberger, Art.363, Nr.6; Zindel/Pulver, Art.363, Nr.4-5; Tandoğan, Borçlar, 24; Baygın, 14; Altaş, Eser, 44.

[26] Kamu inşaat sözleşmelerinde Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak, bedelin önceden belirlenmesi ve sözleşmede yer alması zorunludur (KİK. m. 7/(e) bendi). Bkz. 1.Bölüm, §2, II, B.

[27] Koller, Art.363-366, Nr.50; Gauch, 33; Gehrer,102; Yavuz, 485; Tandoğan, Borçlar, 296-297; Aral, 382; Kaplan, Ücret, 129; Dayınlarlı, 147; Karahasan, İnşaat, 194; Becker, 591.

[28] İnşaat sahibinin ücret borcu yerine başka bir iş görme sözleşmesine konu olan bir edimi taahhüt etmesi durumunda ise çift tipli bir karma sözleşme söz konusu olur. Arsa payı inşaat sözleşmelerini buna örnek olarak verebiliriz. Bu sözleşmede iş sahibi inşa eseri karşılığında müteahhide belli bir arsa payının mülkiyetini devretmektedir. Erman, Arsa Payı, 1,4; Serozan, Borçlar, 64 vd.; Kartal, 19; Altaş, Eser, 44; Baygın, 14; Tandoğan, Borçlar, 28; Öz, Eser Sözleşmesi, 2; Seliçi, İnşaat, 8; Koller, Art.363-366, Nr.149; Gauch, Nr.326, Akkanat, İnşaat Sözleşmeleri, 63.

[29] BK. m. 366'ya göre bir inşa eserinin meydana getirilmesi için ödenecek ücret taraflarca yaklaşık olarak belirlenmişse, sonradan kesin olarak yapılan işin değerine ve müteahhidin masraflarına göre ücret tespit edilir. Ücrete genel masraflar ile müteahhit karı da eklenir. Altaş, Eser, 236; Altaş, Yaklaşık Ücret, 71 vd.; Gürpınar, 70; Erman, Beklenilmeyen Haller, 71 vd.

[30] Gürpınar, 68; Aral, 382; Kaplan, Ücret, 141; Zeltner, 5; Nr.10; Gauch, 288, Nr.1030.

[31] Kaplan, Ücret, 157 vd.; Gauch, 322; Nr.1162 vd.

İnşaat sözleşmesinin bir diğer unsuru ise, tarafların anlaşmasıdır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile meydana gelen inşaat sözleşmesi rızai bir sözleşmedir (BK. m. 1). Böylece tarafların meydana getirilecek eser ve karşılığında ödenecek ücret konusunda anlaşmış olmaları gerekli ve yeterlidir.[32]

II. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı, Hukuki Niteliği, Kuruluşu, Tarafları

A. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Konusu

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun adında yer alan "kamu ihale sözleşmeleri" ifadesi,[33] Kanunun genel gerekçesinde de değinildiği üzere, Avrupa Birliğinin kamu alımları direktiflerinde kullanılan terminolojinin bir yansımasıdır.[34] KİSK. m. 4'de, bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin, kamu sözleşmesi olduğu belirtildikten sonra, bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği, anılan Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olacağı, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Böylece geçmiş yıllarda idarece empoze edilen, idareye üstünlük sağlayan sözleşmeler yerine, hem özel hukuka hem de uluslararası hukuka uygun kamu ihale sözleşmelerinin kurulması öngörülmüştür.[35]

Buna göre kamu ihale sözleşmelerini, kamu idarelerinin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı

---

[32] Altaş, Eser, 46; Tandoğan, Borçlar, 28; Uygur, Eser, 44; Erman, Beklenilmeyen Haller, 20; Tunçomağ, Borçlar Özel, 959; Bühler, Art.364, Nr.8; Gauch, Nr.407.

[33] Bu terim, pozitif hukukumuza ilk defa Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile girmiştir.

[34] Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktiflerinde bu ifadeyi karşılayacak şekilde, malların tedariki ile hizmetlere ve yapım işlerine ilişkin kamu sözleşmelerinden bahsedilmektedir.

[35] Işık, H., 24.

sözleşmeler olarak tanımlayabiliriz.[36] KİK. m. 4'e göre sözleşme, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda kamu inşaat sözleşmelerini, kamu ihale mevzuatı hükümleri kapsamında, idarelerin Kamu İhale Kanununa göre yapacakları yapım işleri ihaleleri sonucunda, idare ile yüklenici[37] arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlayabiliriz.

Bir yapım işinin Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi olabilmesi öncelikle, sözleşmenin karşı tarafının (müteahhit- yüklenici) ihale yöntemlerinden birine göre belirlenmiş olması gerekir. Avrupa Birliği direktifleri ile UNCITRAL Model Kanununda yer alan ayrıma uygun olarak Kamu İhale Kanununda ihale konuları mal, hizmet ve yapım şeklinde üçe ayrılmış ve m. 4'de bu kavramların tanımına yer verilmiştir.[38]

KİK. m. 4'e göre yapım işleri; "*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri"* olarak düzenlenmiştir. Anılan düzenleme her ne kadar "Tanımlar" kenar başlığını taşımakta ise de, kanun koyucu tarafından yapım kavramı tanımlanmamış, aksine uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri en aza indirebilmek amacıyla her bir alım konusunun hangi gruba girdiği açıkça belirtilmek suretiyle tek tek sayma yöntemi benimsenmiştir. Ancak bu belirleme sınırlı sayıda olmayıp "gibi her türlü inşaat işleri" ve "benzeri yapım işleri" ifadeleri kullanılarak

---

[36] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 35, 67. Kamu ihale sözleşmelerinin bu tanımı, Kamu İhale Kanunundan hareketle yapılan bir tanımdır. KİK. m. 2'de, bu Kanunun, yine bu maddede sayılan "idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri" bakımından uygulanacağı öngörülmüştür.

[37] KİK. m. 4'e göre, ihale üzerinde kalan ve sözleşme imzalanan istekliye yüklenici denir.

[38] Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktiflerinde yapım işleri, direktif ekinde yer alan (1) nolu listede belirtilmiş, bu liste dışında kalan ve ürünlerin tedarikini içeren hususlar mal alımı, (2) nolu listede yer alan hususlar ise hizmet alımı olarak adlandırılmıştır. Tez konumuz yapım işlerine ilişkin sözleşmeler olduğundan, mal ve hizmet alımına ilişkin sözleşmeler değerlendirilmeyecektir.

maddede yer verilen belli başlı yapım işleri dışında benzer özellikler taşıyan diğer yapım işlerinin de bu kapsama dahil edilebilmesine imkan tanınmıştır.[39]

Kamu İhale Genel Tebliğinin 64.1. maddesinde de, Kamu İhale Kanununun yapım işlerini tanımlarken işleri sayma yöntemiyle belirlediği ve sayılan işlere nitelik itibariyle benzer işleri de söz konusu iş kapsamında kabul ettiği açıklamasına yer verilmiştir. Anılan düzenlemede, yapım işleri arasında sayılmayan bir işin yapım işi olarak kabul edilebilmesi için, bu işin yapılma tekniğinin ismen sayılan işlere benzerliği yanında, uygulama projesini ya da kesin projeyi de kapsayan teknik şartname gerektirmesi, yapım müteahhidinin uzmanlık alanına giren işlerden olması, vasıfsız işgücünden ziyade malzeme, makine ve ekipman girdisinin ağırlıklı olduğu işlerden olması ve istisnalar dışında, fen ve sanat kurallarına uygun olarak bir eserin meydana getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanununda, nakliye (taşıma) işlerinin "yapım" tanımı içinde düzenlenmesi kanaatimizce de isabetli olmamıştır (KİK. m. 4). Zira iş görme borcu doğuran hukuki ilişkilerin istisna sözleşmesi kapsamında kabul edilebilmesi için iş görme sonucu ortaya çıkan görünümün iş sahibi açısından bir yenilik arzetmesi ve bu yeniliğin hukuki ve fiili bir değere sahip olması gerekir. Kaldı ki taşıma sözleşmelerine dair özel hükümler bulunmaktadır ve bu hükümlerde boşluk bulunması durumunda da taşıma sözleşmelerine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu özellikleri göstermeyen taşıma işlerinin yapım işleri kapsamında kabul edilmesi bu yönüyle doğru olmamıştır.[40] Ayrıca, aynı hükümde geçen "hizmet" tanımında da[41] taşıma işlerine yer verilerek çelişkili bir düzenleme yapılmıştır.

Tanımda ki bir diğer isabetsizlik, "büyük onarım" işlerinin yapım işlerine dahil olacağı düzenlenmişken, yine aynı maddede geçen "hizmet" tanımında da,

---

[39] Uslu /Demirel, 53.

[40] Karaca, 36.

[41] KİK. m. 4'de; "*Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri*," olarak tanımlanmıştır.

"bakım ve onarım" ın yer almasından kaynaklanmaktadır. Bakım ve düzeltme işleri yapım işlerinin (istisna sözleşmesinin) geniş anlamda meydana getirme tanımına dahil iş görme eylemleridir. Bu iş görme eylemleri sonucunda ortaya çıkan sonuç, maddi olsun veya olmasın bütünlük arzeden yeni bir edim sonucu şeklinde ise artık ortadaki sözleşmenin yapım işi olduğundan şüphe duymamak gerekir. Kanun koyucunu ne miktarın üzerindeki bakım ve onarım işlerinin yapım işine dahil olacağını belirtmiş değildir. Bu sebeple "büyük" kelimesinin nasıl anlaşılması gerektiği belli değilken, ihale mevzuatına bakılarak, bakım ve onarım işinin hizmet mi yapım işi mi olduğunu tayin etmek mümkün değildir.[42] Bu konuda, bazı yazarlar yapım işleri ile ilgili her türlü onarım işlerinin yapım kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, yapım işleri dışında kalan makine, teçhizat, donanım, sistem, araç gereç gibi unsurların bakım ve gerekirse onarımlarının yapılmasına ilişkin işlerin ise hizmet tanımına girdiğini savunurken,[43] bazı yazarlar ise, büyük onarımların yapım, küçük onarımların ise hizmet alımı ihalesi ile gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.[44]

B. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğini incelemeden önce, bir üst başlık olan kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi mi, yoksa idari sözleşme mi olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin görüşleri esas itibariyle dört ana başlık altında toplamak mümkündür.[45]

Bu görüşlerden ilki olan kamu hukuku teorisine göre, kanunda açıkça özel hukuk kurallarının uygulanacağı düzenlenmedikçe, gerek ihale sürecinin gerekse de bu sürecin sonunda imzalanan kamu ihale sözleşmesinin kamu hukuku kurallarına

---

[42] Karaca, 36.

[43] Gök, Kanun, 97.

[44] Altun, 91 vd.

[45] Görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 74 vd.

tabi olması gerekir.[46] Bir diğer teori olan özel hukuk teorisine göre ise, sözleşme yapma hazırlıklarının, yani ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında bir özel hukuk sözleşmesi kurulmuş olur. Böylece gerek sözleşmenin yapılmasından önceki dönem, gerekse sözleşmenin yapılmasından sonraki dönem bir bütün teşkil eder ve kamu ihale sözleşmeleri özel hukuka tabi olur.[47]

Ayrılabilir işlem teorisi ise, Fransız Hukukunda ortaya atılan ve kamu ihale sözleşmelerini kural olarak idari sözleşme olarak nitelendiren bir teoridir. Bu teori, idarenin taraf olduğu sözleşmelere karşı iptal davası açılamaması, sadece tam yargı davasına konu edilebilmesi esasının yol açtığı sorunlara bir çözüm bulmak amacıyla geliştirilmiştir.[48] Ayrılabilir işlem teorisine göre, idarenin taraf olduğu sözleşmeye ilişkin her işleminin temelinde bir idari işlem mevcuttur ve sözleşmeden ayrılabilen bu idari işlemlerin iptali dava edilebilir. İhale açılması, isteklilerden birinin ihale dışı bırakılması, ihalenin sonuçlandırılması ve sözleşme yapma kararı alınması, sözleşmenin feshi gibi işlemler, bu anlamda sözleşmeden ayrılabilen işlemler olup, taraflarca veya menfaati ihlal edilenlerce idari yargı makamları önünde iptal davasına konu edilebilir.[49]

İsviçre Hukukunda hakim görüş olan ve Türk Hukukunda da geçerli olan[50] iki aşama teorisine göre ise, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşamalı bir işlem söz konusudur. İhale sürecinin başlangıcı, ihale işleminin yapılması ve sonuçlandırılmasını kapsayan ve sözleşme yapılmasına kadar olan birinci aşamada idarenin yaptığı her türlü eylem ve işlem idari bir nitelik taşımakta olup idare hukuku kurallarına tabidir. İkinci aşamada yapılan sözleşme ise tamamen özel hukuka tabi olup, bu konudaki uyuşmazlıkların karara bağlanma yeri

---

46 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 74.

47 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 75.

48 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 78.

49 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 78.

50 Türk idare hukuku doktrininde ve Danıştay kararlarında ayrılabilir işlem teorisi kavramına sıkça rastlanmakla birlikte, hakim olan teori aslında iki aşama teorisidir. Zira Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Ayrıca yeni kamu ihale mevzuatı, sözleşmenin kurulması aşaması ile ihale aşamasını kendisi ayırmış ve idarenin ihale işlemlerine karşı önce idareye, sonra Kamu İhale Kurumuna, sonra da idari yargıya başvurulacağını KİK. m. 54-57'de açıkça düzenlenmiştir. Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 80, 85 vd.

adli yargı veya sözleşmede öngörülmesi kaydıyla tahkim mahkemesidir.[51] Türk İdare Hukukunda[52] ve yargı kararlarında da[53] iki aşama teorisi hakimdir ve kamu ihale sözleşmeleri özel hukuka tabi sözleşmeler olup, sözleşmelerden doğan ihtilaflar adli yargıda çözümlenir.

Yeni Türk ihale mevzuatı da iki aşama teorisine uygun hükümler içermektedir. Türk kamu ihale sistemi öncelikle, sözleşmenin kurulmasından önceki aşama ile sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı farklı kanunlarda düzenleyerek şekli bir ayrıma gitmiştir. İdari işlem niteliğinde olan ve idari yargı denetimine tabi bulunan kamu ihalelerinin karara bağlanması ve onaylanması aşamasına ilişkin usul ve esaslar Kamu İhale Kanununda, sözleşmenin kurulması ile başlayan ve özel hukuka tabi olan aşamaya ilişkin usul ve esaslar ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiştir. Aynı zamanda içerik itibariyle de Türk ihale mevzuatı, iki aşama teorisine uygun düzenlemeler içermektedir. Şöyle ki, KİK. m. 55'e göre sözleşme imzalanmadan önce ihale işlemlerine ilişkin olarak önce ihaleyi yapan idareye başvurulur. İdareye şikayet başvurusu kural olarak ihale

---

51 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 84.

52 Balta, 187; Gözübüyük, 145; Gözübüyük/Tan, 410; Günday, 191-192; Şimşek, 181; Karaca, 33; Kutlu, 92-93. Seliçi, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ile ilgili yaptığı yorumunda, ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve ihtilafların adli yargıda görüleceğini ifade etmiştir. Seliçi, İnşaat, 12, dn. 23.

53 "…Kural olarak devlet ihalesinde sözleşmenin yapılması aşamasına kadar ortaya çıkan çekişmelerin giderilme yeri idari yargı, sözleşmenin yapılmasından sonra doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise adli yargıdır." Y.15.HD. 1.11.2001, 2801/4934 sayılı karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. "…Anlaşmazlığın ihalenin kesinleşmesinden sonraki safhada, şartname hükümlerine uygun olarak düzenlenen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması aşamasında doğmasına, bu safhada tesis olunan işlemlerin (olayda olduğu gibi fesih işleminin) özel hukuk alanına ilişkin bulunmasına göre sözleşmenin feshi koşullarının oluşup oluşmadığının ve feshi gerekip gerekmediğinin, anılan sözleşme incelenerek özel hukuk hükümlerini uygulayacak adli yargı yerinde görülmesi gerekir." UYM. 2.3.1987, 2/7 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 53, dn. 2. "… 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemler 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olup, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemler ise, anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabidir." DİDDGK. 7.3.2003, E:2002/725, K:2003/88 sayılı karar için bkz. Gözler, 471. "…olayda, 4734 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılan ihale sonucunda İZFAŞ ile yüklenici arasında …..için 4735 sayılı Yasa hükümlerine göre sözleşme düzenlendiği; yüklenicinin taahhüdünü sözleşme ve eki şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmediği ve işi süresinde bitiremediği nedeniyle İZFAŞ tarafından sözleşmenin feshedilmesi üzerine uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, dava konusu edilen inşaat yapım sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması karşısında, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır…" UMK. 16.5.2005, 16/36 sayılı karar için bkz. Doğanyiğit, 1173.

işlemlerini durdurur. Şikayetin reddedilmesi halinde ise anılan Kanunun 56. maddesine göre yine sözleşme imzalanmadan önce Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulur. Süre ve usullere uygun olarak sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazen şikayet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınmaz.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı düzenlemesine yer verilmiştir (KİSK. m. 4/III). Bu düzenleme ile idari sözleşmelerde asla söz konusu olmayan, özel hukuka tabi sözleşmelerin karakteristik özelliğini oluşturan "tarafların eşitliği" ilkesi emredici nitelikte düzenlenerek, Kamu İhale Kanununa tabi ihaleler sonucunda kurulan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca KİSK. m. 36'da, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenerek bu nitelik iyice pekiştirilmiştir.[54]

Bu kapsamda bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu inşaat sözleşmeleri, BK. m. 355-371 arasında düzenlenen istisna sözleşmesi niteliğindedir. İnşaat sözleşmesinin taraflarının özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olması ile kamu hukuku tüzel kişisi olması, sözleşmenin Borçlar Hukukuna tabi istisna sözleşmesi niteliğini bertaraf edemez.

İstisna sözleşmesi niteliğinde olduğu dikkate alındığında inşaat sözleşmesinin tam iki taraf borç yükleyen, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte bir sözleşme olduğu görülmektedir.[55] İnşaat sözleşmesi niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Müteahhit ve iş sahibi birbirlerine karşı bir edim üstlenmektedir. Tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları asli edimler, müteahhidin meydana getirme ve teslim etmeyi borçlandığı inşa eseri ile iş sahibinin ücret

[54] Doktrinde, kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımadığı, sözleşmenin konusuna ve ihtiva ettiği hükümlere göre idari sözleşme olarak değerlendirilebileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Gözler, 470-471; Günday, 190-191; Tekinsoy, 223.

[55] Gauch, Nr.11; Zindel/Pulver, Art.363-379, Nr.12-16; Altaş, Eser, 48 vd.; Aral, 326; Eren, İnşaat, 51; Feyzioğlu, Borçlar Özel, 26; İnan, 79.

ödemeyi taahhüt etmesinden ibarettir.[56] Böylece tarafların edimleri birbiri ile değiş tokuş ilişkisi içindedir.[57] İnşaat sözleşmesi aynı zamanda rızai nitelikte bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması için inşa eserinin teslimi gerekmemekte, müteahhidin ve iş sahibinin karşılıklı, birbirine uygun irade beyanları sözleşmenin meydana gelmesi bakımından yeterli olmaktadır. Eserin teslimi ise, sözleşmede ifa süreci ile ilgili bir hususdur.[58] İnşaat sözleşmesi ile taraflardan biri (müteahhit) bir inşa eseri meydana getirmeyi, buna karşılık diğer taraf da (iş sahibi) müteahhide bir ücret ödemeyi taahhüt eder. Bu unsur inşaat sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olup, onun ivazlı bir sözleşme olduğunu göstermektedir.[59]

İnşaat sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi veya ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu hususu doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. İnşaat sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilirse, sözleşme ancak ileriye yönelik olarak feshedilebilir. Buna karşın ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilirse, sözleşmeden geriye etkili olarak da dönülebilir.[60]

Genel olarak istisna, özel olarak da inşaat sözleşmeleri, bir görüşe göre[61] sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdir. Bu görüşü savunanlara göre, inşaat sözleşmesi ile müteahhit bir sonucun gerçekleştirilmesi olan inşa eserinin teslimi yanında, bunun için gerekli olan faaliyetleri yani iş görme edimini de üstlenir. Bu iş görme edimi genellikle uzun sürdüğü ve zamana yayıldığından inşaat sözleşmesinin sürekli bir sözleşme olduğu ileri sürülmektedir.[62]

---

[56] Eren, İnşaat, 51; Aral, 326; Altaş, Eser, 48; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 16; Duman, 46.

[57] Doktrinde edimlerin bu şekilde değişim ilişkisine "synallagma" adı verilmektedir. Eren, Borçlar, 194; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 53; Oğuzman/Öz, 45-46; İnan, 80. Ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, 8 vd.

[58] Aral, 326; Altaş, Eser, 49.

[59] Oser/Schönenberger, Art.363, Nr.7; Pedrazzini, 533; Bühler, Art.363, Nr.68; Zindel/Pulver, Art.363, Nr.6; Eren, İnşaat, 51; İnan, 79; Feyzioğlu, Borçlar Özel, 26.

[60] Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi, 5-7; Selimoğlu, 186; Altaş, Eser, 49; Öz, Eser Sözleşmesi.

[61] Tercier, No.3286, 3418; Serozan, Dönme, 173-174; Celal, 81; Erman, Beklenilmeyen Haller, 10-11; Erman, Düşünce, 212, Özyörük, 50 vd.; Karayalçın, 107-108.

[62] Serozan'a göre, istisna sözleşmesinde bedel, sadece teslim için değil işin yürütümü içinde taahhüt edilmektedir. Bu nedenle işin yürütülmesine ilişkin fiillerin ifa değil, sadece ifaya hazırlık hareketi sayılması yerinde olmayacağından, bu sözleşmelerin daima sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmektedir. Ancak yazar, menfaatler durumunun gerektirdiği hallerde, ani edimli borç ilişkilerine dair hükümlerinde uygulanabileceğini kabul etmek suretiyle görüşünü yumuşatmıştır. Serozan, Dönme, 184.

Bir diğer görüşe göre[63] inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmesinde edim sonucu inşa eserinin tamamlanması ve bunu takip eden inşa eserinin iş sahibine teslimi ile meydana gelir. İnşaat sahibinin ifaya olan menfaati bakımından, bir zaman dilimi boyunca süren edim fiilleri sürekli borç ilişkisi oluşturmaz. Bunlar sadece müteahhidin ifa için yaptığı hazırlık çalışmaları olarak nitelendirilebilir.[64] Sözleşmede belirtilen sonuç tam olarak yerine getirilmeden ifadan söz edilemez. İnşaat sözleşmesi bir sonuç sözleşmesi niteliği taşıdığı için, ifa bu sonucun gerçekleşmesiyle bir anda olur. Böylece hazırlık faaliyetleri uzun sürse bile, bu durum inşaat sözleşmesine sürekli sözleşme niteliğini kazandırmaz.[65]

Karma görüşe göre ise,[66] inşaat sözleşmesi hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Bu görüşe göre inşaat sözleşmesi mutlak olarak ne ani edimli bir sözleşme ne de sürekli bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmeleri müteahhidin teslim borcu açısından "ani edimli", çalışma borcu açısından "sürekli edimli" sözleşme niteliğindedir. Bu sebeple, eserin teslim borcuyla ilgili ihtilaflarda ani edimli sözleşmelerin tabi olduğu kuralların, çalışma borcu ile ilgili ihtilaflarda "sürekli edimli" sözleşmelere ait kuralların uygulanması yerinde olur. Yargıtay istisna sözleşmesini "geçici-sürekli karmaşığı bir sözleşme ilişkisi" olarak nitelendirmektedir. *"...iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütaala edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış*

---

[63] Gauch, Nr.9; Zindel/Pulver, Art.363-379, Nr.14; Koller, Art.363-366, 57, Nr.161; Öz, Eser Sözleşmesi, 20; Öz, İnşaat, 125; Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi, 26; Celal, 81; Aral, 326-327; Yavuz, 452; Selimoğlu, 186; Tandoğan, Borçlar, 59-60; Karahasan, İnşaat, 55; Eren, İnşaat, 52; Eren, Borçlar, 100; Uygur, Eser, 55-56; Dirican, 5; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 7; Buz, İş Sahibi, 258; Altaş, Eser, 49; Ozanoğlu, 62; Karaca, 39 vd.

[64] Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi, 26; Karaca, 40; Öz, Eser Sözleşmesi, 9; Dirican, 6; Von Tuhr/Peter, 49.

[65] Bu görüşün Türk Hukukundaki savunucularından Öz'e göre, istisna sözleşmesi ani edimli olmakla birlikte, sözleşme özgürlüğü gereğince istisnaen sürekli borç ilişkisi doğuran istisna sözleşmeleri de kurulabilir. Öz, Eser Sözleşmesi, 20-21; Altaş, Eser, 50; Oğuzman/Öz, 9; Baygın, 21. Gauch'a göre yüklenicinin borcu, sonucun meydana getirilip teslimiyle ifa edilmiş olur, yoksa ifa zamanla gerçekleşiyor olmaz. Gauch, 4, Nr.9. Seliçi'ye göre edim sonucunun gerçekleşmesi, meydana getirilen eserin teslimi ile bir anda olduğundan istisna sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Ancak kanun koyucu istisna sözleşmesinde, borçlunun edim fiilini düzenlerken, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları da göz önünde tutmuştur. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 26.

[66] Eren, İnşaat, 52; Eren, Müteahhit, 63; Erman, Arsa Payı, 8; Serozan, Dönme, 173; Sungurbey, Medeni Hukuk, 466 vd. Karahasan, İnşaat, 122-124.

olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici-sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır…"[67]

İnşaat sözleşmesinin ani edimli veya sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunun tespiti, işin uzun veya kısa bir zamanda devam etmesine bağlı değildir. Bu konuda sözleşmeye karakteristiğini veren, asli edimin ifa edilmesinin zaman unsuru açısından taşıdığı özelliktir.[68] İnşaat sözleşmesinde borçlunun, edimini yerine getirmek için bazı davranışlarda bulunması gerekmektedir. Buna göre borçlu (müteahhit) edim sonucunu meydana getirmek için sözleşmeye uygun davranışlarda bulunup, buna aykırı ve engelleyici davranışlardan kaçınmalıdır. Bunlara "edim fiili" denilmektedir. İkinci olarak edimin yerine getirilmesi alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesine bağlıdır. Buna da "edim sonucu" adı verilmektedir. Böylece ani edimli borç ilişkileri ile sürekli borç ilişkileri arasındaki kıstas edim sonucuna yönelik olmalıdır.[69]

Biz de inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu savunan hakim görüşü paylaşmaktayız. Zira edim sonucu inşa eserinin tamamlanması ve bunun teslimiyle gerçekleşmiş olur. İstisnai hallerde doğacak menfaatlerin zamana yaygın olması sebebiyle, inşaat sözleşmesi sürekli borç ilişkisi de doğurabilir.[70]

---

[67] YİBK. 25.1.1984, E:1983/3, K:1984/1 sayılı kararı, YKD. Nisan 1984, 501 vd., RG. T.27.2.1984, S.18325.

[68] Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi, 4-5; Baygın, 19; Kamber, 37; Öz, Eser Sözleşmesi, 13.

[69] Baygın, 20; Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi, 7.

[70] Öz, Eser Sözleşmesi, 20-21; Baygın, 21; Altaş, Eser, 50; Oğuzman/Öz, 9; Baygın, 21.

C. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Şekli

1. Sözleşmenin Kuruluşu

Kamu kurum ve kuruluşlarının ihale yapmasındaki amaç, kamu ihtiyaçlarının karşılanması için kimin ile sözleşme yapılacağını belirlemektir. Kamu ihale sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı, Borçlar Kanununun sözleşmelerin kurulmasına ilişkin esaslarının, aksine bir düzenleme bulunmadıkça bu sözleşmelere de uygulanacağı ve kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin, Borçlar Kanununda düzenlenen istisna akdi niteliğinde olduğu yukarda izah edilmiştir.[71] Buna göre genel olarak sözleşme BK. m. 1 vd. hükümlerine göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması sonucu kurulur. Borçlar Kanununa göre, yapılan icabın kabul edilmesi ile akit in'ikad eder.[72]

İdarenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ihale açması, hukuki niteliği itibariyle bir "icaba davet"tir.[73] Böylece ihaleyi açan kurum, ihale konusu mal, hizmet veya yapım işine ihtiyaç duyduğunu ve buna ilişkin sözleşme yapmak istediğini duyurmakta, ilgilenen isteklileri kendisine teklifte bulunmaya davet etmektedir.

İsteklilerin ihaleye katılarak teklif[74] sunmaları ise, hukuki niteliği itibariyle bir "icap"tır.[75] İstekliler yaptıkları icap (teklif) ile tekliflerin geçerlilik süresince bağlı olup, bu sürenin ihale ilanında ve dokümanda belirtilmesi gerekir (KİK. m. 24/(m) bendi, m. 32). Herhangi bir süreden bahsetmeksizin isteklilerin tekliflerini sunmaları halinde, ihale ilanında belirtilen süreyi kabul ettikleri varsayılır. İsteklinin ihale ilanında belirlenen süreden daha uzun bir süre öngörmesi halinde, bu süre geçerli olur. Teklif geçerlilik süresi, idarece ihtiyaç duyulması halinde, teklif ve sözleşme

---

71 Bkz. 1. Bölüm, §1, II, B.

72 Geniş bilgi için Bkz. Eren, Borçlar, 203 vd.

73 Kutlu, 96, 99; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 218.

74 KİK. m. 4'de; "*Teklif: Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgileri"* olarak tanımlanmıştır.

75 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 218; Kutlu, 96, 99.

koşulları değiştirilmemek ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatılabilir (KİK. m. 32).[76]

BK. m. 9/I hükmüne göre, geri alma haberi icaptan daha önce veya aynı zamanda muhataba ulaşır veya icaptan sonra ulaşmakla birlikte muhatap ilk olarak geri alma beyanından haberdar olursa, icap yapılmamış sayılır. Ancak KİK. m. 30'da düzenlenen, verilen tekliflerin zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamayacağı ve değiştirilemeyeceği[77] hükmü karşısında, Borçlar Kanununun anılan hükmünün uygulanma imkanı kalmamıştır. Bu nedenle teklifin ihaleyi açan idareye ulaşmasından sonra gerçekleşecek bir geri almanın, hukuki sonuç doğurmayacağının kabulü gerekir.[78]

İhaleyi açan idarenin ihale kararını alması ile karar verme süreci tamamlanmış olur. İhale kararı, idarenin, ihalede sunulan teklifleri ihale kriterleri açısından değerlendirmesi sonucunda kiminle sözleşme yapabileceğine ilişkin iradesinin oluştuğunu gösteren bir idari işlemdir.[79] KİK. m. 40/I'de, ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı, aynı hükmün altıncı fıkrasında, ihale yetkilisinin, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 41. maddesinde ise, ihale sonucunun, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, teklif veren bütün isteklilere bildirileceği, ihale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verileceği, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılacağı düzenlenmiştir.

İdarenin, ihale kararını almasından sonra kabul beyanında bulunarak sözleşmeyi imzalaması gerekir. Buna göre, ihale yetkilisince kararın onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini

---

[76] İsteklinin teklif geçerlilik süresinin uzatılmasını kabul etmemesi durumunda, artık geçerli bir teklif kalmadığından ihale süreci fiilen sona ermiş olacaktır. Uz, 281.

[77] Altun, 245; Uz, 275.

[78] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 221.

[79] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 222.

izleyen on gün içinde kesin teminatı[80] vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir (KİK. m. 42). İdarenin de kabul iradesini yazılı sözleşmeyi imzalamak suretiyle beyan etmesi gerektiğinden, kamu ihale sözleşmelerinde BK. m. 6'da düzenlenen zımni kabulün uygulanma imkanı ortadan kalkmıştır.[81]

Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan idarelerin yapım işleri ile mal ve hizmet alımlarının sonuçlarının, en geç onbeş gün içinde Kuruma bildirileceği, bu sonuçlardan Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olanların Kurum tarafından Kamu İhale Bülteninde yayımlanacağı düzenlenmiştir (KİK. m. 47). Buradaki ihale sonucunun ilanı kurucu bir etkiye sahip olmayıp, bildirici niteliktedir. İlandan öncede kamu ihale sözleşmesi geçerli olarak kurulur ve hüküm ifade eder.[82]

2. Sözleşmenin Şekli

BK. m. 11 gereğince, inşaat sözleşmesinin geçerliliği kural olarak bir şekil şartına bağlı değildir. Bu sözleşme tarafların sarih irade beyanı ile kurulacağı gibi zımni irade beyanı ile de kurulabilir.[83] Ancak BK. m. 16 gereğince taraflar kanunen yazılı şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması hususunda anlaşırlarsa, sözleşme kararlaştırılan bu şekle uygun olarak yapılmadıkça tarafları bağlamaz[84]. Bu durumda iradi geçerlilik şartı söz konusu olur. Uygulamada taraflar büyük ve önemli inşaat sözleşmelerini yazılı, hatta resmi şekilde yapmaktadırlar.

---

[80] Kesin teminat, isteklinin taahhüdünü sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine göre yerine getirmesini garantilemek için alınan bir teminattır. İhale üzerinde kalan istekli, ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında ve Kamu İhale Kanununda teminat olarak kabul edilecek değerlerden birisiyle kesin teminatı yatıracaktır. KİK. m. 34'e göre, teminat olarak kabul edilecek değerler; tedavüldeki Türk Parası, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerdir. İlgili mevzuatına göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektupları da teminat olarak kabul edilir.

[81] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 226.

[82] Uslu /Demirel, 570; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 227.

[83] Giger, 24 vd.; Tandoğan, Borçlar, 28-29; Aral, 333; Eren, İnşaat, 57; Zevkliler, 330; Dayınlarlı, 20; Erman, Arsa Payı, 20; Erdoğan, 137; Kostakoğlu, 927; Altaş, Eser, 47.

[84] Altaş, Şekle Aykırılık, 69 vd.

Keza Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 288 gereğince, belli meblağı aşan sözleşmelerden doğan alacağın yazılı şekilde ispatlanması gerekmektedir.

Sözleşme, ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır (KİK. m 46). Yüklenici, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli; ihale yetkilisi ise idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri[85] olarak tanımlanmıştır[86] (KİK. m. 4). Yüklenici ortak girişim ise ortak girişimin bütün ortakları sözleşmeyi imzalayacaktır (KİK. m. 46).

Kamu İhale Kanununda sözleşme, idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma olarak tanımlandığından, sözleşmenin yazılı olarak yapılması zorunludur (KİK. m. 4). İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe, sözleşmelerin hukuken geçerli olabilmesi için noter tarafından onaylanması ve tescili zorunlu değildir.[87] Anılan düzenlemede öngörülen şekil zorunluluğunun geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız görüşe göre Kamu İhale Kanunu açısından bu tartışmanın pratik bir değeri bulunmamaktadır. Çünkü kamu ihale sözleşmesi tarafların hazır bulunduğu bir ortamda idarenin kabul beyanını yazılı olarak açıkladığı, yani sözleşme metnini imzaladığı anda kurulmuş olacaktır. İdarenin bu şekilde, şekle tabi bir kabul beyanı bulunmadığı sürece, kamu ihale sözleşmesinin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Oysa geçerlilik şekli ispat şekli tartışması, tarafların icap ve kabul iradelerini sözlü olarak da açıklamalarının hukuken mümkün olduğu durumlarda ortaya çıkar.[88] Ancak idarece ihale

---

[85] Sözleşme yapma ve ödemede bulunma yetkisine sahip olan ihale yetkilisinin, sözleşmeyi imza yetkisini devretmesi mümkündür. İmza yetkisi devrinin, yazılı olarak yapılması, yetki sınırlarının açıkca belirlenmesi, yetki devreden veya devralanın değişmesi halinde devir işleminin yenilenmesi esaslarına uyulması gerekmektedir.

[86] KİK m. 4 anlamında ihale ve harcama yapma yetkililerinin kimler olduğu, yetkinin bulunmamasının veya kapsamının aşılmasının meydana getireceği hukuki sonuçlar için bkz. Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 284 vd..

[87] KİK. m. 46, 4964 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, belirli parasal değerin üzerindeki ihalelerde sözleşmenin noterce onaylanması ve tescilini zorunlu kılmaktaydı. Devlet İhale Kanuna tabi inşaat sözleşmelerinin yazılı şekilde ve noterlikçe imza tasdiki şeklinde onaylı yapılması yeterli ve gereklidir. Ayrıca noterlikçe re'sen düzenleme şeklinde bir inşaat sözleşmesinin yapılması şart değildir (DİK. m. 4, 54, 61, 57, 71 vd). Tandoğan, Borçlar, 24; Eren, İnşaat, 58; Kaplan, Ücret, 123; Uygur, İnşaat, 93; Öz, İnşaat, 18; Şimsek, 197; Aşçıoğlu, 325.

[88] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 229.

dokümanına (idari şartnameye), sözleşmenin noterce onaylanıp tescil edildikten sonra geçerli olacağı şartı konmuş ise, bu şart bir geçerlik şartıdır.[89]

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasında, kapsama dahil kurum ve kuruluşlarda uygulama birliğini sağlamak amacıyla Tip Sözleşmelerin hazırlanacağı ve idarelerce yapılacak sözleşmelerde bu tip sözleşmelerin esas alınacağı öngörülmüştür[90] (KİSK. m. 5). Tip sözleşmelerin özelliği, sözleşmenin tüm hükümlerinin önceden bir tarafça belirlenmesi ve sözleşmenin diğer tarafının hazır olan bu metni imzalamasıyla sözleşmenin kurulmasıdır. Kamu ihale sözleşmelerinde de ihaleyi yapan idare ile ihaleyi kazanan yüklenicinin, ihalenin konusuna göre hazırlanan tip sözleşmeyi imzalaması ile sözleşme kurulmuş olur.

Buna göre KİSK. m. 6'da düzenlenen sözleşme türleri itibariyle uygulanacak sözleşmeler Kamu İhale Kurumunca hazırlanmış ve yayımlanmıştır.[91] Tip sözleşmelerde, uygulanması zorunlu standart hükümler[92] yanında, idarelerin takdirine bırakılan seçimlik hükümler ile işin niteliği gereği ilave edilmesi ihtiyacı olan "Diğer hususlar" bölümü öngörülmüştür. Tip sözleşmelerdeki standart hükümleri idareler aynen almak, takdire bırakılan hususlar ile diğer hususları da işin gereklerine göre hüküm altına almak suretiyle sözleşmeleri düzenleyeceklerdir.

---

89 Gök, Kanun, 727; Altun, 264.

90 KİSK. Geçici 1. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılacak sözleşmelerin ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanacağı ve Resmi Gazetede yayımlanacağı, bunların yürürlüğe konulmasına kadar idarelerin, mevcut sözleşme esas ve hükümlerini uygulamaya devam edecekleri, anılan Kanunun 5. maddesinde ise, Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmelerin Resmi Gazetede yayımlanacağı, idarelerce yapılacak sözleşmelerin Tip Sözleşme hükümleri esasa alınarak düzenleneceği hükümleri yer almaktadır.

91 Mal ve hizmet alımları, danışmanlık hizmet alımları ve yapım işleri için ayrı ayrı olmak üzere Tip Sözleşmeler 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmi Gazetede, Tip Sözleşme hükümlerinde ve türlerinde yapılan değişiklikler ise 05.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

92 KİSK. m. 7'de, ihtiyaçların Kanuna uygun bir şekilde karşılanmasını sağlamak üzere sözleşmelerde gösterilmesi zorunlu hususlar sıralanmıştır.

D. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tarafları

1. Genel Olarak

Genel olarak inşaat sözleşmesinin tarafları iş sahibi ile müteahhittir. İş sahibi, inşaat işini bir ücret karşılığında müteahhide yaptıran ve bunu teslim almakta menfaati olan, genelde üzerinde inşaat yapılan arzın sahibi olan özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi veya kamu hukuku tüzel kişisidir.[93] İnşaat sözleşmesi gereğince riski kendine ait olmak üzere, iş sahibi tarafından ödenecek bir bedel karşılığında, inşaatın tamamını veya bir kısmını meydana getirip teslim etmeyi taahhüt eden özel hukuk gerçek ve tüzel kişisine ise müteahhit denir.[94]

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde ise taraflar, idare ve yüklenici olarak tanımlanmaktadır. KİK. m. 4'de idare, ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar, yüklenici[95] ise, ihale üzerinde kalan ve sözleşme imzalanan istekli olarak tanımlanmıştır. Buna göre sözleşmenin idare tarafında, bir kamu tüzel kişisi ya da Kamu İhale Kanunu kapsamında olan bir özel hukuk tüzel kişisi bulunabilir. Hatta kamu tüzel kişiliğine sahip olmamakla birlikte devlet teşkilatı içerisinde yer alan, ihale ve harcama yapmaya yetkili kılınmış ve bağlı olduğu kamu tüzel kişisi (ya da devlet tüzel kişiliği) adına hareket eden idari birimler de sözleşmenin tarafı olabilir[96]. Sözleşmenin yüklenici tarafında ise, bir gerçek veya tüzel kişi ya da ihaleye teklif vermek üzere bir araya gelmiş birden fazla gerçek ve/veya tüzel kişinin oluşturduğu ancak kendi tüzel kişiliği bulunmayan bir adi ortaklık olabilir.

---

93 Eren, İnşaat, 50; Tandoğan, Borçlar, 2.

94 Doktrinde ve uygulamada iş sahibine ısmarlayan, müteahhit kavramı yerine de "yüklenen, yüklenici, ısmarlanan, üstenci" deyimleri de kullanılmaktadır. Tandoğan, Borçlar, 2; Eren, İnşaat, 50; Sungurbey, Ücret Ödeme, 173 vd.; Sungurbey, İnşaat Sözleşmeleri, 781 vd.; Sungurbey, Borçlunun Direnmesi, 13 vd.; Sungurbey, Notlar, 749 vd.; Tunçomağ, Borçlar Özel, 949.

95 Biz de çalışmamızda "yüklenici" kavramını kullanacağız.

96 Tüzel kişiliği olmayan genel müdürlükler ve bakanlıkların taşra teşkilatında yer alan il ve ilçe müdürlükleri gibi.

2. İş Sahibi (İdare)

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin tarafı olan iş sahibinin kimler olabileceği, KİK. m. 2 ve 3'de özel olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanununun "Amaç" başlıklı 1 nci maddesinde, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının, yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usuller bakımından bu Kanuna tabi olduğu düzenlenmiş ve bu düzenleme, anılan Kanunun 2 nci maddesi ile daha somut hale getirilerek iş sahibi idare kavramına kimlerin girdiği açıklanmıştır.

Buna göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri[97] ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler; kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri; sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar; yukarda belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri ile 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar bu Kanun Kapsamında iş sahibi idare tanımına girmektedir (KİK. m. 2).[98]

Kamu İhale Kanununda kapsam oldukça geniş tutulmakla birlikte,[99] kapsama dahil kurum ve kuruluşların bir takım kamu alımları Kanundan istisna tutulmuştur. Anılan Kanunun 3. maddesinde düzenlenen istisna hükmüne göre, kural olarak Kanuna tabi olan idarelerin belli mal veya hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve yasaklamaya ilişkin hükümleri hariç Kamu İhale Kanununa tabi değildir.

---

[97] Genel bütçeye dahil idarelerin neler olduğu 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 28. maddesi 2. bendine göre her yıl Genel Bütçe Kanununda yayınlanmaktadır.

[98] Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır (KİK. m. 2/son fıkra).

[99] Kamu İhale Kanununun kapsamına dahil edilen kuruluşların sayısının Devlet İhale Kanununu kapsamına dahil olan kuruluşlardan daha fazla olduğu görülmektedir.

3. Yüklenici (Müteahhit)

Yüklenici gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi ve özelikle anonim, limited veya kollektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık da olabilir. Keza yükleniciyi adi şirket şeklinde görmek de mümkündür. Özellikle konsorsiyum veya iş ortaklıklarında (joint venture), inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafı birden çok şirketin bir araya gelmesi ile oluşan bir gruptur.[100] Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin gerçek veya tüzel kişi olması, hem sözleşmenin kurulması aşamasında kendisinden istenecek ekonomik ve mesleki yeterliğin tespitine yarayan belgelerin hem de sözleşmenin sona erme sebeplerinin değişmesine neden olacaktır.

Yüklenicinin yapmayı taahhüt ettiği inşaat işi için yeterli ekonomik güce, mesleki bilgiye ve tecrübeye sahip olup olmadığının belirlenmesi amacıyla istenen belgelerin,[101] ihale komisyonunun değerlendirmesi amacıyla teklif ekinde sunulması gerekmektedir. Ayrıca Kamu İhale Kanununda düzenlenen ihale dışı bırakılma hallerinden birinin de gerçekleşmemiş olması gerekmektedir (KİK. m. 10). Yine yüklenicinin ihalelere katılabilmesi için KİK. m. 11'de sayılan ihaleye katılması yasak olan kimselerden olmaması gerekmektedir. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, ihalenin yükleniciye yapılması kararı geri alınır,[102] geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir (KİK. m. 11).

Ayrıca yüklenicinin inşaat sözleşmesinin tarafı olması ve mevcut sözleşmenin devamı için hem ihale sürecinde hem de sözleşmenin imzalanmasından sonra kamu ihale mevzuatında belirtilen yasak fiil ve davranışlarda da bulunmaması gerekir

---

[100] Müşterek İş Ortaklığı (Joint Venture) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, Ortaklık; Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri.

[101] Yüklenicilerin ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliğinin belirlenmesine ilişkin belgeler KİK. m. 10'da düzenlenmiştir.

[102] İdarenin yapmış olduğu idari işlemi geri alması demek, o işlemin hukuk aleminde hiçbir hukuki sonuç doğurmayacak şekilde yapıldığı andan itibaren geri alınması demektir. Geri alma ile idari işlemin hem geçmiş hem de gelecek için hüküm ve sonuçları ortadan kalkar. İdari işlemin kaldırılmasında ise, idari işlemin ileriye yönelik hüküm ve sonuçları ortadan kalkar. Giritli/Bilgen/Akgüner 825 vd.; Günday, 157,165.

(KİK. m. 17, KİSK. m. 25). Yüklenicinin bu yasak fiil ve davranışlarda bulunması sözleşmenin imzalanmasına engel veya sözleşmenin sona ermesine neden olacaktır. Bu durum yüklenicinin ayrıca kamu ihalelerinden geçici veya sürekli yasaklanma nedenidir (KİK. m. 58, KİSK. m. 26). Yükleniciler yasaklama süresi içinde ihalelere katılamayacakları gibi, yasaklı yükleniciler, alt yüklenici veya ortak girişimi oluşturan ortaklardan biri sıfatıyla da yapım ihalesine katılamayacaktır.

Yüklenici, iş sahibi tarafından hazırlanan inşaat planını uygulamak suretiyle inşaatın tamamını inşa etmeyi üstlenmişse "genel yüklenici (generalunternehmer)" olarak adlandırılmaktadır.[103] Toptan yüklenici (totalunternehmer) ise, inşaatın yapımı yanında plan ve proje yapımını da üstlenmiş yüklenicidir. Başka bir ifade ile, toptan yüklenici hem inşaatın planlanmasını ve koordinasyonunu, hem de yürütümünü üstlenmiştir.[104] Yüklenici işin sadece bir kısmını yüklenmiş de olabilir. Bu durumda iş sahibi inşaatla ilgili kısmi edimleri bağımsız olarak ayrı ayrı yüklenicilere verebilir. Örneğin iş sahibi bir binanın yapılmasında kaba inşaatı, sıvayı, beton işini, su ve elektrik işlerini ayrı yüklenicilere verebilir. Kendileriyle ayrı ayrı sözleşme yapılan birbirinden bağımsız çalışan bu tip yüklenicilere, kısmi yüklenici denilmektedir.[105] İşi doğrudan iş sahibinden alan birden çok kısmi yüklenicinin aynı anda çalışmaları durumunda, bunların birbirlerine karşı yan yüklenici olduğu kabul edilmektedir.[106] Kısmi yüklenicinin işi iş sahibinden değil de başka bir yükleniciden alması durumunda ise alt yükleniciden bahsedilir.[107]

a. Ortak Girişim Kavramı

Büyük inşaat işlerini gerçekleştirmek için bir tek gerçek veya tüzel kişinin mali gücü, teknik bilgisi, makine ekipmanı vs. her zaman yeterli olmayabilir. Bu

---

[103] Eren, İnşaat, 50; Ayan, 27; Tandoğan, Borçlar, 33; Koller, Art.363-366, 68, Nr.204; Zeltner, 7, Nr.16; Gauch, 69, Nr.222; Tercier, Nr.3352.

[104] Zeltner, 8, Nr.17; Gauch, 71, Nr.233; Koller, Art.363-366, 68, Nr.202; Tercier, Nr.3359. Kaplan, Ücret, 122; Ayan, 27; Eren, İnşaat, 50; Tandoğan, Borçlar, 34.

[105] Koller, Art.363-366, 68, Nr.205; Zeltner, 7, Nr.15; Gauch, 68, Nr.218.

[106] Celal, 48; Ayan, 28; Altaş, Eser, 166; Seliçi, İnşaat, 18; Koller, Art.363-366, 68, Nr.205; Zeltner, 7, Nr.15; Gauch, 68, Nr.219.

[107] Alt yüklenici kavramı için bkz. 1. Bölüm, §1, II, D, 3, b.

durumda birden fazla yüklenici bir işin ifası için, adi ortaklık temeline dayalı[108] bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde ortak girişim (konsorsiyum veya iş ortaklığı) kurarak, ihale konusu yapım işini bitirme yükümlülüğü altına girebilir. KİK. m. 14'de, adi ortaklık temeline dayalı yüklenici topluluğu üst başlık olarak ortak girişim şeklinde tanımlanmış,[109] ortak girişim ise, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı ve konsorsiyumlar olarak tanımlanmıştır (KİK. m. 4).

İnşaat konsorsiyumlarında iki veya daha fazla yüklenici, bir tüzel kişilik meydana getirmeksizin kendi kaynak ve becerilerini birleştirerek diğerlerinden bağımsız olarak iş sahibine karşı inşa eserini meydana getirmeyi taahhüt eder. Buna göre her bir ortağın sorumlu olduğu inşaat işi ayrı ayrı tanımlanmış ve ortaya konmuştur.[110] Şayet yüklenici ortaklar, inşaat işini bir bütün olarak elbirliği şeklinde meydana getirmeyi taahhüt etmiş ise, ortada ortak girişim[111] şeklinde kurulmuş bir adi ortaklığın bulunduğu kabul edilmektedir.[112]

Kamu ihale mevzuatı çerçevesinde, iş ortaklığı ve konsorsiyumlara ilişkin bazı tespitler yapılabilir. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. İdare hiçbir şekilde iş ortaklığı oluşumunu engelleyemez ve iş ortaklığının teklif vermesine

---

[108] Barlas, 5; Kaplan, Ortaklık, 2 vd.

[109] KİK. m. 14'de; *"Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir."*şeklinde düzenlenmiştir.

[110] Acar, 8; Kılıçoğlu, Müteahhit, 185 vd.

[111] Joint venture kavram olarak müşterek maceraya atılmak, riski birlikte üstlenmek veya riskli bir işe birlikte atılmak anlamlarına gelmektedir. Barlas ve Akyol, ortak girişim tabirinin joint venture'ın karşılığı olarak kullanılmasının doğru olacağını, fakat ortak girişim terimi henüz tam olarak yerleşmediği için müesseseyi ifade etmek bakımından joint venture terimini kullandıklarını belirtmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, 57 vd.; Barlas, 187 vd.

[112] Öz, İnşaat, 48.

kısıtlama getiremez. Konsorsiyumların teklif verebilmesi ise, idarenin ihale dokümanında buna ilişkin düzenleme yapmasına bağlıdır.[113] İşin farklı uzmanlıklar gerektirmesi halinde idareler konsorsiyumların ihaleye teklif vermesine izin verebilirler.[114] Bunun yanında konsorsiyum ortaklarının aralarındaki koordinasyonu sağlamak üzere belirledikleri koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması halinde, diğer ortaklar teminat dahil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine getirmek zorundadırlar (KİSK. m. 18/II).

İş ortaklığında ve konsorsiyumlarda, ortaklar idareye karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur.[115] İş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde ihaleye teklif vereceklerin ihale sürecinde kendi aralarında bir ortak girişim yaptıklarına dair pilot ortak veya koordinatör ortağın da açıkça belirtildiği bir anlaşmayı idareye teklifleriyle birlikte sunmaları gerekmektedir.

b. Alt Yüklenici (Alt Müteahhit-Taşeron) Kavramı

İşin niteliği bakımından kişisel beceri ve yeteneğin önemi yok ise, yüklenici, yüklendiği işi başkası vasıtasıyla meydana getirebilir. Bu durumda alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur ve asıl yüklenici eserin tamamını veya bir kısmını alt

---

[113] KİK. m. 24/(n) bendi.

[114] Konsorsiyum ortaklarının hak ve sorumluklarını ayırmak suretiyle her bir ortağın işin hangi kısmını yapacağını belirterek teklif vermesi (icap) ve idarenin bu teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalaması (kabul) halinde sorumluluğun müteselsil nitelikte olmadığı söylenebilir. Bu durumun idare açısından doğurabileceği riskler dikkate alınarak konsorsiyumların ihaleye katılıp katılamayacağını belirleme yetkisi idareye verilmiştir.

[115] Konsorsiyumlarda, KİK. m. 14'de her ortağın işin kendi uzmanlık alanına giren kısmından sorumlu olduğu ifade edilmişse de, KİSK. m. 18 ve Uygulama Yönetmelikleri ve ekinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, konsorsiyumlar açısından da müşterek ve müteselsil bir sorumluluğun öngörüldüğü söylenebilecektir. Nitekim (KİK 022.0) nolu Konsorsiyum Beyannamesi standart formunda "*…her birimizin aktolunacak sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taahhütlerin ve sözleşmeden doğup da ortaklığımıza yönelecek yükümlülüklerin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağımızı… beyan, kabul ve taahhüt ederiz*." denilmek suretiyle konsorsiyumlar açısından da müşterek ve müteselsil bir sorumluluk esası öngörülmüştür. Dolayısıyla uygulama açısından, sorumlulukların paylaşımı noktasında, iş ortaklığı ve konsorsiyum arasında bir farklılık kalmamıştır. Gök, Kanun, 386; Ayan, 55.

yükleniciye yaptırır.[116] Alt yüklenici, asıl yüklenici ile yapmış olduğu sözleşme gereğince, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlanmış olduğu yapı eserinin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi asıl yükleniciye karşı borçlanmış bulunan gerçek veya tüzel kişidir.[117] Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu ve kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde, işin tamamı hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılamaz (YİGŞ. m. 20/III). Zira böyle bir durum işin yüklenici tarafından alt yüklenicilere devri anlamına gelecektir. Bu nedenle yüklenicinin, iş kısımlarından en az birini gerçekleştirmesi gerekmektedir.[118]

Asıl yüklenicinin alt yüklenici ile yaptığı alt yüklenicilik sözleşmesi de niteliği itibariyle bir inşaat sözleşmesidir.[119] Asıl yüklenici bu sözleşmeyi iş sahibi adına değil, kendi ad ve hesabına yapar.[120] Alt yüklenici de bu sözleşme ile kendi adına asıl yükleniciden bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir.[121] Alt yüklenici asıl yüklenicinin bağımsız yardımcısı olup, kendisine devredilen iş itibariyle belirli bir uzmanlığa sahiptir. İş sahibi ile alt yüklenici arasında ise bir sözleşme ilişkisi yoktur.

İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir (KİK. m. 15). Ancak alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Buna göre alt yükleniciye izin verilip verilmemesi, ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde idarenin takdirindedir. Bu kapsamda idareler ihale konusu işte alt yüklenici

---

[116] Şenocak, İfa, 104; Eren, Müteahhit, 64-65; Tandoğan, Borçlar, 77-78.

[117] Eren, İnşaat, 65; Tandoğan, Borçlar, 73-77; Akkanat, 7; Taşyürek, 6.

[118] Taşyürek, 69; Çalık, 85.

[119] İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin üstlendiği işi kısımlara ayırarak her kısım üzerinde uzmanlığı olan kişileri çalıştırması halinde, işi alt yükleniciye bırakan asıl yüklenici iş sahibi konumundadır. Akkanat, 3; Uçar, 29.

[120] Asıl yüklenicinin inşaat sözleşmesi ile üstlendiği inşa eseri meydana getirme işini, iş sahibi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü kişiye devretmesi, inşa eserini alt yükleniciye yaptırmasından farklıdır. Çünkü asıl yüklenici alt yüklenici ile yaptığı sözleşmeyi kendi ad ve hesabına yapmaktadır. Asıl yüklenicinin iş sahibinin ad ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü kişiye devrinde ise vekil veya mümessil olarak hareket etmektedir. Eren, Müteahhit, 68; Tandoğan, Borçlar, 95.

[121] Eren, Müteahhit, 65; Tandoğan, Borçlar, 77-78; Gautschi, Art.364, Nr.11a, 11b.

çalıştırılıp çalıştırılmayacağına ilişkin tercihlerini sözleşme tasarısında belirtmelidir.[122] İdarelerce onaylanmayan alt yükleniciler iş sahasına giremez. Sözleşmenin imzalanmasından önce idarece onay verilen alt yüklenicilerin ve/veya ihaleden önce idareye verilen alt yüklenicilere yaptırılacak iş kısımlarının işin devamı sırasında değiştirilerek, işin başka alt yüklenicilere yaptırılmasında da idarenin izni ve onayının alınması şarttır (YİGŞ. m. 20/VI-VII).

İdarenin kendisine sunulan alt yükleniciler listesini onaylama aşamasında bu kişilerin, KİK. m. 11 uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar, m. 58 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar ve m. 53/b bendinin 8. alt bendi gereğince alınacak Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen yabancı istekliler ile KİSK. m. 26 uyarınca yasaklı olanlar kapsamında olup olmadığını incelemesi gerekmektedir (YİGŞ. m. 20/I). Diğer taraftan alt yüklenicinin işin yapımını üstleneceği kısmı konusunda yeterli teknik tecrübe, ekipman ve personele de sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla yüklenici tarafından idareye sunulacak alt yüklenicilerin, yaptırılacak iş kısmı için uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde idare alt yüklenici adayını reddedebilir. Ancak bu değerlendirmenin objektif ölçüler içerisinde ve işin gereklerine uygun biçimde yapılması, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak biçimde sözleşmenin tarafı olan asıl yüklenicinin işi gerçekleştirmesini geciktirecek veya zorlaştıracak şekilde yapılmaması gerekmektedir.[123]

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde alt yüklenici çalıştırılması nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini yönünden yükleniciler sorumlu tutularak, genel hükümlere uygun bir düzenleme getirilmiştir (YİGŞ. m. 20). Nitekim alt yüklenici çalıştırıldığı durumlarda, vekalet sözleşmesi haricinde yüklenicinin BK. m. 100 uyarınca alt yüklenicinin fiilinden sorumlu olduğu kabul edilmektedir.[124] Diğer taraftan, KİSK. m. 30'da, yapım işi ihalelerinde alt yüklenicinin doğrudan idareye karşı sorumlu olduğu hususu düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, alt yükleniciler yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkacak zararlardan yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Ayrıca madde metninde belirtilen fiillerde bulunan

[122] Çalık, 84; Taşyürek, 72.
[123] Taşyürek, 89 vd.; Gök, Kanun, 390-391.
[124] Uygur, Borçlar Özel, 7615; Şenocak, İfa, 142; Akipek, 165-166.

alt yüklenicilerin 4735 sayılı Kanunun 27 inci maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanmaları da söz konusu olur.[125]

III. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler

Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununda, kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenmesi, uygulanması, devri, feshi konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiş, hakkında anılan Kanunda hüküm bulunmaması durumunda ise Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (KİSK. m. 36). Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu ve kamu ihale mevzuatına tabi kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında, iş sahibi idarelerin özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi yüklenici firmalar ile yaptıkları inşaat sözleşmelerine öncelikle ihale sözleşmesi hükümleri, sözleşmenin eki sayılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi[126] ve diğer idari ve teknik şartname hükümleri, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri, sonra da Borçlar Kanununun istisna sözleşmesine ilişkin özel hükümleri ve Borçlar Kanununun genel hükümleri sırayla uygulama alanı bulacaktır.[127]

Buna göre inşaat sözleşmelerine uygulanacak Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ikincil mevzuatı hükümleri, Borçlar Kanunundaki istisna sözleşmesi için öngörülen kurallara nazaran özel hüküm niteliğinde olması

---

[125] Taşyürek, 95-96.

[126] İnşaat işlerinin uzun zamana yayılmış karmaşık yapısı nedeniyle, inşaat sözleşmelerine ilişkin genel ve özel hükümler, ihtiyaçlara cevap veremediğinden, inşaat işleri için standart sözleşme koşulları kabul edilmiştir. Milletlerarası inşaat sözleşmeleri alanında en yaygın uygulama alanı bulan standart kurallar, FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils) kurallarıdır (bkz. Akıncı, Z. 10 vd). Bunun dışında Almanya'da uygulanan VOB (die Verdingungsordnungen für Bauleistungen); İsviçre'de uygulanan SIA-NORM 118 (les Normes, les Prescriptions et Réglements) (bkz. Gauch, Nr. 261,79); Fransa'da uygulanan AFNOR (les Normes de l'Association française de Normalisation) normları, düzenleyici kurallar şeklinde hazırlanmış kurallar bütünü olup, teknik gereksinimleri ve hukuki düzenleme ve muhtemel kanun boşluklarını doldurmaya yöneliktir. Bu genel kuralların inşaat sözleşmelerine uygulanabilmesi, bunların sözleşme ile kabul edilmiş olmasına bağlıdır. Bu amaçla Türkiye'de hazırlanan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ,) ise, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde yasa gereği uygulama alanı bulur.

[127] Kaplan, Ücret, 120 vd..

sebebiyle öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır.[128] Nitekim her iki Kanunda da diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.[129] Ancak Borçlar Kanunu emredici nitelikte hükümler içeriyorsa, bu nitelikteki genel hükümler ile, istisna sözleşmesine ilişkin özel hükümler ihale mevzuatının emredici olmayan hükümlerinden önce uygulama alanı bulacaktır.[130]

Bu durumda uyuşmazlık konusu olay ile ilgili olarak Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Borçlar Kanununda emredici kurallar öngörülmüş ise, öncelikle Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun emredici hükümleri, sonra Borçlar Kanununun emredici nitelikteki istisna sözleşmesine ilişkin özel hükümleri, Borçlar Kanununun emredici nitelikteki genel hükümleri, daha sonra da ihale sözleşmesi hükümleri ve sözleşmenin eki YİGŞ, teknik ve idari şartname hükümleri uygulanacaktır.[131] Tez konumuz itibariyle ihale mevzuatının inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin sona ermesi ve tasfiyesi için öngörülen düzenlemeleri emredici nitelikte olduğundan, Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekli özel hüküm niteliğindedir.[132]

Ayrıca ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerine, Borçlar Kanununun özel (istisna sözleşmesine dair hükümler) ve genel hükümleri (BK. m. 82, 96, 97, 106, 107, 108 vb.), ihale mevzuatında hüküm bulunmaması, ihale mevzuatının Borçlar Kanununun genel veya özel hükümlerine atıfta bulunması ve ihale mevzuatındaki hükümlerin yorumlanmasında da uygulama alanı bulabilecektir.[133]

---

[128] Borçlar Kanunu, özel hukuka ilişkin borç ilişkilerini düzenleyen bir kanundur. Bunun yanında, Borçlar Kanununda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ilişkin olarak özel kanunlar ile farklı hükümler getirilmiş olabilir. Bu sözleşmeler açısından Borçlar Kanunu hükümleri, genel hüküm niteliği taşıdığından, "özel kural genel kuraldan önce uygulanır (*lex specialis derogat generali)"* ilkesi gereğince diğer kanunlarda yer alan özel düzenlemeler, Borçlar Kanunu hükümlerine göre öncelikle uygulanır. Bu durumda Borçlar Kanunu hükümleri yorumlayıcı ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptirler. Bilge, 42.

[129] KİK. m. 68, KİSK. m. 39.

[130] Karaca, 31.

[131] Karaca, 31-32.

[132] Yargıtay da Devlet İhale Kanununun satım, kira ve eser sözleşmesine dair kurallarının Borçlar Kanunundaki hükümlere nazaran emredici nitelikte olduğu ve öncelikli olarak uygulanması gerektiği görüşündedir. Y.4.HD. 13.9.1965, 5913/4097 sayılı kararı için bkz. Karahasan, İnşaat, 51-52.

[133] Karaca, 32.

Kamu ihale sözleşmelerinde taraflardan biri her durumda Kamu İhale Kanununa tabi bir kurum ya da kuruluş iken sözleşmenin diğer tarafını anılan Kanunda yüklenici olarak adlandırılan, üzerine ihale yapılarak sözleşme imzalayan gerçek ya da tüzel kişi oluşturur.[134] Bu sözleşmelerin en önemli özelliği, taraflardan birinin bir kamu kurum ya da kuruluşu olmasına karşılık, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıması ve buna bağlı olarak sözleşmeler hukukuna hakim temel ilkelerin[135] burada da geçerli olmasıdır.

Nitekim sözleşme özgürlüğü ilkesi kamu ihale sözleşmelerinde de uygulama alanı bulmakla birlikte Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile bazı durumlarda sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Öncelikle kamu ihale sözleşmelerinin bir tarafını zorunlu olarak ihale yapan kamu kurum ya da kuruluş oluştururken sözleşmenin diğer tarafında açılan ihalede öngörülen koşulları taşıyan ve ihaleyi kazanan yüklenici bulunmaktadır. Böylece sözleşme özgürlüğü ilkesinin alt başlıklarından biri olan sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü kamu ihale sözleşmelerinde sınırlandırılmıştır. Ayrıca yüklenici ile kamu kurum ya da kuruluşu arasında imzalanacak sözleşme yazılı geçerlik şartına tabi tutularak kamu ihaleleri sözleşmelerinde şekil özgürlüğü ilkesi de sınırlandırılmıştır.[136]

Kamu ihale sözleşmelerinin tip sözleşme olarak düzenlenmesi öngörüldüğünden, KİSK. m. 5'de sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü, idare lehine olmak üzere bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. Taraflar sözleşme metni üzerinde karşılıklı konuşma imkanına sahip olmadıklarından sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi de söz konusu değildir.[137] Burada önemli olan

---

[134] Yapım müteahhidi, yapım işi ihalesine teklif veren; tedarikçi, mal alım ihalesine teklif veren; hizmet sunucusu, hizmet alım ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri; danışman, danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucularını ifade eder (KİK. m. 4).

[135] Türk sözleşmeler hukukuna hakim temel ilkeler; sözleşme özgürlüğü (sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, şekil özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü), eşitlik ilkesi, nisbilik ve üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi, dürüst davranma ilkesi ve kusurlu sorumluluk ilkesidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 18 vd.

[136] Küçükgüngör/Akipek, 48.

[137] Kaplan, Genel işlem Şartları, 53; Küçükgüngör/Akipek, 49.

husus, sözleşme hükümlerinin emredici hükümlere aykırılık içermemesi ve hakkaniyete uygun olarak düzenlenmesidir.[138]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sözleşmede değişiklik yapılması ve sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemelerde sınırlandırmalar getirilerek, sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğü de kısıtlanmıştır (KİSK. m. 15-16). Ayrıca sözleşmelerin tip sözleşme halinde düzenlenmesi, yüklenicinin bu sözleşmenin oluşturulmasında hiçbir katkıda bulunmaması, eşitlik ilkesine de aykırı bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Eşitlik ilkesine getirilen diğer bir istisna ise idare lehine tanınan özel fesih halleridir.

Belirtilen bu istisnalar dışında kural olarak sözleşmeler hukukuna hakim olan diğer ilkeler kamu ihale sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Nitekim KİSK. m. 36'da, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağının ifade edilmesi de bu durumu ortaya koymaktadır.[139]

§2. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I. Yüklenicinin (Müteahhidin) Borçları

A. İnşa Eserini Meydana Getirme Borcu

BK. m. 356/II hükmü gereğince, inşa eserinin meydana getirilmesinde kural, yüklenicinin inşa eserini bizzat kendisinin yerine getirmesi veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmasıdır. Bu çerçevede, inşaat sözleşmesi, yüklenicinin özel yetenek ve becerileri dikkate alınarak akdedilmişse, yüklenici eseri şahsen meydana getirmelidir.[140] Zira iş sahibi, yüklenicinin bu özelliklerini göz önünde tutarak ve güvenerek bu sözleşmeyi yapmaktadır. Bu tür edime "kişiye bağlı edim" denir.[141]

---

[138] Eren, Borçlar, 199.

[139] Küçükgüngör/Akipek, 50.

[140] Gauch, Nr.609; Bühler, Art.364, Nr, 56, Koller, Art.364, Nr.55; Zindel/Pulver, Art, 364, Nr.30; Berki, Hizmet Akdi, 1014-1015; Eren, Müteahhit, 64; Tandoğan, Borçlar, 71.

[141] Eren, Müteahhit, 64.

Yüklenici, beceri ve kişisel yeteneklerinin fazla önem arz etmediği durumlarda, söz konusu işleri kendi yönetim ve denetimi altında, başka bir ifade ile kendi idaresi altında yerine getirtebilir.[142] Kendi yönetim ve denetimi altında yaptırmasından amaç, eserin yüklenici ile tabiyet ilişkisi içinde olan yardımcı kişilerce[143] meydana getirilmesidir. Yüklenici, yardımcı kişileri işi icra ederlerken devamlı bir gözetim ve denetim altında bulundurmakla ve nasıl ifa edileceği hususunda talimat vermekle yükümlüdür.[144] Buraya eserin bağımsız ifa yardımcısı olan alt yükleniciye yaptırılması dahil edilemez.[145] Eserin meydana getirilmesinin yüklenicinin kendi idare ve gözetimi altında olmayan alt yükleniciye devri, BK. m. 356/II'nin ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu hüküm uyarınca, sözleşme konusu eserin imalinde yüklenicinin kişisel beceri ve yetenekleri önem arzetmiyorsa, iş sahibinin rızası ve eserin niteliğinin başkasının yapmasına müsait olması durumunda, sözleşme konusu işin yapılması bağımsız alt yükleniciye bırakılabilir.[146]

Yüklenicinin eserin ifasında kullandığı yardımcıları, eserin ifasını kendilerine devrettiği alt yüklenicilerden ayırmak gerekir. Borçlunun muvafakati ile borcun yerine getirilmesine veya ifa faaliyetine katılan üçüncü kişilere ifa yardımcısı denilmektedir.[147] Yüklenicinin yönetimi, gözetimi ve denetimi altında işin gerçekleştirilmesinde kullanılan yardımcı kişiler, genellikle yükleniciye bağımlı olarak hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden oluşmaktadır. Bu nedenle, yüklenicinin idaresine tabi yardımcı kişiler, genellikle yükleniciye tabiiyet ilişkisi içerisinde bağlı bulunan, işletmeye ait kişiler iken; alt yükleniciler bağımsız hareket

---

[142] Bühler, Art.364, Nr, 60; Koller, Art.364, Nr.50; Zindel/Pulver, Art.364, Nr.34; Tandoğan, Borçlar, 77. "…sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir (BK. m. 365)…" Y.15.HD.10.12.1990, 2197/2583 sayılı karar için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 438.

[143] İfa yardımcılarının (BK. m. 100) ve müstahdemlerin (BK. m. 55) verdiği zararlardan sorumluluğu ve aralarındaki farklar hakkında ve Türk Hukukunda kusursuz sorumluluk hakkında bkz. Tandoğan, Sorumluluk, 79.

[144] Kılıçoğlu, Müteahhit, 189-190.

[145] Bühler, Art.364, Nr, 63; Aral, 338; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 20; Tandoğan, Borçlar, 74; Akkanat, 60; Yalçınduran, 27; Ergezen, 39-40.

[146] Tandoğan, Borçlar, 79; Ergezen, 39-40; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 20-21; Kılıçoğlu, Müteahhit, 195-196.

[147] Eren, Borçlar, 886.

eden ve asıl yüklenicinin yerine kaim olan kimselerdir.[148] Yardımcı kişiler yüklenicinin gözetim ve idaresi altında bulundukları halde, alt yüklenicilerle asıl yüklenici arasında bir alt-üst ilişkisi mevcut değildir.[149] Ayrıca yükleniciye bağımlı yardımcı kişilerin uzman kişiler olması gerekmediği halde, işin belli bir kısmı kendisine bırakılan alt yüklenici, bu konuda çoğu zaman yükleniciden daha uzmandır.[150]

Asıl yüklenici, iş sahibine karşı yardımcı kişilerin ve alt yüklenicinin zarar verici davranışlarından dolayı BK. m. 100 gereğince sorumlu olur.[151] Asıl yüklenici alt yükleniciyi iyi seçtiğini, gerekli talimatı verdiğini ispat suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. Asıl yüklenici alt yüklenicinin eyleminden ancak böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat etmek suretiyle kurtulabilir. Buna karşılık asıl yüklenicinin işi alt yükleniciye devretme yetkisi bulunmamasına rağmen, devretmiş ve alt yüklenicinin eylemi iş sahibine zarar vermişse, asıl yüklenici alt yüklenicinin borca aykırı kusurlu eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı BK. m. 96'ya göre sorumlu olur.[152]

Günümüzde inşaat işleri birçok konuda uzmanlık ve iş bölümü gerektiren komplike bir iş haline gelmiştir. Bu nedenle yüklenicinin, inşaat işlerinde her biri bir uzmanlık alanını oluşturan tüm kısmi edimleri, tek başına veya kendi yönetimi altında gerçekleştirmesi, istisnai durumlar hariç, kalmamıştır. Böylece yüklenici eser meydana getirme borcunu, işi kendi yönetimi altında yardımcı kişilere yaptırma, işin tamamını veya bir kısmını alt yüklenicilere (taşeron) yaptırma ya da sözleşmenin tümüyle bir başkasına devredilmesi şeklinde gerçekleştirmektedir.[153]

---

[148] Von Tuhr, Andreas, (Çev. Cevat Edege), 514.

[149] Kılıçoğlu, Müteahhit, 190, 194-195; Uygur, Borçlar Özel, 7613; Seliçi, İnşaat, 28; Taşyürek, 7, 34; Tandoğan, Borçlar, 77.

[150] Tandoğan, Borçlar, 77.

[151] Aral, 350-351; Kocaağa, 179; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 29; Tandoğan, Borçlar, 64; Honsell, 253; Pedrazzini, 524; Koller, Nr.539 vd.

[152] Gauch, Nr.640; Zindel/Pulver, Art.364, Nr.51; Koller, Art.364, Nr.73; Tandoğan, Borçlar, 94-95; Eren, Müteahhit, 67-68; Akkanat, 160-161; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 22; Kılıçoğlu, Müteahhit, 197-198.

[153] Gök, Yapı İşleri, 36; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 34.

B. Gerekli Personel, Araç, Gereç ve Malzemeyi Sağlama Borcu

BK. m. 356/III hükmü uyarınca, inşa eserinin meydana getirilmesinde gerekli olan araç ve gereçleri temin borcu kural olarak yükleniciye aittir. Anılan hüküm düzenleyici bir hüküm olduğundan taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırabilirler.[154] İş makineleri, şantiye binası, kullanılacak aletler, elektrik ve su tesisatının kurulması vs. bu borç kapsamına girer. Araç gereci sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu kararlaştırılmış ise, yüklenicinin bu araç ve gereci özenle kullanması gerekir. Şayet bu borç yükleniciye aitse, yüklenicinin kullanmaya elverişli ve yeterli aracı sağlaması gerekir.[155] Aksi halde iş sahibi BK. m. 358/II gereğince hareket eder.[156]

Malzemelerin[157] kimin tarafından temin edileceği hususu ise Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak BK. m. 357/II'den ve m. 356/III'ün zıt anlamından aksine bir anlaşma yoksa malzeme sağlama yükümünün kural olarak iş sahibine ait olduğu anlaşılmaktadır. Şüphe halinde yüklenicinin malzeme temin borcunu reddetmek gerekir.[158]

Yüklenici malzeme sağlama borcunu yüklendiğinde,[159] iyi cinsten malzeme sağlamak borcunu da üstlenmiş olur. İyi cins malzeme, ayıpsız, sözleşmede vaad ve

---

[154] Tandoğan, Borçlar, 101-102; Aral, 343; Eren, Müteahhit, 68; Ergezen, 44; Zevkliler, Borçlar, 337; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 22; Yavuz, 469.

[155] Eren, Müteahhit, 68.

[156] BK. m. 358/II'ye göre; "*İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını kat'iyetle 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*."

[157] İnşa eserinin meydana getirilmesi için kullanılan ve onun içinde kalan şeye malzeme denir. Malzeme hammadde (taş, kum gibi) olabileceği gibi, yarı mamul (demir, çimento, kireç) veya imal edilmiş bir şey de (prefabrike yapı elemanları gibi) olabilir. Buna karşın inşaatın üzerinde yapılacağı arsa ve planlar bu anlamda malzeme sayılmazlar. Ancak BK. m. 357/II kıyas yoluyla bunlara da uygulanabilir. Aral, 344; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 23; Eren, Müteahhit, 69; Tandoğan, Borçlar, 104; Koller, Art.364, Nr.9-11; Gauch, Nr.66, Nr.68; Zindel-Pulver, Art.365, Nr.4.

[158] Koller, Art.365, Nr.27; Gauch, Nr.75; Zindel-Pulver, Art.365, Nr.2; Eren, Müteahhit, 69; Aral, 344; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 24; Güleç, 35-36. Tandoğan'a göre "BK. m. 357/I'in "*müteahhit imal ettiği şeyde, kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mes'ul ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir."* biçimindeki ifadesi bu malzemenin iş sahibi tarafından verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer alması, kural olarak malzemeyi yüklenicinin getireceği yorumuna daha elverişlidir." Tandoğan, Borçlar, 105.

[159] Yüklenicinin sözleşme ile malzeme sağlama borcunu üstlenmesi halinde "eser teslim sözleşmesi" söz konusu olur. Aral, 346; Eren, Müteahhit, 69; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 24. Eser teslim

zikredilen veya dürüstlük kuralına göre beklenen lüzumlu vasıfları taşıyan[160] malzemelerdir. İyi cins malzeme, aksi sözleşmede öngörülmedikçe en azından orta kalitede, başka bir ifade ile eserin kararlaştırılan tarz ve vasıfta meydana getirilmesine elverişli olmak zorundadır. Ayıba karşı tekeffülden yani iyi cins malzeme temininden dolayı yüklenicinin sorumluluğu istisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre belirlenir.[161] BK. m. 357/II hükmü gereğince, inşa eserinin yapımında kullanılacak malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde yüklenicinin malzemeyi özenle kullanması,[162] ayıpları varsa iş sahibine derhal bildirmesi, iş sonunda artan malzemeyi iş sahibine iade etmesi, ayrıca malzeme kullanımı ile ilgili olarak hesap vermesi gerekir.[163]

BK. m. 357/III hükmü gereğince ise, işin devamı sırasında iş sahibinin verdiği malzemenin veya verdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılır veya inşa eserinin gereği gibi veya zamanında icrasını tehlikeye sokacak durumlar ortaya çıkar ise yüklenici iş sahibine durumu derhal bildirmek zorundadır. Aksi takdirde bu durumdan doğan olumsuz sonuçlara bizzat katlanmak zorundadır.[164] Yüklenicinin inşa eserinin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkan bu olumsuzlukları iş sahibine vakit geçirmeksizin bildirme borcu, yüklenicinin özen ve sadakat borcunun bir uzantısı olduğu gibi aynı zamanda iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile ilgili özel bir bilgi verme yükümlülüğüdür.[165]

Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre de, sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici, üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri temin etmek ve ihzaratla ilgili tedbirleri almak

---

sözleşmesi de niteliği itibariyle bir inşaat (istisna) sözleşmesidir ve burada hem malzemeyi sağlayan hem de eseri meydana getiren yüklenicidir.

[160] Dürüstlük kuralına göre beklenen vasıflara sahip malzeme deyiminden, inşa eserinin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli malzeme anlaşılmak gerekir. Tandoğan, Borçlar, 106; Aral, 346; Eren, Müteahhit, 69.

[161] Aral, 346; Eren, Müteahhit, 70.

[162] Malzemeyi özenle kullanma borcu, onu gerekli şekilde muhafaza etmeyi ve üçüncü kişilerin olumsuz etkilerinden (çalınma, tahrip edilme gibi) korunmasını gerektirir.

[163] Eren, Müteahhit, 70-71; Aral, 347; Baygın, 24; Güleç, 35; Tandoğan, Borçlar, 66; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 24.

[164] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 24, 132.

[165] Aral, 347; Eren, Müteahhit, 71.

zorundadır (YİGŞ. m. 19/I). Yine anılan şartnameye göre, yüklenici, işin sözleşme süresi içinde bitirilmesi için, gerekli miktarda malzemeyi ve yeterli sayıda işçiyi her an iş başında bulundurması gerekmektedir (YİGŞ. m. 19/III). Ocaklardan çıkarılacak malzemenin en iyi damarlardan alınması ve işe en elverişli cinsten olması gereklidir (YİGŞ. m. 30/V). Taahhüt konusu işin iş programına, projesine, teknik ve sanat kurallarına uygun biçimde yapılabilmesi, yeterli sayıda ve nitelikte teknik personelin varlığına bağlıdır. Bu nedenle yüklenicinin, sözleşmede öngörülen sayı ve nitelikte teknik personeli, yine sözleşmede öngörülen sürelerde iş başında tutma yükümlülüğü bulunmaktadır (YİTS. m. 23).

Bu düzenlemelerden de, her türlü makine, araç, gereç, malzeme ve personeli temin borcunun kural olarak yükleniciye ait olduğu ve yüklenicinin ihaleye sunduğu teklife inşaatta kullanacağı malzeme, araç ve gereç bedellerini dahil etmesi gerektiği anlaşılmaktadır.[166] Yüklenicinin inşaatta kullanacağı araç, gereç, malzeme ve işçilerin nitelik ve nicelik bakımından üstlenilen inşaat işine uygunluk göstermesi gerekmektedir.[167] Yüklenicinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, iş sahibi, inşaat sözleşmesini ifa gününden önce sona erdirebileceği gibi, masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi bir başka yükleniciye de yaptırabilir (YİGŞ. m. 19/III, m. 47).

C. İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Yüklenici inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. BK. m. 356/I'de kanun koyucu, istisna sözleşmesinde yüklenicinin özen yükümü bakımından hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümlülüğünü düzenleyen m. 321'e atıfta bulunarak, işçinin hizmet sözleşmesinde göstermek zorunda olduğu özeni göstermekle sorumlu tutmuştur. Ancak gerek iş sahibi ile ilişki gerekse taahhüt edilen edimler açısından, bu iki sözleşme ilişkisi arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Yüklenici mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahip olup, işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatı ile bağlı değildir. Bu

[166] Öz, İnşaat, 108; Karaca, 65.

[167] Dayınlarlı, 42; Yavuz/Özen/Acar, 516; Karaca, 65.

itibarla yükleniciden, işçiye oranla daha fazla bir özen beklemek gerekir.[168] Yüklenici inşa eserini meydana getirirken ve bu eseri iş sahibine teslim ederken, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen her türlü özeni göstermek zorunda olup, bu özene "objektif özen" denilmektedir.[169]

İnşaat sözleşmesinin uzman tarafı olan yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yapmayı kabul etmiş olduğundan, yüklendiği edimi özenle yerine getirmek, sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yapmak zorundadır (YİGŞ. m. 14/III). Buna göre YİGŞ'nin uygulandığı işlerde yüklenicinin özen yükümüne uyup uymadığı diğer bir ifadeyle kusurlu olup olmadığı, fen ve sanat kurallarını haiz, teknik ve mesleki bilgiyle hareket eden sorumlu bir meslek adamı gibi hareket edip etmemesine göre belirlenecektir.[170]

Fen ve sanat kuralları, yapım işlerinde yapı tekniği kurallarıdır. Bu kurallar uygulamada standart kazanmış, kuramsal olarak doğruluğu kabul edilmiş ve pratikte de uyulması gerekli olan mesleki normlardır. Kamu makamlarınca teknik şartname, tüzük, yönetmelik, genelge, karar, görüş vb. olarak ortaya konan teknik düzenlemeler de yapı tekniği kuralları olarak kabul edilir. Yapım işlerinin teknik detaylarını ve şartlarını düzenleyen teknik şartnameler, projeler, mahal listeleri ihaleyi yapan idare tarafından hazırlanır ve sözleşmenin eki olarak uygulanır.[171]

Sözleşmede ayrıca belirtilmiş olmasa dahi, genel hükümler uyarınca yüklenicinin uzman (teknik) kişi olarak yapı tekniği kurallarını bildiği ve inşaatın yapımında fen ve sanat kurallarına uygun davranmayı borçlandığı kabul edilir.[172] Söz konusu kuralların ihlali halinde yüklenici, bunları bilmediğini ispatlamaya çalışarak

---

[168] Gauch, Nr. 840; Pedrazzini, 515; Zindel/Pulver, Art.364, Nr.4; Güleç, 31; Aral, 348; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 28; Öz, Eser Sözleşmesi, 277; Eren, Müteahhit, 74; Dayınlarlı, 21; Tandoğan, Borçlar, 52. "Yüklenici kural olarak işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre daha yüksek bir özen göstermelidir. Yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan dolayı sorumlu tutulur. Özen borcu hazırlık çalışmalarından eserin teslimine kadar devam eder…" Y.HGK. 30.9.1991, 373/533 sayılı kararı için bkz. Duman, 197, Uygur, İnşaat, 360.

[169] Gauch, Nr. 841; Zindel/Pulver, Art.364, Nr.7; Ergezen, 42; Tandoğan, Borçlar, 54-55; Eren, Müteahhit, 74; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 28; Aral, 348; Yavuz, 460.

[170] Gök, Yapı İşleri, 514; Karaca, 61; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 540; Tandoğan, Borçlar, 57.

[171] Seliçi, İnşaat, 91; Gök, Yapı İşleri, 514; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 760; Tandoğan, Borçlar, 55.

[172] Gök, Yapı İşleri, 514; Seliçi, İnşaat, 92-93; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 540, 761.

sorumluluktan kurtulamaz. Yüklenicinin bu konuda iyi ya da kötü niyetli olmasının da önemi yoktur. İş sahibi idarenin projelere onay vermesi, fen ve sanat kurallarına aykırı uygulamanın tatbikatı sırasında sessiz kalması yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (YİGŞ. m. 11/IV(f); m. 14/II).

Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu özen yükümü bazı durumlarda BK. m. 356/I ve YİGŞ. m. 14'deki gibi genel bir düzenlemeden ibaret olabileceği gibi bazı durumlarda da açıkça somut olarak belirtilmiş olabilir. BK. m. 357/II (İş sahibi tarafından verilen malzemenin özenle kullanılması) ve m. 357/III'de de (eserin meydana getirilmesinin tehlikede olması halinde ihbar yükümü) somut olarak düzenlenmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde de özen yükümüne ilişkin somut düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, yüklenici çalıştırdığı yardımcı kişilerin seçiminde gerekli özeni göstermek zorundadır. Keza işlerin yürütülmesinde çalıştırılmak üzere eğitim görmüş, diplomalı elemanları her zaman diğerlerine tercih etmesi gerekmektedir (YİGŞ. m. 19/IV). Bir diğer örnek, idarenin sözleşme ve eklerinde, taş, kum, çakıl, gravye, balast, stabilize vb. yapı malzemelerinin kamuya ait ocaklardan temini öngörüldüğü hallerde, yüklenici bu malzemeleri gösterilen ocaklardan sağlamak zorundadır. Ocakların işletilmesi ocağı körletecek ve işletmeyi güçleştirecek şekilde yapılmayacaktır. Ocakların kullanılması sonucunda yüklenici, buralarını ocağın tekrar işletilmesi için uygun bir şekle getirmek ve temizlemek zorundadır. Yüklenici, işin yapılması için idare tarafından kendisine gösterilen ocaklardan elde ettiği malzemeyi, sözleşme konusu işten başka hiçbir yerde kullanamayacağı gibi hiçbir şekilde satamayacaktır (YİGŞ. m. 30).

Aynı şekilde inşa eserinin meydana getirilmesi ve kullanılması ile ilgili her türlü bilgiyi vermek, gerekli tavsiyelerde bulunmak, iş sahibinin verdiği talimatlar yanlış ise bunlar hakkında aydınlatmakla yükümlüdür.[173] Yine özen yükümlülüğü kapsamındaki kontrol ve ihbar yükümlülüğü çerçevesinde yüklenici iş sahibi idarenin teslim ettiği arsayı, plan ve projeyi, idare tarafından verilen malzemeyi kontrol etmek, uzman bir kişi olarak bunların sözleşme konusu işe elverişli ve uygun olup

[173] Eren, Müteahhit, 76; Tandoğan, Borçlar, 55; Aral, 350; Öz, Eser Sözleşmesi, 280.

olmadığını araştırmak, bilmek ve olumsuzlukları iş sahibi idareye bildirmek zorundadır. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur (YİGŞ. m. 14/III, m. 11/4(f), m. 12/son).[174]

İşin sonunda işyerlerinin her türlü çalışma artıklarından ve ihzarattan temizlenmesi ve bu işin çevreyle uyumlu olacak şekilde yapılması da yüklenicinin özen borcu kapsamına giren yükümlülüklerindendir. Ayrıca yüklenici tarafından kendi ihtiyacı için yapılan baraka, ambar, garaj, atölye vb. tesisler, işin sonunda yine yüklenici tarafından sökülerek götürülecek ve bu işler için kendisine hiçbir bedel ödenmeyecektir. Yüklenicinin yükümlülüğü olan bu işlerin yapılmaması veya eksik yapılması halinde idarenin takdir edeceği bir bedel yüklenicinin hakedişinden, hakediş kalmamışsa teminatından kesilir (YİGŞ. m. 10).

Borçlar Kanununda açıkça yer almamakla birlikte, yüklenici iş sahibine karşı genel sadakat borcuna uymakla yani iş sahibinin menfaatlerini gözetmekle de yükümlüdür. Bu kapsamda yüklenici, iş sahibinin kendisine tevdi ettiği veya işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları, bilgiyi, iş planlarını üçüncü kişilere açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan kaçınmak zorundadır.[175]

D. İşe Zamanında Başlama Ve Devam Etme Borcu

Yüklenicinin sözleşmede öngörülen sürede işi tamamlayabilmesi için işe zamanında başlaması ve iş programına uygun biçimde işe devam etmesi gerekmektedir. Yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına aykırı

---

[174] "Kural olarak işinin ehli ve konusunun uzmanı olan yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. BK'nun 357/son maddesi uyarınca iş sahibinin verdiği malzemenin kusuru olması ya da bu veya iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır…" Y.15.HD. 28.12.2004, 2426/6805 sayılı karar için bkz. Duman, 256. "BK'nun 357/III. maddesine göre, iş sahibinin gösterdiği arsanın kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici iş sahibini bundan derhal haberdar etmek, aksi takdirde sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu bakımdan yüklenicinin yan borçlarından olan bu genel ihbar mükellefiyetini yerine getirmesi gerekir…." Y.HGK. 27.9.200, 1134/1191 sayılı kararı için bkz. Duman, 265.

[175] Koller, Art.363, Nr.274; Eren, Müteahhit, 77; Tandoğan, Borçlar, 49; Baygın, 26; Ergezen, 43; Güleç, 30-31;

olarak işi geciktirir, yahut tahminlere göre işin kararlaştırılan zamanda bitirilmesinin imkansız olduğu görülürse, iş sahibi teslim için tayin olunan zamanı beklemeksizin BK. m. 358/I gereğince sözleşmeyi sona erdirebilir.[176] Kanun koyucu bu hükümle, istisna akdinde bir ayni (maddi) edim yükümü olan teslimle beraber, eser meydana getirme unsuruna ait iş görme ediminin mevcut olduğunu dolaylı olarak ifade etmiş, bunun sonucu olarak iş sahibine teslimden önceki gecikme sebebiyle erken dönme hakkı tanımıştır.[177] Bu hakkın iş sahibi tarafından kullanılabilmesi için, yüklenicinin inşa eserini meydana getirmede objektif olarak gecikmiş olması yeterlidir, ayrıca kusurlu olması şart değildir.[178]

BK. m. 358/I'e göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, işin gecikmesini haklı gösteren bir durumun bulunmaması veya gecikme sebebinin iş sahibinin risk alanına dahil olmaması gerekir.[179] Zira inşaat sözleşmesi hükümlerine göre bazen yüklenici işe başlamadan önce, iş sahibinin hazırlık çalışmalarını yapması gerekir. Mesela, inşaat yerinin yükleniciye teslim edilmesi, inşaat ruhsatının alınması vb. durumlardaki gecikmenin nedeni iş sahibinin risk alanında meydana gelmiştir. Yine bir tesis inşaatında iş sahibi tarafından tatbikat planlarının tasdik edilmemesi, tadilat projelerinin onaylanmaması, yükleniciye hakedişlerle tespit edilen bedellerin ödenmemesi, iş sahibi tarafından arsa ifrazının yaptırılmaması durumlarında da işe başlayamamaktan yüklenici sorumlu tutulamaz.[180]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre de, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi

---

[176] Bkz. 2.Bölüm, §3, II, A.

[177] Aral, 354; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 25; Dayınlarlı, 45; Tandoğan, Borçlar, 112-113; Zindel/Pulver, Art.366, Nr.1; Koller, Art.366, Nr.24.

[178] Dayınlarlı, 100-101; Tandoğan, Borçlar, 115; Aral, 356; Eren, Sona Erme, 102; Öz, Eser Sözleşmesi, 52; Zindel/Pulver, Art.366, Nr.35.

[179] "…Müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder, yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın, akdi feshedebileceğinden davalı belediye tarafından akdin feshi sözleşmeye ve BK.nun 358. maddesine göre doğrudur..." Y.15.HD. 28.9.1977, 1619/1738 sayılı kararı için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 404.

[180] İşin gecikmesini haklı gösteren bir durumun bulunması veya iş sahibine isnadı kabil hususlardan meydana gelen gecikmeler dolayısıyla yükleniciye süre uzatımı verilir (YİGŞ. m. 29/II). Kaplan, Süre Uzatımı, 381 vd; Eren, Sona Erme, 102; Dayınlarlı, 102; Tandoğan, Borçlar, 117; Öz, İnşaat, 114-115; Gök, Yapı İşleri, 101; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 153.

süresinde bitirmemesi üzerine,[181] idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi durumunda sözleşmenin feshedilerek hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir (KİSK. m. 20/(a) bendi).

E. İnşa Eserini Teslim Borcu

1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin borçlarından biri de sözleşmeye uygun biçimde meydana getirilen eseri teslim borcudur. Yüklenicinin inşa eserini teslim borcu Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber bazı maddelerde (BK. m. 358/I, 359/I, 360/I, 363/III, 364/I) bu borcun zımnen kabul edildiği anlaşılmaktadır.[182] Teslim, yüklenicinin eseri sözleşmeye göre tamamlayarak ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve eser üzerinde iş sahibinin doğrudan zilyetliğinin sağlanmasıdır.[183] İnşa eserinin menkul veya gayrimenkul olmasına göre teslim farklı hükümlere tabidir.

Teslim borcu menkullerde, tamamlanmış bir inşa eserinin fiilen, fiziki varlığı ile iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesi ve doğrudan doğruya zilyet kılınması veya onun zilyetliğini rahatsız edici durumun ortadan kaldırılması suretiyle yerine getirilir.[184] İnşa eserinin tamamlanması, inşa eserinin fiili ve hukuki anlamda inşaat sözleşmesine uygun bir şekilde tamamlandığını, bu sözleşmede kararlaştırılan bütün

---

[181] İş programında meydana gelen kısmi gecikmelere rağmen işin kararlaştırılan sürede tamamlanıp teslim edilmesi mümkün ise, bu tür gecikmelerin, sözleşmede yer alan fiyat farkları ile ilgili yaptırımlarla karşılanması mümkündür. Ancak iş programındaki gecikme, kalan sürede işin tamamlanmasını fiilen imkansız hale getirir ve işin seyrinden yüklenicinin belli bir süre cezalı çalışmasına izin verilse dahi bu işi bitirme imkanı olmadığı anlaşılırsa sözleşmenin feshi yoluna gidilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Gök, Yapı İşleri, 101; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 152.

[182] Tandoğan, Borçlar, 124; Uçar, 105; Eren, Müteahhit, 72; Aral, 357; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 26; Turanboy, 154; Güleç, 38.

[183] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 80; Uçar, 89-90; Oser/Schönenberger, Art.367, Nr.2; Becker, Art.367, Nr.2.

[184] Zindel/Pulver, Art.367, Nr.4; Gauch, Nr.86 vd.; Aral, 358; Tandoğan, Borçlar, 125; Eren, Müteahhit, 72; Uygur, Borçlar Özel, 7719-7720; Altaş, Eser, 80; Karahasan, İnşaat, 130 vd.

inşaat işlerinin icra edildiğini ve bittiğini ifade eder.[185] Müteahhidin borcunu ifa etmiş sayılması için, menkul eserin zilyetliğinin devri yanında mülkiyetin de iş sahibine geçmesi gerekir.[186] Menkul eserin müteahhidin tasarrufundan çıkıp, iş sahibinin tasarruf alanına girmesi ile teslim gerçekleşir. Menkul eserin teslim yerini tespit etmek gerekirse, malzemeyi iş sahibinin sağladığı menkul eserlerin, iş sahibi tarafından aranması gerekir. Malzemeyi müteahhit getirmişse eserin müteahhit tarafından iş sahibine götürülmesi veya hasar ve masrafı iş sahibine ait olmak üzere ona gönderilmesi gerekir. Bu durumda taraflar ifa yerini belirlememiş ve bir teamülde yoksa, BK. m. 73/b.3'e göre borcun doğumu anında borçlunun ikametgahı neredeyse eser de orda teslim edilir.[187]

Gayrimenkul eserlerin teslimini ise eserin müteahhidin veya iş sahibinin arsasında yapılmasına göre değerlendirmek gerekir. İnşa eserinin müteahhidin arsasında yapılması halinde, gayrimenkulün teslim borcunun ifası, eserin tamamlanması ve iş sahibi adına tescil edilmesi ile gerçekleşmiş olacaktır.[188] Ancak burada inşaat tamamlansa bile mülkiyet iş sahibine geçirilmedikçe veya mülkiyet iş sahibine geçirilse bile inşa eseri tamamlanmadıkça müteahhidin ifa borcu yerine gelmiş olmaz. İnşa eseri iş sahibinin arsası üzerinde meydana getiriliyorsa, eserin mülkiyeti de zilyetliği de doğal olarak iş sahibinde olduğundan, müteahhidin inşa eserini iş sahibinin her türlü yararlanmasına hazır halde terk etmesiyle ifa gerçekleşmiş olacaktır.[189] Başka bir deyişle iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşa eserlerinde ifa, müteahhidin inşaatı eksiksiz olarak tamamlaması ile birlikte

---

[185] Gauch, Nr.87; Pedrazzini, 521; Zindel/Pulver, Art.371, Nr.12; Bühler, Art.367, Nr.7; Öz, Eser Sözleşmesi, 166; Turanboy, 154; Aral, 357; Olgaç, 1079; Uçar, 103; Uçar, Teslim, 534; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 88.

[186] Menkul eserin mülkiyetinin nakli, zilyetliğin nakli, elden veya temsilciye teslim, hükmen teslim ve havale yoluyla olabilir. Ancak iş sahibi inşa eserine vasıtasız zilyet kılınması dışındaki zilyetlik devirlerini kabul etmek zorunda olmadığından, diğer devir türlerini kabul etmeye zorlanamaz, kabul etmemesi halinde alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz. Altaş, Eser, 81; Uçar, 108; Öz, Eser Sözleşmesi, 166. Zilyedliğin devri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bak. Oğuzman/Seliçi, 58 vd.

[187] Tandoğan, Borçlar, 125; Altaş, Eser, 82; Aral, 357; Gauch, Nr.89; Gautschi, Art.363, Nr.6.c.

[188] Altaş, Eser, 86; Seliçi, İnşaat, 8 vd.; Öz, Eser Sözleşmesi, 168.

[189] Öz, Eser Sözleşmesi, 168; Uçar, 109; Altaş, Eser, 86.

gerçekleşir. Ancak eğer gerekiyorsa, bu durumun müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi gerekir.[190]

Doktrinde aksi görüşler olmakla birlikte[191], Borçlar Kanununun istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerinde teslim ve kabul kavramlarının farklı anlamlara geldiği kabul edilmektedir. Eserin teslimi, müteahhit tarafından tamamlanan eserin iş sahibine arz edilmesi olup, yüklenicinin teslim borcunun karşılığı olarak, iş sahibinin teslim alma borcu ortaya çıkar.[192] Buna karşılık eserin kabulü ise teslim alınan eserin muayenesini müteakip, eserin sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince beyan edilmesi suretiyle yapılır. Başka bir ifadeyle kabul, iş sahibinin eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunu açıklayan irade beyanıdır.[193] Bu anlamda teslim almayı BK. m. 362'de öngörülen "kabul" den ayırmak gerekir. İş sahibine ifa olarak arz edilen eserin ayıplı olması, teslime engel bir durum değildir. Başka bir deyişle, ayıplı eserin teslimi mümkün iken, tamamlanmamış eserin teslimi söz konusu değildir.[194]

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde de, inşa eseri çoğu zaman iş sahibinin hakimiyet ve işletme alanında inşa edildiğinden, yüklenicinin teslim yükümlülüğünün[195] yerini YİGŞ. m. 41'deki geçici kabulün şartlarını yerine getirmek alır. Buna göre sözleşmede eserin teslimi için kararlaştırılan sürenin dolduğu tarihte, yüklenici idareden geçici kabulün yapılmasına dair ilk işlemlerin başlatılmasını yazılı olarak istemesi gerekir (YİGŞ. m. 41/I).[196]

---

[190] Seliçi, İnşaat, 35 vd.; Öz, Eser Sözleşmesi, 168; Altaş, Eser, 86; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 27; Uçar, 109; Güleç, 38.

[191] Gautschi, Art.370, Nr.4.

[192] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 80-81; Uçar, 90; Ergezen, 68; Burcuoğlu, 288.

[193] Eren, Müteahhit, 72; Uçar, 91; Aral, 357; Seliçi, İnşaat, 36; Ergezen, 68; Öz, Eser Sözleşmesi, 166; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 81.

[194] Gauch, Nr.106; Zindel/Pulver, Art.367, Nr.3; Bühler, Art.367, Nr.7; Aral, 357; Altaş, Eser, 80; Olgaç, 1079; Uçar, 104; Uçar, Teslim, 534.

[195] Kamu inşaat sözleşmelerinde, teslim ve teslim alma ile ilgili düzenlemeler Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde geçici ve kesin kabul adı altında düzenlenmiştir. KİSK. m. 7/(p) bendinde denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar, sözleşmelerde yer alması gereken hususlardan kabul edilmiş; anılan Kanunun 11 nci maddesinde ise, muayene ve kabul işlemlerinin idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılacağı, yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemlerinin yapılamayacağı düzenlenmiştir.

[196] Karaca, 71; Duman, 670; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 545; Gök, Yapı İşleri, 518; Uçar, 96; Öz, Eser Sözleşmesi, 184-185.

2. Geçici Ve Kesin Kabul

Kamu inşaat sözleşmelerinde, sözleşme konusu iş tamamlandığında, yüklenici idareye vereceği dilekçe ile geçici kabul isteğinde bulunur. Bunun üzerine yapılan işler, idarece verilecek talimat üzerine yapı denetim görevlisince ön incelemeden geçirilir. Ön incelemenin amacı inşaatın tamamlanıp tamamlanmadığı, teslim alınmasına engel bir ayıbın bulunup bulunmadığının belirlenmesidir. İş kabule hazır değilse, eksik ve kusurlu işleri gösteren ve bu eksikliklerin ne kadar sürede giderilebileceğine ilişkin görüşleri içeren tutanak, üç gün içinde idareye sunulur (YİGŞ. m. 41/II).[197]

Geçici kabul komisyonunun oluşturulması ve işyerine gönderilebilmesi, yapılan işin ya noksansız olması ya da noksanlık varsa, bu kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına, aynı zamanda bu kusur ve eksikliklerin işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmasına bağlıdır (YİGŞ. m. 41/IV).[198] Şu halde inşa eserindeki ayıp ve eksikliklerin giderilmesi masrafı, sözleşme bedelinin yüzde beşini aşıyorsa, iş sahibi yüklenicinin hiç ifa etmemesinden hareketle YİGŞ. m. 47'ye göre teslim almaktan kaçınabilir.[199]

Teslime engel ön şartın bulunmaması durumunda geçici kabul komisyonu oluşturulur. Kabul komisyonu inşaatta ayıplı ve sözleşmeye uymayan işler tespit ederse bu işleri ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi tespit ederek yükleniciye bırakır (YİGŞ. m. 41/V(a)). Yükleniciye bu sürenin tanınması zorunludur. Bu süre içinde, iş sahibi ayıplı işleri, masrafları yükleniciye ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptıramaz. Ayrıca sözleşmede öngörülen cezai şart da bu süre içinde işlemez.[200]

Belirlenen sürede yüklenici tarafından bu eksiklikler giderilmezse, sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek

---

[197] Duman, 670; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 476; Gök, Yapı İşleri, 482; Karaca, 71.
[198] Uçar, 97; Gök, Yapı İşleri, 482; Duman, 670; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 476.
[199] Karaca, 71.
[200] Karaca, 72.

eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır. Bu durumda geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenecektir. Bu durumda teminat süresi de işlemeye başlamaz.[201] Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam edecek ve kabul tarihi ertelenecektir (YİGŞ. m. 41/V(b)).[202]

Şu halde YİGŞ. m. 41'de düzenlenen geçici kabul, inşaatın idare tarafından teslim alınmasını ifade etmektedir. Burada inşaat tamamlanmış olup, tamamlanan inşaatın idarece teslim alınması söz konusudur.[203] Bunun dışında geçici kabulün müteahhidin sorumluluğu üzerine bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim YİGŞ. m. 25/I'de, kesin kabul tarihine kadar her türlü sorumluluğun yükleniciye ait olduğu, m. 43'de teminat süresi içinde ortaya çıkacak kusur ve aksaklıkların yüklenici tarafından giderileceği, m. 44/IV'de ise teminat süresi içinde yükleniciye atfedilecek bir kusur ve eksiklik görülmediği takdirde kesin kabulün yapılabileceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden de anlaşıldığı gibi, idare, geçici kabule rağmen kusur ve eksikliklerle ilgili haklarını saklı tutmaktadır.[204]

Geçici kabulle iş sahibi artık temerrüt sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullanamayacaktır. YİGŞ. m. 44'de düzenlenen kesin kabul ise inşaatın uygun bir ifa olarak kabul edildiği anlamında kullanılmaktadır. Kesin kabul işlemleri de geçici kabule ilişkin usule göre yapılır (YİGŞ. m. 44/I).[205]

3. Teminat Süresi

Geçici kabulün yapılmasını müteakip eserin kullanılmaya başlanması, işin kesin kabulü anlamına gelmez. Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek süre,

---

[201] Uçar, 97.

[202] Öz, Eser Sözleşmesi, 185; Karaca, 72; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 490; Duman, 670- 671; Gök, Yapı İşleri, 491.

[203] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 545; Gök, Yapı İşleri, 518; Uçar, 97; Öz, Eser Sözleşmesi, 185.

[204] Uçar, 97.

[205] Öz, Eser Sözleşmesi, 185; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 501; Gök, Yapı İşleri, 498; Uçar, 96.

teminat süresidir. Sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa yapım işlerinde teminat süresi on iki aydan az olamaz. Ancak işlerin özelliğine göre bu süre, arttırılabilir veya eksiltilebilir (YİGŞ. m. 42). Teminat süresi, çok büyük ve karmaşık inşaat tekniği gerektiren işlerde, emniyet ihtiyacından doğmuştur. İlk anda tespit edilemeyecek kusur ve eksiklikleri ortaya çıkarabilmek ve aynı zamanda teslim alınan inşaatın dayanıklılığını denetleyebilmek için idare, teminat süresi denilen bu süreyi gerekli görmüştür.[206] Teminat süresi, özelikle yüklenicinin bakım, kusur ve eksiklikleri giderme ve muhafaza yükümlülüğünün süresini tespit bakımından önemlidir. Aynı zamanda teminat süresi kesin kabulün yapılması gereken azami süreyi de belirlediğinden, bu süre içinde kesin kabul işlemlerinin de ikmal edilmesi gerekmektedir.[207]

Teminat süresi içinde ayıp ve eksiklikler düzeltilmemişse, idare yükleniciye düzeltme için tekrar süre verecektir (YİGŞ. m. 44/V). Bu süre sonunda da düzeltme yapılmamışsa, idare ya yükleniciye 41 inci maddede (geçici kabuldeki gibi) belirtilen şekilde ceza uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekleyecek ya da gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve eksiklikleri yüklenici hesabına kendisi giderecektir (YİGŞ. m. 44/VI). Teminat süresi içinde kesin kabul komisyonu, yüklenicinin borçlarını yerine getirip getirmediğini, inşaatın kötü yapılmasından kaynaklanan bir eksiklik veya geçici kabulden sonra ortaya çıkan bir eksiklik olup olmadığını denetleyerek, eksiklik olmadığı tespitinde bulunursa, kesin kabul tutanağını düzenler. Kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanması ile kesin kabul işlemi tamamlanmış olur (YİGŞ. m. 44/VI).

F. İnşa Eserinin Tesliminden Sonra Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Yüklenici ayıpsız bir inşa eseri meydana getirmek ve bunu iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Aksi halde ayıba karşı tekeffül borcu doğar. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, eseri teslim borcunun tamamlayıcısı olarak meydana

[206] Uçar, 97.
[207] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 498-499; Gök, Yapı İşleri, 496.

getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur.[208] Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için gerekli şartları aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.

1. İnşa Eseri İş Sahibi Tarafından Kabul Edilmemiş Olmalı

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, eserin tamamlanarak iş sahibine sözleşmedeki şartlara uygun olarak teslim edilmesi, ancak teslim edilen inşa eserinin iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olması gerekir. BK. m. 362/I'e göre, teslim edilen eserin açıkça veya zımnen kabulü ile yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Dolayısıyla iş sahibi eseri teslim aldıktan sonra eseri dikkatli ve özenle muayene etmek ve tespit ettiği açık ayıpları zamanında yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi halde eseri zımnen kabul etmiş sayılır.[209] Eserdeki ayıbın iş sahibi tarafından bilinmesine rağmen, iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını saklı tutmaksızın kabul etmesi veya kullanması da ayıplı eserin zımnen kabul edildiği anlamına gelmektedir.[210] İş sahibine yükletilen muayene külfeti, gizli ayıplar bakımından geçerli değildir. Çünkü gizli ayıplar usulüne uygun bir muayene ile anlaşılamayan, zamanla veya kullanmakla anlaşılan ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıplar ortaya çıktığında iş sahibi bunu derhal müteahhide bildirmek zorundadır.[211]

BK. m. 362 anlamında kabul işlemi, kamu inşaat sözleşmelerinde YİGŞ. m. 44'de düzenlenen kesin kabul aşamasında söz konusu olur.[212] İşin kabulüne ilişkin olarak iki düzenleme arasında fark bulunmaktadır. Borçlar Kanununda eserin zımni kabulüne de imkan tanınmışken, kamunun ihale yolu ile yaptırdığı imal ve inşa

---

[208] Uçar, 36; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 32.

[209] Tandoğan, Borçlar, 218; Uçar, 254; Öz Eser Sözleşmesi, 119.

[210] Seliçi, İnşaat, 201; Uçar, 254; Gauch, Nr.1502; "…yeni yapılan arabanın iki ay müddetle kullanılması onun açıkça ve haliyle kabul edildiğini gösterir ve BK. m. 62 uyarınca onu yapan müteahhit sorumluluktan kurtulur. " Y.3.H.D. 9.5.1961 tarih ve 3872/3115 sayılı karar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 218, dn. 462.

[211] Celal, 124; Aral, 368; Tandoğan, Borçlar, 220; Uçar, 257.

[212] Kesin kabul, teslim alınan inşaatın teminat süresinin sonunda, ihale dokümanına uygun bir ifa olduğunun iş sahibi tarafından kabul edilmesidir. Teslim ve kabul kavramları için bkz. 1. Bölüm, §2, I, E.

işlerinin kabulünün, mutlaka sarih (yazılı) bir biçimde kabul komisyonları vasıtasıyla yapılması gerekmektedir.[213] Ayrıca sorumluluğun kapsamını tayin açısından KİSK. m. 30 ve YİGŞ. m. 25/IV'deki düzenlemeden, açık ve gizli ayıp ayrımının da sonuçları itibariyle ortadan kalktığı görülmektedir.[214]

2. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı

BK. m. 360/I'e göre sözleşmenin konusu eser, *"iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı"* ise ayıplıdır. Ayıp,[215] inşa eserinin sözleşmeyle taahhüt edilen veya kanun gereği bulunması gereken ya da dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen vasıflara sahip olmamasıdır.[216] Eserin ayıplı olması, somut inşaat sözleşmesinin içeriğine bağlı nisbi bir kavram olup, bunun tespiti için sözleşmede öngörülen nitelikler ile eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma yapılırken, iş sahibinin sözleşmenin içeriğine ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır.[217] Bu sebeple ayıplı bir inşa eserinin meydana getirilmesi ve ayıplı şekilde teslim edilmesi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir.[218]

Sözleşmede tarafların üzerinde anlaştığı vasıflar yer, biçim, imal tarzı, renk gibi eseri belirlemeye yarayan genel vasıflar veya genel olarak belirlenmiş eseri tanımlayan özel vasıflar (çatının yalıtım biçimi, kalorifer tesisatının ısıtma derecesi gibi) olabilir. İnşaat sözleşmelerinde bu tür vasıflar, plan, proje ve teknik şartnamelerde gösterilmektedir. Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan veya inşaat

---

[213] Akbulut, Sorumluluk, 56.

[214] Bkz. 2. Bölüm, §3, II, D, 5.

[215] Ayıp kavramı ve türleri için bkz. Akıncı, 26; Celal, 123 vd; Burcuoğlu, 285 vd; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 92 vd.; Uçar, 124 vd.

[216] Gautschi, Art.367, Nr.14.c.; Gauch, Nr.1352; Bühler, Art.367-371, Nr.2; Altaş, Eser, 207; Tandoğan, Borçlar, 161; Aral, 365; Kocaağa, 181; Yavuz, 474; Uçar, 124; Seliçi, İnşaat, 135; Seferli, 49; Öz, Eser Sözleşmesi, 92.

[217] Aral, 365; Kocaağa, 181; Tandoğan, Borçlar, 161-162; Uçar, 124.

[218] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 93; Karahasan, İnşaat, 259; Yavuz, 474.

işlerinde plan, proje ve teknik şartnamelerde gösterilen bu vasıflardan birine aykırı olarak inşa eserinin meydana getirilmiş olması eserin ayıplı olmasına sebep olur.[219]

Taraflarca önceden sözleşmede kararlaştırılmamasına rağmen, dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk gereğince eserin kendisinden beklenen nitelikleri taşımaması da eserin ayıplı olmasına neden olur.[220] Ayıp, eşyanın normalde olması gereken niteliklerden ayrılmasıdır. Bir inşa eserinde kullanım amacına uygun olarak bulunması gereken niteliklerin tespit edilmesi daha kolaydır. İnşaatta normal olarak bulunması gereken özelliklerin bulunmaması, inşaatın değer kaybına yol açabilir ya da iş sahibinin kullanım amacını engelleyebilir.[221]

Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuatta ayıplı inşaatın ne olduğunun açık bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, inşaattaki bozukluk, aksaklık, fen ve sanat kurallarına aykırılık, proje ve şartname eklerine aykırılık ayıp olarak kabul edilmiştir.[222]

3. İnşa Eserindeki Ayıp İş Sahibine Yükletilmemeli

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için inşa eserindeki ayıbın iş sahibine yüklenmemesi gerekir. BK. m. 361'e göre, inşa eserinin ayıplı olması, yüklenicinin görüşüne aykırı olarak iş sahibinin talimatından veya iş sahibi tarafından verilen malzeme veya arsadan kaynaklanırsa, başka bir ifade ile iş sahibine isnad edilen bir kusurdan doğarsa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.[223] Bu hüküm iş sahibinin eserin meydana gelmesinde aktif bir rol oynadığı düşüncesine dayanmaktadır. Zira inşaat sözleşmesinde kural olarak plan ve projeleri temin eden, talimat veren ve bazen malzemeleri sağlayan iş sahibidir. Böylece iş sahibinin sorumlu olduğu durumlar zararın doğmasına veya artmasına neden olmuş ise, onun ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kısmen veya tamamen

---

[219] Uçar, 126; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 482, 483; Gök, Yapı işleri, 486; Tandoğan, Borçlar, 162; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 94.

[220] Tandoğan, Borçlar, 164; Uçar, 128; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 97; Burcuoğlu, 285.

[221] Uçar, 129; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 99.

[222] Örneğin YİGŞ. m. 14/III.

[223] Gauch, Nr.1979; Öz, Eser Sözleşmesi, 111; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 141; Tandoğan, Borçlar, 214; Uçar, 245.

ortadan kalkabilir.[224] Eserin ayıplı olmasında iş sahibinin kusurlu bulunması şart değildir. Kusursuz dahi olsa bu durum iş sahibinin kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenle ortaya çıkmış ise yine BK. m. 360 hükümlerine başvuramaz.[225]

Ancak iş sahibinin yanlış talimatı veya kötü malzeme vermesi, her zaman yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz. Yüklenici amaca uygun bulmadığı talimatın sonuçları hakkında iş sahibini açıkça uyarması,[226] verilen malzeme ve arsanın muayenesini yaparak elverişli olmadığını iş sahibine bildirmiş olması,[227] ancak buna rağmen iş sahibinin bu talimatında veya malzemede ısrar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenicin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu devam eder.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde de, işlerin devamı sırasında yüklenicinin, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun fen ve sanat kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu hususta karşı görüşlerini idareye bildirmek zorunda olduğu (YİGŞ. m. 12), keza yüklenicinin kendisine verilen proje ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyeri veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde[228] hem yapı denetim görevlisine, hem de idareye yazı ile bildirmek zorunda olduğu, yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenicinin, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir (YİGŞ. m. 14/III).

---

[224] Aral, 365; Eren, Müteahhit, 79; Uçar, 234; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 131.

[225] Erman Arsa Payı, 123; Uçar, 234; Burcuoğlu, 302; Tandoğan, Borçlar, 208-209; Öz, Eser Sözleşmesi, 111; Gauch, Nr.1916; Zindel/Pulver, Art.369, Nr.3.

[226] Uçar, 238; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 140; Erman, Arsa Payı, 123-124; Tandoğan, Borçlar, 210; Öz, Eser Sözleşmesi, 111; Bühler, Art.369, Nr.42.

[227] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 142; Uçar, 246; Tandoğan, Borçlar, 214-215.

[228] Özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir.

4. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hak Zamanaşımına Uğramamış Olmalı

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin, müteahhidin ayıplı inşaat meydana getirmesinden doğan haklarını kullanabilmesi için, zamanaşımı sürelerinin geçmemiş olması gerekir. BK. m. 363 hükmü gereğince, inşa eserindeki ayıptan dolayı iş sahibine tanınan zamanaşımı süreleri, taşınır ve taşınmaz eserler açısından farklı sürelere tabi kılınmıştır. Anılan hüküm, taşınır inşa eserleri için BK. m. 207'de düzenlenen alıcının haklarının tabi olduğu, teslimden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine atıfta bulunmuştur. Taşınmaz inşa eserlerinde ise beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.[229] Taşınır ve taşınmaz inşa eserlerinde kasden gizlenmiş ayıplara ise, satım sözleşmesine yapılan atıf nedeniyle, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.[230] BK. m. 363 emredici değil, tamamlayıcı nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla zamanaşımı süreleri tarafların anlaşması ile uzatılabilir veya kısaltılabilir.[231] Ancak on yıldan fazla bir zamanaşımı süresi kararlaştırılamaz.

İnşa eserindeki ayıplara ilişkin ihbar süresinin geçirilmiş olmasından dolayı, iş sahibine tanınan seçimlik hakların düştüğü hallerde, zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu olmaz. Bu nedenle iş sahibi ayıptan doğan hakkının düşmemesi ve bu hakların kullanılması sonucunda elde edeceği alacak hakkından yararlanabilmek için öncelikle açık ayıplar bakımından eseri muayene etmeli ve ihbar külfetlerini işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz yerine getirmelidir. Gizli ayıpları ise ortaya çıkar çıkmaz derhal müteahhide bildirmelidir. İş sahibi ayıpları en geç zamanaşımı süresi içinde ihbar etmek mecburiyetindedir.[232]

Kamu inşaat sözleşmelerinde eserin ayıplı olmasından dolayı iş sahibi lehine doğan haklara ilişkin zamanaşımı süreleri KİSK. m. 30'da ve YİGŞ. m. 25/IV'de düzenlenmiştir. Anılan hükümler gereğince kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenici

---

[229] Burcuoğlu, 328; Celal, 242-243; Öz, Eser Sözleşmesi, 130; Uçar, 263; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 231; Tandoğan, Borçlar, 222.

[230] Öz, Eser Sözleşmesi, 130; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 231; Tandoğan, Borçlar, 226; Burcuoğlu, 328; Celal, 242-243; Uçar, 264.

[231] Becker, Art.371, Nr.1; Seliçi, İnşaat, 211; Celal, 260; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 241; Öz, Eser Sözleşmesi, 131; Tandoğan, Borçlar, 226 vd.; Uçar, 279-278.

[232] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 228; Celal, 242.

ve alt yükleniciler, ayıptan dolayı genel hükümlere göre sorumlu tutulur. Başka bir ifade ile idare iş sahibi olarak BK. m. 360'da tanınan haklara sahip olur. Ancak BK. m. 360 ve m. 363 hükmüne göre 5 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüşken, Kamu İhale sözleşmeleri Kanununa göre yüklenici 15 yıllık bir süre ile sorumlu olmaktadır. Ayrıca kanun koyucu anılan hükümlerde yüklenicinin eserdeki ayıbı kasden saklayıp saklamadığı ayrımı da yapmamıştır. Her iki durumda da 15 yıllık sürenin uygulanmasını öngörmüştür.[233] Borçlar Kanununa göre zamanaşımı süresi eserin teslimiyle başlarken, Kamu İhale sözleşmeleri Kanununa göre eserin ayıplı olduğu hallerde zamanaşımının başlangıcı, eserin kesin kabulü ile başlar.[234]

5. İş Sahibi Eseri Muayene Ve Ayıbı İhbar Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olmalı

BK. m. 359/I'e göre**,** iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için, yüklenici tarafından meydana getirilen ve kendisine teslim edilen inşa eserini muayene etmek[235] ve söz konusu eserde bulunan ayıpları yükleniciye bildirmekle yükümlüdür.[236] Muayene edilecek eserin niteliği ve özellikleri dikkate alınarak, makul ve itinalı bir muayene için gerekli sürenin iş sahibine tanınması gerekir.[237] Teslim sırasında açıkça görülen veya muayene ile tespit edilen açık ayıplar veya inşa eserini kullanarak ortaya çıkan gizli ayıplar iş sahibi tarafından öğrenildiği anda derhal müteahhide bildirilmelidir.[238] Aksi halde iş sahibi eseri zımnen kabul etmiş sayılır ve BK. m. 360'daki ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmiş olur.

---

[233] DİK. m. 87 ve BİGŞ. m. 23'de Borçlar Kanunu sistemine atıfta bulunularak BK. m. 363'deki taşınmaz inşaata ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmakta idi. Müteahhidin hileli olarak (kasden) sakladığı ayıplara BK. m. 363/II'deki beş yıllık zamanaşımı süresi değil, BK. m. 125'e dayanarak on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktaydı. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 3. maddesinde de inşaat yapımı esnasında üstlendikleri görevleri gereği gibi yerine getirmeyen ilgililerin sorumlulukları, yapının taşıyıcı kısmıyla ilgili olarak 15 yıla çıkarılmıştır.

[234] Tandoğan, Borçlar, 233; Uçar, 274, 277; Öz, Eser Sözleşmesi, 136.

[235] İnşa eserinin muayenesi, inşaat sözleşmesinin konusu olan eserde sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak bulunması gerekli olan niteliklerin mevcut olup olmadığının ortaya çıkarılmasıdır. Seliçi, İnşaat, 145-146; Kaplan, Mimarlık, 139.

[236] Uçar, 137; Öz, Eser Sözleşmesi, 112; Tandoğan, Borçlar, 167; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 107.

[237] Tandoğan, Borçlar, 169; Aral, 369; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 110; Uçar, 144; Öz, Eser Sözleşmesi, 114.

[238] Celal, 144; Uçar, 149-150; Öz, Eser Sözleşmesi, 117; Tandoğan, Borçlar, 173-174.

Muayeneyi iş sahibi kendisi yapabileceği gibi, gerek yüklenicinin gerekse iş sahibinin BK. m. 359/II'ye göre masrafı kendine ait olmak üzere eserin bilirkişiye muayene ettirilmesini ve sonucun bir raporla tespitini isteme hakkı da vardır. KİSK. m. 11 ve YİMKY. m. 3'de ise, muayene ve kabul işlemlerinin idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları (geçici veya kesin kabul komisyonları) tarafından yapılacağı,[239] yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemlerinin yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Yapılan işin idareye tesliminin geçici kabul ile gerçekleşeceği, taahhüt edilen işin, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlanması durumunda yüklenicinin idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunacağı (YİGŞ. m. 41 ve YİMKY. m. 6) yukarda anlatılmıştır.[240] Zorunlu bir neden bulunmadıkça, başvuru tarihinden itibaren en geç on (10) gün içinde, eser yapı denetim görevlisince ön incelemeye tabi tutulur. İnceleme sonucu işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığının ve Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre kabul işleminin yapılmasında bir engel bulunmadığının anlaşılması durumunda, yapı denetim görevlisi "Geçici Kabul Teklif Belgesi"ni düzenleyerek yetkili makama gönderir. Yetkili makam, en geç on (10) gün içinde Geçici Kabul Komisyonunu oluşturur (YİMKY. m. 6). Komisyon kurulmasından itibaren en geç on (10) gün içinde işyerine giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri inceler ve muayene eder. Geçici kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde, işin geçici kabulünü yapar. Yapılan inceleme ve muayene sonucunda komisyon, işi geçici kabule hazır bulmadığı takdirde, durumu bir tutanakla tespit ederek idareye bildirir. Bu durumda geçici kabul yapılmamış sayılır (YİMKY. m. 7).

Geçici kabul inceleme ve muayenesi sırasında, komisyon kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan işte kusur ve noksanlıklar tespit ederse, bu eksiklikleri tutanakta belirtir ve görülen kusur ve noksanlıkların giderilmesi için işin özelliğine göre yeterli bir süre belirler. Düzenlenen tutanağın birer nüshası yapı denetim görevlisine ve yükleniciye verilir. Tespit edilen noksan ve kusurlar

---

[239] Muayene ve kabulün nasıl yapılacağı 04.03.2009 tarih ve 27159/Mükerrer sayılı Resmi Gazete de yayımlanan değişik Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

tamamlandığında yapı denetim görevlisi durumu tutanağın altına kaydederek imzalar ve tutanağı yetkili makama gönderir. Komisyonca belirlenen süre içinde söz konusu noksan ve kusurlar tamamlanmadığı takdirde, yapı denetim görevlisi tarafından YİGŞ. m. 41 hükmü uygulanır (YİMKY. m. 7).

Kesin kabul için öngörülen süre tamamlandığında (teminat süresi dolduğunda),[241] yüklenicinin kesin kabulün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Kesin kabul, geçici kabuldeki esas ve usullere göre yapılır (YİGŞ. m. 44; YİMKY. m. 10, m. 11).

Kusur ve noksanlıklar, geçici ve kesin kabul komisyonlarınca tespit olunan sürelerde yüklenici tarafından tamamlanmadığı durumda, idare, YİGŞ. m. 41 ve 44'e göre, kusur ve noksanlıkları yüklenici nam ve hesabına tamamlatır (YİMKY. m. 12/III).

Yüklenici tarafından yapılan işlerin hata, kusur ve eksikliklerinin yapı denetim görevlisince tespiti halinde yapı denetim görevlisinin hak ve yetkileri, YİGŞ. m. 24'de düzenlenmektedir. Buna göre, yapı denetim görevlisi, yüklenici tarafından yapılmış olan işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu veya malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren delil ve emareler gördüğü takdirde, işin yapımı sırasında veya kesin kabule kadar olan sürede bu gibi eksiklerin, hataların ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli görülen yerlerin kazılmasını ve/veya yıkılıp yeniden yapılmasını yükleniciye tebliğ edecektir. Bu incelemeler yüklenici veya vekili ile birlikte yapılır. Yüklenici veya vekili bu konuda yapılacak tebliğe uymazsa, incelemeler yapı denetim görevlisince tek taraflı olarak yapılıp durum bir tutanakla tespit edilir. Bu gibi inceleme ve araştırmaların giderleri, işlerin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yükleniciye ait olur. Aksi anlaşılırsa genel hükümlere göre işlem yapılır. İnceleme sonucunda sorumluluğu yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu ve malzemesi şartnameye uymayan işlerin bedelleri, geçici hakedişlere girmiş olsa bile, yüklenicinin daha sonraki hakedişlerinden veya kesin hakedişinden ya da teminatından kesilir (YİGŞ. m. 24/II).

---

[240] Geçici ve kesin kabulün nasıl yapılacağı hakkında bkz. 1. Bölüm, §2, I, E, 2.

[241] Teminat süresi hakkında bkz. 1. Bölüm, §2, I, E, 3.

II. İş Sahibi İdarenin Borçları

A. Genel Olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen inşaat sözleşmesinde iş sahibinin en önemli borcu, taraflarca kararlaştırılan ücreti ödemektir. Bunun yanında iş sahibinin, işyerini ve projeleri yükleniciye teslim etmek, taahhüt edilmişse malzemeyi sağlamak, malzemenin veya tamir edilecek inşa eserinin kendisince bilinen ve yüklenicinin fark edemeyeceği tehlikeli veya işi etkileyecek diğer vasıflarından yükleniciyi haberdar etmek, inşa eserinin ayıplı olup olmadığını muayene ve ayıp mevcut ise ihbar etmek gibi borçları, yan borçları ve borç niteliğinde olmayan külfetleri de bulunmaktadır.[242]

Yüklenicinin sözleşmede yazılı süre içinde işe başlayabilmesi için, iş sahibinin işin görüleceği iş yerini gerekli kontrollerini yaptıktan sonra yapı denetim görevlisinin katılacağı işlemlerle birlikte yükleniciye teslim etmesi gerekmektedir[243] (YİGŞ. m. 6/I). İş sahibi ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe, iş için gerekli tesislerin kurulmasında ihtiyaç duyulan sahalar ile hizmet yollarının geçeceği yerleri, ariyet ve depo yerlerini, yükleniciye bedelsiz olarak teslim etmek zorundadır (YİGŞ. m. 6/III). İnşaatın başlaması ve devamında ihtiyaç duyulan taşınmazların kamulaştırılması ile geçici işgali için ihtiyaç duyulan maddi kaynaklar da, aksi kararlaştırılmadıkça iş sahibi tarafından temin edilecektir (YİGŞ. m. 6/V). İş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılacak malzeme ocakları da işyeri olarak değerlendirildiğinden,[244] yer teslimi kapsamında, malzeme sağlanacak ocakların da yükleniciye teslim edilmesi gerekmektedir (YİGŞ. m. 8/I).

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde, yapılacak işlerin uygulama projeleri, birim fiyat esaslı sözleşmelerde ise, işlerin ön veya kesin projeleri, şartnameler ve diğer belgelerle birlikte, sözleşmenin imzalanması sırasında iş sahibi tarafından yükleniciye verilir (YİGŞ. m. 11/I-II). Ancak, uygulama projelerinin

---

[242] İş sahibinin malzeme sağlamak ve genel uyarma yükümlülükleri, ayıplı eseri muayene ve ihbar külfetleri yüklenicinin borçları bölümünde anlatılmıştır.

[243] İşlerin yapılacağı yerlerin yükleniciye tesliminde gecikme olması ve bu gecikme işin bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini geciktirirse, sözleşmede tespit edilen iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır (YİGŞ. m. 6/VI).

[244] YİGŞ. m. 4'te işyeri, yapım işinin meydana getirildiği yerler ile iş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılan bina, arazi, arsa, malzeme ocakları vb. yerler olarak tanımlanmıştır.

yüklenici tarafından hazırlanması da istenebilir. Bu durumda ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe yüklenici tarafından idareye verilen projeler ve ilgili raporlar, bir aylık süre içinde aynen onaylanmış veya gerekli görülen değişiklikler yapılmış olarak veya eksiklerin tamamlanması kaydı ile yükleniciye geri verilir. Bu konuda gecikme olursa yüklenici, iş süresinin bu gecikme süresi kadar uzatılması hususunda hak kazanmış olur (YİGŞ. m. 11/IV(d)).

B. Ücret Ödeme Borcu

Borçlar Kanununa göre ücret ödeme borcu, iş sahibinin asli edim yükümünü ve inşaat sözleşmesinin zorunlu unsurunu teşkil etmekle beraber, sözleşmenin kurulması için ücretin miktarı konusunda tarafların anlaşmış olmaları şart değildir. Başka bir deyişle sözleşmenin kuruluş aşamasında ücretin belirli veya belirlenebilir olması şart değildir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmaması halinde ise ücret işin değerine ve müteahhidin yaptığı masraflara göre belirlenir.[245]

Kamu inşaat sözleşmelerinde ise Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak, bedelin önceden belirlenmesi ve sözleşmede yer alması zorunludur (KİK. m. 7/(e) bendi). Sözleşme bedeli, yapılan iş karşılığında idarenin ödemekle yükümlü olduğu bedeli belirtmesi yanında, yapılacak bazı işlemlerin tespitinde de bilinmesi gereken bir unsurdur. Zira ihale kararı damga vergisi, sözleşme damga vergisi ve harcı, kesin teminat miktarı, ihale sonucunun ilan edilip edilmeyeceği, sözleşme bedeli dikkate alınarak tespit edilecektir. İhale sürecinde verilen teklifler, yeterliğe ilişkin bilgi ve belgeler dışında fiyatı da (ücret-sözleşme bedeli) içerir. Teklifin ayrılmaz bir parçasını oluşturan sözleşme bedeli, teklif mektubunun da esaslı bir unsurunu teşkil eder.

---

[245] Koller, Art.363-366, Nr.50; Gauch, 33; Gehrer, 12; Aral, 382; Kaplan, Ücret, 129; Tandoğan, Borçlar, 296-297; Yavuz, 485; Dayınlarlı, 147; "Yüklenicinin yaptığı duvarın taraflarca kararlaştırılmış bir bedeli yoktur. Bedel ihtilaflıdır. Bu nedenle BK. m. 366 uyarınca yapıldığı (tamamlandığı) tarihteki mahalli rayiçlerden tespit edilir." Y.15.HD. 6.3.2007, 1149/1365 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 194; aynı yönde Y.15.HD. 30.3.1981, 314/657 sayılı karar için bkz. Duman, 883.

Borçlar Kanunu götürü ve yaklaşık (takribi) olmak üzere[246] iki tür ücret öngörürken (m. 365-367), Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yapım ihalelerinde anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyat şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır.[247] Ancak Borçlar Kanununda yer alan götürü ücret, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda hükme bağlanan götürü bedel ve birim fiyat uygulamasının her ikisini de kapsar niteliktedir.[248]

Anahtar teslimi götürü bedel uygulaması ile uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak ihale konusu işin tamamı için global bir teklif verilir, yükleniciye iş grupları[249] itibariyle ödeme yapılır. Buna göre iş grubu, işin dilimlere bölünmesinden oluşup, ödemeler de bu dilimler itibariyle yapılır.[250]

Teklif birim fiyat uygulamasında ise, işin parçalarını oluşturan ve idareler tarafından belirlenen her bir iş kalemi için teklif alınmak suretiyle bulunan toplam bedel teklif birim fiyatı oluşturur. İstekliler tekliflerini uygulama projelerine ve işin ayrıntılı özelliklerine göre hazırlar, ayrıca bir tahmini bedel ilan edilmez. Ödemeler

---

[246] KİK. m. 9'da öngörülen, işin yaklaşık bedelinin (yaklaşık maliyet) belirlenmesi ile takribi ücret birbirine karıştırılmamalıdır. Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunundan farklı olarak, yaklaşık maliyetin verilen tekliflerle karşılaştırılmak üzere belirlenmesini öngörmekte ve yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmesini, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmasını yasaklamaktadır. Bu çerçevede verilen teklifler, daha önceden belirlenen keşif bedeli (muhammen bedel) üzerinden indirim yapılması esasına değil, isteklilerin ihale dokümanında yer alan bilgiler doğrultusunda yapacakları hesaplamalara dayanmaktadır. Bu nedenle ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifi yani sözleşme bedeli ile yaklaşık maliyet arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır.

[247] İsviçre ve Alman hukukunda, inşaat bedelinin baştan belirlenmesinin üç şekilde gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Buna göre inşaat bedeli sözleşmenin başında götürü olarak anahtar teslim biçiminde belirlenebilir. Bu durumda yüklenici, işi belirlenen bu bedelle yapmak zorundadır. Bu ilkenin istisnaları ise, olağanüstü sebeplerin ortaya çıkması ve iş değişikliği yapılmasıdır. İkinci belirlemede inşaat bedeli toptan bedel olarak sözleşmenin başında götürü olarak belirlenecek, ancak sözleşmede belirtilen durumlarda fiyat farkı düzenlemeleri ile bedelin artırılabileceği kabul edilmektedir. Üçüncü olarak ise, sözleşme başında işin belli birimleri için belli bedeller kararlaştırılır ve inşaatın sonunda ortaya çıkan birim miktarına göre bütün bedel hesaplanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, 253, Nr.898; Zeltner, 5, Nr.9; Gürpınar, 55 vd.; Ayan, 31, dn. 47; Kaplan, Ücret, 131 vd.; Erman, Beklenilmeyen Haller, 63 vd.; Baygın, 30 vd.

[248] Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu iş artışı ve eksilişi halleri dışında sözleşme bedelinde değişiklik yapılmaması esası benimsendiğinden takribi ücret öngörülmemiştir.

[249] YİGŞ. m. 4'de iş grubu, anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile yapılacak işlerde, ara veya kesin ödemelere ilişkin iş kalemlerinin toplamından oluşan ve sözleşme bedelinin belli (ilerleme) yüzdeleri ile gösterilen ödemeye esas birimleri şeklinde tanımlanmıştır.

[250] Altun, 96.

ise iş kalemleri[251] itibariyle yapılır. Buna göre her bir birim fiyat, bir iş kalemini ifade etmekte olup, ödemeler de bu birim fiyatlar imalat miktarları ile çarpılmak suretiyle bulunup toplam tutar üzerinden yapılır.[252]

BK. m. 364/I'de eser ücretinin, eserin büyüklüğüne ve imalat süresine bakılmaksızın teslim zamanında ödeneceği, anılan hükmün ikinci fıkrasında ise yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedelin ödenmesi sözleşmede kararlaştırılmış ise, her kısmın bedelinin o kısmın teslimi zamanında ödeneceği öngörülmüştür. Bu kuralın istisnasını teşkil eden halleri ara hakedişlerle ödeme usulü, kısmi ödeme usulü, avans ödeme usulü olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür.[253]

Borçlar Kanunu yükleniciye ödenecek ücret konusunu tarafların müştereken düzenleyecekleri sözleşme hükümlerine bırakmışken, Kamu inşaat sözleşmelerinde yükleniciye ödenecek ücretin tespiti ve ödeme yöntemi belli esaslara bağlanmıştır. Buna göre yüklenicinin sözleşmeye uygun biçimde gerçekleştirdiği işlerin karşılığı kendisine, düzenlenme yöntem ve esasları sözleşme ve eki belgelerde yazılı bulunan hakediş raporları ile ödenir. Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ödemeye esas hakediş raporlarının nasıl hazırlanacağı hüküm altına alınmış (YİGŞ. m. 39-40), tip sözleşmelerde ise hakedişe bağlanan ödemelerin hangi süreler içerisinde tahakkuk ettirilerek gerçekleştirileceği belirtilmiştir (YİATS. m. 12).

Yüklenicinin yaptığı işler ile ihzarattan doğan alacakları, metrajlara göre hesaplanarak sözleşme hükümleri uyarınca kesin ödeme niteliğinde olmamak[254] ve kazanılmış hak sayılmamak üzere geçici hakediş raporları ile kendisine ödenir (YİGŞ. m. 39). Nihai hesaplaşma ise, işin idarece kabulünü müteakip çıkarılan kesin

---

[251] İş kaleminin tanımı YİGŞ. m. 4'de, birim fiyat sözleşme ile yapılacak işlerde, teknik ve özel yapım şartları belirtilen, birim fiyat tarifleri bulunan ve sözleşmelerinde bedeli gösterilen veya sonradan yeni birim fiyatı yapılan ödemeye esas birimler şeklinde yapılmıştır.

[252] Altun, 96.

[253] Kaplan, Ücret, 157 vd.; Gauch, 322; Nr.1162 vd.

[254] "Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu şartnameye göre ara hakedişler, kesin ödeme niteliğinde değildir…" Y.15.HD. 11.10.1993, 6616/1132 sayılı karar, YKD. Temmuz 1994.

hesaplar ve bu hesaplara dayalı biçimde hazırlanan kesin hakediş raporu (YİGŞ. m. 40) ile yapılır.[255]

İhale dokümanında öngörülmüş olması kaydıyla yüklenicinin talebi halinde, sözleşmenin yürütülmesi için gerekli olan ekipman, tesis, malzeme ve nakliye giderleri için alınacak teminat karşılığında, sözleşme bedelinin idari şartnamede belirlenen oranını aşmamak üzere avans ödenmesi mümkündür. Bu nedenle avans verilip verilmeyeceği, avansın bir defa da mı veya iş programının belirli bölümleri gerçekleştikçe mi verileceği, avans için alınacak teminatın hangi şartlarla alınacağı, avansın miktarı, mahsubunun nasıl yapılacağı hususlarına da sözleşmede yer verilecektir (YİTS. m. 14).

Geçici hakediş raporları sözleşme veya eklerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça yüklenicinin başvurusu üzerine ayda bir defa düzenlenir. Yüklenici başvurmadığı takdirde idare, en çok üç ay içinde, tek taraflı olarak hakediş düzenleyebilir. Gelecek yıllara sari olmayan sözleşmelerde yaptırılan işler için, son hakediş raporu bütçe yılının sonuna rastlayan ayın yirminci günü düzenlenir (YİGŞ. m. 39/IV).

Her hakediş tutarından, bir evvelki hakediş tutarı çıkarıldıktan sonra kalan miktara idarece ilgili mevzuata göre hesaplanacak Katma Değer Vergisi eklendikten sonra bulunan miktardan sözleşmede yazılı kesintiler, varsa yüklenicinin idareye olan borçları ve cezalar ile kanunen alınması gereken vergiler kesilir. Hakediş raporu, yüklenici veya vekili tarafından imzalandığı tarihten başlamak üzere en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer sözleşmede bu hususta bir kayıt yoksa otuz gün içinde tahakkuka bağlanır. Bu tarihten başlamak üzere on beş gün içinde de ödeme yapılır. Yüklenicinin hakediş raporuna bir itirazı olursa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır (YİGŞ. m. 39/IV).[256]

---

[255] Gök, Yapı İşleri, 548; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 601. "Yükleniciye ait hakedişi zamanında ödemeyen ve kesin hesabı çıkarıp teminatı çözmeyen idare kusurludur…" Y.15.HD. 21.2.1977, 186/367 sayılı karar için bkz. Doğanyiğit, 1108.

[256] "…Hakedişlere usulüne uygun biçimde itiraz edilmelidir veya önkoşul kaydı düşülmelidir. Eğer ara ve kesin hakedişlere yöntemine uygun biçimde önkoşul öne sürülmeden imzalayan yüklenici,

İşin geçici kabulünün yapılmasından itibaren altı ay içinde yapı denetim görevlisi ve yüklenici kesin metraj ve hesapları birlikte tamamlayıp imzalayarak idareye teslim etmek zorundadır. Yüklenici veya vekili, yapı denetim görevlisinin yazılı tebliğine rağmen hazır bulunmadığı takdirde, yapı denetim görevlisi hesapları tek taraflı olarak hazırlar ve idareye teslim eder. Bu aşamada yükleniciye, hazırlanmış bu kesin metraj ve hesapları altmış gün içinde incelemesi için tebligat yapılır. Yüklenici kesin metraj ve hesapları inceleyip itirazsız imzalarsa hesapların idarece incelenmesine başlanır (YİGŞ. m. 40/I). Yapı denetim görevlisi belirtilen süre içinde kesin hesapları idareye teslim etmediği takdirde, yüklenici kendi hazırladığı kesin hesapları idareye vererek incelenmesini ve onaylanmasını isteyebilir (YİGŞ. m. 40/V). Her üç durumda da idareler teslim aldıkları kesin hesapları, teslim tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içinde inceleyip onaylarlar (YİGŞ. m. 40/VI). Kesin hesapların ve kesin kabul tutanağının idarece onaylanmasından sonra, bunlara ilişkin onay tarihlerinin sonuncusundan başlamak üzere en çok otuz gün içinde, idarece onaylanmış kesin hesaplara dayalı olarak, yapı denetim görevlisi tarafından kesin hakediş raporu düzenlenir (YİGŞ. m. 40/VIII).

Yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan ücret alacağı BK. m. 126 hükmü gereği, muaccel olduğu günden itibaren beş yıl içinde zamanaşımına uğrar. Sözleşmede belirlenen süre içinde hakediş ödemelerinin yapılmaması sözleşmeye açıkça aykırılık teşkil ettiğinden yüklenici BK. m. 101'e göre idareyi temerrüde[257] düşürebilir. İş sahibinin ücret ödemede temerrüde düşürülebilmesi için, BK. m. 101'deki genel kural uyarınca borcun muaccel olması ve iş sahibine ücret borcu dolayısıyla temerrüt ihtarı yapılması zorunludur.[258] Ücret alacağının muaccel hale geldiği tarihin tespiti, inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ücret ödeme usullerine göre yapılır. Buna göre, inşaat sözleşmesinde inşa eserinin teslimi veya ara hakedişlerin ödeme için onaylanması veya kısmi ödeme usulünde tamamlanan kısmın teslimi tarihinde veya avans ödemelerinde avansın tediyesi gereken tarihte

---

talep ve dava hakkını yitirir. BİGŞ'de belirtilen şekil ve usullere göre itiraz edilmeyen hakedişler kabul edilmiş sayılır…" Y.15.HD. 29.5.2001, 253/2874 sayılı kararı için bkz. Duman, 732.

[257] Borçlanılan edimin zaman yönünden ifa edilmemesi haline temerrüt denir. Eren, Borçlar, 1046.

[258] Dayınlarlı, 149.

eser bedeli muaccel hale gelir. Kesin hesap alacağı ise, kesin hesabın kabulünden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar.[259]

Yüklenici mütemerrit duruma düşen idareden, yapılan geç ödemeler dolayısıyla gecikme faizi talebinde bulunabilir. Yüklenici faizi aşan zarara uğradığını ve iş sahibinin bu hususta kusurlu olduğunu ispat etmek suretiyle, BK. m. 105'e göre munzam zararının[260] tazminini de isteyebilir.

İdarenin hakediş ödemelerini ifada çok gecikmesi, ortaya çıkan durumun yüklenici açısından süre uzatımıyla karşılanamayacak zararlar doğurması ve sözleşmenin devamının yüklenici için çekilmez hale gelmesi gibi durumlarda MK. m. 2'deki dürüstlük kuralı gereğince yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmede haklı olduğunun kabulü gerekmektedir.[261] Bununla birlikte, idareyi temerrüde düşüren yüklenicinin sözleşmeden dönmeyip, başka bir anlatımla sözleşmeyi ayakta tutup BK m. 106'daki seçimlik haklardan olan borcun ifa edilmemesinden mütevellit zararını (müspet zarar) talep etmesi de mümkündür.

---

[259] Kaplan, Ücret, 167 vd.

[260] Temerrüt faizini aşan zarar, munzam zarar olarak kabul edilmektedir.

[261] Gök, Yapı İşleri, 529, 166. "…Sözleşme hükmüne göre, hakedişlerin kararlaştırılan sürede düzenlenmeyip, ödemelerin geciktirilmesi suretiyle, iş sahibinin kendisine düşen vecibelerini yerine getirmemesi, müteahhidi sözleşmeyi fesihte haklı kılar…" Y.15.HD. 7.7.1987, 986/3494 - 987/2904 sayılı kararı için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 961.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

§1. BORÇLAR KANUNUNA GÖRE GENEL SONA ERME NEDENLERİ

I. Genel Olarak

Tarafların sözleşme serbestisi uyarınca yapmış oldukları sözleşme ile aralarında bir bağ oluşmakta, sözleşme ile arzu edilen amaca ulaşmakla veya başka sebeplerle bu bağ ortadan kalkarak sözleşme sona erdirilmekte ve taraflar serbest kalmaktadırlar. Geniş anlamda borç ilişkisini[1] sona erdiren sebepler, ifa, fesih, dönme, geri alma, iptal ve bozma sözleşmesidir.[2] İfa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Başka bir ifadeyle borcun gereği gibi ifası, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir.[3] Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin ifa modalitelerine, yani ifanın konusuna (sunulan edimin sözleşme ile kararlaştırılan edime uygun olması), ifanın taraflarına (edimi sunan ve sunulan kişilerin sözleşmede kararlaştırılan kişiler olması), ifa yerine (edimin sözleşme ile kararlaştırılan veya kanunda öngörülen yerde sunulmuş olması) ve ifa

---

[1] Borç ilişkisi, doktrinde geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ilişkisi olmak üzere iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda borç ilişkisi borç ilişkisi kavramını, dar anlamda borç ilişkisi ise borç kavramını karşılamaktadır. Alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda bulunduğu bir tek edimi, başka bir deyişle tek bir alacak veya borcu içeren hukuki ilişkiye, borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. Borç ilişkisi ise, alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile asli edim yükümlülüklerini, yenilik doğuran hak ve def'i hakkı gibi tali haklar ile bazı yan yükümleri ve özellikle koruma yükümlerini içeren bir hukuki ilişkidir. Von Tuhr/Peter, 10 vd.; Gauch/Schluep, Nr.26, Nr.116; Tunçomağ, 27-28; Oğuzman/Öz, 3-4; Eren, Borçlar, 23-24; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 5 vd.

[2] Fesih, dönme, geri alma, iptal ve cayma kavramları konusunda gerek kanunda gerekse doktrinde tam bir kavram kargaşası bulunmaktadır. Borçlar Kanununda, dönme kavramına ismen dahi yer verilmemiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun dönmeye ilişkin hükümlerinin neredeyse tamamı dilimize fesih olarak çevrilmiştir. Hatta aynı hüküm içinde dahi farklı terimler kullanılmıştır. Örneğin sözleşmeden dönmeyi düzenleyen BK. m. 108'in kenar başlığında fesihden, madde metninde rücudan söz edilmektedir. Ancak son yıllarda yayınlanan eserlerde bu konuda daha titiz davranıldığı görülmektedir. Buz, Sözleşmeden Dönme, 79-80.

[3] Tunçomağ, 663; Oğuzman/Öz, 183; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 758; Reisoğlu, 225; Serozan, Borçlar, 8; Kılıçoğlu, Borçlar, 356; Eren, Borçlar, 867.

zamanına (edimin sözleşme ile veya kanunda öngörülen zamanda sunulmuş olması) uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesidir.[4]

İfadan, borçlanılan edimin niteliğine göre bazen "edim fiilinin yerine getirilmesi", bazen de edim sonucunun yerine getirilmesi" anlaşılır.[5] Bu anlamda olmak üzere inşaat sözleşmesinde ifa, edim sonucunun yerine getirilmesine yöneliktir. İnşaat sözleşmesi de her sözleşme gibi tarafların borçlanmış oldukları edimlerin ifa edilmesi ile sona erer. Müteahhit (yüklenici) inşa eserini sözleşmeye uygun bir şekilde ayıpsız olarak meydana getirip teslim ettiği, iş sahibi de borçlanmış olduğu ücreti tam olarak ödediği takdirde taraflar borçlarını ifa etmiş ve inşaat sözleşmesi sona ermiş olur.

Sözleşme ilişkisini sona erdiren sebeplerden bir diğeri geri almadır. Geri alma hakkı, yasanın korumak istediği belli bir kişiye tanıdığı, mevcut tek yanlı bir hukuki işlemi sona erdirme veya sonuç doğurmasına engel olma yetkisini ifade eden bir kavram olarak kabul edilmektedir.[6] Bozucu yenilik doğuran haklardan olan geri alma hakkı, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır, ileriye yönelik hüküm ve sonuç doğurur. Bu hak, şartları ve sonuçları itibariyle kısmen feshe kısmen de dönmeye benzer.[7]

Bir diğer sona erme nedeni olan bozma sözleşmesi (ikale), Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmamakla birlikte tarafların irade özerkliği uyarınca mevcut borç ilişkisinin bütünüyle ortadan kalkması konusunda anlaşarak, bu amaçla yeni bir sözleşme yapmalarına denir.[8] Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bozma sözleşmesinin hükümleri geçmişe etkilidir. Bu sözleşme ile, bozulan hukuki işlemin yapılmasından önceki hukuki durumun sağlanması amaçlanır.[9] Sürekli borç ilişkilerinde ise sonuçlar geleceğe etkilidir. Ortadan kaldırılacak akdin yapılması bir

---

4 İfa modaliteleri hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 875 vd.; Oğuzman/Öz, 184 vd.

5 Serozan, Borçlar, 11; Eren, Borçlar, 867.

6 Becher, Art.249, Nr.1. Akit ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olan geri almayı, Sungurbey, fesih ve dönme kavramlarını içine alan bir üst kavram olarak tanımlamıştır. Sungurbey, Medeni Hukuk, 140.

7 Eren, Borçlar, 1214.

8 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 984; Eren, Borçlar, 1210; Akgün Bilir, 6.

9 Eren, Borçlar, 1211; Akgün Bilir, 6.

şekil şartına tabi olsa bile, bozma sözleşmesinin geçerliği maddi hukuk yönünden herhangi bir şekil şartına tabi değildir.[10]

Geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren iptal, fesih ve dönme hallerini çalışma konumuzla bağlantısı dolayısıyla ayrı bir başlık altına incelemeyi uygun buluyoruz.

II. İptal

İptal, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan, borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran, bozucu yenilik doğuran bir haktır[11]. Şarta bağlı olarak kullanılamaz, kullanıldıktan sonra rücu edilemez, iptal beyanı karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda sonuçlarını doğurur[12]. Bir görüşe göre[13] iptal hakkı, ya zaten baştan geçersiz bir hukuksal işlemin geçersizliğini kesinleştirir ya da baştan geçerli bir hukuki işlemi sonradan geçmişe etkili olarak geçersiz kılar. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre[14] ise tek iptal türü mevcut olup, o da ancak geçerli hukuki muamelelerde söz konusu olur. Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin hak sahibi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına, iptal hakkı denir. Sözleşme iptal edilinceye kadar geçerli olup, iptal edilebilir akdin geçerliliğine "askıda geçerlilik" denir[15]. İptal bir itiraz değil, bir def'i hakkıdır, hakim tarafından re'sen nazara alınmaz, sadece yetkili taraf ileri sürebilir. İptal irade beyanı, geçerliği yönünden hiçbir şekle tabi değildir. Sözleşme taraflardan birinin irade açıklaması ile veya mahkeme kararı ile ortadan kaldırılır[16].

---

[10] BK. m. 12'ye göre sözleşmenin değiştirilmesinin, değiştirilecek sözleşmenin tabi olduğu şekilde yapılması hükmü burada geçerli değildir. Bu hükmün amacı daha önce yapılan sözleşmenin değiştirilerek muhafaza edilmesidir. Oysa bozma sözleşmesinde mevcut olan borç ilişkisi tamamıyla ortadan kalkmaktadır.

[11] Eren, Borçlar, 1214; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 336, 340.

[12] Akgün Bilir, 9-10; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 340-341; Eren, Borçlar, 309-310; 372;

[13] Von Tuhr/Peter, 231; Tunçomağ, 180; Serozan, Dönme, 151.

[14] Eren, Borçlar, 309; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 335; Serozan, Dönme, 151; Akgün Bilir, 9.

[15] Akgün Bilir, 9; Eren, Borçlar, 309.

[16] Von Tuhr/Peter, 231; Eren, Borçlar, 309, 372; Kılıçoğlu, Borçlar, 63; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 340; Akgün Bilir, 9-10.

İptal hakkı geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, sözleşmenin kuruluşundaki bir sakatlık nedeniyle geçmişe etkili olarak sona erdirilmesidir. Borçlar Kanunu genel hükümlerinde iptal hakkı, irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk hallerinden hata, hile ve tehdit ile gabin hallerinde öngörülmüştür. İptal hakkının, hata veya hilenin fark edildiği veya tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanılması gerekir[17] (BK. m. 31). İptal hakkının kullanılması ile ilgili azami bir süre Kanunda öngörülmemekle birlikte, BK. m. 125'de düzenlenen 10 yıllık sürenin burada da uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.[18] Böylece iptali ileri sürme hakkı hata, hile ve tehditten itibaren 10 yıl geçince sona ermelidir.

Sözleşmenin konusu bölünebilir edimlere ilişkin olmak şartıyla, kısmen iptaline ilişkin olarak, BK. m. 20/II hükmü kıyasen uygulanabilecektir[19]. Buna göre irade sakatlığı sözleşmenin bazı hükümleri bakımından söz konusu ise, iptal hakkı da bu hükümlerle sınırlı olarak mümkün olabilecektir. Ancak iptal edilen hükümler olmasaydı sözleşme hiç yapılmayacak idiyse, kısmi iptal değil, sözleşmenin tamamı iptal edilecektir.[20]

İptal hakkı ani edimli borç ilişkilerinde geçmişe etkili sonuç doğurur. İptal beyanının karşı tarafın hukuk alanına ulaştığı anda, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Böylece taraflar henüz ifa edilmemiş edimlerini yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, daha önce yerine getirilmiş edimlerini ise, ya ayni nitelikte olan bir istihkak davası ile ya da bunun mümkün olmadığı durumlarda şahsi nitelikte sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyecektir.[21] Sürekli borç ilişkilerinin iptalinin sonuçları hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.[22] Bir görüşe göre sürekli borç ilişkilerinin iptalinin geçmişe etkili sonuçlar doğurması, özellikle tarafların edimlerini ifa ettikleri hallerde, bunların iade ve tasfiyesinde sakıncalı durumlar yaratabileceğinden, iptalin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını kabul

---

17 Kılıçoğlu, Borçlar, 132, 141, 148; Eren, Borçlar, 373.

18 Eren, Borçlar, 373; Kılıçoğlu, Borçlar, 133; 141, 148.

19 Eren, Borçlar, 372; Buz, Sözleşmeden Dönme, 341.

20 Buz, Sözleşmeden Dönme, 341.

21 Eren, Borçlar, 374-375; Buz, Sözleşmeden Dönme, 88, 119-120.

22 Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde iptal hakkının geçmişe veya ileriye etkili sonuç doğurması hususundaki görüşlerle ilgili olarak bkz. Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 337 vd.

etmek, BK. m. 25 ve MK. m. 2 gereğince menfaatler durumuna ve şartlara daha uygun düşecektir.[23] Diğer bir görüşe göre ise, sürekli sözleşmelerde de iptal geçmişe etkili sonuçlar doğurur.[24] Zira günümüzde artık iadesi imkansızlaşan edimin yerine bedelinin iade edileceği kabul edildiğinden, aynen iadenin mümkün olmadığı ve bu durumun karışıklığa yol açacağı gerekçesi ile karşı çıkılması gereksizdir.[25]

III. Fesih

A. Fesih Kavramı Ve Hukuki Niteliği

Fesih, sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı bir irade beyanı ile sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirmesine denir[26]. Bozucu yenilik doğuran bir hak[27] olan fesih, hak sahibinin tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır. Hüküm ve sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe etkili olarak meydana getirir.[28] Bu hak bir defa kullanılmakla ortadan kalkar, kullanıldıktan sonra geri alınamaz.[29] Fesih bildirimi kural olarak şarta bağlanamaz.[30] Tek taraflı bir işlem olan fesihdeki açıklık ve belirlilik ilkesi, feshin kural olarak şarta bağlanmasına engeldir. Açıklık ve belirlilik ilkesini zedelemeyecek şekilde, feshin şarta bağlanmasına ise bir engel yoktur.[31] Fesih hakkının kullanılması için karşı tarafın rızası aranmaz, feshe ilişkin irade beyanının muhataba ulaşması yeterlidir. Bizimde katıldığımız doktrindeki hakim görüşe göre fesih hükümlerini,

---

23 Eren, Borçlar, 375; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 337.

24 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 337.

25 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 338.

26 Stanislas, 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 965; Tunçomağ, 1158; Eren, Borçlar, 1211; Serozan, Dönme,121; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 115; Feyzioğlu, Borçlar Genel, 414; Öz, Eser Sözleşmesi, 26.

27 Feshin hak mı yoksa hukuki işlem mi olduğu konusunda açıklamalar için bkz. Güleç, 104 vd.

28 Feyzioğlu, Borçlar Genel, 415; Eren, Borçlar, 1211; Akgün Bilir, 4,13; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 115.

29 Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 128; Eren, Borçlar, 1211-1212; Akgün Bilir, 14; Süzek, 14; Oğuzman, 194.

30 Eren, Borçlar, 1211-1212; Akgün Bilir, 15.

31 Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 116-117.

karşı tarafa ulaşması anından itibaren doğurur, karşı tarafın fesih irade beyanını öğrenmesi gerekmemektedir.[32]

Fesih, sürekli borç ilişkisi üzerine doğrudan doğruya etki ederek ilişkiyi sona erdirdiğinden, aynı zamanda bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle fesih beyanında bulunan tarafın, tasarruf yetkisini haiz olması gerekir.[33] Fesih hakkı, sözleşmeden veya kanundan doğar. Kanuni feshi içeren hükümler genellikle düzenleyici nitelikte olduğundan taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Ancak kanun koyucunun ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan tarafı korumak amacıyla, emredici nitelikte kanuni fesih hükümleri (kira ve hizmet sözleşmelerinde işçiyi ve kiracıyı koruyucu hükümler) koyması da mümkündür.[34]

B. Fesih Türleri

Fesih, sözleşme veya kanun hükümlerine göre ya hemen ya da belli sürelerin geçmesiyle borç ilişkisini sona erdirir. Sürekli borç ilişkisi, fesih beyanı muhataba ulaştıktan belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkıyorsa, buna olağan (süreli) fesih denir. Sürekli borç ilişkisi fesih beyanının muhataba ulaşması ile derhal sona eriyorsa, olağanüstü (süresiz) fesih söz konusu olur.[35]

Olağan fesih, ifa edilmekte olan ifa süresi belirsiz sürekli borç ilişkisini, taraflardan her birinin bir sebebe dayanmadan, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile, ihbar sürelerinin bitiminde ileriye etkili olarak sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir haktır.[36] Borçlar Kanununda ki belirsiz süreden, tarafların ifa süresi hakkında hiçbir şey kararlaştırmadıkları durumu veya ifa süresinin

---

[32] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri,129; Süzek, 107; Akgün Bilir, 14. Oğuzman, ise öğrenme esasını benimsemiştir. Oğuzman, 174-175. Atabek ise İş Kanununun uygulanmasında öğrenme esasını benimserken, Borçlar Kanununun uygulanmasında varma esasını benimsemiştir. Atabek, 39, dn. 1.

[33] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 116; Akgün Bilir, 15.

[34] Eren, Borçlar, 1212; Akgün Bilir, 4-5.

[35] Serozan, Dönme, 121-123; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 111-113; Eren, Borçlar, 1212; Akgün Bilir, 5.

[36] Öz, Eser Sözleşmesi, 28; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 132; Süzek, 27.

kararlaştırılması ile fesih imkanını bertaraf etmedikleri durumu anlamak gerekir.[37] Olağan fesih bu sözleşmelerde, sözleşmeyi tamamlayıcı bir sona erdirme düzenidir.[38] Olağan fesihte akdi ilişki, fesih beyanı muhataba ulaştığı anda değil de belirli bir süre[39] geçtikten sonra ortadan kalkar. Bu nedenle olağan feshe süreli fesih de[40] denilmektedir.[41] Ayrıca fesih hakkı da her hak gibi dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasının[42] hukuki sonucu, fesih hakkının hukuken korunmamasıdır. Bunun iki anlamı bulunmaktadır. Ya fesih geçerlidir, fakat fesih hakkını kullanan, karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararları tazmin edecektir veya fesih geçersizdir, sürekli borç ilişkisi devam edecektir[43]. Kanun koyucu tarafından sürekli borç ilişkilerinin olağan fesih yolu ile sonlandırılmasının öngörülmesi, akdi bağlılığın fiil ehliyetini aşırı ölçüde baskı altına almasına yol açacak şekilde sürmesini engellemektir.[44]

Olağanüstü fesih ise, belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkisini, taraflardan birinin irade beyanıyla, haklı bir sebebe dayanarak, ileriye etkili olarak derhal sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır.[45] Haklı sebep kavramının içeriği konusunda doktrinde bir fikir birliği olmamakla birlikte, genel olarak çekilmezlik kavramına dayandırılmaktadır. Bu kapsamda sürekli borç ilişkisini

---

[37] Ancak istisnaen belirli süreli sürekli borç ilişkilerinde de olağan fesih imkanı tanınmıştır. Örneğin BK. m. 396'ya göre, vekalet ilişkisi belirli bir süre ile yapılmış olsa bile, vekalet veren vekile karşı olan güvenini kaybettiği an, herhangi bir sebebe dayanmadan akde son verebilir.

[38] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 140.

[39] Olağanüstü fesihte bu süreler yoktur. Haklı bir nedenle akde aykırılık durumu yaratmış olan tarafın, olağanüstü fesih bildiriminin kendisine vardığı anda sürekli borç ilişkisinin kendisine sağladığı faydalardan yoksun kalması ne kadar adaletli ve yerinde ise; akde aykırılık ve haklı nedenle bir fesih nedeni yaratmamış olan tarafın bu faydalardan daha olağan fesih bildiriminin kendisine vardığı anda derhal yoksun kalması o ölçüde adaletsiz ve yersizdir. Serozan, Dönme, 122-123.

[40] Yargıtay'da uygun bir ihbar süresi tanınarak ve bir fesih sebebi göstermeye gerek olmaksızın, olağan fesih imkanının mevcut olduğunu, ancak davalının makul bir süre önce fesih ihbarı yapması gerektiği belirtilmiştir. Y.11.HD. 15.1.1992, E:1990/1959, K:1992/96 sayılı kararı için bkz. Güleç, 116-117.

[41] Eren, Borçlar, 1212.

[42] Fesih hakkının kötüye kullanılmasını haksız fesihle karıştırmamak gerekir. Fesih hakkı doğmamış, buna rağmen sözleşme feshedilmişse bir haksız fesih söz konusu olur. Haksız fesihte bir hak ve bunun kullanılması söz konusu olmadığı için hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemez. Buna karşılık fesih hakkı doğmuş, ancak objektif iyiniyet kurallarına uygun bir şekilde kullanılmamışsa, fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilebilir. Oğuzman, 282; Süzek, 22.

[43] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 149-150.

[44] Buz, İş Sahibi, 210.

[45] Serozan, Dönme, 122; Eren, Borçlar, 1212; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 156.

çekilmez hale getiren sebeplerin neler olduğunu önceden saptamak mümkün olmadığından, borç ilişkisinin türüne göre haklı sebep kavramı şekillenecektir.[46]

C. Feshin Hukuki Sonucu

Feshin hukuki sonucu, olağan fesihte ihbar sürelerin bitimi, olağanüstü fesihte ise fesih beyanının muhataba varması ile sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak[47] sona ermesidir.[48] Fesih, sürekli borç ilişkisinden doğan edim borçlarının fesih anından itibaren doğmasına engel olur, yani sürekli asli edimi sona erdirir. Ancak ani edimli basit borç ilişkisinin devam etmesi mümkündür.[49] Sürekli borç ilişkisinin fesih ile sona ermesinde, çoğu zaman tasfiye borçları doğar. Tasfiye borçları, ifa süresi içinde borç ilişkisi taraflarının birbirlerine bıraktıkları eşya ve değerlerin geri verilmesidir.[50] Tasfiye borçlarının en önemlisi, sürekli edim borçlusunun üzerinde edim fiilini icra ettiği sözleşme konusunun geri verilmesidir. Sözleşme konusunun, teslim alındığı zamandaki durumu ile teslim edilmesi gerekir. İfa süresi içinde sözleşme konusu kötüleşmiş ve bu kötüleşmenin giderilmesi imkansızlaşmış ise, tazminat borcu doğacaktır.[51]

Sürekli borç ilişkisinde tek taraflı olarak kısmi değişikliği gerektiren kısmi fesih yetkisi kanunen tanınmamıştır. Kısmi feshin amacı, sürekli borç ilişkisinin sona ermesi değil, değiştirilmesi istenen şartların dışındaki kısmın geçerliliğini sürdürmesidir. Sözleşme şartlarında değişiklik muhatabın kabulüne bağlıdır.

---

[46] Akgün Bilir, 43.

[47] Sürekli borç ilişkilerinin sona ermesinde "quieta non movere: olanın olduğu gibi korunması" ilkesi hakimdir. Bu düşünceye dayanarak taraflar arasında yerine getirilen edimlerin varlıklarını koruyacaklarına dair güven ilişkisi doğmuştur. Bu nedenle sürekli borç ilişkilerinin sona ermesinde "ex tunc geriye etki" hükmü kabul edilemez. Çünkü çoğu zaman yerine getirilen edimlerin geri verilme imkanı yoktur ya da bu ekonomik olmaktan uzak ve menfaatler dengesine aykırı olmaktadır. Bu nedenle fesih kurumu benimsenmektedir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 36-37.

[48] Von Tuhr/Escher, 167-168; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1290; Serozan, Dönme, 124; Eren, Borçlar, 1212; Akgün Bilir, 5; Tunçomağ, 1158.

[49] Örneğin kira akdinin feshinde, kiralayanın kiralananı kiracıya bırakmak, kiracının da kira bedelini ödemek borcu sona erer. Ancak daha önce ödenmemiş bir kira bedeli borcu varsa, fesih ile bu borç sona ermez. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 118-119; Akgün Bilir, 47.

[50] Örneğin hizmet ediminin ifası için işçiye bırakılan aletlerin, borç ilişkisinin sona ermesi ile işverene iadesi gerekir. Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 120.

[51] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 120-121.

Taraflardan birine tek taraflı değiştirme yetkisi vererek muhatabın istemediği değişiklikle borç ilişkisine devamını beklemek, irade muhtariyetine, hakkaniyete ve menfaatler dengesine aykırıdır.[52] Hukuki sonuçlarını doğuran geçerli bir fesih beyanı tek taraflı olarak geri alınamaz.[53]

Olağanüstü fesih halinde borç ilişkisinin süresinden önce sona ermesi dolayısıyla zarara uğrayan taraf, kusurlu taraftan zararının tazminini talep edebilir. Bu durumda tasfiye borcu tazminat borcu olarak doğar. Bu yüzden uğranılan zararlar için tam bir tazminata hükmedilir. Tam bir tazminat, muhatabın ifadaki menfaatinin karşılanmasıdır.[54] Fesih sürekli borç ilişkisini ortadan kaldırmayıp sadece ileriye etkili sonuçlar doğurduğu için müspet (olumlu) zararın tazmini talep edilebilir. Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan, kar mahrumiyetini de içine alan zarardır.[55]

IV. Dönme

A. Dönme Kavramı Ve Hukuki Niteliği

Ani edimli ve sürekli borç ilişkisi ayırımının şekillenmesi üzerine, sözleşme ilişkisinin sonradan ortadan kalkması halinde bu iki durumda farklı sonuçlara varılması gerektiği görülmüştür. Zira, ani edimli sözleşmelerin sonradan ortadan kalkması üzerine baştaki duruma (ifa öncesindeki hale) geri dönülmesi amaçlanırken, sürekli sözleşmelerde böyle bir tutum hem gereksiz hem de sakıncalı idi. Süregelen ifanın kesildiği ana kadar sözleşmeden beklediği çıkarı gerçekleşmiş olan alacaklının, bu zaman dilimi için, durumdan şikayet etmesi de anlamsızdı. Bu nedenle, ani edimli sözleşmelerden farklı olarak sürekli sözleşmelerde, bozucu yenilik doğuran beyanın ulaştığı andan sonrası için etkili olması kabul edilmiş ve sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili olarak sona erdiren bu hukuki işleme fesih

---

[52] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 127-128.

[53] BK. m. 9'daki icap ve kabul beyanlarının geri alınması hakkındaki hüküm, doktrinde bütün tek taraflı hukuki işlemlerin geri alınmasına uygulanmaktadır.

[54] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 125.

[55] Müspet zarar kavramı için bkz. 3. Bölüm, §2, I, D.

denmiştir. Öte yandan ani edimli borç ilişkilerindeki eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek yanlı işleme ise dönme denilmektedir.[56]

Şu halde sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen ve ani edimli olan borç ilişkilerini tek taraflı irade beyanı ile geriye etkili olarak sona erdiren bir haktır. Başka bir ifadeyle, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, karşı tarafa varması gerekli ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır.[57] Yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olduğu için karşı tarafa ulaşmakla hukuki sonuçlarını doğurur.[58] Bu hakkın kullanılması şarta tabi tutulamaz, hak kullanıldıktan sonra geri alınamaz.[59] Dönme, iradi ve kanuni dönme olmak üzere ikiye ayrılır. Taraflar sözleşmeyi yaparken ilerde bundan dönmeyi saklı tutmuşlar ise iradi dönmeden bahsedilir. Pişmanlık akçesi ile bir cezai şart türü olan dönme cezası iradi dönmeye örnektir. Kanuni dönme ise Borçlar Kanununda düzenlenen durumlarda söz konusu olur (BK. m. 106-108, BK. m. 94-95, BK. m. 202/I) .[60]

Sözleşmeden dönme hakkının hukuki niteliği ve dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeye olan etkileri konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.[61] Bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilki, klasik dönme teorisidir. Türk hukuk doktrininde hakim olan klasik dönme görüşüne göre, dönme, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile borç ilişkisini geriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır.[62] Bu görüşe göre geriye etkiden anlaşılan, borç ilişkisinin kurulmamış gibi kabul edilerek başlangıçtan beri kaldırılmasıdır. Geçmişe etkili olarak ortadan kalkan bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar da doğmamış gibi olmuştur. Bu görüş doğrultusunda dönme sonrası tasfiye ilişkisinin

---

56 Öz, Eser Sözleşmeleri, 26.

57 Eren, Borçlar, 1212; Buz, Sözleşmeden Dönme, 65; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 208; Öz, Eser Sözleşmeleri, 26, 31; Serozan, Dönme, 63; Başpınar, 253; Von Tuhr/Escher, 168.

58 Buz, Sözleşmeden Dönme, 75; Ayan, 252; Ergezen, 51.

59 Akgün Bilir, 10-11; Eren, Borçlar, 1212; Serozan, Dönme, 50; Buz, Sözleşmeden Dönme, 75.

60 Eren, Borçlar, 1212-1213; Akgün Bilir, 12; Öz, Eser Sözleşmesi, 31; Serozan, Dönme, 204; Buz, Sözleşmeden Dönme, 77; Oğuzman/Öz, 367.

61 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 34 vd.; Buz, Sözleşmeden Dönme, 118 vd.; Serozan, Dönme, 63 vd.

62 Stanislas, 14-15; Bucher, 209; Von Thur/Peter, 24; Von Tuhr/Escher, 168 vd.; Gauch, Nr.1050; Gautschi, Art.368, Nr.10a; Pedrazzini, 517; Serozan, Dönme, 63; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 208-210; Seliçi, İnşaat, 160; Tandoğan, Borçlar, 177; Eren, Borçlar, 1212.

niteliği de bütünüyle sözleşme dışı bir olgudur. Dönme, borç ilişkisinin baştan itibaren ortadan kalktığını göstermekte olup, ifa edilen borçların ne olacağı sözleşme dışı kurallara göre saptanacaktır.[63] Bu durumda henüz ifa edilmemiş borçlar ortadan kalkacak, yerine getirilmiş edimler ise hukuki sebebini teşkil eden sözleşme yok olacağından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilecektir.[64] İade borcunun kapsamı BK. m. 63-65 hükümlerine göre belirlenecek, söz konusu talebin tabi olduğu zamanaşımı BK. m. 66 gereğince bildirimin ulaşmasından başlayarak bir yıl olacaktır.[65] Klasik görüşün[66] gerekçeleri BK. m. 108 hükmünün ifadesine dayanmaktadır. Bu maddede dönme üzerine sözleşmenin geçersiz olacağı ve kusur varsa bu geçersizlik yüzünden uğranılan zararın tazmininin isteneceği düzenlenmiştir. Burada geçersiz bir sözleşmenin varlığına duyulan güvenden ötürü uğranılan olumsuz (menfi) zararın tazmini istenecektir.[67]

Dönmenin geçmişe etkisini kabul eden bazı yazarlar, dönme sonrasında meydana gelen ilişkinin niteliği bakımından klasik dönme görüşünden ayrılarak kanuni borç ilişkisi teorisini geliştirmişlerdir. Bu teorinin Türk-İsviçre Hukukundaki taraftarlarının amacı, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine ilişkin talepleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki bir yıllık zamanaşımı süresinden (BK. m. 66) kurtarmak ve sözleşme hukukunun on yıllık zamanaşımı süresine (BK. m. 125) tabi tutmaktır.[68] Kanuni borç ilişkisi görüşüne göre, sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme değildir. Bu borç, BK. m. 108'in düzenlenmesinden doğan özel bir iade borcudur. Bu görüşe göre dönme, sözleşme ilişkisini sebepsiz zenginleşme ilişkisine değil, m. 108'in düzenlediği bir

---

63 Öz, Eser Sözleşmesi, 34.

64 Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 208-210; Öz, Eser Sözleşmesi, 34; Serozan, Dönme, 63; Buz, Sözleşmeden Dönme, 119; Dirican, 61; Önen, T, 97; Ertaş, 393; Tunçomağ, 952; Von Tuhr/Escher, 156; Von Tuhr/Peter, 492.

65 Öz, Eser Sözleşmesi, 35.

66 Yargıtay birçok kararında klasik görüşü kabul ettiğini açıkça belirtmiştir. "…sözleşmenin geriye etkili feshi halinde, artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de BK. m. 63 vd. hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir.." Y.15.HD. 09.12.2004, E.2003/7040, K:2004/6389 sayılı karar için bkz. Ayan, 269, dn. 408.

67 Öz, Eser Sözleşmesi, 35.

68 Buz, Sözleşmeden Dönme, 120-121; Öz, Eser Sözleşmesi, 36.

kanuni borç ilişkisine dönüştürür.[69] İadenin kapsamı bakımından yine sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanmakla birlikte, klasik dönme görüşünden farkı, iade borcunun BK. m. 125'deki on yıllık zamanaşımına tabi olmasıdır. Burada da dönme, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır.[70]

Dönmenin sözleşme üzerine etkisi hakkındaki görüşlerden bir diğeri ise, ayni etkili dönme görüşüdür. Klasik dönme görüşünü hukuki sebebe bağlılık ilkesi altında tekrar yorumlayan bu görüşe göre de sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakla birlikte, sözleşmeden dönmeye ayni etki tanımaktadır. Ayni etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması sadece borçlandırıcı işlemi değil, aynı zamanda dönülen sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemlerini de etkiler.[71] Geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektirmeyen tasarruf işlemleri, dönme üzerine sebepsiz zenginleşme niteliği kazanırken, geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığına bağlı olan sebebe bağlı tasarruf işlemleri[72] ise, dönme ile birlikte geçersiz hale gelir. Bunun sonucu olarak da tasarruf işlemi hükümsüz olur. Sebebe bağlılık ilkesinin bir sonucu olarak daha önce yerine getirilen maddi edimlerin iadesi, istihkak davası, işleme, karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabı halinde sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilir.

Alman, İsviçre ve son yıllarda da Türk hukukunda hakim olan teori ise, modern dönme (dönüşüm, yeni dönme) teorisidir.[73] Bu görüş gereğince, sözleşmeden dönme borç ilişkisini ortadan kaldırmayıp bir tasfiye ilişkisine sokar. Bunun sonucu olarak da iade borçları, sözleşmeden doğan bir nitelik taşır. Bu görüşte, dönme ifa edilmemiş edimler için bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde iken, ifa edilmiş edimler için değiştirici yenilik doğuran hak niteliği taşır. Dönme üzerine henüz ifa edilmemiş borçlar son bulmayıp sadece borçlunun ifadan kaçınmasını sağlayan bir

---

69 Öz, Eser Sözleşmesi, 36.

70 Öz, Eser Sözleşmesi, 37; Serozan, Dönme, 66, 77; Uçar, 176.

71 Buz, Sözleşmeden Dönme, 121; Öz, Borçlu Temerrüdü, 141; Öz, Eser Sözleşmesi 39, 240; Öz, İnşaat, 150.

72 Tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı konusunda bkz. Honsel, 353 vd.; Öz, Borçlu Temerrüdü, 138.

73 Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 210; Seliçi, İnşaat, 77; Serozan, Dönme, 78 vd.; Serozan, Armağan, 198; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 48; Yavuz, 133; Havutçu, 66; Eren, Borçlar, 1214; Gauch, 195, Nr.684; Bühler, 158, Nr.45; Bucher, 377; Bögli, 51, Nr.100; Frank, 84.

def'i hakkı doğurmakta, yerine getirilmiş edim borçları ise yine doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan borçlar olarak iade borçları haline gelmektedir.[74] Burada sözleşmenin içerik değiştirerek sürmesi söz konusudur. Başka bir ifade ile yerine getirilmiş edimler hukuki sebepten yoksun kalmadığı ve dönme ile sözleşmenin içeriği değiştiğinden, bunları, devam etmekte olan akdi ilişkiye dayanarak geri verme borcu ortaya çıkmıştır. Geri verme borcu, sözleşmenin tarafları arasında bir tasfiye ilişkisi kurar. Zamanaşımı on yıldır (BK. m. 125) ve iadenin kapsamı ile hükümleri sebepsiz zenginleşme kurallarına (BK. m. 63-65) değil, ifası gereken sözleşmesel bir borca uygulanacak olan kurallara (BK. m. 96 vd.) tabi olacaktır.[75]

B. Yüklenicinin Temerrüdü Üzerine Dönme Hakkının Hukuki Niteliği Hakkında Görüşler

Türk Hukukunda özellikle iş sahibinin taşınmazında bina inşasına yönelik inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin inşa eserini zamanında tamamlamaması nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin bazı durumlarda fesih kabul edilip edilemeyeceği hususu, doktrin ve Yargıtay kararlarında uzun tartışmalara konu olmuştur. Burada dönme olduğu kabul edilirse, klasik dönme görüşüne göre sözleşme baştan itibaren ortadan kalkacağından, müteahhit sadece yapılan şeyin iş sahibinin malvarlığında oluşturduğu artış kadar bir sebepsiz zenginleşme talebi ile yetinecek, bunun dışında sözleşmedeki bedele ilişkin bir talep ileri süremeyecektir. Şayet fesih hakkının varlığı kabul edilirse, sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceğinden, önceden yerine getirilmiş edimlere dokunulmayacak ve müteahhit sözleşmedeki bedelin yapılan kısım oranında ifasını isteyebilecektir.

1. Yüklenicinin Temerrüdünde Dönmenin Söz Konusu Olduğu Görüşü

Tandoğan'a göre inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olup, müteahhidin temerrüdü üzerine dönme daima geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Müteahhit ancak iş

---

[74] Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 209; Buz, Sözleşmeden Dönme, 123; Öz, Eser Sözleşmesi, 37-38; Öz, Borçlu Temerrüdü, 136-137; Eren, Borçlar, 1213.

sahibinin sebepsiz zenginleşmesi veya yaptığı kısmın objektif tutarında bir para talep edebilir.[76] Temerrüde düşen yüklenicinin, inşaatı tamamlayan yüklenici gibi orantılı ücret ve kardan pay alması hakkaniyete uygun düşmez. Ayıplı ifa durumunda yüklenicinin korunmasını gerektiren sebepler temerrüt durumunda bulunmadığından BK. m. 360/III'ün kıyasen uygulanması da gereksizdir. Çünkü başkasının arsası üzerinde tamamlanmış ayıplı bir eserin kaldırılmasındaki güçlük ve bu durumda doğacak aşırı zarar dolayısıyla ücretten indirimle yetinilmesini hakkaniyete uygun bulan nedenler, işin sözleşmeye aykırı ve kusurlu olarak yarıda bırakılması halinde aynı yoğunlukta değildir.[77] Bu durumda BK. m. 360 gereğince yüklenici kusurlu olduğu için, iş sahibinin uğradığı zararının tazminini istemesi de, yüklenicinin kar dahil orantılı bedel almasından doğan sakıncayı gidermez.[78]

Ayrıca BK. m. 371'e göre yükleniciye yaptığı işin bedelinin verilmesi için yüklenicinin kusurunun bulunmaması gerektiği belirtilmişken, temerrüt halinde işi kusurlu olarak tamamlamayan yükleniciye de orantılı ücret ödenirse, anılan hükmün de bir anlamı kalmayacaktır.[79] Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yüklenicinin arsaya ve inşaata paydaş kalması da büyük sakıncalar doğuracaktır. Yüklenicinin orantılı ücretini kısmen bağımsız bölüm kısmen para olarak verme şeklindeki bir çözümde hem aynen ödeme ilkesini tam gerçekleştirmeyecek, hem de ortak mülkiyetin sakıncalarını gidermeyecektir.[80]

Seliçi'de aynı görüşleri paylaşmakta, ancak yazar, modern dönme görüşünü benimsediğinden, iade borcuna, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin değil, sözleşmenin ifasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul etmektedir.[81]

---

75 Serozan, Dönme, 88; Öz, Eser Sözleşmesi, 38; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, 209.

76 Tandoğan, BATİDER, 35; Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt, 498; Tandoğan, Borçlar, 187 vd.

77 Tandoğan, BATİDER, 36; Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt, 497.

78 Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt, 497.

79 Tandoğan, BATİDER, 41; Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt, 498.

80 Tandoğan, BATİDER, 48.

81 Seliçi, İnşaat, 76 vd.

2. Yüklenicinin Temerrüdünde Feshin Söz Konusu Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunan hukukçularımız geçmişe yönelik dönme görüşünü benimsemekle birlikte, yükleniciyi koruma adına bazı durumlarda iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirme beyanını ileriye etkili fesih olarak kabul etmekte, ayrıca istisna sözleşmesinin ani-sürekli karması bir sözleşme olduğunu kabul etmektedirler.[82] Yükleniciye orantılı bedel vermenin hakkaniyete aykırı olduğu durumlar daha çok yüklenicinin işe hiç başlamadığı ya da çok az bir bölümünü bitirdiği ve iş sahibinin BK. m. 358/I'e göre sözleşmeden vadeden önce dönme hakkı bulunduğu durumlarda ortaya çıkar. Bu durumda BK. m. 358/I'e göre geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönülür ve sonuç hakkaniyete uygundur. Ancak yüklenicinin inşaatın büyük ve önemli bir kısmını tamamlamasına rağmen temerrüde düşmesi durumunda ileriye etkili fesih söz konusu olur ve yüklenicinin yaptığı kısımla orantılı ücretini alması hakkaniyete uygun olur.[83]

Söz konusu görüşün temellerini atan ve ayrıntılı gerekçelerle savunan Sungurbey'e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü durumunda, inşaatın çok büyük bir kısmı tamamlanmışsa, geçmişe yönelik dönmenin hakkaniyete aykırı olacağı, dönmenin yerine feshin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Yazar bu görüşünü, eserin ayıplı olmasına ilişkin BK. m. 360/II-III hükümlerinin kıyasen uygulanmasına dayandırmaktadır.[84] Anılan hükme göre, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat sözleşmelerinde ayıp halinde dönme kural olarak yasaklanmış olup, aynı kuralın inşaatın çok büyük bir kısmı tamamlanmakla birlikte yüklenicinin temerrüdü halinde de kıyas yoluyla dikkate alınması gerekir. Kıyasen uygulanacak bu hükme göre, yüklenicinin ücreti indirildikten başka, ayrıca kusuruyla verdiği bütün zararları da gidermekle yükümlü tutulduğundan, uygulamanın hakkaniyete ve amaca aykırı bir yanı da yoktur.[85] İş sahibinin uğradığı

---

[82] Sungurbey, Medeni Hukuk, 466 vd.; Serozan, Dönme, 184 vd.; Özyörük, 86; Karahasan, 268 vd.; Erman, Düşünce, 216-217.

[83] Sungurbey, Zorunlu Bir Yanıt, 173 vd.

[84] Sungurbey, Medeni Hukuk, 466; Sungurbey, Zorunlu Bir Yanıt, 190 vd.; Sungurbey, Notlar, 21-22; Sungurbey, İnşaat Sözleşmeleri, 783-784.

[85] Sungurbey, Zorunlu Bir Yanıt, 192-193; Sungurbey, Borçlunun Direnmesi, 756.

bütün zararın tazminini talep edebilmesi, BK. m. 371'deki hükmün anlamsız kalacağı yönündeki eleştiriyi de yersiz kılmaktadır.[86]

3. Yargıtayın Görüşü

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin arsa payı karşılığı inşat sözleşmelerinde yerleşik içtihadı, temerrüde düşen yükleniciye, BK. m. 360/III'ü uygulayarak dönme üzerine orantılı bedel ödenmesi şeklinde olmuştur. Başka bir ifade ile Yargıtay bu durumda ileriye yönelik fesih görüşünü kabul etmişti.[87] Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.10.1982, 15-356/817 sayılı kararı ile bu görüşten dönerek, geçmişe etkili dönme ve sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tasfiye görüşünü benimsemiştir.[88] Uygulamada oluşan içtihat uyuşmazlığını gidermek amacıyla, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984, E:1983/3, K:1984/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile[89] sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Kararda özetle, inşaat sözleşmelerinin esasta ani edimli olmakla birlikte, Kanunda sürekli borç ilişkilerine ait bazı sonuçlara da yer verildiğinden, bu sözleşmenin "geçici-sürekli karması" bir nitelik taşıdığı, bu sözleşmelerde yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda BK. m. 106-108 hükümlerinin uygulanacağı, sözleşmeden dönme durumunda, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliğinin (uyuşmazlığın yalnızca BK. m. 106-108 uyarınca çözümlenmesinin) haklı gösterdiği durumlarda, MK. m. 2 hükmü gözetilerek (BK. m. 360/III hükmünün kıyasen uygulanmasını reddetmiştir) sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedileceğine karar verilmiştir. Bu durumda yüklenici kısmi ifanın bedelini, iş sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı zararlarının (müspet zarar, cezai şart) tazminini talep edebilecektir.[90] Bu durumda somut olayın

---

[86] Sungurbey, Notlar, 23; Sungurbey, Borçlunun Direnmesi, 761.

[87] Y.15.HD.8.4.1977, 470/837 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 459 vd.; Y.15.HD. 27.3.1978, 637/645 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 272-273; Y.15.HD. 30.11.1979, 1709/2437 sayılı karar için bkz. Sungurbey, Medeni Hukuk, 627 vd.; Y.15.HD. 21.3.1978, 275/586 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 270-271.

[88] YHD. Aralık 1982/12, 1632-1636.

[89] YKD. Nisan 1984/4, C.10, S.4, 501 vd. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, 204 vd.; Sungurbey, İnşaat Sözleşmeleri, 781 vd.

[90] Ayan, 292.

niteliği ve özelliğinin haklı göstermesi, başka bir ifadeyle inşaatın seviyesinin ileriye etkili feshi haklı kılması şartının varlığı araştırılacaktır. Yani inşaatın geldiği seviye[91] itibarıyla ileriye etkili feshin mi, yoksa geriye etkili dönmenin mi söz konusu olacağına karar verilecektir.[92]

4. Görüşlerin Eleştirisi ve Değerlendirilmesi

Doktrinde ve uygulamada olduğu gibi ileriye etkili feshin mümkün olup olmadığı tartışması sadece iş sahibinin arsasında taşınmaz yapı inşasına yönelik sözleşmelerde söz konusu olabilir. Bunun dışındaki istisna sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü durumunda daima sözleşmeden dönüldüğü kabul edilmektedir. Ayrıca fesih görüşünün dayanağı olan ve kıyasen uygulanması öngörülen BK. m. 360/III hükmü de, sadece iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlara ilişkindir.

Ani ve bölünemeyen edimli bir istisna sözleşmesi sayılan bina inşası sözleşmelerinde, yüklenicinin kusurlu olarak temerrüde düşmesi halinde ileriye etkili feshin mümkün olmadığı görüşünü paylaşıyoruz. Şöyle ki kanun koyucu iş sahibince kabulü beklenebilen ve daha hafif bir durum olan ayıp halinde yükleniciyi BK. m. 360/III hükmüyle korurken, daha ağır bir durum olan eksiklik (yapıyı tamamlamama) halinde yükleniciyi korumaya gerek görmemiştir. Bu durumu kasıtlı olarak düzenlemeyerek çözümü genel hükümlere (BK. m. 106-108) bırakmıştır. Bu durumda kanun boşluğu bulunmadığı, BK. m. 360 hükmünün kıyasen veya öncelikle uygulanmasının kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı söylenebilir.[93]

İnşaatın büyük bir kısmını tamamladıktan sonra kusurlu olarak temerrüde düşen yükleniciye BK. m. 360 hükmünün uygulanmasının MK. m. 2 anlamında hakkaniyet gereği olduğu görüşü de isabetli değildir. İş sahibinin fesih üzerine

---

[91] İnşaatın ulaştığı hangi seviyenin ileriye etkili feshi haklı kıldığının tespiti konusunda Yargıtay kararları 1995 öncesi ve sonrası olarak iki döneme ayrılabilir. 1995 öncesinde genel olarak %65-%70 seviyeleri ileriye etkili fesih için yeterli görülürken, 1995 yılından sonra Yargıtay istikrarlı olarak en azından %90 oranında tamamlanmayı aramıştır. Konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. Ayan, 291, dn. 507.

[92] Ayan, 292.

[93] Öz, Eser Sözleşmesi, 212-213.

yükleniciye orantılı bedel veya arsa payı vermekle birlikte, yükleniciden tazminat isteyebilmesi de bu isabetsizliği ve adaletsizliği giderecek nitelikte değildir. Şöyle ki tazmin talebi iş sahibinin ifaya olan çıkar kaybı (olumlu zararı) ile sınırlı olacağından, sadece vade tarihinde yapının tamamlanmamış olmasından dolayı yapılacak fazla masraflar istenebilir. Yapacağı masrafların tamamını karşılamayan bir tazminat alacağına sahip olan iş sahibi, bir taraftan kendisi yapıyı tamamlamaya çalışırken bir taraftan da yükleniciden tazminat alabilmek için mahkeme sorunları ile karşı karşıya kalacaktır.[94]

Dönme görüşünün kabulünde ise, BK. m. 106'ya göre iş sahibi ya olumsuz (menfi) zararını yani sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yüzünden uğradığı zararları isteyebilir veya BK. m. 106'ya göre ifayı reddederek eseri tamamlama masrafları, gelir kaybı gibi olumlu zararının tamamının tazminini isteyebilir. Buna karşılık yükleniciye bedel veya arsa payı verilmesi borcunu ifa edecek, eğer daha önce ifa etmişse bunun iadesini isteyemeyecektir. Yüklenicinin buradaki ifa talebi orantılı bir ifa değil, tam bir ifa olacaktır. Kısaca yüklenicinin temerrüdü üzerine fesih yerine dönmeye başvurmak ve BK. m. 106'daki seçimlik haklara başvurmak hiç de yüklenici aleyhine olmamaktadır.

BK. m. 371'de kusursuz olarak sözleşmeyi tamamlayamayacak hale gelen yükleniciyi korumak amacıyla sözleşmenin kendiliğinden sona emesi hali düzenlenmiştir. Bu hükmün kıyasen kusursuz olarak temerrüde düşen yüklenici içinde uygulanabileceği kanaatini paylaşıyoruz.[95] Zira kanun koyucunun amacı kusursuz yükleniciyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyenin sonuçlarından korumak olduğuna göre, bu nedenler temerrüt durumunda da söz konusu olur. Anılan hükmün kıyasen kusursuz olarak temerrüde düşen müteahhide uygulanması üzerine, yüklenici yaptığı kısım oranında sözleşmedeki bedeli isteyebilecektir. Bu bedel arsa payı olarak saptanmışsa, orantılı olarak indirilmiş arsa

---

[94] Öz, Eser Sözleşmesi, 214-215.

[95] Öz, Eser Sözleşmesi, 220. Hatta bu konuda bir adım daha atarak yüklenicinin kusursuz olarak eseri tamamlayamadığı tüm hallerde BK. m. 371 hükmünün kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bkz. 3. Bölüm, §2, II,

payını istemesi de mümkündür. Buna karşılık kusuru olmaksızın temerrüde düşen yükleniciye karşı iş sahibinin herhangi bir tazminat talebi söz konusu olamaz.[96]

C. Dönmenin Hukuki Sonucu

Sözleşmeden dönme hakkının niteliği ve sonuçlarına ilişkin görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, hepsindeki ortak özellik, bu hakkın kullanılması ile amaçlanan, taraflar arasındaki ilişkinin sonuçlarının ortadan kaldırılması, sözleşmenin kurulduğu andaki durumun yeniden sağlanmasıdır.[97] İş sahibinin dönme beyanı, müteahhide varmakla hüküm ifade eder. Hukuki sonuçların meydana gelmesi için müteahhidin kabul ve muvafakat beyanına gerek yoktur. Böylece tarafların karşılıklı olarak alacakları sona erer, daha önce ifa edilen edimleri de geri vermekle yükümlü olurlar.[98]

Dönmenin amacı, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun mümkün olduğu ölçüde yeniden sağlanmasıdır. Tarafların henüz yerine getirmedikleri edim yükümlülüklerinin sona ermesi, daha önce yerine getirilmiş edimlerin ise iade yükümlülüğünü doğurması bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.[99] Ancak dönmenin, sözleşmenin kurulmasından önceki durumu sağlaması çoğu zaman tam anlamıyla mümkün olmadığından Türk/İsviçre kanun koyucusu tazminat talep hakkını da (BK. m. 108/II) tanımıştır. Burada dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden, sözleşmenin hüküm ifade ettiğine ilişkin güvenin boşa çıkması yüzünden uğranılan menfi zararın tazmini söz konusudur.[100]

Konusu bölünmeye elverişli edimler olan ani edimli borç ilişkilerinde, borçlunun ediminin bir kısmını ifa edip, diğer kısmını ifada temerrüde düşmesi üzerine ortaya çıkan kısmi dönme ile sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi kavramları birbirine benzemekle birlikte, gerçekte farklı hukuki kurumlardır. Fesih

---

96 Öz, Eser .özleşmesi, 221.

97 Serozan, Dönme, 44; Öz, Eser Sözleşmesi, 225.

98 Uçar, 182; Tandoğan, Borçlar, 180; Ergezen, 121.

99 Öz, Eser Sözleşmesi, 26-27; Serozan, Dönme, 44.

100 Menfi zarar kavramı için bkz. 3. Bölüm, §2, I, D.

sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olurken, kısmi dönme bölünebilen edimlere[101] sahip fakat ani edimli sözleşmelerde söz konusu olur.[102] Alacaklı kural olarak borçlunun kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda olmadığından, borçlunun kısmi ifa teklifini reddererek, dürüstlük kuralları doğrultusunda borcun tamamı için borçluyu temerrüde düşürebilir.[103] Yine kısmi ifayı kabul eden alacaklı, ifa edilmeyen kısım olmasaydı, sözleşmenin hiç yapılmayacağını ispatlarsa, alacaklının sözleşmenin tamamından dönebileceği kabul edilmektedir.[104] Aksi halde bu hak sadece ifa edilmeyen kısım için kullanılabilir.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi kural olarak bölünemez bir edim niteliği taşıdığından, inşaatın kısmen yapılmış olması teknik anlamda kısmi ifa sayılmayacaktır. Aksi halde inşaat sözleşmelerinin sonuç sözleşmesi olma özelliğinin bir anlamı kalmayacaktır. Ancak inşaat sözleşmesiyle yapının kısım kısım teslim edileceği kararlaştırılmış ve bazı kısımları teslim edilmişse, sözleşmeden dönmenin sadece ifa edilmeyen kısımlara ilişkin olduğu kabul edilmelidir.[105] Ayrıca istisnaen inşaat sözleşmesinin konusu olan inşaat ediminin bölünebilir olması durumunda da kısmi ifadan bahsedilebilir. Örneğin inşaat sözleşmesinin konusunun iki binanın inşası olduğu ve teslim tarihinde sadece bir bloğun tamamlandığı halde de kısmi ifa söz konusu olabilir.[106]

D. Fesih Dönme Ve İptal Kavramlarının Farkları

Fesih ile dönme arasındaki en önemli fark, doğurdukları hukuki sonuçlar bakımındandır. Fesih ileriye etkili olup geçmişi etkilemezken, dönme henüz yerine getirilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip daha önce yerine getirilmiş edimlerin iade edilmesini gerektirir. Fesih halinde, bu hakkın kullanılmasından önceki dönemde yerine getirilen edimlerin iadesi gerekmediği gibi, bu dönemde

---

[101] Bölünebilir edimden kasıt, borcun konusunu oluşturan edimin, niteliğinde ve değerinde bir azalma olmaksızın bölümlere ayrılmasının mümkün olmasıdır. Ayan, 282.

[102] Ayan, 282; Öz, Eser Sözleşmesi, 43.

[103] Öz, Eser Sözleşmesi, 42; Ayan, 282.

[104] Öz, Eser Sözleşmesi, 42; Ayan, 282.

[105] Ayan, 283.

[106] Ayan, 284.

taraflar lehine doğmuş alacak ve borçlar da sona ermeyip, geçerliliklerini devam ettirirler.[107]

Sözleşmeden dönme hakkı Borçlar Kanunumuzda sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından öngörülmüş iken, fesih hem tek hem de iki tarafa borç yükleyen sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabilir.[108] Ayrıca sözleşmeden dönmenin konusunu ani edimli borç ilişkileri oluştururken, fesih ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur.[109] Yine haklı bir gerekçeye dayanmaksızın sözleşmeden dönülmesi mümkün değilken, olağan fesih hakkının kullanılmasında bir gerekçeye dayanılması gerekmemektedir.[110] Ayrıca geçmişe etkili sonuçlar doğuran sözleşmeden dönme durumunda menfi zararın tazmini talep edilebilirken, sürekli borç ilişkisini sona erdirmeyip sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih durumunda müsbet zararın tazmini talep edilebilir.[111]

İptal hakkı da geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesidir. Ancak fesih ve dönme hallerinde geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık nedenleriyle sona erdirilmesi söz konusu iken, iptalde sözleşmenin kurulmasından önceki nedenlere dayalı olarak sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusudur. Başka bir ifadeyle sözleşmenin kuruluşundaki bir sakatlık iptal hakkının doğumuna neden olmaktadır.[112] Fesih ve dönme sözleşmeden veya kanundan doğarken, iptal hakkı niteliği gereği sadece kanunla öngörülebilir.[113] Ayrıca iptal hakkının kanunda öngörülen hak düşürücü süreler içinde kullanılması gerekir.[114] Dönme sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu iken, fesih ve iptal her türlü hukuki

---

[107] Stanislas, 30; Von Tuhr/Escher, 168; Serozan, Dönme, 124; Öz; Eser Sözleşmesi, 29; Buz, Sözleşmeden Dönme, 82.

[108] Serozan, Dönme, 126-127; Buz, Sözleşmeden Dönme, 83-84.

[109] Stanislas, 30; Buz, Sözleşmeden Dönme, 83; Serozan, Dönme, 126.

[110] Buz, Sözleşmeden Dönme, 84; Serozan, Dönme, 127.

[111] Serozan, Dönme, 127; Öz; Eser Sözleşmesi, 29-30. Buz, fesih halinde sadece müsbet zararın tazmininin talep edilebileceği görüşüne katılmamaktadır. Örneğin BK. m. 396'ya göre, uygun olmayan bir zamanda sözleşmeyi fesheden taraf, diğer tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü olup, bu da menfi zarardır. Buz, Sözleşmeden Dönme, 85,86.

[112] Kılıçoğlu, Borçlar, 63; Buz, Sözleşmeden Dönme, 86, 88; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 297; Eren, Borçlar, 369; Güleç, 112.

[113] Serozan, Dönme, 154; Buz, Sözleşmeden Dönme, 88; Eren, Borçlar, 1212.

[114] Kılıçoğlu, Borçlar, 62; Eren, Borçlar, 373; Buz, Sözleşmeden Dönme, 88; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 341-342.

işlemler bakımından söz konusudur.[115] İptal hakkı hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde söz konusu olabilir.[116]

§2. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ÖZEL SONA ERME NEDENLERİ

I. Genel Olarak

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerine ilişkin hükümlerine paralel bir şekilde inşaat sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olup, anılan hükümler Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekli özel hükümler niteliğindedir. Söz konusu Kanun ve Şartnamede hüküm bulunmayan hallerde ise KİSK. m. 36'daki atıf gereğince Borçlar Kanununun konuya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda Borçlar Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda ortak düzenlenen sona erme nedenleri üçüncü paragrafta "Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Erme Nedenleri" başlığı altında incelenmiş olup, ilgili kısma atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Bu paragrafta ise, kamu ihale mevzuatında düzenlenmemekle birlikte, kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde de uygulanabilen, Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin hükümleri incelenecektir.

II. Müteahhidin İş Sahibinin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı

A. İş sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Müteahhidin Sözleşmeden Dönme Hakkı

İş sahibinin borçlanılan ücreti ödemekte temerrüde düşmesi durumunda, müteahhit BK. m. 106'daki seçimlik haklardan birini veya sözleşmeden dönme

[115] Buz, Sözleşmeden Dönme, 88; Serozan, Dönme, 155.
[116] Eren, Borçlar, 372, 373; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 340.

hakkını kullanabilir. Sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, iş sahibinin ücret ödeme borcu, inşa eserinin teslim anında muaccel olur.[117] BK. m. 364 gereğince, kısmi ödemenin gerektiği kısmi teslimlerde veya avans ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde, bu ödemelerden birinin yerine getirilmediği sürece müteahhit sonraki teslimlerden ödemezlik def'ini ileri sürerek kaçınabilir. Bu nedenle doğan zarara kusurlu iş sahibinin katlanması ve yüklenicinin zararını da tazmin etmesi gerekir (BK. m. 102/I). Ödemelerin zamanında yapılmaması sözleşmenin amacını tehlikeye düşürüyorsa, müteahhit sözleşmenin bütünüyle sona erdirilmesini isteyebilir.[118]

Gayrimenkul inşaatında, ücretin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi sona erdiren müteahhit, kullandığı malzeme ve harcadığı emek için ancak tazminat talep edebilir, ayrıca mülkiyetin kendisine verilmesini isteyemez.[119] Yüklenici işe başladıktan sonra ücretin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeden dönerse, özellikle yapı ve tamir işleri ve başkasının malzemesi ile yapılan işlerde, müteahhidin geriye etkili dönme yerine, yaptığı kısmı iş sahibine bırakarak sözleşmeyi ileriye etkili feshedebileceği ve yaptığı işin değerini ayrıca bu değere dahil olmayan masraflarını alabileceği savunulmaktadır.[120] Burada iş sahibinin kusurlu davranışı sonucu sözleşme sona erdiğinden, eserin tamamlanmış kısmının iş sahibi için kullanılabilir olması şartı aranmamaktadır. Ancak müteahhidin tazminat talebi varsa, bu, şartları ve içeriği bakımından BK. m. 108/II'ye uygun olmalıdır.[121]

B. İş sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Nedeniyle Müteahhidin Sözleşmeden Dönme Hakkı

Alacaklının temerrüdünden söz edilebilmesi için, öncelikle borçlunun edimini sözleşmeye uygun şekilde sunarak ifaya hazır ve istekli olduğunu ispat etmiş olması sonra da alacaklının sunulan edimi haklı bir sebep olmaksızın kabulden kaçınmış

[117] Bkz. 1. Bölüm, §2, II, B.
[118] Tandoğan, Borçlar, 314; Ergezen, 142.
[119] Ergezen, 142; Tandoğan, Borçlar, 315.
[120] Gauch, Nr.867; Tandoğan, Borçlar, 315.
[121] Tandoğan, Borçlar, 315-316; Ergezen, 143.

olması gerekir.[122] Kusur alacaklı temerrüdünün bir şartı olmamakla birlikte, borçlunun sözleşmeden dönmesi durumunda, uğramış olduğu menfi zararın tazminini isteyebilmesi için alacaklının kusurlu olması gerekir.[123]

Verme edimlerinde alacaklının mütemerrit olması halinde, borçlu (müteahhit), edim konusunu bir yere tevdi etmek suretiyle borcundan kurtulur (BK. m. 91). Borçlanılan şeyin niteliği veya işin türü tevdie elverişli değilse, borçlu, önce ihtarda bulunduktan sonra, hakimin izniyle, şeyi sattırarak bedelini tevdi edebilir (BK. m. 92). Yapma edimlerinde ise, edimin tevdi veya satışı mümkün olmadığından, BK. m. 94 ile borçluya, alacaklının temerrüdü sebebiyle dönme hakkı tanınmıştır.[124]

Bu hükümler dikkate alındığında, iş görme sözleşmesi niteliğinde olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin sözleşmeden dönemeyeceği düşünülmektedir. Çünkü müteahhidin bir inşa eseri meydana getirmek ve bunu teslim etmek borcu bulunduğundan, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda müteahhit sadece eseri tevdi etmek ya da sattırmak hakkına sahiptir. Oysa iş sahibinin kendine düşen hazırlıkları yapmaması durumunda, başka bir ifadeyle ifa edimlerine hazırlık fiillerine katılmaması halinde, müteahhidin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir.[125] Ayrıca iş sahibinin tamamlanmış olan eseri teslim almaktan

---

[122] Koç, Temerrüt, 108; Eren, Borçlar, 971-973; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 840.

[123] Eren, Borçlar, 971; Ergezen, 144.

[124] Ergezen, 146.

[125] "Müteahhide yer tesliminin yapıldığına ilişkin tutanak düzenlenmiştir. Ancak müteahhit, işe başlamak istemesine karşın köylülerce zor kullanmak suretiyle iş yerine sokulmamaktadır. Davalı idare, müteahhidin yüklendiği edimi yerine getirmesi için iş yerinde eylemli olarak çalışma olanaklarını sağlamamış ve gerekli güvenlik önlemlerini almamıştır. Böylece iş yerinin, davacı müteahhide edim eylemlerini gerçekleştirmesine olanak verecek ve eseri meydana getirmesini sağlayacak şekilde teslim edilmediği anlaşılmaktadır. Sözleşmeyle kendisini bağlı tutan müteahhit, idareye tüm engellerin kaldırılması ve gerekli güvenlik önlemlerinin alınması için başvurmuş, ayrıca sözleşmenin feshedileceğine dair ihtarname göndermiştir. Buna karşılık idare herhangi bir yanıt vermemiş, davacı müteahhitte mahkemeye başvurmuştur. Bu durum karşısında davacı müteahhidin ancak süre uzatımı isteyebileceği yolundaki görüş benimsenemez. Zira, davacı müteahhidin bu tutum ve koşullar karşısında içine düşürüldüğü güvensiz ortamdan kurutulmasını istemesi hakkıdır. Her ne kadar BİGŞ hükümlerine göre, iş yerinin teslimindeki gecikmeden dolayı müteahhit, hiçbir istem ileri süremez ise de, bu hükme, Medeni Kanun'un 2. maddesi ile sınır koymak gerekir. Gecikme işin icaplarına uygun olmalıdır. Öyleyse idare, bu ölçüt dışında, yüklenicinin işe başlaması ve yürütmesi için, işyerini gereği gibi teslim etmezse, engelleri kaldırmazsa ve gerekli güvenlik önlemlerini almazsa, Medeni Kanunun 2 nci maddesi de göz önünde tutularak, müteahhidin, alacaklının temerrüdünde dönmeyi (fesih) düzenleyen Borçlar Kanunu md. 94 deki hükümlerden yararlanabileceğini kabul etmek gerekir." Y.15.HD.

kaçınması halinde dönme hakkının tanınmaması, hakkaniyete de aykırı bir durum teşkil eder. Bu nedenle sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlanıp teslim edilen eserin iş sahibi tarafından kabul edilmemesi durumunda müteahhit edimin tevdi ve satışını isteyebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkının da tanınması gerekir.[126]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda iş sahibi idarenin temerrüdü nedeniyle yüklenici tarafından sözleşmeden dönüleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmelerde idarenin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Bu durumda yüklenici BK. m. 90 ve m. 101 gereğince idareyi temerrüde düşürmek (alacaklı ve borçlu temerrüdü) suretiyle sözleşmeden dönebilir. Ancak kamu ihaleleri sonucunda imzalanan inşaat sözleşmelerinde, her sözleşmeye aykırı davranışta yüklenicinin sözleşmeden dönmesi kısıtlanmıştır. Örneğin idareden kaynaklanan işin yürütülmesini geciktiren durumlarda, yükleniciye süre uzatımı verileceği düzenlenmiştir.[127] Bu kapsamda idarenin ifa edimlerine hazırlık fiillerini (yer teslimi, projelerin verilmesi ve onaylanması, hakediş bedellerinin ödenmesi gibi) geciktirmesi, işin ifasını da geciktirmişse, gecikme süresince işin süresi uzatılır. Ancak idare hazırlık fiillerini ifada aşırı derecede gecikmişse,[128] yüklenici açısından süre uzatımı ile karşılanamayacak zararlar doğmuşsa veya bu durumdan dolayı

17.10.1978, 1225/1962 sayılı karar için bkz. Gök, Yapı İşleri, 530; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 598-599.

126 Karahasan, İnşaat, 469-470.

127 YİGŞ. m. 29/II'ye göre, "Sözleşmesinde belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır."

128 "Taraflar arasında bağıtlanmış sözleşmelerde ve sözleşme eki BİGŞ'nde yer tesliminden dolayı ortaya çıkan gecikme için iş sahibinin yalnız süre uzatımı vereceği, bunun dışında müteahhidin başkaca tazminat istemeyeceği hükmüne yer verilmişse ise de, somut olayda 131 haftalık iş süresine karşılık iş sahibinin gerek yer tesliminden, gerekse projelerin ikmali nedeniyle gecikmeye yol açtığı kabul edilerek, müteahhide inşaat süresini aşacak şekilde 159 hafta ek süre tanınmış olması, iş sahibinin hafif kusuru karşılığındaki belli bir süreden sonra gelen gecikmelerin ağır kusur teşkil edeceğine; Borçlar Kanununun 99 uncu madde hükmü gereğince, bu türden ağır kusur nedeniyle iş sahibinin sözleşmeye dayanarak sorumsuzluk iddiasında bulunamayacağına, sözü edilen BK. md. 99/I hükmü buyurucu nitelikte olup, buna aykırı olarak sözleşme ve şartnamede yer alan hükme itibar edilemeyeceğine, bütün bu nedenlerle davalı iş sahibinin temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir." Y.15.HD. 10.04.1990, E. 1989/2597, K. 1990/1730 sayılı karar için bkz. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 598; Gök, Yapı İşleri, 529-530.

sözleşmenin devamı yüklenici için çekilmez hale gelmişse, yüklenicinin sözleşmeden dönmesi için haklı sebeplerin oluştuğu kabul edilmektedir.[129]

BK. m. 94, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkı vermekte, fakat tazminata ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bizimde paylaştığımız doktrindeki hakim görüşe göre,[130] sözleşmeden dönen borçlu alacaklıdan menfi tazminat isteyebileceği gibi, BK. m. 106 gereğince ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini de isteyebilir. Böylece alacaklı temerrüdü ile borçlu temerrüdü arasında adil bir bağlantı kurulmuş olur.

III. İş Sahibinin Tazminat Karşılığı Fesih hakkı

A. Genel Olarak

BK. m. 369'da, *"Yapılan şey, bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve mütaahhidin zarar ve ziyanını baliğan mabelağ tazmin etmek şartiyle mukaveleyi feshedebilir*" hükmü ile iş sahibine, inşa eseri tamamlanıncaya kadar herhangi bir nedene dayanmak zorunda olmaksızın, inşaat sözleşmesini sona erdirme hakkı tanınmıştır. Bu hak sadece iş sahibine tanınmış olup,[131] iş sahibinin bu hakkını kullanması için feshi haklı gösterecek bir nedene dayanması ve bu fesih nedeninin fesih beyanında gösterilmesi şart değildir.[132] Ancak iş sahibine bu hak tanınırken diğer yandan da orantılı bedel ve müteahhidin zararını tazmin etme zorunluluğu getirilerek dengelenmeye çalışılmıştır. Bizim de katıldığımız

---

[129] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 597; Gök, Yapı İşleri, 529; Uslu, 83.

[130] Eren, Borçlar, 983; Ergezen, 148.

[131] Buz, İş Sahibi, 213; Eren, Sona Erme, 91.

[132] Eren, Sona Erme, 91; Buz, İş Sahibi, 222; Öz, Eser Sözleşmesi, 138; Bühler, Art.369, Nr.6. "…BK. m. 369'a göre iş sahibi, yapılan şey bitmezden önce, yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin tüm zararını baliğan mebalağ (bol bol, ferah ferah) tazmin etmek koşuluyla arsa payı karşılığı dahi olsa ve karşı taraf, karşı çıksa dahi sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) biçiminde feshedebilir. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira BK. m. 369, iş sahibine bu hususta özel bir hak tanımıştır. İş sahibinin haklı olup olmadığı, açılacak baliğan mebalağ "tazminat" davasında tartışılmaz, yüklenici tüm zararı "toplama yöntemine" göre hesaplanarak, hüküm altına alınır. Burada önemli olan, feshin BK. m. 369'a dayanılarak yapılıp yapılmadığının tespitidir. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. İş sahibi hiçbir neden yokken ve hiçbir neden göstermeden gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse, BK. m. 369'daki fesih koşullarının varlığı söz konusu olabilir. İş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa

doktrindeki hakim görüşe göre, iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme yetkisi veren BK. m. 369 hükmü emredici değil, düzenleyici bir hükümdür. İş sahibi bu hakkı kullanmaktan feragat edebileceği gibi, taraflar önceden yaptıkları anlaşma ile fesih hakkını bertaraf edebilirler.[133] Madde metnindeki "yapılmış olan kısmın bedelini verme" zorunluluğundan, bu işlemle sözleşmenin ileriye etkili şekilde ortadan kalktığı ve bir fesih halinin söz konusu olduğu kabul edilebilir.[134] Böylece ani edimli istisna sözleşmeleri kural olarak geçmişe etkili ortadan kaldırılabilmekle birlikte, sanki sürekli borç ilişkisi gibi, feshin sonuçlarına benzer sonuç doğuran bir sona erdirme imkanı düzenlenmiştir.

Bu hükmün konuluş amacı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu hükmün amacı, taraflar arasındaki güven ilişkisine büyük önem vermesi, özellikle iş sahibinin hangi sebeple olursa olsun güvenemediği bir müteahhitle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman sona erdirebilmesinin gerekli olduğudur.[135] Türk/İsviçre ve Alman hukukundaki hakim görüşe göre ise, iş sahibinin serbestçe sözleşmeyi sona erdirme hakkı, istisna sözleşmesinin kendine özgü özelliğinden kaynaklanmaktadır.[136] Buna göre eserin tamamlanması iş sahibinin yararınadır ve istediği zaman bundan vazgeçebilir. Müteahhit işini o zamana kadar sözleşmeye uygun olarak ve özenle yapmış olsa bile, iş sahibi onun ifaya olan menfaatini yani olumlu (müspet) zararını tazmin etmek suretiyle feshedebilecektir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi de bunu tamamlamaktadır.

B. Feshin Şartları

BK. m. 369 hükmü ile iş sahibine tanınan fesih hakkı ancak inşa eseri tamamlanıncaya kadar kullanılır. İnşa eseri tamamlanmış, fakat iş sahibine teslim

---

vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanmaz, fesihte haklı olup olmadığı tartışılır…"Y.15.HD. 8.10.1998, 2263/3752 sayılı karar için bkz. YKD.1999/2, 213.

[133] Gauch, Nr.583; Buz, İş Sahibi, 222-223; Ergezen, 116; Eren, Sona Erme, 92; Aksi görüş Gautsch, Art.377, Nr.10; Oser/Schönenberger, Art.377, Nr.1; Yavuz, 307-308; Tandoğan, Borçlar, 343

[134] Serozan, Dönme, 128; Aral, 392; Yavuz, 308; Buz, İş Sahibi, 219; Öz, Eser Sözleşmesi, 138, Pedrazzini, 550; Eren, Sona Erme, 91,93.

[135] Akgün Bilir, 116; Öz, Eser Sözleşmesi, 139.

[136] Bühler, Art,377, Nr.6, Becker, Art.377, Nr.1; Oser/Schönenberger, Art.377, Nr.1; Tandoğan, Borçlar, 343.

edilmesi ve mülkiyetin geçirilmesi henüz tamamlanmışsa yine iş sahibi sözleşmeyi sona erdiremez.[137] İnşa eserinin tamamlanmasını iş sahibinin kendisi engellemiş veya kendisinden kaynaklanan bir neden engel olmuş olsa dahi, iş sahibi BK. m. 369'a göre sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak eserin tamamlanması imkansız hale gelmişse, artık buna ilişkin hükümler (BK. m. 96/1, m. 117, m. 370 vb.) uygulanır.[138] İnşa eserinin ayıplı olarak tamamlanması durumunda iş sahibinin fesih hakkını kullanıp kullanmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, Türk-İsviçre hukukundaki hakim fikre göre, eserin ayıplı olarak tamamlanması halinde iş sahibinin fesih hakkı sona erer. Zira eserin ayıplı olması onun tamamlanmış sayılmasına engel olmaz.[139]

İş sahibinin BK. m. 369'a göre sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, müteahhide sözleşmeyi feshettiğini bildirmesi, başka bir ifade ile fesih beyanının muhataba ulaşması gerekir. İş sahibine tanınan sözleşmeyi sona erdirme yetkisi, "bozucu yenilik doğuran bir hak" niteliğinde olup, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır, müteahhidin egemenlik alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur, inşaat sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Şarta bağlı kullanılamaz, kullanılmış bir fesih hakkının sonradan geri alınması da mümkün değildir.[140] Sözleşmenin feshi beyanı kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir.[141]

C. Feshin Hüküm Ve Sonuçları

BK. m. 369'da, sözleşmeyi fesheden iş sahibinin yapılan işin bedelini ödemek ve müteahhidin zarar ve ziyanını tazmin etmekle yükümlü olacağı öngörülmektedir. Yapılan kısmın bedelinden anlaşılması gereken, sözleşmenin ifası için yapılan giderlerdir.[142] Bu durumda sözleşmeyi fesheden iş sahibi, müteahhide,

---

[137] Eren, Sona Erme, 92; Buz, İş Sahibi, 228-229; Gauch, Nr.524; Pedrazzini, 549; Zindel/Pulver, Art.377, Nr.6.

[138] Buz, İş Sahibi, 229; Tandoğan, Borçlar, 344.

[139] Tandoğan, Borçlar, 344; Buz, İş Sahibi, 229; Öz, Eser Sözleşmesi, 140.

[140] Buz, İş Sahibi, 229-230; Eren, Sona Erme, 92-93; Gauch, Nr.527; Zindel/Pulver, Art.377, Nr.8; Bühler, Art.377, Nr.24.

[141] Gauch, Nr.526; Zindel/Pulver, Art.377, Nr.6; Bühler, Art.377, Nr.24; Eren, Sona Erme, 93; Buz, İş Sahibi, 230;

[142] Gautsch, Art.377, Nr.13b; Bühler, Art.377, Nr.34; Becker, Art.377, Nr.6; Oser/Schönenberger, Art.377, Nr.3.

sözleşmenin ifası için harcadığı tüm işçilik ve malzeme masraflarını ödemek zorundadır. Bu masraflar için sözleşmede bir bedel öngörülmüş ise bu bedel ödenir, sözleşmede herhangi bir bedel kararlaştırılmamış ise BK. m. 366 hükmü uyarınca işin değeri, masraflara göre belirlenir.[143] İş sahibi ödediği bedel karşılığında müteahhitten, inşa eserinin yapılan kısmının kendisine teslim edilmesini isteyebilir.[144] İş sahibinin feshiyle sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, yüklenici eseri tamamlama borcundan kurtulur ve kalan kısım için ayrıca ücret isteyemez.[145]

Sözleşmeyi fesheden iş sahibi BK. m. 369'a göre müteahhidin uğramış olduğu zararın tamamını tazmin etmek zorundadır.[146] Burada söz konusu olan zarar, müteahhidin sözleşmenin ifasına olan çıkar kaybını karşılayan müspet zarardır.[147] Başka bir ifade ile iş sahibi, inşa eseri tamamlanıp teslim edilse idi müteahhit hangi ekonomik durumda bulunacak idi ise, o zararı tazmin etmek zorundadır. Burada iş sahibinin sebep sorumluluğu söz konusu olduğu için kusurlu olması şart değildir, kusursuz olsa da zararı tazmin etmekle yükümlüdür.[148]

İş sahibinin BK. m. 369'a göre müteahhide ödeyeceği tazminattan[149] BK. m. 43-44'deki indirimlerin yapılıp yapılamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre fesih nedeniyle müteahhide ödenecek tazminat tam olmalı, hakim

---

[143] Aral, 393; Eren, Sona Erme, 94; Ergezen, 119; Tandoğan, Borçlar, 347; Uygur, İnşaat, 1054.

[144] Eren, Sona Erme, 94; Ergezen, 119.

[145] Buz, İş Sahibi, 232; Eren, Sona Erme, 93.

[146] "…Akit tarihinden 24 gün geçtikten sonra, müteahhitçe henüz işe başlanmadan, davalı iş sahibi tarafından sebep gösterilmeden akit feshedildiğine göre, BK. m. 369 hükmünce davacı müteahhidin mahrum kaldığı karın tamamı zarar ve ziyan tazminatı olarak hükmedilmelidir…" Y.15.HD. 4.12.1984, 1368/3736 sayılı karar için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, 765-766.

"…Arsa sahibi, sözleşmeyi BK. m. 369'a göre bozduğunu bildirmiştir. Bu maddeye göre, arsa sahibi, sözleşmeyi hiçbir neden göstermeden bozabilir. Yasa bu hakkı yalnız iş sahibine tanımıştır. Ancak sözleşmenin bu biçimde bozulmasının bir bedeli vardır. Bu bedel de, yüklenicinin zararının baligan mabelağ tazminidir. Ferah ferah, bol bol anlamına gelen baligan mabelağ tazminat, en geniş kapsamlı bir tazminat biçimi olup, toplama metodu ile hesaplanmalıdır. Bu yöntemde, yüklenicinin zararı, fesih anına kadar yaptığı tüm giderlere, eser bitmiş olsaydı sağlayacağı net kar eklenerek saptanır…." Y.15.HD. 2.4.1998, 833/1348 sayılı karar için bkz. Duman, 951.

[147] Tandoğan, Borçlar, 347-348; Ergezen, 120; Aral, 393; Eren, Sona Erme, 94; Becker, Art.377, Nr.6; Bühler, Art.377, Nr.29; Gautschi, Art.377, Nr.13b.

[148] Eren, Sona Erme, 95; Ergezen, 120; Becker, Art.377, Nr.6.

[149] İş sahibinin müteahhide ödeyeceği tazminatın hesaplanmasında biri toplama metodu (müspet hesaplama yöntemi), diğeri kesinti metodu (Menfi hesaplama yöntemi) olmak üzere başlıca iki

tarafından bu tazminattan bir indirim yapılmamalıdır.[150] Buna karşılık bizim de katıldığımız hakim görüşe göre, hal ve şartlar göz önünde tutularak hakim tarafından müteahhide ödenecek tazminattan indirim yapılabileceği gibi, tazminatı tamamen de reddedebilir.[151] Müteahhidin iş sahibine karşı sahip olduğu tazminat talebinin ne zaman muaccel olacağı hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki hakim görüşe göre, tazminat alacağı, müteahhidin iş sahibi ile yapmış olduğu inşaat sözleşmesinin içerdiği alacağın yerine geçer, ilk alacak tazminat alacağına dönüşür. Bu nedenle tazminat alacağı, ilk alacak hangi anda muaccel olacak ve dolayısıyla müteahhit tarafından talep edilebilecek idi ise o anda muaccel olur ve talep edilir.[152] Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, müteahhidin iş sahibine karşı sahip olduğu tazminat talebinin, sözleşmenin feshi ile birlikte muaccel olacağı kabul edilmektedir.[153]

IV. Müteahhidin Götürü Ücretli Sözleşmelerde Olağanüstü Haller Sebebiyle Fesih Hakkı

A. Genel Olarak

Sözleşme konusu inşa eserinin bedelinin önceden ve sabit olarak belirlenmesi durumunda götürü ücret söz konusu olur.[154] Ücretin götürü fiyatlarla belirlendiği inşaat sözleşmelerinde, BK. m. 365 gereğince ücretin değişmemesi asıldır. Müteahhit inşa eserinin meydana getirilmesi borcunun tamamını öngörülen bu sabit ücretle bitirmek zorunda olup, işin yapılması esnasında meydana gelebilecek değişikliklerin ücreti etkilememesi gerekir.[155] Bu hüküm, sözleşmelerde "ahde vefa" (pacta sund

---

yöntem uygulanır. İş sahibinin müteahhide ödeyeceği tazminatın hesaplanmasında kullanılan toplama ve kesinti metodu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, İş Sahibi, 234 vd.

[150] Gautschi, Art.377, Nr.17; Tandoğan, Borçlar, 349; Buz, İş Sahibi, 259; Öz, Eser Sözleşmesi, 149; Eren, Sona Erme, 95.

[151] Gauch, Nr.554; Brunner, Nr.545; Bühler, Art.377, Nr.42; Buz, İş Sahibi, 259; Eren, Sona Erme, 95.

[152] Bühler, Art.377, Nr.43; Eren, Sona Erme, 95; Buz, İş Sahibi, 259.

[153] Gauch, Nr.540, Buz, İş Sahibi, 260.

[154] Tandoğan, Borçlar, 234; Aral, 383; Karataş, 194; Tunçomağ, Borçlar Özel, 956; Ergezen, 127; Altaş, Eser, 227.

[155] Tandoğan, Borçlar, 235; Zevkliler, 322; Ergezen, 127; Zindel/Pulver, Art.363, Nr.12; Gauch, Nr. 903.

servanda) ilkesinin uygulanma şeklidir. Bununla beraber kanun koyucu, BK. m. 365/II'de yer alan şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinden ayrılınabileceğini ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceğini kabul etmiştir. Anılan hükme göre, önceden tahmin edilemeyen veya öngörülüp de iki tarafça gerçekleşmeyeceği kabul edilen olağanüstü hallerin, inşa eserinin tespit edilen götürü ücretle tamamlanmasını engellemesi veya aşırı derecede güçleştirmesi halinde[156] hakim takdir hakkına dayanarak, ya kararlaştırılan götürü (sabit) ücretin arttırılmasına veya sözleşmenin feshine karar verir. BK. m. 365/II'nin amacı böyle bir durumda edimler arasındaki dengeyi kurmak için sözleşmeyi değiştirmek imkanının sağlanmasıdır. Bu hüküm, hakime MK. m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanarak sözleşmeyi değiştirmek imkanını veren "clausula rebus sic stantibus" kuralının[157] ve öngörülememe (emprevizyon) teorisinin kanundaki uygulamasını teşkil etmektedir.[158] Müteahhit her türlü hal ve şarta rağmen, iş sahibine bildirimde bulunmadan veya ihtirazı kayıt koymadan edimlerini ifa etmişse, artık sözleşmenin feshini veya bedelin arttırılmasını talep edemez.[159]

B. Götürü Ücretin Uyarlanmasının Sonuçları

BK. m. 365/II'deki şartların gerçekleşmesi halinde, hakim takdir hakkına dayanarak, ya kararlaştırılan götürü (sabit) ücretin arttırılmasına veya sözleşmenin feshine karar verir[160]. Ancak müteahhidin ücret artırımını gerektiren durumları zamanında iş sahibine bildirmesi gerekmektedir.[161] Hakimin olağanüstü olaylar nedeniyle ücretin artırılmasına karar vermesi durumunda, bu karar müteahhidin

---

[156] İnşaatın masraflarını aşırı ölçüde arttıran veya onun ifasını güçleştiren durumların ortaya çıkmasında müteahhidin kusuru söz konusu ise ve bu durum iş sahibi tarafından ispat edilebiliyorsa müteahhit ücretin indirilmesi veya sözleşmeden dönme talebinde bulunamaz. Tandoğan, Borçlar, 247; Güleç, 156; Ergezen, 134; Aral, 386; Baygın, 86; Kaplan, Ücret, 152-153; Ciğerim, 95; Gürpınar, 148; Zindel/Pulver, Art.363, Nr.25; Gauch, Nr. 1109.

[157] Akdin değişen hal ve şartlara uydurulması ve clausula rebus sic stantibus ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, 147 vd; Kaplan, Ücret, 130 vd.

[158] Ergezen, 130; Tandoğan, Borçlar, 239; Bilge, 256.

[159] Kaplan, Ücret, 153; Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, 154.

[160] Bu konudaki seçim yetkisinin müteahhide mi yoksa hakime mi ait olduğu hususu tartışmalı olmakla birlikte, görüşlerin ortak noktası, olağanüstü olay ortaya çıkınca müteahhidin sözleşmeyi feshedebileceği, ancak hakim tarafından sonradan değişik bir karar çıkması riskine katlanması gerekeceğidir. Tandoğan, Borçlar, 252-253; Ergezen,137.

[161] Erman, Beklenmeyen Haller, 89; Ergezen, 138; Tandoğan, Borçlar, 253.

yaptığı ek masraflara göre belirlenir, müteahhidin talebine göre belirlenmez.[162] Ancak bu artış müteahhide kar sağlamayacak, sadece onun kayıplarını katlanılabilecek bir düzeye getirecek oranda olmalıdır.[163] Hakim sözleşmenin feshine karar verirse feshin sonuçlarını da belirlemelidir.[164]

BK. m. 365/II gereği hakim sözleşmeyi feshederse, taraflara isnat olunamayan bir durum söz konusu olduğundan, müteahhidin o zamana kadar yaptığı iş için tazminat isteyip isteyemeceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.[165] Bu durumda müteahhide feshe kadar yaptığı iş için hakkaniyet çerçevesinde bir tazminat verilmelidir. Zira feshi gerektiren olağanüstü olay, müteahhidin kusurundan ileri gelmemektedir.[166] Ayrıca hakim, feshin ileriye mi yoksa geriye mi etkili olacağı hususunu, tarafların karşılıklı menfaatlerini hakkaniyete uygun olarak değerlendirip tespit edecektir. Ancak feshin ileriye etkili olmasına karar verirse, fesih anına kadar yapılmış iş için sözleşmede belirtilen ücretten fazlasına hükmedemez.[167] Ayrıca iş sahibinin sözleşmenin feshinden dolayı uğradığı menfi zararının hakkaniyete uygun ölçüde tazminine hükmedilmelidir.[168]

C. Fiyat Farkı Kararnameleri

Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat işlerinde, ekonomik şartların önceden tahmin edilemeyecek ölçüde değişmesi ve olağanüstü enflasyon nedeniyle sözleşmeye devam etmelerinin aşırı derecede güçleşmesi karşısında, 1958 yılından itibaren idareye belli esaslara göre yüklenicinin yeni birim fiyat tespiti ve fiyat artırımı veya sözleşmenin tasfiyesi talebini kabul yetkileri veren kararnameler çıkarılmıştır.[169] Bu kararnamelerin en sonuncusu, Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan yapım

---

[162] Altaş, Eser, 232; Aral, 386.

[163] Guhl/Druey/Koller/Schnyder, 483; Aral, 387; Altaş, Eser, 232.

[164] Altaş, Eser,232.

[165] Bu durumda tazminat istenip istenemeyeceğine ilişkin görüşlerle ilgili olarak bkz. Güleç, 166 vd.

[166] Tandoğan, Borçlar, 256-257.

[167] Ergezen, 139-140; Tandoğan, Borçlar, 257.

[168] Tandoğan, Borçlar, 257.

[169] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 234; Gök, Yapı İşleri, 544; Uslu, 100; Tandoğan, Borçlar, 259.

işlerinde uygulanmak üzere çıkarılan ve halen yürürlükte olan 2002/5039 sayılı Kararnamedir.[170]

2002/5039 sayılı Kararnameden önceki kararnameler, henüz devam etmekte olan sözleşmelere de uygulanmak ve fiyat farkı uygulamasına ilişkin düzenlemeler yanında yüklenicilere tasfiye talebinde bulunma imkanı veren hükümler de içermekte idi.[171] 24.11.1986 tarih ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı[172] ile, Bakanlar Kurulu'nun bu nitelikte kararnameler çıkarmaya yetkili olduğu, fiyat farkı veya tasfiye öngören bu Kararnamelerde bunlara tabi kamu kuruluşlarının fiyat farkı veya tasfiye isteklerini kabul edip etmemek hususunda bir takdir yetkisine sahip olmadıkları, sadece kararnamede hangi yolun seçileceği hususunda idareye bir takdir hakkı tanımışsa idarenin bu hakkı kullanabileceği kabul edilmişti.

2002/5039 sayılı kararname ile bu uygulamanın önü kapatılmıştır. Kararname eki Esasların 4 ncü maddesine göre, idareler fiyat farkı vermek veya vermemek yönünde takdir yetkisini kullanabilecek, ancak fiyat farkı verilmesini tercih ettiklerinde, anılan Esaslarda öngörülen yöntem ve esaslar dışında bir uygulamaya gidemeyeceklerdir. KİSK. m. 4'de, b*u Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği"*.[173] m. 8/II'de ise, s*özleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağı* açıkça hüküm altına alındığından, artık Bakanlar Kurulu tarafından kararname çıkarmak suretiyle sözleşmeye müdahale

---

[170] 2002/5039 sayılı 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar, 31.12.2002 tarih ve 24980/3.Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Daha sonra, 31/5/2008 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılan ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamındaki yapım işlerinde, iş kalemleri veya iş gruplarının imalatında 1/1/2008 ile 30/9/2008 tarihleri arasında fiilen kullanılan ve fiyatlarında beklenmeyen artış olan; düz ve nervürlü beton çelik çubuğu, hasır çelik, köşebent, lama, sac, çelik boru, her çeşit profil demiri ile raya verilecek ilave fiyat farkının uygulanmasına yönelik 2008/14447 sayılı "4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamındaki Yapım İşlerinde Beklenmeyen Fiyat Artışları Nedeniyle Uygulanacak İlave Fiyat Farkı Esasları" kabul edilmiş ve 26/12/2008 tarihli ve 27092 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[171] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 235; Gök, Yapı İşleri, 172.

[172] 24.11.1986 tarih ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı için bkz. Tandoğan, Borçlar, 267 vd.; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 235 vd.; Gök, Yapı İşleri, 173.

[173] Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre ancak m. 15 çerçevesinde sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.

edilmesi ve dolayısıyla sözleşmenin tasfiyesini talep hakkı veren bir düzenleme söz konusu olamayacaktır.[174]

V. İfa İmkansızlığı Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

A. İnşa Eserinin Teslimden Önce Telef Olması

BK. m. 368/I'de, eserin tesliminden ve iş sahibinin temerrüdünden önce, umulmayan bir olay nedeniyle telef olması durumunda, yapılan iş ve masrafların bedelinin müteahhit tarafından talep edilemeyeceği hükmü ile, bir yandan sözleşmenin sona ermesi, diğer yandan da istisna akdinde hasarın intikali düzenlenmiştir.[175]

İnşa eserinin telef olması nedeniyle müteahhidin ücret riskine katlanması için öncelikle inşa eserinin teslim edilmemiş olması gerekir.[176] Teslim edilmemiş inşa eseri tamamen veya kısmen telef olmalıdır. Eserin telef olması, onun sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden daha düşük bir nitelik taşımasıdır. BK. m. 368'de yer alan telef kavramının yok olmayı da kapsayan daha geniş bir yoruma açık olduğu görüşünü paylaşıyoruz.[177] Örneğin meydana getirilen bir binanın teslimden önce yıkılması, onun yok olması ve aynı zamanda telef olması anlamına geldiği gibi, binanın deprem nedeniyle bir katının yıkılması veya duvarlarının çatlaması da geniş anlamda telef olma kavramı içine girmektedir. Bu anlamda, istisna sözleşmesi uyarınca meydana getirilen eserin hangi aşamada olursa olsun tamamen yok olmasına eserin tamamen telef olması denir.[178] Eserin tamamen değil de nitelik ve nicelik yönünden kötüleşmesinde ise eserin kısmen telef olmasından[179] söz edilir.[180]

---

[174] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 245; Uslu, 101.

[175] Eren, Sona Erme, 96.

[176] Teslim konusunda bkz. 1. Bölüm, §2, I, E.

[177] Altaş, Eser, 58-59. Doktrinde baskın görüşe göre meydana gelen eserin teslimden önce telef olması, eserin yok olması anlamında kullanılmaktadır. Tandoğan, Borçlar, 317; Aral, 395; Tunçomağ, Borçlar Özel, 1047; Karahasan, İnşaat, 432 vd; Baygın, 225 vd.

[178] Baygın, 225 vd.; Altaş, Eser, 60.

[179] Eserin teslimden önce kısmen telef olması halinde, doktrinde BK. m. 368'in uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. BK. m. 368'in lafzından hareketle, bu hükmün sadece eserin tam telef olması halinde uygulanabileceği görüşünden ziyade, kısmen telef olması halinde de tam telef

Eserin telef olması nedeniyle müteahhidin ücret riskine katlanmasının bir diğer şartı inşa eserinin umulmayan bir olay sonunda telef olmasıdır. Şayet inşa eserinin telef olması müteahhit veya iş sahibine yüklenebilen bir durumdan kaynaklanırsa, zarara da onun katlanması gerekir.[181] BK. m. 368'e göre kural olarak sorumluluk müteahhide ait olduğundan, müteahhit eserin telef olmasına iş sahibinin sebep olduğunu ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamaz.[182] Ancak iş sahibi işin başında müteahhide bir avans vermiş ve bunu geri almak istiyorsa, ispat yükü yer değiştirir. Bu durumda iş sahibi eserin teslimden önce umulmayan bir olay nedeniyle telef olduğunu ispat etmek zorundadır.[183]

BK. m. 368 anlamında eserin teslimden önce telef olmasında, ücret ve masraf riskine kural olarak müteahhit katlanacaktır.[184] Ancak iş sahibinin eseri teslim alma yönünden mütemerrit olması veya teslimin iş sahibi tarafından engellenmesi hallerinde, müteahhit sorumluluktan kurtulacaktır.[185]

Teslimden önce telef olan eserin ferdi ile belirli bir eser olması halinde veya tamir edilmek üzere bırakılan eserlerde, umulmayan olay nedeniyle telef olduklarında, kural olarak BK. m. 117/I gereği tarafların borçları sona erer, müteahhit kararlaştırılan ücreti talep edemez.[186] Telef olan eser, cinsiyle belirli bir eser ise müteahhidin iki seçimlik hakkı söz konusudur. Birinci durumda telef olan inşa eserinin tekrar meydana getirilmesini talep etmek objektif veya sübjektif olarak mümkün değilse, müteahhit aynen ferdiyle belirli eserde olduğu gibi, eseri yeniden meydana getirmeyip, ücret ve edim hasarına katlanarak yükümlülüklerinden kurtulur.

---

olmada olduğu gibi BK. m. 368/I'in kıyasen uygulanması gerektiği görüşünü benimsiyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, Eser, 64 vd.

180 Gauch, Nr.1184 vd.; Zindel/Pulver, Art.376; Nr.27 vd.; Altaş, Eser,78.

181 Altaş, Eser, 66-67.

182 MK. m. 6'ya göre, kanunda aksine bir hüküm yoksa iki taraftan her biri iddiasını ispat ile mükelleftir. Dolayısıyla umulmayan olayı ispat yükü, sorumluluktan kurtulmak isteyen müteahhide aittir.

183 Pedrazzini, 547; Gautschi, Art.376, Nr.3b; Altaş, Eser, 78.

184 Tandoğan, Borçlar, 316 vd; Aral, 396; Altaş, Eser, 110; Yavuz, 460.

185 Tandoğan, Borçlar, 321; Altaş, Eser, 87.

186 Tandoğan, Borçlar, 318; Aral, 395; Tunçomağ, Borçlar Özel, 1047; Altaş, Eser, 113; Baygın. 225 vd.

Bu durumda müteahhidin ikinci seçimlik hakkı ise, inşa eserini yeniden meydana getirerek ücret ve malzeme alacağını elde etmesidir.[187]

İnşa eserinin teslimden önce kısmen telef olması halinde, eserin telef olmayan kısımlarının kabulü iş sahibinden beklenemez ve müteahhit de kısmi teklifin verdiği zararlı sonuçları yok edemezse, eser tamamen telef (yok olmuş) olmuş sayılır. Bu durumda müteahhit tüm ücret riskine katlanmak zorundadır. Eser kısmen telef olmuş, ancak müteahhit kısmi telef olmayı gidermiş ve eseri tamamlamışsa, ücret alacağı devam eder.[188] Umulmayan olay nedeniyle kısmen telef olan inşa eseri bu haliyle teslim edilirse, BK. m. 368 değil, ayıplı teslime ilişkin BK. m. 359 vd. hükümleri uygulanır. Eserin ayıplı tesliminde ise iş sahibi, sözleşmeden dönebilir veya bedelin tenzilini veya ayıbın giderilmesini isteyebilir.[189]

B. İnşa Eserinin Tesliminden Önce Malzemenin Telef Olması

BK. m. 368/II'de, "*Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir*." hükmüne göre, inşa eserinin teslimden önce umulmayan bir olay sonunda yok olması halinde malzeme kime aitse hasarın da ona ait olacağı düzenlenmiştir. Malzemenin müteahhit tarafından temin edildiği hallerde, BK. m. 368/I gereği umulmayan olay nedeniyle telef olma riskine zaten müteahhit katlanacağından, bu durumda m. 368/II'nin bir anlamı bulunmamaktadır.[190] Malzemenin iş sahibine ait olması halinde doğan zarara ise iş sahibi katlanır.[191] Başka bir deyişle, telef olan malzeme için müteahhit, iş sahibine karşı herhangi bir tazminatla yükümlü değildir.

Malzemedeki hasarın malzeme sahibine ait olduğuna ilişkin kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, inşa eseri ve bununla birlikte iş sahibi tarafından sağlanan malzeme, umulmayan olay nedeniyle değil de müteahhidin kusurundan dolayı telef olursa, müteahhit iş sahibinin malzemesini tazmin etmek

---

[187] Pedrazzini, 543; Oser/Schönenberger, Art.376, Nr.13; Gauch, Nr.1184; Tandoğan, Borçlar, 319; Altaş, Eser, 164.

[188] Altaş, Eser, 64, 118.

[189] Bühler, Art.368, Nr.3 vd.; Zindel/Pulver, Art.368, Nr.5 vd.

[190] Eren, Sona Erme, 98; Aral, Borçlar, 396.

[191] Altaş, Eser, 124.

zorundadır.[192] İkinci istisnası ise, müteahhidin inşa eserini teslimde temerrüde düşmesidir. Müteahhit eseri teslimde temerrüde düşerse, temerrüt anından itibaren, hem eserin hem de iş sahibinin getirdiği malzemenin hasara uğrama riski müteahhide aittir.[193] Ancak müteahhit temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse, iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin hasarından sorumlu olmaktan kurtulabilir. Bu durumda müteahhit umulmayan olay nedeniyle telef olan malzemenin kendisi temerrüde düşmemiş olsaydı dahi telef olacağını ispatlarsa sadece ücret ve edim hasarına katlanır.

C. İnşa Eserinin İş Sahibine İsnadı Kabil Nedenlerle Telef Olması

BK. m. 368/III'e göre, meydana getirilen inşa eseri, iş sahibinin verdiği malzeme, arsa ve talimatlardaki yanlışlık nedeniyle telef olmuş ve müteahhit bunları zamanında usulüne göre iş sahibine ihbar etmişse, sorumluluk iş sahibine geçer.[194] Örneğin inşa eseri meydana getirilirken, iş sahibinin plan ve projeler hakkında verdiği yanlış talimatlar neticesinde eserin telef olmasında ücret ve masraf riskine iş sahibi katlanacaktır.[195] Ancak iş sahibinin yanlış talimatı ile inşa eserinin kısmen veya tamamen telef olması arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde oluşan riske müteahhit katlanacaktır.[196] Arsa veya malzemenin kusurundan kasıt ise, eserin tam veya kısmi telef olmasına neden olan malzemenin ya da arsanın, meydana getirilmek istenen eser için elverişli[197] olmamasıdır.[198]

---

[192] Bühler, Art.376, Nr.16-24; Pedrazzini, 543; Altaş, Eser, 126.

[193] Altaş, Eser, 128; Eren, Sona Erme, 98; Tandoğan, Borçlar, 323; Aral, 396.

[194] Oser/Schönenberger, Art.376, Nr.1 vd.; Gauch, Nr.1195; Altaş, Eser, 68; Tandoğan, Borçlar, 321; Yavuz, 462.

[195] Bühler, Art.376, Nr.55; Tandoğan, Borçlar, 323; Altaş, Eser, 99.

[196] Gauch, Nr.1202; Bühler, Art.376, Nr.55.

[197] Bu elverişsizlik objektif veya sübjektif olabilir. Objektif elverişsizlik, arsa veya malzemenin bütün müteahhitler açısından aynı elverişsizliği göstermesidir. Sübjektif elverişsizlik de ise arsa veya malzeme, inşa eserini meydana getirmeye uygun olmakla birlikte müteahhidin şahsi beceri veya imkanlarındaki eksiklik nedeniyle eser meydana getirilememektedir. Burada müteahhidin temerrüdü söz konusudur ve BK. m. 368/I gereği telef olmadan müteahhit sorumlu olur. Altaş, Eser, 95.

[198] Gauch, Nr.1198 vd.; Altaş, Eser, 94.

Arsanın veya malzemenin kusuru ya da verilen talimatın uygunsuzluğunu bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda müteahhidin ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır.[199] BK. m. 368/III'e göre, inşa eserinin gereği gibi ya da zamanında tamamlanmasına engel olabilecek hususların, müteahhit tarafından gecikilmeksizin iş sahibine ihbar edilmemesi durumunda, malzeme ve eserin telef olması nedeniyle iş sahibine ait olan riske müteahhit katlanmak zorundadır.[200] Müteahhit bu ihbar yükünü ihlalin sonuçlarından, ancak bu ihbarı zamanında yapsaydı dahi inşa eserinin telef olacağını ispatla kurtulabilir. Müteahhidin bu ihbar yükü, genel özen ve sadakat yükümlülüğünden doğmaktadır.[201]

Tamamlanmış olan inşa eseri teslimden önce BK. m. 368/III'deki iş sahibine isnadı kabil nedenlerle telef olmuşsa, müteahhit kararlaştırılmış ücretin tamamını alır. Ancak bu durumda teslimin yapılmamış olması dolayısıyla tasarruf edilen miktar, müteahhidin alacağı ücretten düşülmelidir.[202] Örneğin, telef olan eser teslim edilseydi, bu eserin montajı için müteahhidin harcayacağı emek ve malzeme masrafının ücretten düşürülmesi gerekmektedir. Yine bu durumda, kararlaştırılmış ücrete dahil olmayan, ancak inşa eseri kararlaştırıldığı gibi teslim edilebilseydi, zaten ödenecek olan masrafların da müteahhide ödenmesi gerekir.[203]

İnşa eseri BK. m. 368/III'e göre iş sahibine yüklenen bir nedenle telef olduğu sırada henüz tamamlanmamış ise müteahhidin alacağı ücret hususu doktrinde tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız görüşe göre ise, inşa eseri teslim edilmeden iş sahibine yüklenen nedenlerle telef olmuş ise, müteahhide telef olmadan önce tamamlanan iş miktarı ile orantılı bir ücret ödenmelidir.[204]

BK. m. 368/III'e göre, iş sahibinin verdiği arsa veya malzeme ya da talimattan dolayı inşa eserinin telef olması, iş sahibinin sorumlu olması için

---

[199] Pedrazzini, 345; Altaş, Eser, 106.

[200] Altaş, Eser, 140; Aral, 367.

[201] Gautschi, Art.376, OR, Nr.11.b.; Gauch, Nr.1201; Altaş, Eser, 103,139; Aral, 366-367.

[202] Gauch, Nr.1197; Oser/Schönenberger, Art.376, Nr.13; Altaş, Eser, 132; Tandoğan, Borçlar, 324.

[203] Bühler, Art.376, Nr.66; Gauch, Nr.1212; Zindel/Pulver, Art.376, Nr.31; Altaş, Eser, 133.

[204] Bühler, Art.376, Nr.67; Gauch, Nr.1212; Pedrazzini, 545. Bu konudaki görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, Eser, 133 vd.

yeterlidir, iş sahibinin kusurlu olması şart değildir.[205] Ancak iş sahibinin ayrıca birde kusuru var ise ve müteahhidin bunu ispatlaması durumunda, müteahhidin uğramış olduğu zararın giderilmesi gerekmektedir.[206] Buradaki zarardan kasıt, hem ifa menfaati hem de sözleşme menfaatinden doğan zararıdır. Bu kapsamda iş sahibi, müteahhidin kaybolan kazancını, uğradığı zararları ve yoksun kaldığı karı karşılamak zorundadır.[207]

D. İnşa Eserinin Teslimden Önce Telef Olmasının Özel Sonuçları

BK. m. 368'e bakıldığında, Kanunda sona ermeyi düzenleyen hükümler arasında yer almasına rağmen, inşa eserinin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle telef olması halinde, müteahhitle iş sahibi arasındaki ilişkiyi kendiliğinden sona erdiren bir durum bulunmamaktadır.[208] Bu hükmün lafzından anlaşılan teslimden önce telef olan eser için müteahhidin bir ücret talep edememesi ve iş sahibi tarafından verilen malzemeyi de tazmin yükümlüğünün olmamasıdır. Buna göre, müteahhit bakımından edimin ifası hala mümkün ise, telef olan inşa eserini yeniden meydana getirmek, tamamlamak ya da düzelterek teslim etmek zorundadır. Çünkü inşaat sözleşmesinde müteahhit bir edim fiilini değil, edim sonucunu borçlanmaktadır.[209] Ancak BK. m. 368/III'deki iş sahibine isnadı kabil nedenlerle inşa eserinin telef olması durumunda, müteahhit eseri yeniden yapmakla yükümlü değildir.[210] İş sahibinin verdiği malzeme, arsa veya talimat nedeniyle inşa eserinin teslimden önce telef olması halinde sözleşme telef ile birlikte sona ermiş sayılır.

Teslimden önce umulmayan olay nedeniyle telef olan inşa eserinin yeniden yapılması BK. m. 117 anlamında objektif olarak imkansız hale gelmiş ise,[211] iş sahibi

---

[205] Gauch, Nr.1199; Gautschi, Art.369, Nr.2 vd.; Eren, Sona Erme, 99.

[206] Eren, Sona Erme, 99; Altaş, Eser, 138.

[207] Oser/Schönenberger, Art.376, Nr.13; Gauch, Nr.1213; Altaş, Eser, 139; Tandoğan, Borçlar, 325.

[208] Tandoğan, Borçlar, 317; Altaş, Eser, 142.

[209] Altaş, Eser, 143.

[210] Bühler, Art.376, Nr.31; Tandoğan, Borçlar, 325; Altaş, Eser, 143-144.

[211] İfası mümkün olmayan edimin sadece borçlu için değil, herkes için ifa edilemez olması durumunda objektif imkansızlıktan bahsedilir. Sübjektif imkansızlıkta ise, edimin ifası mümkün olmakla birlikte, borçlu tarafından edimin yerine getirilememesi söz konusudur. Sübjektif

ile müteahhit arasındaki sözleşme ilişkisi de sona erer.[212] Telef olma halinde inşa eserinin yeniden meydana getirilmesi kısmen imkansız hale gelmiş ise ve kısmi ifa iş sahibi için bir anlam ifade ediyorsa ve iş sahibi kısmi ifayı kabul ediyorsa, müteahhit inşa eserini yeniden yapmak zorundadır.[213] İnşa eserinin teslimden önce telef olması halinde, eserin yeniden meydana getirilmesi hem müteahhit hem de iş sahibi için aşırı yük getirdiği için ifanın müteahhitten beklenemediği hallerde de sözleşme sona ermiş sayılır.[214]

Umulmayan olay nedeniyle eserin teslimden önce telef olması halinde, iş sahibi müteahhide bu eserin yeniden meydana getirilmesi için münasip bir mehil vermeden sözleşmeden dönemez. Bu süre, tarafların menfaatleri ve somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek, eserin objektif olarak yeniden meydana getirilmesine yetecek uygunlukta olması gerekmektedir.[215] Müteahhide verilen ek süre içinde inşa eseri tamamlanıp teslim edilirse, müteahhit ücrete hak kazanır.[216] Buna karşılık verilen ek süre içinde müteahhit eseri meydana getiremez veya müteahhide süre verilmesi gerektiren bir durum yok ise, iş sahibi sözleşmeden dönebilir.[217] İş sahibinin dönme beyanı ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Bu durumda taraflar kararlaştırdıkları edimleri ifa borcundan kurtulmuş olup, daha önce aldıklarını iade ile yükümlüdür. Müteahhit meydana getirmeye başladığı eserin telef olmayan kısmını elinde tutabilir ya da teslim etmiş olduğu kısımlar varsa bunları geri isteyebilir. Sözleşmenin eserin tesliminden önce telef olması nedeniyle geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde, iş sahibi de ücret ödemek zorunda olmayıp, önceden yaptığı ödemelerin iadesini isteyebilir.[218] Ancak sözleşmenin geçmişe etkili sona erdirilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı zamanlarda, sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilebilmelidir.[219]

---

imkansızlık halinde sözleşme kendiliğinden sona ermez, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır.

[212] Altaş, Eser, 148; Bühler, Art.376, Nr.26; Gauch, Nr.719 vd.; Zindel/Pulver, Art.376, Nr.32.

[213] Altaş, Eser, 148-149; Tandoğan, Borçlar, 325.

[214] Gauch, Nr.722 vd.; Altaş, Eser,150.

[215] Altaş, Eser, 152.

[216] Aral, 382 vd.; Tandoğan, Borçlar, 233 vd.

[217] Von Tuhr/Escher, 86; Altaş, Eser, 153-154.

[218] Altaş, Eser, 154; Gauch, Nr.829; Tercier, Nr.2761.

[219] Becker, Art.375, Nr.10; Bucher, 210; Altaş, Eser, 155.

§3. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME NEDENLERİ

I. Genel Olarak

Kamu inşaat sözleşmelerinin kuruluş amacı, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlanıp idareye teslim edilmesini temine yöneliktir. İnşaat sözleşmeleri de her sözleşme gibi tarafların borçlandıkları edimlerin ifa edilmesi ile sona erer. Yüklenicinin üstlendiği edimi ifa etmesi ile sözleşmenin normal yoldan sona ermesi sonucunu doğuran bu süreç, kamu ihale mevzuatına tabi işlerde kesin kabul işlemiyle tamamlanır. Öte yandan ifa suretiyle sona ermenin dışında, tarafların kusurlu veya kusurları dışında birtakım nedenlerle de sözleşme sona erebilir. Karşılıklı edimler tam olarak yerine getirilmeden sözleşmenin sona erdirilmesindeki bu süreçte izlenecek yöntem, tarafların yükümlülükleri, zarar ziyan talepleri gibi hususlar sözleşme ilişkileri bakımından önem arzeden konulardır. Bu nedenle sözleşmenin sona erme nedenleri, prosedürü, tarafların hak ve yükümlülükleri, hukuki sonuçları Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, yüklenicinin kusuru ile veya kusursuz olarak sona ermeye neden olması durumlarında ihaleyi açan idarenin sözleşmeyi sona erdirme yetkisi düzenlenmişken, idarenin sözleşmenin sona ermesine neden olması durumu açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durum Borçlar Kanunu hükümleri ile çelişiyor gibi gözükse de, KİSK. m. 36 gereğince hakkında hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, iki taraflı bir sözleşme olan inşaat sözleşmesinde, kendine düşen görevi yerine getirmeyen idare Borçlar Kanunu genel hükümleri doğrultusunda sorumlu olacaktır.[220]

[220] Işık, H., 26-27; Doğanyiğit, 1154; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 299, 334; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 514.

II. Yüklenicinin Sözleşmeye Aykırı Davranışları Sonucu Sözleşmenin Sona Ermesi

KİSK. m. 20/(a) bendi ve YİGŞ. m. 47/II'de, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli[221] ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm, inşaat sözleşmesinin ademi-i ifası hallerinin tümünü kapsayan, kısmi ifa, ayıplı ifa ve gecikmiş ifayı içeren kapsamlı bir hükümdür. Başka bir ifadeyle bu hükümde, yüklenicinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi durumunda genel olarak iş sahibi idarenin sözleşmeyi sona erdirmesinin şartları düzenlenmiştir.[222] Bu kapsamda yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi kavramı, inşa eserini teslim borcuna aykırı davranışı, işe zamanında veya hiç başlamaması, işi önemli ölçüde geciktirmesi, özen yükümlülüğüne aykırı davranması, işi kusurlu ve ayıplı imal etmesi gibi durumları içermektedir.

A. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcuna Aykırı Davranışı Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

1. Genel Olarak

Yüklenici işe zamanında başlamak ve iş programına uygun, düzenli bir şekilde işe devam ederek zamanında bitirmekle yükümlüdür. İşe başlamaktaki gecikme ya da işin devamı sırasında iş programında meydana gelen gecikmeler, eserin öngörülen zamanda bitirilmesini ve idareye teslimini güçleştirecek veya

---

[221] Bu süre daha önce "yirmi gün" iken, 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunun 34 üncü maddesiyle "on gün" olarak değiştirilmiştir. Kanun hükmünde "en az" ifadesine yer verilerek, işin niteliği ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak idare tarafından on günden fazla süre tanınmasına izin verilmiştir.

[222] Gök, Yapı İşleri, 511; Karaca, 99; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 536.

imkansız hale sokacaktır. Bu durum yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediği anlamına gelmektedir. Yüklenicinin bu tür sözleşmeye aykırı davranışları karşısında hem BK. m. 358/I hükümleri hem de KİSK. m. 20/(a) bendi uygulama alanı bulacaktır.[223] BK. m. 358/I hükmüne göre, müteahhit işe zamanında başlamaz veya işin ifasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirir ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın inşa eserinin zamanında bitirilmesi mümkün olmayacak şekilde gecikir ise, iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin sözleşmeden dönebilir.[224]

2. Şartları

a. İşe Başlamakta Gecikme

Yüklenici, sözleşmenin imzalanmasından itibaren sözleşmede belirlenen süre içinde iş yerini teslim almak ve işe başlamak zorundadır. Süresi içinde işyerini teslim almayan ve kendisine yapılan çağrıya uymayan yüklenicinin, esasen işi yürütmeye niyeti olmadığı ve bu davranışının zımnen taahhüdünden vazgeçtiği anlamı çıkarılabilir.[225] İşe başlama tarihinin sözleşmede açıkça tespit edildiği durumlarda, bu tarihte iş görme faaliyetlerine başlanılmamışsa (eseri hazırlama faaliyetlerine hiç başlamamışsa), iş sahibi BK. m. 358/I gereği sözleşmeden dönebilecektir.[226] İşe

---

[223] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 537; Gök, Yapı İşleri, 511; Uslu, 46.

[224] Tandoğan, Borçlar, 165; Dayınlarlı, 100-101; Aral, 356; Eren, Sona Erme, 102; Ergezen, 59. BK. m. 358'de "fesih"ten söz edilmekte ise de burada teknik anlamda "dönme" söz konusudur.

[225] Tandoğan, Borçlar, 115; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 538; Gök, Yapı İşleri, 77, 512. "…Bir hafta içinde işe başlamasına dair tebligata rağmen davacı hiç işe başlamamış bulunduğundan davalı belediye…tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder, yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhür bütün tahminlere nazaran mütehahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebileceğinden davalı belediye tarafından akdin feshi sözleşmeye ve Borçlar Kanunu 358. maddesine göre doğrudur…" Y.15.HD: 28.9.1977, 1619/1738 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 899.

"…İdarece yapılan 15 gün süreli ihtara rağmen müteahhit, eksiltme şartnamesinin 13. maddesinde belli edilen tarihte işe başlamamak suretiyle sözleşmeye aykırı davrandığından, davacı idare Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47.maddesinin verdiği hakka dayanarak, 6 aylık iş ikmal süresini beklemeksizin ve başka bir ihtar ve merasime ihtiyaç duymaksızın sözleşmeyi feshetmekte haklıdır…" Y.15.HD. 29.5.1975, 2553/2803 sayılı karar için bkz. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 539; Gök, Yapı İşleri, 513.

[226] Bühler, Art.366, Nr.15; Altaş, İstisna Sözleşmesi, 100; Öz, Eser Sözleşmesi, 56; Ergezen, 61.

başlama tarihi sözleşmede belirtilmemişse, dürüstlük kuralları çerçevesinde tespit edilecek en kısa sürede yüklenicinin işe başlaması gerekir, aksi halde iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir.[227] Eğer işe başlama tarihi değil de işin bitim tarihi verilmişse, süresinde işe başlamama sebebiyle değil de, ancak eserin bu süreye kadar bitirilemeyeceğinin anlaşılması halinde sözleşmeden dönülebilir.[228] Bu durumda sürenin bitiminde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler gereğince de sözleşmeden dönülebilir.

b. İş Görme Faaliyetlerinde Önemli Ölçüde Gecikme

İfa tarihi belirlenmemiş sözleşmelerde, yüklenici zamanında işe başlamış olmakla birlikte, işin görülmesi, niteliği bakımından gerçekleşmesi gereken normal çalışma temposundan daha yavaş yürümekte ise ya da zamanında başlamış olan iş kesintiye uğramakta, faaliyete ara verilmekte ise, bu durumda da iş sahibi BK. m. 358/I'e göre sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.[229] Kamu inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin taahhüdünü sözleşmeye uygun biçimde yerine getirip getirmediği hususu büyük ölçüde iş programına uygun davranıp davranmadığı ile ölçülmektedir. Yüklenici tarafından hazırlanıp idarenin onayı ile geçerlik kazanan iş programına yüklenicinin uymaması durumunda, işin icrası sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmiş olduğundan, bu durumun KİSK. m. 20/(a) bendi gereğince sözleşmeye aykırı bir davranış olduğunda kuşku yoktur. Ancak yüklenicinin salt işe başlamakta gecikmesi veya iş programına uymaması sözleşmenin idarece feshine imkan vermez.[230] Zira inşaat sözleşmesinde asıl olan kararlaştırılan sürede eserin iş sahibine teslim edilmesidir.[231]

---

[227] Weber, Art.75, Nr.80; Tandoğan, Borçlar, 123-124; Altaş, İstisna Sözleşmesi, 100; Ergezen, 61; Öz, Eser Sözleşmesi, 56.

[228] Altaş, İstisna Sözleşmesi, 101; Ergezen, 61; Öz, Eser Sözleşmesi, 56, 59; Ayan, 332. "… işe başlama ve bitime tarihlerinin açıkça tespit edilmiş olduğu bir sözleşmede, müteahhidin işe geç başlamış olması, belirlenen tarihte işi bitirmek imkanı olduğu sürece, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkını vermez; müteahhide taahhüdünü ifa etmek hususunda iyi niyet kurallarına göre muhtaç olduğu zamanı bırakmak gerekir. .." Y.15.HD. 18.9.1973, 15/54 sayılı karar için bkz. Gök, Yapı İşleri, 513; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 539.

[229] Öz, Eser Sözleşmesi, 57; Altaş, İstisna Sözleşmesi, 102; Ergezen, 62.

[230] Yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi veya iş programına uymaması sadece ifa tarihi belirlenmemiş istisna sözleşmelerinde, sözleşmeden dönmeye başlı başına gerekçe olabilir. Ancak

c. Gecikme Eserin Kararlaştırılan Tarihte Tamamlanmasına Engel Olmalı

İfa zamanı belli olan sözleşmelerde, işyerini teslim alan fakat işe başlamakta veya işin icrasında geciken yüklenicinin temerrüde düşürülüp idarece vade tarihinden önce sözleşmeden dönülebilmesi için, eserin vadeye yetişmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması gerekir.[232] Zira ifanın vadeye yetişmesi koşuluyla işgörme faaliyetlerini serbestçe yürütecek olan yüklenici, dilediği zaman işe başlayıp dilediği gibi çalışabilir.[233] İş programındaki gecikme, kalan sürede işin tamamlanmasını fiilen imkansız hale getirir ve işin seyrinden yüklenicinin belli bir süre cezalı çalışmasına izin verilse dahi bu işi bitirme imkanı olmadığı anlaşılırsa sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi uygun olacaktır. İş sahibi, vadeden önce ifayı talep edemeyeceğine göre, işin yavaş yürütülmesinin onun için taşıdığı önem sadece belirlenen tarihe kadar işin bitirilmesi bakımındandır.[234] Ancak sözleşmede kısmi gecikmeler için cezalar öngörülmüşse, sözleşmeden idarece dönülememesi bu cezaların uygulanmasına engel olmaz, başka bir anlatımla bu cezalar uygulanır. İfa zamanının belirtilmemiş olduğu sözleşmelerde ise, işe zamanında başlamama veya icrayı geciktirme başlı başına sözleşmeden dönme nedeni olabilir.

Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde vade tarihi sözleşmede kararlaştırıldığından, işe başlanmaması veya işin yavaş yürütülmesi veya eserin belirlenen tarihe yetişmeyeceğinin anlaşılması nedeniyle, ifa tarihinden önce sözleşmeden dönme hakkının doğması için, eserin vadeye yetişmeyeceğinin "kesin" olarak anlaşılması gerekir. Sadece ifanın zamanında yapılamayacağı ihtimalinin bulunması veya bunun güç olacağının anlaşılması, iş sahibine muacceliyetten önce

---

Kamu İhale Kanununa göre ihale edilmiş yapım işleri sözleşmelerinde vade belirlendiğinden salt bu gerekçeler sözleşmeden dönmek için yeterli değildir. Uslu, 49, dn. 105.

231 "…İşin süresinin bitimine iki ay kalmış olmasına rağmen davalı yüklenicinin tüm işlerin ancak yarısına yakınını yapmış olması, ihtara çalışmaması, halen çok kısa sürede taahhüdün bitirilemeyeceğinin anlaşılması karşısında, davacı idarenin Borçlar Kanununun 358. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sözleşmeyi bozma hakkı vardır…" Y.15.HD. 29.5.1979, 1168/1279 sayılı karar için bkz. Gök, Yapı İşleri, 513-514; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 540.

232 Öz, Eser Sözleşmesi, 59; Altaş, İstisna Sözleşmesi, 104; Ergezen, 63.

233 Ergezen, 63-64; Öz, Eser Sözleşmesi, 59-60.

234 Öz, Eser Sözleşmesi, 59.

dönme hakkı vermez.[235] Eserin vadede tamamlanamayacağı anlaşılmakla birlikte, az bir gecikme ile tamamlanabilecekse ve iş sahibi için bu gecikme çok önemli değilse, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olur.[236] Kaldı ki, bu durumda sözleşmeden dönme hakkını kullanmak iş sahibi idare açısından da rasyonel olmayacaktır. Zira idare açısından önemli olan esere sahip olmak ve ondan yararlanmaktır.[237] Bu nedenle, edimini ifa etme konusunda iyiniyetli olan yükleniciye gecikme nedenlerini ortadan kaldırabileceği makul bir süre tanınmalı, ancak gecikmenin devam ettiği, iş programının ciddi biçimde aksadığı ve kalan sürede işin tamamlanabilmesinin mümkün olmadığı durumlarda KİSK. m. 20(a) ve YİGŞ. m. 47 gereğince sözleşme sona erdirilmelidir.[238]

d. Yüklenicinin Gecikmesini Haklı Kılan Bir Durum Bulunmamalı

İşe başlanamaması, işin gecikmesi ve vadeye yetiştirilememesi, yüklenicinin iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülmesi mümkün olmayan sebeplere dayanıyorsa, iş sahibi ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.[239] Örneğin, iş sahibinin arsasında önceden tahmin edilemeyecek şekilde su çıkması nedeniyle işin gecikmesi ifadan önce dönme hakkı vermez. İnşa eseri yüklenicinin kendisinin veya yardımcı kişilerin faaliyet alanı dışındaki sebeplerle yapılamıyorsa veya gecikiyorsa, bu durumda da iş sahibi tarafından sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz.[240] Örneğin, binanın dolap işlerini üzerine alan yüklenici (marangoz), inşaat faaliyetlerinin aksaması sonucu bina henüz tamamlanmadığından iş görme faaliyetine başlayamamışsa, bu durum iş sahibine dönme hakkı vermez. İdarenin, yapması gereken zorunlu bazı hazırlayıcı veya işin devamına katkıda bulunucu yükümlülükleri zamanında yerine getirmemesi nedeniyle işe başlanamıyor veya

---

[235] Öz, Eser Sözleşmesi, 61; Uslu, 50.

[236] Öz, Eser Sözleşmesi, 61.

[237] Uslu, 50.

[238] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 538; Gök, Yapı İşleri, 512.

[239] Becker, Art.366, Nr.3; Öz, Eser Sözleşmesi, 52; Ergezen, 60; Tandoğan, Borçlar, 115; Seliçi, İnşaat, 82.

[240] Öz, Eser Sözleşmesi, 52; Tandoğan, Borçlar, 112; Uslu, 47.

gecikiyorsa, iş sahibinin yine sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır.[241] Örneğin, işyerinin teslimi gibi bazı hazırlayıcı faaliyetlerin yerine getirilmemesi, inşaat ruhsatının alınmasında gecikme olması, plan ve programın yapılmaması, malzemeyi geç vermesi, proje ve talimatları vermesi gereken iş sahibinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine ortaya çıkan gecikmelerde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğmaz. BK. m. 358/I'de iş sahibinin dönme hakkını sınırlayan bu durum[242] sadece eserin vadeye yetişemeyeceğinin anlaşılması hali için belirtilmiş olmakla birlikte, doktrinde isabetli olarak işe hiç başlanmaması ve işin ertelenmesi hallerinde de bu şartın aranacağı belirtilmektedir.[243]

Yukarda açıklanan durumlarda yüklenici sorumluluğu kendine ait olmayan gecikmelerde, iş sahibinden süre uzatımı talebinde bulunabilir. Nitekim YİGŞ. m. 29'da, mücbir sebepler veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durumun idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatımı verileceği düzenlenmiştir. Yüklenici, sürenin uzatılmasını gerektiren hallerin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde, idareye yazılı olarak bildirimde bulunmak ve yetkili merciler tarafından usulüne göre düzenlenmiş belgelerle mücbir sebebin meydana geldiğini tevsik etmek zorundadır. Ancak idarenin sebep olduğu süre uzatımını gerektiren gecikmelerde, yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmamıştır (YİGŞ. m. 29/III).[244]

3. Sonuçları

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması, zamanında başlamakla birlikte işin icrasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirmesi, iş programındaki bu gecikmenin kalan sürede işin tamamlanmasını fiilen imkansız hale getirmesi ve işin seyrinden

---

[241] Tandoğan, Borçlar, 115; Ergezen, 60; Uslu, 47; Öz, Eser Sözleşmesi, 52; Duman, 272 vd.; Gauch, Nr.678.

[242] BK. m. 358/I'de "iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teehhür" cümlesinde geçen "kusur" deyimi doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve "iş sahibine isnad edilemeyen gecikme" anlamında kullanılmaktadır. Tandoğan, Borçlar, 115; Öz, Eser Sözleşmesi, 52.

[243] Öz, Eser Sözleşmesi, 52; Tandoğan, Borçlar, 115; Ergezen, 60.

[244] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 167; Gök, Yapı İşleri, 117.

müteahhidin belli bir süre cezalı çalışmasına izin verilse dahi bu işi bitirme imkanı olmadığının anlaşılması durumunda, idare sözleşmeden dönerek sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Ancak işe başlama ve iş programındaki gecikmeler, süre uzatımı verilmesini gerektiren bir sebepten doğmuşsa, meydana gelen gecikmeler dolayısıyla sözleşme sona erdirilemez.

Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi durumunda, KİSK. m. 20/(a) bendi gereğince idarenin nedenlerini açıkça belirterek en az on gün süreli ihtar çekeceği, ihtara rağmen aynı durumun devam etmesi halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği düzenlenmiştir.

BK. m. 358/I'de ihtar ve süreden (mehil) açıkça bahsedilmemekle birlikte, bu hususta kanun boşluğu bulunduğu ve bunun borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurularak doldurulabileceği kabul edilmektedir.[245] Buna göre erken dönme hakkının kullanılması için iş sahibi tarafından yükleniciye ihtarda bulunulması ve işe başlaması veya devam etmesi için uygun bir süre verilmelidir.[246] Ancak BK. m. 107'deki durumların varlığı halinde süre verilmesine gerek yoktur.[247] İhtar ile mehil aynı anda yapılabilir.[248]

BK. m. 358/I'de her ne kadar, iş sahibinin sadece dönme hakkından söz ediliyorsa da, doktrinde baskın olan görüşe göre, niteliğine uygun olduğu sürece BK. m. 106'da öngörülen diğer temerrütten doğan haklarında iş sahibine tanınması

---

[245] Gauch, Nr.675; Becker, Art.366, Nr.4; Tandoğan, Borçlar, 118; Altaş, İstisna Sözleşmesi, 105; Ergezen, 64. Öz, iş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, ihtar çekmeye ve mehil vermeye gerek olmadığını savunmaktadır. Öz, Eser Sözleşmesi, 62.

[246] Altaş, İstisna Sözleşmesi, 104; Seliçi, İnşaat, 80, 84; Tandoğan, Borçlar, 118; Yavuz, 471; Dayınlarlı, 105; Eren, Sona Erme, 102; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 25; Ergezen, 45, 64; Gök, Yapı İşleri, 512. "Eser sözleşmesinin BK. m. 358/I gereğince feshine gidilebilmesi, teslim süresinin bitmesinden önce olanaklıdır. Teslim tarihi aşılmış, tarihine kadar beklenilmekle sözleşme süresiz hale dönüşmüştür. Bu durumda genel hükümlerin uygulanması gerekir. BK. m. 106 uyarınca süresiz hale dönüşen sözleşmenin temerrüt nedeniyle feshi için davacı yükleniciye ifa yönünde münasip bir mehil tanınması, bu mehil zarfında, olumlu sonuç alınmazsa derhal feshe gidilmesi gerekir…" Y.15.HD. 18.9.2000, 2623/3857 sayılı karar için bkz. Duman, 280.

[247] Bkz. 2. Bölüm, §3, II, C, 1, d.

[248] Tandoğan, Borçlar, 118; Altaş, İstisna Sözleşmesi,, 104; Ergezen, 64. Öz, Eser Sözleşmesi, 57; Ayan, 339. "..Somut olayda, eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin biçimde kararlaştırılmış olduğundan, davalı ve karşılık davacının yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanımasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hakimden

gerektiği kabul edilmiştir.[249] Buna göre idare için ifa hala bir önem arz ediyorsa ifa ve gecikme tazminatını talep edebilir veya ifanın artık kendisi için bir önemi yok ise müspet zararının (borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat talebi) tazminini isteyebilir.

B. Yüklenicinin Özen Yükümüne Aykırı Davranışı Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

1. Şartları

İnşaat sözleşmesinin uzman tarafı olan yüklenici, sorumlu bir meslek adamı olarak üstlenmiş olduğu işleri özenle yerine getirmek, sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde yapmak zorundadır (YİGŞ. m. 14/III).[250] Bu yükümün ihlali inşa eserinin ayıplı[251] olmasına neden olmuşsa, inşa eserinin teslim edilmesinden sonra yüklenici, eserdeki mevcut ayıplardan, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre (BK. m. 359-362 ve KİSK. m. 30) sorumlu olur.[252] Ancak ayıbı takip eden zararlardan sorumluluk bakımından özen yükümü önem taşır. Özen yükümünün ihlali inşa eserinin ayıplı olmasına neden olmayıp, iş sahibinin başka bir zarara uğramasına yol açmışsa, yüklenici BK. m. 96 vd. hükümlerine göre sorumlu

---

istekte bulunmasına gerek yoktur. ..” Y.15.HD. 4.7.1988, 866/2520 sayılı karar, YKD. Şubat 1990, 257.

[249] Tandoğan, Borçlar, 119; Ayan, 355; Seliçi, İnşaat, 80; Şenocak, Ayıbın giderilmesi, 25; Duman, 287; Dayınlarlı, 45-46; Gauch, Nr. 616; Becker, Art.366, Nr. 6; Zindel/Pulver, Art.366, Nr.13. Öz’e göre, BK. m. 358/I hükmü bir erken temerrüt hali olmadığından, borçlu temerrüdüne ilişkin diğer seçimlik hakların burada uygulanması kabul edilemez. Öz, Eser Sözleşmesi, 49,62.

[250] Bkz. 1. Bölüm, §2, I, C.

[251] Bkz. 1. Bölüm, §2, I, F, 2.

[252] Gökyayla, 788; Aral, 351; Kocaağa, 180. “BK’nun 356/I. maddesi uyarınca yüklenicinin sorumluluğu, genel olarak, işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dair olan hükümlere (BK. m. 321) tabidir. BK. 356/I. maddedeki bu borç, yüklenicinin özen borcudur. Yüklenicinin bu borcu, akdi ilişkinin kurulması aşamasında başlar, eserin (somut olayda tamir edilmiş olan aracın) iş sahibine (davacı) teslim edildiği ana kadar devam eder. Yüklenicin diğer yan (tali) borçlarına nazaran daha genel nitelikte olan bu özen borcunun içerisinde, teslim edildiği ana kadar eseri koruma yükümlülüğü de vardır. İş sahibi onu tesellümden temerrüt etmiş olmadıkça, yüklenici aracın kaybından tam olarak sorumludur. Özen borcuna aykırılık nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu, eser teslim edilmiş olsa dahi, sonuç sorumluluğu, başka bir anlatımla, ayıba karşı tekeffül (BK. m. 360) sorumluluğu olarak ortaya çıkar…” Y.15.HD. 12.10.1998, 3228/3801 sayılı karar için bkz. Duman, 192.

olur.[253] Buna karşılık, işin devamı esnasında yüklenicinin kusuru ile eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesinleşmiş, iş sahibi yükleniciye bir süre vererek bu süre içinde ayıp veya aykırılık giderilmez ise işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmuş ve bu süre sonuçsuz kalmış ise, iş sahibinin ayıbın giderilmesi veya işin devamını üçüncü kişiye yaptırma hakkı doğar (BK. m. 358/II).[254]

a. Eserin Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı İşin Devamı Esnasında Kesin Olarak Tahmin Edilebilmeli

BK. m. 358/II, işin devamı esnasında, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılıp teslim edileceğinin kesin olarak tahmin edilebildiği durumlarda iş sahibine eserin teslimini beklemeden müdahalede bulunma hakkı vermektedir. İşin yapılması sırasında[255] inşa eserinde belirli niteliklerin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağını açıkça gösteriyorsa, "ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın kesin olarak tahmin edilebilmesi" şartı gerçekleşmiş olur.[256] Örneğin, yapı için getirilen malzemenin işin teknik şartnamesine, yayınlanmış standartlara veya işe uygun olmaması (YİGŞ. m. 15/III), işin belli kısımlarında elverişsiz malzeme kullanılması veya kötü işçilik nedeniyle bozuk ya da

---

[253] Kocaağa, 179; Gökyayla, 798-799; Aral, 350; Seliçi, İnşaat, 110. Yüklenici, ancak özen yükümünün ihlalinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Aynı şekilde yüklenici, yardımcılarının veya işi devrettiği alt yüklenicinin zarar verici davranışlarından dolayı BK. m. 100 gereğince sorumlu olur. Bkz. 1. Bölüm, §2, I, A. "…iş sahibinin zarar gördüğü hallerde yüklenicin sorumluluğu BK'nun 356/I maddesinden kaynaklanır. Yüklenicinin sorumluluğu aynı Kanunun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması yüklenicinin "özen borcu" gereğidir. Bu itibarla aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir…" Y.HGK.12.10.1994, 15-265/ 600 sayılı karar.

[254] BK. m. 358/II, "eserin ayıplı olması hali" ile "sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasını" birbirinden ayrı durumlar görmüştür. Bununla birlikte bazı yazarlar, Kanunda "eserin ayıplı yapılması" yanında, ayrıca "sözleşmeye aykırı yapılmasından" da söz edilmesinin gereksiz olduğu, bu hükümde yalnızca eserin ayıplı olması halinin düzenlendiği görüşündedir. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 190; Tandoğan, Borçlar, 162.

[255] Bazı yazarlar, eserin tesliminden sonra da, müteahhidin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı giderme borcunda temerrüde düşmesi durumunda BK. m. 358/II'nin uygulanabileceği görüşündedir. Bkz. Koller, Nr.504 vd.

[256] Tandoğan, Borçlar, 64; Aral, 352; Kocaağa, 182-183; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 542, 764; Gök, Yapı İşleri, 516.

noksan olması (YİGŞ. m. 15/IV, V, m. 25/I) halinde, yapılacak imalatın ayıplı gerçekleşeceği kesinlikle tahmin edilebilir. Diğer taraftan, işin sözleşmeye aykırı imalatına; sözleşmeye aykırı biçimde işi alt yüklenicilere verme (YİGŞ. m. 20/II) veya sözleşmeye aykırı imal yöntemleri kullanma halleri örnek gösterilebilir. Yüklenicinin kendiliğinden projelerde değişiklik yapması ya da işi proje ve şartnamelere uygun yapmamasını da (YİGŞ. m. 23) sözleşmeye aykırı imalat kapsamında değerlendirmek mümkündür.[257]

b. Eserin Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılması Yüklenicinin Kusuruna Dayanmalı

İnşa eserinin BK. m. 358/II gereğince üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasında müteahhidin kusurunun aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız hakim görüşe göre, bu durumda eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması müteahhidin kusuruna dayanmalıdır. Yardımcı kişilerin (örneğin alt müteahhitlerin) kusurundan ileri gelen ayıp ve sözleşmeye aykırılık hallerinin BK. m. 100 gereğince müteahhide isnat edilebilmesi gerekir.[258]

Diğer bir görüşe göre, burada müteahhidin kusurunu ayıbın doğumunda iş sahibinin BK. m. 361 anlamında kendi kusurunun bulunmaması şeklinde yorumlamak gerekir. Zira teslim edilen eserin ayıplı olması halinde müteahhidin sorumluluğu (ayıbı takip eden zararlar hariç) kusura dayanmayan bir sorumluluktur ve bunun için iş sahibinin kendi kusuru ile ayıba sebep olmaması gerekir.[259] Bir diğer görüş ise, eserin ayıplı olması halinde müteahhidin kusurunun aranmayacağını, ayıp dışındaki sözleşmeye aykırılık hallerinde ise müteahhidin kusurlu olması gerektiğini ileri sürmektedir.[260] İşin üçüncü kişiye yaptırılmasının masraflarının müteahhitten istenebilmesi için, iş sahibinin kusurunun da bulunmaması gerekir. Ayıp veya

---

[257] Gök, Yapı İşleri, 516; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 543; Tandoğan, Borçlar, 64.

[258] Honsell, 253; Pedrazzini, 524; Koller, Nr.539 vd.; Tandoğan, Borçlar, 64; Ergezen, 66; Öz, Eser Sözleşmesi, 62-63.

[259] Aral, 353; Koller, Nr.539 vd.; Honsell, 253; Pedrazzini, 524 .

[260] Bühler, Art.366, Nr.65.

aykırılık her iki tarafın kusuruna dayanıyorsa, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırabilmekle birlikte, masraflara da katılması gerekir.

c. Yükleniciye Uygun Bir Süre Verilerek İhtarda Bulunulmalı

BK. m. 358/II'ye göre, özen borcuna aykırılığı önlemek için öncelikle, yükleniciye uygun bir süre tayin etmek veya hakim vasıtasıyla tayin ettirmek suretiyle onun gereğini yerine getirmesini talep etmek gerekmektedir.[261] İş sahibi mehil tayin ederken, söz konusu süre içinde gerekli önlemler alınmadığı takdirde, masrafları ve hasarı yükleniciye ait olmak üzere, ayıpların giderilmesinin veya imalata devamın üçüncü bir şahsa verileceğini de ihtar eder. Mevcut ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın bizzat müteahhit tarafından giderilmesi mümkün değilse ya da müteahhit ayıbı veya aykırılığı gidermeyi önceden reddetmişse, bu durumda süre vermeye gerek yoktur.

BK. m. 358'e uygun olarak Yapım İşleri Genel Şartnamesinde de, konu ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.[262] Buna göre yüklenicinin onarım, düzeltme ve bakım sorumluluğu işin başlangıcından itibaren kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanması tarihine kadar devam eden bir sorumluluk olarak kabul edilmiştir. Bu sorumluluk kapsamında tespit edilen ayıpların belirlenen mehil içinde giderilmesi için yükleniciye yazılı tebligatta bulunulacak, anılan süre içinde yüklenici tarafından gereği yerine getirilmezse, idare işin yüklenici hesabına bir başkasına yaptırılması hususunda yetkili olacaktır.[263] Bu kapsamda idare, ayıplı işin niteliğine ve düzeltilebilirlik süresine uygun bir mehil belirleyecek, ancak idarece daha uzun bir süre belirlenmemişse bu süre on gün olarak uygulanacaktır (YİGŞ. m. 25/I). Yükleniciye mehil olarak verilen süre, ayıplı imalat sonucu ortaya çıkan tamiratın üçüncü bir kişiye verilmesi sürecinin bir koşulu olmaktadır. Bu nedenle mehil olarak

---

[261] Becker, Art.366, Nr.6; Oser/Schönenberger, Art.366, Nr.5; Öz, Eser Sözleşmesi, 63; Ergezen, 66. BK. m. 358/II'ye göre süre verilmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde BK. m. 106'ya göre verilecek süreyle aynı niteliktedir. Seliçi, İnşaat, 113.

[262] YİGŞ. m. 15; m. 23; m. 25.

[263] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 543; Gök, Yapı İşleri, 516.

verilen sürenin iş bitim tarihini etkilemesi söz konusu olmayacak ve işin sözleşmede öngörülen sürede teslim edilmesi borcu devam edecektir.[264]

2. Sonuçları

a. İşin Yüklenicinin Kendisine Düzelttirilmesi Veya Başkasına Yaptırılması

İşin devamı esnasında yüklenicinin kusuru ile eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesinleşmişse, iş sahibi yükleniciye bir süre vererek bu süre içinde ayıp veya aykırılık giderilmez ise işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmuş ve bu süre sonunda ayıplı durum veya sözleşmeye aykırılık giderilmemiş ise, iş sahibi idarenin, ayıbın giderilmesini veya işin devamını üçüncü kişiye yaptırma hakkı doğar.

İşin üçüncü kişiye yaptırılması durumunda, iş sahibi ile ikame müteahhit arasında ilk sözleşmeden bağımsız bir inşaat sözleşmesi doğar. İş sahibi ikame müteahhide karşı bu sözleşmeden doğan tüm haklara sahip olduğu gibi, ona ücret ödeme borcu altındadır. İş sahibi ile ilk müteahhit arasında ise tasfiye ilişkisi söz konusu olur. Burada ilk müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan borcunun yerini, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının gerektirdiği masrafları ödeme borcu alır. Buna karşılık iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan ücretin tamamını ilk müteahhide ödemekle yükümlüdür.[265] İşin üçüncü kişiye yaptırılmasının masrafları ilk müteahhide aittir. İlk müteahhidin ödemekle yükümlü olduğu masraf miktarı, işin ikame müteahhide yaptırılmasından doğan masraf miktarı ile sınırlıdır.[266] Ayrıca işin başkası tarafından yapılması sırasında kazaen meydana gelen zarardan ve ayıplı işin yaptırıldığı üçüncü kişi tarafından karşılanmayan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır. Ancak iş sahibi idare, işi kendisine yaptırdığı üçüncü kişinin seçilmesinde veya ona talimat verilmesinde kusurundan ileri gelen zarara kendisi katlanmalıdır.[267]

---

[264] Gök, Yapı İşleri, 517; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 544, 765.

[265] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 204, Kocaağa, 190.

[266] Kocaağa, 193.

[267] Tandoğan, Borçlar, 63; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 545, 766; Gök, Yapı İşleri, 518.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde de, verilen süre sonunda yüklenicinin gereğini yapmaması durumunda idarenin kusurlu işi başkasına yaptırabilmesi hususları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Örneğin YİGŞ. m. 25/I'de, yüklenicinin gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksiklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorunda olduğu, yüklenicinin bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idarenin bir yazı ile yükleniciden yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyeceği, bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, idarece daha uzun bir süre verilmemişse, yüklenicinin on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idarenin, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere Kamu İhale Kanununda gösterilen usullerden biri ile yaptırabileceği, idarenin bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkili olduğu hükmü yer almaktadır.[268]

Ancak yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve acilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkanı yoksa bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle yüklenici adına bu aksaklığı giderir(YİGŞ. m. 25/III). Örneğin yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi halinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz.[269] Söz konusu düzenleme ile işin yüklenici hesabına başkasına yaptırılabilmesi için süre verilerek ihtar çekilmiş olması zorunluluğuna istisna getirilmiş, acilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde yükleniciye sadece yazılı olarak haber verilmesi yeterli görülmüştür.

[268] Kemer, 55-56; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 490-491, 765; Gök, Yapı İşleri, 491; Karaca, 75.
[269] Karaca, 75; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 766; Kemer, 56.

b. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

İnşa eserinin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağının anlaşılması halinde, müteahhit verilen süre içinde ayıbı veya aykırılığı gidermezse, iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine BK. m. 106'da öngörülen seçimlik haklardan yararlanıp yaralanamayacağı hususunda Kanunda bir açıklık olmamakla birlikte, genel kabul iş sahibinin BK. m. 106 hükmünden yararlanarak sözleşmeden dönebileceği gibi, diğer seçimlik hakları da kullanabileceği yönündedir.[270] Buna karşılık bazı yazarlar, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygun olmayan sonuçlar doğuracağı, özellikle eserin ayıpsız veya sözleşmeye uygun olarak yapılmasının imkansız olduğu veya üçüncü şahsın eseri zamanında bitiremeyeceği hallerde, BK. m. 358/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedir. Aynı şekilde müteahhit işi şahsen ifa ile yükümlü olup, yerine başka birisi konulamayacaksa veya mevcut duruma göre, iş sahibinden onun yerine geçecek bir müteahhidin konulması istenemeyecekse, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir.[271]

Kamu inşaat sözleşmelerinde de özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi yüzünden eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir biçimde imal edileceğinin anlaşılması halinde, yükleniciye verilen mehil içinde ayıp ve aykırılık giderilmez ise, iş sahibi idare işi üçüncü bir kişiye yaptırılabileceği gibi, KİSK. m. 20/(a) bendi ve YİGŞ. m. 47'ye göre sözleşmeden dönebilir. Her iki yönteme başvurulmasında da idare yeni bir mehil tayinine ve mahkemeden hüküm almaya gerek olmadan tercihini kullanabilir.[272]

---

[270] Seliçi, İnşaat, 113-114; Tandoğan, Borçlar, 65-66.

[271] Gauch, Nr.893; Bühler, Art.366, Nr.71; Oser/Schönenberger, Art.366, Nr.5; Öz, Eser Sözleşmesi, 62.

[272] Gök, Yapı İşleri, 518; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 545, 767; Seliçi, İnşaat, 113; Tandoğan, Borçlar, 65.

C. Yüklenicinin İnşa Eserini Teslim Borcuna Aykırı Davranışı Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

İş sahibi idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmede, yükleniciye ait yükümlülüklerin başında taahhüt konusu işin sözleşmede öngörülen tarihte tamamlanıp geçici kabule elverişli bir biçimde idareye teslim edilmesi gelmektedir. Yüklenicinin bu temel yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine aykırı davrandığı sonucuna varılacaktır.

1. Şartları

a. Borçlunun İfada Bulunmaması

Sözleşme ile yapımı kararlaştırılan inşa eseri, teslim tarihi gelmesine rağmen henüz tamamlanmamış veya tamamlanmış inşa eseri henüz iş sahibine teslim edilmemiş ise, müteahhit teslim borcunu ifada temerrüde düşmüş sayılır.[273] İnşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli bir sözleşme olduğundan, tamamlanan eserin süresinde iş sahibine teslimiyle ifa gerçekleşmiş olur.[274] Kamu inşaat sözleşmelerinde, geçici kabul eserin teslim alınması anlamına geldiğinden, geçici kabulden sonra iş sahibi idare yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönemez.[275] Ancak teslim tarihinde ifanın mümkün olması gerekir. Şayet eserin teslim edileceği anda ifa imkansızlığı söz konusu ise, temerrütten değil, BK. m. 117 anlamında objektif ifa imkansızlığından bahsedilir.[276] Fakat ifa imkansızlığı borçlu temerrüde düştükten sonra doğarsa, imkansızlık değil temerrüt hükümleri uygulamaya devam edilir.[277]

---

[273] İstisna sözleşmesinin özelliğinden kaynaklanan diğer bir temerrüt hali de, eserin tesliminden önce iş sahibinin müteahhidi temerrüde düşürmesidir (BK. m. 358). Buna göre kararlaştırılan tarihte eserin tesliminin mümkün olmayacağı kesin olarak anlaşılıyorsa, iş sahibi müteahhidi, borcun muaccel olmasından önce temerrüde düşürülebilir. Bkz. 2. Bölüm, §3, II, B.

[274] Ergezen, 100; Öz, Eser Sözleşmesi, 154.

[275] Gök, Yapı İşleri, 518; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 545.

[276] Öz, Eser Sözleşmesi, 156- 157, Ergezen, 100; Eren, Borçlar, 1048.

[277] Ergezen, 100; Dayınlarlı, 58. Öz, temerrüt durumunun başlamasından imkansızlık haline kadar temerrüt hükümlerinin, imkansızlığın başlaması ile birlikte buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Öz, Eser Sözleşmesi, 160.

b. Eseri Teslim Borcunun Muaccel Olması

Borçlar Kanununa göre, borçlunun temerrüde düşmesi için öncelikle borcun muaccel olması yani ifasının talep edilebilir olması gerekir. Sözleşmede vade kararlaştırılmadığı hallerde, söz konusu eserin hazırlanması için gereken makul bir sürenin geçmesi üzerine, iş sahibinin bildirimi ile borç muaccel hale gelecektir.[278] Muacceliyet bildirimi ifayı istemek şeklinde gerçekleşir. Bu bildirim, BK. m. 106'daki temerrüt ihtarı ile karıştırılmamalıdır. Müteahhidin borcu muaccel hale geldikten sonra, derhal ifa edilmemesi halinde yapılacak bildirim, temerrüt ihtarıdır.[279] Şayet eserin teslim edileceği tarih sözleşmede belirlenmiş ise, bu sürenin dolması ile borç kendiliğinden muaccel olacaktır.[280]

Kamu inşaat sözleşmelerinde işe başlama ve bitirme tarihleri belirlendiğinden, sözleşmede kararlaştırılan iş bitim süresi dolmasına rağmen, yüklenici işi tamamlayarak geçici kabule hazır hale getirmemişse, teslim borcunu ifada temerrüde düşmüş olur. Ancak temerrüde engel olan sebeplerden birinin varlığı halinde yüklenicinin temerrüdünden bahsedilemez. Örneğin, karşı edimin ifa edilmediği def'i ve zamanaşımı def'i ileri sürülmesi hallerinde böyledir.[281] Aynı şekilde ortaya çıkan gecikmenin yükleniciye isnadı mümkün olmayan zorunlu nedenlere dayanması halinde yüklenici temerrüde düşürülemez. Bu durumda yükleniciye gerekli süre uzatımı verilmeli ve gecikilen süre işin sözleşmesinde öngörülen bitim tarihine eklenmelidir (YİGŞ. m. 29).[282]

c. İş Sahibinin İhtarda Bulunması

BK. m. 101'e göre, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur, alacağın muaccel hale gelmesiyle kendiliğinden mütemerrit duruma düşmez. Borçlunun temerrüt halinin gerçekleşmesi için, alacaklının edimi kabule hazır olduğunu bildirmesi ve ifayı talep etmesi gerekmektedir. İhtar, alacaklının

---

[278] Dayınlarlı, 57; Ergezen, 99; Öz, Eser Sözleşmesi, 154, 155.

[279] Öz, Eser Sözleşmesi, 155.

[280] Öz, Eser Sözleşmesi, 155; Ergezen, 99.

[281] Tandoğan, Borçlar, 131; Öz, Eser Sözleşmesi, 171; Aral, 359-360.

[282] Bkz. 2. Bölüm, §3, II, A, 2, d.

borcu ifa talebini kapsayan, varması gerekli, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır.[283] Borçlar Kanununda ihtarın şekli ile ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, ispat yönünden yazılı olması tavsiye edilir.[284]

Belirli vadeli borçlarda ihtarda bulunmaya gerek yoktur (BK. m. 101/II). Öngörülen belirli vadede ifada bulunmayan borçlu, kendiliğinden mütemerrit olur. Belirli vadeli işlemler, ifanın belli bir vadede yapılmasını gerektiren işlemlerdir. Belirli vadeyi ya taraflar birlikte tespit ederler veya bunu tespit yetkisi sözleşmede taraflardan birine verilir. Kendisine ihbar yetkisi verilen tarafın, usulüne göre yaptığı bir ihbarla belirlediği ifa gününde ifada bulunulmazsa, borçlu ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden mütemerrit olur.[285] Muacceliyetten önce borçlu, borcu ifa etmeyeceğini kesin olarak açıklamışsa, bu durumda da ihtara gerek yoktur. Zira borçlu, ifa etmeme iradesini önceden açıkladığından artık ihtarın hiçbir yararı yoktur.[286]

d. Yükleniciye Uygun Bir Süre Verilmesi

Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibi hemen sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Sözleşmeden dönme dahil temerrütten doğan diğer hakların kullanılabilmesi için BK. m. 106/I uyarınca müteahhide aynen ifa için önce uygun bir süre vermek gerekir. Aksi takdirde iş sahibi sadece aynen ifayı talep edebilir, diğer seçimlik hakları kullanamaz.[287] Yükleniciye süre verilmesi, geciken ifanın belli bir süre içinde veya belli bir zamana kadar gerçekleşmesini istemektir. Bu beyan temerrüt ihtarı ile birlikte yapılabileceği gibi, hakime tayin ettirilmesi de mümkündür.[288] Müteahhide verilecek sürenin, iyiniyet kuralları çerçevesinde ve

[283] Öz, Eser Sözleşmesi, 173, 174; Eren, Borçlar, 1049; Ergezen, 102-103.
[284] Eren, Borçlar, 1051.
[285] Eren, Borçlar, 1051-1053; Öz, Eser Sözleşmesi, 174; Ergezen, 103.
[286] Ergezen, 103 Eren, Borçlar, 1053; Öz, Eser Sözleşmesi, 174.
[287] Öz, Eser Sözleşmesi, 174-175; Eren, Borçlar, 1066; Ergezen, 103.
[288] Eren, Borçlar, 1067; Öz, Eser Sözleşmesi, 175; Dayınlarlı, 104; Karataş, 142.

somut olayın özelliklerine göre tespit edilmesi gerekmekte olup, kalan işlerin tamamlanması için makul bir süre olmalıdır.[289]

BK. m. 107'de belirtilen durumlardan birinin varlığı halinde yükleniciye süre verilmesine gerek bulunmamaktadır. Buna göre borçlunun hal ve vaziyetinden süre vermenin faydasız olacağı anlaşılıyorsa, süre verilmesine gerek yoktur (BK. m. 107/I, b.1). Örneğin, ifa zamanı gelmesine rağmen, yüklenici hala çalışmaya başlamamış veya çalışmalar çok yavaş ilerliyorsa, iş sahibi süre vermeksizin temerrüt ihtarından hemen sonra seçimlik haklara başvurabilir. Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faydasız kalmış ise bu durumda da borçluya süre vermeye gerek yoktur (BK. m. 107/I, b.2). Düğün için ısmarlanan gelinliğin, çelengin veya yemeğin düğün günü hazır olmaması durumları bu duruma örnek olarak verilebilir.[290] Sözleşme hükümlerine göre borç tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa, başka bir ifadeyle, borcun ifasının kesin vadeye bağlanmış olması durumunda da borçluya bir mehil tayinine gerek yoktur (BK. m. 107/I, b.3).

Kesin vadeli işlem, tarafların sözleşme kurulurken, belirlenen vadeden sonra artık ifanın kabul edilmeyeceğini kararlaştırmış oldukları işlemlerdir.[291] Sözleşmenin kesin vadeli olduğu, "en çok", "mutlaka" gibi ifadelerden anlaşılır. Örneğin, "Borç en geç, 15 Aralık 2010'da ifa edilecektir." hükmünü taşıyan bir sözleşme, kesin vadeli sözleşmedir. Kesin vade ile belirli vadeli sözleşmeler birbirinden farklı kavramlardır. Belirli vadeli sözleşmelerde vadenin gelmesi ile ihtara gerek kalmaksızın borçlu kendiliğinden temerrüde düşer. Ancak seçimlik hakların kullanılabilmesi için borçluya ek süre (mehil) verilmesi gerekir. Kesin vadeli sözleşmelerde ise, sürenin dolması ile borçlu hem kendiliğinden temerrüde düşer hem de ek süre tayinine gerek kalmadan alacaklı seçimlik haklarını kullanabilir.[292]

İnşaat sözleşmelerinde çok yaygın olarak vadeden sonra gecikme süresi boyunca cezai şart kararlaştırılması, bu sözleşmelerin kesin vadeli olmadığını

---

[289] Öz, Eser Sözleşmesi, 175; Ergezen, 104.

[290] Öz, Eser Sözleşmesi, 176-177; Eren, Borçlar, 1068-1069; Ergezen, 104.

[291] Kılıçoğlu, Borçlar, 465; Ergezen, 105; Öz, Eser Sözleşmesi, 177; Eren, Borçlar, 1069.

[292] Eren, Borçlar, 1069-1070; Kılıçoğlu, Borçlar, 499; Ergezen, 105; Öz, Eser Sözleşmesi, 177.

ortaya koyar.[293] YİGŞ. m. 29/I'de, sözleşmesinde belirlenen zamanda işin tamamlanıp geçici kabule hazır hale getirilmemesi durumunda, gecikilen her takvim günü için sözleşmesinde öngörülen günlük gecikme cezası uygulanacağı, anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, sözleşmesinde belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durumun idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait sürenin uzatılacağı hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, işin mutlaka ya da en geç bitmesi gereken bir tarihten, başka bir anlatımla kesin vadeden söz edilemeyeceğinden Kamu İhale Kanununa göre ihale edilerek imzalanan inşaat sözleşmelerinin kesin vadeli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, kamu inşaat sözleşmeleri yüklenicinin teslim borcunu ifada temerrüdün oluşması için (BK. m. 107'deki diğer iki istisnai durum da yoksa) idarece ihtarname çekilerek mehil (son süre) verilmesi gerekmektedir.[294]

2. Hüküm Ve Sonuçları

Sözleşmede kararlaştırılan iş bitim süresi dolmasına ve teslim borcunu yerine getirmesi için ihtarda bulunularak süre verilmesine rağmen, yüklenici işi geçici kabule hazır hale getirmemişse, teslim borcunu ifada temerrüde düşmüş olur ve iş sahibi idare bu durumda borçlu temerrüdünün sonuçlarından faydalanabilir. Müteahhidin temerrüde düşmesi üzerine, Borçlar Kanununa göre, süre verilmesi gereken durumlarda verilen sürenin dolmasından, süre verilmesi gerekmeyen durumlarda ise müteahhidin temerrüdünü takiben, iş sahibi BK. m. 106/II'deki seçimlik hakları kullanabilir. Buna göre iş sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilir veya bundan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmini isteyebilir. Bu haklar nitelik itibariyle yenilik doğuran haklar olup, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır.[295] Müteahhide verilen sürenin dolması halinde iş sahibi ikinci veya üçüncü seçimlik hakları kullanmak

[293] Öz, Eser Sözleşmesi, 178, dn. 123.
[294] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 546; Gök, Yapı İşleri, 519; Uslu, 59.
[295] Eren, Borçlar, 1071; Öz, Eser Sözleşmesi, 179.

istediğini derhal vakit geçirmeden bildirmelidir.[296] Aksi halde iş sahibi sadece aynen ifa ve müteahhit kusurlu ise, gecikme tazminatı isteyebilecektir.[297] Sözleşmeden dönmenin ifadan vazgeçme ile birlikte derhal bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir. İş sahibi önce ifadan vazgeçtiğini bildirip, daha sonra dilediği bir zamanda sözleşmeden dönme veya olumlu zararının tazmini yoluna başvuramaz. Aksi halde iş sahibine borçluyu çaresiz durumda bekletme fırsatı verilmiş olur.[298]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, yüklenicinin işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde sözleşmenin sona erdirilebileceği düzenlenmiştir (KİSK. m. 20/(a), YİGŞ. m. 47/II). YİGŞ. m. 29'da , işin, sözleşmesinde belirlenen zamanda tamamlanıp geçici kabule hazır hale getirilmemesi durumunda, gecikilen her takvim günü için sözleşmesinde öngörülen günlük gecikme cezasının uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre eserin tesliminde temerrüde düşen yükleniciye, idarenin öncelikle mehil tanıması genellikle uygun olur. Zira, iş sahibinin amacı esere sahip olmak ve onu kullanmaktır. Bu itibarla, idare öncelikle gecikmiş ifayı talep edecek ve gecikilen süre ile orantılı olarak da gecikme tazminatı isteyecektir.[299] İdarenin cezalı çalışma süresini ne zamana kadar kullanacağı hususunda bir açıklık olmamakla birlikte, idarenin çok uzun süreli cezalı çalışma izni vermesi durumunda yükleniciden alınması gereken ceza miktarı altından kalkılamaz

---

[296] "…Davalı bu tarihte cihazları teslim etmediğinden BK. m. 101 hükmüne göre mütemerrittir. Borçlunun temerrüdü halinde alacaklı borcun ifa edilmesi için uygun bir mehil tayin veya uygun bir mehlin tayinini hakimden isteyebilir… Ancak olayda davalının yüklendiği borç …taraflarca tayin ve tespit edilen bir zamanda ve belli bir süre içinde teslimi kararlaştırılmış olduğundan BK. m. 107/3 gereğince artık ifa için bir mehil tayinine gerek yoktur. Ne var ki aynı Kanunun 106. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan akdin feshi ve uğranılan zararın istenebilmesi için davacı alacaklının akdin icrasından ve gecikme nedeniyle uğradığı zarar ve ziyan isteğinden vazgeçtiğini derhal karşı tarafa bildirmesi gerekir…Davacı olayda akdin icrasından vazgeçtiğini derhal davalıya bildirmemiş, cihazların teslim edilmesi gereken tarihten 2,5 yılı aşkın bir süreden sonra davalıya gönderdiği…ihtarnamede, ifa için 15 gün süre tanımış, aksi halde akdi feshedeceğini bildirmiştir. Bu ihtarın BK. m. 106/2. fıkrasında yer alan (derhal beyan) anlamında kabulüne olanak yoktur.…" Y.15.HD. 12.5.1983, 1307/1255 sayılı karar, YKD. C.X (1984), S.2, 276 vd., Karahasan, İnşaat,139.

[297] Öz, Eser Sözleşmesi, 178; Eren, Borçlar, 1070.

[298] Öz, Eser Sözleşmesi, 179.

[299] Gök, Yapı İşleri, 519; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 546. YİATS. m. 10.2.1.'de, idarece verilen süre uzatımı hariç, iş zamanında bitirilemediği takdirde geçen her takvim günü için yüklenicinin hakedişinden sözleşme bedelinin belli bir oranında gecikme cezası kesileceği düzenlenmiş, aynı hükme Tip İdari Şartnamede de yer verilmiştir.

bir tutara ulaşabilecektir. Ayrıca cezalı çalışmaya rağmen işin bitirilemediği ve nihayet sözleşmeden dönüldüğü durumlarda da idarenin yargı yoluyla yükleniciden talep edeceği menfi zarar tutarı gecikmeli dönme nedeniyle fahiş bir tutara ulaşabilecektir.[300]

Buna göre, idarenin sözleşme süresi sonunda edimini ifa edememiş, başka bir anlatımla eseri hazır hale getirememiş mütemerrit yükleniciye, işi bitirmesi için öncelikle makul bir süre tanıması, ancak yüklenicinin kendisine tanınan fırsatı iyi değerlendirememesi, idareyi oyalayıcı tarzda hareket etmesi, işi sürüncemede bırakması durumlarında idarece mehil(son süre) tanınarak sözleşmeden dönme sürecinin başlatılmasının uygun olacağı düşüncesini paylaşmaktayız.[301] Sözleşmeden dönme sürecinin başlatılmasından sonra artık iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanamayacaktır.[302]

D. İnşa Eserinin Ayıplı Olması Nedeniyle İdarenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

1. Genel Olarak

Yüklenicinin inşaat sözleşmesi gereğince öncelikle kararlaştırılan nitelikleri haiz ve ayıpsız bir inşa eseri meydana getirmek ve bu eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlü olduğu, aksi halde ayıba karşı tekeffül borcunun doğacağı, bu borcun doğumu için gerekli şartların neler olduğu konusu yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.[303] Yüklenicinin anılan yükümlülüklere uymaması durumunda, BK. m. 360 hükmü iş sahibine bazı haklar tanımaktadır. Bu haklar sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapılması, eserin tamiri ve tazminat talep etme haklarıdır. Bunlardan ilk üçü seçimlik haklar olup, iş sahibi bunlardan sadece birini kullanabilir. Ayrıca bu hakların kullanılması için müteahhidin kusurlu olması şart değildir.[304] Ayıbı takip

---

[300] Gök, Yapı İşleri, 519; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 547.

[301] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 548; Gök, Yapı İşleri, 520.

[302] Karaca, 100-101.

[303] Bkz. 1. Bölüm, §2, I, F.

[304] Pedrazzini, 516; Gauch, Nr.1503; Eren, Müteahhit, 84; Aral, 371; Celal, 153; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 33; Uçar, 165, 169, 217; Öz, Eser Sözleşmesi, 95; Şeliçi, İnşaat, 185; Ergezen, 84.

eden zararlara ilişkin tazminat talebini ise bu üç seçimlik hakkın yanında isteyebileceği gibi sadece tazminat talebinde de bulunabilir. Ancak ayıbı takip eden zararda müteahhit kusuru bulunduğu takdirde tazminat ödemekle yükümlüdür.[305]

BK. m. 360'da yer alan seçimlik haklar yenilik doğuran haklardan olup, iş sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılır, sonuçları beyanın müteahhide varmasıyla kendiliğinden doğar, bir kere kullanılmakla hak sona erer.[306] Böylece iş sahibi kullandığı seçim hakkıyla bağlı kalır. Ancak seçimlik haklar bir inşai irade beyanıyla kullanıldıkları, nitelikleri gereği varması gerekli irade beyanı olduklarından, BK. m. 9'daki icap ve kabulün geri alınması hususundaki hükümlerin burada da uygulanabileceği kabul edilmektedir. İş sahibi anılan hükme dayanarak inşai irade beyanını geri alabilir. Ayrıca seçimlik haklardan birinin kullanılması ve hukuki sonucun doğmasından sonra müteahhit muvafakat ettiği takdirde iş sahibi seçimlik hakkını geri alarak diğer seçimlik haklardan birini kullanabilir.[307] İş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK. m. 360 hükmü, emredici değil, tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, taraflar anlaşarak bu hakları sınırlandıracakları gibi ortadan da kaldırabilirler.[308]

2. İnşa Eserinin Onarımını İsteme Hakkı

Teslim edilen inşa eserinde sözleşmeden dönmeyi gerektirmeyecek derecede daha az önemli ayıpların bulunması halinde, iş sahibi ücretten indirim hakkını kullanabileceği gibi, bunun yerine, müteahhitten ayıbın ücretsiz olarak giderilmesini de talep edebilir.[309] İnşaat sözleşmesinde ayıbın giderilmesi, inşa eserinin tamiri, düzeltilmesi anlamına gelmektedir.[310]

---

[305] Pedrazzini, 518; Gauch, Nr.1887; Eren, Müteahhit, 84; Şeliçi, İnşaat, 185; Aral, 371; Celal, 153, 189; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 67; Uçar, 165, 169, 217; Turanboy, 177; Ergezen, 84; Öz, Eser Sözleşmesi, 95.

[306] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 34; Uçar, 166; Yenilik doğuran haklar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 58 vd.; Önen, 3 vd.; Oğuzman/Öz, 217-218.

[307] Uçar, 166; Seliçi, İnşaat, 159.

[308] Uçar, 167.

[309] Serozan Dönme, 330; Seliçi, İnşaat, 173; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 36, vd; Uçar, 191.

[310] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 36; Eren, Müteahhit, 85.

İş sahibinin ayıbın giderilmesini talep hakkını kullanabilmesi için, öncelikle inşa eserindeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması gerekir. Ayrıca ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır. Ayıbın giderilmesinin kısmen mümkün olduğu hallerde, iş sahibi bu kısım bakımından ayıbın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir.[311] İş sahibinin bu talepte bulunmasının bir diğer şartı ise, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafa yol açmaması gerekir. İş sahibinin elde edeceği yarar karşısında müteahhidin uğrayacağı zararın fazla olduğu durumlarda, müteahhidin buna katlanmasını beklemek, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olacaksa, masrafların aşırı olduğunu kabul etmek gerekir.[312]

İş sahibi ayıbın giderilmesi hakkını kullanmasına rağmen, müteahhit onarım borcunu yerine getirmekte temerrüde düşer veya borcun yerine getirilmesi objektif bakımdan imkansızlaşır ya da müteahhidin tüm çabalarına rağmen, inşa eserindeki ayıplar kısmen veya tamamen giderilmezse, başka bir deyişle, müteahhit inşa eserini yine ayıplı bir şekilde tamir ederse, iş sahibi bu durumda diğer seçimlik haklarını kullanabilir.[313] Ancak bu durumda iş sahibi, onarılan veya düzeltilen inşa eserine ait muayene ve ihbar külfetini yerine getirmelidir.

Borçlar Kanununda müteahhidin onarım borcunu yerine getirmesi için bir süre verilmesinden söz edilmemekle beraber iş sözleşmelerinin özelliği gereğince onarım ve düzeltme işlerinin yapılabilmesi için müteahhide uygun bir süre verilmesi gerekir.[314] İş sahibinin ayıbın giderilmesi talebinde bulunması halinde BK. m. 74 gereğince, kural olarak müteahhidin derhal işe başlayıp, objektif olarak tayin edilen bir süre içinde düzeltme işini tamamlaması gerekmektedir. Müteahhidin uygun süre içinde ayıbı gidermediği durumda iş sahibinin ihtarı ile, ayıbın giderilmesi için bir süre tayin edildiğinde ise süre sonunda ayrıca ihtara gerek kalmaksızın müteahhit

---

[311] Burcuoğlu, 297; Tandoğan, Borçlar, 196-197; Uçar, 198; Erman, Arsa Payı, 116; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 148-149.

[312] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 149; Öz, Eser Sözleşmesi, 97; Tandoğan, Borçlar, 197; Uçar, 199; Seliçi, İnşaat, 175-176; Erman, Arsa Payı, 116; Celal, 173; Aral, 374; Turanboy, 173. Ayıbın giderilmesini isteme hakkının genel ve özel şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 77 vd.

[313] Tandoğan, Borçlar, 193; Öz, Eser Sözleşmesi, 97; Erman, Arsa Payı, 118; Uçar, 195; Aral, 375.

[314] Seliçi, İnşaat, 178; Tandoğan, Borçlar, 198; Uçar, 196.

temerrüde düşer (BK. m. 101/I-II).[315] Müteahhit onarım çalışmalarına zamanında başlamaz veya iş sahibinin kusuru olmaksızın bu çalışmanın zamanında bitirilemeyeceği anlaşılırsa iş sahibi ihtarla sürenin dolmasından önce müteahhidi mütemerrit kılabilir.[316]

İş sahibi temerrüde düşen müteahhide BK. m. 106/I gereğince uygun bir mehil verir ve bu sürenin sonunda BK. m. 106/I'deki seçimlik hakları inşaat sözleşmesine ait özellikleri göz önünde tutmak kaydıyla kullanabilir.[317] İş sahibinin mehil tayinine gerek kalmaksızın, aynen ifayı talep etmesi yani eserin düzeltilmesini talep etmesi de her zaman mümkündür. Bununla birlikte iş sahibi aynen ifadan vazgeçip, müspet zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Ayrıca müteahhit kusuru bulunmadığını ispat ederek müspet zararın tazmininden kurtulabileceği için iş sahibi tekrar ücretin indirilmesini isteme hakkını elde eder.[318]

Müteahhidin ayıbı giderme borcu, bir yapma borcu olduğundan, iş sahibi bu borcun ifasını sağlamak üzere dava açabilir. Müteahhit ayıbın giderilmesini reddettiği veya borcunu gereği gibi yerine getirmediği takdirde, iş sahibi BK. m. 97 gereğince hakimden masrafı müteahhide olmak üzere, ayıbın kendisi tarafından giderilmesini veya üçüncü bir kişiye yaptırılmasına izin verilmesini talep edebilir.[319]

Yapım İşleri Genel Şartnamesi de uygulandığı kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu hakkında ayrıntılı özel hükümler getirmiştir. Bu kapsamda, geçici kabulde tespit edilen eksik ve kusurlu işler, teknik olarak ikmal edilebilecek nitelikte ise ve aşırı bir harcamayı gerektirmiyorsa yükleniciye tamir ve ıslah ettirilmelidir. Burada vasıf ve kalite eksikliğinden ziyade noksan (eksik) işten söz edilir ve bu durumun yüklenici tarafından düzeltilmesi gerekmektedir.[320] YİGŞ. m. 41/V'e göre geçici kabulde tespit edilen bu eksik ve kusurlu işler, yüklenici

---

[315] Tandoğan, Borçlar 198; Uçar, 203; Erman, Arsa Payı, 119; Aral, 374; Bühler, Art.368, Nr.149; Gauch, Nr.1795.

[316] Aral, 375; Uçar, 203; Uçar, 203; Tandoğan, Borçlar 198-199.

[317] Gauch, Nr.1795; Tandoğan, Borçlar 199; Aral, 375; Uçar, 204.

[318] Tandoğan, Borçlar 199; Aral, 375; Uçar, 205.

[319] Seliçi, İnşaat, 180; Tandoğan, Borçlar, 200; Uçar, 205.

[320] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 495; Gök, Yapı İşleri, 496.

tarafından kendisine verilen süre içerisinde giderilmediği ve verilen süreye göre gecikme otuz günü geçtiği takdirde, idare yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir.[321]

Bu durumda yüklenici işin üçüncü kişiye yaptırılması nedeniyle doğan masraflardan, işin başkası tarafından yapılması sırasında kazaen meydana gelen zarardan ve kötü işin bırakıldığı kişi tarafından karşılanmayan sonuçlarından sorumlu olur. Ancak iş sahibi idarenin üçüncü kişinin seçilmesinde veya ona talimat verilmesindeki kusurundan ileri gelen zararlar idareye aittir.[322] Söz konusu kusurlu ve eksik işlerin yüklenici hesabına giderilmesi süresince de günlük gecikme cezası uygulamasına devam edilir (YİGŞ. m. 41/V). İdare gerek kusur ve eksikliklerin yüklenici hesabına giderilmesi bedellerini, gerekse bekleme cezalarını yüklenicinin hakedişinden, hakedişi kalmamışsa teminatından keser.

3. Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

Meydana getirilen inşa eserindeki ayıbın sözleşmeden dönme hakkına imkan verecek derecede önemli (ağır) olmaması veya sözleşmeye muhalefetin ağır olmaması halinde, iş sahibi eserin değerindeki eksiklik oranında ücretin indirilmesini talep edebilir.[323] Bunun için, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun genel şartlarının yanında, ücretten indirim hakkının kullanılmasına ilişkin özel şartların da gerçekleşmesi gerekir. Bu şartların birincisi, inşa eserinin halihazırdaki değerinin, sözleşmeye göre ayıplı olmaması gereken inşa eserinin teslim zamanındaki değerinden daha düşük olmasıdır.[324] İnşa eserindeki ayıp, bir değer düşüklüğüne sebep olmuyor, sadece inşa eserinin amacına uygun kullanılmasını etkiliyorsa, iş sahibi ücretten indirim talep hakkını değil, şartları gerçekleşmişse diğer hakları kullanabilir.[325] İnşa eserindeki değer eksikliği objektif değere, yani satım (piyasa)

---

[321] Bu hususta izlenecek yöntem YİGŞ. m. 25'de düzenlenmiştir. Bkz. 2. Bölüm, §3, II, B, 2, a.

[322] Tandoğan, Borçlar, 62-63; Gök, Yapı İşleri, 492; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 491.

[323] Tandoğan, Borçlar, 186; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 57; Uçar, 185; Ergezen, 86.

[324] Seliçi, İnşaat, 166; Kaplan, Mimarlık, 141; Uçar, 188; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 59; Tandoğan, Borçlar, 188.

[325] Burcuoğlu, 294; Öz, Eser Sözleşmesi, 96-97,123; Turanboy, 171; Erman, Arsa Payı, 113-114; Seliçi, İnşaat, 166; Kaplan, Mimarlık, 141; Uçar, 188.

değerine göre belirlenir.[326] Bu konuda, tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları ücret belirleyici değildir. İnşa eserinin ayıplı değeri kararlaştırılan ücrete eşit veya ondan fazla olsa dahi, iş sahibi ücretin indirilmesini talep edebilir.[327]

Ücretten indirim talebinde bulunulmasının özel şartlarının ikincisi ise eserin tamamen değersiz olmayıp, az çok bir değerinin olmasıdır.[328] Ayıplı inşa eserinin hiç değerinin olmaması halinde BK. m. 202/III gereğince, iş sahibi ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.[329] Aynı şekilde indirilecek miktarın ücrete eşit olduğu durumlarda da iş sahibinin sadece dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir.[330]

İnşaat sözleşmelerinde, genellikle eserin kullanılmasından bir süre sonra eserdeki ayıplar ortaya çıkar. İş sahibi bu arada yükleniciye ücreti ödemiş olduğundan, ayıp ortaya çıktığında mahkeme aracılığı ile ücretten indirim talep edilmektedir. İş sahibine tanınan bu ücretten indirim hakkının amacı, ayıplı eser ile ücret arasındaki değer eşitliğini tekrar kurmaktır. Ancak bu eşitliğin sağlanabilmesi için ayıplı eserin az çok bir değer taşıması gerekir.[331] İnşaat sözleşmelerinde nefaset farkı ya da nefaset kesintisi olarak ifade edilen bu kesinti BK. m. 360 hükümlerine paralel bir şekilde YİGŞ. m. 41/XII'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren kusur ve eksiklikler görülecek olursa, yüklenicinin hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek[332] şartı ile, işin idare tarafından bu hali ile kabul

---

[326] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 59; Aral, 372; Tandoğan, Borçlar, 188; Uçar, 188; Ergezen, 87; Zindel/Pulver, Art.368, Nr.36; Gauch, Nr.1627; Gautschi, Art.368, Nr.166.

[327] Aral, 372-373; Burcuoğlu, 294; Ergezen, 87. Aksi görüş için bkz. Seliçi, İnşaat, 166 vd.

[328] Tandoğan, Borçlar, 189; Aral, 373; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 60; Uçar, 189.

[329] Seliçi, İnşaat, 167; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 60; Tandoğan, Borçlar, 189; Turanboy, 171; Aral, 373; Baygın, 233; Uçar, 189; Gauch, Nr.1148; Zindel/Pulver, Art.368, Nr.39; Pedrazzini, 517.

[330] Aral, 373; Uçar, 188-189; Burcuoğlu, 294; Ergezen, 87.

[331] Uçar, 187.

[332] Doktrinde indirilecek bedelin tespit edilmesinde tazminat yöntemi, mutlak indirim yöntemi ve nispi metod olmak üzere üç metod kullanılması önerilmektedir. Genellikle ayıp olmasaydı inşa eserinin piyasa değeri ne olacak idiyse ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu piyasa değeri oranlanarak, bulunan oranın sözleşmedeki ücretten düşürülmesi şeklinde bulunan nispi metod kullanılmaktadır. Öz, İnşaat, 177; Öz, Eser Sözleşmesi, 95; Tandoğan, Borçlar, 81; Yavuz/Özen/Acar, 532.

edileceği, bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gerektiği, yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorunda olduğu düzenlenmiştir.[333]

Anılan hüküm çerçevesinde geçici kabulde tespit edilen kusurlu ve eksik işler dolayısıyla nefaset kesintisi yapılabilmesi için, öncelikle kusurlu ve eksik işlerin teknik olarak kabulü engellemeyecek nitelikte olması ve nefaset kesintisine konu kusurlu ve eksik işlerin, teknik olarak giderilmesi mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybı gerektiren işlerden olması gerekmektedir. Ayıbın giderilmesi için öngörülen masrafların, bu gidermenin iş sahibi için taşıdığı yararla orantısız olduğu durumlarda, aşırı bir harcamadan söz edilebilecektir.[334] Örneğin, yapılan sıva, boya, zemin ve duvar kaplama imalatlarında tespit edilen, işin projesine, şartnamelere, fen ve sanat kurallarına uygun olmayan vasıf ve kalite eksiklikleri nefaset kesintisine konu edilebilir.[335]

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde nefaset kesintisinin hesap tarzı konusunda bir hüküm bulunmamakla birlikte, kabul komisyonunca uygun görülecek bir bedelin kesilmesinden söz edilmektedir. Tespit edilen nefaset kesintisi tutarı geçici kabul tutanağında gösterilir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa başka bir ifade ile tutarı yüksek bulur ve itiraz ederse söz konusu kusur ve eksiklikleri belirlenen süre içinde düzeltmek ve gidermek zorundadır (YİGŞ. m. 41/XII).

4. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir (KİSK. m.20). BK. m. 360/1'de ise, eserin, iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı (kusurlu) veya sözleşme şartlarına

---

[333] Kemer, 275; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 495; Gök, Yapı İşleri, 496; Öz, Eser Sözleşmesi, 136.
[334] Gök, Yapı İşleri, 495; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 494-495.
[335] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 495; Gök, Yapı İşleri, 495.

aykırı gerçekleştirilmesi halinde, iş sahibinin kabulden imtina edebileceği düzenlenmiştir. Madde metninde ifade edilen "kabulden kaçınma" kavramı "sözleşmeden dönme" kavramı ile aynı anlamdadır.[336] Ancak iş sahibinin bu hakkı kullanabilmesi için, ayıba karşı tekeffülün genel şartlarının yanı sıra, meydana getirilen inşa eserinin iş sahibi için "kullanılamayacak ve hakkaniyet kurallarına göre kabulü beklenemeyecek" derecede[337] ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması gerekir. Eserin kullanılmazlığından amaç, onun iş sahibi tarafından kabulünün beklenememesidir.[338]

Eserdeki ayıbın, kabul edilemeyecek derecede ağır olup olmadığı belirlenirken, iş sahibinin amaçlarının yanında müteahhidin durumunun da göz önüne alınması gerekir.[339] Çünkü kanun koyucunun burada ki amacı, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak en adilane şekilde göz önünde tutmaktır. Bu tartma yapılırken, ayıbın çeşidi, kapsamı, olayın önemli koşulları göz önünde tutularak sözleşmenin ortadan kalkmasını haklı gösterip göstermediğine bakılmalıdır. Örneğin, yapının kullanımının hayati tehlike arz ettiği, ayıbın eseri tamamıyla değersiz kıldığı durumlarda iş sahibi kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir.[340] Teslim edilen inşa eserindeki ayıp eseri tamamıyla değersiz kılıyorsa, iş sahibi sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir, diğer seçimlik hakları kullanamaz.[341]

Dönme hakkının kullanılabilmesi için ayrıca ayıbın önemli olması gerekir. Bu durum dürüstlük kuralı çerçevesinde ve tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak tayin edilir. Bu durumda eserde kolaylıkla giderilebilen önemsiz ayıpların

---

[336] Tandoğan, Borçlar, 182; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 48; Aral, 371; Seliçi, İnşaat, 160; Uçar, 178; Pedrazzini, 516; Gauch, Nr.1528.

[337] "Yapılan iş, iş sahibinin kullanamayacağı veya nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ya da sözleşme şartlarına aykırı olursa, iş sahibi eseri kabulden ve bedelini ödemekten kaçınabilir. İş, yukarı derecede kusurlu değilse bu defa eser bedelinden tenzil isteyebilir…" Y.15.HD. 10.05.2000, 342/2291 sayılı karar, YKD. C.26, S.9, Eylül 2000, 1392.

[338] Aral, 371; Tandoğan, Borçlar, 182; Uçar, 178; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 51; Turanboy, 170; Gauch, Nr.1557; Bühler, Art.368, Nr.43.

[339] Bühler, Art.368, Nr.43; Gauch, Nr.1559; Uçar, 178; Öz, Eser Sözleşmesi, 109; Tandoğan, Borçlar, 182; Aral, 371; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 51; Ergezen, 90. "davalının yaptığı şeyi iş sahibi olan davacının kullanamayacağı ve nesafet kesintisi uyarınca kabule icbar edilemeyecek derecede kusurlu ve hayati tehlike arzettiği…" Y.15.H.D. 16.4.1974, 274/360 sayılı karar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 181, dn. 278.

[340] Uçar, 178; Tandoğan, Borçlar, 181; Gök, Yapı İşleri, 524, 489.

[341] Burcuoğlu, 291; Tandoğan, Borçlar, 182.

bulunması halinde iş sahibi sözleşmeden dönemez, ancak ayıbın giderilmesini veya ücretin indirilmesini isteyebilir.[342]

BK. m. 360/III hükmü iş sahibinin dönme hakkını bazı hallerde sınırlandırmaktadır. Anılan hükme göre, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserlerde, ayıplı inşa eserinin kaldırılması ve yıkılması müteahhidin aşırı derecede zarara uğramasına sebep olursa, iş sahibi sözleşmeden dönemez, ya inşa eserinin düzeltilmesini ya da ücretin indirilmesini isteyebilir.[343] Bu hükme sadece iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaat işleri dahil edilerek, kapsamı dar tutulmuştur. Ancak inşaat işi kavramının geniş yorumlanması gerekir. Şöyle ki, inşaatlar sadece bina yapmaktan ibaret olmayıp, arsa ile veya arsaya tabi bir yapıyla bütünleyici bir parça oluşturan ve bu yüzden sökülüp aynen iadesi imkansız veya aşırı derecede masraf gerektiren her türlü eser, bu hükümdeki yasağın kapsamına girebilir.[344] İş sahibinin arsasındaki ayıplı eserden dolayı sözleşmeden dönme hakkını sınırlandıran eserin yıkılması ve kaldırılması işlemlerinin fazla bir zarara neden olup olmadığı hususu değerlendirilirken, eserin arsaya bağlı olarak arzettiği değeriyle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü oranı dikkate alınmalıdır.[345] Bu unsurlar ışığında hakim takdir yetkisini kullanarak yıkım ve kaldırma işleminin fazla zarara yol açıp açmadığını tespit edecektir.[346] Yargıtay, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan binanın kullanılamayacak derecede ayıplı olması durumunda, BK. m. 360/I uygulanarak sözleşmenin feshedilmesini ve binanın yıktırılıp yükleniciden tazminat istenebilmesini kabul etmektedir.[347]

İnşa eseri iş sahibinin sorumlu olduğu bir sebepten dolayı yok olmuşsa, inşa eserinin mülkiyeti iş sahibi tarafından bilerek veya bilmeyerek başkasına temlik edilmiş veya onun üzerinde bir ayni hak tesis edilmiş ya da şekli değiştirilmişse, iş sahibi inşa eserindeki ayıbı bilerek onu kullanmışsa, zamanaşımı süreleri geçirilmişse, muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmemişse, iş sahibi dönme

---

[342] Turanboy, 168-169; Uçar, 178; Eren, Müteahhit, 84; Seliçi, İnşaat, 158.

[343] Uçar, 179; Eren, Müteahhit, 84; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 53; Burcuoğlu, 291; Ergezen 92.

[344] Öz, Eser Sözleşmesi, 125; Ergezen 93; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 53.

[345] Tandoğan, Borçlar, 183; Öz, Eser Sözleşmesi, 125; Ergezen, 94; Uçar, 180.

[346] Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 53; Uçar, 180; Tandoğan, Borçlar, 183; Ergezen, 94.

[347] Y.15.HD. 12.3.1980, 268/613 sayılı karar, YHD. Ağustos 1980, 1161 vd., Tandoğan, Borçlar, 183, dn. 287; YHGK. 15.5.1991, E:1991/15-151, K:1991/270 sayılı karar için bkz. Uslu, 63.

hakkını kullanamaz, sadece ücretin indirilmesi ve şartlar gerçekleştiği takdirde tazminat talebinde bulunulabilir.[348]

5. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

Müteahhidin ayıplı inşaat teslim etmesi halinde iş sahibinin tazminat talebinde bulunabilmesi için, inşa eserinin ayıplı olması yanında iş sahibinin ayıp sonucu bir zarara uğramış olması ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.[349] Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar, iş sahibinin dönme, ücret indirimi veya ayıbın giderilmesi haklarının kullanılmasına rağmen karşılanmayan zararlardır.[350] İş sahibinin uğradığı zarar, inşa eserinde ortaya çıkan ayıptan kaynaklanmalıdır. Müteahhidin veya yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından, özellikle inşa eserinin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uymamadan doğan zararlar, ayıba bağlı zararlar dışında kalır.[351] Mesela, müteahhidin bizzat inşa eserine değil iş sahibinin başka mal varlığına zarar vermesi halinde iş sahibinin uğradığı zarar, ayıba bağlı bir zarar olmayıp, müteahhidin özen borcuna aykırı davranışının sebep olduğu zarardır. Ayıplı olarak inşa edilen evin iyi bir kira ücreti getirmemesi, inşa eserindeki ayıp sebebiyle iş sahibinin kazaya uğraması ayıbı takip eden zarara örnek gösterilebilir.[352]

Müteahhidin ayıba bağlı zararlara ilişkin sorumluluğu, kural olarak kusura dayanan bir sorumluluktur. Bu itibarla ayıba bağlı zarardan dolayı iş sahibinin tazminat talep edebilmesi için, diğer seçimlik hakların aksine, müteahhidin kusurlu olması gerekir.[353] İnşa eserindeki ayıp aynı zamanda yapı tekniği kurallarına da aykırılık içeriyorsa, bu mesleki bir kusur teşkil eder. Müteahhit bunu bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Bu durumda müteahhit ancak kendisine verilen

---

348 Tandoğan, Borçlar, 184-185; Uçar, 184-185; Celal, 165-166.

349 Karaca, 157; Seliçi, İnşaat, 182; Celal, 188.

350 Uçar, 211; Celal, 186; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 65; Seliçi, İnşaat, 182; Tandoğan, Borçlar, 204; Gauch, Nr. 1306; Zindel/Pulver, Art.368, Nr.68.

351 Tandoğan, Borçlar, 205; Celal, 187; Seliçi, İnşaat, 183; Uçar, 215; Gauch, Nr. 1310.

352 Tandoğan, Borçlar, 205; Celal, 187.

353 Pedrazzini, 518; Gauch, Nr.1887; Eren, Müteahhit, 84; Şeliçi, İnşaat, 185; Aral, 371; Celal, 153, 189; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, 67; Uçar, 165, 169, 217; Turanboy, 177; Ergezen, 84; Öz, Eser Sözleşmesi, 95.

plan ve projelerin iş sahibinin tayin ettiği uzman kişilerce yapılmış ve onların talimatları doğrultusunda hareket edilmiş olması sebebiyle çıkan ayıplardaki sorumluluktan kurtulabilir.[354]

İnşa eserindeki ayıp ve bundan doğan zarar, müteahhidin yardımcılarının eylemlerinden meydana gelmesi durumunda müteahhidin sorumluluğu kusursuz sorumluktur. Bu durumda müteahhit ancak yardımcısı gibi davransaydı, bu davranışın kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir ifade ile müteahhit yardımcı kişinin davranışından, ancak yardımcı kişinin ifa ettiği edimi bizzat yerine getirseydi yine kusurlu sayılacak idiyse sorumlu tutulur.[355]

Kamu inşaat sözleşmelerinde uygulanan KİSK. m. 30'daki düzenlemeye göre, yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir.

Borçlar Kanunu ve Devlet İhale Kanununda yer alan sorumluluk hükümleri ile KİSK. m. 30 hükmü karşılaştırıldığında, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sorumluluk düzeninin hem süre hem de kapsam bakımından çok daha ağır nitelikte düzenlendiği görülmektedir. Öncelikle KİSK. m. 30, hileli malzeme kullanılması (gizli ayıp) yanında, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasını da (açık ayıp) kapsadığından, sorumluluğun kapsamını tayin açısından açık ve gizli ayıp ayrımı söz konusu olmayacaktır.[356] Bunun doğal sonucu olarak kamu inşaat sözleşmelerinde, kabul yapılmış olsa bile, bu aşamada görülmesi mümkün olan açık

---

[354] Seliçi, İnşaat, 185; Turanboy, 178; Celal, 189.

[355] Celal, 191; Tandoğan, Borçlar, 206.

[356] BİGŞ. m. 44 gereğince, yüklenicinin kesin kabul ile muayene ve ihbar süreleri geçirilerek bildirilmemiş açık ayıplardan sorumluluğu sona erer. Kesin kabulden sonraki gizli ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu ise Borçlar Kanunundaki yüklenicinin sorumluluğu hükümlerine tabidir. Öz, Eser Sözleşmesi, Uçar, 98.

ayıplar da dahil olmak üzere, yüklenicinin kesin kabul onay tarihinden başlayan onbeş yıl süreli sorumluluğu söz konusu olacaktır.[357]

Öte yandan "yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması hali ile benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyan" ifadesi, sorumluluğun kapsamını son derece genişletmiştir. Ayrıca sorumluluğun süresi de kesin kabul onay tarihinden başlayarak onbeş yıl gibi uzun bir süre belirlenmiştir. Ancak yüklenicinin sorumluluğuna yönelik tespit ve değerlendirme yapılırken, onbeş yıllık zamanaşımı süresinde ortaya çıkan bozukluklarla yüklenicinin sözleşme veya fen ve sanat kurallarına aykırı davranışları arasında illiyet bağının kurulması gerekir. Aksi halde bu süre içinde ortaya çıkan her türlü aşınma, eskime ve bozulmalardan yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesi gibi durumla karşılaşılabilir.[358]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile getirilen diğer bir yenilik de, alt yüklenicilerin zarar ve ziyandan yüklenici ile birlikte müteselsil sorumluluğunun benimsenmesidir. Yüklenicinin, kesin kabulden önce veya sonra alt yükleniciden kaynaklı ayıptan sorumlu tutulması, alt yüklenicinin BK. m. 100 gereği yüklenicinin ifa yardımcısı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak aynı durum alt yüklenici için söz konusu olmadığından, iş sahibinin aralarında hiçbir hukuki ilişki olmadan ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını alt yükleniciye yöneltmesinin izahı bulunamamaktadır. Ayrıca KİSK. m. 30'da yer alan düzenlemede alt yüklenicinin yapının tamamından sorumlu olacağı anlaşılıyorsa da, bu hükmü, yüklenicinin yapının tamamından, alt yüklenicinin de yaptığı iş kısımlarından doğan zararlardan sorumlu olacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.[359]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre, ortaya çıkan zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilecektir (KİSK. m. 30). Ancak bu düzenlemelerde zararın kapsamı ve şartlarının ne olacağı düzenlenmemiş, genel hükümlere atıfta bulunulmuştur. Bu anlamda istenebilecek

[357] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 769.
[358] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 771.
[359] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 772.

zararın kapsamı ve şartlarının belirlenmesinde BK. m. 360/II, m. 358/II ve m. 97 hükümlerinin dikkate alınması gerektiği düşüncesini paylaşmaktayız.[360]

III. Yüklenicinin Yasak Fiil Veya Davranışlarda Bulunması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuatta yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunmasının hukuki sonuçları, bu fiil ve davranışların ihale sürecinde veya uygulama aşamasında[361] olmasına göre farklı düzenlenmiştir. İhale sürecinde yani sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunup bulunmadığı KİK. m. 17'ye göre belirlenecektir. Yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi durumunda ise KİSK. m. 21 ve YİGŞ. m. 47/III'e göre sözleşme sona erdirilecektir. Yüklenicinin sözleşmenin uygulanması yani sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada yasak fiil ve davranışlarda bulunup bulunmadığı ise KİSK. m. 25'e göre belirlenecek, yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi durumunda da iş sahibi idare KİSK. m. 20/(b) bendi ile YİGŞ. m. 47/II(b) bendine göre sözleşmeyi sona erdirecektir.[362]

---

[360] Karaca, 77; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 773.

[361] İhale süreci, ihale açılmasından ihalenin gerçekleştirilip sözleşme imzalanmasına kadar olan dönemi; uygulama aşaması ise sözleşmenin imzalanmasından eserin bitirilip teslim edilmesi gereken zamana kadar olan süreyi ifade eder.

[362] Devlet İhale Kanunu yasak fiil ve davranışların neler olduğunu 83 üncü maddesinde belirtmiş, bu davranışlarda bulunmanın sonuçlarını ise, ihalelerden geçici olarak yasaklanma (DİK. m. 84) ve cezai sorumluluk (DİK. m. 85) olarak düzenlemiştir. Ancak yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıksa bile, bu durum sözleşmenin sona erme nedeni olarak görülmemiştir. Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuatta ise, yüklenicinin gerek ihale aşamasında gerekse sözleşmenin uygulanması aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması sözleşmenin sona erme nedeni olarak düzenlenmiştir. Karahasan, İnşaat, 279 vd.; Karaca, 109-110.

B. Sözleşmenin Uygulanması Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil Veya Davranışlarda Bulunması

Sözleşmenin uygulanması sırasında, yüklenicinin ihale dokümanında ve sözleşmede öngörülen esaslar çerçevesinde davranması gerekeceği gibi, bu aşamada yasalarca yasaklanmış işlem, eylem ve davranışlardan kaçınması en önemli yükümlülüklerinden biridir. KİSK. m. 20/(b) ve YİGŞ. m. 47/II(b) bendinde, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin KİSK. m. 25'de sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir.[363]

KİSK. m. 25'de sözleşmenin uygulanması sırasındaki yasak fiil ve davranışlar; "*a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak. d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek. f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek. g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması"* olarak sayılmıştır.

Buna göre işi denetleyen idare personelini yüklenicinin tehdit etmesi veya personele rüşvet vermesi, yüklenici tarafından sahte test raporu düzenlenmesi, işin yapımı sırasında hileli malzeme kullanılması, taahhüdün ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesini yasak fiil ve davranışlara örnek olarak gösterebiliriz. Yasak fiil ve davranışlar esasen inşaat sözleşmesinin tarafları arasındaki güven ilişkisini zedeleyen fiillerdir. Bu nedenle, anılan davranışlarda

[363] Gönen/Işık, 249; Sayın, 812; Karaca, 112; Özek/Kaya, 549.

bulunduğu tespit edilen yüklenicilerle yapılan sözleşmeler idare tarafından sona erdirilebilir.[364]

KİSK. m. 20/(a) bendinde, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi[365] veya işi süresinde bitirmemesi durumunda, idarenin yükleniciye en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarda bulunacağı, buna rağmen aynı durumun devam etmesi halinde sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmişken, anılan hükmün (b) bendinde, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre KİSK. m. 20/(a) bendinde BK. m. 106'ya uygun olarak bir mehil tayin ederek sözleşmenin feshi söz konusu iken,[366] anılan hükmün (b) bendinde mehil vermeden sözleşmenin feshi düzenlenmiştir.[367]

Ancak KİSK. m. 20/(b) bendinin atıfta bulunduğu m. 25/(c) ve (f) bendlerinde, eksik, hatalı veya kusurlu (ayıplı) eser meydana getirilmesi ve yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi yasak fiil ve davranışlar arasında sayılmıştır. Bu durumda Kanunun m. 25/(c) ve (f) bendlerinde düzenlenen "ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek" fiilinin, hem m. 20/(a) bendine hem de m. 20/(b) bendine göre sözleşmenin sona erme nedenlerinden olduğu anlaşılmaktadır.[368]

---

[364] Uslu, 70.

[365] Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi durumu yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışları üst başlığı altında incelenmiştir. Bkz. 2. Bölüm, §3, II.

[366] Ancak BK. m. 107 gereğince, yüklenicinin hal ve vaziyetinden mehil vermenin tesirsiz olacağı anlaşılırsa, yüklenicinin temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faydasız kalmış ise, akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa, bir mehil tayinine lüzum yoktur.

[367] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 553; Gönen/Işık, 248-249, 251; Uslu, 70-71; Sayın, 812; Doğanyiğit, 1154.

[368] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 555; Uslu, 71.

Bu durumda yüklenicinin eksik, hatalı veya kusurlu (ayıplı) eser meydana getirmesi veya genel olarak taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi durumunda, m. 20/(a) bendi uyarınca ihtarname çekmek ve mehil vermek suretiyle mi sözleşmeyi feshedeceği, yoksa m. 20/(b) bendine göre ihtar çekmeksizin derhal mi sözleşmeyi sona erdireceği hususunun açıklığa kavuşması gerekmektedir. Bizim de paylaştığımız görüşe göre,[369] idarenin ihtar çekmeksizin sözleşmeyi feshinin sonuçları yüklenici açısından daha ağır olduğu dikkate alındığında, KİSK. m. 25/(c) ve (f) bendlerinde belirtilen yasak fiil ve davranışın tespit edilmesi durumunda sözleşmenin ihtar çekilerek feshedileceğini öngören bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Bu çözüm, inşaat sözleşmesinin niteliğine ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü durumunda son mehil vermeyi öngören Borçlar Kanununun ruhuna da uygun düşecektir.

C. Sözleşmeden Önce Yüklenicinin Yasak Fiil Veya Davranışlarda Bulunması

Sözleşmenin uygulanmaya başlamasından önceki dönemde yani ihale sürecinde de yüklenicinin kanunda yasaklanmış her tür eylem ve davranıştan kaçınması zorunludur. KİSK. m. 21/I'de, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşme feshedilerek[370] hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümde sayılan yasak fiil ve davranışlar sözleşme öncesi ihale sürecinde meydana gelen fiil ve davranışlar[371] olup, KİK. m. 17'de düzenlenmiştir.[372]

---

[369] Uslu, 72; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 555-556.

[370] Buz'a göre, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bir sakatlık söz konusu olduğundan fesih veya dönme değil iptal söz konusudur. Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 297 vd. Aynı kanaati paylaştığımızdan, aşağıda konu ile ilgili açıklama yapılmıştır. Bkz. 3. Bölüm, §2, III.

[371] KİSK. m. 20/(b)'nin atıfta bulunduğu m. 25'de yer alan yasak fiil ve davranışlar, sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkindir. Anılan Kanunun m. 21'de söz konusu olan yasak fiil ve

KİK. m. 17'ye göre ihalelerde, "*a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek. e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak*[373]" yasaktır.[374]

Yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu bu sürecin devamında, başka bir ifade ile sözleşme imzalanmadan önce tespit edilmiş ise, hakkında KİK. m. 58 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı uygulanacaktır. Ancak, yüklenicinin yasak fiil veya davranışta bulunduğu ihale süreci devam ederken değil de sözleşmenin uygulanması aşamasında tespit edilmiş

---

davranışlar ise KİK. m. 17'de düzenlenen ve sözleşme öncesindeki ihale sürecine ilişkin olan yasak fiil davranışlardır.

372 KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil ve davranışlar, esasen Türk Ceza Kanunu anlamında ihaleye fesat karıştırma suçu oluşturabilecek nitelikte fiillerdir. Zor, 30-31; Uslu /Demirel, 573; Gönen/Işık, 266.

373 4734 sayılı Kanunun *"İhaleye Katılamayacak Olanlar" başlıklı m. 11'e göre, "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar: a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar. b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler. c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler. d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar. e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri. f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç). İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. (Değişik: 4964/ 8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir."*

374 KİK. m. 17 ve m. 11 ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Zor, 29 vd.; Uslu /Demirel, 198 vd., 572 vd., KİK. m. 11 ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Çelik, 43 vd.

ise, idare KİSK. m. 21'e göre hareket edecektir. Başka bir ifade ile, bu durumun tespiti halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilerek sözleşme feshedilecek ve hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir. Ancak bu durumda da, yüklenici hakkında KİSK. m. 26 hükmüne göre işlem yapılarak ihalelere katılmaktan yasaklanacaktır.[375]

Söz konusu maddede yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğuna yönelik bir tespitten söz edildiğinden, idarenin bu tespiti somut delillere dayandırması ve bir tereddüte mahal bırakmaması gerekir. Aksi halde yüklenici sözleşmenin haksız feshedildiği iddiası ile adli yargıda dava açabilir ve zararının karşılanması talebinde bulunabilir. Yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğuna ilişkin bu tespit somut olayın niteliğine göre, yüklenici aleyhine verilmiş bir mahkeme kararı ile veya somut bilgi ve belgeler üzerinden anlaşılabilir. Örneğin, yüklenicinin ihaleye fesat karıştırdığı veya buna teşebbüs ettiği hususu yargılama konusu olmuş ve yüklenici aleyhine bir hüküm tesis edilmiş olabilir. Veya herhangi bir hüküm tesis edilmemekle birlikte, yüklenicinin ihalede sahte belge ve teminat kullandığı, aynı ihaleye birden fazla teklif verdiği idarenin elindeki bilgi ve belgelerden anlaşılabilir.[376]

Yüklenicinin ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kural olarak idarenin sözleşmeyi sona erdirmesi zorunlu olmakla birlikte, kanun koyucu idareye takdir hakkı tanıyarak, tamamlanma aşamasında bulunan taahhütlerin aksatılmaması amacıyla istisnai durumlarda sözleşmenin sona erdirilmeden taahhüdün tamamlanmasına imkan tanımıştır.[377] Bu durumda idarenin sözleşmeyi sona erdirmeyip yükleniciden taahhüdün tamamlanmasını isteyebilmesi için, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması[378] ve taahhüdün aynı kişiye tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması[379] gerekmektedir (KİSK. m. 21/II). Bu iki şarta ilaveten aşağıda belirtilen durumlardan en az birinin de somut olayda var olması gerekmektedir.

---

[375] Sayın, 819; Uslu, 72-73; Işık, 232; Gönen/Işık, 264.

[376] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 560.

[377] Işık, 232; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 561; 264; Uslu, 74; Aydemir, 423.

[378] Taahhüdün en az % 80'inin tamamlanıp tamamlanmadığının tespitinde, fiziki miktar değil, sözleşme bedeli esas alınmalıdır. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 562; Uslu, 75.

[379] İdarenin kamu yararı kavramını somut olaya göre değerlendirmesi gerekmektedir.

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması gerekir. Örneğin, en az % 80'i tamamlanmış bir okulun yeni eğitim döneminde faaliyete geçmesinin planlanması durumunda taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli süre bulunmayabilir.

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılması mümkün olmamalıdır.

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışı, taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmamalıdır. Örneğin, ihalede yüklenici tarafından sahte bilanço veya iş deneyim belgesi kullanıldığı sözleşmenin uygulanması aşamasında tespit edilirse, işin bu yükleniciye tamamlattırılması uygun görülmeyebilir.[380]

Yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde, idare sözleşmeyi sona erdirmeden taahhüdünü tamamlamasını istediği takdirde, yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır.[381] Ancak bu durum, yüklenici hakkında yasaklama işlemi tesis edilmesini engellememektedir. Diğer taraftan, iş devam edeceğinden kesin teminat gelir kaydedilmeyecek, ancak kesin teminat ve varsa ek kesin teminat tutarı kadar ceza yükleniciden tahsil edilecektir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilecektir.[382] Dolayısıyla, taahhüde devam edilmesi ile sözleşmenin sona erdirilmesi arasında yaptırım anlamında eşitlik sağlanmış olmaktadır.

IV. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

KİSK. m. 19'da, sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında[383] yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların

---

380 Uslu, 76.

381 Gönen/Işık, 264; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 561; Aydemir, 423; Karaca, 112; Turguter/Tokmaklı, 564; Uslu, 76; Işık, 232.

382 Karaca, 112; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 561-562; Gönen/Işık, 264; Uslu, 76; Sayın, 820; Işık, 232; Turguter/Tokmaklı, 564; Aydemir, 423.

383 Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin sona ermesi KİSK. m. 23 ve YİGŞ. m. 47/IX'da düzenlenmiş olup, iki sona erme nedeninin hukuki sonuçları da birbirinden tamamen farklılık arz etmektedir.

gelir kaydedieceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edieceği düzenlenmiş olup, anılan hükme YİGŞ. m. 47/I'de de aynen yer verilmiştir.[384]

Anılan hükmün başlığı "Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi" olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, sözleşmenin yüklenici mi yoksa iş sahibi tarafından mı feshedileceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre,[385] KİSK m. 19, yükleniciye sözleşmeyi tek taraflı olarak fesih yetkisi vermektedir. Yüklenicinin mali acz nedeniyle taahhüdünü yerine getirmeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak idareye bildirmesi halinde sözleşme feshedilmiş sayılacaktır. İdarenin feshi reddetme veya fesih gerekçesini kabul etmeme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.[386]

Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre ise,[387] söz konusu hükmün başlığı her ne kadar "yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi" olarak düzenlenmişse de, esasen burada yüklenici, mali acz içinde olduğunu kanıtlayan bilgi, belge ve gerekçelerini idareye sunmakta ve idare tarafından gerekirse sözleşme feshedilmektedir. Başka bir ifade ile anılan maddeye göre sözleşmeyi fesheden taraf yüklenici değil, idare olmaktadır. KİSK. m. 22'de yüklenicinin mali acz içinde bulunduğu gerekçesiyle fesih talebinde bulunmasından sonra, idarece bir fesih kararının alınacağı ve bu kararın yükleniciye bildirileceğinin düzenlenmiş olması da bu kanaati destekler niteliktedir. Zira kanun koyucu tarafından aksi amaçlanmış olsaydı Kanunun 22 nci maddesinde, 19 uncu maddeye göre yüklenicinin "fesih talebinin" değil, "fesih bildiriminin" idareye intikalinden bahsedilirdi. Bu itibarla 22 nci maddedeki yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali tarihi itibariyle sözleşmenin feshedilmiş sayılacağına ilişkin düzenleme, sadece feshin hüküm ve sonuçlarını doğurma anını belirlemeye yöneliktir.[388]

---

[384] Devlet İhale Kanununda, yüklenicinin mali acz içinde olması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi düzenlenmemiştir.

[385] Gönen/Işık, 244; Turguter/Tokmaklı, 538; Karaca, 107; Doğanyiğit, 1148.

[386] Karaca'ya göre, iş sahibi yüklenicinin ileri sürdüğü gerekçenin gerçek olmadığını ispat edebilir. Ancak iş sahibi bu durumu ispat etse ve yükleniciden sözleşmenin aynen ifasını talep etse bile, bunun pratikte bir önemi olmadığını, zira yüklenici işi yapmayacağını bildirdiğinden YİGŞ. m. 48/(a) bendine dayansa bile sözleşmenin devamına yönelik bir sonuç elde edemeyeceğini savunmaktadır. Karaca, 107.

[387] Uslu, 81.

[388] Uslu, 81.

Borç ödemekten acz hali bir maddi hukuk sorunudur. Borçlu, alacaklılarını tatmin etmek için gerekli olan mali vasıtalardan sürekli olarak yoksun kaldığı takdirde acze düşmüş sayılır.[389] BK. m. 82, borç ödemekten acz haline örnek olarak iflas[390] ve aleyhte yapılan haczin neticesiz kalmasını örnek olarak vermiştir. Bunlardan başka yüklenici, işleri bozulduğu için işyerini kapatmışsa, uzun süreli borç erteleme isteğinde bulunmuşsa, ödemelerini tatil etmişse, alacaklıları ile konkordato (iflas anlaşması) yapmak için icra mahkemesine başvuruda bulunmuşsa, "aciz halinde" sayılır.[391] Ayrıca aciz halinin geçici değil sürekli bir nedenden ileri gelmiş olması gerekir.[392]

Yüklenicinin mali acz hali sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelmelidir.[393] Hükmün uygulanması bakımından yüklenicinin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi yoktur. Mali aczin oluşması genel ekonomik koşulların elverişsizliğinden kaynaklanabileceği gibi bizzat yüklenicinin kendi kusurundan da kaynaklanabilir.[394] Öte yandan idarenin kusuru ile yüklenici mali acze düşmüşse, örneğin hakedişleri zamanında ödenmediğinden yüklenici kendi borçlarını ödeyememiş ve mali acze düşmüşse, KİSK. m. 19 uygulanmaz. İdarenin ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi, işyerini zamanında teslim etmemesi vb. nedenler, yükleniciye süre uzatımı verilmesi ve sözleşmenin feshi hususunda haklı gerekçe oluşturur.[395]

V. Sözleşmenin Devri

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmenin sona erme nedenlerinden bir diğeri de sözleşmenin usulsüz devridir. KİSK. m. 16'da, "*Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir.*

---

389 Eren, Borçlar, 958; Özyörük, 44; Duman, 971; Uslu, 82; Turguter/Tokmaklı, 537.

390 Yüklenicinin iflası durumunda KİSK. m. 19 değil, iflas durumunun özel olarak düzenlendiği 17. maddeye göre işlem yapılması gerekmektedir. Bkz. 2. Bölüm, §3, VI, B.

391 Kılıçoğlu, Borçlar, 437; Özyörük, 44; Duman, 971; Eren, Borçlar, 958.

392 Eren, Borçlar, 958; Duman, 971; Özyörük, 44.

393 Turguter/Tokmaklı, 537; Karaca, 106; Eren, Borçlar, 958; Gönen/Işık, 244.

394 Karaca, 106; Turguter/Tokmaklı, 537.

395 Sayın, 811.

Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır.[396]

Anılan hükme göre sözleşmenin devredilebilmesi için; devri gerektiren zorunlu hallerin ortaya çıkması, ihale yetkilisinin yazılı izni, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması, devir eden ve devir alanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının tespiti hususlarının birarada gerçekleşmesi şartı aranmıştır.[397]

A. Devir Sözleşmesinin Tanımı ve Şekli

Borçlar Kanununda genel olarak düzenlenmeyen sözleşmenin devri kavramı, devredilebilir bir sözleşme ilişkisinde, tarafların anlaşması suretiyle, üçüncü bir tarafın taraflardan birinin yerine geçerek, tüm borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklere halef olması sonucunu doğuran bir tasarruf işlemi olarak tanımlanabilir.[398] Uygulama ve doktrinde sözleşmenin devri kavramını ifade etmek için sözleşmenin temliki, sözleşmede taraf değişikliği ve sözleşmenin yüklenilmesi

---

[396] Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile, sözleşmelerin mevcut uygulamada usulsüzlüğe sebebiyet verecek şekilde devredilebildiği dikkate alınarak sözleşmenin devri hususunda, Devlet İhale Kanununa göre (DİK. m. 66; BİGŞ. m. 46) daha katı kurallar getirilmiş ve sözleşmenin devri zorlaştırılmıştır. Her iki Kanunda da sözleşmenin devri ihale yetkilisinin yazılı iznine tabi tutulmuşken, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Devlet İhale Kanunundan farklı olarak sözleşmenin devrine sadece zorunlu hallerde cevaz vermiş, ayrıca sözleşmeyi devreden yüklenicinin sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde başka bir sözleşme devredemeyeceği veya devir alamayacağı kuralını getirmiştir. Ayrıca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda usulsüz devir halinde devreden ve devralan hakkında yaptırımlar getirilerek yasaklama kararı alınacağı da düzenlenmiştir. Böyle bir düzenlemenin tercih edilmesinde, Devlet İhale Kanunu zamanında sözleşmenin devri uygulamasının istismar edilerek istenmeyen ölçüde yaygınlık kazanması ve bu durumun sözleşme uygulamalarında idare açısından sorunlara yol açması etkili olmuştur. Uslu, 64; Özkan, 145; Şen, 63 vd.

[397] Borçlar Kanunu anlamında sözleşmenin devrinin şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı, 87 vd.

[398] Eren, Borçlar, 1206; Şen, 30; Karaca, 89-90.

kavramları da kullanılmaktadır.[399] Sözleşmenin devri müessesesi, hukuki niteliği itibariyle üç taraflı sui generis bir sözleşme olan yüklenme sözleşmesi ile gerçekleşmektedir.[400] Bu durumda mevcut sözleşme ortadan kalkmamakta, aksine varlığını sürdürmekte ancak sözleşmenin tarafı değişmektedir.[401] Bu durum, sözleşme ile bağlı kalan tarafın menfaatini de yakından ilgilendirdiğinden, sözleşmeyi devreden ile devralanın anlaşması devir için yeterli olmamakta, sözleşmenin diğer tarafının da devre ilişkin rızasının bulunması aranmaktadır.[402]

Devir sözleşmesi, sözleşmenin devrine konu olan asıl sözleşmenin tabi olduğu şekil şartlarına uygun yapılmalıdır. Asıl sözleşmenin tabi olduğu şekil şartlarına ilişkin olarak KİK. m. 46'da idarece yazılı olarak hazırlanan tip sözleşmelerin ihale süreci sonunda, ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanarak yürürlüğe gireceği, ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılmasının zorunlu olmadığı düzenlenmiştir.[403] Bu durumda devir sözleşmesi de yazılı şekil şartına tabi olacaktır.

Ancak konuya ilişkin Kamu İhale Genel Tebliği m. 27.3'de yer alan, devir tarihinin, devir sözleşmesinin noterce onaylandığı tarih olduğuna ilişkin

---

399 Ayrancı, 31

400 Eren, Borçlar, 1207.

401 Eren, Borçlar, 1207; Ayrancı, 115.

402 : "...Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir. Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafında karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder. Yüklenen taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir. Yukarıda sözü edilen belgeden, kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde sözleşmenin yüklenildiğinin kabulü gerekecektir. Bu hukuksal ilişkiden çıkan sonuçlar şunlardır: 1- Taraflar anlaşma ile sözleşmede taraf değiştirmişlerdir. 2- Sözleşmeyi yüklenen (davacı) taraf devreden tarafın konumuna, baştan itibaren sözleşmenin tarafı imiş gibi sahip olur. Buna bağlı olarak da alacak haklarını kendi adına takip eder, yenilik doğuran hakları tek taraflı beyanı ile ileri sürer ve bu hakların ileri sürülmesine muhatap olur. Zira eski sözleşme ortadan kalkmamıştır. Devreden taraf ile yüklenen tarafın devir sözleşmesi yapması ve bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını sözleşmede kalan tarafın icazet vermesine bağlı kılmaları olanaklıdır..." Y.3.HD. 14.10.2004, 9625/0945 sayılı karar için bkz. Özkan, 163.

403 Kamu ihale sözleşmelerinin şekli konusunda bkz. 1. Bölüm, §1, II, C, 2.

düzenlemeden noter onayının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.[404] Söz konusu Tebliğ hükmünün 30.01.2003 tarih ve 25009 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2003/DK.D-8 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararına dayandığı ve kararın aynen Tebliğe alındığı, bu tarihte yürürlükte olan KİK. m. 46 hükmünde, sözleşmelerin notere tescil ve onayının zorunlu olduğunun düzenlendiği, Tebliğdeki anılan hükmün sehven unutulduğu düşünülerek, 46 ncı maddedeki değişikliğe paralel biçimde değiştirilmesi gerektiği, ancak bu yöndeki değişikliğe kadar devir sözleşmelerinin notere onaylattırılması gerektiği kanaatini paylaşıyoruz.[405]

B. Sözleşmenin Devrinin Şartları

1. Bir Sözleşmenin Varlığı

Sözleşmenin devri için öncelikle Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa uygun biçimde kurulmuş bir sözleşmenin var olması gerekir.[406] Başka bir ifade ile idare ile yüklenici arasında ihale süreci sonunda usulüne uygun olarak kurulmuş, mevcut ve geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı gerekmektedir.[407] Şu halde ihale üzerinde kalmakla birlikte henüz sözleşmesi imzalanmamış sözleşmeler, devir işlemine konu olamayacaktır.[408] Normal süresi sona eren, idarece süre uzatımı verilerek cezalı çalıştırılan bir sözleşme de koşulların uygun olması halinde bir başka yükleniciye devredilebilecektir.[409]

---

[404] Karaca, 91; Şen, 117; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 523.

[405] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 523-524.

[406] *"4735 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1/1/2003 tarihinden önce devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme, bu Kanuna göre devralınmış veya devredilmiş bir sözleşme sayılmayacak; 1/1/2003 tarihinde yürürlükte olan sözleşmenin bu tarihten sonra devralınması veya devredilmesi Kanunun 16 ncı maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir.*"(Kamu İhale Genel Tebliğinin 27.11. maddesi)

[407] Kamu yararının söz konusu olduğu istisnai bazı hallerde, ihalesi yapılmış ancak sözleşmeye bağlanmamış işlerin de iş sahibi idarenin izninin alınması şartıyla devredilebileceği kabul edilmektedir. "Sözleşmenin yapılmasından önce idarenin yazılı izni alınarak işin başkasına devredilmesinde bir sakınca görülmemiştir." Sayıştay Daireler Kurulu, 5.10.1977, K:319/1, Bkz. Türkoğlu/Şakı/Egemen, 396; Gönen/Işık, 234; Kuluçlu, 110.

[408] Türkoğlu/Şakı/Egemen, 393; Gönen/Işık, 234; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 516-517; Şen, 70; Karaca, 91.

[409] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 517.

2. Zorunlu Hallerin Ortaya Çıkması

Sözleşmelerin devrinde aranan ve tek tek sayma yöntemi ile belirlenmesi mümkün olmayan KİSK. m. 16'da geçen zorunlu haller terimi,[410] aynı Kanunun 10 uncu maddesinde sayılan mücbir sebepleri kapsamakla birlikte, ondan daha geniş bir şekilde ve ticari hayatın gerekleri ve objektif kıstasları da dikkate alınarak idarece değerlendirilmesi gerekir.[411] Yüklenicinin kusuru olmaksızın ve basiretli bir tacir gibi davranmasına rağmen öngöremeyeceği ve sözleşmenin devamına engel olan bu tür durum ve olaylar, Kanunda sayılan sözleşmenin sona erme nedenlerinden değilse, sözleşmenin devrine gerekçe teşkil edebilecektir.[412] Bu itibarla, zorunlu hal idare tarafından her somut olayda, sorumluluk kendisine ait olmak üzere, o olaya özgü olarak değerlendirilecektir. Bu kapsamda zorunlu hallerden bahsedebilmek için, yüklenicinin iyi niyetine rağmen, kendi isteği dışında ancak taraf olduğu bir halin ortaya çıkması ve bu durumun yüklenicinin taahhüdünü yerini getirmesini engellemesi gerekmektedir.[413]

Sözleşmenin devrinde zorunlu hallerin var olup olmadığı, ihale konusu işin yerine getirilmesindeki kamu menfaatleri de dikkate alınarak idare tarafından değerlendirilmelidir. Yüklenicinin iradesi dışında, ancak taraf olduğu bir olaydan ötürü sözleşme şartlarının yerine getirilemeyecek olması durumunda, kamu hizmeti sürüncemede kalacağından, sözleşmenin işi zamanında ve en iyi şekilde yapabilecek başka bir yükleniciye devri idarenin ve kamunun yararına olacaktır.[414]

---

[410] "*…Söz konusu hükümlere göre, 4735 sayılı Kanun gereğince imzalanmış sözleşmelerin ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilmesi için aranan zorunlu hallerin ticari hayatın gerekleri ve objektif kıstaslara göre değerlendirilmesi gerektiği, zorunlu hallerin tek tek sayma suretiyle belirlenmesi işin tabiatı gereği mümkün bulunmadığından, her olayda sorumluluk idareye ait olmak üzere 'zorunlu halin' idarece değerlendirilmesi gerektiği açık olup, bu takdir yetkisi de sınırsız bir yetki değildir. Bu çerçevede, idarece bir olayın sözleşmenin devri hususunda zorunlu hal teşkil edip etmediği değerlendirilirken; konunun 4735 sayılı Kanunda açıkça düzenlenen ve sözleşmenin feshini gerektiren hallerden kaynaklanmaması kaydıyla, yüklenicinin basiretli bir tacir gibi davranmış olsa dahi öngöremeyeceği ve sözleşmenin devamına engel olan durum veya olayların varlığının aranması gerekmektedir. Bu kapsamda sözleşmeye taraf olan idarece her somut olayda 'zorunlu halin' sorumluluk idarede olmak üzere belirtilen kıstaslar çerçevesinde, sübjektif olaya münhasıran değerlendirilmesi gerektiğine, oybirliği ile karar verilmiştir…"* Kamu İhale Kurulu'nun 03.04.2007 tarih ve 2007/DK.D-50 sayılı kararı.

[411] Özkan, 155; Şen, 76; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 517; Altun, 471.

[412] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 523; Şen, 76.

[413] Şen, 71; Gönen/Işık, 231; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 517.

[414] Karaca, 91; Şen, 76; Gönen/Işık, 231.

3. İhale Yetkilisinin İzni

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, sözleşmenin zorunlu hallerde ihale yetkilisinin[415] yazılı izni ile devrine imkan tanımıştır. İhale yetkilisinin sözleşmenin devrine ilişkin şartların ve devrin uygunluğunu inceleyerek yazılı izin vermesi gerekmektedir.[416] Ancak devre ilişkin şartlar yerine getirilse bile, ihale yetkilisinin izni vermesi zorunlu değildir.[417] Sözleşmeyi izinsiz olarak devreden yüklenici, BK. m. 38, m. 39 anlamında yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş sayılır.[418]

4. Devir Alacaklarda İlk İhaledeki Şartların Aranması

Sözleşmeyi devralacak gerçek ya da tüzel kişinin ilk ihalede aranan şartları taşıması zorunludur. İhale yetkilisi, ihale dokümanında istenen yeterlik kriterleri ile birlikte Kanundan kaynaklanan şartların varlığını tespit etmeden sözleşmenin devrine izin vermemelidir. KİK. m. 10 ve ihale uygulama yönetmelikleri ile eki Tip Şartnameler çerçevesinde, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerin belirlenmesi amacıyla hangi bilgi ve belgeler istenmiş ise, sözleşmeyi devralacak kişinin de aynı nitelikleri taşıması gerekmektedir.[419] Ayrıca sözleşmeyi devralacak yüklenicinin devir tarihi itibariyle KİK. m. 10'da düzenlenmiş olan ihale dışı bırakılma sebeplerinden birini taşımaması ve m. 11'de belirtilen ihaleye katılamayacak kişilerden de olmaması koşulları aranmalıdır.[420]

Öte yandan sözleşmeyi devreden yüklenicinin artık sözleşmede taraf sıfatı kalmadığından kesin teminatı kendisine iade edileceğinden, devir alacak yüklenici

---

[415] KİK. m. 4'de ihale yetkilisi, *"İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri*" olarak tanımlanmıştır.

[416] Mal alımı (MAATS. m. 32.2), hizmet alımı (HİGŞ. m. 52) ve danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde (DHAATS. m. 44.1), ihale yetkilisi tarafından sözleşmenin devrine izin verilmesinin ardından düzenlenecek devir sözleşmesinde ihale yetkilisi, devreden ve devir alanın imzalarının bulunması gerektiği belirtilerek ihale yetkilisinin hem yazılı izni hem de devir sözleşmesine katılması şartı aranmıştır. YİGŞ. m. 46'da ise, ihale yetkilisinin sadece yazılı izninden bahsedilmiştir.

[417] Karaca, 91; Şen, 78; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 522; Türkoğlu/Şakı/Egemen, 393.

[418] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 528; Şen, 79.

[419] Gönen/Işık, 232; Karaca, 92; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 522; Şen, 81; Altun, 471; Özkan, 159; Kuluçlu, 105.

[420] Şen, 81; Özkan, 159, 184; Karaca, 92; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 522; Altun, 471; Kuluçlu, 105.

tarafından sözleşme için ilk ihale bedeli üzerinden hesaplanan miktarda kesin teminatın yatırılması gerekir.[421] Yine devreden yüklenici tarafından ihale dokümanı kapsamında verilen banka teminat mektupları da sözleşmeyi devralan adına geçerli olmayacaktır. Ancak, BK. m. 176/II gereği, banka teminat mektubunu veren bankanın, borcun nakline muvafakat ettiğini yazı ile idareye bildirirse, daha önce devreden adına verilen banka teminat mektupları devralan açısından da geçerli olacaktır. Bankanın, borcun nakline dolayısıyla sözleşmenin devrine muvafakat vermemesi durumunda, sözleşmeyi devralan ilk ihaledeki şartlara sahip yeni bir banka teminat mektubu vermelidir.[422]

5. Aynı Yüklenici Tarafından Üç Yıl İçinde Başka Bir Sözleşmenin Devredilememesi Veya Devir Alınamaması

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda isim ve statü gereği yapılan devirler[423] hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşmenin devredilemeyeceği veya devir alınamayacağı aksi halde sözleşmenin feshedileceği hükme bağlanmıştır. KİSK. m. 16'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi bu hükmün konulmasının amacı, taahhüdünü yerine getirmek hususunda sorumlu davranabilecek isteklilerin, kamuya karşı yüklenimde bulunmasını sağlamaktır. Buna göre yüklenicilerin basiretli bir tacir gibi hareket ederek ihaleye katılımlarının sağlanması ve sözleşmelerin sık sık el değiştirmesinin önlenerek devlet hizmetlerinin sürüncemede bırakılmaması önem taşır.[424]

---

[421] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 524; Şen, 86; Özkan, 174; Gönen/Işık, 232.

[422] Ayrancı, 148; Özkan, 174; Gönen/Işık, 232; Şen, 87.

[423] Kamu İhale Genel Tebliğinin m. 27.2'de; *"İsim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler, sözleşmenin devri olarak kabul edilmez. İsim veya statü değişikliğinden; a) Ticarî işletmenin adı veya unvanındaki değişiklik, b) İşletmenin nev'inde meydana gelen değişiklik anlaşılır."* açıklaması yapılmıştır. Tebliğdeki isim ve statü değişikliğinden ne anlaşılması gerektiği hususundaki bu açıklamaya rağmen gerek isim ve statü değişikliğinin içeriği, gerekse bu durumlarda sözleşmenin devri konusu tartışmalı olup, konu ile ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, 151 vd.; Şen, 116 vd.

[424] Turguter/Tokmaklı, 521.

Anılan hükümde üç yıllık devir yasağının[425] sözleşmeyi devreden yüklenici için mi, yoksa sözleşmeyi devralan yüklenici için mi geçerli olduğu hususunda tam bir açıklık olmamakla birlikte, hükmün amacı ve yazılış şeklinden, yasağın sadece devreden yüklenici açısından söz konusu olduğu, sözleşmeyi devralan bakımından üç yıllık bir süre kısıtlamasının bulunmadığı anlaşılmaktadır.[426]

C. Usulsüz Devrin Sonuçları

İhale yetkilisinin yazılı izni olmadan devredilen veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi izleyen üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler, idare tarafından sona erdirilerek genel hükümlere göre tasfiye edilecek, kesin teminat ve ek kesin teminatlar gelir kaydedilecektir. Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilecek ve devreden ve devir alanlar hakkında yasaklama hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenleme ile sözleşmenin izinsiz devredilmesi veya devralınması halinde, hem devredenin, hem de devralanın sorumlu olacağı öngörülerek, idarenin izni ve bilgisi dışında

---

[425] Sözleşmeyi devir yasağı uygulamasının temini ve kontrolü için Kamu İhale Kurumu tarafından elektronik ortamda Sözleşme Devri Teyit Ve Bildirim Sistemi geliştirilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliğinin m. 27.10'a göre; *"...İdarelerin sözleşmenin devrine ilişkin işlemi onaylamadan önce, sözleşmeyi devredenin ve devralanın son üç yıllık süre içerisinde başka bir sözleşmeyi devredip devretmediğini veya devralıp devralmadığını Kurumumuz internet sayfasında bulunan Kamu Satınalma Platformu Sonuç İşlemleri modülünde yer alan Sözleşme Devir İşlemleri seçeneğini kullanarak elektronik ortamda teyit ettirmeleri gerekmektedir. Teyit işleminden sonra, Sözleşme Devir Teyit Belgesinin çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 4735 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde öngörülen fesih ve müeyyide hükümlerinin uygulaması söz konusu olacaktır. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, idarece Sözleşme Devri Bildirimi Belgesi doldurularak elektronik ortamda Kuruma bildirilir. Sözleşme Devir Belgesinin de çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilir."*

[426] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 522; Uslu, 65; Şen, 98; karşı görüş Karaca, 93. Konu ile ilgili 2009/DK.D-129 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararında; "…*Sonuç olarak; devir sözleşmesi "devralanla" "yüklenici" arasında aktedilen bir hukuki işlemi ifade etmekte olup; 4735 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde '... bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından…' ifadesine yer verilmek suretiyle yasaklamaya konu edilen 'başka bir sözleşmeyi devretme veya devralma' işleminin sadece 'yüklenici' konumundaki ilk sözleşmeyi devreden firmayı kapsadığı, devir yasağının hukuki sujesinin de sözleşmeyi devreden söz konusu bu 'yüklenici'nin olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Açıklanan gerekçe ve nedenlerle; 4735 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca sözleşme devirlerine ilişkin olarak, sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıllık sürenin sadece devreden firmayı kapsadığına, Oyçokluğu ile karar verildi*." açıklaması bulunmaktadır.

yüklenicilerin kendi aralarında anlaşarak sözleşmeleri devretmesi önlenmek istenmiştir.[427]

Ortak girişimi oluşturan yüklenicilerin herhangi birinde değişiklik olması da sözleşmenin devri olarak değerlendirilecektir (KİGT m. 27.5). Bu itibarla, ortak girişimi veya konsorsiyumu oluşturan ortaklardan biri, her ne sebeple olursa olsun ayrılıp yerine bir başkası geçerse, yeni ortağa, Kanundaki şartlar çerçevesinde (zorunluluk, ihale yetkilisinin izni, ilk ihaledeki şartların aranması) sözleşmenin devri işleminin yapılması gerekmektedir.[428] Buna göre ortaklardan herhangi birinin ihale yetkilisinin yazılı izni olmadan değiştirilmesi sözleşmenin feshi nedeni olmaktadır. Aynı şekilde, sözleşmenin uygulanması aşamasında ihale yetkilisinin yazılı izni ile ortak girişimden ayrılmış bir yüklenici, ortaklıktan ayrılma tarihini takip eden 3 yıl içinde sözleşme devredemeyeceği veya devralamayacağı gibi, ortak girişim olarak yürüttüğü diğer işlerde kesinlikle ortak girişimden ayrılamayacaktır.

Öte yandan işin bir kısmının alt yükleniciye yaptırılması sözleşmenin devri anlamına gelmemektedir. Nitekim sözleşmenin devrinde sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar yeni yükleniciye geçmekte ve sözleşmenin tarafı değişmekte iken; işin alt yükleniciye bırakılması durumunda sözleşmenin taraflarında bir değişiklik olmamakta, yüklenici iş sahibine karşı borçlu konumunu sürdürmektedir.[429] Ayrıca YİGŞ m. 20/III'de işin tamamının hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılamayacağı düzenlenerek, bir bütün olarak sözleşmenin başka bir yükleniciye devrini öngören devir müessesinin burada uygulanamayacağı pekiştirilmiştir. Buna göre idarenin izni dışında yapılan bir sözleşme ile işin tamamının tek bir alt yükleniciye devredilmesi de izinsiz devir kapsamında sayılacak ve KİSK. 16 ve 25'deki yaptırımların uygulanması gerekecektir.[430]

---

[427] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 527; Karaca, 94; Şen, 111.

[428] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 525; Şen, 128.

[429] Taşyürek, 22; Şen, 146; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 528.

[430] Kuluçlu, 110; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 528.

VI. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu Veya Mahkumiyeti Halinde Sözleşmenin Sona Ermesi

A. Yüklenicinin Ölümü

KİSK. m. 17(a) bendi uyarınca; "*Yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa diğer alacakları varislerine verilir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir*" Anılan hükme YİGŞ. m. 49(a) bendinde de yer verilmiştir.

BK. m. 371'de, müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz kalması durumunda istisna sözleşmesinin münfesih olacağı, başka bir ifade ile kendiliğinden sona ereceği düzenlenmişken,[431] KİSK. m. 17'de, yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin feshedilmek suretiyle sona erdirileceği hükmüne yer verilmiştir. Müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin şahsından doğan bir imkansızlığı ifade eden ölüm halinde sözleşme münfesih olur, yani kendiliğinden sona erer. Ayrıca fesih işlemine gerek yoktur[432]. Bu itibarla, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ölüm halinde sözleşmenin feshedileceğine dair hükmü isabetli olmayıp, söz konusu hükmü Borçlar Kanunundaki düzenlemeye uygun olarak yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz.[433]

Gerçek kişiyle imzalanan inşaat sözleşmesinde, gerçek kişi müteahhidin bilgisi, tecrübesi, dürüstlüğü, denenmiş olması, özel krediye layık olması gibi hususların göz önünde bulundurulması, müteahhidin şahsının nazara alındığı anlamına gelir.[434] Yapım işleri ihalelerinde de mesleki yeterliliği ölçmek amacıyla

---

[431] Buz, Eser, 36; Öz, Eser Sözleşmesi, 164; Gauch, Nr. 526.

[432] Gönen/Işık, 235-236; Karahasan, İnşaat, 270; Karaca, 97; Uslu, 86. DİK. m. 67'de, Borçlar Kanunundaki düzenlemeye uygun olarak, müteahhit veya müşterinin ölümü halinde, yapılmış olan işlerin tasfiye edilerek kesin teminatın ve varsa sair alacakların varislerine verileceği düzenlenmiştir. Gök, Yapı İşleri, 545; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 587.

[433] İdarenin ölen yüklenici ile imzaladığı sözleşmeyi fesh edeceği yani tek taraflı olarak bir hukuki muamele olan sözleşmeyi ortadan kaldıracağını savunan görüşler için bkz. Turguter/Tokmaklı 525; Sayın, 804; Özek/Kaya, 543, Aydemir, 418; Böke, 941; Doğanyiğit, 1143.

[434] Tandoğan, Borçlar, 332; Uslu, 86; Olgaç, 115.

belli oranda iş deneyim belgesinin istenmesinin zorunlu olması, ekonomik ve mali yeterliliğe ilişkin banka referans mektubu, bilanço, gelir tablosu, organizasyon yapısına ilişkin kalite yönetim sistemi belgesi vb. belgelerin istenebiliyor olması, ayrıca ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı ve adli sicil kaydının olup olmadığının sorgulanmasının zorunluluk arz ettiği hususları göz önünde bulundurulduğunda, gerçek kişilerle imzalanan yapım işleri ihalelerine ilişkin inşaat sözleşmeleri müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış sözleşmeler olarak değerlendirilebilir.[435]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre,[436] inşaat işi lalettayın[437] bir iş ise, yüklenicinin ölümü ile sözleşme sona ermeyecek, mirasçılar tarafından işe devam edilip tamamlanması gerekecektir.[438] Aslında KİSK. m. 17 hükmü incelendiğinde, ölüm halinde, yüklenicinin şahsı dikkate alınsın ya da alınmasın, sözleşmenin her halükarda sona ereceği, ölüm tarihine kadar yapılmış işlerin genel hükümlere göre tasfiye edileceği ve kesin teminat ve varsa diğer alacakların varislerine ödeneceği

---

[435] Gönen/Işık, 235; Öz, Eser Sözleşmesi, 162; Uslu, 86.

[436] "BK. nun 371. maddesi müteahhit öldüğü takdirde müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış olan mukavelenin münfesih olacağını göstermektedir. Olayda böyle bir durum olmadığına ve müteveffa müteahhit lalettayın bir inşaatı taahhüt etmiş bulunduğuna göre ölümü akdin bozulmasını gerektirmez. Genel Şartnamenin 44. maddesi müteahhidin ölümü halinde idareye, ölen müteahhidin mirasçılarını veya şeriklerini işe devam ettirip ettirmemek noktasında bir muhayyerlik tanımıştır. Bu maddede sözü edilen geri verme hususu ancak aynı şartnamenin 40. maddesinde yazılı olduğu üzere müteahhidin hayatta iken yaptığı işlerden dolayı ilişiği bulunmuyorsa teminatın mirasçılarına iade edileceğine ilişkindir. Başka bir deyimle 44. madde müteahhidin ve dolayısıyla onun fiilini garanti etmiş olan davalı bankanın sorumluluğunu bertaraf eder bir nitelik taşımamakta ve BK. nun 371. maddesini tadil eder mahiyette bulunmamaktadır. HUMK. nun 287. maddesinde yazılı bir delil mukavelesi şeklinde olan genel şartnameye idarenin aleyhine böyle bir değiştirme maddesi koyduğu düşünülemez." YHGK. 4.7.1973, E:71-T-405, K:599 sayılı kararı eski BİGŞ.'nin 44. maddesinin uygulanmasına ilişkin olmakla birlikte, YİGŞ. m. 49/(a) bendi de aynı düzenlemeyi içerdiğinden Yargıtay'ın söz konusu kararı YİGŞ. m. 49 açısından da geçerliliğini korumaktadır. Anılan karar için bkz. Tandoğan, Borçlar, 338; Karahasan, İnşaat, 908.

[437] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "lalettayın" kelimesini, yüklenicinin şahsının önem taşımadığı inşaat sözleşmelerini ifade etmek için kullanmıştır. Karaca, 97, dn. 35.

[438] "..Mahkemece, davalılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda Borçlar Kanununun 371. maddesi uyarınca akdin sona erdiğine karar verilmiştir. Anılan maddeye göre, inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsi ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağlıdır. Oysa olay, bir inşaat yapımından ibaret olup, sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması imkan dahilinde olduğundan olayda BK'nun 371. maddesi tatbik edilemez." Y.15.HD. 22.4.1993, 1866/1907 sayılı karar için bkz. Sayın, 804.

"…müteahhidin ölmesi sebebiyle akdin feshi, ancak müteahhidin şahsi meziyeti ve mahareti nazara alınarak yapılan işler için söz konusudur. Aksi halde sözleşme hükümlerini ölen müteahhidin mirasçıları yerine getirmek durumundadırlar…" Y.15.HD. 12.11.1990, 1503/4707 sayılı karar için bkz. Uygur, Borçlar Özel, 8401.

düzenlenmiştir.[439] Ancak, hesabın tasfiyesinden sonra, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen 30 gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir.[440]

Buradaki ölen yükleniciyle "aynı şartları taşıma" ifadesinden, ihaleye katılabilmek için öngörülen şartların anlaşılması gerekmektedir.[441] Bu şartlar Kamu İhale Kanunu ve ihale dokümanından doğan nitelik ve şartlardır. Ayrıca varislerin devir tarihi itibariyle ihale dışı bırakılma nedenlerinden birini taşımaması ve ihaleye katılamayacak kişilerden olmaması gerekir.[442]

Yüklenicinin tüzel kişi olması durumunda, ölümün sona erme nedeni olmayacağı açıktır. Bu durumda tüzel kişiliğin sona ermesi gerekir. Şirket sona erse dahi tasfiye sona erene kadar tüzel kişilik varlığını koruyacağından, tasfiye haline girmiş yüklenici firma, işi bitirmekten aciz duruma düşmüş olacak, sözleşme imkansızlık nedeniyle sona erecektir.[443] Yüklenici firmanın ortağının veya yöneticisinin ölmesi durumunda ise, bu kişi inşaat sözleşmesinin tarafı olmadığı için kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez. Ancak iş sahibi bu kişinin varlığı nedeniyle sözleşmeyi yapmış ise, gerçek kişi yüklenicinin ölümünde olduğu gibi sözleşmenin sona erdiği kabul edilmelidir.[444]

B. Yüklenicinin İflası

KİSK. m. 17(b) ve YİGŞ. m. 49/(b) bendinde, yüklenicinin iflas etmesi halinde, sözleşmenin feshedilerek yasaklama hariç hakkında anılan Kanunun 20 ve

---

[439] Karaca, 97- 98, Karahasan, İnşaat, 270.

[440] Sayın, 806; Gök, Yapı İşleri, 545; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 588; Doğanyiğit, 1143; Turguter/Tokmaklı, 525-526. Gönen/Işık'a göre, ölüm ile infisah etmiş bir sözleşmenin devri mümkün olmadığından bu ifadeden sözleşmenin değil, taahhüdün devrinin anlaşılması ve yeni sözleşmenin bir devir sözleşmesi işlemi görmesi gerekir. Gönen/Işık, 237.

[441] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 589; Gönen/Işık, 236; Sayın, 806. KİSK. m. 17'yi karşılayan DİK. m. 67'de sadece mirasçının kesin teminat vermesi şartı öngörülmüşken, KİSK. m. 17'de mirasçıların ölen yüklenici ile aynı şartları taşıması şartı aranmıştır.

[442] Sözleşmenin devrinin şartları hakkında bkz. 2. Bölüm, §3, V, B.

[443] Duman, 969; Karaca, 99.

[444] Karaca, 99; Duman, 969-970.

22 nci maddelerine göre işlem yapılacağı hükme bağlanmıştır. İflas, borçlunun vadesi gelmiş borcunu Ticaret Mahkemesinin iflas kararına kadar ödememesi, yani ödemelerini tatil etmesi sebebiyle, borçluya ait bütün borçların Devlet kuvveti yardımıyla ifa edilmesidir. Toplu icra mahiyetinde bir işlemdir.[445]

Kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iflası halinde, bir görüşe göre, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği (münfesih olacağı) kabul edilmektedir.[446] Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, iflasın açılmasına ilişkin verilen mahkeme kararı üzerine sözleşme idarece feshedilir.[447] Sözleşmenin feshedilmesi için ayrıca bildirimde bulunmaya gerek yoktur.[448] Bu itibarla, yükleniciye en az 10 günlük bir ihtar çekilmesi de söz konusu olmamaktadır. Zira yüklenicinin bu süreyi verimsiz geçireceği kesin olduğundan BK. m. 107 kıyasen burada da uygulanabilir.[449]

İflas kararının temyiz edilmiş olması fesih işleminin ertelenmesini gerektirmez. Ayrıca, idare iflas kararının kesinleşmesini beklemeden işi yeniden ihale edebilir.[450] Yargıtay'ın iflasın açılması kararını bozması durumunda da feshedilen sözleşmenin tekrar canlanması söz konusu değildir. İflas kararı üzerine işi bir başkasına ihale etmiş olan idare, sözleşmeye veya Kanuna aykırı hareket etmiş sayılamaz ve yükleniciye tazminat ödemekle sorumlu tutulmaz.[451]

Borçlar Kanununa tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iflas etmesi halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, sözleşmenin sona erip ermeyeceği iflas masasının kararına göre belirlenecektir. İflas masası müflisin işletmesine devam etmemesine karar verirse BK. m. 371/I'deki

---

445 Kuru, 1 vd.

446 Karaca, 94; Karahasan, 271.

447 Gök, Yapı İşleri, 527; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 529; Turguter/Tokmaklı, 527, 528; Aydemir, 420; Özek/Kaya, 544; Böke, 941.

448 Turguter/Tokmaklı, 528; Gök, Yapı İşleri, 527; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 529; Karaca, 94; Karahasan, İnşaat, 271.

449 Karaca, 94.

450 Özek/Kaya, 544; Karahasan, İnşaat, 271; Karaca, 95; Turguter/Tokmaklı, 527; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 529; Gök, Yapı İşleri, 527.

451 Gönen/Işık, 238; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 529; Gök, Yapı İşleri, 527; Turguter/Tokmaklı, 527, 528; krş. Karaca, 95. Y.TD. 31.5.1995, 6213/7157 sayılı karar için bkz. Gönen/Işık, 238, dn. 25; Turguter/Tokmaklı, 527, 528.

düzenlemeye benzer bir durum ortaya çıkar ve sözleşme münfesih olur. İflas masası müflisin işletmesine iflas idaresinin denetiminde devam etmesine karar verirse, iflas idaresi, iflas eden yüklenicinin kişisel nitelikleri önemli değilse, onun yerine sözleşmeye katılabilir. Ancak bu durumda iş sahibi iflas idaresinden bir teminat isteyebilir, iflas idaresi süresi içinde teminat gösteremezse, iş sahibi BK. m. 82'ye dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.[452]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, yüklenicinin iflası halinde doğrudan sözleşmenin feshi öngörüldüğünden hiçbir şart altında sözleşmeye devam edilmesine imkan tanınmamıştır.[453] Oysa idarenin devamlılığı ilkesi gereğince, yüklenici ile idare arasındaki sözleşmeyi farklı koşullara uydurarak mümkün olduğunca sözleşmenin devamının sağlanması gerekmektedir. İflas halinde özel hukuk hükümlerine tabi iki kişi arasındaki sözleşmenin sona ermesi doğal iken, bir tarafı kamu olan ve kalan işin yeniden ihale edilip sözleşmeye bağlanması belli bir prosedür gerektiren işe ilişkin mevcut sözleşmenin devrine imkan tanınarak, taahhüdün sözleşmeye uygun olarak tamamlanması sağlanmalıdır. İflasa ilişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan düzenleme idarelerin aleyhine bir düzenleme olup, bu gibi durumlarda iflası ilan edilen yüklenicinin sözleşmeyi devretmesine imkan tanınmasının kamu yararı açısından daha uygun bir çözüm olacağı düşüncesine katılıyoruz.[454]

Yüklenicinin iflas etmesi halinde, KİSK. m. 17/(b) maddesinde, anılan Kanunun 20 ve 22 nci maddelerine yaptığı atıf uyarınca, sözleşmenin feshiyle birlikte kesin teminat gelir kaydedilir, ayrıca feshedilen sözleşme dolayısıyla idarenin bir zararı doğmuşsa genel hükümlere göre dava açmak suretiyle zararın karşılanması talep edilir. Ancak yüklenicinin iflası nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda yasaklama işlemi uygulanmaz.[455]

---

[452] Tandoğan, Borçlar, 341-342; Duman, 973; Uygur, Borçlar Özel, 8398.

[453] Turguter/Tokmaklı, 528; Akbulut, Fesih, 11; Gönen/Işık, 239.

[454] Akbulut, Fesih, 11.

[455] Karaca, 96; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 530; Gönen/Işık, 238; Turguter/Tokmaklı, 529; Özek/Kaya, 544; Böke, 941.

C. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu Veya Mahkumiyeti

Yüklenici ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyecek duruma düşerse, bu durumun meydana gelmesinden itibaren 30 gün içinde ilgili idarenin de kabul edeceği birini vekil tayin etmek suretiyle taahhüdüne devam edebilecektir (KİSK. m. 17/(c) ve YİGŞ. m. 49/(c) bendi). Vekilin şahsı hakkında idarenin onayının alınması temel koşuldur. Eğer yüklenici kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda değilse, yüklenici yerine ilgililer[456] aynı süre içinde genel hükümlere göre yasal temsilci (kayyım) tayin edilmesini isteyebilirler.[457] Bu 30 günlük süre, hem vekil tayin edilmesi hem de yasal temsilci tayin edilmesini isteme için hak düşürücü nitelik arz etmektedir.[458] Bu süre sonunda vekil veya yasal temsilci tayininin gerçekleşmemesi yahut işin vekil ya da kayyum tarafından yapılmasının mümkün olmaması durumunda idarece sözleşmenin feshedileceği hükme bağlanmıştır.[459] Ancak iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeden önce yükleniciye durumu düzeltmesi için en az 10 günlük bir süre vermesi gerekir. Sözleşmenin feshedilmesi durumunda kesin teminat gelir kaydedilir, ancak yüklenici hakkında yasaklama kararı verilmez. Sözleşmenin feshi dolayısıyla idarenin uğradığı zarar ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.[460]

Anılan hükümde yüklenicinin şahsından doğan imkansızlık halleri olarak nitelendirilebilecek ve sözleşmenin yerine getirilmesine engel olacak ağır hastalık, tutukluluk ve özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet hallerinde uygulamaya açıklık getirilmiştir. Buna göre, hastalık halinin inşaat işinin yapılmasını engelleyecek derecede ağır olması ve bu hususun doktor raporuyla belgelenmesi

---

[456] İlgililer deyimi, sözleşmeye taraf olan idareyi, yüklenicinin menfaat birliği olan akrabalarını, bazı hallerde yetkili makamları (Cumhuriyet Savcılığı gibi), hatta yüklenici ile alacak veya akit ilişkisi olan kişileri (alt yükleniciler gibi) ifade eder. Yasal temsilci tayin edecek mahkeme, öncelikle talepte bulunanın "ilgili" olup olmadığını tespit edecektir. Türkoğlu/Şakı/Egemen, 401; Gönen/Işık, 239; Özek/Kaya, 545; Turguter/Tokmaklı, 531.

[457] Karaca, 116; Gönen/Işık, 239; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 531; Gök, Yapı İşleri, 528.

[458] Gök, Yapı İşleri, 528; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 531; Özek/Kaya, 545.

[459] Gönen/Işık, 240; Karahasan, İnşaat, 271-272; Turguter/Tokmaklı, 531-532; Gök, Yapı İşleri, 528; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 531; Karaca, 116; Sayın, 808; Aydemir, 419.

[460] Sayın, 808; Gönen/Işık, 240; Karaca, 116; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 532; Turguter/Tokmaklı, 532.

gerekmektedir.[461] Tutukluluk süresiyle ilgili olarak söz konusu maddede bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, tutukluluk süresinin uzun ya da kısa olması uygulamayı etkilemeyecektir. Ancak tutukluluk durumunun buna ilişkin mahkeme kararıyla belgelendirilmesi gerekir.[462] Ayrıca her türlü ceza mahkumiyetinin değil, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezanın söz konusu olması durumunda bu maddenin uygulanabileceği belirtilmiştir.

VII. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflas, Ağır Hastalık, Tutukluluk Veya Mahkumiyet Durumunda Sözleşmenin Sona Ermesi

Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, tutuklu veya mahkum olması veya dağılması hallerinin sözleşmenin devamına etkisi, KİSK. m. 18 ve YİGŞ. m. 50 hükümlerinde, pilot (konsorsiyumlarda koordinatör ortak) ve özel ortak için farklı şekilde düzenlenmiştir.

Yüklenicisi ortak girişim olan inşaat sözleşmelerinde, Kanunda isabetsiz olarak, pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde sözleşmenin feshedilmek suretiyle yapılmış olan işlerin tasfiye edilerek kesin teminatların iade edileceği düzenlenmiş ise de, ölüm halinde sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini ve hükmün bu şekilde anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınsın veya alınmasın kendiliğinden sona erer,[463] yapılmış işler tasfiye edilir, ancak kesin teminat iade edilir.[464] Pilot veya koordinatör ortağın (pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre) iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması durumunda ise sözleşme feshedilir,[465] fakat ortak girişim hakkında yasaklama işlemi uygulanmaz. Ancak diğer ortaklar, tasfiyeyi takip eden 30 gün içinde başvuruda

---

[461] Gök, Yapı İşleri, 528; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 531; Karahasan, İnşaat, 272; Karaca, 115; Özek/Kaya, 545; Gönen/Işık, 239.

[462] Karahasan, İnşaat, 272; Karaca, 115; Özek/Kaya, 545; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 531; Gök, Yapı İşleri, 528; Türkoğlu/Şakı/Egemen, 400.

[463] Gök, Yapı İşleri, 545; Karaca, 119; Karahasan, İnşaat, 272.

[464] Karaca, 119; Gönen/Işık, 241

[465] Karahasan ve Karaca, bu durumda da sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini savunmaktadır. Karaca, 120-121; Karahasan, İnşaat, 272.

bulunur ve idare de bunu uygun görürse, işin geri kalan kısmı için yeniden ihaleye çıkılmadan diğer ortaklarla yeni bir sözleşme imzalanır.[466] Burada esas itibariyle özel ortağın veya ortakların, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi suretiyle sözleşmenin yenilenerek taahhüde devam edilmesi söz konusudur.

Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan (özel ortaklardan) birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması durumunda ise, taahhüde devam edip etmeme hususunda diğer ortakların herhangi bir takdir hakkı bulunmayıp, özel ortağın sorumluluğunu üstlenerek taahhüde (sözleşmeye) devam etmesi zorunludur.[467] Ancak bu durumda diğer ortaklar, şahsından doğan imkansızlık nedeniyle ortak girişimden ayrılan ortağın taahhütlerini üstlenmezler ise, iş sahibi YİGŞ. m. 47/(a) ve KİSK. m. 20/(a) bendi gereğince sözleşmeyi sona erdirebilir.[468]

Özel ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması halinde iş ortaklığında diğer ortakların anılan durumlarda bulunan özel ortağa ait sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine getireceği kuralının iş ortaklığı için yerinde olduğu savunulabilirse de, konsorsiyum için uygun olmadığı açıktır. Zira, konsorsiyum işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi nedeniyle farklı konularda uzmanlaşmış kişilerin ortak bir amaç için bir araya gelmesiyle oluşur. Ancak, anılan hükümle diğer ortakların uzman olmadığı bir iş kısmını üstlenmesi zorunlu kılınmaktadır ki, bu durum işin uygun şekilde ifa edilememesine yol açabilecektir[469]. Bu itibarla, konsorsiyumlarda özel ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması halinde, o özel ortağın taahhütte bulunduğu iş kısmı için konsorsiyuma yeni bir özel ortak alınması suretiyle işe devam edilebilmesine imkan tanınması gerekmektedir. Nitekim, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ”Sözleşmenin Devri” başlıklı 16’ncı maddesinin gerekçesinde ortak girişimi

---

[466] Sayın, 810; Özek/Kaya, 546; Gönen/Işık, 241; Doğanyiğit, 1145; Turguter/Tokmaklı, 535; Karaca,119; Gök, Yapı İşleri, 545-546; Aydemir 420; Işık, 229.

[467] Gök, Yapı İşleri, 545; Gönen/Işık, 242; Karaca, 121; Işık, 229; Özek/Kaya, 546; Turguter/Tokmaklı, 535; Sayın, 810; Doğanyiğit, 1145.

[468] Karaca, 121.

[469] Uslu, 79-80; Özdemir, 118, dn. 216.

oluşturan yüklenicilerin herhangi birinde değişiklik olmasının da sözleşmenin devri olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, konsorsiyumlarda özel ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması halinde, diğer ortakların bu durumlarda bulunan özel ortağın taahhütte bulunduğu iş kısmının ifasını konsorsiyuma yeni bir ortak almak suretiyle gerçekleştirmek istemeleri durumunda sözleşmenin devrine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Bununla birlikte idarenin bu yöndeki bir talebe, yeni alınacak ortağın da ilk ihaledeki şartları taşıması koşuluyla izin vermesi gerektiği değerlendirilmektedir. Aksi takdirde konsorsiyumun diğer ortaklarının o özel ortağın taahhütte bulunduğu iş kısmını ifa edememeleri nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi gibi idarenin hiç istemediği bir sonuçla karşılaşılabilecektir. Kaldı ki, bu yönde bir talep karşısında idarenin izin vermeme hakkının bulunduğunu söylemek hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bu itibarla, bu konudaki tereddütlerin kaldırılması adına KİSK. m. 18'de bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatini paylaşıyoruz.[470]

VIII. Mücbir Sebepler Dolayısıyla Sözleşmenin Sona Ermesi

BK. m. 117 anlamında borcun imkansızlığı nedeniyle borcu sona erdiren ve borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerin başında mücbir sebep gelmektedir. Gerek kamu ihale mevzuatında gerekse de diğer Kanunlarda tanımlanmayan mücbir sebep kavramını, borçlunun hakimiyet alanı dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, sözleşmenin kuruluşunda öngörülemeyen ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay olarak tanımlayabiliriz.[471]

KİSK. m. 23'de, "*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir*" hükmüne yer verilerek, mücbir sebeplerden dolayı borcun sona ermesi öngörülmüştür. Sözleşme ilişkileri bakımından mücbir sebep sayılacak haller ve şartları ise, KİSK. m. 10'da sayılmıştır. Anılan hükme göre

[470] Özdemir, 118, dn. 216.

[471] Eren, Borçlar, 518; Eren, Sorumluluk Hukuku, 176.

mücbir sebep halleri,[472] doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı olarak sayılmış[473] ve bu sayılanların dışında da mücbir sebep olarak ileri sürülebilecek haller olabileceği düşünülerek, gerektiğinde Kurum[474] tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin de mücbir sebep olarak kabul edilebileceği hükmüne yer verilmiştir.[475]

Kamu İhale Kurumu'na mücbir sebep konusunda tanınan yetki, mücbir sebebin ortak özelliklerini taşımakla beraber 10 ncu maddede sayılanlar dışında kalan hallerin mücbir sebep sayılmasına ilişkindir.[476] Kurum bu tespiti yaparken, kanunda mücbir sebep hali olarak sayılanların taşıdığı ortak özelliklere benzerlik hususunu dikkate almalıdır. Bu kapsamda mücbir sebep hallerinin olağandışı, öngörülemeyen, önlenmesi mümkün olmayan gibi ortak özelliklere sahip olduğu görülmektedir. Kanunun 10 ncu maddesinde sayılan diğer hususlar da dikkate alınmmak suretiyle, bu özellikleri taşıyan olaylar Kurum tarafından mücbir sebep hali olarak tespit edebilecektir.[477] Kurum bu yetkisini, ülke genelinde sözleşme

---

[472] "Mücbir sebep, ancak sözleşmeden sonra meydana gelen ve borcun ödenmesi olanağını ortadan kaldırıp giderilmesi borçlunun elinde olmayan sebeptir. Bu bakımdan sözleşmeden sonra fiyatların yükselmesi mazeret gösterilerek "mücbir sebep"ten bahisle icabın yerine getirilmemesi geçerli bir neden değildir. Kaldı ki ticari hayatta kar ve zarar eşit ihtimaller olduğu ve satıcının da vaktinde tedbir almış olması gerektiğinden meselenin zorunluluk hali ile izahı yapılamaz." Y.4.HD. 24.2.1970 tarih ve 12400/1455 sayılı karar için bkz. Doğanyiğit, 1178.

[473] Kamu İhale mevzuatı açısından mücbir sebep sayılabilecek haller ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Atlı, 64 vd.

[474] KİSK. m. 10'da geçen "Kurum" tabiri, ihaleyi yapan ve sözleşmenin tarafı olan idareyi değil, Kamu İhale Kurumunu ifade etmektedir.

[475] Devlet İhale Kanununda mücbir sebepler düzenlenmemiş, BİGŞ. m. 27'de ise, mücbir sebepler nedeniyle süre uzatımı verilebileceği düzenlenmiş, ancak nelerin mücbir sebep sayılacağı ve şartları düzenlenmemiştir. Bu nedenle idareler, şartname ve sözleşmelere nelerin mücbir sebep sayılacağına ilişkin hükümler koymakta, idareler tarafından farklı hükümler konulduğu için uygulama birliği sağlanamamaktaydı. Bu nedenle KİSK. m. 10'da mücbir sebepler tek tek sayılmış ve bu haller dışında idarelerin mücbir sebep belirleme imkanı ortadan kaldırılarak yeni mücbir sebeplerin tespiti yetkisini Kamu İhale Kurumuna vermiştir. Gönen/Işık, 193; Sayın, 745; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 204; Turguter/Tokmaklı, 489; Atlı, 64-65.

[476] Atlı, 81; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 208.

[477] Örneğin, 02.08.2004 tarih ve 2004/DK.D-256 sayılı Kurul Kararı ile yurt dışından mal veya hizmet getirilmesini gerektiren taahhüdün yerine getirilebilmesi için ithalatın zorunlu olduğu işlerde tekliflerin alınmasından sonra mahreç ülkede ihracat rejimi değişikliği yapılması, bu değişikliğin edimin yerine getirilmesine engel olması ve bu durumun tekliflerin sunulması aşamasında bilinmesinin mümkün bulunmaması halinde, bu durumun 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (e) bendi kapsamında mücbir sebep hali olarak kabulüne karar verilmiştir. Yine, 08.10.2007 tarih ve 2007/DK.D-138 sayılı Kurul Kararı ile, gümrük işlemlerinde yaşanan söz konusu gecikmenin mutad bir gecikme olup olmadığı araştırılarak, bu gecikmenin mutad dışı bir gecikme olduğunun anlaşılması durumunda belirtilen durumun 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi çerçevesinde "mücbir sebep" olarak kabul edilebileceğine karar verilmiştir.

edimlerinin yerine getirilmesini etkileyecek olayların meydana gelmesi durumunda, bu olayın etkilediği bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde kendiliğinden düzenleyici bir kararla kullanabileceği gibi, talebe bağlı olarak[478] önüne gelen olaylar için geçerli olmak üzere de mücbir sebep hali belirleyebilecektir.[479]

Mücbir sebep hallerinin ortaya çıkması tek başına yeterli olmayıp, bu halin sözleşme ilişkisi bakımından idarece mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması (Örneğin doğal afet veya salgın hastalıkta yükleniciye bir kusur atfedilemez), taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması (Örneğin, bir bölgedeki doğal afet, inşaat mahallini etkilemiyorsa mücbir sebep olarak kabul edilemez), yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması (Örneğin sel baskınının etkileri yüklenici tarafından giderilebilecek durumda ise, mücbir sebep kabul edilemez), mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi (Örneğin, salgın hastalık durumu sağlık Bakanlığından alına bir belge ile belgelendirilmelidir) zorunludur[480] (KİSK. m. 10/II). İdareye bildirim için öngörülen yirmi günlük süre hak düşürücü süre olup, bu süreyi geçirdikten sonra yapılacak başvurular idare tarafından dikkate alınmayacaktır[481] (YİGŞ. m. 29/IV).

Mücbir sebebin ortaya çıkması durumunda ya süre uzatımı verilecek veya sözleşme feshedilecektir (KİSK. m. 10). Sözleşme ilişkisinde mücbir sebep niteliğinde bir olayın ortaya çıkması, kendiliğinden sonuç doğurmamaktadır. İdare, ortaya çıkan durumun işin yürütülmesine etkisini, yüklenicinin bildirim ve ispat yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği hususlarını vs. göz önünde bulundurarak sürenin uzatılmasına karar verebilecektir.[482] Ayrıca mücbir sebeplerin meydana getireceği zarar ziyanın yüklenicinin sigorta yükümlülüğü çerçevesinde tazmin

---

[478] Mücbir sebepler ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumuna sadece idareler başvurabilir. Ancak idareye yapılan başvuruya rağmen idare bu hususta Kamu İhale Kurumuna başvurmaz ise, yüklenicinin de başvurabileceği kabul edilmektedir. Işık, 219.

[479] Atlı, 81; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 208.

[480] Karaca, 106; Gönen/Işık, 194; Atlı, 100 vd.; Turguter/Tokmaklı, 492-493, 569; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 158 vd.; Sayın, 748; Özek/Kaya, 530.

[481] Uslu, 93; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 162; Turguter/Tokmaklı, 493; Atlı, 103.

[482] Atlı, 105; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 158.

edileceği de KİSK. m. 9'da düzenlenmiştir.[483] Bu durumda mücbir sebebin ortaya çıkması halinde süre uzatımı ve sigorta güvencesi söz konusu olduğundan, yüklenicinin her mücbir sebep durumunda sözleşmenin feshi talebinde bulunması objektif iyiniyet kurallarına aykırı olacaktır. Bu nedenle mücbir sebebin sonuçlarının süre uzatımı ile telafi edilebileceği durumlarda sadece süre uzatımının talep edilebileceği, ortaya çıkan sonucun sözleşmenin ifasını fiilen imkansız hale getirdiği durumlarda ise sözleşmenin feshinin talep edilebileceği kanaatini paylaşmaktayız.[484]

Mücbir sebepler nedeniyle sözleşmenin feshi durumunda işin genel hükümlere göre tasfiye edileceği ve kesin teminatın iade edileceği düzenlenmiştir, ancak fesih süreci ve yöntemi hakkında bir açıklık getirilmemiştir. Tarafların kusuruna dayanmayan bu fesih sürecinde, öncelikle idare tarafından alınan fesih kararının yükleniciye bildirilmesi, kesin teminat ve ek kesin teminatların iade edilmesi, fesih tarihine kadar yapılmış işlerle ilgili hesapların sözleşme ve Yapım İşleri Genel Şartname hükümleri çerçevesinde tasfiye edilmesi, sözleşme ve eklerinde hüküm bulunmayan hallerde ise, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir.[485]

IX. Sözleşme Kapsamında Yaptırılabilecek İlave İşlerin (İş Artışının) Kanunda Öngörülen Sınırı Aşması Durumu

01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren KİSK. m. 24'e göre, bu Kanuna göre akdedilen hizmet veya yapım sözleşmelerinin ifası sırasında, öngörülemeyen durumlar nedeniyle iş artışının zorunlu olması halinde, iş artışı yapılmasına cevaz verilmeyerek sözleşmenin feshedilip işin yeniden ihale edilmesi öngörülmekteydi[486].

---

[483] Sigorta yükümlülüğünün ayrıntıları YİGŞ. m. 9 ve m. 27'de düzenlenmiştir.

[484] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 590-591; Atlı, 105. "İdare tutanakta belirlediği tarihler arasında hava koşulları nedeniyle çalışma yapılamayacağını saptamak suretiyle mücbir sebebin varlığını kabul ettiğine göre, süre uzatımı vermesi gerekirken sözleşme eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesindeki fesih yöntemine aykırı biçimde sözleşmeyi eylemli olarak fesih edip teminatın irat kaydedilmesi doğru değildir." Y.15.HD. 15.04.1999 tarih ve 557/1435 sayılı karar için bkz. YKD, C.26, S.2, Şubat 2000, 239.

[485] Turguter/Tokmaklı, 570; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 591.

[486] Bu düzenleme, Devlet İhale Kanununun uygulanması döneminde görülen yaygın iş artışları, temel, tünel vb. işler gerekçe gösterilerek yaptırılan sınırsız ilave işler, işlerin ilk keşifleri oranında tamamlanmalarının neredeyse imkansız olması gibi olumsuz uygulamalara tepki amacıyla

İşlerin uzamasına, emek ve zaman kaybına, özellikle birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işlerinin büyük çoğunluğunun yarım kalmasına dolayısıyla kamu hizmetinin aksamasına neden olacak olan söz konusu madde, 4964 sayılı Kanunla[487] iş artışı ve eksilişine imkan verecek şekilde yeniden düzenlenmiştir.[488] Mevcut düzenlemeye göre, KİSK. m. 24 ve YİGŞ. m. 21 uyarınca, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işlerinde ise kural olarak sözleşme bedelinin % 20'sine kadar olan iş artışları,[489] sözleşmeye esas proje içinde kalması ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması şartlarıyla, aynı yükleniciye devam eden sözleşme kapsamında yaptırılabilecektir. Ancak işin bu oranlar aşılmadan tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda, artış yapılmaksızın sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin tasfiyesinden sonra ise işin kalan kısmı için yeniden ihaleye çıkılacaktır.

Anılan hükümler gereğince, kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde iş artışına gidilebilme şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

1. İş artışını zorunlu kılan yeni durumun ihale sürecinde idarece öngörülmesinin mümkün olmaması gerekir.[490] Öngörülemeyen hali, borcun sözleşme hükümlerine göre ifasını imkansız kılan, ancak mücbir sebep hallerine varmayan bir çeşit ifa imkansızlığı şeklinde tarif edebiliriz.[491] Öngörülemeyen durumlar,[492]

---

getirilmiştir. Ancak iş artışına hiçbir oran dahilinde imkan vermeyen, bu tür bir zorunluluk halinde sözleşmenin tasfiyesini öngören bu yaklaşımın gerçekçi bir uygulama şekli olmadığı anlaşılarak 4964 sayılı Kanunun 46 ncı maddesiyle değiştirilmiş ve belli şartlar altında ve makul sınırlar içinde iş artışına imkan tanınmıştır. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 433-434; Böke, 959; Altun, 454, 455.

487 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

488 Akbulut, İş Artışı, 87.

489 KİSK. m. 24'de, DİK. m. 63'de belirlenen iş artış oranları düşürülerek ve belli oranların aşılması durumunda bakan onayı yerine Bakanlar Kurulu onayı şartı getirilerek daha katı hükümler getirilmiş ve iş artışı uygulaması isabetli bir şekilde daraltılmıştır. Bu durumun, uygulamada, iş artışı nedeniyle sözleşmenin tasfiye edildiği durumlarda artış göstermesine neden olacağı kanaatini paylaşmaktayız. Uslu, 89.

490 Akbulut, İş Artışı, 87; Altun, 455; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 438; Sayın, 829; Gönen/Işık, 275.

491 Akbulut, İş Artışı, 87.

492 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda öngörülemeyen hal borcu sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemekle birlikte, iş artışının yasal iş artışı sınırını aşması nedeniyle işin sözleşme

yaklaşık maliyetin ve projelerin hazırlanması sırasında tahmin edilmesi ve dikkate alınması mümkün olmayan, işin devamı sırasında ortaya çıkan gelişmeleri ifade eder.[493] Bu durumlar idarenin kendi faaliyet ve ihtiyaçlarının sonucu olabileceği gibi idarenin kontrolü dışındaki gelişmelerden de kaynaklanabilir. Örneğin kazı çalışmaları sırasında zemin yapısına bağlı olarak ön projede öngörülenden daha derine inme zorunluluğunun ortaya çıkması veya kazı sırasında yer altı suyuna rastlanmasına bağlı olarak tecrit yapma zorunluluğunun doğması hallerinde, iş ancak sözleşme bedeli üzerinde bir artışla tamamlanabilecektir.

2. Artışa konu olan işin sözleşmeye esas proje içinde kalması gereklidir.[494] Sözleşmeye esas proje içinde kalmak, işin esaslı unsurlarını değiştirmeyen ve projede yapılabilecek revizyonlarla işin sözleşme ve eklerine uygun olarak ifasına imkan tanımak şeklinde tanımlanabilir.[495] Bu şart ilave işin, projenin tamamlanabilmesi için zorunlu olması lüzumunu ifade eder. Mevcut proje kapsamındaki işlerle bağlantısı olmayan bir işin iş artışı kapsamında yükleniciye yaptırılması mümkün değildir.[496]

3. Artışa konu işin idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması gerekir.[497] İşin birim miktarındaki her bir birimlik artışın aynı zamanda sözleşme bedelini de artıracağı, böylece her iş artışının idareye artı bir maliyetinin olacağı muhakkaktır. Ancak bunu sadece maddi anlamda külfet olarak değil, işin süresinin uzamasına bağlı olarak kamu hizmetinin gecikmesi nedeniyle idarenin katlanması gereken fazladan maliyet olarak anlamak gerekir. Sözleşme kapsamındaki bir iş artışının halen mevcut işi yapan yükleniciye yaptırılması ile işin kesin kabulü yapıldıktan sonra ilave işin başka bir yükleniciye yaptırılması arasındaki farka göre ilave işin idareyi külfete sokup sokmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir.[498] İş artışının teknik veya ekonomik olarak asıl

---

hükümlerine göre ifasının imkansız olduğu durumlarda "öngörülemeyen hal" sözleşmeyi sona erdiren neden olarak kabul edilmiştir. Akbulut, İş Artışı, 87.

493 Gök, Yapım Sözleşmeleri, 438; Altun, 455; Böke, 960.

494 Altun, 456; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 439; Akbulut, İş Artışı, 87; Gönen/Işık, 275; Sayın, 829; Özek/Kaya, 539.

495 Akbulut, İş Artışı, 87.

496 Gök, Yapım Sözleşmeleri, 439; Altun, 456.

497 Altun, 456-457; Akbulut, İş Artışı, 87; Gönen/Işık, 275; Özek/Kaya, 539; Sayın, 829; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 439.

498 Akbulut, İş Artışı, 87.

işten ayrılmamasından kasıt ise, söz konusu iş artışı yapılmaksızın sözleşmenin ifasının fen ve sanat kuralları ile sözleşme ve eklerine uygun olarak ifasının imkansız olmasıdır. Örneğin bir karayolu yapımında projeye göre dolgu malzeme ile geçilmesi öngörülen arazinin belli bir kesiminde viyadük yapılmasının zorunlu olduğunun sözleşmenin ifası sırasında anlaşılması ve viyadük yapımının aynı zamanda bir iş artışına neden olması halinde, söz konusu viyadük yapılmadan sözleşmenin ifasından veya işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapıldığından bahsedilemeyecektir.[499]

Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde oranlar dahilindeki ilave işler, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir, başka bir deyişle iş artışına gidilebilir. Buna göre artışa konu iş kalemi sözleşme kapsamında belirlenen ve yapımı devam eden bir işe ilişkinse o iş kalemine ilişkin olarak sözleşme ve eklerinde belirlenen fiyatlar üzerinden iş kaleminin fiyatının, sözleşmede olmayan işler içinse sözleşmenin akdedildiği anda geçerli olan rayiç bedeller üzerinden artışa konu iş kaleminin fiyatının belirlenmesi gerekmektedir.[500]

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda, artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir.[501] Ancak bu durumda, işin tamamının[502] ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur (KİSK. m. 24/III, YİGŞ. m. 21/IV). Başka bir ifade ile işin tamamlanması için yasal sınırları aşan ilave iş ihtiyacı bulunduğu tespit edilmişse, iş artışına gidilmeksizin, sözleşme bedelinin tamamlanmasını müteakip işin ve sözleşmenin tasfiyesi gerçekleştirilecektir.[503] Anılan hükümde, iş artışının yasal

---

[499] Akbulut, İş Artışı, 88.

[500] Bu durum Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklılık arzetmektedir. BK. m. 366'da, yüklenicinin sözleşme ve eklerinde olmayan bir işi fazladan yapması halinde veya işin bedelinin takribi olarak belirlenmesi halinde ve iş sahibi ile yüklenicinin sonradan bedelde anlaşamamaları durumunda, sözleşmede yer almayan işlerin bedeli yapılan şeyin kıymetine, harcanan emeğe veya müteahhidin masrafına göre işin yapıldığı andaki rayiç bedeller üzerinden mahkemece tespit edilecektir. Akbulut, İş Artışı, 88.

[501] "İş artışının yasal sınır geçmesi halinde, yasa gereği idare sözleşmeyi tasfiye etmek zorunda olduğu gibi, müteahhitte yasal sınırın üzerinde iş yapmaya zorlanamaz ve onun da bu nedene dayalı fesih hakkı bulunmaktadır." Y.HGK. 8.10.1976 tarih ve E:975/11-102, K:2605 sayılı karar için bkz. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 447.

[502] "İşin tamamı"ndan kastedilen, işin fiziken tamamlanması değil, sözleşme bedeli cinsinden tamamlanmasıdır.

[503] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 447; Gönen/Işık, 278.

sınırlar üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle hesabın tasfiye edilme yöntemi konusunda, genel hükümlere atıf yapılmıştır. Yüklenici kusuruna dayanmayan bu sona erme durumunda, kesin ve ek kesin teminatlar iade edilecek, tasfiye süreci ise YİGŞ. m. 47'ye göre gerçekleştirilecektir.

Borçlar Kanununda da, müteahhit ile iş sahibinin önceden yaklaşık olarak tahmin ettikleri keşif bedelinin (masraf tahmininin),[504] iş sahibinin etkisi olmadan aşırı ölçüde aşılması halinde, gerek eserin meydana getirilmesi esnasında gerekse meydana getirildikten sonra iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir (BK. m. 367/I). İş sahibinin müteahhide önceden bir süre vermesi veya ihtarda bulunması gerekmez.[505] İnşaat başlamadan önce sözleşmede öngörülen edimler için ödenmesi gereken nihai ücret (gerçek maliyet) yaklaşık keşif bedelinden yüksek olduğu takdirde keşif bedeli aşılmış olur. Aşmanın aşırı olup olmadığı sözleşmede katlanılabilir aşılma miktarı belirlenmişse buna göre, sözleşmede belirlenmemişse her olayın somut özellikleri ve iş hayatındaki dürüstlük kurallarının gereklerine göre tespit edilir.[506] Bu konuda %10'luk bir tolerans sınır kabul edilmektedir.[507]

Keşif bedelinin aşırı ölçüde aşılmasına iş sahibinin kendisinin veya davranışından sorumlu olduğu kişilerin sebep olması halinde, iş sahibinin BK. m. 367'ye dayanarak sözleşmeyi sona erdirmesi dürüstlük kuralına aykırı olur. Bu surette ortaya çıkan masraf artmasına iş sahibi kendisi katlanmalıdır.[508] Yaklaşık ücretin önceden tahmin edilen miktarı aşırı şekilde aşmış olması, iş sahibinin kendisinden kaynaklanmasa bile, bu artışa açık veya zımni şekilde razı olmuşsa, sözleşmeyi sona erdiremez.[509] Yüklenici, özen borcu gereğince yaklaşık ücretin aşırı şekilde aşıldığını öğrenir öğrenmez derhal iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde iş sahibinin geç öğrenme sebebiyle doğan zararını tazmin etmek zorundadır. Ancak yüklenici, bildirim zamanında yapılsa bile iş sahibinin sözleşmeyi sona

---

504 Yaklaşık ücret ve yaklaşık masraf tahmini kavramları ile ilgili olarak bkz. Altaş, Eser, 240.

505 Öz, Eser Sözleşmesi, 87.

506 Tandoğan, Borçlar, 282; Altaş, Yaklaşık Ücret, 76; Aral, 392; Uygur, İnşaat, 1042; Yavuz, 497; Öz, Eser Sözleşmesi, 70; Gauch, Nr.986; Zindel/Pulver, Art.375, Nr.11; Bühler, Art.375, Nr.24.

507 Tercier, Nr.3725; Engel, 428; Aral, 392; Eren, Sona Erme, 90; Tandoğan, Borçlar, 283-284.

508 Tandoğan, Borçlar, 286; Altaş, Yaklaşık Ücret, 78; Aral, 392.

509 Öz, Eser Sözleşmesi, 76; Ergezen, 111; Altaş, Yaklaşık Ücret, 79; Baygın, 162.

erdirmeyeceğini ispat ederse, tazminat ödeme borcu olmaz.[510] Yaklaşık ücretin aşırı şekilde aşılmasına rağmen, yüklenici söz konusu masrafları iş sahibinden talep etmiyor ve bunlara kendisi katlanıyorsa, iş sahibi yine sözleşmeyi sona erdiremez.[511]

BK. m. 367/II'ye göre, iş sahibinin arsası üzerine yapılan taşınmaz inşaat henüz tamamlanmadan, yaklaşık ücretin aşıldığı fark edildiği takdirde, iş sahibine seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre iş sahibi, ya ücretten uygun bir indirim yapılmasını isteyebilir veya o zamana kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödeyerek sözleşmeden dönebilir.[512] Şayet taşınmaz inşaat tamamlanmışsa, iş sahibi sadece ücretten indirim talep edebilecektir.[513]

İnşaat tamamlanmadan dönme hakkının kullanılabilmesi için ödenmesi gereken tazminat, yüklenicinin sözleşmeden dönme anına kadar yaptığı masraflarının hakkaniyete uygun karşılığıdır.[514] Yükleniciye ödenmesi gereken tazminat, dönmenin bir şartı değil, bir sonucudur.[515] Tazminat borcu dönme anına kadar yapılan işler göz önüne alınarak ve dürüstlük kuralı gözetilerek hesaplanmalıdır. Ayrıca söz konusu tazminat, yüklenicinin sözleşmeden dönme üzerine uğradığı zararı karşılamaya yönelik olmakla birlikte, sebepsiz zenginleşmeye gidilmesine de gerek kalmamaktadır. Yine kural olarak sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zararın tazmini istenebilirken, hakim özel olarak tanınmış takdir yetkisine dayanarak hakkaniyetin gerektirdiği oranda, yüklenicinin ifaya olan çıkarının (olumlu zararın) karşılanmasına da karar verebilecektir.[516]

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, BK. m. 367'ye göre sözleşmeden dönme gerçek anlamda bir dönme olmayıp, ileriye etkili bir fesihtir.[517] Bu görüşe göre, yükleniciye inşaatın dönme anına kadar yapıldığı kısmı dikkate alınarak bir

---

[510] Tandoğan, Borçlar, 285; Altaş, Yaklaşık Ücret, 77.

[511] Altaş, Yaklaşık Ücret, 76; Öz, Eser Sözleşmesi, 77; Becker, Art.375, Nr.2; Bühler, Art.375, Nr.5;

[512] Öz, Eser Sözleşmesi, 80; Altaş, Yaklaşık Ücret, 81, 82; Tandoğan, Borçlar, 294-295.

[513] Altaş, Yaklaşık Ücret, 81, 82; Tandoğan, Borçlar, 294; Öz, Eser Sözleşmesi, 82.

[514] Zindel/Pulver, Art.375; Oser/Schönenberger, Art.375, Nr. 10; Gauch, Nr.1023; Bühler, Art.375, Nr.42; Tandoğan, Borçlar, 295; Altaş, Yaklaşık Ücret, 82; Öz, Eser Sözleşmesi, 83; Aral, 392.

[515] Altaş, Yaklaşık Ücret, 83; Öz, Eser Sözleşmesi, 83.

[516] Öz, Eser Sözleşmesi, 84.

[517] Aydemir, 357; Sungurbey, Borçlunun Direnmesi, 760, dn. 2; Sungurbey, Medeni Hukuk, C.5, 559, dn. 2; Gautschi, Art.375, Nr.9.

tazminat ödendiğine ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmediğine göre, burada geçmişe etkili dönmenin olduğu söylenemez. Bu durum, özel hükümle düzenlenmiş bir fesih hali olabilir. Dönme görüşünü savunanlar ise, burada sadece iş sahibinin arsasında yapılan kısmın bütünleyici parça olarak onun mülkiyetine geçmesi karşısında, tasfiyeyi sebepsiz zenginleşme değeri ile sınırlamanın hakkaniyete aykırı olması nedeniyle geriye etkili dönmeye özel bir sonuç bağladığı, bunun fesih sayılamayacağı noktasındadır.[518] Kanaatimizce de burada dönme üzerine hakim, yapılan kısmın karşılığı kadar bir bedelin ödenmesine değil, hakkaniyete göre serbestçe belirleyeceği bir miktar ödenmesine karar verecektir. Oysa fesihte, yapılan iş kısmı oranında bedelin ödenmesi gerekmektedir.[519]

X. İhalenin İptalinin Hukuki Sonuçları

İdareler kamu ihaleleri ile kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan edimleri elde etmeyi amaçlarlar. Bu amaçla başlatılan ihale süreci, ihale yetkilisi tarafından ihale onayının verildiği andan itibaren başlar, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde ihalenin bırakılması ve onunla sözleşmenin imzalanması ile sona erer. Ancak ihale süreci her zaman sözleşmenin imzalanması ile sona ermeyebilir. Başlamış bir ihale süreci, bazen ihaleyi açan idare tarafından iptal edilebilir, bazen de idari başvurular üzerine Kamu İhale Kurumu veya yargı organları tarafından iptal edilebilir.

A. İdare Tarafından İhalenin İptal Edilmesi

Kamu ihalelerinde sözleşme imzalanana kadar yapılan işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğunu yukarda belirtmiştik.[520] İdareler, yapmış olduğu idari işlemleri, yetkide ve usulde paralellik ilkesi doğrultusunda kısmen ya da tamamen

[518] Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt, 498.
[519] Öz, Eser Sözleşmesi, 85.
[520] Bkz. 1. Bölüm, §1, II, B.

değiştirebilir, kaldırabilir veya geri alabilir.[521] Bu bağlamda ihale sürecinin herhangi bir aşamasında, Kanunda yer alan hükümler doğrultusunda, idare tarafından ihale iptal edilebilir. Kamu İhale Kanununun 11, 16, 20, 39, 40, 44 ve 52 nci maddelerinde ihalenin idare tarafından iptalinden bahsedilmekte olup, bunların bir kısmı ihalenin iptal edilmesi hususunda idareye takdir yetkisi tanırken bir kısmı da takdir yetkisi tanımamaktadır.[522]

Kamu İhale Kanununun 16 ncı maddesinde, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunun tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği, 39 uncu maddesinde, ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu,[523] 40 ıncı maddesinde, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş işgünü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edebileceği düzenlenerek, belirtilen şartların meydana gelmesi durumunda ihalenin iptal edilmesi hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır.

Yine anılan Kanunun 11 inci maddesine göre ihalelere katılamayacak olanların ihaleye katılması halinde bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi

---

[521] İdari işlemlerde sakatlık ve hukuka aykırılık halleri ve yaptırımları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, 136 vd.; Uz, 436-437.

[522] Takdir yetkisi, idareye tamamen serbest ve keyfi hareket etme imkânı vermeyip, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak takdir "gerekçe"si idare tarafından açıklanmalıdır Nitekim Kamu İhale Kanununun ilgili hükümlerinde, ihalenin iptali işlemi yönünde kullanılan takdirin dayandığı gerekçenin açıklanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Takdir yetkisinin ihalenin iptal edilmesi yönünde kullanıldığı durumlarda ihalenin iptal edilme işleminin sebep unsuru bir başka ifade ile "gerekçe"si üzerinde yapılacak inceleme, takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü dikkate alınarak kullanılıp kullanılmadığı ile sınırlı olacaktır. Takdir yetkisi tanınmayan durumlarda ise bağlı yetkiden bahsedilir ve kanunda belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde idare öngörülen işlemi tesis etmek zorundadır. Bağlı yetkinin kullanılması durumunda ihalenin iptali işlemi üzerinde yapılacak denetim, bu yetkinin kullanılmasına dayanak teşkil eden şartların gerçekleşip gerçekleşmediği açısından yapılır. Keyik, 73, 90.

[523] Anılan hükmün gerekçesinde; *"Tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması veya yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamakla birlikte mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması, Kanunun temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti gibi nedenlerle, ihale yetkilisinin onayından önceki herhangi bir aşamada ihale komisyonunun kararı üzerine idareye uluslar arası mevzuata paralel bir şekilde ihaleyi iptâl etme yetkisi verilerek, buna ilişkin hükümler düzenlenmiştir."* açıklamasına yer verilerek, bu sebeplerin varlığı halinde iptal yönünde kullanılan takdir yetkisinin hukuka uygun olacağı dolaylı olarak ifade edilmiştir. Keyik, 77-78; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 129.

aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği, 20 nci maddesinde, belli istekliler arasında yapılan ihalelere davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihalenin iptal edileceği; 44 üncü maddesinde ihale üzerine kalan isteklinin yanında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ihalenin iptal edileceği; 52 inci maddesinde, danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ön yeterlik ve teklif değerlendirme aşamalarında üçten az aday veya isteklinin kalması halinde ihalenin yapılmayacağı hükümlerine yer verilmiştir. Anılan maddelerde belirtilen durumların oluşması halinde, idareye takdir yetkisi tanınmadan ihaleyi iptal edeceği düzenlenmiştir.[524]

İdarenin iptal yetkisi, mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. Bütün bu durumlarda ihalenin iptal edilebilmesi için haklı bir gerekçenin olması gerekir. Haklı gerekçe, ilgili madde veya madde gerekçelerinde somut olarak belirtilen sebepler olabilir veya somut bir sebepten bahsetmeyen hükümler bakımından genel bir haklı nedenin bulunması gerekir. Aksi halde ihalenin iptali işlemi hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.[525] Bu durumda ilgililer, hukuka aykırı kararın iptalini, mevzuata aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasını veya düzeltilmesini veya sadece bu yüzden uğradıkları zararın tazminini talep edebilirler.

İhalenin iptali kararının iptali için, ilgililer,[526] ihale sürecinin başlamasından sözleşmenin imzalanmasına kadar ihale ile ilgili işlemlerin mevzuata uygunluğunu denetleyen mercilere (Kamu İhale Kurumu) başvurabilir veya bir idari işlem niteliği taşıdığından idari yargıda dava açılabilir.[527] Burada kamu ihale mevzuatının sistematiği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. KİK. m.

---

[524] Keyik, 89-90.

[525] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 130.

[526] İlgililerden kasıt, şikayet ve dava ehliyetine sahip olanlar demektir. KİK. m. 54'e göre, şikayet ehliyetine sahip olanlar, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına uğrayan veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli olabilecek ve isteklilerdir. Ancak dava ehliyetini de şikayet ehliyetine sahip olanlar ile sınırlı tutmak doğru olmayacaktır. Buna göre sözleşme öncesi idarece yapılan işlemlerle, meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurabilenler tarafından iptal davasının açılabileceğinin kabulü gerekir. Uz, 451. Uygulamada idarelerin de Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı dava açtıkları görülmektedir.

[527] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 131.

56/I'de, *"...İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanlar itirazen şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir."* hükmüne yer verilmiştir.[528] Bu bağlamda herhangi bir şikayet veya itirazen şikayet başvurusu olmaksızın idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulamayacağından, bu kararlar ancak idari yargı mercilerinde dava konusu edilebilecektir.[529] Kamu İhale Kurumu ihalenin iptali kararlarına karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularını idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak inceleyecektir (KİK. m. 56/II). Bu inceleme sonucunda Kurul tarafından "itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına" veya "ihalenin iptaline ilişkin kararın iptaline" karar verilmektedir.

Kamu İhale Kurumu, ilk önceleri, ihalenin iptali işlemi ile birlikte artık ortada ihale ve ihaleye ilişkin bir süreç kalmadığından, idarenin ihalenin iptali işlemlerine karşı ancak idari yargıda idari işlemin unsurlarında (yetki, şekil, sebep, konu, amaç) hukuka aykırılık bulunduğu iddiasıyla dava açılabileceği düşüncesiyle ihalenin iptali işlemini esastan incelemeye kendini yetkili görmemiş idi. Daha sonra bu konudaki tereddüdü gidermek amacıyla Danıştay'dan istişari görüş istenilmiş, Danıştay, ihalelerin iptaline ilişkin işlemlerin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kurumun bu işlemlere karşı yapılacak şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.[530] Bu istişari görüş sonrasında Kurul, ihalenin iptali işlemine karşı yapılan itirazen şikâyet başvurularını esastan incelemeye başlamıştır.

---

[528] Anılan hüküm, 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 23 üncü maddesiyle getirilmiştir. Söz konusu değişiklikten önce, ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlar ile ilgili olarak bir ayrım yapılmadan, önce şikayet yolu ile idareye, sonra itirazen şikayet yolu ile Kamu İhale Kurumuna, sonra da Kurul kararına karşı idari yargıya gidilmekte idi. İhalenin iptali kararları ile ilgili olarak doğrudan Kamu İhale Kurumuna başvurma yetkisi olmadığı gibi, doğrudan idari yargıya gitme durumu da mümkün değildi. Doğrudan Kamu İhale Kurumuna başvuru yapıldığında, başvuru dilekçesi idarenin cevabı alınmak üzere idareye yollanmakta idi. Doğrudan idari yargıya gidildiğinde ise idari merci tecavüzü olduğu gerekçesi ile, başvurular incelenmeksizin Kamu İhale Kurumuna gönderilmekte idi.

[529] Uslu /Demirel, 598.

[530] Danıştay Birinci Dairesinin 13.04.2004 tarih ve E:2004/36, K:2004/42 sayılı kararı için bkz. Keyik, 68, dn. 155; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 132-133.

B. Kamu İhale Kurumunun İhaleyi İptal Etmesi

İdareler tarafından ihale sürecinde gerçekleştirilen hukuka aykırı işlem ve eylemlerden bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler,[531] KİK. m. 54, 55 ve 56 hükümlerinde belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilirler. Şikayet ve itirazen şikayet başvuruları,[532] dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.

Şikayet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır.[533] İdare, şikayet başvurusu üzerine on gün içinde gerekçeli bir karar alır ve karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirir. Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir (KİK. m. 55). Kurum itirazen şikayet başvurusu üzerine şikayet başvurusunun uygun bulunmadığı, ihale işlemlerinin iptali[534] veya düzeltici işlem[535] olmak üzere üç değişik karar alabilir. İdareler, hukuki durumda değişiklik yaratan

---

[531] Aday, ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri; istekli, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini; istekli olabilecekler ise, ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi ifade etmektedir. (KİK. m. 4.)

[532] Şikayet başvuruları idareye, itirazen şikayet başvuruları Kamu İhale Kurumuna yapılan başvurulardır.

[533] İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı idareye şikayet başvurusunda bulunulmadan, doğrudan Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması gerekmektedir (KİK. m. 56/I).

[534] KİK. m. 54/X(a) bendinde, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline karar verileceği düzenlenmiş olup, anılan hükümden anlaşılması gereken Kanunun temel ilkelerine ve emredici nitelikteki hükümlerine olan aykırılıktır.

[535] İtirazen şikâyet başvuru üzerine alınan düzeltici işlem kararı, ihale işlemlerinin tamamının ya da bir kısmının iptalini gerektirmeyen, ihale sürecinin kesintiye uğramasına neden olmayacak, idare tarafından düzeltilebilecek nitelikteki kanuna aykırılıklar veya eksikliklerin giderilmesi yolundaki kararlardır. Bunlar, kanunda öngörülen bazı bildirimlerin yapılmaması, bazı sonuca etkili olmayan

Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır (KİK. m. 56/VIII).

İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz (KİK. m. 55/V). Bu durumda bir ihaleye ilişkin olarak sözleşme imzalanmadan önce idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulması ve Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşmenin imzalanmaması gerekir. Bunun sonucu olarak Kamu İhale Kanunundaki usul ve sürelere uygun olarak sözleşmesi imzalanan bir ihale ile ilgili Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması ve Kurumca bu ihalenin iptaline karar verilmesi mümkün olmayacaktır. Sözleşmenin henüz imzalanmadığı durumlarda, Kamu İhale Kurumu tarafından ihalenin iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuki sonuçlar konusunda da bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Kanundaki usul ve sürelere aykırı olarak sözleşmenin imzalanması durumunda ise, zaten ortada hükümsüz bir sözleşmenin varlığı söz konusu olacaktır.

C. Yargı Organlarının Kamu İhale Kurul Kararını İptal Etmesi

Şikayet ve itirazen şikayet başvuruları,[536] dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır (KİK. m. 54). Diğer taraftan Kamu İhale Kanununun 57 nci maddesinde, şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebileceği ve bu davaların öncelikle görüleceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda şikayet ve itirazen şikayet konusu yapılabilecek karar ve işlemler, yani idarenin sözleşmenin imzalanmasına kadar olan

---

işlemlerin, belge ve bilgilerin ikmal edilmesi gibi, ihale sürecini kesintiye uğratmadan düzeltme yoluyla giderilebilecek hususlardır. Keyik, 131.

[536] Kamu İhale Kanunu ile getirilen şikayet ve itirazen şikayet yolları, kamu alımlarına ilişkin uyuşmazlıklarda, yeterli uzmanlaşma olmadığı ağır iş temposunda yavaş işleyen yargı sürecine az sayıda uyuşmazlığın konu edilmesi amacıyla, yargı önüne götürülmeden önce çözümünü sağlamak için getirilmiştir. Uz, 443.

ihale sürecindeki işlemler doğrudan dava konusu yapılamayacak, Kurul tarafından verilen nihai kararlar dava konusu olabilecektir. Ancak şikayet ve itirazen şikayet üzerine yapılan incelemeler, idare tarafından ihale sürecinde yapılan işlemler ve alınan kararların hukuka uygun olup olmadığı ile sınırlı olduğundan,[537] yargısal denetimin konusu da aynı hususta olacaktır.[538] İtirazen şikayet konusu yapılamayan işlemlerle ilgili olarak ise, idari yargılama usulünün genel hükümlerine dayanarak doğrudan yargı yoluna gidilebilecektir.[539] Ayrıca Kamu İhale Kurulu, sadece hukuka uygunluk denetimi yaptığından, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı zarar görenlerin, şikayet ve itirazen şikayet sürecinden bağımsız olarak tam yargı davası açmasına da bir engel bulunmamaktadır.[540]

Genel olarak idari işlemlerle ilgili yargılama sonucunda verilen yürütmenin durdurulması ve iptali kararlarının sonuçları, birer idari işlem olan ihale sürecindeki işlemler ve Kurulun nihai kararları içinde geçerli olacaktır. Ancak yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin[541] geçerliliği üzerindeki etkisi konusunda, bu işlemle sözleşme arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bağlı olarak farklı çözümler önerilmiştir. Bu konuda genel kabul, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin iptalinin kendiliğinden sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmayacağı yönündedir. Burada sözleşme ile ayrılabilir işlem arasındaki ilişkinin yoğunluğu dikkate alınmalıdır. Ayrılabilir işlemin iptali ile sözleşme hükmü arasında sıkı bir bağ var ise, sözleşmenin ilgili hükmü ya da tamamı iptal edilebilecektir. Aksi halde idari işlemin iptali sözleşmenin geçerliliğini etkilememelidir.[542]

Buz'a göre ise, "idari yargıda verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararları, daha önceden kurulmuş kamu ihale sözleşmesinin sırf bu nedenle

---

[537] KİK. m. 53'e göre, Kamu İhale Kurumunun şikayet süreci ile ilgili görevi, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmaktır. Başka bir ifade ile Kurul, hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır.

[538] Uz, 443-444, 447.

[539] Uz, 446.

[540] Uz, 448.

[541] Kamu ihale sözleşmelerinin, idarenin özel hukuk sözleşmesi olduğu konusu hakkında bkz. 1. Bölüm, §1, II, B.

[542] Uz, 454-454; Gözübüyük/Tan, 413 vd.

kendiliğinden geçersiz hale gelmesi sonucunu doğurmaz. Bir özel hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığı, özel hukuk esaslarına göre belirlenir. Kamu ihale sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşü kabul edilince, bu nitelendirmenin bütün sonuçları ile birlikte kabul edilmesi, yani sözleşmenin kurulması, geçerlilik koşulları, ifası, ifa edilmemesinin sonuçları ve sona ermesi gibi sorunların özel hukuka tabi tutulması gerekir."[543] Yazara göre, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamaya ilişkin bir hukuka aykırılıktan dolayı verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının özel hukuk sözleşmesini de etkilemesi, bu aykırılık durumunun aynı zamanda BK. m. 19, 20 anlamında da bir aykırılık olmasına bağlıdır.[544] Buna göre sözleşme öncesi aşamada uyulması gereken usul ve esaslara aykırı davranılması durumunda, sözleşmenin batıl veya hükümsüz olması söz konusu olacaktır.

İptal kararının sözleşmeler bakımından doğurduğu hukuki sonucun yanı sıra, idarelerce yargı kararları doğrultusunda işlem yapılması zorunluluğunun sözleşmeler bakımından nasıl bir durum ortaya çıkartacağı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Anayasasının 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan, İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

---

[543] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 104-105.

[544] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 108.

Bu kapsamda idare hukuku bakımından, iptal kararı ile birlikte, iptal edilen işleme dayanılarak tesis edilen işlem ve tasarruflar da ortadan kalkar. İdare iptal edilen işlem hiç tesis edilmemiş gibi bundan doğan sonuçları gecikmeksizin ortadan kaldırmakla yükümlüdür.[545] Doktrinde, idarenin sözleşme yapma iradesinin idari yargı organları tarafından hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiği hükme bağlanırsa, sözleşmenin tarafı olan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerektiği ifade edilmektedir.[546] Uygulamada idare mahkemesi tarafından, Kamu İhale Kurulu'nun davaya konu kararının yürütmesinin durdurulması veya yargılama sonunda iptaline hükmedilmesi durumunda, Kurul, davaya konu kararını iptal ederek mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda yeni bir karar almakta ve ilgilere (idare ve davacı) tebliğ etmektedir. Bu durumda idare kararın gereğini 30 günlük süresi içinde gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır.

Ancak bazı durumlarda iptal kararının yerine getirilmesinde fiili veya maddi imkansızlıklar olabilir. Bu durum, iptal kararının yerine getirilmesi imkanının olmaması veya iptal kararının yerine getirilmesinin büyük haksızlıklar yaratması veya iptal kararının yerine getirilmesinde maddi imkansızlıklar olması şeklinde tezahür edebilir. Örneğin sözleşme konusu inşaat işi büyük ölçüde tamamlanmış veya tamamen bitmiş olabilir ve artık ortada iptale konu bir sözleşme kalmamış olabilir. Sözleşme konusunun yerine getirilmiş olduğu bu tür durumlar dışında ise, hakkaniyet gözetilerek sözleşmenin uygulanması sürecinde meydana gelinen aşamaya göre karar verilmesi gerekir.[547]

---

[545] "…iptal kararlarının kanunen belli, çeşitli sebepler muvacehesinde idari tasarrufu, yapıldığı tarihe kadar ortadan kaldıracağı için geçmişe şamil (etkili) olduğu idare hukukunun umumi prensiplerindendir. Bu itibarla iptal davasına konu olan idari bir işlem ve kararın Danıştay'ca iptal edildiği tarihten değil, idarece verildiği andan itibaren ortadan kalmış sayılması gerekeceğine binaen…" Danıştayın 09.07.1966 tarihli E:1975/21 ve K:1966/7 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. DKD., S.103-106, 77.

[546] Uz, 457.

[547] Uz, 459-460.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİSİNİN SONUÇLARI

§1. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNDE USUL

I. Kamu İhale Mevzuatındaki Mevcut Düzenleme

A. Sözleşmenin Sona Erme Usulü

KİSK. m. 20/(a) bendinde, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan hükme göre, yükleniciye sözleşmenin feshini gerektiren ihale dokümanı ve sözleşmeye aykırı hareketleri veya taahhüdünü tamamlaması hususu en az 10 gün süreli[1] bir ihtarname ile bildirilecektir.[2] İhtarnamede ihtarı gerektiren nedenler, Kanunda ifade edildiği üzere "açıkça" belirtilecek ve tayin edilen müddet içinde yükleniciye bu aykırılıkların giderilmesi veya taahhüdün yerine getirilmesi bildirilecektir. Ayrıca verilen süre içinde aykırılıkların giderilmemesi durumunda

---

[1] Devlet İhale Kanununda da bu sürenin 10 günden aşağı olamayacağı düzenlenmiştir. Öte yandan BİGŞ. m. 47'de ivedi durumlarda bu sürenin kısaltılabileceğine ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. Gök, Yapı İşleri, 531.

[2] On günden aşağı olmamak üzere verilecek süre, Borçlar Kanununun ifadesiyle "borcun ifa edilmesi için münasip bir süre" olmalıdır. Başka bir ifadeyle, verilen sürede yükleniciden işi veya işin yürütülmesini sözleşmeye uygun hale getirmesi beklendiğine göre, sürenin objektif iyiniyet

sözleşmenin feshedileceği de ihtarda belirtilecektir.[3] Yüklenici verilen süre içinde ihtarnamede belirtilen aykırılıkları ortadan kaldırmazsa mütemerrit duruma düşecek ve idare ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmeyi feshedecektir.

KİSK. m. 20 ile idareye süre vererek sözleşmeyi sona erdirme hakkının tanınması BK. m. 106'ya paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Seçim hakkını BK. m. 106 çerçevesinde sözleşmeden dönme yolunda kullanan alacaklının bununla bağlı olması gibi, KİSK. m. 20 uyarınca süreli ihtarname gönderen iş sahibinin sözleşmeden dönmeden[4] başka seçeneği kalmaz. İş sahibi, YİGŞ. m. 47'deki prosedürü işletmeden, BK. m. 106'daki diğer seçimlik haklarını da kullanabilir.[5]

Ancak, KİSK. m. 20/(a) bendinde, en az 10 gün süreli ihtarname çekilmesinin zorunlu tutulmuş olması, iş sahibine mehil tayin etmeksizin sözleşmeyi derhal sona erdirme imkanı veren BK. m. 107'nin uygulanmasına engel olmaz. Bu itibarla, somut olayda BK. m. 107'deki özel şartlar varsa, idare mehil (son süre) vermeksizin sözleşmeyi feshedebilecektir.[6] KİSK. m. 20/(a) bendinde belirtilenler dışındaki sona erme hallerinde ise, yükleniciye mehil verilmeyecek sadece fesih kararı bildirilecektir. Fesih hakkı sadece taraflarca kullanılabildiğinden, sözleşmeyi fesih kararının, idare adına sözleşmeyi imzalayan makam tarafından alınması gerekmektedir.[7]

Kural olarak, fesih beyanı muhataba ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı tarihin tespitine ilişkin olarak m. 22/I'de, *"19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün*

---

kurallarına göre bu ihtiyacı karşılayacak biçimde tespit edilmesi gerekir. Uslu, 103, dn. 197; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 564.

3 Gönen/Işık, 249; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 564; Gök, Yapı İşleri, 530.

4 Kanunda her ne kadar fesih kelimesi kullanılmakla birlikte, ani edimli borç ilişkisi doğuran kamu inşaat sözleşmelerinde dönme söz konusu olduğunu kanaatindeyiz. Bkz. 3. Bölüm, §1, II.

5 Karaca, 147; Gönen/Işık, 261.

6 Tandoğan, Borçlar, 70; Gök, Yapı İşleri, 531; Gönen/Işık, 251; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 564.

7 Turguter/Tokmaklı, 565; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 567; Gönen/Işık, 251; Gök, Yapı İşleri, 531; Sayın, 822. "Fesih yetkisinin sözleşmeyi idare adına imzalayan makam tarafından kullanılması gerekir." Y.4.HD. 02.03.1970 tarih, 12803/1666 sayılı karar için bkz. Doğanyiğit, 1159.

içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir." hükmüne yer vererek özel bir düzenleme getirilmiştir.

Anılan hükme göre, sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini ileri sürerek fesih talebinde bulunması halinde bu talebin idareye intikal tarihi, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine idarenin en az on gün süreli ihtarının bitim tarihi, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit tarihi, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, bu tespitin yapıldığı tarih itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılacaktır. Bu tarihleri izleyen 7 gün içinde idare tarafından (ihale yetkilisi) ayrıca bir protesto çekmeye ve mahkemeden hüküm almaya gerek kalmaksızın, fesih kararı alınacağı ve alınan kararın 5 gün içinde yükleniciye bildirileceği düzenlenmiştir.

B. Sözleşmenin Feshinde İdarece Yapılması Gerekenler

1. Hesabın Tasfiyesi Ve Durum Tespit Tutanağı

KİSK. m. 20'deki şartların gerçekleşmesi durumunda, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilecek ve sözleşme feshedilerek hesap genel hükümlere göre tasfiye edilecektir. YİGŞ. m. 47'de de hesabın tasfiyesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Anılan hükme göre sözleşmenin feshedilmesine ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir "Durum Tespit Tutanağı" düzenlenir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir (YİGŞ. m. 47/XI).

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 getirdiğinden,

işin o tarihe kadar yapılmış kısımları ile yapılmamış (eksik) kısımlarını ayrıntılı olarak ve mahaller itibariyle tutanağa geçirmelidir. Fesih tarihinde mevcut ihzarat durumu ve eksik veya kusurlu işler için kesilmesi gereken nefaset farkı da söz konusu tutanakta gösterilir.[8]

Sözleşmenin feshi halinde "durum tespit tutanağı" düzenlenirken, tasfiye halinde de "tasfiye geçici kabul tutanağı" düzenlenir. Her iki tutanak arasında içeriğe ilişkin herhangi bir fark bulunmamaktadır. Sözleşmenin tasfiyesi halinde, işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41, 42, 43, 44 ve 45 inci madde hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde[9] olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki miktarına göre hesaplanacak kesin teminat miktarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir (YİGŞ. m. 47/XIV).

Gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, ayrıca teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak durum tespit tutanağında veya tasfiye geçici kabul tutanağında belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmediği takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise genel hükümlere göre işlem yapılır (YİGŞ. m. 47/XVII)

---

[8] Gök, Yapı İşleri, 533; Özek/Kaya, 554; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 575.

[9] Normal şekilde bitirilmiş işler, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi suretiyle sona eren ve idarece kabul işlemleri yapılan işlerdir.

2. Yapılan İşlerin Bedelinin Ödenmesi (Hesap Kesme Hakedişi)

Yapım İşleri Genel Şartnamesi feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabının genel hükümlere göre yapılacağını ifade ederek KİSK. m. 20'ye paralel bir düzenleme getirirken, bunun uygulanış biçimi konusunda genel hükümlerden farklı bir yöntem getirmiştir. Şöyle ki, YİGŞ. m. 47/XVIII'e göre, *"Sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra "hesap kesme hakedişi"*[10] *idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte 40 ıncı maddesindeki esaslara göre yapılır. Yüklenici gelmediği veya yetkili bir vekil göndermediği takdirde, idare bu hakedişi tek taraflı olarak yapar ve yüklenicinin bu hususta hiç bir itiraz hakkı olamaz."*

Şartnamenin atıf yapılan 40 ıncı maddesi, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi suretiyle sona eren ve idarece kabul işlemleri yapılan işlere ait kesin hakediş raporunun düzenlenme yöntem ve esaslarını belirlemektedir. Bu şekilde normal olarak sona eren işlerde düzenlenen hakediş raporlarında, doğal olarak yapılan işlerin bedelleri, sözleşme fiyatları (varsa birim fiyat farkları da ilave edilerek) üzerinden hesaplanmaktadır. Sözleşme fiyatlarının içerisinde ise müteahhide ödenen kar da yer almaktadır.[11]

II. Kamu İhale Mevzuatındaki Mevcut Düzenlemenin Değerlendirilmesi

Öncelikle kamu ihale mevzuatında idareye tanınan sözleşmeyi sona erdirme hakkını tanımlamak üzere kullanılan terminoloji üzerinde durmak gerekmektedir. Gerek KİSK m. 16-23, gerekse de YİGŞ. m. 46-50'de sözleşmenin sona ermesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, ancak anılan hükümlerde sadece "sözleşmenin feshi" ifadesi kullanılmıştır.[12] Bu durum öncelikle Borçlar Kanununda

---

[10] Hesap kesme hakedişinden amaç, sözleşmenin sona erdirilmesine kadar yapılan işlerin yüklenicinin huzurunda kesin olarak hesaplanmasıdır. Uslu, 108, dn. 210.

[11] Karaca, 124 vd.; Gök, Yapı İşleri, 534-535; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 577; Gönen/Işık, 253.

[12] Anılan hükümlerin Devlet İhale Kanununda karşılığı m. 62, 66-70, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesindeki karşılığı ise, m. 46-52'de düzenlenmiştir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Devlet İhale Kanununda yer alan sözleşmelerin sona ermesine ilişkin bazı hükümleri aynen muhafaza etmekle birlikte, anılan Kanunda yer almayan yeni düzenlemelerde getirmiştir.

"sözleşmeden dönme" teriminin yer almamasından kaynaklanmaktadır.[13] Kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, Borçlar Kanunumuzda "dönme" sözcüğü kullanılmamış, kaynak Kanundaki "dönme" terimlerinin hepsi isabetsiz bir şekilde "fesih" kelimesiyle çevrilmiştir.[14] Kaldı ki, doktrinde BK. m. 106/II'de yer alan "akdi feshedebilir" ifadesinin isabetli olmadığı ve çeviri hatasından kaynaklandığı, bu nedenle BK. m. 106'da öngörülen seçimlik hakkın bir fesih değil, dönme olduğu kabul edilmektedir.[15] Son yıllarda yayınlanan eserlerde bu konuda daha titiz davranıldığı görülmekle birlikte, Kamu İhale Kanununda bütün bozucu yenilik doğuran hakları ifade etmek üzere fesih kelimesinin kullanılması, olumlu süreci başa döndüren bir gelişme olmuştur.[16]

Öte yandan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, fesih olarak adlandırdığı yenilik doğuran hakkın kullanılması bakımından anlamsız başka bir sonuca varmıştır. Şöyle ki, KİSK. m. 22/I'e göre, feshe yol açan olayların tespit tarihi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılacak, bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınacak ve bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilecektir. Anılan hükümde, bir yandan sözleşmenin belirlenen tarihlerde feshedilmiş sayılacağı, diğer yandan ise belirlenen sürelerde idarenin fesih kararı alacağı düzenlenmiştir. Kendiliğinden sona erme anlamına gelen feshedilmiş sayılma (infisah)[17] durumunda, tarafların sözleşmeyi sona erdirmek için bir beyanda bulunmalarına gerek bulunmamaktadır. Böylece idarenin yükleniciye sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini bildirmesi, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması değil, daha önceki bir tarihte gerçekleşmiş sona ermenin tespitine ilişkin bir beyan niteliği taşıyacaktır.[18] Ancak anılan hüküm, idarenin yedi gün içinde karar alması ve beş gün içinde yükleniciye bildirmesinden söz ederek, feshedilmiş saydığı bir sözleşmenin feshi için idareyi karar alma zorunluluğunda bırakmaktadır. Bu

---

[13] Borçlar Kanunu Tasarısında temerrüt halinde sözleşmenin sona erdirilmesi ani edimli ve sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmeler bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre BKT. m. 124'de ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme hali, BKT. m. 125'de ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin feshi düzenlenmiştir.

[14] "Dönme" kelimesi Borçlar Kanununda sadece m. 3'de "icaptan dönme" şeklinde geçmektedir. Gerçekte bir geri alma hakkını düzenleyen bu hükmün dönme veya fesih ile bir ilgisi yoktur. Öz, Eser Sözleşmesi, 27, dn. 19; Buz, Sözleşmeden Dönme, 79, dn. 72.

[15] Eren, Borçlar, 1213; Serozan, Dönme, 128; Buz, Sözleşmeden Dönme, 79 vd.; Öz, Eser Sözleşmesi, 27; Seliçi, Sürekli Borç İlişkisi, 114, dn. 43.

[16] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 343.

[17] Tandoğan, Borçlar, 336; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 344; Özyörük, 38.

[18] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 344.

durumda kendiliğinden sona erme değil, sözleşmenin idarenin fesih beyanı üzerine sona ermesini kabul ettiği sonucuna varılmakla birlikte, kanun koyucunun bu düzenlemede ne kadar özensiz davrandığı da anlaşılmaktadır.[19]

Bu sürelerin hak düşürücü süre değil, idareye yönelik bir düzen hükmü olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesini paylaşıyoruz. İdarelerce bu sürelerin gözetilmesi gerekmekle birlikte, düzenleyici nitelikte olan bu sürelere uyulmaması fesih kararının geçerliğini etkilemeyecektir.[20] Feshe bağlı sonuçlar fesih kararının tebliğ edildiği tarih itibariyle değil, sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı tarih itibariyle hükümlerini doğuracaktır. Örneğin, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine idarenin 40 gün süreli ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde (m. 20/a) sözleşme 40 ıncı günün bitiminde feshedilmiş sayılacaktır.[21]

Yüklenicinin fesih anına kadar yapmış olduğu inşaatın son halinin durum tespit tutanağı ile belirlenerek, bu kısma isabet eden ücret tutarının, hesap kesme hakedişi ile birlikte YİGŞ. m. 40'daki esaslara göre yükleniciye ödeneceğini yukarda açıklamıştık (YİGŞ. m. 47/XI, XVII, XVIII).[22] Buna göre kamu inşaat sözleşmelerinin feshinden önce ara hakedişlerle[23] karşılığı ödenmiş ücret kısımlarından yüklenicinin karı iade edilmeyeceği gibi, henüz ara hakedişlere girmemiş inşaat kısmının bedeli de kesin hesap kesme raporu doğrultusunda sözleşmede kararlaştırılan bedele göre yüklenici karını da içerecek şekilde ödenecektir.[24] Bu konuda yüklenicinin kusurunun olup olmaması veya fesih anına kadar yapılmış olan işin oranı (örneğin işin % 20'si de yapılmış olsa) sonucu değiştirmeyecektir.[25] Buna göre fesih sonrası kesin hakediş raporu hazırlanırken,

---

19 Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 344.

20 Uslu, 106; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 346.

21 Uslu, 105-106.

22 Bkz. 3. Bölüm, §1, I, B, 2.

23 Ara hakedişler yüklenicinin karı da dahil olmak üzere işçilik ve malzeme bedelini içermektedir. Karaca, 127; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 602 vd.; Kemer, 163 vd.

24 Sungurbey, YİGŞ. m. 47'ye büyük ölçüde benzeyen 2490 sayılı Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu zamanındaki BİGŞ. m. 31 hükmüne dikkati çekerek, burada "dönmenin" değil, "feshin" kabul edildiğini belirtmekte ve nef'i hazine zihniyetiyle hareket etmeyi kökleşmiş bir gelenek durumuna getirmiş olan Devletin, müteahhide orantılı bedel ödenmesini kabul ettiğini ifade etmektedir. Sungurbey, Medeni Hukuk, 575.

25 Karaca, 124; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 576-577.

YİGŞ. m. 40'a yapılan atıf nedeniyle, yapılmış işler için yükleniciye kar dahil ödeme yapılacağı düzenlenerek, ileriye etkili feshin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Yine, durum tespit tutanağı düzenlenirken, verilen sürede yapılması gereken işler yerine getirilmediği takdirde, idarenin bu işleri yüklenici hesabına yapacağı veya yaptıracağı ve bunun masraflarının yükleniciden alınacağına (BK. m. 97 uyarınca) ilişkin düzenleme de (YİGŞ. m. 47/XVII), ifaya olan çıkarın yani müspet zararın (olumlu zararın) tazmini anlamına gelmekte,[26] bu da Şartnamedeki sona ermeye ilişkin düzenlemenin ileriye etkili fesih olduğu düşüncesini desteklemektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki bu hükümlerden, kamu ihale mevzuatının Borçlar Kanununa tabi inşaat sözleşmeleri için doktrinde[27] ve Yargıtay kararlarında[28] kabul edilen görüşten ayrılarak, hiç de adil olmayan bir düzenleme getirdiği ve geriye etkili dönme değil ileriye etkili feshin düzenlendiği görülmektedir.[29] Fesih hakkı sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih hakkı ya belirsiz süreli sürekli borç ilişkisini haklı bir nedene dayanmadan ihbar sürelerinin bitiminde sözleşmeyi sona erdirir (olağan fesih), ya da haklı bir sebebe dayanarak belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkisini muhataba vardığı anda derhal sona erdirme yetkisi verir (olağanüstü fesih) .[30]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümleri (KİSK. m. 16-23) sadece sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde değil, ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından da uygulanan genel nitelikte hükümlerdir.[31] Kamu inşaat sözleşmelerinin ise kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olduğu tespitini yapmıştık.[32] Bu durumda inşaat sözleşmelerinin tasfiyesinde, sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili sona ermesini düzenleyen feshin

---

[26] Öz, Eser Sözleşmesi, 303; Karaca, 149; Tandoğan, Borçlar, 119-120.

[27] Bkz. 2. Bölüm, §1, IV, B, 1-2.

[28] Bkz. 2. Bölüm, §1, IV, B, 3.

[29] DİK. m. 62 ve BİGŞ. m. 40, 47'de, Kamu İhale Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi ile aynı usulü benimsemiştir. Karaca, 129; Gök, Yapı İşleri, 534-535.

[30] Bkz. 2. Bölüm, §1, III, B.

[31] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 343. Nitekim kamu ihale sözleşmeleri, yapım işlerine ait sözleşmeler olabileceği gibi, mal alımı veya hizmet alımına ait sözleşmeler de olabilir.

[32] Bkz. 1. Bölüm, §1, II, B.

değil, ani edimli borç ilişkilerinin tasfiyesinde uygulanan BK. m. 106 vd. hükümleri doğrultusunda geriye etkili dönmenin uygulanması gerekmektedir.[33] Kaldı ki, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sözleşmenin sona ermesini düzenleyen hükümlerinde, tasfiyenin genel hükümlere göre yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Buradaki "genel hükümler"den kasıt, Borçlar Kanununun genel hükümleri olup, sözleşmeden dönme ve sonuçlarını düzenleyen 106-108 inci maddeleri ile istisna sözleşmeleri konusunda özel hükümler içeren 355-371 nci madde hükümleridir.[34]

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, BK. m. 106-108 hilafına bu tarz bir yöntemin benimsenmiş olması hukuken mümkün olmakla birlikte, Devletin taraf olduğu kamu inşaat sözleşmelerinde idareyi zarara uğratan böyle bir uygulamanın benimsenmiş olması düzeltilmesi gereken bir husus olarak gözükmektedir.[35] Nitekim sözleşmenin sona erdirilmesi, yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sebeplere dayandığı durumlarda, yüklenicinin yaptığı kısma ilişkin kar payı alması çoğu zaman hakkaniyete de aykırıdır. Yine sözleşmenin sona ermesinde yüklenicinin kusurunun olmadığı durumlarda eski hale iadeye yönelik tasfiye ilişkisi de taraflar arasında adaletsiz sonuçlar yaratacağından MK. m. 2'deki dürüstlük kuralının zorunlu bir sonucu olarak tasfiyenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde yapılması gerekebilir.[36]

Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.01.1984 tarih ve E:1983/3, K:1984/1 sayılı kararında da; *"İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu`nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına"*[37] karar verilmiştir. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, KİSK. m. 20'ye karşılık gelen

---

[33] Nitekim, Karahasan, KİSK. m. 20'ye karşılık gelen DİK. m. 62'nin, idareye sözleşmeden dönme hakkı tanıdığını açıkça ifade etmiştir. Karahasan, İnşaat, 240.

[34] Özek/Kaya, 554; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 574; Gönen/Işık, 250, 252; Gök, Yapı İşleri, 532.

[35] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 577; Gönen/Işık, 253; Gök, Yapı İşleri, 535; Uslu, 109.

[36] Karaca, 41, 132 vd. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 576. Bkz. 2. Bölüm, §1, IV, B, 4.

[37] YKD. Nisan 1984/4, C.10, S.4, 501 vd.

DİK. m. 62'nin uygulanması ile ilgili bir kararında[38], müteahhidin temerrüdü üzerine sözleşmenin idarece sona erdirilmesi sonucu istenebilecek olan zararın sadece menfi zarar olduğunu belirtmiş olup, bu açıklama sözleşmenin feshi olarak belirtilen durumun aslında teknik anlamda bir dönme olduğunu göstermektedir.[39]

Bu kapsamda kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran inşaat sözleşmesinin sona ermesinin geriye etkili sonuçlar doğurduğu, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda ileriye etkili sonuçlar doğurabileceği kabul edilmelidir. Buna göre ihale mevzuatının sözleşmenin sona ermesine neden olan borca aykırılıkta yüklenicinin kusurlu olup olmamasına göre değişen bir tasfiye sistemini benimsemesi ve buna ilişkin düzenleme yapılması uygun olacaktır. Böylece yüklenicinin kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesi durumunda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilirken, yüklenicinin kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olduğu durumlarda ise sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği kabul edilmelidir.[40] Biz de çalışmamızda sona ermeye ilişkin hükümleri olması gereken hukuk bakımından bu kapsamda incelemeye çalıştık.

Öte yandan KİSK. m. 21'de sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemde yani ihale sürecinde, yüklenicinin KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde de sözleşmenin feshedileceği düzenlenmiştir (KİSK. m. 22).[41] Oysa yüklenicinin ihale öncesi dönemde KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunması, ihaleyi açan idare açısından bir irade sakatlığına yol açar. Sözleşmenin kurulması aşamasındaki irade sakatlıkları halinde yaptırım fesih değil, iptaldir.[42]

Bu nokta da Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yanlış anlamlara gelebilecek şu düzenlemeye de dikkat çekmek istiyoruz. Şartnamede "sözleşmenin feshi" teriminin yanı sıra "sözleşmenin tasfiyesi" kavramı da kullanılmıştır. Esas itibariyle

---

[38] Kamu İhale Sözleşmeleri ve Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki sona ermeye ilişkin hükümler, Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesindeki hükümlere paralel düzenlenmiştir.

[39] Y.HGK. 17.01.1990 tarih ve E:1989/13-39, K:1990/1 sayılı kararı için bkz. Karahasan, İnşaat, 252 vd.; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 578 vd.; Gök, Yapı İşleri, 536 vd.; Uslu, 120 vd.

[40] Karaca, 133.

[41] Bkz. 2. Bölüm, §3, III, C

[42] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 342.

sözleşmenin feshinde de hesabın tasfiye edilmesi gerekmekle birlikte, Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, sözleşmenin feshi ve sözleşmenin tasfiyesi halini sanki inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan iki farklı kurum gibi düzenlemiştir. Şöyle ki, yüklenicinin kusurundan kaynaklanan haller, başka bir ifadeyle yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunması veya yüklenicinin şahsında meydana gelen bazı imkansızlıklar (iflası veya acze düşmesi) dolayısıyla sözleşmenin sona erdirilmesi "sözleşmenin feshi" sonucuna bağlanmışken, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan haller[43] dolayısıyla sözleşmenin sona ermesi "sözleşmenin tasfiyesi" olarak nitelendirilmiştir.[44]

Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi düzenlemelerinde anılan kavramlar arasındaki farkın yeterince göz önünde bulundurulmadığı, yüklenicinin kusuruna dayanmayan ancak sözleşmenin devamını imkansız kılan kimi sebeplerin de sözleşmenin feshi sonucuna bağlandığı görülmektedir.[45] Dolayısıyla, sözleşmenin feshi ve sözleşmenin tasfiyesine ilişkin olarak Devlet İhale Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde ortaya konulan kavramsal farkın Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki düzenlemelerde bir ölçüde belirsizleştiği söylenebilir.

Zira YİGŞ. m. 47/XVIII'e göre, sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra, hesap kesme hakedişinin idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte 40 ıncı maddedeki esaslara göre yapılacağı düzenlenerek, fesih ve tasfiyeden sonraki kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi durumlarının aynı yöntemle yapılacağı düzenlenmiştir. Yine YİGŞ. m. 47/XIV'de, tasfiye halinde, işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin

---

[43] BİGŞ. m. 47, yüklenicinin kusuru olmadan sözleşmenin sona erme hallerini, yüklenici ile idarenin Borçlar Kanunu çerçevesinde karşılıklı anlaşması, DİK. m. 63'e göre iş miktarında artma ve eksilme olması, Bakanlar Kurulunca tasfiyeye imkan veren kararnameler çıkarılması, DİK. m. 67'de açıklanan müteahhidin ölümü halleri olarak belirlemiştir.

[44] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 512; Gök, Yapı İşleri, 509; Uslu, 40,43.

[45] Ör. KİSK. m. 17'de yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin feshedilmek suretiyle tasfiye edileceği hükmüne yer verilmiştir. Oysa DİK. m. 67'de müteahhidin ölümü halinde yapılmış olan işlerin tasfiye edileceğinden bahsedilmektedir. Aynı şekilde, KİSK. m. 23'de müteahhidin kusurundan kaynaklanmayan mücbir sebep durumunda sözleşmenin feshedilerek hesabın tasfiye edilmesinden bahsedilmektedir. İş artışının belli bir oranı aşması durumunda ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Devlet İhale Kanununun aksine sözleşmenin feshine değil, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesi ifadesine yer vermiştir.

kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 ncı maddeleri hükümlerinin, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanacağı düzenlenmiştir.

Anılan düzenlemelere göre, fesih ve tasfiye, farklı hukuki kurumlar olmayıp[46] ikisi de sona eren sözleşmenin sonrasında yaşanan süreci ifade eden kavramlar olmakla birlikte, bu tarz bir ayrımı şu noktada uygun görebiliyoruz. Yüklenicinin kusuruna dayalı fesih hallerinde kesin ve ek kesin teminatın gelir yazılması yanında, idarenin sözleşmenin feshi nedeniyle doğan zarar ve ziyanını genel hükümlere göre talep etmesi ve yükleniciler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanması söz konusu iken, kusura dayanmayan fesih ve tasfiye hallerinde yükleniciye ait kesin ve ek kesin teminatın iade edilmesi gerekmekte[47] ve ayrıca bir zarar ziyan talebinde bulunulmamaktadır. Ayrıca yükleniciler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımının uygulanması da söz konusu olmayacaktır.

§2. KAMU İHALE MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

I. Yüklenicinin Kusurundan Kaynaklanan Nedenlerle Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları

A. Kusurun Tespiti

İş sahibinin sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullanabilmesi yüklenicinin kusurlu olup olmamasına bağlı değildir. Yüklenici kusursuz olsa dahi iş sahibi şartları oluşmuşsa sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Ancak yüklenicinin kusuru sona ermenin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Yüklenici kusuruyla sona ermeye neden olduğu durumlarda sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecek ve kendisine sadece inşaatın yapım maliyeti (işçilik ve malzeme) verilecektir. Buna karşılık yüklenicinin kusursuz olması halinde sözleşme ileriye etkili olarak sona erecek ve

---

[46] Karaca, 125.

[47] YİGŞ. m. 47/XIV'e göre, "*Tasfiye halinde; işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, ... normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak*

bitirmiş olduğu kısımla orantılı bedeli kar dahil olmak üzere alabilecektir.[48] Ayrıca iş sahibinin tazminat isteyebilmesi için de yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir.

Yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirirken makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen her türlü özeni (objektif özen) göstermek zorunda olduğu, özen borcunu ihlal ettiği takdirde kusurlu sayılacağı, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin uygulandığı kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kusurlu olup olmadığının, fen ve sanat kurallarını[49] haiz, teknik ve mesleki bilgiyle hareket eden sorumlu bir meslek adamı gibi hareket edip etmemesine göre belirleneceği (YİGŞ. m. 14/III) hususlarına yukarda değinmiştik.[50] Yükleniciden bu yoğunlukta bir özenle hareket etmesinin beklenmesi, TTK. m. 20 hükmüne dayanmaktadır. Yüklenici, genellikle tacir sıfatını haiz olduğundan, eksiklik ve aykırılığın sözleşme yapıldığı sırada sorumlu bir meslek adamı tarafından da öngörülemeyeceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Ancak bu sonucun ortaya çıkmasında kusuru bulunmadığını, başka bir ifade ile borca aykırılığın mücbir sebepten veya bizzat iş sahibinden kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.[51]

Konumuzu ilgilendiren inşaat sözleşmeleri bakımından yüklenici, taahhüt konusu inşaat işinde çoğu kez ifa yardımcısı kullanacağından, BK. m. 100 uyarınca kullandığı ifa yardımcılarının sebep olduğu borca aykırılıktan dolayı kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacaktır.[52] Bu durumda yüklenici kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.[53] Ancak borca aykırı davranış ifa yardımcısı tarafından değil de bizzat kendisi tarafından yerine getirilmiş olsaydı

---

kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 45 inci madde esaslarına göre yapılır."

48 Karaca, 135.

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

50 Bkz. 1. Bölüm, §2, I, C.

51 Karaca, 134; Öz, Eser Sözleşmesi, 282; Öz, İnşaat, 105.

52 Öz, Eser Sözleşmesi, 271; Karaca, 59; 134, 148.

53 Kamu inşaat sözleşmelerinde, BK. m. 100/II uyarınca yüklenicinin ifa yardımcılarının davranışlarından dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları yapmaları mümkün değildir. Karaca, 59; 134.

sorumlu tutulmayacak deniyorsa artık yüklenicinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.[54]

B. Sona Erme İlişkisine Uygulanacak Hükümler

Yüklenici kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olursa, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sözleşmenin sona ermesini düzenleyen hükümlerinde, sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğinin düzenlendiği, genel hükümlerden kastın ise BK. m. 106-108 hükümleri olduğunu belirtmiştik. BK. m. 108[55] uyarınca dönmenin ilk etkisi, henüz ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalkması şeklinde kendini göstermektedir.[56] İkinci etkisi, dönmeden önce ifa edilmiş edimlerin iadesidir. BK. m. 108/I'de sadece sözleşmeden dönen alacaklının edimini yerine getirmekten kaçınacağı ve edim borcunu yerine getirmiş ise iadeyi talep edebileceği düzenlenmiş ise de, edimlerin karşılıklı olarak bağlılığı dikkate alındığında karşı tarafın da dönmeden önceki verdiklerini talep edebileceği kabul edilmektedir.[57] Dönmenin bir diğer etkisi ise, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartı ile, sözleşmeden dönen tarafın bu yüzden uğradığı zararının tazminini isteyebilmesidir.[58]

Konumuzu oluşturan inşaat sözleşmeleri, esas itibariyle mülkiyeti iş sahibine ait olan araziye yapılan yapılardır. Bu araziler, üzerinde özel mülkiyetin kurulması mümkün olmayan, tapu sicilinde devlet adına kayıtlı olan veya devletin hüküm ve tasarrufu altında olan arazilerdir.[59] İhale ile yapılan bu yapım işlerinin çoğunluğu, kamu hizmetine sunulan yol, köprü, baraj, hastane, okul gibi yapılardır. Yine konumuz itibariyle yüklenici, inşaatta kullandığı malzemenin bedelini çoğu zaman

---

[54] Karaca, 59; Öz, Eser Sözleşmesi, 272; Uçar, 171.

[55] BK. m. 108 uyarınca; "*Akitten rücu eden alacaklı, vaidolunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir. Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.*"

[56] Öz, Eser Sözleşmesi, 33; Buz, Sözleşmeden Dönme, 152; Seliçi, İnşaat, 76; Ayan, 254.

[57] Ayan, 255; Buz, Sözleşmeden Dönme, 153; Öz, Eser Sözleşmesi, 33-34, 255-256; Seliçi, İnşaat, 76; Serozan, Dönme, 552; Von Tuhr/Escher, 155; Gauch/Schluep, Nr.3085; Karaca, 139-140.

[58] Öz, Eser Sözleşmesi, 34, 271; Ayan, 278; Eren, Borçlar, 1081; Kılıçoğlu, Borçlar, 541; Duman, 449; Ergezen, 124; Erman, Arsa Payı, 76.

[59] Karaca, 136.

ihzarat bedeli olarak ara hakedişler çerçevesinde iş sahibinden tahsil etmiştir. Bu durumda inşaatta kullanılan malzemenin mülkiyeti de esas itibariyle iş sahibine aittir.[60] Şu halde yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerinde yaptığı inşaat, bütünleyici parça kurallarına göre kendiliğinden iş sahibinin mülkiyetinde olacaktır.[61] Yine kullanılan malzeme zaten iş sahibine ait olacağından sözleşmeden dönme üzerine yüklenici sadece işçilik bedelini isteyebilecektir.

Konuyu hukuki işleme (MK. m. 775) ve haksız inşaat (MK. m. 722-725) hükümleri açısından değerlendirdiğimizde, dönme anına kadar yapılan inşaatın tasfiyesi için haksız inşaat hükümlerinin uygulanamayacağını düşünüyoruz. Zira iş sahibine ait arsa üzerinde, iş sahibinin malzemesi ile inşaat yapılmıştır. Yüklenicinin emeğiyle kazandırdığı işçilik kısmı, iş sahibinin mal varlığındaki sebepsiz zenginleşme teşkil edecek ve bu kısmın iadesi gerekecektir. Şayet malzeme bedeli ödenmemişse, malzemenin mülkiyeti yükleniciye ait olacağından, bu durumda haksız inşaat hükümlerine göre yüklenicinin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre tasfiye yapılacaktır. Ancak kamu inşaat sözleşmelerinde çoğu zaman üzerine inşaat yapılan yer özel mülkiyete elverişli olmayan, devlete ait veya devletin hüküm ve tasarrufu altında olan arazi niteliğinde olup mülkiyetin yükleniciye geçirilmesi de mümkün olmayacağından, haksız inşaat hükümlerinin (MK. m. 722-725) burada uygulanmasının mümkün olmadığı düşüncesini paylaşıyoruz.[62]

MK. m. 775 uyarınca, eğer emeğin değeri meydana getirilen eserin değerinden fazla ise, eser yükleniciye, aksi halde malzemenin maliki iş sahibine ait olacaktır. Ancak emek sahibi işlediği malın başkasına ait olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, emeğin değeri malzemenin değerinden fazla olsa bile hakim mülkiyeti malzeme sahibine bırakabilecektir.[63] Konumuzu oluşturan inşaat sözleşmelerinde, yüklenici her halükarda kullandığı malzemenin iş sahibine ait olduğunu bileceğinden ya da bilmesi gerektiğinden, yüklenicinin emeği ortaya çıkarılan inşaat kısmından daha değerli olsa bile hakim inşaatın mülkiyetinin iş

---

60 Karaca, 136.

61 Ayan, 257; Karaca, 136; Öz, Eser Sözleşmesi, 238; Ertaş, Eşya Hukuku, 243; Oğuzman/Seliçi, 411.

62 Karaca 137-138.

63 Öz, Eser Sözleşmesi, 236-237; Karaca, 137; Oğuzman/Seliçi, 613.

sahibinde kalmasına karar verebilecektir.[64] Bu durumda hukuki işleme hükümlerinin de konumuz açısından pek uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Sözleşmeden dönmenin hukuki niteliği ve sonuçları konusunda doktrinde değişik görüşler bulunduğunu yukarda açıklamıştık.[65] Dönme beyanını müteakiben sözleşmenin niteliği ve edimlerin iadesinin dayanağını açıklayan bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, değişmeyen ortak özellik, bu hakkın kullanılması ile amaçlanan, taraflar arasındaki ilişkinin sonuçlarının ortadan kaldırılması, sözleşmenin kurulduğu andaki durumun yeniden sağlanmasıdır.[66] Bizimde benimsediğimiz klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme borç ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdirdiğinden, iade talepleri daima sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılacaktır. Buna göre sözleşme ilişkisi uyarınca vaktiyle elde edilmiş iktisaplar, dönme ile sonradan ortadan kalkan bir sebebe dayanan iktisap oluşturacak ve bunların iadesi BK. m. 61 vd. sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanacaktır.[67]

C. İadeye İlişkin Sorumluluk

1. İadenin Konusu

Sözleşmeden dönme üzerine genel kabul, daha önce yerine getirilmiş edimlerin, iade borçlusunun malvarlığında elde ettiği hali ile mevcut olması durumunda bu edimin aynen geri verilmesidir.[68] Fakat inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi bir yapma borcu niteliğinde olduğundan ve kamu inşaat sözleşmelerinde inşaat yapılan taşınmaz genellikle iş sahibinin mülkiyetinde

---

64 Karaca, 137.

65 Dönmenin hukuki niteliği konusunda bkz. 2. Bölüm, §1, IV, A.

66 Ergezen, 121; Öz, Eser Sözleşmesi, 225.

67 Öz, Eser Sözleşmesi, 227; Karaca, 138. "…Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde, artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir…" Y.15.HD. 09.12.2004 tarih, E:2003/7040, K:2004/6389 sayılı karar için bkz. Ayan, 260, dn. 373.

68 Buz, Sözleşmeden Dönme, 165; Ayan, 257; Öz, Eser Sözleşmesi, 249-250; Karaca, 139, dn. 47; Tekinay/Akman, Burcuoğlu/Altop, 749.

bulunduğundan, yapılan inşaat bütünleyici parça kuralı gereğince iş sahibinin mülkiyetine geçecektir. Kural olarak inşaatın sökülüp yükleniciye teslimi mümkün olmayacağından, iş sahibinin inşaatın değerini iade etmesi gerekir.[69] Bu da iş sahibinin iade borcunun para borcu niteliğinde olduğunu gösterir.[70] Başka bir ifadeyle, kural olarak iş sahibinin inşaatın yapılmış kısmı ile ilgili geri verme borcu, yapılmış olan inşaatın değeri oranında para borcu olacaktır.

İş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesinde inşaatın dönme tarihindeki[71] objektif (piyasa) değeri esas alınmalıdır.[72] Bu, aslında yapılan inşaatın iş sahibinin malvarlığında oluşturduğu artıştan başka bir şey değildir. Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından yüklenici iş sahibinin mal varlığında oluşturduğu zenginleştirmeden fazlasını (yani karını) isteyemez. Bu durumda iş sahibi sadece malzeme ve işçiliğin objektif değerini ödeyecektir.[73] Kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olan yüklenicinin, inşaatı ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlayan yüklenici gibi orantılı ücret ve kardan pay alması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Objektif değerin belirlenmesinde, piyasadaki rayiç maliyet değerleri dikkate alınacaktır. Başka bir ifade ile işçilik ve malzemenin piyasadaki satım değeri değil, piyasadaki maliyet değeri ödenecektir.[74]

---

[69] Asansör inşaatı gibi sökülerek yükleniciye iadenin mümkün olduğu bazı durumlarda, sökülüp iadesi çok fazla zarara yol açmadığı durumlarda aynen iade borcu doğacaktır. Yine iş sahibinin arsasında yapılan inşaat, kullanılamayacak derecede ayıplı yapılmış ve bu haliyle bir değeri yok ise ve enkazı az çok bir değer taşıyorsa, inşaatın enkazının iadesi mümkün olacaktır. Öz, Eser Sözleşmesi, 240; Seliçi, İnşaat, 164-165; Ayan, 257.

[70] Öz, Eser Sözleşmesi, 250-251; Ayan, 258.

[71] Ayan, 262; Buz, Sözleşmeden Dönme, 220-221. Öz, karşılıklı tasfiye ilişkisinde parasal değer saptanırken, iktisabın gerçekleştiği andaki değerin dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Öz, Eser Sözleşmesi, 251. "…İadenin gerçekleştiği andaki değil iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarı bu borcun kapsamını belirlemelidir…" Y.HGK. 07.02.2001, E:2000/13-1729, K:2001/32 sayılı karar için bkz. Ayan, 262, dn. 378.

[72] Seliçi, İnşaat, 78; Ayan, 259, dn. 367, 261-262.

[73] Tandoğan, BATİDER, 35; Tandoğan, Zorunlu Yanıta Yanıt, 498 vd.; Tandoğan, Borçlar, 187 vd.; Karaca, 136; Öz, Eser Sözleşmesi, 18, 218, 250-251; Öz, İnşaat, 151; Selimoğlu, 690; Ayan, yükleniciye yaptığı işin karşılığının kar oranı dahil olmak üzere ödenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ayan, 260 vd. Sungurbey ise, inşaatın dönme anındaki seviyesinin çok yüksek olmadığı durumlarda, yüklenicinin kar payı almasını hakkaniyete aykırı görmektedir. Sungurbey, Notlar, 26.

[74] Karaca, 139; Ayan, 262.

İnşaatın dönme anındaki tamamlanmış kısmının değeri, yapılan işin mevcut halinin toplam iş içindeki yüzdelik oranı bulunarak tespit edilmelidir. Buna göre öncelikle toplam işin ne kadarını eksik işin oluşturduğu belirlenmeli, sonrada bu oran sözleşmedeki bedele uygulanarak yüklenicinin toplam alacağı belirlenmelidir.[75] Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.[76] Ancak iade borcunun doğumu için inşaatın yapılmış kısmının bir şekilde iş sahibinin işine yaraması gerekir. Örneğin imar mevzuatına aykırı olarak yapılan inşaatta, aykırılığın giderilmesi mümkün değil hatta yıkılmaya mahkumsa, iş sahibinin iade borcu doğmayacağı gibi, iş sahibi inşaatın yıkılarak enkazın arsadan uzaklaştırılmasını da menfi zarar olarak isteyebilecektir.[77]

Bu durumda iş sahibinin sözleşmeden dönme üzerine iade yükümlülüğü, ara hakedişlerle ödemediği, yüklenicinin dönme anına kadar yapılan işçilik ve malzemenin, iade anındaki piyasadaki maliyet bedelini yükleniciye ödemektir. Yargıtay da yüklenicinin geçmişe etkili dönme halinde kar payı alamayacağını kabul etmektedir.[78]

Olaya yüklenici açısından baktığımızda ise, sözleşmeden dönüldüğünde, ara hakedişlerle dönme anına kadar kendisine ödenen işçilik, malzeme bedeli ve kardan, kar unsurunu içeren kısmını iade etmekle yükümlüdür.[79] Başka bir ifadeyle ara hakedişlerle yapılan ödemelerin maliyeti aşan kısmının iş sahibine iadesi gerekecektir.

Sebepsiz zenginleşme çerçevesinde doğan iade borcunun, taraflarca karşılıklı olarak aynı zamanda yapılması gerekir. Zira sözleşmeden dönme üzerine doğan tasfiye ilişkisi, her iki tarafa da aynı sonucu gerçekleştirmek amacıyla yüklenmiş

---

75 Ayan, 263-264.

76 "…İşin bedeli götürü bedel olarak kararlaştırılmıştır. Bu durumda kabul edilebilir tutardaki işin fiziki oranı belirlenerek götürü bedele oranlanmak suretiyle davalının gerçek hakedişinin hesabı gerekir….O halde mahkemece yapılacak iş, bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davalının yaptığı işlerin, davacının işine yarayıp yaramadığının tespiti ile işe yarar kısım var ise bunun az yukarda açıklandığı üzere tüm işe göre fiziki oranının saptanması ve böylece davalı hakedişi belirlendikten sonra hükme varmaktan ibarettir…" Y.15.HD. 29.04.2002, 1517/2174 sayılı karar için bkz. Ayan, 264, dn. 386.

77 Öz, Eser Sözleşmesi, 251; Karaca, 139, dn. 46; Ayan, 259-260.

78 "Yanlar arasındaki sözleşme, anılan yasa hükmü gereğince geçersiz ise; yüklenici, sebepsiz iktisap kurallarına dayalı olarak, karşı tarafın malvarlığına giren iş bedeline, karsız olarak sadece maliyet bedeli üzerinden hak kazanır…" Y.15.HD. 09.12.2004 tarih, E:2003/7040, K:2004/6389 sayılı karar için bkz. Ayan, 261, dn. 374.

79 Karaca, 136.

borçların ifasıyla yapılacaktır. Buna göre karşılıklı edimlerin ifasına ilişkin BK. m. 81'deki ödemezlik def'ine ilişkin hükmün, kıyasen tasfiye ilişkisindeki iade taleplerine de uygulanması gerekir. Böylece yüklenici iş sahibine karşı iade alacağına kavuşuncaya kadar, aldığı bedeli vermekten kaçınabileceği gibi, iş sahibi de verdiği bedel iade edilinceye kadar karşı iade borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir.[80]

2. İade Yükümlüsünün İyiniyetli Veya Kötüniyetli Sayılması Ayrımı Ve Sonuçları

Sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin düzenlemelerde, iade borçlusunun iyiniyetli veya kötüniyetli olması şeklinde ayrım yapılarak, iade yükümünün kapsamı açısından her biri için farklı hükümler getirilmiştir. İade yükümlüsü iktisap ettiği şeyi geri vermek zorunda olduğunu veya olacağını bilmiyor veya bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetli olduğu kabul edilecektir. Bu kapsamda sözleşmeden dönme anına kadar her iki iade yükümlüsü de iktisap ettiği değerlerin geçerli bir hukuki sebebe dayandığına inanmakta haklı olduğundan kural olarak iyiniyetli oldukları kabul edilecektir.[81] Sözleşmeden dönme anından sonra ise her iki tarafta ellerindekini iade etmek zorunda olduklarını biliyor olacaklarından artık iyiniyetli sayılamayacaktır.[82] Ancak bazı durumlarda sözleşmeden dönme anından önce de, iade borçlusu sözleşmeden dönüleceğini hesaplamasına rağmen, kusuruyla iade konusu şeye zarar verirse, kendisine kötüniyete ilişkin hükümler uygulanacaktır. Fakat sadece ilerde sözleşmeden dönme ihtimalinin bulunması kötüniyetli sayılmak için başlıbaşına yeterli sayılmamalıdır. Her somut olayda hakim, dürüstlük kuralları doğrultusunda bunu çözmelidir.[83]

İade borçlusu iyiniyetli olduğu sürece iktisap ettiği şeyin kayıplarından sorumlu olmayacak, zenginleşme tamamen ortadan kalkmışsa iade borcundan kurtulacaktır. Buna karşın kötüniyetli iade borçlusu, zenginleşme tutarı azalmış, hatta

---

[80] Ayan, 255; Buz, Sözleşmeden Dönme, 153; Öz, Eser Sözleşmesi, 33-34, 255-256; Seliçi, İnşaat, 76; Serozan, Dönme, 552; Von Tuhr/Escher, 155; Gauch/Schluep, Nr.3085; Karaca, 139-140.

[81] Karaca, 141; Öz, Eser Sözleşmesi, 245.

[82] Öz, Eser Sözleşmesi, 245; Karaca, 141.

[83] Karaca, 141; Öz, Eser Sözleşmesi, 245.

tamamen ortadan kalkmış dahi olsa, iade borcu parasal olarak devam edecektir (BK. m. 63/I-II) .[84] İade borçlusunun iyiniyetli olmasının bir diğer sonucu, iade konusu şeye ilişkin yaptığı masraflarda kendini göstermektedir. Buna göre, iade borçlusu iyiniyetli olduğu sürece yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları isteyebilirken, kötüniyetli sayıldığı takdirde sadece zorunlu masraflarını ve faydalı masraflardan iade anında fiilen mevcut bulunan fazlalığı isteyebilecektir (BK. m. 64) .[85] Şu halde iade edilmesi gereken şeyin korunması için şart olan masraflar gibi zorunlu masraflar hem iyiniyetli hem de kötüniyetli iade borçlusu tarafından istenebilirken, lüks masraflar her iki durumda da istenemeyecektir. Ancak iade konusu şey ile birleştirilmiş ve zarar vermeden çıkarılabilen fazlalığın, iade alacaklısı tarafından masrafı teklif edilmedikçe sökülüp alınması hakkı hem iyiniyetli hem de kötüniyetli tarafa tanınmıştır (BK. m. 64) .[86]

Yüklenici açısından durumu değerlendirdiğimizde, yüklenicinin aldığı bedel bir miktar para olduğundan, sözleşmeden dönme üzerine iyiniyetli veya kötüniyetli olması fark yaratmayacaktır. Zira para niteliği gereği derhal karışmaya uğrayacağından, iade anına kadar bunun ne olduğunu araştırmak anlamsız olacaktır. Böylece paranın sebepsiz iktisabında zenginleşen ne kadar iyiniyetli olursa olsun, işin niteliği gereği zenginleşmenin kalktığı veya azaldığı iddiasında bulunamayacaktır. Şayet yüklenici aldığı parayı henüz karışmadan çalındığı, kaybolduğu veya başkasına bağışladığını ispat ederse, iyiniyetli yüklenici zenginleşmenin ortadan kalktığını veya azaldığını ileri sürebilecektir.[87]

3. İade Talebinde Zamanaşımı

Taraflar arasındaki iade yükümlülüğüne sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler uygulanacak olup, bu hakların kullanımı BK. m. 66 hükmünde belirtilen sürelerin dolması üzerine zamanaşımına uğrayacaktır. Buna göre, iade alacaklısı, talep hakkının bulunduğunu öğrendikten itibaren 1 yıl ve her halükarda bu hakkın doğumundan itibaren 10 yıl içinde bunu ileri sürmezse, zamanaşımına uğrayacaktır.

---

[84] Eren, Borçlar, 850; Öz, Eser Sözleşmesi, 246; Karaca, 141; Kılıçoğlu, Borçlar, 379.

[85] Kılıçoğlu, Borçlar, 382; Karaca, 142; Öz, Eser Sözleşmesi, 246; Eren, Borçlar, 857-858.

[86] Eren, Borçlar, 858; Kılıçoğlu, Borçlar, 382; Öz, Eser Sözleşmesi, 246; Karaca, 142.

[87] Karaca, 142; Öz, Eser Sözleşmesi, 246-247.

Ancak konumuz itibariyle, iadeyi isteme hakkı sözleşmeden dönme işleminin yapılmasıyla doğduğu gibi, yine aynı anda taraflar bu hakkın varlığını da öğrenmiş olacaklarından 10 yıllık sürenin burada uygulanması mümkün olmayacaktır.[88] Yargıtay'da sözleşmeden dönülmesi durumunda iade yükümlülüğünün tabi olduğu zamanaşımı süresinin BK. m. 126/b.4'e göre, borca aykırılık kast veya ağır ihmalden kaynaklanmışsa 10 yıl, hafif ihmalden kaynaklanması durumunda ise 5 yıl olacağı görüşündedir.[89]

D. Tazminat

Yüklenicinin kusuru nedeniyle sözleşmeden dönülmesinde, yükleniciye ait kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve hesap kesme hakedişiyle dönme anına kadar yapılan işlerin bedelinin ödenmesi, idare ile yüklenici arasındaki hukuki ihtilafı sona erdirmemektedir. Zira sözleşmeden dönülmesi dolayısıyla idarenin başka zararlara uğraması da söz konusu olabilmektedir. Bunun içindir ki, KİSK, m. 22/son fıkrasında *"sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın yükleniciye ayrıca tazmin ettirileceği*" hüküm altına alınmıştır.

Borcun ihlali nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesine neden olan yüklenici, BK. m. 96 hükmüne paralel olarak, bu durumun ortaya çıkmasında kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemekle yükümlüdür.[90] Zira sorumluluk hukukunda genel kural kusur sorumluluğudur. Yüklenici ancak tamamen kusursuz ise tazminat borcundan kurtulur. Kusurun şiddeti (hafif ihmal, ağır ihmal, kast) sadece hükmedilecek tazminatın miktarına ve türüne etki edecektir (BK. m. 98/I-II).[91] Şu halde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, yüklenici BK. m. 100 gereği ifa yardımcılarının sebep olduğu zararlar ve kullandığı malzemenin ayıplı

---

[88] Öz, Eser Sözleşmesi, 257; Karaca, 140. Burada BK. m. 125-126 gereğince 5 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Ayan, 315.

[89] Konuyla ilgi kararlar için bkz. Karaca, 140, dn. 49; Buz, Sözleşmeden Dönme, 129 vd.

[90] Öz, Eser Sözleşmesi, 34, 271; Ayan, 278; Eren, Borçlar, 1081; Kılıçoğlu, Borçlar, 541; Duman, 449; Ergezen, 124; Erman, Arsa Payı, 76.

[91] Öz, Eser Sözleşmesi, 276; Karaca, 148.

olmasından doğrudan doğruya kaynaklanan zararlar dışında, daima kusuru varsa tazminat borcu doğacaktır.[92]

Yapım İşleri Genel Şartnamesine göre durum tespit tutanağı düzenlenirken, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, idare, belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmediği takdirde idare, bu işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise genel hükümlere göre işlem yapılır (YİGŞ. m. 47/XVII). Anılan hükümdeki, masrafların yükleniciden alınacağına (BK. m. 97 uyarınca) ilişkin düzenleme (YİGŞ. m. 47/XVII), ifaya olan çıkarın yani müspet zararın (olumlu zararın) tazmini anlamına gelmektedir.[93]

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır.[94] Kuşkusuz kar mahrumiyetini de içine alır. Başka bir ifadeyle, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaati müspet zararı oluşturur.[95] Bu kapsamda öncelikle, alacaklının aynı malı borçlu yerine başkasından temin etmesi nedeniyle doğan fiyat farkı ile alacaklının uğradığı kazanç kaybı müspet zararı oluşturan kalemlerdendir.[96] Borçlu zamanında borcunu ifa etseydi, alacaklının uğramayacağı yoksun kaldığı kazançlar da müspet zararın önemli bir

---

92 Ergezen, 124; Karaca, 148; Öz, Eser Sözleşmesi, 271; Duman, 444.

93 Karaca, 149; Öz, Eser Sözleşmesi, 303; Tandoğan, Borçlar, 119-120.

94 "…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 müsbet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. …Müsbet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müsbet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir…" Y.HGK. 17.1.1990, E:1980/13-392, K:1990/6 sayılı karar, YKD.1990/6, 789.

"…Müsbet zarar, sözleşmenin yerine getirilmesiyle alacaklının malvarlığının ulaşacağı durum ile yerine getirilmemesinden dolayı gösterdiği durum arasındaki farktır…" Y.15.HD. 21.1.1986, E:1985/2510, K:1986/26 sayılı karar, YKD.1986/6, 846.

95 Tandoğan, Mesuliyet, 426-427; Serozan, Borçlar, 148; Eren, Borçlar, 1013; Tunçomağ, 806; Oğuzman/Öz, 326; İnan, 474; Kılıçoğlu, Borçlar, 538; Karataş, 410; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 855; Von Tuhr/Escher, 99; Engel, 717.

kısmını oluşturur.[97] Yoksun kalınan kar, feshedilen sözleşmeden elde edilecek kardır. Burada sözleşmenin ihlali, malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışı önlemiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki düzenlemeden tazmini gereken zararın müspet zarar olduğu anlaşılıyor ise de, kamu inşaat sözleşmelerinin tasfiyesinde, ani edimli borç ilişkilerinin tasfiyesinde uygulanan BK. m. 106 vd. hükümleri doğrultusunda geriye etkili dönmenin uygulanması gerektiği, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda ileriye etkili sonuçlar doğurabileceğinin kabul edildiği, bu kapsamda yüklenicinin kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesi durumunda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilirken, yüklenicinin kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olduğu durumlarda geçmişe etkili olarak sözleşmenin sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiğini yukarda açıkladık.[98]

İdarece sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi durumunda talep edilecek zarar ise, menfi (olumsuz) zarardır.[99] Menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır.[100] Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Bu husus BK. m. 108'deki düzenlemeden kaynaklanmış olup, alacaklının, sözleşmenin hükümsüzlüğünden[101] kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur.[102] Zira sözleşmeden döndükten sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez, istenilecek zarar menfi zarardır.

---

96 Kılıçoğlu, Borçlar, 538.

97 Eren, Borçlar, 1014; Kılıçoğlu, Borçlar, 538.

98 Bkz. 3. Bölüm, §1, II.

99 Eren, Borçlar, 1079; Ayan, 278; Önen, T., 95; Öz, Eser Sözleşmesi, 285; Buz, Sözleşmeden Dönme, 240; Kılıçoğlu, Borçlar, 540; Erman, Arsa Payı.

100 Buz, Sözleşmeden Dönme, 240; Kılıçoğlu, Borçlar, 538; Eren, Borçlar, 1079; Oğuzman/Öz, 323; Karataş, 426; Öz, Eser Sözleşmesi, 284; Dayınlarlı, 130; Ergezen, 124; Ayan, 278; Karaca, 149; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 969; Engel, 734; Bucher, 342; Von Tuhr/Peter, 86; Stanislas, 44; Gauch/Schluep, Nr.2705.

101 BK. m. 108'deki "akdin hükümsüzlüğü" ifadesinden "sözleşmeden dönme nedeniyle hüküm ifade etmemesi"nin anlaşılması gerekir. Kılıçoğlu, Borçlar, 541, dn. 741.

102 Öz, Eser Sözleşmesi, 285; Tandoğan, Mesuliyet, 427; Buz, Sözleşmeden Dönme, 240; Eren, Borçlar, 1079; Karataş, 426; Dayınlarlı, 130.

İş sahibi ve yüklenicinin dönülen sözleşmeyi yapması ile uygun illiyet bağı içinde bulunan bütün zararlar menfi zarar kapsamına girer. Bu kapsamda menfi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kardan oluşur. Menfi zarar kalemlerini[103] tek tek saymak mümkün olmamakla birlikte, şu şekilde sınıflandırabiliriz. Fiili zarar kapsamına giren masraflardan ilki, iş sahibinin sözleşmenin kurulması ve işin tamamlanması için yaptığı masraflardır.[104] Bu kapsamda harç, posta giderleri, noter ücreti gibi giderler, iş için yapılan proje, ruhsat, malzeme masrafları örnek gösterebilir. Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar da fiili zarar kapsamındadır. Örneğin inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaata başlamak için araziyi düzelttirmesi, şantiye kurma masrafları veya yerine büyük bir apartman yapılacağı inancıyla arsası üzerindeki eski evini yıktıran iş sahibinin uğradığı zararlar, menfi zarar kapsamındadır.[105] Yine borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan masraflar ve dönülen sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar da menfi zarar kapsamına giren fiili zararlardır.[106] Ayrıca sözleşmeden dönme nedeniyle üçüncü şahıslarla yapılan sözleşmelerin ifa edilememesi nedeniyle ödemek zorunda kalınan tazminat ve cezai şartlar da fiili zarar kapsamına girmektedir.[107]

Yoksun kalınan kar da menfi zarar kapsamına girmektedir. Bu konuda uygulamadaki en önemli örnek, sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararlar oluşturur.[108] Ayrıca sözleşme konusu edim borçluya verilmeseydi ondan elde edilecek yararlarda yoksun kalınan kar kapsamında istenebilir. Sözleşme yerine getirilseydi elde edilecek kar (kar yoksunluğu) olumsuz zarar olarak kabul edilemez.[109]

---

[103] Menfi zarar kalemlerinin sayıldığı Y.15.HD. 4.11.2003 tarih ve 2130/5206 sayılı kararı için bkz. Karataş, 429; Y.HGK. 17.1.1990 tarih ve E:1989/13-392, K:1990/1 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 252.

[104] Buz, Sözleşmeden Dönme, 243; Eren, Borçlar, 1079; Öz, Eser Sözleşmesi, 286-287; Ergezen, 125; Kılıçoğlu, Borçlar, 538; Duman, 450; Ayan, 279; Engel, 735; Stanislas, 47; Bucher, 342; Von Tuhr/Peter, 87.

[105] Buz, Sözleşmeden Dönme, 244; Öz, Eser Sözleşmesi, 288; Duman, 450.

[106] Eren, Borçlar, 1080; Buz, Sözleşmeden Dönme, 245; Duman, 450; Ayan, 279.

[107] Öz, Eser Sözleşmesi, 289; Eren, Borçlar, 1080; Kılıçoğlu, Borçlar, 539; Ayan, 279; Buz, Sözleşmeden Dönme, 245; Engel, 735.

[108] Kılıçoğlu, Borçlar, 539; Tandoğan, Mesuliyet, 427-428; Buz, Sözleşmeden Dönme, 246; Öz, Eser Sözleşmesi, 289-290; Eren, Borçlar, 1080; Ergezen, 125; Duman, 450; Dayınlarlı, 131; Engel, 735.

[109] Duman, 451.

İhale mevzuatında iş sahibinin olumsuz zararı genellikle kaçırılan fırsat şeklinde belirlenmektedir. Bu hususu açıklayan Y.HGK. 17.01.1990 tarih ve E:1989/13-392, K:1990/1 sayılı karara göre[110] menfi zarar kapsamına giren fırsat kaybı zararının, feshedilen sözleşmeye ilişkin ihalede kusurlu yükleniciden başka teklif veren varsa bu tekliflerden en elverişli olanı (ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif) ile fesihten sonra normal süre içerisinde yapılan ikinci ihale sonucu oluşan bedel arasındaki farka göre, ilk ihalede kusurlu yükleniciden başka teklif veren yoksa, işin ilk ihale tarihinde yaptırılabileceği rayiç fiyatla, fesihten sonra normal sürede yapılacak ikinci ihalede oluşan bedel arasındaki farka göre belirlenmesi gerekmektedir.[111] İkinci ihalenin çok fazla geciktirilmesi yüklenicinin menfi zarar olarak idareye ödeyeceği tazminat tutarını arttıracağından, bu durum Yargıtay tarafından idare kusuru olarak değerlendirilmekte ve bu durumda ihale normal süre içinde yapılmış olsaydı hangi bedele verilecek idiyse, o bedelin menfi zarar hesabında esas alınması gerektiği kabul edilmektedir.[112]

Kararda belirtildiği gibi, yükleniciden başka ihaleye teklif veren olmaması durumunda, iş sahibinin işi ilk ihale tarihinde piyasada başka birine yaptırma imkanı yeterli görülmemeli, buradaki ücretin piyasada oluşmuş ve uygulanıyor olması aranmalıdır. Yine sözleşme sona erdikten sonra iş sahibinin aynı işi başkasına daha pahalıya yaptırmış veya yaptıracağı kesin olmalıdır.[113]

Sözleşmeden dönme nedeniyle zarara uğradığını düşünen idarenin bu zararının tazmini için yargı yoluna başvurması gerekmektedir.[114] Nitekim, idarenin

---

[110] Karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 252 vd.

[111] "Örneğin, feshedilen sözleşmeye ilişkin ihalede yüklenici tarafından teklif edilen bedelin 8.000.000 YTL, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin ise 9.000.000 YTL olduğu, söz konusu işin 4.000.000 YTL'lik aşamaya gelindiğinde yüklenicinin kusuru nedeniyle feshedildiğini, fesihten sonra işin kalan kısmının (ilk ihaleye göre 4.000.000 YTL'lik kısım) normal süre içerisinde yeniden ihale edildiğini ve ihale bedelinin 5.000.000 YTL olarak gerçekleştiğini varsayalım. Bu durumda idare, ilk ihalede kaçırılan fırsat şeklinde nitelendirilebilecek olan ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif ile yarım kalan işlerin ikinci ihalede oluşan ihale bedeli arasındaki farkı talep edebilecektir. Bunun için, yeniden ihale edilen kısmın ilk ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif içerisindeki payı (Örneğin, 4.500.000 YTL) bulunmalı ve normal süre içerisinde gerçekleşen ikinci ihaledeki ihale bedeli ile arasındaki fark (örneğimize göre, 5.000.000-4.500.000= 500.000-YTL) menfi zarar olarak belirlenmelidir." Gök, Yapım Sözleşmeleri, 582.

[112] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 582.

[113] Öz, Eser Sözleşmesi, 290; Ergezen, 125; Karaca, 152; Duman, 445-446.

[114] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 582; Gök, Yapı İşleri, 535.

bu tür durumlarda mutlaka yargı yoluna başvurması ve zarar ziyan talebinde bulunması gerektiği hususu Devlet İhale Kanununun yaygın olarak uygulandığı dönemde Maliye Bakanlığınca her yıl yayımlanan Devlet İhale Genelgelerinde *de "2886 sayılı Kanunun 62,68,66,69 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 edilmiştir.[115]

Sözleşmeden dönme üzerine istenecek menfi zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.[116] Bu konuda zarara uğrayan şeyin hüküm tarihine en yakın andaki değerin esas alınması gerektiği kanaatini paylaşıyoruz. Uygulamada hakim zararın hesabını genellikle bilirkişilere yaptırdığından, bilirkişinin incelediği tarihe göre zararın hesap edilmesi uygun olacaktır.[117]

İhale mevzuatı kamu inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde isteyebileceği tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini de düzenlememiştir. Bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda istenebilecek zarar, yüklenicinin kusurunun ağırlığına göre ya BK. m. 125 gereğince 10 yıllık genel zamanaşımı süresi ya da BK. m. 126(b) 4 gereğince 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.[118] Ancak taşınmaz inşat sözleşmelerinde ayıp halinde istenecek tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi BK. m. 363/II'ye göre belirlenecektir.[119] Zamanaşımı tazminat borcunun muaccel olmasından, yani sözleşmeden dönme bildiriminin yükleniciye ulaşmasından itibaren işlemeye başlayacaktır.[120]

---

[115] Gök, Yapı İşleri, 535.

[116] Eren, Borçlar, 1081; Buz, Sözleşmeden Dönme, 275; Öz, Eser Sözleşmesi, 297-298; Karaca, 153.

[117] Öz, Eser Sözleşmesi, 298; Karaca, 153-154.

[118] Karaca, 154; Öz, Eser Sözleşmesi, 301-302.

[119] Ayıba karşı tekeffülde zamanaşımı süreleri ile ilgili olarak bkz. 1. Bölüm, §2, I, F, 4.

[120] Eren, Borçlar, 1081; Karaca, 154; Buz, Sözleşmeden Dönme, 276; Öz, Eser Sözleşmesi, 302; Gauch/Schluep, Nr.3094.

E. Kesin Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, iki durumda yüklenicinin cezai şart ödeyeceği hükme bağlanmıştır. Birinci durum KİSK. m. 20/(a) bendinde düzenlenen, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, sözleşmeyi feshetmek isteyen iş sahibinin yükleniciye vereceği mehil süresinde işleteceği gecikme cezasıdır. İkincisi ise KİSK. m. 22 uyarınca sözleşmenin sona erdirildiği hallerde ayrıca kesin teminat ve ek kesin teminatların gelir kaydedileceğine ilişkin düzenlemedir.

Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini ileri sürerek fesih talebinde bulunması, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi, ihale sürecinde veya sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespiti hallerinde, sözleşmenin feshedilmesi durumunda, kesin teminat ve ek kesin teminatlar gelir kaydedilecektir (KİSK. m. 22).

Kesin teminat, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında alınan teminat tutarıdır (KİK. m. 43/I). Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında verilen teminat ise ek kesin teminattır (KİSK. m. 12). Kamu İhale mevzuatında teminat olarak kabul edilecek değerler, tedavüldeki Türk Parası, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları ve Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler olarak sayılmıştır[121] (KİK. m. 34/I). Sözleşmeden dönülmesi durumunda kesin teminatın

[121] Devlet iç borçlanma senetleri yerine düzenlenen belgelerin kapsam ve şekli ile ihalelerde hangi esas ve usuller dahilinde teminat olarak kabul edilecekleri belirlenmediğinden kamu ihale uygulamalarında devlet iç borçlanma senetleri ya da bunların yerine düzenlenen belgelerin teminat olarak kullanılması gerek idareler gerekse istekliler tarafından tercih edilmemektedir. Şahiner, 86. Kamu ihale mevzuatında, teminat olarak genellikle teminat mektupları kullanılmaktadır.

gelir kaydedilmesi yöntemine ilişkin olarak, kesin teminatın, tedavüldeki Türk parası ise doğrudan doğruya, banka teminat mektubu ise tahsil edilerek, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler ise paraya çevrilmek suretiyle gelir kaydedileceği düzenlenmiştir (YİGŞ. m. 47/X).

Cezai şart sözleşmeden doğan bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlu tarafından ödeneceği önceden taahhüt edilen bir edimdir.[122] Cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borç olduğundan, asıl borcun ortadan kalkması cezai şartı da ortadan kaldıracaktır. Zira dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, cezai şart isteme hakkı da ortadan kalkacaktır.[123] Ancak taraflarca aksi kararlaştırılmışsa, yani sözleşmeden dönme halinde de gecikme tazminatının istenebileceğine dair bir şart koymuşlarsa geçerli olacaktır.[124]

Öte yandan teminat mektuplarının hukuki niteliği doktrinde[125] ve uygulamada,[126] BK. m. 110 uyarınca başkasının fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Garanti veren kurum (banka veya özel finans kurumu), BK. m. 110 uyarınca "başkasının fiilini taahhüt eden kimse" durumundadır ve onun borcu teminat verdiği taraflar arasındaki borç ilişkisinden tamamen bağımsızdır.[127] Bu kapsamda iş sahibi sözleşmeden dönse bile garanti verene (banka veya özel finans kurumu) başvurarak teminatın ödenmesini isteyebilecektir.

Yüklenicinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle idare tarafından sözleşmeden dönülmesi durumunda, idarenin elinde bulunan yükleniciye ait kesin teminat ve ek kesin teminatlar gelir yazılacak, ayrıca teminatın alındığı tarih ile gelir

---

[122] Öz, Eser Sözleşmesi, 295; Kılıçoğlu, Borçlar, 575; Ozanoğlu, 75; Karaca, 158; Ayan, 193; Eren, Borçlar, 1133; Dirican, 15.

[123] Buz, Sözleşmeden Dönme, 160-161; Öz, Eser Sözleşmesi, 295-296; Ayan, 193.

[124] Öz, Eser Sözleşmesi, 296.

[125] Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları, 25 vd.

[126] Yargıtay da 13.12.1967 tarih ve E:1966/16, K:1967/7 (RG. Tarih 05.04.1968, Sayı 12867) sayılı ve 11.06.1969 tarih ve E:1969/4, K:1969/6 (RG. Tarih 03.10.1969, Sayı 13317) sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları ile banka teminat mektuplarını, BK. m. 110 kapsamında teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.

[127] Tandoğan, Borçlar, 812, 847 vd.; Öz, Eser Sözleşmesi, 266.

yazıldığı tarih arasındaki değer farkı Devlet İstatistik Enstitüsünce[128] yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine[129] göre güncellenerek, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilecektir (KİSK. m. 22/II).[130] Yüklenicinin tespit edilen tutarı ödemeye yanaşmaması durumunda, bu tutar varsa hakedişlerden mahsup edilebileceği gibi (KİSK. m. 22/III), bunun mümkün olmadığı hallerde yüklenici ile idare arasındaki hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi sırasında faiziyle birlikte idare tarafından talep edilebilecektir.[131]

Kesin ve ek kesin teminatların gelir yazılması için yükleniciye ayrıca protesto çekmeye veya mahkemeden karar almaya gerek olmayıp, dönmeyi müteakiben idari bir işlemle teminatın gelir kaydı yapılır. Teminat olarak verilen değerin banka teminat mektubu olması halinde ise, bankaya başvurularak hemen ödenmesinin talep edilmesi gerekir. Banka teminat mektupları başkasının fiilini garanti eden ve ilk talepte ödeme garantisi taşıyan bir taahhüt niteliğinde olduğundan bu talebin banka tarafından hemen kabul edilmesi gerekir.[132]

BK. m. 110/II'de, belirli bir süre için yapılan taahhütlerde, sürenin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşmenin geçerli olduğu düzenlenmiştir. Öte yandan KİK. m.

---

[128] 10.11.2005 tarih ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu, 18 Kasım 2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve Devlet İstatistik Enstitüsü'nün yerine Türkiye İstatistik Kurumu kurulmuştur.

[129] 2006 yılı Ocak ayı itibariyle TEFE, Üretici Fiyatları Endeksi (ÜFE) adı altında güncel yapıya kavuşturulmuştur.

[130] Anılan maddenin gerekçesinde, teminatlardaki değer kaybını önlemek üzere, teminatların değerinin güncellenmesinin gerekli görüldüğü açıklamasına yer verilmekle birlikte bu düzenlemenin yerinde olmadığı düşünülmektedir. Zira teminatlarda bir değer kaybının meydana gelmesi mümkün değildir. Şöyle ki, ihale konusu işin sözleşme fiyatlarıyla yapılması gerekmekte olup, işin yürütülmesi sırasında iş artışının meydana gelmesi veya fiyat farkı verilmesi gereken durumların ortaya çıkması halinde ek kesin teminat alınması zorunludur. Bu itibarla, teminat tutarı her zaman işin bedelinin % 6'sına tekabül etmekte, başka bir anlatımla % 6'lık oran sürekli korunmaktadır. İşte, her ne kadar teminat değerinde bir azalma olabileceği iddia edilmekte ise de, esas olan teminat oranının işin bedeli ile kıyaslanması olduğundan teminatların değer kaybetmesi mümkün değildir. Bu nedenle, kesin ve ek kesin teminatın güncellenerek tahsil edilmesini teminatlardaki değer kaybını önleyen bir düzenleme olarak değil, sözleşmenin feshedilmesine neden olan yükleniciden alınan ek bir ceza olarak değerlendirmek mümkündür. Buna göre, yüklenici sözleşme bedelinin % 6'sını aşan oranda bir kesin teminat tutarının tahsiliyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu uygulama yüklenicinin durumunu ağırlaştırıcı mahiyet taşımaktadır. Uslu, 112-113.

[131] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 570.

[132] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 570; Şahiner, 31.

35/I'e göre, bu Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespite Kamu İhale Kurumu yetkilidir. Bu yetkiye istinaden Kurum tarafından hazırlanan geçici, kesin ve avans teminat mektubu metinlerinin tamamı "süreli" olarak hazırlanmış ve BK. m. 110/II'de öngörülen kayda mektup metinlerinde, *"Bu teminat mektubu .../.../... tarihine kadar geçerli olup, bu tarihe kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacaktır."*[133] şeklinde yer verilmiştir. Bu kapsamda kesin teminat mektupları, vadeli (süreli) teminat mektubu niteliğinde olup, süre sonuna kadar tazmin talebinde bulunulmaması durumunda teminat mektubu hükümsüz kalacaktır.[134]

Kamu İhale Kanununda idarece alınan teminatların haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı şeklinde koruyucu bir düzenleme getirilerek, teminatların işlevlerinin, haciz ve ihtiyati tedbir müesseseleri ile engellenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır (KİK. m. 34/son fıkrası).[135]

Genel hükümlere göre taraflarca aksini kararlaştırmadığı sürece cezai şart tutarı tazminat alacağından indirilecektir.[136] Ancak cezai şart niteliğinde bulunan kesin teminatla ilgili olarak KİSK. m. 22 ve YİGŞ. m. 47'de açıkça "*gelir kaydedilen kesin teminatların yüklenicinin borcuna mahsup edilmeyeceği*" hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, yüklenicinin hesabı tasfiye edilirken, idare adına gelir kaydedilen kesin ve ek kesin teminatlar ile bunların güncellenmesinden doğan farkları yüklenicinin sözleşme ilişkisinden doğan diğer borçlarından veya tazminat borcundan mahsup edilemeyecektir.[137]

---

[133] Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği Eki Standart Form-KİK023.1/Y, KİK023.2/Y, KİK023.3/Y

[134] Şahiner, 37-38; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 571.

[135] Gönen/Işık, 272; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 571; Şahiner, 13. "Sözleşmenin feshi halinde gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcundan mahsup edilemeyeceğine, bu amir hüküm, taraflar arasındaki sözleşmede de öngörüldüğüne, davacı kurum vekilinin, vazgeçme yetkisi bulunmadığından tazminattan, gelir kaydedilen kesin teminatın mahsubu talebinin, davacı idareyi bağlamayacağı gibi, daha sonra davacı vekili, ıslah yolu ile tazminattan mahsup ettiğini bildirdiği kesin teminatı da istediğine ve ıslah yoluyla müddeabih artırılabileceğine göre, davacı tarafın bu talebinin de kabulüne karar verilmelidir." Y.13.HD. 1.6.2004 tarih, 17123/8397 sayılı karar için bkz. Doğanyiğit, 1172-1173.

[136] Eren, Borçlar, 1139; Öz, Eser Sözleşmesi, 297.

[137] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 572; Uslu, 113-114; Turguter/Tokmaklı, 568.

"Cezai şart niteliğinde bulunan kesin teminat kural olarak tazminat alacağından indirilir; başka bir anlatımla alacaklı kesin teminatı aşan zararı isteyebilir (BK. m. 159). Yeter ki sözleşmede ve yasada aksi yönde bir hüküm bulunmasın. 2886 sayılı Kanunun 62. maddesinin son bendinde

F. İhalelere Katılmaktan Yasaklama

KİSK. m. 22/son fıkrasında *"19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılacağı*" hükmüne yer verilmiştir. Kanunun 26 ncı maddesi ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesine ilişkindir.[138] Şu halde, sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini ileri sürerek fesih talebinde bulunması, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi, ihale sürecinde veya sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespiti hallerinde sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, yükleniciler hakkında yasaklama yaptırımının uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan, KİSK. m. 16'ya aykırı olarak sözleşme devredenler veya devralanlar ile 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında da yasaklama işleminin uygulanacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile yüklenicinin kusuru nedeniyle sözleşmeden dönüldüğü hallerde, KİSK. m. 26 gereğince yükleniciler hakkında yasaklama kararı verilecektir. Öte yandan anılan Kanunun 17'nci maddesinde yüklenicinin iflas etmesi, ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet nedeni ile sözleşmenin feshedilmesi durumunda yasaklama hariç haklarında 20 ve 22 nci maddeye göre işlem yapılacağı hüküm altına alındığından, söz konusu durumlarda yasaklama işlemi uygulanmayacaktır.

---

açıkça gelir kaydedilen teminatın müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilmeyeceği kabul edilmiştir...O halde mahkemenin, davacının belirlenen zararlarından idarece gelir kaydedilen peşin teminatı indirmemesi doğrudur." Y.HGK. 17.01.1990, E:1989/13-392, K:1990/1 sayılı karar için bkz. Karahasan, İnşaat, 252.

"…sözleşmenin idarece haklı olarak feshedildiği mahkemece kabul edilmiş olup bu kabul dosya kapsamına da uygun düşmektedir. Fesih halinde teminat mektubunun irat kaydedileceği sözleşmede benimsenmiş olduğu gibi sözleşmenin eki olan ve delil sözleşmesi olarak kabul edilen Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesinde de gelir kaydedilen kesin teminatın müteahhidin borcuna mahsup edilmeyeceği açıklanmıştır. Bu durumda….tarihli sözleşme için idareye verilen kesin teminat mektubu tutarı, yüklenici borcundan mahsup edilmeden yapılacak hesaplamayla davanın sonuçlandırılması gerekirken teminat bedeli idare alacağından düşülerek davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur." Y.15.HD. 24.9.2004, 3845/4615 sayılı karar için bkz. Gök, Yapım Sözleşmeleri, 573.

[138] KİK. m. 58'de, ihale sürecinde KİK. m. 17'ye göre yasak fiil ve davranışlarda bulunmanın yaptırımı olarak yasaklama konusu düzenlenmiştir. KİSK. m. 26'da ise, kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmelerin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında yasaklama yaptırımı, yine KİK. m. 58'deki düzenlemeye paralel bir şekilde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere anılan madde ile, kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmelerin uygulanması sırasında idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla, yasak olan fiil ve davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin, fiil veya davranışlarının özelliğine göre sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından haklarında maddede belirtilen süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.

Şu halde anılan düzenlemenin amacı, basiretsiz ve kötüniyetli yüklenicileri, idari bir karar ile belli bir süre ile kamu ihalelerine girmekten men etmek yani yasaklamaktır. Ayrıca yasaklama kararlarının Resmi Gazete de yayımlanarak hem diğer idarelerin yasaklamadan haberdar olması, hem de kötüniyetli bu davranışın ilan edilmesinden dolayı ticari itibarının zedeleneceğini düşünen yüklenicilerin daha dikkatli ve titiz davranmaları amaçlanmıştır.[139] Bu amaçla, kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olan yüklenici hakkında yasaklamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir.[140]

Yasaklamalar, organik ve fonksiyonel bakımdan idari işlem[141] niteliğindedir. Şöyle ki, organik bakımdan yasaklama kararını, ihaleyi yapan idarenin bağlı bulunduğu veya ilişkili olduğu bakanlık almaktadır. Fonksiyonel bakımdan ise, bu karar, ihalenin rekabet ortamında yapılmasının sağlanması amacına yönelik, önleyici ve koruyucu bir amaç taşımaktadır.[142] İleriye yönelik koruyucu ve önleyici

---

[139] Gönen/Işık, 289; Doğanyiğit, 1192.

[140] "Akdi fesheden davacının, ancak menfi zararlarını istemeye hakkı olup, müspet zararlardan sayılan kar kaybını isteyemez. Davalı idare, davacı hakkında ihalelere girmeyi yasaklama kararı almış ve bu karar Resmi Gazetede ilan edilmiştir. Bu işlem idari nitelikte bulunup, karar sebebiyle oluşan zararın tazmini de tam kaza davasını gerektirdiğinden davacının bununla ilgili isteğinin idari yargıda görülmesi gerekir. Bu kısma ilişkin dava tefrik edilerek görevsizlik kararı verilmelidir. Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca işlemiş faize hükmedilebilmesi için, davalının direngen (mütemerrit) duruma düşürülmesi gerekir. Davalıya gönderilen fesih yazısı ve davacıya çektiği ihtarnameler temerrüt ihtarı yerine geçmeyeceğinden, dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir." Y.15.HD. 28.06.1995, 2446/3235 sayılı karar için bkz. Doğanyiğit, 1195.

[141] İdarelerce verilen yasaklama kararı hukuki niteliği itibariyle bir idari işlem olduğundan, haklarında idarece yasaklama kararı verilenler idari yargıda yasaklama işleminin iptali için iptal davası, ayrıca bu işlem sebebiyle zarara uğranılmış ise bu zararın tazmini için tam yargı davası açabilir. Gönen/Işık, 289; Zor, 111 vd.

[142] Kazancı, 47.

özelliğinin yanı sıra, ayrıca idari bir yaptırım niteliğindedir.[143] Zira idarelerce verilen yasaklama kararları, gerçek veya tüzel kişi yüklenicilerin Kamu İhale Kanununda yasaklanan bazı fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle ihalelere katılımlarını sınırlandırarak hukuki alanlarında hüküm ve sonuç doğuran birer işlemdir.

Yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar,[144] 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir (KİSK. m. 26/I).[145] Konu ile ilgili olarak Kamu İhale Genel Tebliği 28.1.2'de, haklarında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki tüm ihalelere katılmaktan yasaklanacağı açıklaması getirildiğinden, yasaklı kişinin Kamu İhale Kanunu kapsamında olmayan ihalelere katılmasına bir engel bulunmadığı düşünülmektedir.[146]

Yasaklama kararı, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Bu kapsamda idareler, yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (KİSK. m. 26/V). Şu halde ihaleyi yapan idarenin yasaklama kararını

---

[143] İdari yaptırım, suç teşkil etmeyen ancak toplum düzenine aykırı olan davranışlara karşı uygulanan tedbirlerdir. Ceza kanunlarında tanımlanan bir fiile uyan davranışlara karşı uygulanan tedbirler ise, cezai yaptırımdır. Kazancı, 47, dn. 113.

[144] Yüklenicinin Kanunda hüküm altına alınan alt ve üst sınırlar içinde, ne kadar süre için ihalelerden yasaklanacağını belirleme hususunda idarelere takdir yetkisi verilmiştir. Takdir yetkisinin sınırı Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere "kamu yararı" ve "hizmetin gerekleri"dir. İdareler yasaklama süresini, kamu yararı ve hizmetin gerekleri çerçevesinde, yasaklamaya neden olan fiil veya davranışın ağırlığını, niteliğini, teşebbüs aşamasında kalıp kalmamasını, ilk defa veya mükerreren işlenip işlenmediğini göz önünde bulundurarak takdir edeceklerdir. Zor, 63.

[145] Yasaklamayı gerektiren ihlalin niteliğine göre gerek idareler ve gerek adli mahkemelerce, ihalelere katılımı Kamu İhale Kanununun öngördüğü asgari ve azami sınırlar dahilinde takdir edilecek belli bir süre için engelleyen yasaklama kararına geçici yasaklama kararı denir. Sürekli yasaklama kararı ise, mahkemelerce geçici yasaklamaya dayanak olan TCK anlamında suç teşkil eden fiil veya davranışlarla ilgili olarak hakkında mükerrer ceza hükmolunanların, bu fiil veya davranışları işlemeyi alışkanlık haline getirdikleri ve bu kişilerin kamuya karşı mesleklerini layıkıyla yerine getiremeyecekleri amacıyla ihalelere katılımları belli bir süreye tabi tutulmaksızın yasaklanmasıdır. Sürekli yasaklama kararına sadece mahkemeler hükmedebilir. Zor, 21. Mahkeme kararı ile sürekli yasaklama kurumu KİSK. m. 27'de düzenlenmiştir.

[146] Uslu /Demirel, 589.

alma yetkisi bulunmayıp, sadece yasaklamayı gerektirir bir durumun oluştuğunu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.[147]

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere[148] en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer (KİSK. m. 26/IV). Söz konusu hükümde geçen 45 günlük süre disipliner niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olup, 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunludur.[149] Bu sürenin ne zaman başlayacağı hususunda değişik görüşler bulunmakla birlikte,[150] 22.08.2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan değişiklik ile bu konuda idarenin yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihin esas alınması gerektiği düzenlenmiştir (KİGT. m. 28.1.4, 28.1.5).[151]

Yasaklama kararının alınmasına dayanak teşkil eden sebebin gerçekleşmesi üzerine, yetkili merci tarafından bu sebebin tespiti ve yasaklama kararının alınıp yürürlüğe girmesi arasında geçecek süre dikkate alınarak kötü niyetli, basiretsiz gerçek veya tüzel kişiler hakkında geçici olarak ihaleye iştiraklerinin engellenmesi adına, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri düzenlenmiştir (KİSK. m. 26/III). Şu halde bu fiil veya davranışları sergileyenlerin, eğer ihale süreci devam halindeyse o ihaleye ve her halükarda yasaklama kararı yürürlüğe girene kadar aynı idare tarafından yapılan diğer ihalelere katılımları da engellenecektir.[152]

---

147 Sayın, 841.

148 Yasaklama kararının Resmi Gazete'de yayımlanması, yasaklama kararının geçerlik değil fakat yürürlük şartıdır. Zor, 58.

149 Sayın, 844; Uslu /Demirel, 587; Zor, 57. Uslu /Demirel'e göre, bu süre içinde yasaklama işleminin tamamlanmaması durumunda ilgili kamu görevlileri hakkında disiplin ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Uslu /Demirel, 587; Zor, 57.

150 Bir görüşe göre 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarih esas alınmalıdır. Gönen/Işık, 291; Sayın, 845; Zor, 57.

151 Taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürelerinin uzunluğu, teşkilatlanma farklılığından kaynaklanan gelişmeler, Kanunda öngörülen sürenin geçmesi halinde yasaklama kararı verilememesi ve konuya ilişkin Danıştay 13. Dairesinin 20.03.2006 tarih ve 1443 sayılı kararı dikkate alınarak 45 günlük sürenin başlangıcında, idarenin yazısının ilgili/bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihin esas alınması benimsenmiştir. Uslu /Demirel, 587, dn. 179.

152 Gönen/Işık, 291; Zor, 59.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Yasaklananların gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre, ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir (KİSK. m. 26/II). Böylece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklananların başka bir yöntem izleyerek dolaylı olarak ihalelere teklif vermesini önlemek amacıyla, hakkında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişinin kendisi ile birlikte ortağı olduğu şirketler ve ortakları hakkında da yasaklama kararı verileceği düzenlenmiştir.[153]

Kamu İhale Kanunu ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şeklide ihalelere katılamayacak, katılmaları halinde ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilecektir (KİK. m. 11). Ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilecektir.[154]

G. İdarenin Yüklenicinin Mallarına El Koyma Ve Satın Alma Yetkisi

Sözleşmeden dönme halinde işin durmaması için iş sahibine yüklenicinin tesisleri, malzeme ocakları, ihzaratı, araç ve makinelerinden gerekli gördüklerine geçici olarak el koyma yetkisi tanınmıştır. İş sahibine tanınan bu yetki önleyici tedbir mahiyetindedir.[155] Şu halde yüklenici, kendine ait olmasına rağmen, iş yerindeki araç gereçlerini idarenin izni olmaksızın iş yerinden çıkaramayacağı gibi yerlerini dahi değiştirme hakkına sahip değildir. Yüklenicinin bu hususlarda herhangi bir fiilini

[153] Doğanyiğit, 1193; Uslu /Demirel, 586; Zor, 64; Gönen/Işık, 290.
[154] Zor, 80-81; Uslu /Demirel, 589-590.
[155] Karaca, 129.

önlemek için idare, gerekli gördüğü takdirde işyerine el koyarak yüklenicinin teşkilatını işbaşından uzaklaştırabilir (YİGŞ. m. 48/I).

Bu konuda idareye yüklenicinin inşaat sahasındaki mallarına geçici olarak el koyma yetkisi tanınmakla kalmamış, maddede öngörülen esaslar çerçevesinde isterse yüklenicinin mallarını satın alabileceği de düzenlemiştir.[156] Yüklenicinin kusuru nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde, belirtilen satın alma işlemi için yüklenicinin rızasına gerek yoktur.[157] Araç ve gereçlerin bedelinin ne şekilde ödeneceği ise YİGŞ. m. 48'de düzenlenmiştir.

Araç, gereç, tesisat ve malzemeyi satın almak hususunda idareye yenilik doğuran bir hak tanınmıştır. Bu hak yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir beyanla kullanılır. İdarenin satın alma kararını yükleniciye tebliğ etmesi ile alım-satım sözleşmesi kurulmuş olur ve yüklenici idarenin talep ettiği malları idareye nakletmek borcu altına girer.[158]

İdarenin söz konusu tesisler, malzeme ve diğerlerini satın almak istememesi durumunda ise yüklenici, idare tarafından belirlenecek süre içinde bunları işyerinden çıkarıp uzaklaştırmak zorundadır (YİGŞ. m. 48/VI). Yüklenicinin belirlenen süre içinde söz konusu işleri yapmaması veya eksik yapması halinde hakedişinden, hakedişi kalmamışsa teminatından idarenin takdir edeceği bir bedel kesilir (YİGŞ. m. 10).[159]

H. İdare Tarafından İşin Belli Bir Aşamaya Kadar Yükleniciye Yaptırılması

Sözleşmeden dönülmesi halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihrazatın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya

---

[156] Bu malları satın almak idare açısından her zaman rasyonel olmayabilir. Bu nedenle, idareye yüklenicinin mallarını satın alma yetkisi tanınmış olduğu göz önünde bulundurularak, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin idareye yüklenicinin mallarını kiralama yetkisi de tanıdığı evleviyetle kabul edilmelidir. Zira önemli olan yüklenicinin mallarının kullanılması karşılığı yükleniciye belli bir tutar ödenmesidir, Uslu, 118-119.

[157] Gök, Yapı İşleri, 541; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 585.

[158] Seliçi, İnşaat, 118.

[159] Gök, Yapı İşleri, 542; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 586.

yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu hususların ayrıntılı olarak durum tespit tutanağında belirtilmesi gerekmektedir. İdare sözleşmeden döndükten sonra durum tespit tutanağında belirtilen işlerin belirli bir süre içerisinde yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmediği takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa genel hükümlere göre işlem yapılır (YİGŞ. m. 47/XVII).

İdarenin durum tespit tutanağında belirtilen bu işlerin yapılmasını öncelikle yükleniciden talep etmesi gerekmektedir. Zira YİGŞ. m. 48'de yüklenicinin durum tespit tutanağında belirtilen hususları yerine getirmediği takdirde idarenin bu belirli işleri yüklenici hesabına yapacağı veya yaptıracağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak idarenin talebinin işin yüklenicisi tarafından reddedilmesi halinde bu belirli işlerin üçüncü bir kişiye yaptırılması mümkündür.[160]

İdarenin bu talebinin işin yüklenicisi tarafından reddedilmesi durumunda, işlerin üçüncü bir kişiye yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa genel hükümlere göre işlem yapılır. Örneğin, işin belli bir aşamaya getirilmesi için yapılacak işin bedeli sözleşmede 100.000 YTL öngörülmüş, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılması sonucu ödenmesi gereken bedel 140.000 YTL olmuşsa, aradaki 40.000 YTL'lik fark işin yüklenicisinin alacaklarından düşülecek, alacağı kalmamışsa genel hükümlere göre işlem yapılacaktır.[161]

---

[160] Ancak karşılıklı güven ilişkisine dayanan inşaat sözleşmesinde, idarenin güvenini yitirdiği (özellikle hileli malzeme kullanılması veya sözleşmenin uygulanması aşamasında sahte belge düzenlendiği vb.) yükleniciden işin belli bir aşamaya kadar yapılmasını istemesinin zorunlu tutulmasının uygun olmadığı düşüncesini paylaşıyoruz. Uslu, 116.

[161] Uslu, 116-117.

İ. İdarenin Kalan İşi İhale Etme Serbestisi

YİGŞ. m. 47/XII uyarınca, "*İdare fesih işleminden sonra işi 4734 sayılı Kanunda öngörülen usullerden herhangi biri ile ihale etmekte serbesttir. Geri kalan işlerin başka bir yükleniciye ihalesinden dolayı, yüklenici hiçbir hak iddiasında bulunamaz."* Anılan hükme göre, fesihten sonra işin kalan kısmının Kamu İhale Kanununda öngörülen usullerden biri ile ihale etmekte idarenin serbest olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu serbestinin, özellikle pazarlık usulünün seçiminde sınırsız bir takdir imkanı şeklinde anlaşılmaması gerektiği düşüncesini paylaşıyoruz. Zira menfi zarar miktarı konusunda bir ihtilaf yaşanmaması için temel ihale usullerinin (açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulü) tercih edilmesi daha uygun olacaktır.[162]

II. Yükleniciye Kusur Atfedilemeyen Nedenlerle Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları

A. Sona Erme İlişkisine Uygulanacak Hükümler

Kamu ihale mevzuatındaki mevcut düzenlemenin, borca aykırılıkta bir istisna gözetmeksizin, yükleniciyi sebepsiz zenginleşmenin tasfiye rejiminden koruyan ileriye etkili fesih düzenini benimseyen hükümler içerdiğini, ancak bu durumun kusurlu yüklenici açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar içerdiğini, bu nedenle yüklenicinin kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olduğu durumlarda geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde sözleşmeden dönülmesine ilişkin hükümlerin uygulanması ve bu yönde düzenleme yapılması gerektiğini yukarda açıkladık. Ancak kamu ihale mevzuatındaki bu mevcut düzenleme, yüklenicinin kusursuz davranışları ile sözleşmenin sona erdiği durumlarda son derecede yerinde bir düzenlemedir.

Bu kapsamda yüklenicinin kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesine neden olması halinde, sözleşme ileriye etkili olarak feshedilecek, yüklenici tarafından sona erme anına kadar yapılan inşaat kısmının malzeme ve işçilik bedeli,

[162] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 583.

kar dahil yükleniciye ödenmesi gerekecektir.[163] Şu halde yükleniciye ara hakedişlerle ödeme yapılmış olduğunda, bu ödemenin içinde kar da olacağından, ayrıca yükleniciye bir ödeme yapılması gerekmeyeceği gibi, iş sahibinin de bu kısma ilişkin bir talebi olmayacaktır. Ancak en son ödenen ara hakediş ile sözleşmenin sona erdirildiği ana kadar geçen süre içinde ücretlendirilmemiş inşaat kısmı, ihzarat bedeli ve kar var ise, bu kısma isabet eden sözleşmede kararlaştırılan ücret yükleniciye ödenecektir.[164]

Kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesine neden olan yüklenicinin yaptığı iş kısmı ile orantılı bedel (kar dahil) alabilmesi için hem yasal dayanak hem de hakkaniyete ilişkin nedenler bulmak mümkündür. Yasal dayanak öncelikle yukarda açıkladığımız kamu ihale mevzuatındaki mevcut düzenlemedir. Ayrıca BK. m. 371 hükmü de kusuru olmaksızın eseri tamamlayamayacak duruma gelen yükleniciyi korumak amacıyla getirilmiş olup, BK. m. 117'de düzenlenen kusursuz ifa imkansızlığının istisna sözleşmeleri bakımından özel olarak düzenlenmiş halidir.[165] BK. m. 371'e göre, yüklenici kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı durumda inşaatın yapılan kısmı iş sahibinin kullanmasına elverişli olduğu takdirde, iş sahibi yapılan bu kısmı kabule ve bedelini ödemeye mecburdur. Şu halde, yükleniciye, yapılan kısımla orantılı sözleşmede kararlaştırılan ücret ödenecektir.[166]

BK. m. 371 hükmünün, Borçlar Kanununa tabi inşaat sözleşmelerinde kıyasen kusursuz olarak temerrüde düşen yüklenici içinde uygulanabileceği kanaatini paylaştığımıza yukarda değinmiştik.[167] Zira kanun koyucunun amacı kusursuz yükleniciyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyenin sonuçlarından korumak olduğuna göre, bu nedenler temerrüt durumunda da söz konusu olur. Hatta sadece temerrüt durumunda değil, yüklenicinin kusursuz olarak inşaatı tamamlayamadığı tüm sona erme hallerinde kıyasen uygulanabileceği kanaatini paylaşıyoruz.[168] Ancak BK. m. 371 hükmünün uygulanabilmesi için, yapılan kısmın

---

[163] Karaca, 143.
[164] Karaca, 143.
[165] Öz, Eser Sözleşmesi, 220; Karaca, 144.
[166] Karaca, 144; Öz, Eser Sözleşmesi, 221.
[167] Bkz. 2. Bölüm, §1, IV, B, 4.
[168] Karaca, 144.

iş sahibi tarafından kullanılmasının mümkün olması gerekir.[169] Bu durumda inşaatın yapılan kısmı iş sahibi için bir değer bir kazandırma teşkil ediyorsa, yani kullanılabiliyorsa ve yüklenici borca aykırılık teşkil eden olaylarda kusurunun bulunmadığını ispat ederse ileriye etkili fesih söz konusu olacak ve yüklenici yaptığı kısım oranında sözleşmedeki bedeli isteyebilecektir.[170]

B. Kesin Teminatın İadesi Ve Hesabın Tasfiyesi

Yükleniciye kusur atfedilemeyen nedenlerle sözleşmenin sona erdirilmesinde yüklenicin kesin teminatı iade edilecek, yasaklama hariç yüklenici hakkında KİSK. m. 20 ve 22 uygulanacaktır.

YİGŞ. m. 47/XIV uyarınca, tasfiye halinde, işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu Şartnamenin 41, 42, 43, 44 ve 45 ncı maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde[171] olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki veya yapılmışsa bu kısmın kesin hakediş raporundaki tutarına göre hesaplanacak kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise Şartnamenin 45 inci maddesinde düzenlenen kesin teminatın iadesine ilişkin hükümlere göre yapılacaktır.

Şartnamenin 45 nci maddesi uyarınca, yapım işlerinde, kesin teminatın yarısı geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra, yani yüklenicinin taahhüdünü sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirdiğinin ve bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığının tespit edildiği kesin kabul tutanağının onaylandığı tarihten daha önceki bir tarihte iade edilmektedir. Kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra ise kalan kısmın iade edilmesi gerekmektedir. Ancak kesin teminatın kısmen ya da tamamen iadesi için her

---

[169] Karaca, 144; Öz, Eser Sözleşmesi, 221.

[170] Öz, Eser Sözleşmesi, 221; Karaca, 145.

[171] Normal şekilde bitirilmiş olan işlerden kasıt, sözleşmenin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun bir ifa sonucunda bitmesidir.

halûkarda Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi gerekmektedir. Böylece, en azından kamuya karşı bir taahhüt yüklenen kimselerin üstlendikleri taahhüt nedeniyle istihdam ettikleri çalışanlara ilişkin sosyal güvenlik kesintilerini yatırmaları güvence altına alınmak istenmekte, bu müessese bir sosyal politika aracı olarak kullanılmaktadır[172]. Yüklenicinin sözleşme konusu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin kesin kabul tarihine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar KİSK. m. 13'e göre paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir[173] (YİGŞ. m. 45/III).

Yüklenicinin kusursuz olarak sözleşmenin sona ermesine neden olduğu durumlarda da, kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihrazatın ölçülebilir duruma getirilmesinin, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa bu hususların "tasfiye geçici kabul tutanağında" belirtilmesi gerekmektedir (YİGŞ. m. 47/XVII). Bu durumda idare sözleşmenin tasfiyesiyle birlikte tasfiye geçici kabul tutanağında belirtilen işlerin belirli bir süre içerisinde yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Sözleşmeden dönmenin sonuçlarında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.[174]

Sözleşmenin tasfiyesi halinde de iş sahibi işin durmaması için yüklenicinin tesis, araç ve makinelerinden gerekli gördüklerini satın alabilecektir. Ancak yüklenicinin kusuruna dayanmayan bir nedenle sözleşmenin tasfiyesinde, idarenin yüklenicinin mallarını satın almak istemesi durumunda, yüklenicinin kusuruna dayanan bir nedenle sözleşmenin feshinden farklı olarak yüklenicinin rızasının aranması gerekmektedir (YİGŞ. m. 47/XVI).[175] Şartnamenin ilgili hükmü sadece tesis, araç ve makineler konusunda rıza şartı getirmiş olmakla birlikte, ihzarat olarak hakedişe girmemiş inşaat gereçleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak ihzarat bedeli ödenmekle idare malı niteliği kazanan malzemelerin idarece satın

---

[172] Şahiner, 96.

[173] Kemer, 282; Gök, Yapı İşleri, 502; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 507.

[174] Bkz. 3. Bölüm, §2, I, H.

[175] Gök, Yapım Sözleşmeleri, 595; Gök, Yapı İşleri, 546; Uslu, 128.

alınmasında yüklenicinin rızasına gerek olmadığı düşünülmektedir. Sözleşmenin tasfiyesinde idarenin yüklenicinin mallarını satın almak istemesi durumunda, satın alma yöntemi konusunda işin sözleşmesinde hüküm bulunması halinde bunlar öncelikle uygulanır. Eğer sözleşmede bu konuda hüküm yoksa, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin mallarının satın alınması yöntemini düzenleyen 48 nci madde hükümlerine uyulması gerekmektedir.[176]

III. Yüklenicinin Yasak Fiil Ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları

KİSK. m. 21/I'de, yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşme feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir.[177] Anılan hükümde sayılan yasak fiil ve davranışlar sözleşme öncesi ihale sürecinde meydana gelen fiil ve davranışlar olup KİK. m. 17'de düzenlenmiştir.

KİK. m. 17'ye göre ihalelerde, "*a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek, e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak*" yasaktır.

Anılan hükme göre, yüklenicinin ihale sürecinde hile, tehdit, rüşvet, fiyat anlaşması vs. davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde sözleşmenin feshedileceği düzenlenmiştir. Halbuki bu durumlarda

---

[176] Gök, Yapı İşleri, 547; Uslu, 129; Gök, Yapım Sözleşmeleri, 596.

[177] Bkz. 2. Bölüm, §3, III, C.

sözleşmenin kuruluşu aşamasında bir sakatlık söz konusudur. Yüklenicinin ihale öncesi dönemde KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunması, ihaleyi yapan idare açısından bir irade sakatlığına[178] yol açar. Taraflardan birini sözleşme yapmaya sevkeden irade, hata, hile, tehdit gibi durumlar nedeniyle sakat ve bozuk bir şekilde oluşmaktadır.[179] Sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bir sakatlık nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinde ise, fesih veya dönme değil iptal söz konusudur. Başka bir ifadeyle, kamu inşaat sözleşmelerinde de, hata, hile, tehdit gibi irade sakatlıklarının mevcudiyeti halinde iradesi sakatlanan taraf sözleşmeyi iptal edebilecektir.[180]

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda idarenin sözleşmeyi sona erdirme yetkisinin düzenlendiği, ancak yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirme yetkisinin düzenlenmediği hususuna yukarda değinmiştik[181]. Bu kapsamda yüklenicinin sözleşmeyi iptal hakkını kullanması bakımından BK. m. 31 hükmü geçerli olacaktır.[182] İdarenin iptal hakkını kullanması bakımından ise, KİSK. m. 17'de, hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etme durumu düzenlenmediği için BK. m. 31 hükmü uygulanacak, hile, tehdit vs. diğer yasak fiil ve davranışlar nedeniyle idarenin sözleşmeyi iptali halinde ise KİSK. m. 22 hükmü geçerli olacaktır.[183]

Borçlar Kanununa göre iptal hakkının, hata veya hilenin fark edildiği veya tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde kullanılması gerekir (BK. m. 31). Bu durumda idare, hile veya tehdit nedeniyle iradesi sakatlanarak sözleşmeyi imzaladığı durumda, KİSK. m. 22'ye göre yedi günlük süre içinde sözleşmeyi iptal hakkını kullanması gerekirken, hata nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi durumunda Borçlar Kanunu hükümlerine göre bir yıllık hak

---

[178] İrade sakatlığı halleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar, 337 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar, 124 vd.

[179] İrade sakatlığı, iradenin oluşumunda sakatlık şeklinde olabileceği gibi, sağlıklı bir şekilde oluşmuş bir iradenin beyanı aşamasında da olabilir. Oluşumda sakatlık halinde beyan iradeye uygun olmakla birlikte, irade, belirli bir durum veya olay hakkında sahip olunan yanlış bir tasavvur ve düşüncenin etkisi altında oluşum safhasında sakatlanmıştır. Beyanda sakatlıkta ise, irade normal olarak oluşmakla birlikte, beyan, beyan sahibinin gerçek iradesine uygun değildir. Eren, Borçlar, 340; Kılıçoğlu, Borçlar, 114.

[180] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 334.

[181] Bkz. 2. Bölüm, §3, I.

[182] KİSK. m. 36 uyarınca hakkında hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

[183] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 334.

düşürücü süreden yararlanabilecektir. Yüklenici ise, BK. m. 31'de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içinde irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkını kullanabilecektir. Bu çelişkili durumun giderilmesi adına Buz'un yaptığı yorumu paylaşıyoruz. Buna göre, idare tarafından yüklenicinin sözleşme öncesi ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi durumunda, sözleşme idarenin iptal hakkının kullanması üzerine sona erecektir. Ani edimli borç ilişkisi doğuran kamu inşaat sözleşmelerinde bu sona erme geçmişe etkili sonuç doğuracak[184] ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacaktır. KİSK. m. 22'de öngörülen yedi günlük süre hak düşürücü süre olmadığından, idare, iptal hakkını sözleşmeye icazet vermediği sürece BK. m. 31 hükmüne göre bir yıllık süre içinde kullanabilecektir.[185]

İptal beyanının karşı tarafın hukuk alanına ulaştığı anda, sözleşme ilişkisi ilk yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırarak geçmişe etkili sonuç doğurur. Böylece taraflar henüz ifa edilmemiş edimlerini yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, daha önce yerine getirilmiş edimlerini ise, ya ayni nitelikte olan bir istihkak davası[186] ile ya da bunun mümkün olmadığı durumlarda şahsi nitelikte sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyecektir.[187]

---

[184] Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde iptal hakkının geçmişe veya ileriye etkili sonuç doğurması hususundaki görüşlerle ilgili olarak bkz. Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 337 vd.

[185] Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 346.

[186] İptal ve dönme hallerinde, her ikisi de sözleşmeyi geçmişe etkili bir şekilde sona erdirdiği halde, daha önce yerine getirilen edimlerin iadesine yönelik olarak aralarında yaratılan farklılıkla ilgili yorum için bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, 119-120.

[187] Eren, Borçlar, 374-375; Buz, Sözleşmeden Dönme, 88, 119-120; Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 336.

SONUÇ

1. 1 Ocak 2003 tarihine kadar, kamu ihaleleri sonucunda imzalanan ve kamunun taraf olduğu inşaat sözleşmelerine Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmakta idi. Bu Kanun, hem ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri hem de bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları düzenlemekte, ayrıca alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin hepsini kapsamakta idi. Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermek amacıyla kabul edilen Kamu İhale Kanunu Devlet İhale Kanununu tamamen yürürlükten kaldırmamış, kamu harcaması yapılmasına yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım işleri Kamu İhale Kanunu kapsamına alınırken, satım, trampa, kiraya verme, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleri gibi gelir getirici işler ise Devlet İhale Kanununun kapsamında kalmıştır. Ayrıca 01.01.2003 tarihinden önce yapılan işler yine bu Kanun kapsamında devam edecektir. Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu kanun hükümlerine göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla da Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kabul edilmiştir.

2. Kamu idarelerinin, ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmelere kamu ihale sözleşmeleri denir. Özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili ihtilaflar adli yargıda çözümlenirken, birer idari işlem niteliği taşıyan sözleşmenin imzalanmasından önceki ihale işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar idari yargı organının denetimine tabidir.

3. Bir kamu ihale sözleşmesi olan kamu inşaat sözleşmelerini, idarelerin kamu ihale mevzuatı hükümleri kapsamında, Kamu İhale Kanununa göre yapacakları yapım işleri ihaleleri sonucunda, idare ile yüklenici arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlayabiliriz. Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri, BK. m. 355-371 arasında düzenlenen istisna sözleşmesi niteliğinde olup, tam iki taraf

borç yükleyen, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte bir sözleşme olup, ani edimli borç ilişkisi kuran sözleşmelerdendir. Zira edim sonucu inşa eserinin tamamlanması ve bunun teslimiyle gerçekleşmiş olur. İstisnai hallerde doğacak menfaatlerin zamana yaygın olması sebebiyle, inşaat sözleşmesi sürekli borç ilişkisi de doğurabilir.

4. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerine ilişkin hükümlerine paralel bir şekilde inşaat sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olup, anılan hükümler Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekli özel hükümler niteliğindedir. Ancak anılan Kanunda, yüklenicinin sona ermeye neden olması durumlarında ihaleyi açan idarenin sözleşmeyi sona erdirme yetkisi düzenlenmişken, idarenin sözleşmenin sona ermesine neden olması durumu açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durumda KİSK. m. 36 gereğince hakkında hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, iki taraflı bir sözleşme olan inşaat sözleşmesinde, kendine düşen görevi yerine getirmeyen idare Borçlar Kanunu genel hükümleri doğrultusunda sorumlu olacaktır. Ayrıca kamu ihale mevzuatında düzenlenmemekle birlikte, Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin hükümleri aksine bir düzenleme bulunmadıkça kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde de uygulanabilecektir.

5. KİSK. m. 20/(a) bendinde, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde idarenin sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde, yüklenicinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi durumunda genel olarak iş sahibi idarenin sözleşmeyi sona erdirmesinin şartları düzenlenmiştir. Bu kapsamda yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi kavramı, işe zamanında veya hiç başlamaması veya işi önemli ölçüde geciktirmesi, özen yükümlülüğüne aykırı davranması, inşa eserini teslim borcuna aykırı davranışı, işi kusurlu ve ayıplı imal etmesi gibi durumları içermektedir. Anılan

hüküm ile idareye süre vererek sözleşmeden dönme hakkının tanınması BK. m. 106'ya paralel bir şekilde düzenlenmiştir. KİSK. m. 20/I(a) bendinde belirtilenler dışındaki sona erme hallerinde ise, yükleniciye mehil verilmeyecek sadece fesih kararı bildirilecektir.

6. Bir diğer sona erme nedeni, yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunmasıdır. Yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunup bulunmadığı KİK. m. 17'ye göre belirlenecek, tespit edilmesi durumunda ise KİSK. m. 21'e göre sözleşme sona erdirilecektir. Sözleşmenin uygulanması aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunup bulunmadığı ise KİSK. m. 25'e göre belirlenecek, tespiti halinde idare KİSK. m. 20/(b) bendine göre sözleşmeyi sona erdirecektir. Yüklenicinin yasak fiil ve davranışta bulunduğunun sözleşmenin imzalanmasından sonra tespit edilmesi durumunda, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve işin aynı kişiye tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması şartıyla, kalan kısmın yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması veya işin başkasına yaptırılmasının mümkün olmaması veya yasak fiil veya davranış taahhüdün tamamlanmasını engelleyecek nitelikte ise idare sözleşmeyi sona erdirmeden işin tamamlanması yönünde takdir yetkisini kullanabilir.

7. Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde, KİSK. m. 19'a göre sözleşme yapıldıktan sonra, mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, idare gerekirse sözleşmeyi sona erdirebilir.

8. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmenin sona erme nedenlerinden bir diğeri de sözleşmenin usulsüz devridir. KİSK. m. 16'ya göre, sözleşmenin devredilebilmesi için; devri gerektiren zorunlu hallerin ortaya çıkması, ihale yetkilisinin yazılı izni, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması, devir eden ve devir alanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir alıp almadıklarının tespiti hususlarının bir arada gerçekleşmesi şartı aranmıştır. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler idare tarafından sona erdirilebilir.

9. KİSK. m. 17(a) bendinde yer alan, yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin feshedileceğine dair hükmü isabetli olmayıp, söz konusu hükmü Borçlar Kanunundaki düzenlemeye uygun olarak sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği şeklinde yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz. Anılan hüküm incelendiğinde, ölüm halinde, yüklenicinin şahsı dikkate alınsın ya da alınmasın, sözleşmenin her halükarda sona ereceği, ölüm tarihine kadar yapılmış işlerin genel hükümlere göre tasfiye edileceği ve kesin teminat ve varsa diğer alacakların varislerine ödeneceği düzenlenmiştir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen 30 gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir.

10. KİSK. m. 17(b) bendi uyarınca, yüklenicinin iflas etmesi halinde, doğrudan sözleşmenin feshi öngörüldüğünden hiçbir şart altında sözleşmeye devam edilmesine imkan tanınmamıştır. Oysa idarenin devamlılığı ilkesi gereğince, yüklenici ile idare arasındaki sözleşmeyi farklı koşullara uydurarak mümkün olduğunca sözleşmenin devamının sağlanması gerekmektedir. İflas halinde özel hukuk hükümlerine tabi iki kişi arasındaki sözleşmenin sona ermesi doğal iken, bir tarafı kamu olan ve kalan işin yeniden ihale edilip sözleşmeye bağlanması belli bir prosedür gerektiren işe ilişkin mevcut sözleşmenin devrine imkan tanınarak, taahhüdün sözleşmeye uygun olarak tamamlanması sağlanmalıdır. İflasa ilişkin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan düzenleme idarelerin aleyhine bir düzenleme olup, bu gibi durumlarda iflası ilan edilen yüklenicinin sözleşmeyi devretmesine imkan tanınmasının kamu yararı açısından daha uygun bir çözüm olacağı düşüncesine katılıyoruz.

11. KİSK. m. 17/(c) bendinde yer alan düzenlemeye göre, yüklenici ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyecek duruma düşerse, bu durumun meydana gelmesinden itibaren 30 gün içinde ilgili idarenin de kabul edeceği birini vekil tayin etmek suretiyle taahhüdüne devam edebilecektir. Eğer yüklenici kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda değilse, yüklenici yerine ilgililer aynı süre içinde genel hükümlere göre yasal temsilci (kayyım) tayin edilmesini isteyebilirler. Bu süre

sonunda vekil veya yasal temsilci tayininin gerçekleşmemesi yahut işin vekil ya da kayyum tarafından yapılmasının mümkün olmaması durumunda idarece sözleşmenin feshedileceği hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin feshedilmesi durumunda kesin teminat gelir kaydedilir, ancak yüklenici hakkında yasaklama kararı verilmez.

12. Yüklenicisi ortak girişim olan inşaat sözleşmelerinde, KİSK. m. 18 hükmü uyarınca, pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde, sözleşme kendiliğinden sona erer, yapılmış işler tasfiye edilir, ancak kesin teminat iade edilir. Pilot veya koordinatör ortağın (pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre) iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması durumunda ise sözleşme feshedilir, fakat ortak girişim hakkında yasaklama işlemi uygulanmaz. Ancak diğer ortaklar, tasfiyeyi takip eden 30 gün içinde başvuruda bulunur ve idare de bunu uygun görürse, işin geri kalan kısmı için yeniden ihaleye çıkılmadan diğer ortaklarla yeni bir sözleşme imzalanır.

Özel ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması durumunda ise, taahhüde devam edip etmeme hususunda diğer ortakların (pilot veya koordinatör ortak) herhangi bir takdir hakkı bulunmayıp, özel ortağın sorumluluğunu üstlenerek taahhüde (sözleşmeye) devam etmesi zorunludur. Bu düzenlemenin iş ortaklığı için yerinde olduğu savunulabilirse de, konsorsiyum için uygun olmadığı açıktır. Zira, konsorsiyum işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi nedeniyle farklı konularda uzmanlaşmış kişilerin ortak bir amaç için bir araya gelmesiyle oluşur. Bu durumda diğer ortakların uzman olmadığı bir iş kısmını üstlenmesi, işin uygun şekilde ifa edilememesine yol açabilecektir. Bu sakıncanın, sözleşmenin devrine ilişkin hükümler uygulanarak, özel ortağın taahhütte bulunduğu iş kısmı için konsorsiyuma yeni bir özel ortak alınması suretiyle işe devam edilebilmesine imkan tanınması suretiyle aşılması düşünülmektedir.

13. KİSK. m. 23'de, mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların iade edileceği düzenlenmiştir. Mücbir sebebin ortaya çıkması halinde süre uzatımı (KİSK. m. 10) ve sigorta güvencesi (KİSK. m. 9) söz konusu

olduğundan, yüklenicinin her mücbir sebep durumunda sözleşmenin feshi talebinde bulunması objektif iyiniyet kurallarına aykırı olacaktır. Bu durumda mücbir sebebin sonuçları süre uzatımı ile telafi edilebiliyorsa sözleşme sona erdirilmemeli, ancak ortaya çıkan sonucun sözleşmenin ifasını fiilen imkansız hale getirdiği durumlarda sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilmelidir.

14. KİSK. m. 24 uyarınca, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş, sözleşmeye esas proje içinde kalması ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir, yani iş artışına gidilebilir. Ancak işin bu oranlar aşılmadan tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda artış yapılmaksızın sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin tasfiyesinden sonra işin kalan kısmı için yeniden ihaleye çıkılacaktır. Yüklenicinin kusuruna dayanmayan bu sona erme durumunda, kesin ve ek kesin teminatlar iade edilecek, tasfiye süreci ise Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki hükümlere göre gerçekleştirilecektir.

15. Başlamış bir ihale süreci, ihaleyi açan idarenin tek yanlı bir kararı ile iptal edilebileceği gibi, idari başvurular üzerine Kamu İhale Kurumu veya yargı organları tarafından da iptal edilebilir. İdarenin iptal yetkisi, mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır ve haklı bir gerekçeye dayanması gerekir. Aksi halde ihalenin iptali işlemi hukuka aykırı nitelik taşıyacağından, ilgililer, hukuka aykırı kararın iptalini, mevzuata aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasını veya düzeltilmesini veya sadece bu yüzden uğradıkları zararın tazminini talep edebilirler.

İdareler tarafından ihale sürecinde gerçekleştirilen işlem ve eylemlerden bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabileceklerin, öncelikle ihaleyi yapan idareye, sonra da Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunlması gerekir. Bir ihaleye ilişkin olarak, sözleşme imzalanmadan önce idareye şikayet ve Kamu

İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulması ve Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşmenin imzalanmaması gerekir. Bunun doğal sonucu olarak, usul ve sürelere uygun olarak sözleşmesi imzalanan bir ihale ile ilgili Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması ve Kurumca bu ihalenin iptaline karar verilmesi mümkün değildir. Kanundaki usul ve sürelere aykırı olarak sözleşmenin imzalanması durumunda ise, zaten ortada hükümsüz bir sözleşmenin varlığı söz konusudur.

İtirazen şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararlar, idari yargıda dava konusu edilebilir. Ancak yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin geçerliliği üzerindeki etkisi konusunda, farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konuda genel kabul, idari yargıda verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının, daha önceden kurulmuş kamu ihale sözleşmesini sırf bu nedenle kendiliğinden geçersiz hale gelmesi sonucunu doğurmayacağı yönündedir. Doktrinde, idarenin sözleşme yapma iradesinin idari yargı organları tarafından hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiği hükme bağlanırsa, sözleşmenin tarafı olan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerektiği ifade edilmektedir. Uygulamada idare mahkemesi tarafından, Kamu İhale Kurulu'nun davaya konu kararının yürütmesinin durdurulması veya yargılama sonunda iptaline hükmedilmesi durumunda, Kurul, davaya konu kararını iptal ederek mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda yeni bir karar almakta ve ilgilere (idare ve davacı) tebliğ etmektedir. Bu durumda idare kararın gereğini 30 günlük süresi içinde gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır. Ancak iptal kararının yerine getirilmesinde fiili veya maddi imkansızlıklar söz konusu olduğunda, hakkaniyet gözetilerek sözleşmenin uygulanması sürecinde meydana gelinen aşamaya göre karar verilmesi gerekir.

16. Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, yüklenicinin fesih anına kadar yapmış olduğu inşaatın son halinin durum tespit tutanağı ile belirlenerek, bu kısma isabet eden ücret tutarının, hesap kesme hakedişi ile birlikte yükleniciye ödeneceği, ancak bu ödemenin, normal olarak sona eren ve idarece kabul işlemleri yapılan işlere ait kesin hakediş raporunun düzenlenme yöntem ve esaslarını göre yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla yapılan işlerin bedelleri, sözleşme fiyatları üzerinden

hesaplandığından ve içerisinde müteahhide ödenen kar da yer alacağından, ileriye etkili feshin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yine, durum tespit tutanağı düzenlenirken, verilen sürede yapılması gereken işler yerine getirilmediği takdirde, idarenin bu işleri yüklenici hesabına yapacağı veya yaptıracağı ve bunun masraflarının yükleniciden alınacağına ilişkin düzenleme de, ifaya olan çıkarın yani müspet zararın (olumlu zararın) tazmini anlamına gelmekte, bu da Şartnamedeki sona ermeye ilişkin düzenlemenin ileriye etkili fesih olduğu düşüncesini desteklemektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki bu hükümlerden, kamu ihale mevzuatının Borçlar Kanununa tabi inşaat sözleşmeleri için doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilen görüşten ayrılarak, hiç de adil olmayan bir düzenleme getirdiği ve geriye etkili dönme değil ileriye etkili feshin düzenlendiği görülmektedir. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümleri, hem sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler hem de ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından uygulanan genel nitelikte hükümlerdir. Kamu inşaat sözleşmeleri ise kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olup, burada sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili sona ermesini düzenleyen feshin değil, geriye etkili dönmenin uygulanması gerekmektedir. Kaldı ki, Kanunun sözleşmenin sona ermesini düzenleyen hükümlerinde, tasfiyenin genel hükümlere göre yapılacağı düzenlenmiş olup, "genel hükümler"den kasıt, BK. m. 106-108 ile istisna sözleşmeleri konusunda özel hükümler içeren 355-371 nci madde hükümleridir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, BK. m. 106-108 hilafına bu tarz bir yöntemin benimsenmiş olması hukuken mümkün olmakla birlikte, Devletin taraf olduğu kamu inşaat sözleşmelerinde idareyi zarara uğratan böyle bir uygulamanın benimsenmiş olması düzeltilmesi gereken bir husus olarak gözükmektedir. Nitekim sözleşmenin sona erdirilmesi, yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sebeplere dayandığı durumlarda, yüklenicinin yaptığı kısma ilişkin kar payı alması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kaldı ki kamu ihale mevzuatındaki düzenlemelere paralel düzenlemeler içeren Devlet İhale Kanunu döneminde de, uyuşmazlığın BK.

m. 106-108 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, somut olayın niteliğine göre ileriye etkili feshin söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmış ve uygulanmıştır.

Buna göre ihale mevzuatının sözleşmenin sona ermesine neden olan borca aykırılıkta yüklenicinin kusurlu olup olmamasına göre değişen bir tasfiye sistemini benimseyerek, buna yönelik açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde yüklenicinin kusuru var ise sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği, yüklenicinin kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesi durumunda ise sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilmelidir.

Öte yandan KİSK. m. 21'de, sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemde yüklenicinin KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde ise, sözleşmenin kurulması aşamasında idare açısından bir irade sakatlığı oluştuğundan fesih veya dönme değil, iptal söz konusu olacaktır.

17. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde işin tasfiyesinde haksız inşaat hükümlerinin uygulanamayacağını düşünüyoruz. Zira konumuzu oluşturan inşaat sözleşmeleri, esas itibariyle mülkiyeti iş sahibine ait olan araziye yapılan yapılardır. Yine yüklenici, inşaatta kullandığı malzemenin bedelini çoğu zaman ihzarat bedeli olarak ara hakedişler çerçevesinde iş sahibinden tahsil ettiğinden, inşaatta kullanılan malzemenin mülkiyeti de esas itibariyle iş sahibine aittir. Şu halde iş sahibine ait arsa üzerinde, iş sahibinin malzemesi ile inşaat yapılmıştır. Yüklenicinin emeğiyle kazandırdığı işçilik kısmı, iş sahibinin mal varlığındaki sebepsiz zenginleşme teşkil edecek ve bu kısmın iadesi gerekecektir. Şayet malzeme bedeli ödenmemişse, malzemenin mülkiyeti yükleniciye ait olacağından, bu durumda haksız inşaat hükümlerine göre yüklenicinin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre tasfiye yapılacaktır. Ancak kamu inşaat sözleşmelerinde çoğu zaman üzerine inşaat yapılan yer özel mülkiyete elverişli olmayan, devlete ait veya devletin hüküm ve tasarrufu altında olan arazi niteliğinde olup mülkiyetin yükleniciye geçirilmesi de mümkün olmayacağından, haksız inşaat hükümlerinin (MK. m. 722-725) burada uygulanması mümkün olmayacaktır.

Şayet emek sahibi işlediği malın başkasına ait olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, emeğin değeri malzemenin değerinden fazla olsa bile hakim mülkiyeti malzeme sahibine bırakabilecektir. Konumuzu oluşturan inşaat sözleşmelerinde, yüklenici her halükarda kullandığı malzemenin iş sahibine ait olduğunu bileceğinden ya da bilmesi gerektiğinden, yüklenicinin emeği ortaya çıkarılan inşaat kısmından daha değerli olsa bile hakim inşaatın mülkiyetinin iş sahibinde kalmasına karar verebilecektir. Bu durumda hukuki işleme hükümlerinin de konumuz açısından pek uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

18. Yüklenici sözleşmenin sona ermesine kusuru ile neden olursa, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Benimsediğimiz klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme borç ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdirdiğinden, iade talepleri daima sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılacaktır. Sözleşmeden dönme üzerine genel kabul, daha önce yerine getirilmiş edimlerin, iade borçlusunun malvarlığında elde ettiği hali ile mevcut olması durumunda bu edimin aynen geri verilmesidir. Fakat inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi bir yapma borcu niteliğinde olduğundan ve kamu inşaat sözleşmelerinde inşaat yapılan taşınmaz genellikle iş sahibinin mülkiyetinde bulunduğundan, yapılan inşaat bütünleyici parça kuralı gereğince iş sahibinin mülkiyetine geçecektir. Kural olarak inşaatın sökülüp yükleniciye teslimi mümkün olmayacağından, iş sahibinin inşaatın yapılmış kısmının değerini iade etmesi gerekir. Bu da iş sahibinin iade borcunun para borcu niteliğinde olduğunu gösterir.

İş sahibinin sözleşmeden dönme üzerine iade yükümlülüğü, ara hakedişlerle ödemediği, yüklenicinin dönme anına kadar yapılan işçilik ve malzemenin, iade anında piyasadaki maliyet bedelini yükleniciye ödemektir. Olaya yüklenici açısından baktığımızda ise, sözleşmeden dönüldüğünde, ara hakedişlerle dönme anına kadar kendisine ödenen işçilik, malzeme bedeli ve kardan, kar unsurunu içeren kısmını iade etmekle yükümlüdür. Başka bir ifadeyle ara hakedişlerle yapılan ödemelerin maliyeti aşan kısmının iş sahibine iadesi gerekecektir.

Dönmenin bir diğer etkisi ise, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartı ile sözleşmeden dönen tarafın bu yüzden uğradığı zararının tazminini isteyebilmesidir. Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki düzenlemeden tazmini gereken

zararın müspet zarar olduğu anlaşılıyor ise de, kamu inşaat sözleşmelerinin tasfiyesinde ani edimli borç ilişkilerinin tasfiyesinde uygulanan geriye etkili dönmenin uygulanması gerektiği, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda ileriye etkili sonuçlar doğurabileceğini kabul ettiğimizden, sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi durumunda talep edilecek zarar, menfi (olumsuz) zarar olacaktır. İş sahibi ve yüklenicinin dönülen sözleşmeyi yapması ile uygun illiyet bağı içinde bulunan bütün zararlar menfi zarar kapsamına girer. Ancak sözleşme yerine getirilseydi elde edilecek kar, menfi zarar olarak kabul edilemez.

19. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, iki durumda yüklenicinin cezai şart ödeyeceği hükme bağlanmıştır. Birinci durum KİSK. m. 20/1(a) bendi gereğince sözleşmeyi feshetmek isteyen iş sahibinin yükleniciye vereceği mehil süresinde işleteceği gecikme cezasıdır. İkincisi ise KİSK. m. 22 uyarınca sözleşmenin sona erdirildiği hallerde ayrıca kesin teminat ve ek kesin teminatların gelir kaydedileceğine ilişkin düzenlemedir.

Dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, asıl borca bağlı fer'i bir borç olan cezai şart isteme hakkı da ortadan kalkacaktır. Ancak teminat olarak verilen değerin banka teminat mektubu olması halinde, teminat mektuplarının hukuki niteliği doktrinde ve uygulamada, BK. m.110 uyarınca başkasının fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, garanti veren kurum (banka veya özel finans kurumu), BK. m. 110 uyarınca "başkasının fiilini taahhüt eden kimse" durumunda olup, onun borcu teminat verdiği taraflar arasındaki borç ilişkisinden tamamen bağımsızdır. Bu kapsamda iş sahibi sözleşmeden dönse bile garanti verene (banka veya özel finans kurumu) başvurarak teminatın ödenmesini isteyebilecektir.

Kamu İhale Kanununda idarece alınan teminatların haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı şeklinde koruyucu bir düzenleme getirilerek, teminatların işlevlerinin, haciz ve ihtiyati tedbir müesseseleri ile engellenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Genel hükümlere göre taraflarca aksini kararlaştırmadığı sürece cezai şart tutarı tazminat alacağından indirilecektir. Ancak cezai şart niteliğinde bulunan kesin teminatla ilgili olarak Kamu İhale Sözleşmeleri

Kanununda, gelir kaydedilen kesin teminatların yüklenicinin borcuna mahsup edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

20. Yüklenici sözleşmenin sona ermesine neden olan olayda kusursuz ise, sözleşme ileriye etkili olarak feshedilecek, yüklenici tarafından sona erme anına kadar yapılan inşaat kısmının malzeme ve işçilik bedeli, kar dahil yükleniciye ödenmesi gerekecektir. Şu halde yükleniciye ara hakedişlerle ödeme yapılmış olduğunda, bu ödemenin içinde kar da olacağından, ayrıca yükleniciye bir ödeme yapılması gerekmeyeceği gibi, iş sahibinin de bu kısma ilişkin bir talebi olmayacaktır. Ancak en son ödenen ara hakediş ile sözleşmenin sona erdirildiği ana kadar geçen süre içinde ücretlendirilmemiş inşaat kısmı, ihzarat bedeli ve kar var ise, bu kısma isabet eden sözleşmede kararlaştırılan ücret yükleniciye ödenecektir. Yükleniciye kusur atfedilemeyen nedenlerle sözleşmenin sona erdirilmesinde yüklenicinin kesin teminatı iade edilecek, yüklenici hakkında yasaklama hükümleri uygulanmayacaktır.

21. Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümde sayılan yasak fiil ve davranışlar sözleşme öncesi ihale sürecinde meydana gelen fiil ve davranışlar olup KİK. m. 17'de düzenlenmiştir. Ancak yüklenicinin ihale öncesi dönemde KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunması, ihaleyi açan idare açısından bir irade sakatlığına yol açar. Taraflardan birini sözleşme yapmaya sevkeden irade, hata, hile, tehdit gibi durumlar nedeniyle sakat ve bozuk bir şekilde oluşmaktadır. Sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bir sakatlık nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinde ise, fesih veya dönme değil, iptal söz konusudur.

Ani edimli borç ilişkisi doğuran kamu inşaat sözleşmelerinin iptali geçmişe etkili sonuç doğuracak ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacaktır. KİSK. m. 22'de öngörülen yedi günlük süre hak düşürücü süre olmadığından, idare, iptal hakkını sözleşmeye icazet vermediği sürece BK. m. 31 hükmüne göre bir yıllık süre içinde kullanabilecektir. İptal beyanının karşı tarafın hukuk alanına ulaştığı anda, sözleşme ilişkisi ilk yapıldığı andan itibaren

ortadan kaldırarak geçmişe etkili sonuç doğurur. Böylece taraflar henüz ifa edilmemiş edimlerini yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, daha önce yerine getirilmiş edimlerini ise, ya ayni nitelikte olan bir istihkak davası ile ya da bunun mümkün olmadığı durumlarda şahsi nitelikte sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyecektir.

ÖZET

Bir kamu ihale sözleşmesi olan kamu inşaat sözleşmelerini, idarelerin Kamu İhale Kanununa göre yaptıkları yapım işleri ihaleleri sonucunda, idare ile yüklenici arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlayabiliriz. Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri, Borçlar Kanununda düzenlenen istisna sözleşmesi niteliğinde olup, tam iki taraf borç yükleyen, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte, ani edimli borç ilişkisi kuran sözleşmelerdendir.

Kamu İhale Sözleşmeler Kanunu (KİSK) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde (YİGŞ), kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin olarak, Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerine ilişkin hükümlerine paralel bir şekilde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olup, anılan hükümler Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekli özel hükümler niteliğindedir. Ancak anılan Kanunda hüküm bulunmayan hallerde KİSK. m. 36 gereğince Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca kamu ihale mevzuatında düzenlenmemekle birlikte, Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin hükümleri aksine bir düzenleme bulunmadıkça kamu inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde de uygulanabilecektir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinde kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin olarak, Borçlar Kanununa tabi inşaat sözleşmeleri için doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilen görüşten ayrılarak, hiç de adil olmayan bir düzenleme getirildiği ve geriye etkili dönme değil ileriye etkili feshin düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran kamu inşaat sözleşmelerinde geriye etkili dönmenin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca Kamu İhale Kanununda da tasfiyenin genel hükümlere göre yapılacağı düzenlenmiştir. Yapım İşleri Genel Şartnamesinde, BK. m. 106-108 hilafına bu tarz bir yöntemin benimsenmiş olması hukuken mümkün olmakla birlikte, Devletin taraf olduğu kamu inşaat sözleşmelerinde idareyi zarara uğratan böyle bir

uygulamanın benimsenmiş olması düzeltilmesi gereken bir husus olarak gözükmektedir. Nitekim sözleşmenin sona erdirilmesi, yüklenicinin (müteahhidin) kusurundan kaynaklanan sebeplere dayandığı durumlarda, yüklenicinin yaptığı kısma ilişkin kar payı alması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kaldı ki kamu ihale mevzuatındaki düzenlemelere paralel düzenlemeler içeren Devlet İhale Kanunu döneminde de, uyuşmazlığın BK. m. 106-108 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, somut olayın niteliğine göre ileriye etkili feshin söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmış ve uygulanmıştır.

Buna göre ihale mevzuatının sözleşmenin sona ermesine neden olan borca aykırılıkta yüklenicinin kusurlu olup olmamasına göre değişen bir tasfiye sistemini benimseyerek, buna yönelik açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğuran kamu inşaat sözleşmelerinde, yüklenici kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olursa, iş sahibi geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda iş sahibi sadece malzeme ve işçiliğin objektif değerini ödeyecektir. Yüklenicinin kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesine neden olması durumunda ise, sözleşme ileriye etkili olarak feshedilecek, yüklenici tarafından sona erme anına kadar yapılan inşaat kısmının malzeme ve işçilik bedeli, kar dahil yükleniciye ödenmesi gerekecektir.

Öte yandan KİSK. m. 21'de, sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemde yüklenicinin KİK. m. 17'de sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunun sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde ise, sözleşmenin kurulması aşamasında idare açısından bir irade sakatlığı oluştuğundan fesih veya dönme değil, iptal söz konusu olacaktır. Ani edimli borç ilişkisi doğuran kamu inşaat sözleşmelerinin iptali geçmişe etkili sonuç doğuracak ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi yapıldığı andan itibaren ortadan kalkacaktır.

ABSTRACT

Public Construction Contracts, which are a type of public procurement contracts; can be defined as contracts that are signed between the Contractor and the Administration after the construction tenders done by the Administration units in accordance with the Public Procurement Act.

Construction Contracts, which are subject to the Public Procurement regulation; is a type of "freelance contract" defined in Act of Obligations, incur obligations for both parties, not subject to a certain form, based on consent and they end with one-time performance of the obligation.

Similar to the Act of Obligations, Public Procurement Contracts Act (KISK) and Construction Works General Charter include detailed legislation about the ending of public construction contracts; and they have priority in application as they bring particular provisions. However, if there is not a suitable provision in the mentioned Act, KISK Article 36 refers to the provisions in the Act Of Obligations. Also, even though it is not in the procurement regulation, the provisions in Act of Obligations about the "ending of freelance contracts" shall apply to the endings of public construction contracts.

In the Construction Works General Charter, for ending of construction contracts subject to the Public Procurement legislation; an unfair legislation view has been brought, contrary to the views of Turkish Court of Cassation and Act of Obligations. It is observed that, instead of a retroactive "termination", a "dissolution" which has results on forward is brought for these contracts.

However, in the public construction contracts which are contracts that end with one-time performance; a retroactive "termination" should be applied.

The Public Procurement Act also regulates that the "dissolution" shall be made in accordance with general provisions. Even though, it is legally possible for

the Construction Works General Charter to accept a method contrary to Act of Obligations Art.106-108; the fact is that Government is a party to these contracts and the government suffers from the outcomes of such regulations.

In cases which the termination of contract is caused by the fault of the Contractor, unfair results shall occur when the Contractor earns the share profit for the completed part of the construction.

Similarly, in the former Government Tenders Act No 2886, which included parallel legislation to the public procurement act, did suggest provisions that disputes shall be resolved in accordance with Act Of Obligations Art. 106-108; and dissolution which has effects onwards may be applied.

Therefore, in the public procurement legislation, the method of dissolution should be in accordance with whether the Contractor has negligence or fault in the failure of contract or not.

In public construction contracts, which incur one-time performance obligations for both parties as a rule; if the Contractor fails to perform the contract with his fault or negligence, the Administration may retroactively terminate the contract. In these cases, the Administration shall only pay the objective price of the material and labour wages.

In cases of ending of contract without the fault or negligence of the Contractor, (force majeure cases) , the contract shall be dissoluted onwards and the completed part of the construction, labour wages and profit ratio shall be paid to the Contractor.

Furthermore, in cases of KISK Article 21 which regulate the "Noticing of the Contractor's Suspension from Tenders after the Signing of Contract" there shall be an "annulment" instead of a termination or a dissolution; as the consent of administration is disrupted. The annulment shall have retroactive effects and the contract between the parties shall be annuled from the signing moment.