

**TC. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU  
İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN  
MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNE İLİŞKİN  
ÖZEL HÜKÜMLER**

**YÜKSEKLİSANS TEZİ**

**Mehmet KARACA**

**Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK**

**Programı: ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**OCAK 2008**

**TC. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU  
İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN  
MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNE İLİŞKİN  
ÖZEL HÜKÜMLER**

**YÜKSEKLİSANS TEZİ**

**Mehmet KARACA**

**(410032010)**

**Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK**

**Programı: ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**Tezin Savunulduğu Tarih: 3 Ocak 2008**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ  
Diğer Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Turhan ESENER  
Prof. Dr. Atilla ALTOP**

**OCAK 2008**

## ÖNSÖZ

Bu kısım tez çalışmamızı destekleyen kişi ve kuruluşlara teşekkür etmek için yazılmıştır.

Her şeyden önce en büyük teşekkürü tez danışmanımız ve hocamız Prof. Dr. M. Turgut ÖZ' e etmek zorundayız. Muhterem hocamız tezimizin konusunu belirleyip sınırlarını çizmekle kalmamış içinden çıkılması çok güç olan hukuki meselelerde kendisine ait orijinal fikirleriyle çözüm önerileri üreterek bize destek olmuştur. Kendisinin iradesi ve fikirleri olmasıydı tez çalışmamız bu hale getirilemezdi. Kıymetli hocamıza bir kez daha teşekkür etmeyi bir borç biliyoruz.

Yine tez savunmamızda jüri üyesi olmayı kabul eden ve gerek şekli gerekse hukuki tespit ve değerlendirmelerinden faydalandığımız çok değerli hocalarımız Prof. Dr. Turhan ESENER' e ve Prof. Dr. Atilla ALTOP' a sonsuz teşekkürlerimizi sunarız.

Son olarak çalışmalarımız sürecinde manevi desteklerini gördüğümüz ve bu suretle bizi cesaretlendiren Birleşik Avukatlar Hukuk Bürosuna, Değerli Kardeşimiz Araştırma Görevlisi Öz SEÇER' e ve İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü çalışanlarına en içten teşekkürlerimizi sunarız.

Çiçekçi-Üsküdar Ocak 2008

Mehmet KARACA

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	x
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ İÇİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERME HALLERİ ÖNGÖREN ÖZEL HÜKÜMLERİN NELERDEN İBARET OLDUĞU VE İÇİNDE BULUNUĞU MEVZUAT

1. ÖZEL HÜKÜMLERİN İÇİNDE BULUNDUĞU MEVZUATIN TARİHSEL SÜRECİ.....	3
2. UYGULANACAK ÖZEL HÜKÜMLER.....	8
2.1. GİDER NİTELİKLİ İHALELERDE UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	8
2.2. GELİR GETİRİCİ İHALELERDE VEYA TARAFLARIN ANLAŞMASI HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	11
3. MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMEYE İLİŞKİN DEVLET İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI HÜKÜMLERİNİN KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI HÜKÜMLERİNDEN FARKI.....	14

## İKİNCİ BÖLÜM

### KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE BU ÖZELLİKTEKİ SÖZLEŞMELERİN KONUSU-HUKUKİ NİTELİĞİ-ŞEKLİ- TARAFLARI- HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

1. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT  
SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE ÖZELLİKLE  
YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ İLE BORÇLAR KANUNU  
HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ ÖNCELİK  
SORUNU.....17
2. KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATINDA DÜZENLENEN  
İNŞAAT SÖZLEŞMELERİN TANIMI, KONUSU, ŞEKLİ, HUKUKİ  
NİTELİĞİ, TARAFLARI, TARAFLARIN HAK VE  
YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....22
  - 2.1. TANIMI VE KONUSU.....22
  - 2.2. HUKUKİ NİTELİĞİ.....26
    - 2.2.1. Olması Gereken Hukuk Bakımından.....26
    - 2.2.2. Olan Hukuk Bakımından.....29
  - 2.3. ŞEKLİ.....31
  - 2.4. TARAFLARI.....33
    - 2.4.1. Kamu İhale Kanunu ve Alt Mevzuatının Getirdiği  
Düzen.....33
    - 2.4.2. Kamu İhale Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesine Göre  
İş Sahipleri.....34
    - 2.4.3. Kamu İhale Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesine Göre  
Müteahhitler.....37
      - 2.4.3.1. Müteahhidin Yerine Getirmesi Gerekli  
Koşullar Ve İnşaat İşinde Tek Müteahhit  
Çalışması Durumu.....37
      - 2.4.3.2. İnşaat İşinde Birden Çok Müteahhidin  
Çalışması Durumu.....42

2.4.3.2.1. İhalesi Ayrı Ayrı Yapılmış Yapı İşlerinde Birden Fazla Müteahhidin Çalışması Durumu.....	42
2.4.3.2.2. İş Sahibine Karşı Adi Ortaklık Hükümlerine Göre Birlikte Sorumlu Olan Müteahhitler Bulunması.....	43
2.4.3.2.3. Asıl Müteahhidin ve Alt Müteahhidin Bulunduğu Durumlar.....	46
2.5. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	50
2.5.1. Tarafların Yükümlülüklerinde Benimsenen Metot.....	50
2.5.2. Müteahhidin Borçları.....	50
2.5.2.1. Müteahhidin İnşaatı Yapma Borcu.....	50
2.5.2.1.1. Özenle Yapma Yükümlülüğü Görünüş Şekilleri, Ölçüsü, Kurala Uymamanın Müeyyidesi.....	51
2.5.2.1.2. Müteahhidin İşini Kendi Sağlayıcı Araçlarla Yapma Borcu ve Malzemeler Bakımından Durum.....	55
2.5.2.1.3. İşini Bizzat Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu....	56
2.5.2.1.4. İşe Zamanında Başlamak ve Gerekli Tempoda Sürdürmek Borcu ile İnşaatı Hazırlayıcı Edimlerin de Ayıpsız Şekilde Yürütülmesi Borcu.....	58
2.5.2.1.5. Müteahhidin Eseri Teslim Borcu.....	61
2.5.2.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Ayıplı İnşaat Kavramı.....	67
2.5.2.3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Borçları.....	67
2.5.2.3.1. Ayıplı Yeri Yıkıp Yeniden Yapmak, Bedelsiz Olarak Değiştirmek Düzeltme ve Onarma Borcu.....	67

2.5.2.3.2. Müteahhidin Sürekli Bakım Sorumluluğu.....	68
2.5.2.4. Ayıp Sebebiyle Tazminat Yükümlülüğü ve Bu Konuda Genel Hükümlere Yapılan Atfin Anlamı.....	69
2.5.2.5. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların İleri Sürülebileceği Kimseler, Tabi Olduğu Zamanaşımı...	70
2.5.3. İş Sahibinin Yükümlülükleri.....	72
2.5.3.1. Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Yükümlülükleri.....	71
2.5.3.2. Ücret Ödeme Borcu.....	73
2.5.3.2.1. Birim Fiyatlı Sözleşmelerde.....	73
2.5.3.2.2. Anahtar Teslimi Götürü Bedelli Sözleşmelerde.....	79

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER

1. KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI İLE DEVLET İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	80
2. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER.....	82
2.1. MÜTEAHHİDİN TEK OLDUĞU HALLERDE.....	82
2.1.1. SÖZLEŞMENİN USULSÜZ DEVRİYLE İLGİLİ YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ HÜKMÜ.....	82
2.1.1.1. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği.....	83
2.1.1.2. Usulsüz Devrin Nedenleri ve Sonuçları.....	86
2.1.1.2.1. İş Sahibinden İzin Alınmaması ve Şekle Aykırılık.....	86

2.1.1.2.2. İlk İhalede Aranılan Şartların Devralmak İsteyen Müteahhit Bakımından Sağlanamaması.....	87
2.1.1.2.3. Hem Devredenin Hem Devralanın Devir Sözleşmesinin Tarihinden 3 Sene Öncesine Kadar Başka Bir Sözleşmeyi Devretmemiş ve Devralmamış olması.....	87
2.1.1.3. Usulsüz Devrin Sonuçları.....	87
2.1.2. MÜTEAHHİDİN İFLAS ETMESİ.....	88
2.1.3. MÜTEAHHİDİN ÖLÜMÜ.....	91
2.1.4. MÜTEAHHİDİN TAAHHÜDÜNÜ İHALE DÖKÜMANI VE SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNE UYGUN OLARAK YERİNE GETİRMEMESİ VEYA İŞİ SÜRESİNDE TESLİM ETMEMESİ....	95
2.1.4.1. Bu Kapsama Giren Durumlar Hakkında Genel Bilgi.....	95
2.1.4.2. Müteahhidin İnşaatı Vade Tarihinde Teslim Edememesi Sebebiyle Temerrüde Düşmesi Durumunda.....	96
2.1.4.3. Müteahhidin İnşaatı Vade Tarihinde Teslim Edememesi Sebebiyle Temerrüde Düşmesi Durumunda.....	98
2.1.4.4. İş Sahibinin İşin Ayıplı Olduğunun Teslim Anında veya Teslimden Önce Anlaşılması Sebebiyle Sözleşmeyi Sona Erdirmesi.....	99
2.1.4.5. Yapım İşleri Genel Şartnamesi m.48/(a) Bendine Göre Sözleşmenin Sona Eriş Şekli ve Hükümlerini Doğurduğu An.....	101
2.1.5. YÜKLENİCİNİN MÜCBİR SEBEP HALLERİ DIŞINDA MALİ ACZ İÇİNE DÜŞTÜĞÜNÜ BİLDİRMESİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ.....	102
2.1.5.1. Hükümün Anlamı ve Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar.....	102
2.1.5.2. Sona Ermenin Şekli ile Hüküm ve Sonuçlarını Doğurduğu Zaman.....	105



2.1.6. MÜTEAHHİDİN YASAK FİİL VE DAVRANIŞLARDA BULUNMASI.....	106
2.1.6.1. İhale Mevzuatındaki Düzenleşme Şekli ve Tanımı...	106
2.1.6.1.1. Devlet İhale Kanunu Bakımından.....	106
2.1.6.1.2. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Bakımından Yasak Fiil ve Davranışlar ve Sonuçları.....	108
2.1.6.2. Müteahhidin İhale Aşamasındaki Yasak Fiil ve Davranışları Sebebiyle Sözleşmenin Sona erdirilmesi ve İstisnası.....	110
2.1.6.3. Müteahhidin Sözleşmenin Uygulanması Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	110
2.1.6.4. Müteahhidin Yasak Fiil Davranışı Sebebiyle Sözleşmenin Feshi Şekli ile Hüküm ve Sonuçlarını Doğurduğu An.....	111
2.1.6.4.1. İhale Aşamasındaki Yasak Davranış Nedeniyle.....	111
2.1.6.4.2. Sözleşmenin Uygulanması Aşamasındaki Yasak Davranış Nedeniyle.....	112
2.1.7. MÜTEAHHİDİN AĞIR HASTALIK TUTUKLULUK VE MAHKÛMİYET HALİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ.....	112
2.2. MÜTEAHHİDİN ORTAK GİRİŞİM OLDUĞU HALLERDE ORTAKLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, İFLASI, AĞIR HASTALIĞI, TUTUKLULUĞU, MAHKÛMİYETİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ.....	116
2.2.1. İHALE MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELERE GENEL BAKIŞ.....	116
2.2.1.1. Kamu İhale Kanunu ve Alt Mevzuatı Bakımından..	116
2.2.1.2. Devlet İhale Kanunu ve Alt Mevzuatı Bakımından.	117
2.2.2. PİLOT VEYA KOORDİNATÖR ORTAK HALİNDE SÖZLEŞMENİN AKİBETİ.....	119

2.2.2.1. Pilot veya Koordinatör Ortağın Ölümü Halinde Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	119
2.2.2.2. Pilot veya koordinatör Ortağın İflası Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	120
2.2.2.3. Pilot veya Koordinatör Ortağın Ağır Hastalık Tutukluluk ve Mahkûmiyet Hali veya Dağılması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi .....	121
2.2.3. PİLOT VEYA KOORDİNATÖR ORTAK DIŞINDAKİ ORTAKLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, İFLASI, AĞIR HASTALIĞI, TUTUKLULUĞU, DAĞILMASI ve MAHKÛMİYETİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN AKİBETİ.....	121

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ HALİNDE TASFİYESİ VE İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT HAKKI**

1. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN OLAN HUKUK BAKIMINDAN TASFİYESİ.....	123
1.1. KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI BAKIMINDAN.....	123
1.2. DEVLET İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI BAKIMINDAN.....	130
2. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN TASFİYESİ.....	131
2.1. KAMU İHALE MEVZUATININ ÖNGÖRDÜĞÜ DÜZENİN EKSİK YÖNLERİNİN TESPİTİ İLE ELEŞTİRİSİ.....	131
2.2. MÜTEAHHİTİN KUSURLU OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ VE TASFİYE HALİNDE KUSURUN OYNACAYACAĞI ROL.....	135
2.3. KABUL ETTİĞİMİZ TASFİYE BİÇİMİ.....	137

2.3.1. Mütahhidin Kusurlu Olması Halinde Geçmiş Etkili Sözleşmeden Dönme ve Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulama Alanı Bulduğu Haller.....	137
2.3.2. İade Borcunun Kapsamının Belirlenmesi, İleri Sürülme Zamanı ve Zamanaşımı.....	141
2.3.3. Sebepsiz Zenginleşmede İade Yükümlüsünün İyi Niyetli Olduğunu Tespiti ile Kötü Niyetli Sayılmasıyla Arasındaki Farklar.....	143
2.3.4. Sona Ermenin Mütahhidin Kusuruna Dayanmaması Durumunda Sözleşmenin İleriye Etkili Feshi Ve Tasfiyesi.....	146
<b>3. İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT HAKKI.....</b>	<b>150</b>
3.1. SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRME HAKKI SAĞLAYAN KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU M. 22 VE YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ M. 48 İLE BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	150
3.2. İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT TALEP EDEBİLECEĞİ HALLER, KUSUR VE ZARARIN KAPSAMI, ZAMANAŞIMI.....	151
3.3. İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN ZARARLARININ TAZMİNİNİ TALEP HAKKI, ŞARTLARI, KAPSAMI, ZAMANAŞIMI.....	160
3.3.1. Devlet İhale Kanununa Tabi İnşaat Sözleşmelerindeki Durum.....	160
3.3.2. Kamu İhale Kanununa Tabi İnşaat Sözleşmelerindeki Durum.....	162
3.3.3. Ayıp Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesinde Tazmini İstenebilecek Zararlar ve Zamanaşımı.....	163
3.4. CEZAI ŞARTIN DURUMU.....	164
<b>SONUÇLAR.....</b>	<b>166</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>178</b>

## KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Aş.	: Aşğıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz: Aş.	: Bakınız aşğıda
Bkz: Yuk.	: Bakınız yukarıda
Batıder	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Çev.	: Çeviren
Danş.	: Danıştay
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
C.	: Cilt
dn	: Dipnot
E.	: Esas
GÜHFKD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İDDK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İK	: İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
M.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
No	: Numara
RG	: Resmi Gazete

RGN	: Resmi Gazete No
RGT	: Resmi Gazete Tarihi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Y.	: Yargıtay
Y.Baş. Kur.	: Yargıtay Başkanlar Kurulu
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİGŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİİUY	: Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
Yuk.	: Yukarıda

## GİRİŞ

Tezimizin konusunu kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesine ilişkin özel hükümler oluşturmaktadır.

Özel hükümler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve alt mevzuatının ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan hükümlerdir.

Bilinen genel kanının aksine KİK ve alt mevzuatı DİK ve alt mevzuatını tamamen yürürlükten kaldırmamıştır. Özellikle Avrupa Birliğiyle müzakere sürecinde ülkemizin ihale mevzuatını AB müktesebatıyla uyumlu hale getirme çabaları ve Uluslar arası kuruluşların ihale sistemleriyle yeknesak kurallar yaratmak amacıyla gelir nitelikli ihaleler ve gider nitelikli ihaleler farklı ihale sistemlerine tabi kılınmak istenmiştir.

Bu sebeple gider nitelikli mal ve hizmet alımları, danışmanlık hizmet alımları ve yapım işlerinde uygulanmak üzere 01.01.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile bilahare alt mevzuatı yapılmış ve ilan edilmiştir. Ancak gelir nitelikli ihalelerde yani idarenin malını sattığı veya kiraya verdiği durumlarda 2886 sayılı Kanunla alt mevzuatı uygulanmaya devam edecektir. Ancak burada göz önünde tutulması gereken şey KİK, KİSK ve alt mevzuatının DİK ve alt mevzuatının uygulama alanını büyük ölçüde sınırlandırmış olduğu ve onun yerine geçtiğidir.

Bu çerçevede olmak üzere tezimizde bu özel hükümler 4 ana bölüm içinde incelenerek sonuçlara ulaşılmıştır.

Buna göre birinci bölümde özel hükümlerin düzenlendiği iki ihale sistemine işaret edilmiş ve bu iki ayrı mevzuatın geçirdiği tarihsel süreç gerekçeleriyle birlikte ortaya konmaya gayret edilmiştir. Özellikle bu bölümde sona erme sebepleri tek tek sayılmak suretiyle açığa çıkarılmıştır

İkinci bölümde ise ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin kuruluşu, şekli, konusu, hukuki niteliği, tarafları, hak ve yükümlülükleri, sona erme neticesinde yaşanan tasfiye süreci hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Bu noktada olabildiğince genel hükümlerle karşılaştırma yapılarak konunun daha iyi anlaşılmasına gayret edilmiştir. Burada bilhassa ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin sırasına da işaret edilmiştir.

Üçüncü bölümde müteahhitten kaynaklan sona erme halleri yakından incelenmiş ve böylelikle uygulanma şartları ve doğrudukları hukuki sonuçlar hakkında ayrıntılı tespitlerde bulunulmuştur. Burada özel hükümlerin doğurduğu hukuki sonuçlar genel hükümlerle birlikte karşılıklı olarak kıyaslanmak suretiyle ortaya konulmuştur.

Dördüncü bölümde sona eren sözleşmenin tasfiyesinin nasıl gerçekleşeceği ve iş sahibinin tazminat hakkının içeriği mevcut ihale sistemi hükümleri doğrultusunda (de lege lata) ortaya konmuştur. Daha sonra mevcut ihale sisteminin öngördüğü tasfiye sisteminin hatalı ve eksik yanları savunduğumuz görüşler doğrultusunda olması gereken hukuk bakımından (de lege feranda) ortaya konmuştur. Son olarak bu hatalı ve eksik yanların düzeltilmesi ve değiştirilmesi için bizim uygulanmasını teklif ettiğimiz tasfiye sistemi hakkında açıklamalarda bulunulmuştur.

Sonuçlar kısmındaysa tüm bu çalışmamız sürecinde varmış olduğumuz kanaat ve görüşlerimizin büyük bir kısmı esasen ve kısaca bir araya getirilmeye gayret edilmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ İÇİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERME HALLERİ ÖNGÖREN ÖZEL HÜKÜMLERİN NELERDEN İBARET OLDUĞU VE İÇİNDE BULUNUĞU MEVZUAT

#### 1. ÖZEL HÜKÜMLERİN İÇİNDE BULUNDUĞU MEVZUATIN TARİHSEL SÜRECİ

Osmanlı İmparatorluğu döneminde kamu ihaleleri ile ilgili ilk düzenleme 1857 tarihli Nizamname ile başlamıştır. Cumhuriyet ile birlikte ülkemizde kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olarak çıkarılan ilk Kanun 22.04.1925 gün ve 661 sayılı “Hükümet Namına Vuku Bulacak Müzayede, Münakasa ve İthalat Kanunu’ dur<sup>1</sup>.” Daha sonra 02.06.1934 gün ve 2490 sayılı “Artırma, Eksiltme ve İhale” ve bilahare 08.09.1983 gün ve 2886 sayılı “Devlet İhale Kanunu” çıkarılmıştır<sup>2</sup>.

- 
- 1 Serdar İğdeler, “Kamu ihale Mevzuatının Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <[Http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-getirdikleri.htm](http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-getirdikleri.htm).; Serdar İğdeler, “Kamu İhale Mevzuatının Getirdiği Sorunlar”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <[Http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-sorunlari.htm](http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-sorunlari.htm).; Serdar İğdeler/AhmetGöçerler/Muzaffer Öztürk, “01.01.2003 Tarihinden İtibaren Yürürlüğe Giren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <[Http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-4734-un-yenilikleri.htm](http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-4734-un-yenilikleri.htm).; Ahmet Göçerler, “Kamu İhale Kanununun Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <[Http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/Kamu-ihale-kanunu.htm](http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/Kamu-ihale-kanunu.htm).; Güngör Başol, Bayındırlık Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Başkanı Sayın Gönçör Başol' un Açış Konuşması, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, (Ankara, 18-29 Mart 1996), (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996), s. XII
  - 2 Bakanlar Kurulu bu Kanunun (8.) maddesini uyarınca tip şartnameler ile ortak esasları belirlemek üzere Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesini düzenleyerek RGT: 09.10.1984 ve RGN: 18450 ile yayınlamıştır. DİK kabul tarihi 08.09.1983, RGT: 10.10.1983, RGN: 18161' dir.



Bütün bu Kanunların temelinde, devlet ihtiyaçlarının en uygun şartlarla ve zamanlarda, açıklık ve rekabet ilkelerinin gözetilerek karşılanması amaçlanmıştır. Ayrıca anılan Kanunlarda kamu kurum ve kuruluşlarının sadece harcama disiplinine yönelik hizmet ve mal alımı işleri değil aynı zamanda gelir disiplinine yönelik mal ve hizmet satımı, kiralama, trampa ve mülkiyetten gayri ayni hak tesisi gibi işlemler de düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Ülkemiz Avrupa Birliğine tam üye olma çabaları içindedir. Bu amaçla hukuksal alanda çeşitli değişiklikler yapılmakta ve uyum Kanunları çıkarılmaktadır. Gerek bu nedenle gerekse 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap vermemesi, uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmekte yetersiz kalması<sup>4</sup>, idareler için yeterli hesap verme düzeni öngörmemesi ve bilhassa gelir nitelikli ihaleler ile gider nitelikli ihalelerin farklı Kanunlarla düzenlenmesi gerektiği fikirleriyle yeni mevzuat düzenleme çabaları başlamıştır.

Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık İskân Bakanlığı tarafından 20.04.1999 tarihinde başlatılan müşterek çalışmalar sonucunda hazırlanan tasarı ve gerekçesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur. TBMM' de yapılan görüşmeler neticesinde 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 04.01.2002 tarihinde 4734 sayılı "Kamu İhale Kanunu" kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Bilahare işbu Kanunda en önemli değişiklikler 4761 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"<sup>6</sup> ile daha sonra da 4964 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"<sup>7</sup> ile yapılmıştır. Kamu İhale Kanunu daha sonra sırasıyla 5020 sayılı<sup>8</sup>, 5148 sayılı<sup>9</sup>, 5226 sayılı<sup>10</sup>, 5255 sayılı<sup>11</sup>, 5436 sayılı<sup>12</sup>, 5583 sayılı<sup>13</sup>, 5615 sayılı<sup>14</sup>, 5625

---

3 İğdeler, Yenilikler, s. 1.

4 DİK' e yapılan eleştirilerin çoğunun yerinde olmadığı ve eksikliklerin büyük bir kısmının aslında politik ve idari olduğu hakkında bkz. Selahattin Özmen, *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Rehberi, Devlet İhalelerine İlişkin Mevzuat ve Yargı Kararları* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998) s. 2 vd.

5 RGT: 22.01.2002, RGN: 24648

6 RGT: 22.06.2002, RGN: 24793

7 RGT: 15.08.2003, RGN: 25200

8 RGN: 26.12.2003, RGN: 25328

9 RGT: 07.05.2004, RGN: 25455

10 RGT: 27.07.2004, RGN: 25535

11 RGT: 13.11.2004, RGN: 25642

12 RGT: 24.12.2005, RGN: 26033

sayılı<sup>15</sup> ve son olarak da 5680 sayılı<sup>16</sup> Kanunlar ile değişikliğe uğramıştır.

4734 sayılı KİK ile birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>17</sup> da çıkarılmıştır<sup>18</sup>. Akabinde Kamu İhale Kurumu tarafından uygulama Yönetmelikleri yayımlanmıştır<sup>19</sup>. İhale mevzuatı bakımından Bakanlar Kurulu'nun da düzenleyici işlemleri bulunmaktadır<sup>20</sup>. Yine Kamu İhale Kurumunun ihale mevzuatına dair düzenleyici kararları<sup>21</sup> ve tebliğleri ile standart formları vardır.

2886 sayılı DİK ve alt mevzuatı ile 4734 sayılı KİK ve alt mevzuatının uygulama alanlarının daha iyi anlaşılabilmesi bakımından 4734 sayılı KİK' in Kanunlaşma sürecinde yaşananları ve Kanunun gerekçelerini burada detaylandırmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz. Öncelikle konuya KİK' in yapılış gerekçelerini kısaca özetlemekle başlayalım.

Ülkemizde 1984 yılında yürürlüğe giren 2886 sayılı DİK, Bakanlar Kurulu Kararları ve Yönetmelikler ile yürütülen gider nitelikli ihaleler; AB, Dünya Ticaret Örgütü ve Dünya Bankası gibi uluslar arası ihale uygulamalarına uyumlu ve paralel hükümler içermemekteydi.

Uluslar arası gelişmelere uygun olarak daha şeffaf ihale kurallarının uygulandığı,

---

13 RGT: 28.02.2007, RGN: 26448

14 RGT: 04.04.2007, RGN: 26483

15 RGT: 26.04.2007, RGN: 26504

16 RGT: 07.06.2007, RGN: 26545

17 RGT: 22.01.2002, RGN: 24648

18 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu önce 4964 sayılı Kanunla (RGT: 15.08.2003, RGN:25200) ve son olarak da 5680 sayılı Kanunla (RGT:07.06.2007, RGN: 26545) değişikliğe uğratılmıştır.

19 İnceleme konumuz yapım işleri ile sınırlı olduğundan; “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği” (RGT: 26.02.2006, RGN: 26092), “Anahtar Teslimi Götürü Bedel İşler İçin Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” (RGT: 26.02.2006, RGN: 26092), “Teklif Birim Fiyatlı İşler İçin Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” (RGT: 26.02.2006, RGN: 26092), “Yapım İşleri İhaleleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği” (RGT: 19.02.2002, RGN: 24968).

20 Konumuzu oluşturan yapım işleri ile sınırlı olarak burada belirtilmesi gereken; “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar” (RGT: 31.12.2002, RGN: 24980 3. Mükerrer)

21 Bu tebliğlerden konumuzu ilgilendirmesi sebebiyle işaret edilmesi gerekenler; iş yükü artışlarına ilişkin olan 2003/ DK. D-119 Karar numaralı, 11.04.2003 Karar tarihli, Kamu İhale Kurulu Kararında, 01.01.2003 tarihinden önce ihale edilmiş ve devam etmekte olan yapım işlerinde meydana gelen iş artışlarında DİK ve alt mevzuatının uygulanması gerekeceği sonucuna varılmıştır. Bu kararın metni ve karşı oy yazısı için bkz. 16.08.2007, <http://www.kik.gov.tr/mevzuat23062004>; Sözleşmenin devri hakkında Kamu İhale Kurulu Başkanlığının vermiş olduğu bir karar hakkında bkz. 2003/ DK. D-8 (RGT: 31.03.2003, RGN:25009); 16.08.2007, <http://www.kik.gov.tr/mevzuat23062004/bkk/bkky.htm>.

alım yapan idarelerin hesap verme yükümlülüğünün artırıldığı, uluslar arası rekabete daha açık imkanlar sağlandığı, idarelerin istekliler arasında keyfi ayrımcılık yapmadığı bir ihale sistemi oluşmaması sebebiyle kamu harcamalarından beklenen yararlar elde edilemiyordu<sup>22</sup>.

Alımı yapan kamu görevlilerinin hesap verilebilir bir konuma getirilmesini sağlamak için alım sürecinin başından sonuna kadar mümkün olan en üst seviyede saydamlığın sağlanması zorunluluğu ve dolayısıyla saydamlığın getirdiği güven ortamında teklif vermek isteyen istekli ve yüklenicilerin sayısının artış göstermesi ve sonuçta da ihalelerde rekabetin artırılması gereği ortaya çıkmıştır.

Bu nokta da kamu kaynaklarının kullanımını gerektiren işlerdeki ihale sistemi ile kamu makamları için gelir niteliğinde olan ihale sisteminin aynı Kanun çatısı altında değil de farklı Kanunların çatısı altında düzenlemenin daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır<sup>23</sup>.

Gider nitelikli ihalelerin tabi olduğu 2886 sayılı Kanun kamu kaynaklarının kullanımını konusunda örneğin ihale sonuçlarının ilanında olduğu gibi, işlemlerin ve yürütülen usulün kamuoyunun yeterince bilgilenmesini sağlayacak hükümler içermemekteydi. Belirli bir ekonomik ve mali yeterliliği bulunan isteklilerin karşına, örneğin karne uygulamasında olduğu gibi mevcut kurallarla yeterli rekabeti engelleyecek engeller çıkarılmaktaydı. Kamu ihaleleri ile ilgili sorumlu olacak bir denetim ve takip birimi bulunmamaktaydı<sup>24</sup>.

Bu gibi sebeplere<sup>25</sup> bağlı olarak ülkemizin Helsinki' de AB' ye aday ülke ilan

---

22 İğdeler, Yenilikler, s. 2 vd.

23 Yeni bir ihale kanunu düzenleme ihtiyacı hakkında daha fazla bilgi için bkz: Kamu İhale Kurumu, 13.11.2007, <[Http://www.ihale.gov.tr/kilavuz\\_cd/ebook/lawsys/k1-1.htm](http://www.ihale.gov.tr/kilavuz_cd/ebook/lawsys/k1-1.htm)

24 İğdeler, Yenilikler, s.

25 Konumuzun zorunlu kıldığı kadarıyla KİK mevzuatının gerekçelerine kısaca temas edilmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: İğdeler, Yenilikler s. 2 vd. Özlem Toğuz, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Arasındaki Farklar Bu Farkların İhale Hukuku Bakından Getirdiği Yenilikler, *Ankara Barosu Dergisi*, Mart, 2002, s. 177 vd., Ekrem Sarısu, 15.08.2007 “Yeni İhale Yasası Neler Getiriyor”, [http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/27.02.2002\(1\)](http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/27.02.2002(1)), Muhittin Abacığlu, *Açıklamalı Örnekli Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Seçkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003) s. 813, Kürşat Hamurcu, *Kamu İhale Kanunu, Sözleşmeleri ve Uygulaması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2003) s. 5

edilmesini takiben, AB komisyonu tarafından yayımlanan “Katılım ortaklığı belgesine” paralel olarak hazırlanan ve mevzuatımızda AB müktesebatına uyum amacıyla yapılacak değişiklikleri ve yenilikleri de içeren “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programında” yer alan, kamu alımları konusundaki mevzuat uyumunun orta vadede tamamlanmasının öngörülmesi çerçevesinde AB direktifleri ve Uncitral Kamu Alımları Model Kanunu ilkeleri baz alınarak saydamlık ve rekabetin sağlanması amacıyla reform niteliğinde değişiklikler getiren Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanmış ve ihale mevzuatının yürütülmesine ilişkin maddeleri 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere 22.01.2002 tarihinde resmi gazetede yayımlanmıştır.

Bu bilgiler ışığında; 4734 sayılı KİK’ in kamu kurum ve kuruluşlarının gider nitelikli olan mal ve hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı ve yapım işlerine dair ihalelerini düzenlediği söylenebilecektir. Dolayısıyla 2886 sayılı DİK kapsamına giren kuruluşlar 01.01.2003 tarihinden itibaren yapacağı gelir nitelikli ihalelerinde 2886 sayılı DİK ve alt mevzuatını uygulamaya devam edecektir<sup>26</sup>. Ancak 01.01.2003 tarihinden sonra yapılacak olan ve DİK kapsamına giren kuruluşlar gider nitelikli işlerin ihalesinde KİK ve alt mevzuatını uygulayacaktır. Hemen ifade edelim ki gider nitelikli ihaleyle kastedilen kamu kaynağı kullanılmasını gerektiren, ihale konusu iş için bütçeden tahsisat ayrılmasına ihtiyaç gösteren mal alımı, hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı ve yapım işidir. Bunun aksine şayet ihale konusu, iş sahibine gelir sağlıyorsa diğer bir deyişle kasasına para girmesini sağlıyorsa bu işlerin ihalesinde 2886 sayılı DİK ve alt mevzuatı uygulanacaktır. Örneğinde iş sahibi idare bir malını satacak veya bir malını kiraya verecekse durum böyledir. Ancak mal alıyor ve mal kiralıyorsa bu durumda 4734 sayılı KİK ve alt mevzuatı uygulanacaktır.

---

26 4734 sayılı Kanunun, 2886 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıracağı hakkındaki görüş için bkz. Toğuz, s. 1 vd. Böyle bir sonuca varmak mümkün değildir. Doğrusu şudur: KİK ve alt mevzuatı DİK ve alt mevzuatının uygulama alanını büyük ölçüde sınırlandırmıştır. Artık bundan böyle, kamu kaynağı kullanılmasını gerektiren (gider nitelikli) mal alımları, hizmet alımları ve danışmanlık hizmet alımları ve yapım işleri KİK ve alt mevzuatına tabi olarak yürütülecek ve sonuçlandırılacaklardır. Ancak gelir nitelikli ihalelerde DİK ve alt mevzuatı uygulanmaya devam olunacaktır.

Tezimizin konusunu oluşturan inşaat işleri gerek DİK ve alt mevzuatında gerekse KİK ve alt mevzuatında yapım işleri tanımlamasına dahil edilmiştir.

Aşağıda, yukarıda belirtilen mevzuattaki kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesi halleri için öngörülen özel hükümler sayılmakla yetinilmiştir.

## **2. UYGULANACAK ÖZEL HÜKÜMLER**

### **2.1. GİDER NİTELİKLİ İHALELERDE UYGULANACAK HÜKÜMLER**

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf oldukları inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin idare olması halinde<sup>27</sup> uygulanacak olan mevzuat yukarıda belirttiğimiz gibi KİK ve alt mevzuatıdır. Zira ortada kamu kaynağı kullanılması gerektiren gider nitelikli bir işin ihalesi söz konusudur<sup>28</sup>.

DİK hem sözleşmenin imzalanmasından önceki döneme (ihalenin yapılmasına ve sonuçlanmasına) hem de sözleşmenin imzalanmasından sonraki döneme (sözleşmenin uygulanması aşamasında tarafların hak ve yükümlülüklerine, sözleşmenin sona ermesine ve tasfiyesine) ilişkin hükümler öngörmüşken, KİK sadece sözleşmenin imzalanmasından önceki döneme ilişkin hükümler öngörmüştür. KİK' e tabi olarak yapılan ihaleler sonucu sözleşmeye bağlanan hukuki ilişkinin düzenlenmesine ilişkin esaslar ise KİSK' de<sup>29</sup> ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde düzenlenmiştir<sup>30</sup>.

---

27 KİK kapsamına aldığı kamu kurum ve kuruluşlarını (2.) maddesinde saymıştır. KİK yapılış gerekçesi ile de tutarlı kalarak DİK kapsamına dahil edilmeyen bir çok kamu kurum ve kuruluşunu da kapsamına dahil etmiştir. Gerçekten de DİK' e tabi olmayan fonlar, döner sermayeli kuruluşlar bundan böyle, mal ve hizmet alımları, danışmanlık hizmet alımları ve yapım işlerinde KİK ve alt mevzuatına dahil olacaktır. KİK kapsamına aldığı kurumları tespit ederken kamu kaynağını kullanma, kamu denetimine ve kamu hukukuna tabi olma anahtar kelimelerini kıstas olarak kabul etmektedir.

28 Hem ihale mevzuatına tabi olan işlerde hem de İhale mevzuatına tabi olmayan işlerde taraflar anlaşarak aralarındaki inşaat sözleşmesinden doğacak uyumsuzluklara KİK ve alt mevzuatının veya DİK veya alt mevzuatının uygulanmasını kabul edebilirler. Bkz: aş. s. 10 civarı dn. 43 civarı

29 DİK' te hem ihalelerin yapılışına ilişkin kurallar hem de sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. KİK ise sadece ihalenin yapılmasına ilişkin kurallar ön görmüş sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreci düzenleme görevini KİSK' e ve YİĞŞ' ye bırakmıştır.

30 YİĞŞ, KİK' in 53. maddesinin (b) fıkrasının ikinci bendine dayanılarak hazırlanmıştır (YİĞŞ

İş sahibinin idare olduğu inşaat sözleşmelerinde müteahhitten kaynaklanan sona erme sebepleri şu şekilde özetlenebilir<sup>31</sup>;

Sözleşmenin usulüne uygun olmayan devri KİSK m. 16'da<sup>32</sup> sözleşmenin sona erme hali olarak düzenlenmiştir. YİĞŞ m. 47 'de aynı durum KİSK m.16' nın bir tekrarı olarak yeniden kaleme alınmış ve burada da sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir.

Yüklenicinin ortak girişim olmaması halinde ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti sözleşmeyi sona erdirebilecek nedenler arasında KİSK m. 17' de<sup>33</sup> sayılmıştır. YİĞŞ m. 50, KİSK' teki düzenlemenin aynısını öngörmüştür.

Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ise hem KİSK m. 18<sup>34</sup> hem de KİSK' in

---

m.1).Yapım İşleri Genel Şartnamesi (RGT: 26.02.2006, RGN: 26092)

31 Burada sadece KİSK ve YİĞŞ' deki sona erme halleri sayılmıştır. Hukuki değerlendirmelerimiz ve tespitlerimiz aşağıda (3.) bölümde belirtilmiştir. Bkz: aş. s. 75 civarı.

32 Sözleşmenin Devri

MADDE 16. - Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. 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' ıncı madde hükümleri uygulanır.

33 Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti

MADDE 17. - Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti hallerinde aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) 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.

b) Yüklenicinin iflas etmesi halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç hakkında 20 ve 22' inci maddeye göre işlem yapılır.

c) Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. Bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22' inci maddeye göre işlem yapılır.

34 Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflas, Ağır Hastalık, Tutukluluk veya Mahkûmiyet

MADDE 18.- Ortak girişimlerde yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya

bir tekrarı niteliğinde olan YİĞŞ m.50 sözleşmenin sona ermesine neden olabilecek haller arasında düzenlenmiştir.

Yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmesi hem KİSK m. 19' da<sup>35</sup> hem de YİĞŞ m. 48/f.1' de düzenlenmiştir. YİĞŞ' de ki düzenleme ile KİSK' de ki arasında bir farklılık yoktur.

KİSK m.20 (a) bendi<sup>36</sup> iş sahibi idareye, müteahhidin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi örneğin temerrüte düşmesi hallerinde sözleşmeyi sona erdirme yetkisi vermektedir. YİĞŞ. m. 48/f. 2 (a) bendinde de aynı düzenleme vardır.

KİSK. m. 20 (b) bendi<sup>37</sup> iş sahibi idareye sözleşmenin uygulanması aşamasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda<sup>38</sup> bulunması durumunda sözleşmeyi son

---

koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22' inci maddeye göre işlem yapılır. Pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde ise sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir.

Pilot veya 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 getirirler.

35 Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi

MADDE 19. - Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında 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 teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

36 İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi

MADDE 20. - Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) 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 yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

37 İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi

MADDE 20. -

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

38 Yasak Fiil ve Davranışlar

MADDE 25. - Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka

erdirme yetkisi vermektedir. Aynı hüküm YİĞŞ m. 48/f.2 (b) bendinde düzenlenmiştir.

Şayet müteahhit yukarıda yazılı yasak fiil ve davranışlarda daha ihale aşamasında bulunmuş ancak iş sahibi idare bunu ancak sözleşmenin imzalanması aşamasından sonra tespit etmişse şartlarının gerçekleşmesi halinde bu durum dahi idareye sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermektedir. Bu sona erme hali KİSK m. 21<sup>39</sup> ile YİĞŞ m. 48/f.4' te aynı şekilde düzenlenmiştir.

## 2.2. GELİR GETİRİCİ İHALELERDE VEYA TARAFLARIN ANLAŞMASI HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu gider nitelikli olmayan, aksine konusu gelir nitelikli olan sözleşmelerin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesine ilişkin özel hükümler tespit edilirken DİK ve alt mevzuatındaki<sup>40</sup> düzenlemelerin

---

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' ıncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

### 39 Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih

MADDE 21.- Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26' ıncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.

40 Muhittin Abacığlu, *Devlet İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999) s. 8 vd.



esas alınması gerektiğini yukarıda belirtmiştik<sup>41</sup>.

KİK m. 2 uyarınca yapım işlerinde 01.01.2003 tarihinden itibaren KİK ve alt mevzuatı uygulanacaktır. Meğerki taraflar aksini kararlaştırmamış olsun.

Yapım işlerinde DİK ve alt mevzuatının uygulanması gereken bir diğer hal de şudur KİK' in yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden önce ihalesi ilan edilen, sözleşmesi imzalanan ve devam etmekte olan yapım işlerinde taraflar arasında çıkacak ihtilafların çözümünde, KİK ve alt mevzuatı değil DİK ve alt mevzuatı uygulama alanı bulacaktır<sup>42</sup>.

Yukarıda KİK ve alt mevzuatının uygulama alanını tespit etmek için yapmış olduğumuz açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi DİK sadece ihale sürecine ilişkin kurallar koymakla yetinmemiş aynı zamanda sözleşmenin uygulanması aşamasında taraflar arasında çıkabilecek ihtilafın çözümlenmesine dair de bir takım kurallar öngörmüştür.

Gerek 01.01.2003 tarihinden önce ihalesi yapıp sözleşmesi imzalanan ve devam etmekte olan inşaat sözleşmelerine gerekse tarafların anlaşarak inşaat sözleşmesine DİK ve alt mevzuatının uygulanmasına karar vermesi halinde sona ermeye ilişkin özel hükümler DİK ve BİGŞ' den tespit edilecektir<sup>43</sup>.

DİK m. 62<sup>44</sup> ve BİGŞ m. 47'de iş sahibine, müteahhidin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi, örneğin temerrüte düşmesi halinde sözleşmeye son verme yetkisi verilmektedir. Her iki hüküm de büyük ölçüde birbirinin aynıdır. BİGŞ m. 47, DİK

---

41 Bkz: yuk. s. 5 civarı

42 İhale Kurumu Başkanlığı'nın bu yönde bir çözüm gerektiren kararı için Bkz: yuk. s. 3 dn. 21 civarı

43 Burada şu husus unutulmamalıdır; özel hukuk kişileri de aralarındaki inşaat sözleşmesine bir şart koyarak DİK ve alt mevzuatının veya KİK ve alt mevzuatının uygulanmasını kabul edebilirler. Hatta KİK ve alt mevzuatının uygulanması gereken bir inşaat sözleşmesi için iş sahibi idare ile müteahhit anlaşarak aralarındaki ilişkiye DİK ve alt mevzuatının uygulanmasına karar verebilirler.

44 Müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması:

Madde 62 - Sözleşme yapıldıktan sonra 63 üncü maddede yazılı hükümler dışında müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez.

m.62'nin nasıl uygulanması gerektiğini de belirttiğinden daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki BİGŞ m. 47' de müteahhide verilecek önelin sözleşme süresine dahil edilmeyeceği (vadeyi ileriye atmayacağı) ve bu süre içinde de sözleşmede belirtilen gecikme cezasının uygulanacağı açıkça düzenlemiştir.

Ayrıca sözleşmenin devri için aranılacak şartların neler olduğu, müteahhidin bu şartları yerine getirememesi halinde sözleşmenin sona ereceği DİK m. 66' da<sup>45</sup> ve BİGŞ m. 46'da aynı ifade tarzı ile düzenlenmiştir.

DİK m. 67<sup>46</sup> ile BİGŞ. m 49 müteahhidin ölümünün sözleşmenin sona ermesine neden olabilecek bir sebep olarak düzenlemiştir. Her iki hüküm de aynı şekilde kalem alınmıştır.

Müteahhidin iflası ise DİK m. 68<sup>47</sup> ile BİGŞ m. 50'de sözleşmenin sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu sona erme hali de aynı şekilde düzenlenmiştir

DİK m. 69<sup>48</sup> ve BİGŞ m. 51 uyarınca müteahhidin ağır hasta olması, tutukluluk hali, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olması hallerinin sözleşmeyi sona erdirebilecek nedenler arasında olduğu belirtilmiştir. Bu nokta her iki düzenlemede de aynı şekilde ifade edilmiştir.

---

45 Sözleşmenin devri:

Madde 66. - Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir.

Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 inci madde hükümleri uygulanır.

46 Müteahhit veya müşterinin ölümü:

Madde 67 - Müteahhit veya müşterinin ölümü halinde, yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminatı ve varsa sair alacakları varislerine verilir. Ancak, idare varislerden istekli olanlara, ölüm tarihinden itibaren 30 gün içinde kesin teminat verilmesi şartıyla sözleşmeyi devredebilir.

47 Müteahhit veya müşterinin iflası hali:

Madde 68.- Müteahhit veya müşterinin iflas etmesi halinde sözleşme bozulur.

Bundan bir zarar doğarsa 62 inci maddeye göre işlem yapılır.

48 Müteahhit veya müşterinin ağır hastalığı, tutukluluk veya mahkumiyet hali:

Madde 69 - Müteahhit veya müşteri sözleşmenin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır hastalık, tutukluluk veya hürriyeti bağlayıcı bir ceza nedeni ile taahhüdünü yapamayacak duruma girerse, bu hallerin oluşundan itibaren 30 gün içinde ilgili idarenin kabul edeceği birini vekil tayin etmek şartıyla taahhüdüne devam edebilir.

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

Yukarıdaki hükümlerin uygulanmaması halinde sözleşme bozulur. Bundan bir zarar doğarsa 62' inci maddeye göre işlem yapılır.

DİK m. 70'de<sup>49</sup> ve BİGŞ m. 52'de müteahhidin birden fazla olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olması hallerinin sözleşmeyi sona erdirebilecek nedenler olarak saymıştır. Her iki düzenlemenin de içerdiği kurallar aynıdır.

### **3. MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMEYE İLİŞİKİN DEVLET İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI HÜKÜMLERİNİN KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI HÜKÜMLERİNDEN FARKI**

DİK m. 62 ve BİGŞ m. 47, genel bir borca aykırılık halinde iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme yetkisi verirken, KİSK m. 20 (a) ve YİGŞ m. 48/ f. 2 (b) bendinden farklı olarak, müteahhidin “iş süresinde bitirememesi” halini açıkça öngörmemiştir.

Ancak hiç şüphesiz ki iş sahibi bu mevzuat hükümleri (DİK m. 62 ve BİGŞ m. 47) uyarınca da müteahhidin temerrüdü sebebiyle sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Temerrüt hali, iş sahibine, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinin, kendisine sağladığı hakların aynısını verecektir.

İkinci olarak BİGŞ' de sözleşmenin sona erdirilmesi için öngörülen mehil tayininin noter aracılığıyla yapılması gerekmektedir. YİGŞ' de mehil tayininin noter aracılığıyla yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yine BİGŞ' de verilecek mehilin acele durumlar hariç 10 günden az olamayacağı düzenlenmiştir. YİGŞ' de ise verilecek mehilin, (BİGŞ' nin yaptığı gibi) ivedi

---

49 Müteahhit veya müşterinin birden fazla olması hali:

Madde 70 - Birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından birlikte yapılan taahhütlerde, müteahhitlerden veya müşterilerden birinin ölümü, iflası, tutuklu veya mahkûm olması gibi haller sözleşmenin devamına engel olmaz.

Birlikte yapılan taahhütlerde müteahhitlerden biri idareye (pilot firma) olarak bildirilmiş ise, pilot firmanın şahıs veya şirket olmasına göre ölüm, iflas veya dağılma hallerinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Ancak, diğer müteahhitlerin teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde sözleşme yenilenerek işe devam edilir.

Birlikte yapılan taahhütlerde gruba dahil pilot firmadan başka herhangi bir ortak şahsın ölümü veya ortak şirketin herhangi bir sebeple dağılması halinde, pilot firma ve grubun diğer ortakları, teminat dahil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üzerlerine alarak işi bitirirler.

durumlar gibi bir istisna da yapılmaksızın, en az 20 gün olacağı belirtilmiştir.

DİK m. 66 ve BİGŞ m. 46'da düzenlenen sözleşmenin usulsüz devri sebebiyle sona ermesi halinde, benimsenen genel kural, KİSK m. 16 ve YİGŞ m. 47'den farklı olarak, sözleşmenin devredilememesidir. Ancak ita amirinin yazılı izni ile sözleşme ilk ihaledeki şartların sağlanması koşuluyla devredilebilir. YİGŞ ise ancak zorunlu hallerde sözleşmenin devredilebileceğini düzenlemektedir. Bu halde de yine ilk ihaledeki şartlar aranacaktır. Ayrıca YİGŞ bir sözleşmenin devrini izleyen yıldan itibaren 3 sene müddetçe devreden ve devralan müteahhidin iş sahibi idare ile arasındaki her hangi bir sözleşmesini<sup>50</sup> devredemeyeceğini ve bu özellikteki bir sözleşmeyi devralamayacağını düzenlemiştir. Aksi halde sözleşme sona erdirilecek ve tasfiye süreci yaşanacaktır<sup>51</sup>.

DİK ve alt mevzuatı müteahhidin ölümünü (DİK m.67, BİGŞ m. 49), iflasını (DİK m. 68, BİGŞ m. 50) ile Ağır hastalık, tutukluluk, mahkumiyet halini (DİK m. 69, BİGŞ m. 51) toplam üç madde altında düzenlemiştir. Bu haller ise KİK ve Alt mevzuatında (KİSK m. 17 ve YİGŞ m. 50) olmak üzere tek bir madde altında düzenlenmiştir. Her iki mevzuat da bu konuda aynı yönde hükümler öngörmüştür.

Müteahhidin birden fazla olması halinde ise ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk, mahkûmiyet halini DİK ve alt mevzuatı tek bir madde altında düzenlemiştir. (DİK m. 70, BİGŞ m. 52) altında düzenlemiştir. Aynı durum KİK ve alt mevzuatında da (KİSK m. 18, YİGŞ m. 51) tek madde altında düzenlenmiştir. Her iki mevzuat da aynı yönde hükümler öngörmüştür.

---

50 Usulsüz devir ile kastedilen anılan Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarıyla imzalanan sözleşmelerin 3 yıl boyunca 2. kez devredilemeyeceğidir. Bu devir yasağı hem devredilen sözleşme için geçerli hem de sözleşmeyi devralan ve devreden için ihale mevzuatına tabi her hangi bir ihale işi için daha önceden imzaladıkları sözleşmeler için de geçerlidir. Daha önceden imzalanan sözleşmenin yapım işine veya danışmanlık hizmet alımı işine ait olması bir şeyi değiştirmeyecektir. Yapılan bu devir hem devreden hem de devralanın taraf olduğu diğer sözleşmeleri de devredilebilme bakımından sınırlamaktadır.

51 Burada şunu da ifade edelim ki, usulsüz yapılacak bir devir hali DİK ve BİGŞ tarafından taahhüdün ancak kötü niyetli olarak yerine getirilmemesi durumunda yasak fiil ve davranış olarak kabul edilecektir ve ancak bu durumda hem devreden hem de devralan için ihalelerden yasaklama kararı çıkacaktır. Ancak YİGŞ usulsüz devri hem devreden hem de devralan için kötü niyetli olma şartını aramadan, yasak fiil ve davranış hali olarak öngörmüştür.

Tezimizin konusu kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat<sup>52</sup> sözleşmelerinin sona ermesinin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesi halleriyle sınırlanmış olduğundan diğer sona erme halleri olan, mücbir sebepler<sup>53</sup> nedeniyle inşaat sözleşmesinin sona ermesi, ihalenin ilanının uygun olmaması sebebiyle fesih<sup>54</sup>, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Kararnameleri ile inşaat sözleşmelerinin sona<sup>55</sup> ermesi ve tasfiyesi, keşif artışı sebebiyle sözleşmenin sona ermesi, tarafların anlaşması<sup>56</sup> gibi sona erme sebepleri inceleme konumuza dahil edilmemiştir.

01.01.2003 tarihinden itibaren kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmeleri KİK ve alt mevzuatındaki kurallara bağlı olarak kurulacağından ve hüküm ve sonuçlarını bu kurallara göre doğuracağından aşağıda (2.) ve (3.) (4.) bölümde kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmesinin konusu, tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin sona ermesi sebepleri, tasfiye ve tazminat konuları açıklanırken KİK ve alt mevzuatı hükümleri (bilhassa YİĞŞ hükümleri) esas alınmıştır. DİK ve alt mevzuatına ise farklı hükümler öngörmesi halinde değinilmiştir.

---

52 İnşaat sözleşmeleri konusu itibariyle DİK m. 4 ile KİK m. 4 uyarınca yapım işlerine dahil edilmiştir. Bu sebeple tezimizde Kamu İhale Kurumu ile Bakanlar Kurulunca çıkarılan düzenleyici işlemlerden sadece yapım işlerine ait düzenlemeler dikkate alınmıştır. Mal ve hizmet alımları, danışmanlık hizmet alımlarını ilgilendiren diğer ihale mevzuatı sadece konumuza ilgilendirdiği ölçüde inceleme konumuza dahil edilecektir.

53 Mücbir sebep genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi, umulmayan hal ise zarara sebep olan tesadüfi olayları ifade eder.; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller Genişletilmiş 3. bası* (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1977) s. 24 vd.

54 Bu fesih sebebi sadece DİK' te öngörülmüştür. DİK m. 20'de "...ilanların geçersizliği ihale yapıldıktan sonra ortaya çıkarsa ihale ve sözleşme feshedilir." hükmü yer almaktadır. Bu nevi bir hüküm KİK ve alt mevzuatında yer almamıştır. İdarenin bu sebeple sözleşmeyi feshetmesi halinde BK. 369 hükümlerinin uygulanması gerektiği hakkında bkz; Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.,1989) s. 150

55 Sıtkı Akyazan, "Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi ile ilgili Hukuki Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 1977, S. 1, s. 11 vd, Haluk Tandoğan, "Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma veya Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin idare ve Müteahhitler için bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu", *Batder*, 1981, Cilt XI, S.1, s. 51, İsmail Doğanay, "Kamu Sektörü Tarafından İhaleye Çıkarılan İşlerde (Fiyat Artırma) Yetkisi Veren Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin Bağlayıcı Olup Olmadığı Hususu", *Batder*,1982, Cilt XI, S. 4 s. 167, Yaşar Karayalçın, Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akitlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İntibak Ettirilmesi ve 1 Nisan 1981 Tarihli Kararname ile Ortaya Çıkan Sorunlar, *Batder*, 1981, Cilt XI, S.1, s. 67

56 Tarafların karşılıklı anlaşması sebebiyle inşaat sözleşmesinin sona ermesi BİĞŞ m. 47'de düzenlenmişken aynı hüküm YİĞŞ m. 48 metninden, 22.06.2005 tarihinde yapılan değişiklikle çıkarılmıştır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE BU ÖZELLİKTEKİ SÖZLEŞMELERİN KONUSU-HUKUKİ NİTELİĞİ-ŞEKLİ- TARAFLARI- HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

#### 1. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE ÖZELLİKLE YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ İLE BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ ÖNCELİK SORUNU

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin bir ayağı özel hukuk hükümlerinde (BK m. 355–371) bir ayağı da KİK ve alt mevzuatındaki hükümlerde düzenlenmiştir. Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin sona ermelerine ilişkin uygulanacak özel hükümlerin nelerden ibaret olduğu birinci bölümde tek tek sayılmıştır.

4734 sayılı KİK ve alt mevzuatı çerçevesinde iş sahibi idarelerin özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi müteahhitlik firmaları ile yaptıkları inşaat sözleşmelerine birinci olarak ihale sözleşmesi hükümleri, ikinci olarak sözleşmenin eki sayılan YİĞŞ ve diğer teknik ve idari şartname hükümleri, üçüncü olarak KİSK ve KİK' in emredici olmayan hükümleri<sup>57</sup>, dördüncü olarak BK' nın eser sözleşmesine ilişkin özel

---

57 Gerek KİK gerekse KİSK emredici hükümler içermektedir. Bu sebeple ihale sözleşmesi

hükümleri, beşinci olarak BK' nın genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>58</sup>.

Buna göre inşaat sözleşmelerine uygulanacak KİK ve alt mevzuatı hükümleri, Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesi için öngörülen kurallara nazaran özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak şu şartla; bu noktada Borçlar Kanunundaki hem genel hükümlerin hem de eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinin emredici olup olmadığına bakılacaktır<sup>59</sup>. Şayet Borçlar Kanunu emredici nitelikte hükümler içeriyorsa; bu nitelikteki genel hükümleri ile eser sözleşmesine ilişkin özel hükümleri yine ihale mevzuatının emredici olmayan hükümlerinden önce uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca Borçlar Kanununun emredici olmayan özel (eser sözleşmesine dair BK m.355-371) ve genel hükümleri, (BK m. 82, 96, 97,106,107,108 vb.) ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerine, ihale mevzuatında hüküm bulunmaması, ihale mevzuatının bizzat kendisinin Borçlar Kanunu genel hükümlerine<sup>60</sup> veya Borçlar Kanunu özel hükümlerine gönderme yapması<sup>61</sup> durumlarında uygulanacağı gibi ihale mevzuatındaki hükümlerin hukuki kalıplara sokulmasında<sup>62</sup> ve yorumlanmasında da uygulama alanı bulabilecektir<sup>63</sup>.

---

hükümlerinin ve bu sözleşmenin eklerinin birinci ve ikinci sırada uygulama alanı bulabilmesi, KİK ve KİK' teki emredici hükümlere aykırılık taşımamaları halinde mümkündür. Örneğin KİK' in 4. ve 15. maddeleri, KİK' in 4.-15. ve 22. maddeleri emredici hükümlerdendir.

58 İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996) s. 120 vd.

59 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1982) s. 150. Yazara göre şartname hükümleri Borçlar Kanunundaki hükmün emredici olması halinde ikinci derece uygulanacak kural durumundadır. Aynı yöndeki görüş için bkz: Cevdet Yavuz/Burak Özen/ Faruk Acar; *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2007) s. 490

60 KİK m. 30, YİĞŞ m. 21/f. 8, YİĞŞ m. 26/f. 5 maddelerinde genel hükümlere yapılan atfın anlamı hakkında bkz. s. 64, YİĞŞ m. 50/(a) bendinde yapılan gönderme için bkz. s. 84 civarı, YİĞŞ m. 48/(a) bendindeki gönderme için bkz. s. 87, KİK m. 17/(c) bendindeki atıf için bkz. s. 103 civarı, YİĞŞ m. 48/f.28'de ki atıf için bkz s. 119 civarı, YİĞŞ m. 48/f. 27'de ki atıf için bkz. 142 civarı, ayrıca bkz. s. 114 ve dn. 249 civarı, s. 115 ve dn. 250 civarı.

61 Örneğin DİK m. 87'de BK. m. 360 ve 363' e atıflar yapılmıştır.

62 Sözleşmelerin yorumlanması ile ilgili bkz: Aytekin Ataay, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3.Baskı* (İstanbul: Fakülteler Matbaası 1981) s. 247, Turhan Esener, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Geçerliliği (yy,t.y.)* s. 35 vd.

63 Eser sözleşmelerine uygulanabilecek Borçlar Kanununun emredici hükümlerinin BİĞŞ ve YİĞŞ' deki hükümlerden önce uygulanması gerektiği görüşler hakkında bkz.; Yavuz/Özen/Acar, s. 490, Cem Baygın, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi olduğu Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999) s. 5, Müteahhide Fiyat farkı ödenmesi hususundaki şartname hükümlerinin, BK hükümlerine nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu hakkında bkz. Kemal Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri II. Cild Özel Borç İlişkileri Akdin*

Bu konuda Yargıtay 2490 sayılı AEİK' nın yerine geçen 2286 sayılı DİK' in satım, kira ve eser sözleşmesine dair kurallarının BK' daki hükümlere nazaran emredici nitelikte olduğunu ve öncelikli olarak uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>64</sup>.

Bu kararda özetle şu tespitlerde bulunulmuştur;

AEİK' da belirtilen hükümler, özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler için emredici nitelikteki özel hükümlerdir.

Artırma veya eksiltme ilanı icaba davet, teminat bir tür kanuni cezai şart, kesin ihale sözleşmenin tamamlanmasına benzeyen özel hukuk alanına ilişkin hukuki eylemlerdir. Satışın tamamlanmasına ve satılanın teslimine kadar idarenin kanuni eylemleri kanunda açıkça ayırık tutulan haller hariç bir idari eylem ve tasarrufu niteliğinde olmayan, özel bir sözleşme türünde bir tarafın yaptığı hukuki tasarruflardan ibarettir.

Sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması, sözleşmenin her hangi bir safhasında bir tarafın irade açıklamasına, ilişkinin tamamına veya bir kısmına idari eylem ve tasarruf niteliği vermez. Bu sebeple yapılan ihale tamamen özel hukuk alanına ilişkin bir satış türü olup idari eylem ve tasarruf niteliğinde değildir.

Sonuç olarak Yargıtay idarenin, ihaleye çıkılmasından sözleşmenin imzalanmasına akabinde sözleşmenin uygulanmasına kadar olan tüm işlemlerinin, baştan sona, özel hukuk hükümlerine tabi olması gerektiği görüşünü benimsemektedir<sup>65</sup>.

---

*Muhetelif Nevileri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967) s. 428 . Ancak kanaatimizce müteahhit ihale sözleşmesinde fiyat farkı istemesine imkan verecek tüm haklarından feragat etse dahi BK. m. 365/f.2'deki şartlar mevcutsa yine de sözleşmede kararlaştırılan ücretinin artırılmasını isteyebilmelidir. Zira müteahhidin bu talebinin dayanağı ne bir sözleşme hükmü ne de Bakanlar Kurulunun bir düzenleyici işlemidir. İstemin dayanağı bizzat emredici nitelikteki BK m. 365/f.2'deki hükmüdür. Bu yöndeki Yargıtay kararları için Bkz. Y.15.HD., 16.09.2004, 2004/3693 E., 2004/4251 K.; 23.10.2007, Mevdata Ltd. Şti, Mevzuat ve İçtihatlar Programı, YHGK, 20.09.2006, 2006/11-525 E., 2006/554 K.; 23.10.2007, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=1690>.

64 Y.4.HD. 13.09.1965 T, 5913 E., 4097 K., Mustafa Reşit Karahasan; *İnşaat İmar İhale Hukuku*, 3. Cilt (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 1997) s. 51-52

65 Aynı görüşte Karahasan, *İhale*, s. 54



Yargıtay'ın bu kararının pratik sonucu şu olacaktır; sözleşmenin imzalanmasından önceki idarenin eylem ve işlemlerinden ötürü zarar görenler idari yargıda söz gelimi iptal davası ve tam yargı davası açamayacak aksine adli yargıda özel hukuk kuralları uyarınca tazminat veya yerine göre ihalenin feshi davası açması gerekecektir.

Böylece taraflar arasında cereyan eden hukuki ilişki bir bütün olarak değerlendirilecek, hem ihalenin yapılmasında hem de sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargıda neticelenmesi gerekecektir.

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve tamamının özel hukuk alanına sokulması hatalıdır. Zira ihalenin kesinleşmesine kadar olan iş sahibi idarenin işlemleri, sözleşmenin imzalanmasından ayrılabilen işlemler olduğundan idare hukuku alanına dahildir. Ancak kesinleşen ihalenin sözleşmeye bağlanması ve sonrasındaki tarafların eylem ve işlemleri özel hukuk hükümlerine tabidir<sup>66</sup>.

Gerçekten de DİK kapsamına aldığı ihale konusu işlerin tabi olduğu ihale usullerini açıkça belirtmiştir. Eğer DİK, ihale sürecindeki işlem ve kararları özel hukuka tabi kılmak isteseydi bu şekilde özel düzenlemeler yapmaz bunun yerine ihale türleri için BK' nın 226 vd maddelerindeki ihale usullerine ve ihalenin feshine ilişkin kurallara atıf yapmakla yetinirdi<sup>67</sup>.

Geçekten de DİK bunu yapmamış, aksine ihale türlerini tek tek saymış, her bir ihale türü için uygulanacak kuralları ayrı ayrı belirtmiştir. Önemle belirtelim ki hem DİK

---

66 Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı Güncelleştirilmiş 17.Bası* (Ankara: Turhan Kitapevi, Basım Yayın Tic. Ltd. Şti., 2003) s. 145; Yazara göre; “(.....) İptal davası ancak yönetsel işlemlere karşı açılır. Yönetmelik Sözleşmeler, İptal davasının konusu dışında kalır. Buna karşın yönetsel sözleşmeden ayrılabilen yönetsel işlemler de iptal davasına konu olabilir. Örneğin, İhale komisyonlarınca alınan kararlar ya da yapılan bir sözleşmenin yönetimce onaylanması veya tescili konusunda alınan kararlar gibi. Bunlar, sözleşmeden ayrılabilen yönetsel kararlardır; iptal davasına konu olabilir. İhale sözleşmeleri yapılana kadar olan aşama yönetsel niteliktedir. Bu aşamaya ilişkin yönetsel işlemler yönetsel yargıda dava konusu yapılabilir. İhale sözleşmelerinin uygulanması aşamasına ilişkin uyuşmazlıklar ise, kural olarak adli yargıda görülür.”

67 Hem YİĞŞ m. 48 hem de BİGŞ m. 47 sözleşmenin feshi halinde tasfiyenin genel hükümlere göre yapılacağı hususunda atıf yapmıştır.

m. 29 hem de KİK m. 39 'da<sup>68</sup>, idarenin ihale yapıp yapmamakta serbest olduğu, bu sebeple isteklilerin her hangi bir hak ve talep ileri süremeyeceği kuralı getirilmiştir. Aslında bu düzenlemeden dahi ihale sürecinde, özel hukuk hükümlerinin dışlanmak istendiği, açıkça anlaşılmaktadır.

Danıştay<sup>69</sup> ve Uyuşmazlık Mahkemesi<sup>70</sup> bizimle aynı görüşü paylaşmakta taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi ikili bir ayırım yapmak suretiyle tahlil etmektedir. Buna göre; Her iki Yüksek Mahkeme de sözleşmenin yapılması ve sonrasındaki safhada çıkacak uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenmesi gerekeceği sonucuna ulaşmaktadır, sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada çıkacak uyuşmazlıklar ise idari yargıda görülmesi gerekecektir.

---

68 Kararın geçtiği tarih itibariyle DİK ve alt mevzuatı yürürlükte olduğundan sürekli ifade edilen Kanun DİK' tir. Ancak DİK' in ihale sürecine ilişkin işlemleri neyse KİK' in ihale sürecine ilişkin işlemleri de aynı niteliktedir, idaridir. Aslında KİK' te bu husus hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. KİK m 55 ve 56'da açıkça sözleşmenin imzalanmasından önce yapılan ihalenin usulüne uygun olmadığına dair şikâyetlerin idari makamlara yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Yine ifade ettiğimiz gibi DİK' ten farklı olarak sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar ayrı bir Kanunda KİSK' te düzenlenmiştir.

69 “Menemen Zirai Araştırma Enstitüsü laboratuvar ikmal inşaatı ve yine aynı enstitüye ait eksiltme yoluyla yapılan ihaleler sonucunda alan davacının, yapmış olduğu sözleşme ve verdiği taahhüt mektubuyla söz konusu inşaatları yüklediği, böylece idareyle özel hukuk ilişkisine girdiği dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacının yaptığı söz konusu inşaatlara ait 13.09.1983 ve 26.09.1983 tarihli hak ediş raporlarıyla saptanan yaptığı işlere ilişkin fiyat farkının ödenmesi istemi üzerine doğmuş bulunan dava konusu uyuşmazlık da, davacının idareyle kurduğu özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

Bu haliyle ihale safhasında değil, yapılmış ihalelerden sonra kurulan özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargının görev alanına girmektedir. İdari yargının görev alanına girmeyen dava konusu uyuşmazlığın esası hakkında İzmir (1) no. lu İdare Mahkemesince verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir. (Danş. 10. D. 09.06.1988 T., 469 E., 1048 K.); Karahasan, İhale, s. 53, “Bursa İli Elektrik Tesisi işinin ihaleye çıkarılması kararından, ihaleye çıkarılması kararından, ihaleye ilişkin teklif mektupları açıldıktan sonra vazgeçilmesi ve ihalenin kaldırılması yolundaki İller Bankası Müdürler Kurulunun (...) kararının iptali istemi ile açılan (...) iptal davasına idari yargı yerinde bakılması gerektiğinden (...) idare Mahkemesinin kararı bozulmasına karar verildi. (Danş. İDDGK., 03.05.1985 T., 80 E. 71 K); Karahasan, İhale, s. 52.

70 Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararına göre “(...) 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, 02.03.1987 T, 2 E., 7 K.”; Karahasan, İhale, s. 53

## **2. KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATINDA DÜZENLENEN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI, KONUSU, ŞEKLİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARAFLARI, TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

### **2.1. TANIMI VE KONUSU**

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin konusunu oluşturan işler KİK m 4' te yapım işi olarak sayılmıştır; “Yapım; 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 işlerini” ifade eder.

Eser, yapı, taşınır ve taşınmaz yapı arasındaki farkların nelerden ibaret olduğunu bilmek kaydıyla, aslında KİK yapım işini genel bir tanım olarak kabul etmiştir. Nasıl ki Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesinin içine taşınır eser imali, taşınmaz eser imali, maddi bir şeyde kendini göstermeyen eser imalleri de dahilse aynı şey KİK' te tanımlanan yapım işi içinde geçerlidir. Böylece eser sözleşmesinin bir bölümünü oluşturan inşaat sözleşmeleri ihale mevzuatı bakımından da yapım işine dair sözleşmelerin özel bir türünü oluşturacaktır.

Böyle bir benzetme yapmaktaki muradımız eser sözleşmesinin bir türünü oluşturan inşaat sözleşmeleri için KİK mevzuatında öngörülen hükümleri Borçlar Hukuku genel hükümleri ile özel hükümleri zemininde açıklayabilmek içindir.

KİK m. 4' teki taşıma işlerinin eser sözleşmesine (yapım işlerine) ilişkin kurallara tabi olacağı şeklindeki düzenlemenin hatalı bir düzenleme olduğu izaha muhtaç değildir. Zira bir iş görme borcu doğuran hukuki ilişkilerin eser sözleşmesi kapsamında kabul edilebilmesi için iş görme sonucu ortaya çıkan görünümün iş sahibi açısından bir yenilik arz etmesi 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 akdine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir<sup>71</sup>. Bu özellikleri göstermeyen taşıma işlerinin yapım işleri kapsamında kabul edilmesi bu yönüyle doğru olmamıştır.

Kanun Koyucunun bu özensiz tutumu onarım işlerinin ancak büyük çapta olması şartıyla eser sözleşmelerine dahil olacağı şeklindeki düzenlemesinde de mevcuttur. Bu düzenleme aslında onarım ve bakım işlerinin hizmet işlerine dahil olacağı şeklindeki KİK m. 4' teki talihsiz düzenlemenin de devamı niteliğindedir<sup>72</sup>. Şu halde Kanun Koyucu belirli bir ekonomik değeri aşması durumunda onarım işlerinin istisna sözleşmesine dahil olacağını belirtmiştir. Ancak bu düzenleme aşağıda belirtildiği gibi doğru olmamıştır.

Bakım ve düzeltme işleri eser sözleşmesinin geniş anlamda meydana getirme tanımına dahil iş görme eylemleridir. Bu iş görme eylemleri sonucunda ortaya çıkan sonuç, maddi olsun veya olmasın bütünlük<sup>73</sup> arz eden yeni bir edim sonucu şeklinde ise artık ortadaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğundan şüphe duymamak gerekir.

Kanun Koyucunun ne miktarın üzerindeki bakım ve onarım işlerinin istisna sözleşmesine dahil olacağını da belirtmiş değildir. Bu noktanın uygulanma şeklini gösteren bir tebliğ ve yönetmelik de çıkarılmış değildir. Bu sebeple büyük kelimesinin nasıl anlaşılması gerektiği belli değilken bakım ve onarım işinin hizmet mi yoksa eser sözleşmesi mi olduğunu tayin etmek mümkün değildir.

---

71 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 7-8.

72 Madde 3.-Hizmet: “Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri” ifade eder.

73 Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 4.

Bu durumda da yapılması gereken<sup>74</sup>, yapılacak bir Kanun değişikliği ile büyük-küçük ayrımının ortadan kaldırılması ve onarım ve bakım işlerinin, yapım işlerine dahil edilmesi olmalıdır<sup>75</sup>.

Yine KİK (4.) maddesinde<sup>76</sup> mimarlık ve mühendislik projelerinin hizmet işine dahil edilmesi de doğru değildir. Zira katıldığımız görüşe göre mimarlık ve mühendislik projelerinin, taahhüde uygun olarak çizilip çizilmediği, ayıplı olup olmadığı, teknik ve objektif gerekçelerle, ortaya konulabilir ve doğrulanabilir olduğundan eser sözleşmeleri olarak kabul edilmesi uygun olacaktır<sup>77</sup>. Yargıtay ise mimarlık ve mühendislik projelerinin vekalet akdi çerçevesinde yorumlanması gerektiği görüşündedir. Yine Yargıtay'a göre bir gazinoda ses sanatçısı olan as solist ile gazino sahibi arasındaki ilişkinin de istisna akdi çerçevesinde mütalaası gereklidir<sup>78</sup>.

İnşaat maddi nitelikteki her türlü yapı<sup>79</sup> eserini ifade eder. İnşaatın yapı eseri olarak kabul edilebilmesi için insan eliyle yapılmış olması gerekir. Şu halde inşaat sözleşmesi şu şekilde tanımlanabilir; insan ve hayvan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi cansız şeylerin saklanması veya konulmasına ayrılmış, toprakla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bağlantısı olan

---

74 KİK ve YİĞŞ hükümleriyle ilgili eleştirilerimiz ve çözüm önerilerimiz paralel hükümler içeren DİK ve BİĞŞ hükümleri için de aynen geçerlidir.

75 Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 5 ve özellikle s. 304

76 Taşıma işleri KİK' in 4. maddesinde yapım işlerine dahil edilmişken, 4. maddede hizmet işine dahil edilmiş olması Kanunun kendi içinde göstermiş olduğu bir tutarsızlıktır. Yine aynı maddede danışmanlık işlerinin hizmet işine dahil olacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme aynı Kanunun danışmanlık hizmet alımlarını özel olarak düzenlemiş olması karşısında doğru olmamıştır. Zira Kanun Koyucu danışmanlık hizmet alımları için yapılacak ihalelerde uygulanacak ihale yöntemleri için özel hükümler öngörmüştür. Burada yapılması gereken iş Kanun Koyucuya düşmekte; hizmet işlerini tanımlayan 4. maddeden danışmanlık işlerinin çıkarılması gerekmektedir. Danışmanlık hizmet işi ayrı bir maddede düzenlenmelidir.

77 Mimarlık ve mühendislik projelerinin vekalet mi eser sözleşmesi mi olduğu hakkında ki farklı görüşler ve savunucuların kim olduğunun tespiti için, Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s.5 ve oradaki dn. 22., Yalçın Çakalır, *Mimarlık Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Seminer Yarışması 1973-1974* (Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1974) s. 21-23

78 Ancak as solistin edimini sözleşmeye uygun ifa edip etmediği objektif ve doğrulanabilir gerekçelerle ortaya konamayacaktır. Aslında bu görüşün bir diğer ifadesi de ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin taraflar arasındaki ilişkiye uygulanamayacak olmasından başka bir şey değildir. Bu gerekçelerle Yargıtay'ın görüşüne katılmıyoruz. Y.BAŞ.KUR. 23.12.1968 T., 1968/12 E., 1968/76 K., Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 14

79 İnşaat sözleşmesinin konusu taşınır veya taşınmaz yapı eserleridir. Bu nokta da “yapı eseri”, “inşaat”, “yapı” gibi kavramlar birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

yapı eserlerini konu edinen sözleşmedir<sup>80</sup>.

İnşaat sözleşmelerinin konusunu taşınır veya taşınmaz inşaatlar<sup>81</sup> oluşturur. Bir arsada sürekli kalması amacıyla yapılan ve niteliği de buna uygun olan, arsaya fiziksel olarak bağlı yapılar ve bunların inşası taşınmaz inşaatı sözleşmelerinin konusunu oluşturur. Buna karşın arsaya sürekli değil de geçici olarak bağlı olacak şekilde yapılan gösteri çadırları ve bungalov evleri taşınır inşaatı sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır<sup>82</sup>. İnşaat sözleşmesinin konusunu taşınır yapı inşası mı yoksa taşınmaz yapı inşası mı olduğu tespit edilirken kullanılacak kriter arsada sürekli kalmak amacıyla inşa edilip edilmediği olacaktır.

Bir de yapılan inşaat işi, bağımsız bir yapı eseri olmamakla birlikte mevcut yapıya eklentiler yapılmak suretiyle veya asıl yapıyla bütünleşerek birleşen bütünleyici parçalar inşa etmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu şekildeki mevcut yapıya yapılan ilave ve onarımların ayıplı ifası halinde, (özellikle değerinin yüksek olması durumunda) taşınmaz yapılar için öngörülen zaman aşımı hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>83</sup>.

---

80 Fikret Eren, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, (Ankara, 18-29 Mart 1996), (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996), s. 55 vd., Yapı ve bina kavramına ilişkin daha farklı bilgi ve yorumlar için bkz: Özer Şeliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978) s. 5., Senai Olgaç, *İstisna Akdi* (Ankara: Olgaç Matbaacılık Ciltçilik Yayın Kağıtçılık, 1977) s. 3., Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:24*, Çev. Suat Dura. (Ankara:Yargıtay Birinci Başkanlığı Yayınevi Müdürlüğü, 1993) s. 625

81 Taşınmaz inşaatı hakkında açıklama için bkz: Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 462

82 Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte*, (İstanbul: Yamaner Marka Patent Müşavirlik Yayıncılık ve Turizm San ve Tic. A.Ş. 2006) s. 15

83 Mevcut bir yapı eserine yapılacak ilave ve onarımların hangi hallerde Taşınmaz hükümlerine tabi olması gerektiği ve kriterin ne olacağı hakkında bakınız: Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 280 vd., Zariye Şenocak, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, (Ankara:Turhan Kitapevi Basım Yayın Ltd. Şti., 2002) s. 235 vd., Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 81, dn 49, Kanaatimizce de taşınır yapının taşınmaz yapının bütünleyici parçası olması ve yapı sahibi için önemli bir ekonomik değer ifade etmesi halinde mevcut taşınmaz yapıya ilave edilen taşınır eserler, BK m. 367/f. 2 bakımından ve taşınmazlardaki ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zaman aşımı hükümlerinin uygulanması bakımından taşınmaz yapı gibi işlem görmelidirler.

## 2.2. HUKUKİ NİTELİĞİ

### 2.2.1. OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, özel hükümlerdeki<sup>84</sup> (BİĞŞ m. 47 ve YİĞŞ 48' de benimsenen) tasfiye sisteminden hareket edilebileceğini savunanlar vardır<sup>85</sup>. Hemen belirtilmelidir ki inşaat sözleşmesinin taraflarının özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olması ile kamu hukuku tüzel kişisi olması inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin ortaya konması bakımından bir fark yaratmayacaktır<sup>86</sup>.

Bu konuda kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin<sup>87</sup> tespiti bakımından da BK m. 355 ve 371 arasında düzenlenen eser sözleşmelerinin özellikleri esas alınmalıdır.

Bilindiği üzere inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle eser sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. İnşaat sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında bir yapı eseri meydana getirmeyi borçlanmaktadır. Bu sözleşme rızaidir ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir.

---

84 Özel hükümlerden ne anlaşılması gerektiği hakkında Bkz: yuk. s. 5 vd. civarı

85 Gerek BİĞŞ' m. 47 gerekse YİĞŞ m.48 sözleşmenin sona ermesini ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde kabul etmiş ve tasfiyeyi de bu olgu üzerine bina etmiştir. Doğrusunu söylemek gerekirse ileriye etkili fesih kuralı sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmeler için geçerlidir. Ancak ihale mevzuatında Kanun Koyucunun böyle bir bilinçli tercihi olduğunu düşünmüyoruz. Bu yüzden ihale mevzuatının tasfiye düzeni, inşaat sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesinde değil de sadece tasfiyenin gerçekleştirilmesinde, olan hukuk bakımından, uygulanması gerekli hükümler olarak kabul edilmelidir. Bu konudaki karşı görüş için bkz: İsmet Sungurbey, "Yapı Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK m. 360,II/III' ün Örnekseme Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar," *Yasa Hukuk Dergisi* Ocak 1983 s.13-33, Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 222

86 Yukarıda Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmelerin özel hukuka tabi bir sözleşme olduğu hakkında bkz. s. 14 civarı, "2490 sayılı AEİK' na dayanan sözleşmeler özel hukuka ilişkin olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerden doğan ihtilafın çözümü adliye mahkemelerine aittir." Bkz UYM. 29.04.1961 T, 14/13 sayılı kararı"; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 12, "(...) Devlet ile yapılmış olsa dahi her türlü inşaat özel hukuk alanına girer. (...) Sözleşmenin kurulmasından sonraki işlem ve eylemler idari eylem ve tasarruf niteliğinde değildir." Edip Şimşek, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, (Ankara, 18-29 Mart 1996), (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996), s. 181 vd.

87 Bu konuda farklı görüş ve yorumlar için bkz: Tandoğan, *Özel Borç ilişkileri*, s. 22, Kaplan, *Ortak Seminer İnşaat Sözleşmeleri*, s. 121, 123 ve bilhassa 124, Eren, *Ortak Seminer İnşaat Sözleşmeleri*, s. 51-52, Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: İÜ Basımevi ve Film Merkezi, 1993) s. 7, Hasan Erman, *İstisna Sözleşmesinde Beklenmedik Haller* (BK 365/2) (İstanbul: Fakülteler Matbaası 1979) s. 9 vd.

İnşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde esas alınacak edim, iş sahibinin üstlendiği ücret edimi değildir<sup>88</sup>. Zira burada yapı sahibinin üstlendiği ücret ediminin diğer sözleşmelerde belirlenen ücret ediminden farklılık göstermediği izaha muhtaç değildir. İnşaat sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesinde ücret ediminin bir rolünün olmayacağı kabul gören bir görüştür<sup>89</sup>.

İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde müteahhidin edim borcundan, sonuç taahhüdünden yola çıkılmalıdır.

Sonuç taahhüdünde önemli olan sözleşmenin hangi anda ifa edildiğidir. Ancak ifa anı alacaklının edime olan menfaatinin hangi anda gerçekleştiği esas alınarak belirlenecektir.

Her ne kadar müteahhit edim sonucunu yerine getirmek için bir takım hazırlık faaliyetlerine girişecek hatta taahhüt ettiği yapı edimini yerine getirmesi çoğu kez uzun bir zamana ihtiyaç gösterecekse de iş sahibinin menfaati müteahhit tarafından yapı eserini tamamlayan ve bitiren en son hareketin vuku bulması ile gerçekleşecektir. Müteahhidin edim sonucunu gerçekleştirmek için yaptığı bir dizi icra faaliyetleri, asıl edim yükümlülüğünden ayrı ve ondan bağımsız bir borç ilişkisi kurmayacaktır<sup>90</sup>.

Her ne kadar yapı eserini ortaya çıkaran bu hazırlayıcı faaliyetlerin, iş sahibinin edim sonucuna olan menfaatini, peyderpey, zamana yaygın olarak karşıladığı fikri mantıklı bir düşünce olarak görünüyorsa da böyle bir sonuç, bizleri yanıltacak ve yanlış hukuki kurumları uygulamamıza neden olacaktır<sup>91</sup>.

---

88 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 2

89 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 5

90 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 12 vd., Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 125, Şenocak, s. 5, Fahrettin Aral, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999) s. 326, Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 428, Turgut Uygur, *İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. 1993) s. 35-36, Köksal Kocağa, "Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümlülüğü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağı Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 6 Sayı 1 2004 s. 199

91 Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri, Koll.Şti., 1975) s. 169 özellikle 172, Cem Baygın, *Ücret*, s. 16, Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 2.Cilt* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2002) s. 49-50, Erman, *Beklenilmeyen Haller*, s.140,



Buradaki borç ilişkisi organizma yani geniş anlamda borç ilişkisi olarak kabul edilmelidir. Alacaklının edime olan menfaatinin gerçekleşip gerçekleşmediği bu borç ilişkisi içindeki tüm münferit alacak haklarının bütünü esas alınarak belirlenmelidir.

Buna göre inşaat sözleşmesinin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurup kurmadığı alacaklının (iş sahibinin) edim sonucuna olan menfaatinin zamana yaygın olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılarak tespit edilmelidir.

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin bütün sözleşme ilişkisinden beklediği menfaati ve uğruna ücret ödeme borcu altına girmesinin sebebi yapı eserinin bitirilip gereği gibi kendisine teslim edilmesinden ibarettir<sup>92</sup>. Bu ise zamana yaygın olarak değil, müteahhidin inşaatı tamamlayan son bir hareketiyle bir anda (bir çırpıda) gerçekleşir.

Müteahhidin işe zamanında başlaması, uygun tempoda devam ettirmesi, projeleri zamanında teslim etmesi gibi yükümlülükler geniş anlamda borç ilişkisinde yer alan münferit borçlardan başka bir şey değildir. Pek tabii ki iş sahibinin bu (dar anlamda ki) yükümlülüklerin yerine getirilmesinde menfaati vardır ancak onun asıl menfaati müteahhidin her şeyi bitiren son hareketiyle gerçekleşecektir.

Bu sebeplerle inşaat sözleşmeleri taraflar arasında ani edimli borç ilişkisi kurar. Müteahhidin asıl borcu taahhüt ettiği edim sonucunu ortaya çıkarmaktan ibarettir<sup>93</sup>. Müteahhidin edim sonucunu ortaya çıkarmak için yapmış oldu edim fiilleri sözleşmenin peyderpey ifa edildiği, kısmi ifaların oluşturulduğu anlamına gelmez<sup>94</sup>.

---

92 Dar anlamda ve geniş anlamda borç ilişkisi kavramları hakkında bkz: Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 12, Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1876) s. 3, İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt 4* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980) s. 466 vd., Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2002) s. 10, Serozan, *Dönme*, 169

93 Seliçi, *Sürekli Borç İlişkileri*, s. 26, Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 19 vd. Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 75 dn.147; “Federal mahkemeye göre istisna akdi bir işin değil, iş sonucunun sağlanmasına yöneldiğinden, eserin hazırlanması uzun zaman alsa da, bu akit uzun süreli bir akit sayılmaz ve eser vaktinde bitirilip teslim edilmezse satım da olduğu gibi akdin geriye yürürlü (ex tunc) olarak feshi kabildir.” Federal mahkeme kararının sonunda yazan fesih yerine dönme yazılması doğru olur. Aksi halde Federal mahkeme de kendi içinde çelişkiye düşmüş olur; Fesih sürekli borç ilişkilerinde ileriye etkili sona ermeyi ifade eder., Karahasan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 51

94 Kısmi ifa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *“Kısmi İfa, Fahiman Tekil’e*

Bu yüzden müteahhidin edim sonucunu hazırlama fiilleri, sonuç taahhüdünü gerçekleştirme borcundan ayrı bir borç ilişkisi kurmaz<sup>95</sup>.

Bu sebeplerdir ki inşaat sözleşmesinin tasfiyesinde ani edimli borç ilişkilerinin tasfiyesinde uygulanan BK m. 106 vd. hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak eski hale iadeye yönelik tasfiye ilişkisinin taraflar arasında adaletsiz sonuçlar yaratması durumunda tasfiyenin ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde yapılması MK. 2' deki dürüstlük kuralının zorunlu bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Bu hallerde sona ermenin ileriye etkili sonuçlar doğurması için Borçlar Kanununun istisna akdine ilişkin özel hükümlerinden kıyasen uygulanması yoluna gidilebilecektir. Bu durum dahi sözleşmenin hukuki niteliğinin ani edimli borç ilişkisi olduğu gerçeği unutulmamalıdır<sup>96</sup>.

Belirttiğimiz gibi inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti sözleşmenin sona ermesi halinde özellikle yerine getirmiş edimlerin tasfiyesi (iadesi) bakımından önem taşıyacaktır<sup>97</sup>.

### 2.2.2. OLAN HUKUK BAKIMINDAN

YİĞŞ m. 47 ve KİSK m. 22' de, birbirinin tekrarı niteliğindeki hükümlerle inşaat sözleşmesinin ifa dışı nedenlerle sona ermesi halinde sözleşme ilişkisinin tasfiyesi düzenlenmişlerdir. Bu hükümlere göre, hiçbir ayrıma gidilmeden (sona erme müteahhidin kusurundan kaynaklansın veya kaynaklanmasın) sözleşme ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erecektir<sup>98</sup>.

Bu sebeple müteahhide fesih anına kadar yapmış olduğu ihale konusu işin bedeli ara hak edişlerle ödendiğinden bu kısım kendisinde kalacak, ara hak edişlerle

---

*Armağan*” (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003) s. 603 vd., M. Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların İfası-İfa Edilmemesi-Sona Ermesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979) s. 23

95 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 125, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 15, Hüseyin Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368)* (Ankara: Yetkin Basım ve Yayım Dağıtım A.Ş.,2002) s. 50

96 Bu konuyla ilgili Bkz: aş. S. 137 civarı

97 Aşağıda bu konuyla ilgili olarak sözleşmenin sona ermesi ve tasfiyesi kısmına bkz: aş. (4.) bölüm s. 114 civarı

98 Bu konuda benimsediğimiz yöntemde kusurun oynadığı rol bakımından bkz: aş. s.124 civarı.

ödenmemiş kısım varsa o da yine sözleşmede belirtilen fiyatlara göre kesin hesap hak edişi ile birlikte müteahhide ödenecektir<sup>99</sup>.

İhale mevzuatının, müteahhidin sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olup olmadığına bakmaksızın, inşaat sözleşmesini doğrudan doğruya ileriye etkili sona erdirmesi, olması gereken hukuk bakımından doğru ve adaletli bir yol olmamıştır<sup>100</sup>.

Bu tasfiye biçimi sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerin yapılarına uygundur. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ihale mevzuatının inşaat sözleşmeleri için bu şekilde bir düzenleme öngörmesi Kanun Koyucunun bilinçli bir tercihinden kaynaklanmamaktadır<sup>101</sup>. Kanun Koyucunun inşaat sözleşmelerini sürekli borç ilişkisi doğurduğu fikrinden hareket ettiğini düşünmüyoruz. Zira ihale mevzuatında maksat kamu menfaatlerinin korunması için BK sistemine göre (nispeten) iş sahibi tarafını daha fazla himaye etmek, iş sahibi idarenin çıkarlarını daha ayrıntılı şartlar ve hükümlerle daha fazla güvence altına almak olduğuna göre, BK' nın iş sahibini daha çok himaye eden "geçmişe etkili" (ex tunc) sona erme yerine müteahhit lehine olan "ileriye etkili" (ex nunc) sona ermeyi tercih etmenin<sup>102</sup> mantığı yoktur.

Bu sebeple yapılması gereken kamu ihale mevzuatının tasfiye siteminin değiştirilmesi olacaktır. Aslında bu çözüm ihalenin mevzuatının "tasfiyenin genel hükümlere göre yapılacağını belirten düzenlemeleriyle de" uyumlu olacaktır Bu sebeplerle aşağıda tasfiye bölümünde belirttiğimiz gibi müteahhidin sona ermede kusurlu olup olmamasına göre değişen ikili bir ayırım benimsenmeli ve sözleşmenin ileriye mi yoksa geriye mi etkili sona ereceği buna göre belli edilmelidir<sup>103</sup>. Kusurlu müteahhit için geçmişe etkili, kusursuz müteahhit için ileriye etkili sona erme kabul edilmelidir.

---

99 Bu konuya ilişkin daha geniş açıklama için Bkz: aş. s. 130 civarı

100 Gerekeşi için bkz: aş. (4.) bölüm s. 120 civarı

101 Bkz: yuk. s. 21 dn. 63 civarı

102 Geçmişe etkili sona erme iş sahibi lehinedir. Çünkü bu halde müteahhide yapmış olduğu inşaat kısmının işçilik ve malzeme bedeli sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca ödenecektir. Esasında bu halde müteahhide ödenecek rakam inşaatın maliyetinden başka bir şey olmayacaktır. İleriye etkili sona erme ise müteahhit lehinedir. Zira bu halde müteahhide yapmış olduğu kısma isabet eden ve karını da içeren sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödenir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz: aş. s. 128 civarı

103 Bkz: aş. (4.) bölüm

### 2.3. ŞEKLİ

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin şekle tabi olup olmayacakları ihale konusu işin DİK' e veya KİK' e tabi olması haline göre belirlenecektir.

Şayet ihale konusu işe DİK uygulanacaksa<sup>104</sup> bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin noterlikçe imza tasdiki şeklinde onaylanması yeterli ve gereklidir ayrıca noterlikçe re'sen düzenleme şeklinde bir inşaat sözleşmesinin yapılmış olması şart değildir<sup>105</sup>. DİK' in burada aramış olduğu nitelikli şekil şartı inşaat sözleşmesi için geçerlilik şartıdır.

DİK m. 57' ye göre ihale komisyonunca alınan ihale kararının, alındığı tarihi takip eden 15 gün içinde ita amirince onaylanmasını veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen 15 gün içinde müteahhit veya müşterinin geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil (İmza ve tarih tasdiki) edilmiş sözleşmeyi idareye verme zorunluluğu vardır.

İhale konusu işin gider nitelikli olması durumunda KİK m. 46'ya göre inşaat sözleşmesinin yazılı şekilde<sup>106</sup> yapılması zorunlu olduğu halde, uyulacak şekil şartının nitelikli olup olmadığının tespiti için ihale dokümanına bakmak gerekecektir. İhale dokümanında aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflarca imzalanan sözleşmenin noterlikçe tescili (imza ve tarihin tasdiki) zorunlu olmayacaktır.

Ayrıca KİK müteahhidin ortak girişim olması halinde inşaat sözleşmesinin her bir ortak tarafından ayrı ayrı imzalanması gerekeceğini de açıkça düzenlemiştir. Böylece ortak girişimi oluşturan ortaklar aralarından bir ortağa temsil yetkisi vererek inşaat

---

104 DİK ve KİK' in uygulanma şartları hakkında Bkz: yuk. s. 4 civarı

105 Özü Kamununun taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde, noterde imza ve tarih tasdikinin yeterli olduğu re'sen düzenlenmesinin şart olmadığı hakkında bir Yargıtay kararı için bkz: YHGK., 16.01.1981 T., E. 4-259, K.210; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 93, Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 18, Eren, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 58, Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 123, Şimşek, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 197 Çetin Aşçıoğlu, *İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer (Ankara , 18-29 Mart 1996)* (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996) s. 325, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 24

106 Yavuz/Özen/Acar, s . 498, Aral, s. 334,

sözleşmesine taraf olamayacaklardır. Bunun yerine bizzat kendilerinin inşaat sözleşmesini imzalamaları gerekecektir.

Konumuzu yakından ilgilendirmesi sebebiyle Borçlar Hukuku hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde sıkça karşılaşılan şekle aykırılığın sonuçlarını ve tarafların bu durumda ileri sürebilecekleri talepleri bir de kamunun taraf olduğu inşaat sözleşmeleri açısından değerlendirmek istiyoruz.

Gerçekten de taraflar Kanununda öngörülen şekil şartlarına rağmen (KİK m. 46 uyarınca ihale dokümanı şekil şartı öngörmüşse) inşaat sözleşmesinden doğan borçları için hazırlayıcı faaliyetlere başlamışlar ve taraflar buna bir müddet ses çıkarmamışlarsa artık taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması ve bu haliyle dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilmelidir ve ileri sürülen şekle aykırılık itirazı dinlenmemelidir.

Özellikle sözleşmenin geçersizliğine bizzat şekle aykırılığı ileri süren tarafın davranışları (da) neden olmuşsa artık bu durumda şekle aykırılığı ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeli ve sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmelidir<sup>107</sup>. Böyle bir durumun pratik sonucu tarafların edimlerini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmeleri şartıyla ve bu oranda, (bilhassa müteahhit açısından) sözleşmede kararlaştırılan ücrete hak kazanabilmesidir. Böylece şekle aykırılığı ileri süren bakımından sebepsiz zenginleşmeye dair pek avantajlı hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

---

107 Konumuzu ilgilendirmesi sebebiyle uygulamada sıkça rastlanılan bir durumdan bahsetmek istiyoruz. Kimi zaman belediye veya diğer kamu kuruluşlarınca usulüne uygun çıkarılmayan ihaleyi üstlenen veya aldığı ihalenin usulünce onaylanmasını beklemeden işe başlayan müteahhidin iş sahibi kamu kuruluşu yararına olan yaptığı işin bedeli, yapılan zorunlu ve faydalı masrafları (malzeme ve işçilik) bunların yapıldığı tarihten itibaren işleyen faizi caiz olan vekaletsiz iş görme hükümleri (BK m. 410-413) uyarınca kendisine ödenmektedir. Uygulamada müteahhide ödenecek ücret bilirkişi aracılığıyla hesap edilmekte bilirkişi işin yapıldığı tarih itibarıyla mahalli rayiç fiyatları üzerinden sonuca gitmektedir. Bu hesaplama tarzı hakkında bkz: Yargıtay kararı için: Y.15.HD, 29.04.1984 T., 1984/4667 E., 1985/1431K.; Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Son Değişiklikleri ile İmar Mevzuatı ve En son Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 3. Baskı* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2000), s. 25 vd., Öz, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.17 ve özellikle s. 24-25.

Şayet sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanırsa müteahhit, iş sahibi için yapmış olduğu zenginleştirmeyi nakden<sup>108</sup> talep edebilecektir. Bu nakdi talep de malzeme ve işçilik değeri ile sınırı olacak ve müteahhidin sözleşme ile elde etmeyi umduğu karı hiçbir şekilde içermeyecektir.

## **2.4. TARAFLARI**

### **2.4.1. KAMU İHALE KANUNU ve ALT MEVZUATININ GETİRDİĞİ DÜZEN**

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin taraflarını, Borçlar Hukukuna tabi inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sahibi ile müteahhit oluşturmaktadır.

KİK ve alt mevzuatı öncelikle kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin tarafı olan iş sahibinin kimler olabileceğini özel olarak düzenlemiştir (KİK. m. 2 ve 3).

Yine KİK ve alt mevzuatı yapılacak ihalenin türüne ve ihaleye katılacak olanlara göre sözleşmenin tarafı olacak müteahhit için (konsorsiyumlar için YİİUY<sup>109</sup> de özel düzenlemeler vardır.) ekonomik ve mali yeterliliğe, mesleki ve teknik yeterliliğe sahip olmak (KİK m.10, YİİUY. m. 36-37-38-39-40-41-42), ihaleye katılamayacak olanlardan olmamak (KİK m. 11, YİİUY m. 49) ve KİK m. 17' de tanımlanan yasak fiil ve davranışlarda bulunmamak veya bulunmaya teşebbüs etmemiş ve bu sebeple KİK m. 58 uyarınca Kamu ihalelerinden geçici veya sürekli olarak katılmaktan yasaklanmamış olmak gibi bir çok kriter aramıştır.

Bu şartlar sözleşmenin devrinde (KİK m. 16) sözleşmeyi devralacak müteahhitte veya sözleşmenin icrasında kullanılacak alt müteahhitlerde (KİK m. 15) de

---

108 İhale konusu iş çoğunlukla tünel, köprü, vs yapı işinden ibaret olacaktır. Bu yapılar de genelde devletin hüküm ve tasarrufu altında olan veya devlete ait olan arsa veya arazilerde gerçekleştirildiğinden ve yapılan inşa eserleri doğrudan üzerine veya altına yapıldığı arzın bütünüleyici parçası olacağından müteahhidin yaptığı eseri söküp alması ve aynen tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır.

109 Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği: RGT: 11.09.2003, RGN:25256

aranacaktır.

KİK m. 5' deki düzenlemeye değinmekte yarar görüyoruz. Zira bu maddeye göre eşik değerlerin altında kalmak ve böylece KİK ve alt mevzuatının muafiyet ve istisna hükümlerinden faydalanmak amacıyla ihale konusu yapım işinin kısımlara bölünmesi ve birden fazla müteahhide ihale edilmesi mümkün olmamaktadır.

Tanımlamalar başlıklı KİK' in (4.) maddesinde ihaleyi yapan idare iş sahibi, ihale konusu yapı eserini inşa etmeyi taahhüt eden de, yapım müteahhidi olarak tanımlanmıştır.

Biz terminoloji olarak ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmesinin taraflarını KİK mevzuatının yaptığı gibi değil, doktrinde çoğunluğun BK' ya tabi inşaat sözleşmeleri için kabul ettiği gibi iş sahibi ve müteahhit olarak ifade edeceğiz<sup>110</sup>. Böyle bir tercih yapmamıza, ihale mevzuatının değişik aşamalarda müteahhit için aday, istekli ve yüklenici gibi farklı isimler kullanması neden olmuştur. Kavram karmaşasına engel olmak için gerekli olmadıkça ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri için de müteahhit ve iş sahibi tanımlamalarını kullanmanın daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

#### **2.4.2. KAMU İHALE KANUNU VE YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ DÜZENLEMESİNE GÖRE İŞ SAHİPLERİ**

KİK ve alt mevzuatı kapsamında yapılan inşaat sözleşmelerinin kapsam KİK m. 2' de<sup>111</sup> sayılmıştır. Ayrıca müstesna olan kamu kuruluşları da aynı Kanunun 3.

---

110 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 1 vd. , Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 1 vd., Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 1 vd. Olgaç, s.1-2, Necip *Bilge*, *Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971) s. 245, Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm* (İstanbul: Filizkitapevi, 1992) s. 355, Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1 vd., Yavuz/Özen/Acar, s. 497

111 Kapsam

MADDE 2. - Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) (Değişik: 5680/ 1 md.) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri 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.

b) (Değişik: 15/8/2003 - 4964/ 1 md.) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

maddesinde<sup>112</sup> belirtilmiştir.

c) (Değişik: 15/8/2003 - 4964/ 1 md.) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (Değişik : 12/6/2002 - 4761/ 10 md.) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri.

(Değişik: 15/8/2003 - 4964/ 1 md.) 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.

#### 112 İstisnalar

MADDE 3.- (Değişik: 15/8/2003 - 4964/ 2 md.)

a) Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

b) Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği, her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımları,

c) Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları,

d) İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,

e) Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutuk evleri iş yurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzur evleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köy işleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları ile Başbakanlık Basım evi işletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yemal Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdü alan mal ve malzemeler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir yolları İşletmesi Gerlüğünden yapacakları alımlar,

f) Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

g) 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertipinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üçyüz milyar Türk lirasını (dörtmilyondörtüzyüzmisekizbinbeşyüzotuzyediyenitürklirası) aşmayan mal veya hizmet alımları,

h) Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbi malzemelerin kişilerce alımları,

i) (Ek: 5226/ 21 md.) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki kültür varlıklarının rölove, restorasyon, restitüsyon projeleri, sokak sağlıklaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,

j) (Ek: 5312/ 25 md.) Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri kapsamında, acil



Burada ilk göze çarpan durum KİK' in kapsamına dahil edilen kuruluşların sayısının DİK' in kapsamına dahil olan kuruluşlardan daha fazla olduğudur.

KİK m. 2'de tanımlanan idarelerden genel bütçeye dahil idarelerin neler olduğu 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 28. maddesi 2. bendine göre her yıl Genel Bütçe Kanunda yayınlanacağından buradan tespit edilebilir.

Yine KİK kapsamına dahil olan katma bütçeli<sup>113</sup> idarelerin neler olduğu her bir idarenin kuruluş Kanununda yazacağı gibi Katma Bütçe Kanunlarında da gösterileceğinden buralardan tespit edilebilir.

KİK m. 2 tanımlamasına göre inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin il özel idareleri olması da mümkündür. İl özel idareleri ile ilgili temel bilgiler (ihale mevzuatını ilgilendirdiği kadarıyla) İl Özel idaresi Kanunundan<sup>114</sup> tespit edilebilir.

Yine KİK uyarınca inşaat sözleşmelerinde iş sahibi sıfatıyla taraf olabilecek diğer kurumlar da belediyelerdir. Belediyelerle ilgili ihale hukukunu ilgilendiren temel düzenlemeler Belediyeler Kanunundan tespit edilebilir<sup>115</sup>.

KİK' in kapsamına dahil edilen kamu kurum ve kuruluşları yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Ancak uygulamada iş sahibi olarak karşımıza en fazla bu dört kamu kurum ve kuruluşu çıktığından bunlar hakkında temel bilgiler verilmekle

---

müdahale plânlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plânlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir.

k) (Ek: 5583/ 9 md.) Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.

Yukarıda belirtilen parasal sınırlar, eşik değerleri, Kamu İhale kurumunun her yılbaşında yayınladığı Kamu İhale tebliğleri ile güncellenmektedir. 01.02.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere güncellenen eşik değerler Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan tebliğ ile ilan edilmiştir. RGT: 25.01.2007, RGN:26414, Tebliğ No: 2007/1

113 1050 sayılı MUK m. 115' de katma bütçe tanımı yapılmıştır; “(...) Giderleri özel olarak karşılanan ve genel bütçe dışında yürütülen bütçelere kama bütçe denir.”

114 Kanun No: 5302, RGT: 04.03.2005, RGN:25745

115 Kanun No: 5272, RGT:24.12.2004, RGN:25680

yetinilmiştir.

### **2.4.3. KAMU İHALE KANUNU VE YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ DÜZENLEMESİNE GÖRE MÜTEAHHİTLER**

#### **2.4.3.1. MÜTEAHHİDİN YERİNE GETİRMESİ GEREKLİ KOŞULLAR VE İNŞAAT İŞİNDE TEK MÜTEAHHİT ÇALIŞMASI DURUMU**

İş sahibi, bir inşaat işini bir ihale neticesinde imzalanan bir inşaat sözleşmesi ile tek bir müteahhide yaptırabilir. Bu durumda inşaat sözleşmesinin müteahhit tarafını çoğu kez TTK hükümlerine göre tüzel kişi veya gerçek kişi tacir olan kimseler oluşturacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde müteahhidin gerçek kişi veya tüzel kişi olması, hem sözleşmenin kurulması aşamasında kendisinden istenecek ekonomik ve mesleki yeterliliğinin tespitine yarayan belgelerin değişmesine hem de sözleşmenin sona erme sebeplerinin değişmesine neden olacaktır.

KİK ve alt mevzuatı müteahhidin yapmayı taahhüt ettiği inşaat işi için yeterli ekonomik güce, mesleki bilgiye ve tecrübeye sahip olup olmadığının belirlenmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleştirilmiş olmasını aramıştır;

Müteahhit KİK m. 10' da sayılan<sup>116</sup> belgelerini ihale komisyonunun

---

116 İhaleye Katılımda Yeterlik Kuralları

MADDE 10. - İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

a) Ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin mali durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eş değer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye

değerlendirmesine sunulmak üzere ihale teklif mektubunun içine koyacaktır.

Müteahhidin mesleki ve teknik yeterliliğe sahip olduğuna dair belgeleri hazır etmesinden başka KİK m. 10' da sayılan ihale dışı bırakılma hallerinden birine de<sup>117</sup> düşmemiş olması gereklidir.

---

yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İsteklinin ihale konusu iş veya benzer işlerde; mal ve hizmet alımları için son beş yıl içinde, yapım işleri için ise son on beş yıl içinde kamu veya özel sektörde o işe ait sözleşme bedelinin en az % 70'i oranında gerçekleştirdiği veya % 50'si oranında denetlediği veyahut yönettiği idarece kusursuz kabul edilen benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgeler,

3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler,

4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,

5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,

6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,

7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,

8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslar arası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,

9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları.

İhale konusu işin niteliğine göre yukarıda belirtilen bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterli değerlendirilmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilan veya davet belgelerinde belirtilir.

117 Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilan eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

b) İflası ilan edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.

d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.

e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.

f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.

g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.

h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.

İ) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.

j) 17 inci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen.

(Ek: 5615/ 23 md.) Kurum, dördüncü fıkranın; (c) bendi ile ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının uygun görüşünü alarak sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarını; (d) bendi ile ilgili olarak, Gelir İdaresi Başkanlığının uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamına girecek vergileri; tür ve tutar itibarıyla belirlemeye yetkilidir.

(Ek: 5615/ 23 md.) Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kurum tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir.

Müteahhidin ihalelere katılabilmesi için KİK m. 11'de sayılan ihaleye katılması yasak olan kimselerden<sup>118</sup> olmaması gerekir. Müteahhit ihaleye katılmayacak olan kimselerden olmasına rağmen ihaleye katılırsa bu durum ihale sonuçlanmadan tespit edilirse kendisi ihale dışı bırakılır ve geçici teminatı gelir kaydedilir.

Şayet bu durum ihale sonuçlandıktan sonra ancak sözleşmenin imzalanmasından önce ortaya çıkarılırsa, ihalenin müteahhide yapılması kararı geri alınır<sup>119</sup> ve geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda ihale en iyi ikinci teklifi vermiş olan müteahhide yapılmalıdır.

Müteahhidin bu durumunun sözleşmenin imzalanmasından sonra tespit edilmesi halinde sözleşmenin sona erdirilip erdirilmeyeceğine müteahhidin yasak fiil ve davranışlarda bulunması halinde sözleşmenin sona erip ermeyeceği hakkında kurallar öngören KİK m. 17, KİSK m. 17 ve YİĞŞ m. 48'in kıyasen uygulanması suretiyle

---

#### 118 İhaleye Katılmayacak Olanlar

MADDE 11. - 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 edinilenleri.
- 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.

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.

- 119 İdari işlemin geri alınmasının anlamı ve hukuki sonuçları hakkında bkz: İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der yayınevi, 2001) s. 826. İdarenin yapmış olduğu idari işlemi geri alması demek, o işlemin hukuk aleminde hiçbir hukuki sonuç doğurmayacak şekilde yapıldığı andan itibaren geri alınması demektir. Bu anlamda idari işlemin hem geçmiş hem de gelecek için hüküm ve sonuçları ortadan kaldırılır. Bu noktada idari işlemin kaldırılmasından ayrılır. Kaldırmada, geri almadan farklı olarak, idari işlemin ileriye dönük hükümlerinin son verilmesi amaçlanmaktadır. Bu konu hakkında bkz: Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 825 vd.

karar verilmelidir. Aşağıda bu konuda ayrıntılı olarak bilgi verildiğinden burada tekrardan kaçınmak adına ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>120</sup>.

Müteahhidin inşaat sözleşmesinin tarafı olabilmesi ve mevcut sözleşmenin ayakta kalabilmesi için hem ihale sürecinde hem de sözleşmenin imzalanmasından sonra KİK m. 17'de ve KİSK m. 25'te sayılan<sup>121</sup> yasak fiil ve davranışlarda bulunmaması gereklidir. Bu halde müteahhidin yasak fiil ve davranışlarda bulunması sözleşmenin imzalanmasına engel veya sözleşmenin sona ermesine neden olacaktır. (KİSK m. 20/ b. bendi ve m. 21, YİĞŞ m. 48/ b. bendi ve f.3).

Müteahhidin yasak fiil ve davranışlarda bulunması KİSK m. 26 ve KİK m. 58 uyarınca kamu ihalelerinden sürekli veya geçici yasaklanma nedenidir. Bu şekilde kamu ihalelerinden sürekli veya geçici yasaklanan müteahhitler ihalelere katılamazlar. Bu halde olanlar taşeron veya ortak girişimi oluşturan ortaklardan biri sıfatıyla da ihale konusu inşaat işini katılamaması gerekir<sup>122</sup>.

KİSK m. 16 ve YİĞŞ m. 47 uyarınca bir sözleşmeyi devralan ve artık sözleşmenin tarafı haline gelen müteahhit(ler) de yukarıda saydığımız şartları yerine getiriyor olması gerekir aksi halde devir geçersiz olduğundan sözleşmenin taraflarında bir değişiklik olmaz.

---

120 Müteahhidin sözleşmenin imzalanmasından önceki ve sonraki yasak fiil ve davranışlarının sözleşmenin devamına olan etkisi hakkında Bkz. Aş. s. 100 civarı

121 Yasak Fiil ve Davranışlar

MADDE 25. - Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

122 Yukarıda sayılan mesleki ve teknik bilgilere yeterince sahip olmak, yeterli ekonomik ve mali güce erişmiş olmak, ihale dışı kalmayı gerektirecek bir hal içinde bulunmamak, ihaleye katılamayacak kimselerden olmamak, yasak fiil ve davranışlarda bulunmamak gibi sayılan bu olumlu ve olumsuz şartlar; hem inşaat işini tek başına yapmayı üstlenen müteahhit hem yapı işini ortak girişim olarak yapmayı taahhüt eden müteahhit ortakların her biri hem de alt müteahhitler bakımından aranacaktır.

Burada KİK m.5' te düzenlenen hükme ayrıca dikkat çekmek istiyoruz. Bu hükme göre aralarında doğal bir bağlantı olmadığı sürece idare birden çok yapının inşası için ayrı ayrı ihaleler yapmak zorundadır. İş sahibi inşaat işi sanki bir bütünlük arz ediyormuş, tek bir işmiş gibi ihaleye çıkamaz. Yapım işleri arasında doğal bir bağlantının olduğu şu hal için söylenebilir; örneğin ihale konusu iş, uydu kent özelliğindeki mülteciler için inşa edilen bir yaşam sitesinden ibaret ise tüm malzemesi idare tarafından temin edilen taşınmaz yapıların inşası işlerinde, sadece işçilik işi için (sağlık ocağı, okul, sosyal ve dinlenme binası vs.) tek bir ihaleye çıkılması ve işçilik işlerinin bu şekilde gördürülmesi mümkün kabul edilmelidir.

İş sahibi ihale konusu yapım işinde birden çok müteahhitte gördürebilir. Örneğin böyle bir durum iş sahibinin aslında bir bütün olan inşaat işini<sup>123</sup> kısımlara ayırarak birden fazla müteahhide, bir birinden bağımsız ve ayrı olarak imzalanan inşaat sözleşmeleri ile yaptırmış olması halinde söz konusu olur<sup>124</sup>.

Bir diğer olasılık iş sahibi idare ihale konusu yapım işini imzalanan tek bir inşaat sözleşmesiyle, adi ortaklık hükümlerine göre birlikte sorumluluk altına giren müteahhitlere yaptırabilir<sup>125</sup>. İhale sisteminde böyle bir durum işin ortak girişim tarafından yerine getirilecek olması halinde söz konusu olabilir (KİK m.14).

Bir diğer durum ise üzerine ihale yapılan müteahhidin bu iş için alt müteahhit(ler) kullanması halinde ortaya çıkar<sup>126</sup> (KİK m.15).

Yukarıda belirtilen üç halin hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Konunun öneminden dolayı daha iyi anlaşılabilmesi ve aralarındaki farkların ortaya daha iyi konabilmesi bakımından aşağıda her birini ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun gördük.

---

123 Yeter ki ayrı ayrı inşaat sözleşmeleri imzalanmasının nedeni eşik değerlerin altında kalmak olmasın. Böyle bir amacın var olduğu tespit edilirse imzalanan sözleşmeler Kanunun emredici hükümlerine aykırı olması sebebiyle batıl olacaktır. (BK m. 19/f.2)

124 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 46

125 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47, Baygın, Ücret, 6-8

126 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 48, Yavuz/Özen/Acar, s. 514

## **2.4.3.2. İNŞAAT İŞİNDE BİR DEN ÇOK MÜTEAHHİDİN ÇALIŞMASI DURUMU**

### **2.4.3.2.1. İhalesi Ayrı Ayrı Yapılmış Yapı İşlerinde Birden Fazla Müteahhidin Çalışması Durumu**

İş sahibi idare ihale konusu yapım işini bir bütün teşkil ediyor gibi görünmesine rağmen farklı nedenler ile birden çok müteahhide ayrı ayrı ihale etmiş olabilir. İdarenin böyle bir yol tutması ihale konusunu oluşturan işin birden çok yapım işinden meydana gelmesi ve münferit yapım işleri arasında organik bir bağ bulunmamasından kaynaklanabilir. Örneğin bir hava limanı inşaatının apron işi bir müteahhide, depo binası başka müteahhide ve kontrol kulesi binası işi başka bir müteahhide ihale edilebilir.

Bu gibi durumlarda idare eşik değerlerin altında kalmak amacı gütmendiğinden (KİK m. 5) inşaat işini farklı işlere ve bölümlere ayırarak örneğimizde olduğu gibi depo binası işi için başka, kontrol kulesi binasının yapımı için başka, apron inşası için başka müteahhitle sözleşme imzalayabilecektir.

Bu gibi sözleşmeler yan yana yapılmış inşaat sözleşmeleri şeklindedir. İdarenin depo binası için imzaladığı inşaat sözleşmesi ile kontrol kulesi binası yapımı için imzaladığı inşaat sözleşmesi bir birinden bağımsız sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde ortak olan tek yan iş sahibinin aynı olmasıdır.

Bu sözleşmelerin tarafını oluşturan müteahhitler diğer müteahhitlerin sözleşmelerine dayanarak, ne iş sahibine ne de başka bir müteahhide karşı hak iddia edemezler, aynı sonuç iş sahibi için de geçerlidir<sup>127</sup>.

Örneğin İş sahibi, müteahhitlerden birinin iş programını aksatması nedeniyle diğer bir müteahhitten iş programını değiştirmesini talep edemez. İş programı değişikliği işe geç başlama, işleri yavaşlatma veya erteleme şeklinde olabilir.

---

127 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47

Bu durumda iş sahibinin, müteahhidin talebini kabul etmemesi halinde, alacaklı temerrüdüne düşmüş olduğundan şüphe etmemek gerekir. Şayet iş sahibi (idare) iş programının hiçbir surette aksamayacağını da taahhüt etmişse bu durumda iş sahibi idare için BK m.101 vd.'daki borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir<sup>128</sup>.

Burada ayrıca bahsedilmesi gereken bir şey de iş sahibinin ayrıca aksamayacağını taahhüt ettiği iş programını aksatan müteahhidin iş sahibinin ifa yardımcısı olması sebebiyle, iş sahibini diğer müteahhide karşı kusursuz sorumlu kılacağıdır<sup>129</sup>.

#### **2.4.3.2.2. İş Sahibine Karşı Adi Ortaklık Hükümlerine Göre Birlikte Sorumlu Olan Müteahhitler Bulunması**

Kimi zaman iş sahibi bir ihale konusu inşaat işini adi ortaklık hükümlerine tabi ortak girişimlere yaptırmaktadır. Özellikle bazı büyük inşaatların meydana getirilmesi için bir tek gerçek veya tüzel kişinin mali gücü, teknik bilgisi ve makine parkı yeterli olmamaktadır. Bu yüzden iki veya daha fazla şirket, belli bir işin ifası için, adi ortaklık temeline dayalı bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde müteahhitlik grubu (joint-venture ya da konsorsiyum) kurarak ihale konusu yapım işini bitirme yükümlülüğü altına girmektedir<sup>130</sup>.

Grubun aslında tek bir iş için böyle bir ortaklık kurduğu, işin sonunda da kâr ve zararı paylaşarak şirketi tasfiye ettiği çoğunlukla rastlanılan bir durumdur<sup>131</sup>.

Ortaklar kendi aralarındaki iç ilişkiyi ve dışa karşı yetki ve sorumluluğu yapmış oldukları adi ortaklık sözleşmesiyle belirlemektedirler. Bu adi ortaklığa hem iç ilişkide hem de üçüncü kişilerle olan ilişkilerde geçerli olmak üzere ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde BK' nın 521 ve 540. maddelerindeki

---

128 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 48

129 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49, Yavuz/Özen/Acar, s. 512

130 Baygın, Ücret, s. 7

131 Öz, İnşaat Sözleşmeleri s. 48, Uygur, İnşaat Hukuku, s. 123, Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Güncellenmiş Sekizinci Baskı* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2000) s. 16



hükümler de uygulanacaktır<sup>132</sup>.

Bu tür adi ortaklık temeline dayalı sözleşmeler uygulamada joint venture veya konsorsiyum şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Buna göre ortaklar (tek bir inşaat sözleşmeyle) birlikte aldıkları yapım işinde kendileri için ayrı ayrı iş bölümü ve görev tanımı yapmışlar ise ortada bir konsorsiyum şeklinde kurulmuş bir adi ortaklığın bulunduğu kabul edilir. Buna göre her bir ortağın sorumlu olduğu yapı işi ayrı ayrı tanımlanmış ve ortaya konmuştur<sup>133</sup>.

Şayet müteahhit ortaklar yapı işini bir bütün olarak elbirliği şeklinde meydana getirmeyi taahhüt etmişse ortada bir joint venture şeklinde kurulmuş bir adi ortaklığın bulunduğu kabul edilmektedir<sup>134</sup>.

Her iki tip adi ortaklıkta da aksi kararlaştırılmadığı müddetçe her bir ortak iş sahibine karşı müteselsilen sorumludur. Buna göre iş sahibi ifa veya tazminat talebini dilediği ortakdan dilediği kadarıyla talep edebilecektir.

KİK m. 14 adi ortaklık temeline dayalı bu müteahhit şirketler topluluğunu genel bir tabirle ortak girişim olarak tanımlamış yukarıdaki paragrafta yapmış olduğumuz açıklamalarla uyumlu olarak joint venture ortaklık iş ortaklığı olarak ifade edilmiş, konsorsiyum da Kanunda aynı terim kullanılarak ifade edilmiştir.

KİK' in 14. maddesine göre üzerine ihale yapılan ortak girişim, ihale konusu yapım işini birlikte taahhüt ettiklerine dair ortak girişim anlaşmasını ihaleyi yapan idareye sunmak zorundadır.

Müteahhit ortaklar şayet iş ortaklığı oluşturmuşlarsa ortaklık sözleşmelerinde pilot ortağın kim olacağı belirtilmeli, yapım işinin ortaya çıkarılmasında tüm ortakların müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları da yazılı olmalıdır.

---

132 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49, Baygın, Ücret, s.7

133 Şenocak, s. 5-7, Ahmet Kılıçoğlu, "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", *AÜHFD*, Ocak-Nisan, 1975, s.185 vd.

134 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 48

Eğer ortak girişim ihale konusu yapım işini konsorsiyum olarak yerine getirecekse, adi ortaklık ilişkisi kuran anlaşmada koordinatör ortağın ismi, her birinin sorumlu olacağı inşaat işinin tanımı ve ortakların ihale konusu inşaat işini bir koordinasyon sağlayarak meydana getirecekleri belirtilecektir. Bu sözleşmede de koordinatör ortağın kim olacağı yazılmış olmalıdır.

Bu anlaşmaların her bir ortak tarafından imzalanmış olması gerekir. İmzaların ve tarihin noterden tasdik edilmiş olması yeterli ve gereklidir ayrıca noterden re'sen düzenleme şeklinde bir anlaşmanın yapılmış olması zorunlu değildir.

Yeri gelmişken KİK m.46 düzenlemesinden de bahsedelim. Bu düzenleme ile ortak girişimi (iş ortaklığı-konsorsiyum) oluşturan her bir müteahhit ortak inşaat sözleşmesini ayrı ayrı imzalamak zorundadır. Yoksa ortaklardan birine diğer ortakları temsil yetkisi verilerek inşaat sözleşmesini hem kendi yerine hem de onların yerlerine imzalaması mümkün değildir. İhale dokümanında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe idare ile imzalanacak inşaat sözleşmesinin noterden tasdiki zorunlu değildir.

Ortak girişimlerin (konsorsiyum veya iş ortaklığı), adi ortaklık ilişkisi temeline dayalı<sup>135</sup> olması sebebiyle ortak girişime ait ayni ve şahsi hakların elbirliği mülkiyeti kurallarınca kullanılması gerekmektedir (BK m. 534). Elbirliği mülkiyeti kuralları uyarınca malikler (ortaklar) tüm haklarını oy birliğiyle kullanabilirler (MK m.702/ f. 2)<sup>136</sup>.

Buna göre ortak olarak inşaat sözleşmesi yapmış olan müteahhitlerin sözleşmeden doğan tüm haklarını birlikte anlaşarak kullanmaları gerekmektedir. Buna göre temerrüte düşen iş sahibine karşı tazminat istemek veya aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı istemek ancak tüm ortaklarca talep edilmesi halinde mümkün

---

135 Nami Barlas, *Adi Ortaklı Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 1998) s. 5.vd., İbrahim Kaplan, *İnşaat Sektöründe Müsterek İş Ortaklığı Joint Venture* (Ankara: Dayımlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti. 1994) s. 2 vd.

136 Öz, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 48-49, Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 51 vd.

olabilecektir<sup>137</sup>.

Şayet temerrüde düşen iş sahibine karşı haklarını kullanmak isteyen bir kısım ortaklara rağmen diğer kalan ortaklar, haklı bir sebepleri olmamasına rağmen birlikte hareket etmekten kaçınırlar ise diğer ortakların iş sahibine karşı kullanmak istedikleri hakları sonuç doğurmayacaktır. Ancak bu halde diğer ortaklar bu durumu haklı sebep olarak göstererek BK m. 535 uyarınca hakimden ortaklığın feshini isteyebilecektir. Bu halde tasfiye sürecinde tasfiye memuru adi ortaklığa ait hakları kullanabilecektir<sup>138</sup>.

#### **2.4.3.2.3 Asıl Müteahhidin ve Alt Müteahhidin Bulunduğu Durumlar**

Hemen ifade edelim ki bu durumda da iş sahibi idare inşaat sözleşmesini tek bir müteahhitte imzalamaktadır. Tarafların ileri sürebilecekleri hak ve borçlar sadece bu hukuki ilişkiden kaynaklanmaktadır<sup>139</sup>.

Ancak (ihale üzerine yapılan) müteahhit bazı durumlarda işin bir kısmını yaptırmak üzere başka müteahhitlerle de sözleşme imzalamaktadır. Bu durumda ortaya çıkan sözleşmenin de hukuki niteliği inşaat sözleşmesinden başka bir şey değildir. İkinci inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafını birinci inşaat sözleşmesinin müteahhidi, ikinci inşaat sözleşmesinin müteahhit tarafını da birinci inşaat sözleşmesine nazaran alt müteahhit konumunda olan kimse oluşturacaktır.

KİK m. 15 uyarınca ihale konusu işin özelliği dolayısıyla inşaat işinin alt yüklenici kullanılmasını gerektirmesi durumunda bu isteğin daha ihale sürecinde idareye yazılı olarak bildirilmesi gereklidir.

Gerçekten de KİK m. 15 düzenlemesi dikkate alındığında, KİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde her durumda değil ancak inşaat işinin bazı bölümlerinin farklı bir

---

137 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 48

138 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 45 vd., Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 8-9

139 Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 16-18, Eren, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 50 vd., Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 123

uzmanlık ve teknoloji göstermesi durumunda alt müteahhitlere yaptırılacağı esasının benimsendiği sonucuna ulaşılmalıdır<sup>140</sup>.

Bu halde müteahhit (istekli) inşaatın hangi bölümünde hangi alt müteahhidi kullanacağını yazılı olarak iş sahibine (idareye) bildirir. İhale konusu inşaat işinde taşeron kullanılması iş sahibinin bu işte taşeron kullanılabileceğini kabul etmesi ve yine iş sahibinin müteahhidin verdiği taşeron listesini kabul etmesi halinde mümkün değildir.

Taşeron kullanılabileceği açıkça iş sahibi tarafından kabul edilmediği müddetçe ihale konusu yapım işinde taşeron kullanılamaz.

Kullanılacak taşeronun da asıl müteahhit için aranılan KİK m. 11'de sayılanlardan olmaması, İhalelerden sürekli veya geçici olarak yasaklanmış olmaması, KİK 'in 53. maddesinin (b) bendi uyarınca BKK' da belirtilen yabancı isteklilerden olmaması gereklidir.

Taşeron kullanılmasının mümkün olduğu hallerde asıl müteahhit taşeronla yapmış olduğu yazılı sözleşmeyi iş sahibine sunmak zorundadır. İş sahibinden izin alınarak kullanılan taşeronların veya taşeron kullanılan iş kısımlarının değiştirilmesi de yine iş sahibinin yazılı iznine tabi olacaktır. Müteahhidin işi taşeronlara devretmiş olması yapılan işin ihale dokümanında belirtilen sözleşme hükümlerine uymaması halinde asıl müteahhidin sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır (YİĞŞ m.21).

Kanaatimizce YİĞŞ m. 21 son fıkrası şu şekilde anlaşılmalıdır<sup>141</sup>;Müteahhit taşeronu yaptırdığı iş kısımlarının ayıplı ifasından dolayı sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk hem işe başlama tarihinden kesin kabul tarihinde kadar hem de kesin kabul onay

---

140 KİK m. 15' te bu husus şu şekilde düzenlenmiştir. “(...) ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde (...)”

141 YİĞŞ m. 21 f.son “ (...)Yüklenici ve alt yükleniciler, işin 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 on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve zıyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 27 inci maddesi hükümleri uygulanır.”

tarihinden itibaren 15 yıl süreyle devam edecektir.

Yoksa müteahhidin yapmış olduğu ayıplı işlerden dolayı iş sahibinin ayıplı ifa dolayısıyla sahip olduğu haklarını kesin kabulün onaylanmasından itibaren 15 yıl müddetle alt taşeronu da yöneltebileceği sonucuna ulaşamaz<sup>142</sup>.

Zira iş sahibi idare ile taşeron arasında bir hukuki ilişki mevcut değildir. Bu halde iş sahibinin, müteahhidin taşeronla arasındaki sözleşmeye dayanamayacağı da izaha muhtaç değildir<sup>143</sup>.

Bu konuda son olarak şunu da belirtelim ki asıl müteahhidin hizmet akdiyle kendisine bağlı olan çalışanları ile taşeronu daima ifa yardımcısı sayılacaktır. Böylece hemen daima bizzat müteahhit tarafından inşa edilen bir yapı eseri olmayacak, borca aykırılık daima müstahdem veya taşeronların<sup>144</sup> fiilinden kaynaklanacaktır. Bu hallere müteahhidin borca aykırılıktan dolayı sorumluluğu daima BK m. 100 uyarınca kusursuz sorumluluğa dayanacaktır.

Müteahhidin böyle bir durumda yapacağı şey kusursuzluğunu ispat etmek olmayacaktır. Her şeyden önce onun nedensellik bağının kesildiğini ispat etmesi gerecektir. Buna göre borca aykırı davranış ifa yardımcısı tarafından değil de bizzat kendisi tarafından yerine getirilmiş olsaydı aynı zarar yine doğacaktı ve o sorumlu tutulamayacaktı deniyorsa artık müteahhidin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Müteahhidin bu durumlarda yapabileceği şey sözleşmeye sorumsuzluk anlaşmaları koyarak, ifa yardımcılarının neden olduğu zararlardan ötürü sorumluluğunu ortadan kaldırmak olacaktır<sup>145</sup>.

---

142 Zira böyle olsaydı, idare kesin kabulden önce ortaya çıkan ve alt müteahhit tarafından inşa edilen ayıplı işlerin düzeltilmesini asıl müteahhitten istemez doğrudan taşerondan isterdi. Yine böyle durumda idare taşeronun değiştirilmesi için müteahhite talepte bulunmaz bunun yerine taşeronun sözleşmesini bizzat kendisi sona erdirirdi.

143 Bu konuda aşağıda s. 66 ve civarında ayrıntılı açıklamalar yapıldığından tekrardan kaçınmak için ilgili kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz.

144 İstihdam edilenin (BK m. 55) ile ifa yardımcısının (BK m. 100) vermiş olduğu zarardan dolayı sorumluluk ve her ikisi arasındaki farklar hakkında ve Türk hukukunda kusursuz sorumluluk hakkında bkz: Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 1981) s. 79

145 Sorumsuzluk anlaşması ile ilgili geniş bilgi için bkz: Sermet Akman, *Sorumluluk Anlaşması*

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinin ihale dokümanında belirtilen şartlara aykırı hükümler içermeyeceği KİK m. 46'da açıkça düzenlenmiştir. Bu sebeple şartname hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde BK m. 99 hükmüne göre ifa yardımcılarının her türlü kusurundan dolayı müteahhidin sorumlu olmayacağını düzenleyen sorumsuzluk anlaşmalarının- ihale mevzuatının daima müteahhidin sorumluluğuna işaret eden genel duruşu karşısında- geçerliliği tartışmalı olacaktır.

Son olarak burada müteahhit (asıl işveren) ve alt müteahhit (alt işveren) kavramlarının 4857 sayılı İş Kanunu bakımından gösterdiği özellikler üzerinde durmak istiyoruz. İK.m.2./f. 6' ya göre: “(...) Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl-ışveren alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”

Yukarıdaki maddede alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması için gerekli koşulların neler olduğu belirtilmiştir. Burada şu kadarını belirtelim ki alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması için: asıl işverenin o iş yerinde işçi çalıştırarak işveren sıfatını koruması, işin bütününün yapılmasını başka bir işverene devretmemiş bulunması gerekir. Buna göre anahtar teslimi bir binanın yapımını üstlenen kişi alt işveren değil işveren niteliğini taşır<sup>146</sup>. İK' nın bu hükmü esasında işin tamamının hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılmayacağını düzenleyen YİĞŞ m. 21/f. 3 ile de uyumludur.

---

(İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976) s. 5 vd.  
146 Sarper Süzek, *İş Hukuku-3.Bası-Tıpkı Basım* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 2006) s. 137 vd.

## **2.5. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

### **2.5.1. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ TESPİT EDİLİRKEN BENİMSENEN METOD**

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi ile müteahhidin sorumlulukları tayin edilirken KİK' e tabi inşaat sözleşmelerinin zorunlu eki olan YİĞŞ' de ki hükümler esas alınmıştır. Önceden DİK' e tabi yapım işlerinin büyük bir çoğunluğun artık KİK ve alt mevzuatına tabi olacağını yukarıda belirttiğimizden ilgili yerlere gönderme yapmakla yetiniyoruz<sup>147</sup>.

Bu sebeple tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlerken YİĞŞ hükümlerini esas alacağız. BİĞŞ' hükümlerine ise YİĞŞ hükümlerinden farklı düzenlemeler ön görmesi halinde değinilecektir.

YİĞŞ' de ki iş sahibi ve müteahhit için öngörülen yükümlülükleri, iş sahibinin ücret ödeme borcu ve diğer yükümlülükleri, müteahhidin özen yükümlülüğü ve derecesi, müteahhidin sadakat borcu, işi kendi sağlayacağı araçlarla yapma borcu ve malzemeleri sağlama borcu, işi zamanında teslim borcu, işe zamanında başlamak ve gerekli tempoda sürdürmek borcu, işi bizzat yapmak ve kendi yönetimi altında yaptırmak borcu, ayıba karşı tekeffül borcu başlıkları altında incelenmiştir.

YİĞŞ' de ki yükümlülükler BK' da ki eser sözleşmesine ilişkin hükümler (BK m.355-371) ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu yapılırken YİĞŞ düzenlemelerinin bu hükümlere nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu da unutulmamıştır.

## **2.5.2. MÜTEAHHİTİN BORÇLARI**

### **2.5.2.1. MÜTEAHHİTİN İNŞAATI YAPMA BORCU**

Müteahhidin inşaat sözleşmesindeki asli edim borcu, ihale konusu yapıyı yapma ve tamamlamadan ibarettir. KİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin yapma

---

147 Bkz: yuk. Birinci bölüm s.4-11-13 civarı

edimine yapısına uygun düştüğü ölçüde BK' nın ilgili hükümleri uygulanabilecektir. Bu gibi durumlarda iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle inşaat yapılamaz ise<sup>148</sup> alacaklı temerrüdüne ilişkin BK m. 94; müteahhit bakımından ise BK m 97 uygulama alanı bulabilecektir<sup>149</sup>.

### **2.5.2.1.1. Özenle Yapma Yükümlülüğü- Görünüş Şekilleri ve Ölçüsü-İhlali halinde Müeyyideleri**

Müteahhidin özen yükümlülüğüne uyup uymadığı tespit edilirken YİĞŞ m. 15/f. 3' te ki düzenleme esas alınmalıdır: “ (...) Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır”.

Buna göre Şartnamenin uygulandığı işlerde müteahhidin 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.

Bu ölçüt müteahhidin; özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinden, ifa imkansızlığından sorumlu olup olmayacağına, temerrütten, ayıba karşı tekeffül borcunda sorumluluğunun tespit edilmesine kadar rol oynayacaktır<sup>150</sup>.

Müteahhidin özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan ve temerrütten ayrı bir sorumluluktur. Çünkü müteahhit yapı

---

148 “Yer tesliminden kaçınan idare alacaklı temerrüdüne düşer. Bu durumda yüklenici, BK m. 94 uyarınca sözleşmeden dönebilir.” (Y.15.HD. 17.10.1978 T., 1225 E., 1962 K.): Karahasan, İhale, s. 753., “ (...) Yüklenici, idarenin yer teslimi ve proje verilmesinde mutad dışı gecikme halinde, sözleşme ve şartname ile kendisine düşen borçları yerine getirmemesi nedeniyle BK m. 106 ve sonraki maddeler hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. (Y.15.HD. 21.06.1977 T., 151 E., 1399 K.): Karahasan, İhale, s. 755

149 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s 105, BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhit özen yükümlülüğü hakkında bkz: Eren, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 73, Baygın, Ücret, s. 25, Şenocak, s. 27

150 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 107



eserini zamanın ve ayıpsız teslim etse dahi, iş sahibinin işi yaparken başka bir menfaatine zarar vermiş olabilir<sup>151</sup>. Örneğin müteahhit hafriyattan çıkan kum ve molozları iş sahibinin komşusunun arsasına izinsiz olarak dökmüşse ona zarar vermiş olur. Bu durumda müteahhidin buradaki sorumluluğu ne sonuç sorumluluğu içinde ne de ayıba karşı tekeffül sorumluluğu içinde izah edilebilir. Burada ki müteahhidin sorumluluğu özen borcundan kaynaklanmaktadır.

Müteahhidin işi yaparken göstermek zorunda olduğu özen, kimi durumlar için açıkça belirtilmiş olabileceği, yukarıda belirttiğimiz gibi genel bir düzenlemeden de kaynaklanabilir.

Müteahhidin şartname uyarınca münferit borçlarını (dar anlamda borç ilişkisi) yerine getirirken uymak zorunda olduğu somut özen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, kimi zaman BK m. 96 uyarınca tazminat ödenmesi, kimi zaman işin başkasına yaptırılması sebebiyle tazminat ödenmesi (BK m.97) kimi zaman da BK. 106-108 maddelerindeki müeyyideleri ile karşılaşacaktır<sup>152</sup>.

Örneğin YİĞŞ m.31' e göre müteahhit, inşaatta kullanacağı malzemeleri, idarenin ücretsiz olarak kendisine tahsis ettiği maden ocaklarından temin ettiği durumlarda, ocakları körleştirecek ve işletilmesini zorlaştıracak her türlü zarar verici eylemden uzak durmak zorundadır. Aksine davranış müteahhidin tazminat sorumluluğunu doğuracaktır.

Yine şartnamenin 31. maddesine göre müteahhit malzeme ocaklarından temin edilen malzemeyi sözleşme konusu olmayan başka hiçbir işte kullanamayacaktır.

YİĞŞ' nin 31. maddesinde sözleşme ve şartnamede taş, kum, çakıl, graviye vb. yapı malzemelerinin kamuya ait ocaklardan temini öngörüldüğü takdirde müteahhit sayılan bu yapı malzemelerini gösterilen ocaklardan temin etmek zorundadır.

---

151 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 106

152 Özen yükümlülüğünün ihlali hakkında bkz: Yavuz/Özen/Acar, s. 508 vd., Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 357, Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, s. 440, Aral, s. 350, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 45, Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 110

YİGŞ. m. 19'a göre müteahhit veya noterden verdiği yetki ile yetkili kıldığı temsilcisinin iş yerinden ayrılması yasaktır. Müteahhit veya temsilcisi iş yerinden yapı denetim görevlisinden izin almak suretiyle ayrılabilir.

YİGŞ m. 39' a göre müteahhit yapım işinin ilerleyişini ve tamamlanmasını tehlikeye düşüren veya düşürebilecek, işçilerini ve taşeronlarını yapı denetim görevlisinin yapacağı yazılı bildirim üzerine derhal iş yerinden uzaklaştırmak zorundadır

YİGŞ m. 18'e göre müteahhit iş programı hazırlamak ve bu iş programına göre işi yürütmek zorundadır. Müteahhit yapacağı bu iş programında sözleşmede belirtilen iş kısımları ve bitirme tarihleri ile yıllık ödeme miktarlarını da dikkate alarak hazırlayacağı, iş kalemlerini, iş gruplarını aylık imalatı ve iş miktarlarını, yıllık ödenek dilimlerini ve bunların aylara dağılımını gösterir ayrıntılı iş programlarını hazırlayarak onaylanmak üzere idareye teslim etmek zorundadır.

Buna benzer somut özen yükümlülüklerinden biri de diğer kazı ve yıkmalarda bulunan değerli eşyanın akıbetinin düzenlendiği YİGŞ m. 33' te belirtilmiştir. Buna göre bulunan değerli eşya devlete aittir. Bulunan değerli eşya derhal yapı denetim görevlisine bildirilir. Devlet tarafından koruma altına alınana kadar bunun saklanması ve korunması yükümlülüğü müteahhide aittir. Müteahhit bulunduğu değerli eşyanın muhafazası için yaptığı masraflarını iş sahibinden talep edebilecektir.

YİGŞ m. 29'da iş yerlerinde yapılan tüm işlerin miktarının ve niteliğinin günü gününe takip edilmesini mümkün kılmak için şantiyede defter tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Defter (ataşman, röleve defteri, şantiye defteri vb.) tutulurken uyulması gerekli kurallar da aynı madde içinde belirtilmiştir.

Müteahhit iş yerlerini teslim alırken, özellikle arazisinin, yapılacak yapı için uygun olup olmadığını incelemek, gerekli fizibilite raporları yapmak veya yaptırmak ve sonucunda iş sahibini uyararak yükümlülüğü altındadır (YİGŞ m. 15).

Müteahhit inşaatta kullanacağı malzemeleri eğer kendisi temin ediyorsa şartname ve sözleşmeye uygunluğunu yapı denetim görevlisine onaylatmak zorundadır. Aksi halde bu malzemeleri yapıda kullanamaz (YİĞŞ m. 16).

Müteahhit iş sahibi tarafından kendisine verilen projelerin teknik olarak uygunluğunu denetlemek ve buna ilişkin olarak kanaatini derhal yapı sahibine bildirmek zorundadır (YİĞŞ m. 15/f. 4).

Müteahhit yapı denetim görevlisinin yapının inşasına ilişkin vermiş olduğu talimatı fen ve sanat kurallarına aykırı bulursa buna ilişkin ihbarını da iş sahibine bildirmek zorundadır. (YİĞŞ m. 15/f.4)

Müteahhit idarenin vermiş olduğu iş yerinin, malzeme, proje ve talimatın doğru olup olmadığını, işin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesini engelleyecek olan tüm olumsuzlukları gerek işe başlamadan önce gerekse işin devamında incelemek ve denetlemek hasıl olan sonuç hakkında derhal iş sahibini aydınlatmakla ve bildirimle yükümlüdür.

Bildirimin; talimatın, projenin ve iş yerinin verilmesinden veya tesliminden sonraki 15 gün içinde yazılı şekilde yapılmış olması gereklidir (YİĞŞ. m. 15/f. 4). İş sahibi ile müteahhit arasındaki istek ve talimatlar yazılı yapılır. Sözle yapılan işlemlerde yüklenicinin istek ve iddiaları iş sahibi tarafından dikkate alınmaz.

Müteahhit bu hükme rağmen verilen talimatın yanlış olduğunu, projenin inşaat ile uyumlu olmadığını iş sahibine yapılan bir toplantıda şifahi olarak da bildirirse artık sorumluluğuna hükmetmemek gereklidir. Kanunda getirilen yazılı şekil şartı müteahhidin istek ve taleplerine ilişkindir ihbar yükümlülüğünü kapsamamaktadır.

Bu durumda YİĞŞ uyarınca ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesinde, şekil şartı bakımından Borçlar Kanununun getirdiği esastan ayrılmasını gerektirecek bir özellik

yoktur<sup>153</sup>.

Şayet müteahhit verilen projenin yapı işi için uygun olup olmadığını denetleyip iş sahibine karşı ihbar yükümlülüğünü ihmal ederse ve ihale konusu eser bu sebeple yıkılırsa, müteahhidin bu ihmali (kusuru) iş sahibinin kusuruna nazaran duruma göre birincil veya ikincil sayılmalı buna göre oluşan zarar birlikte kusur (BK m. 44) kurallarına göre taraflar arasında paylaşılmalıdır<sup>154</sup>.

Müteahhidin somut özen yükümlülüğüne benzer düzenlemelere BK m. 357/f.2, BK m. 357/f.3, BK. m.358, BK m.361 ve BK m 368/f.3' te rastlanabilir<sup>155</sup>.

#### **2.5.2.1.2. Müteahhidin İşini Kendi Sağlayacağı Araçlarla Yapma Borcu ve Malzemeler Bakımından Durum**

YİĞŞ m. 20' ye göre sözleşmenin imzalanmasından sonra müteahhit 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 zorundadır.

YİĞŞ m. 20/f.3'e göre de müteahhidin inşaatın sözleşmede kararlaştırılan sürede bitirilmesi için gerekli yeterli miktarda malzemeyi ve işçiyi her an inşaatın başında bulundurması gerekecektir.

---

153 Y.T.D.26.10.1970T, 5229 E. 3926 K.; “Borçlar Yasası md. 362'deki ihbarın yapılması biçime bağlı tutulmamıştır. Sözlü olarak da yapılabilir.”; Karahaslan, İhale, s. 792

154 “(...) yer tespiti ve proje iş sahibi idarece yapılmış olmakla köprünün yıkılmasından idare, birinci derecede kusurlu ise de, BK md. 357 hükmüne, yüklenici, köprü yerinin isabetli olup olmadığını ve kendisine verilen projenin fenne ve amaca uygun bulunup bulunmadığını inceleyerek inşaatın fenne uygun düzenli bir şekilde yapılmasını tehlikeye koyacak bir durumun varlığını saptarsa, bunu iş sahibine çabucak bildirmek zorunluluğundadır. Oysa davacı idarenin kusur nedenleri davalı yüklenici tarafından, inşaat öncesi ve inşaat sırasında incelenmemiş ve böylece bildirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla davalının da ikinci derecede birlikte kusurlu olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.” Y.15.HD., 06.05.1991 T., 5792 E. 2285 K.; Karahaslan, İhale, s. 764-765.

155 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 106-107, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 38-66, Eren, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 73, Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86-102-110, Erman, Arsa Payı Karşılığı, s. 29, Hüseyin Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması BK. Mad.368*, (Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2002) s. 103, Yavuz/Özen/Acar, s. 507, Karahaslan, Özel Borç İlişkileri, s. 194, Uygur İnşaat, s. 117, Turgut Uygur, *Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 7* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003) s. 7608

YİĞŞ. m. 28' de müteahhit tarafından karşılanması gerekli diğer giderlerin neler olduğu 7 bent halinde sayılmıştır. Her ne kadar maddenin (a) bendinde inşaatta kullanılacak malzeme, araç, gereç, makine, taşıt vb' nin taşınmalarına ait masrafların müteahhit tarafından karşılanacağı belirtilmişse de sadece nakliye masrafı değil esasında malzeme ve temin masrafları da müteahhide ait olacaktır. Zira bu durum YİĞŞ m. 20/f.1 düzenlemesinden çıkarılabilir.

Böylece müteahhidin ihaleye verdiği teklifin içinde inşaatta kullanacağı malzeme, araç ve gereç bedelleri de dahil edilmiş olacaktır<sup>156</sup>.

Müteahhidin inşaatta kullanacağı malzemenin, araçların ve işçilerin nicelik ve kalite bakımından üstlenilmiş olan inşaat işine uygunluk göstermesi zorunludur. Özellikle inşaatta kullanılan araç ve gereçlerin sayısı ve işlevi inşaatın süresi içinde bitmesini sağlayacak şekilde olmalıdır<sup>157</sup>.

Müteahhit yukarıda belirtildiği şekliyle malzeme ve araç gereç sağlama yükümlülüğünü yerine getirmez ise duruma göre iş sahibi inşaat sözleşmesini ifa gününde veya ifa gününden önce sona erdirebileceği gibi, masrafları müteahhide ait olmak üzere de işi bir başka müteahhide gödürebilecektir (YİĞŞ m. 20/f.3, YİĞŞ m.47).

#### **2.5.2.1.3. İşi Bizzat Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu**

KİK m. 5 ve YİĞŞ m. 21 hükümleri birlikte ele alındığında<sup>158</sup> müteahhit ihale konusu işi kendisine bağımlı çalışan (hizmet akdi ile çalışan) sıvacı, mimarı mühendisi vb ile yapabileceği gibi, şartları var ise işin bir kısmını taşeron(lar)a da yaptırabilir<sup>159</sup>. Müteahhidin ihale konusu işi kendi yönetim ve organizasyonu altında

---

156 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 108

157 Yavuz/Özen/Acar, s. 516, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, Uygur, Borçlar, s. 7618, Kemal Dayınlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları*,(Ankara: Dayınlı Hukuk Yayınları, Ltd. Şti, 2003) s. 42

158 Bu konunun ayrıntılı açıklaması için bkz s. 36 ve 37 civarı

159 İşin ihtiyaç göstermesi demek; taşeron kullanılacak inşaat kısmının ayrı uzmanlık veya üstün ekonomik kapasite gerektirmesidir. Ancak Hiçbir zaman unutulmamalıdır ki işin tamamı taşeronlara yaptırılamaz.

bir başka müteahhide yaptırması günümüz ihtiyaçlarından ve ticaret şirketlerinin yapılarından kaynaklanmaktadır.

İnşaat işlerinde önemli olan müteahhidin ekonomik gücü ve bu işlerdeki tecrübesi ve bilgisidir. Bu sebeple eser sözleşmesinden olan diğer el sanatlarında olduğu gibi müteahhidin kişisel performansı ve kişisel yetenekleri çok fazla rol oynamaz<sup>160</sup>.

KİK' in uygulandığı inşaat sözleşmelerinde üzerine ihale yapılan müteahhit işin bir kısmının gerektirmesi durumunda bu kısmı taşeronlara yaptırabilecektir.

Ancak müteahhidin işin tamamını taşeron(lar) aracılığıyla yapma yetkisi yoktur. Bu durum YİGŞ m. 21' de açıkça yasaklanmıştır. Yine idare ihale ilanında işin hiçbir kısmında taşeron kullanılmayacağını belirtmiş olabilir. Bu durumda müteahhidin işin bir kısmını dahi taşeronlara yaptırma yetkisi bulunmamaktadır.

Müteahhidin bu şık altındaki borca aykırı tutumu şu hallerde ortaya çıkabilir. Örneğin iş sahibi ihale konusu işte taşeron kullanılmayacağını şart koşmuş olmasına rağmen, müteahhit taşeron kullanmışsa veya müteahhidin taşeron kullanmasına engel olacak bir durum olmamasına rağmen taşeron kullanacağını iş sahibine hiç bildirmemiş ise veya ihale yetkilisine bildirdiği iş kısımlarından farklı yerlerde taşeron kullanmışsa veya kullanacağı taşeronların isimlerini idareye onaylatmamış ise söz konusu olur.

Bu durumda iş sahibi, müteahhide karşı YİGŞ m. 48'de belirtilen haklarını kullanabileceği gibi genel hükümlere göre (BK m. 96) tazminat da isteyebilir.

Bu bahsi şu ayırmadan bahsederek kapatmak istiyoruz. Müteahhidin kendisini devre dışı bırakarak sözleşmeden doğan tüm hak ve sorumluluklarını başka bir müteahhide devretmesi halini taşeronluk (alt müteahhitlik) durumuyla karıştırmamak gerekir<sup>161</sup>.

---

160 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s.110, Halil Akkanat, *Taşeronluk Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2000). s. 50, Türker Yalçınduran, *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş, 2000) s. 73, Kılıçoğlu, Müteahhit, s. 185, Becker, Dura Çevirisi, s. 599, Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.23.94

161 Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 110

Sözleşmenin devri olarak düzenlenen bu halde (KİSK m.16, YİĞŞ m. 47) idarenin sözleşmeyi imzalarken karşısında bulunan müteahhit değiştirmekte ve onun yerine sözleşmeyi devralan müteahhit geçmektedir<sup>162</sup>.

#### **2.5.2.1.4. İşe Zamanında Başlamak ve Gerekli Tempoda Sürdürmek Borcu ile İnşaatı Hazırlayıcı Edimlerin de Ayıpsız Şekilde Yürütülmesi Borcu**

Bizim de katıldığımız görüşe göre İnşaat sözleşmeleri, genel olarak<sup>163</sup>, ani edimli borç ilişkisi kurduğundan sonuç sözleşmeleri grubuna girmektedir<sup>164</sup>.

Bu yüzden ifanın vade günü gerçekleşmesi yeterlidir. Borçlunun ifadan önceki hareketleri bir hazırlık çalışmasından ibarettir ve borçlunun asli edim borcuna dahil değildir<sup>165</sup>.

Durum bu olmakla inşaat sözleşmelerinin ifaya hazırlık çalışmaları sonuç taahhüdü açısından önemlidir. Özellikle bu durum iş sahibinin ifaya olan menfaatinin zamanında gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu noktadan hareketle Kanun Koyucu ileride temerrüde düşeceğini ifa gününden önce ortaya koyan, vadeden önce inşaatı ayıplı teslim edeceğini belli eden müteahhide karşı iş sahibini koruyucu bir takım hükümler öngörmüştür.

Bu hükümlerden bazıları BK' nın 358/f.1 ve f.2. maddelerinde, YİĞŞ' de ise m.20/f.3, m. 21/f. 7 ve f. 8, m. 24, m. 25, m. 26, m. 48'de düzenlenmiştir.

---

162 Sözleşmenin devri hakkında Bkz: aş. s. 77 civarı

163 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 20-21-22; Öz'e göre eser sözleşmeleri ani edimli borç ilişkileri kurar. Ancak istisnai olarak eser sözleşmeleri 2 halde sürekli borç ilişkisi kurabilir. Birincisi meydana getirilecek eser borcunun miktarının başlangıçta belli olmadığı ve ihtiyaç duyulduğunda, zaman içinde tedarik edildiği eser sözleşmelerinin varlığı halinde söz konusu olabilir. Örneğin bir iş yerinde çalışan işçilere bir zaman süresi boyunca ihtiyaç duyuldukça elbise dikmenin üstlenilmesi halinde bahis konusu eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi kurmaktadır. İkinci hal ise "(...) tek bir eserin varlığının zaman içinde genişlediği eser sözleşmeleridir. Burada eser ortaya çıktığı anda gerçekleşmesi bitmemekte, müteahhidin çalışmaya devam etmesiyle maddi kapsamı genişlemektedir (...)" Öz. Sözleşmeden Dönme, s.22

164 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 113

165 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 113

YİGŞ BK düzenlemelerine nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan öncelikli olarak uygulanması gerekecektir. Bu yüzden KİK 'e tabi olan ve YİGŞ' nin de eki olduğu inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi, müteahhidin -vade tespit edilsin veya edilmesin- işe hiç başlamaması veya gereğinden yavaş yürütmesi durumlarında YİGŞ m. 48'de belirtilen şartlara uyararak, inşaat sözleşmesini sona erdirebilecektir. Bu durumda müteahhidin BK m 358/f.1 hükmündeki gibi eseri vadeye yetiştiremeyeceğinin kesinlikle anlaşılması şartı aranmayacaktır<sup>166</sup>.

YİGŞ' ye göre iş sahibi nedenleri açıkça yazılı noterden gönderdiği ihtarname ile isteğinin yerine getirilmesi için en az 20 gün süreli mehil tayin eder. Bu süre zarfında müteahhidin işe başlamaması veya tempoyu artırmaması sözleşmeye uygun olacak şekilde inşaatı yapmaya başlamaması durumunda iş sahibi sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

Müteahhit ihale konusu inşaatı ihale dokümanındaki şartlara aykırı olarak yürütürse veya ayıplı şekilde yaparsa bu durumda iş sahibi inşaatın sözleşmeye uymayan veya ayıplı olan kısımların yıktırılarak yeniden yapılmasını müteahhitten talep edebilir (YİGŞ m. 20/f. 3, 21/f. 7 ve f. 8).

Yine müteahhit sözleşmenin imzalanmasından kesin kabulün yapılmasına kadar yapmış olduğu inşaat işindeki uygunsuz işlerin tamir ve onarımlarını yapmak zorundadır (YİGŞ m.26/f.1: bu hüküm esasında YİGŞ m. 24 ve 25'in daha detaylı düzenlenmiş bir tekrar hükmü özelliğindedir).

Müteahhit bu zorunluluğa uymadığı takdirde idare bir yazı ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini kendisinden isteyecektir. Bu yazının yükleniciye tebliği tarihinden itibaren başlamak üzere işin özelliğine göre talimat yazısında daha uzun bir müddet verilmemişse, yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini fiilen yerine getirmeye başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine

---

166 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 110 vd., Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 55 vd., Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 82, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 558, Yavuz/Özen/Acar, s. 518, Dayınlı, Temerrüd, s. 45-44, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 67



göre işi bitiremediği durumlarda idare söz konusu onarım işini masrafı müteahhide ait olmak üzere KİK' te belirtilen bir ihale usulü ile başka bir müteahhide yaptırabilir (YİĞŞ m. 26/f.2).

İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin sözleşmeyi ayıplı şekilde ifa edeceğinin vadeden önce belli olması durumunda da iş sahibinin YİĞŞ m. 48 uyarınca mehil vererek-BK m. 107'de ki şartlar gerçekleşmişse mehil vermeye gerek kalmadan-sözleşmeyi sona erdirebileceği kanaatindeyiz. YİĞŞ' de, BK' m. 358/f.2' den farklı olarak ayıbın bir başkası tarafından giderilememesi şartı aranmadan inşaat sözleşmesi sona erdirilebilecektir.

YİĞŞ' ye tabi olarak yürütülen inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin YİĞŞ m. 48 uyarınca vadeden önce temerrüt ve ayıp sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisinin mevcut olduğunu bu şekilde kabul etmiş oluyoruz. Bu hallerin somut örneklerini BK hükümleriyle uyumlu olarak anlatmanın konunun kavranması bakımından faydalı olacağını düşünüyoruz.

BK 358/f.1' e göre müteahhit işe zamanında başlamazsa (işe başlamakta gecikirse) hazırlayıcı faaliyetlerini gerekli tempoda yürütmezse (hazırlayıcı faaliyetlerini geciktirirse) vade tespit edilmişse işin tüm tahminlere nazaran vadeye yetişmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde, iş sahibinin BK m. 106 vd. hükümleri uyarınca taleplerde bulunabileceği çoğunluğun görüşüdür<sup>167</sup>.

Yine BK 358'e göre ifa günü gelmediği halde eserin ayıplı olacağı kesinlikle anlaşılması halinde iş sahibine bir takım haklar verilmektedir. Buna göre ayıbın giderilmesi veya eserin ayıplı olmasının engellenmesi için gerekli olan tedbirlerin alınması hususunda ek bir süre tayin edilir. Müteahhit verilen mehili verimsiz

---

167 Bu özel durumda, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için temerrüt ihtarının aranmasının gerekmediği, iş sahibinin müteahhide vereceği mehilin özellikleri hakkında bkz: Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 55-56, Ayrıca BK m. 358 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Hüseyin Altaş, *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı Fikret Eren'e Armağan* (Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2006)s. 97 vd., Kemal Dayınlarlı, *İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (10-11 Ocak 1986)* (Ankara: Sistem Ofset 1986) s. 45

geçirirse bakılır; ayıbın müteahhitten başkası tarafından giderilmesi mümkün değilse sözleşmeden dönülebilir<sup>168</sup>. Eğer ayıbın başka müteahhitlerce giderilmesi imkanı varsa BK m. 358/f. 2 hükümler doğrultusunda masraflar müteahhide ait olmak üzere ayıbın giderilmesi işi başka müteahhitlere bırakılır.

Ancak 358/f.1 ile ilgili olarak şunu söyleyelim ki bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>169</sup> bu madde iş sahibine sadece sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Bu halde BK 106' da düzenlenmiş tüm hakların, iş sahibi tarafından kullanılamayacağını düşünüyoruz<sup>170</sup>.

Yine iş sahibinin BK 358/f.1 hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkının doğabilmesi için müteahhidin kusurlu olması aranmaz. Ancak iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için müteahhidin sözleşmeye aykırı bir tutumunun mevcut olması gerekir. Yani müteahhidin tümüyle iradesi dışında gerçekleşen ve öngörmesi mümkün olmayan bir sebeple işe başlanamaz veya işin devamı ertelenirse iş sahibi sözleşmeden dönebilir<sup>171</sup>.

Ayrıca işe başlamakta gecikme veya uygun tempoda yürütememe bizzat iş sahibinin kusurundan veya riziko alanından kaynaklanıyorsa bu halde de iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir<sup>172</sup>.

#### **2.5.2.1.5. Müteahhidin Eseri Teslim Borcu**

YİĞŞ. m. 42-43-44 müteahhidin ihale konusu inşaatı meydana getirme ve tamamlama borcu yanında inşaatın tamamlandığını iş sahibi idareye bildirme yükümlülüğü de getirmiştir.

---

168 Şenocak, Ayıp, s. 31, Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, s. 450, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 76  
169 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 114, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 47 ve özellikle 50

170 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 114. Öz' e göre vadeden önceki bir durumda alacaklıya BK. 106' da ki hakları vermek borçlunun hazırlama faaliyeti niteliğinden olan iş görme eylemlerine asli edim borcu özelliği verecek ve inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme kategorisine sokacaktır. Bu sebeple yazar diğer iki alternatif hakkın vadeden önce kullanılmasına karşı çıkmaktadır.

171 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s.114

172 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 114–115

Böylece müteahhit taahhüt ettiği işi zamanında ve sözleşmeye uygun olarak ifa ettikten sonra ayrıca eseri yapı sahibine teslim edecektir. Ancak buradaki teslim fiili zilyetlik nakli şeklinde olmayacaktır. Zira yapı eseri çoğu zaman iş sahibinin hakimiyet ve işletme alanında inşa edildiğinden zilyetliğin naklinin teslim şeklinde fiilen gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu yüzden müteahhidin buradaki teslim yükümlülüğünün yerini YİGŞ m. 42' deki geçici kabulün şartlarını yerine getirmek alır<sup>173</sup>. Böylece müteahhit sözleşme konusu inşaat işini ihale dokümanına uygun şekilde yapı sahibinin her türlü kabulüne hazır şekilde terk etmekle teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. Şartnamede belirtilen prosedüre uymuş olması gereklidir. Buna göre teslim zamanı geldiğinde müteahhit idareye geçici kabulün yapılmasına dair ilk işlemlerin başlatılmasını yazılı olarak isteyecektir (YİGŞ m. 42/f.1).

Bu noktada idare yapı denetim görevlisi aracılığıyla bir ön inceleme yapar. Bu ön incelemenin amacı inşaatın tamamlanıp tamamlanmadığı, teslim alınmasına engel olacak boyutta bir ayıbın bulunup bulunmadığının belirlenmesidir. Bu işlem neticesinde yapı denetim görevlisi inşaattaki (varsa) uygunsuzlukların nelerden ibaret olduğunu ve kaç günlük bir süre içinde giderilmesinin mümkün olduğunu içeren görüşlerini idareye üç gün içinde yazılı olarak sunar (YİGŞ m. 42/f.1).

---

173 Bu anlamda müteahhidin geçici kabulün yapılmasını isteyebilmesi için sözleşmede borçlandığı tüm işleri yapmış olması gereklidir. Eğer sözleşmedeki bir işi eksik bırakmışsa iş sahibinden eseri teslim alması istenemez. Ancak eserin ayıplı olması eserin teslim alınmasını engelleyecek bir durum değildir. Meğerki (genel bir ifadeyle) ayıp teslim alınmasını engelleyecek büyüklükte olmasın. Bu sebeple eksiklik kavramı ile ayıplı inşaat kavramının birbirinden ayrılması gerekir. Buna göre her ikisi de kötü ifadır. Kötü ifanın giderilmesi için gerekli harcamanın boyutu işin ayıplı mı yoksa eksik mi ifa edildiği bakımından bir ölçü olarak kullanılabilir.; Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s.165 vd., Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 104-105., Eserin ayıplı mı yoksa eksik mi ifa edildiğini tespit etmek için teklif edilen bir ölçüt de şudur: “ (...) Eğer eserin imali çalışmalarının kaldığı aşamadan daha önce yapılmış olan işler bozulmadan (değiştirilmeden) işe devam etme mümkünse eser tamamlanmamış (eksik), yoksa ayıplıdır. Örneğin astar sürülmeden boyanın yapılması durumunda eserin tamamlanmaması değil, ayıplı olması söz konusudur.”; Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, *AÜEHFD*, Ocak-Nisan, 2001, s. 532, “ (...) şayet her hangi bir edimin ifasında eksiklik, edim inşaat gibi bölünemeyen bir şeyse, alacaklının bu haliyle o edimden amacına uygun şekilde hiç yararlanamayacağını ifade eder. Oysa ayıp bu edimden amacına göre yararlanmak mümkün olmakla birlikte, bu yararlanmanın kalitesini düşüren, edimin olması gereken değerini azaltan bir durumu ifade eder.” Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 167

Teslimin yapılabilmesi amacıyla (geçici kabulü yapacak) kabul komisyonunun oluşturulması; ayıplı ve eksik iş kısımlarının düzeltilmesi bedelinin<sup>174</sup> tüm sözleşme bedelinin %5' inden fazla olmaması ve işin idare için kullanılmayacak derecede ayıplı olmaması şartına bağlıdır (YİGŞ m. 42/f.2).

Kanun Koyucunun bu oran içinde kalan ayıplı işler için bir de idarenin kullanamayacağı derecede ayıplı olmaması şartını araması doğru olmamıştır. Zira bu ayıpların düzeltilmesi mümkün ki düzeltilmesi şartı vardır.

Bu yüzden olması gereken hukuk bakımından Kanun Koyucudan beklenen YİGŞ m. 42/f.2'yi geçici kabule engel olmayacak ayıp ve bozuklukları; %5 oranını geçmeyenler ile bu oranı geçse dahi yapının kullanılmasına engel olmayanlar şeklinde tanımlaması ve değiştirmesidir. Böylece bu iki durum birlikte aranmayacak ve müstakil iki ayrı şart haline gelecektir.

Şu halde inşa eserindeki ayıp ve eksikliklerin giderilmesi masrafı, sözleşme bedelinin %5'ini aşıyorsa bu durumda iş sahibi müteahhidin hiç ifa etmemesinden hareketle YİGŞ m. 48 hükümlerine başvurabilecektir. Yani teklif edilen ifayı teslim almaktan kaçınabilecektir.

İnşaatin bu nitelikte olmaması durumunda, teslimde engel bu ön şartın mevcut olmadığı tespit edilir ve bu husus müteahhit veya vekili tarafından birlikte imzalanacak tutağa geçirilir. Müteahhidin imzadan kaçınması halinde bu durum ayrıca belirtilir ve kabul komisyonu oluşturularak iş yerine gelinir (YİGŞ m. 42/f.3 ve f.4).

Kabul komisyonu yapacağı incelemede inşaatta ayıplı ve sözleşmeye uymayan işler tespit ederse bu işleri ve giderilmesi için gereken süreyi de belirterek müteahhide bir liste bırakır. Bu listede yazılı ayıplı işlerin istenilen sürede giderilmesi zorunludur (YİGŞ m. 42/f.5).

---

174 Dikkat edilirse buradaki aranılan ölçüt eksiklik veya bozukluğun yapının değerini % 5 oranında azaltması değildir. Yani burada ayıbın yol açtığı değer kaybından veya BK m. 360'daki bedel indiriminde uygulanan nispi metottan bahsedilmemektedir.

Bu sürenin müteahhide tanınması da zorunludur. İş sahibi (idare) ayıplı işleri bu süre zarfında, masrafları müteahhide ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptıramaz. Bu verilen süre zarfında ayrıca sözleşmede öngörülen ceza-i şart da işlemez

Ancak müteahhit verilen bu ilk süre zarfında ayıpları gidermezse ilk sürenin bitiminden ayıplı işlerin bitirildiği güne kadar sözleşmede belirtilen gecikme cezası işletebilecektir (YİGŞ m.42/f.6).

Ayrıca ayıplı işler düzeltilene kadar geçici kabul tarihi ertelenir. Verilen ikinci süreye rağmen ayıbın 30 gün içinde düzeltilmemesi halinde iş sahibi hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıplı işleri kendisi düzeltirebilir (YİGŞ m.45).

Bu şekilde ayıp ve eksik işler tamamlanıncaya kadar gecikme cezası işlemeye devam eder. Geçici kabul de bu tarihe kadar ertelenir. Geçici kabul inşaatın geçici kabule hazır olacak şekilde tamamlandığı tarihte yapılmış sayılır. Bu husus geçici kabul tutanağında da belirtilir (YİGŞ m. 42/f.6).

Aynı sözleşme çerçevesinde yapılan inşaat işinin, kısım kısım teslim edilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, geçici kabul, tamamlanıp da teslim edilen kısımlar için sonuçlarını doğuracaktır (YİGŞ m. 43).

Özellikle kabul komisyonu<sup>175</sup> geçici kabul yapılmadan önce ayıplı olup olmadığı hususunda tereddüt ettiği noktaları muayene ettirebilir. Bu durumda gerekli muayene ve tespit masrafları müteahhit tarafından karşılanacaktır. Dikkat edilirse iş sahibi kesin kabulde yapacağı incelemeye benzer bir incelemeyi daha eseri teslim almadan yapmaktadır (YİGŞ m.42/f.15).

Müteahhidin geçici kabul gününe kadar bitirmiş olduğu inşaatın hali hazır durumu ile kendisine ayıplı işlerin giderilmesi için verilen süre sonunda meydana getirdiği inşaatın son durumu bir tutanakla tespit edilir (YİGŞ m. 42/f.11).

---

175 Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği RGT: 19.02.2002, RGN: 24968

İş sahibi (idare), inşaattaki ayıbın giderilmesi mümkün değilse ancak buna rağmen anılan ayıp inşaat işinden beklenen faydayı önemli surette azaltmıyor veya değerini önemli surette düşürmüyorsa inşaatı o haliyle de kabul edebilir (YİĞŞ m. 42/f.16).

Yahut inşaattaki ayıbın giderilmesi için müteahhidin fazla masraf ve zaman harcaması gerekiyorsa bu halde de, iş sahibinin inşaatı bu haliyle de kabul edebilir (YİĞŞ m. 42/f.16).

Ancak bu hallerde, inşaattaki ayıp oranında müteahhidin ücret alacağından indirim yapılır. Bu durum, ayıpla orantılı uygun bir bedelin müteahhidin hak edişinden veya teminatından kesilmesi suretiyle yapılır. Burada uygun bedel şu şekilde tespit edilebilir; şayet bu ayıp olmasa idi yapının piyasa değeri ne olacak idiye ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu piyasa değeri oranlanmalı, bulunan oran, değer kaybı olarak kabul edilerek sözleşmedeki ücretten düşürülmelidir. Buna nispi metot denir<sup>176</sup>.

Ancak bu halde dahi müteahhit ücretinden kesinti yapılmasına engel olmak için yapıdaki mevcut ayıbın giderilmesi için gerekli zamanın ve harcamanın büyüklüğüne bakmaksızın bu ayıbı onarabilir ve ücretinin tam olarak ödenmesini isteyebilir.

Şu halde YİĞŞ m. 42' de düzenlenen geçici kabul inşaatı teslim alma anlamında kullanılmaktadır. YİĞŞ m. 45' te düzenlenen kesin kabul ise inşaatın uygun bir ifa olarak kabul edildiği anlamında kullanılmaktadır. Geçici kabulde birlikte artık iş sahibinin temerrüt sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılamayacağı kabul edilmektedir. Şartnamenin geçici kabule bağladığı diğer bir sonuç da geçici kabul ile birlikte teminat süresi de işlemeye başlayacaktır (YİĞŞ m.43)<sup>177</sup>.

---

176 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 95, Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 177, Yavuz/Özen/Acar, s. 532 vd. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 81 vd., Seyfullah Edis, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu* (Ankara: Ajans-Türk Matbaası 1963) s. 123, Öğretide indirilecek bedelin tespit edilmesinde 3 metodun kullanılması önerilmektedir. Bunlar; tazminat yöntemi, mutlak indirim yöntemi ve nispi metottur. Şunu da söyleyelim ki Türk Mahkeme uygulamasında öğretilerdeki bu 3 yöntemle ilave olarak bir de maliyete göre hesaplama yöntemi uygulanmaktadır. Bu yöntemler hakkında bkz: Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 188-189.

177 Geçici kabul (teslim) Borçlar Kanuna tabi inşaat sözleşmeleri için de önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Buna göre teslimle birlikte iş sahibinin muayene ve ihbar süreleri işlemeye

## 2.5.2.2. MÜTEAHHİTİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU Ve AYIPLI İNŞAAT KAVRAMI

KİK ve alt mevzuatında ayıplı inşaatın ne olduğu açıkça tanımlanmamıştır. Ancak YİĞŞ' de inşaattaki bozukluk, aksaklık, fen ve sanat kurallarına aykırılık, proje ve şartname eklerine aykırılık halleri ayıp olarak kabul edilmiştir.

YİĞŞ' nin uygulandığı inşaat işlerinde müteahhit zikir ve vaad ettiği nitelikleri inşaatta uygulamazsa veya müteahhit tarafından varlığı veya yokluğu taahhüt edilmemiş olsa bile ticari doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği bulunması veya bulunmaması gereken nitelikler ihale konusu inşaatta bulunursa ortada ayıplı bir inşaatın var olduğu veya var olacağı kabul edilir. Şunu söyleyelim ki ayıplı ifa da bir kötü ifa halidir<sup>178</sup>. Ayıplı ifanın sonuçları kimi sözleşme türleri bakımından<sup>179</sup> özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler “ayıba karşı tekeffül olarak” da adlandırılır. İnceleme konumuz olan inşaat sözleşmeleri bakımından da hem YİĞŞ' de hem de BK' da özel hükümler olduğunu belirtmek isteriz. Şu halde kötü ifanın bir ayıp mı yoksa eksik ifa mı teşkil ettiği çoğu zaman birbirinden ayrılması güç somut örneklerde karşımıza çıkacaktır. Ayıplı ifa eksik ifa ayrımı için kullanılan kriterlere yukarıda değinildiğinden burada tekrardan kaçınmak adına sadece ilgili bölümlere atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>180</sup>.

Yine YİĞŞ özellikle yapıdaki aksaklık ve bozuklukların giderilmesi için harcanacak bedelin tüm sözleşme bedelinin %5'inden fazla olmaması halinde bunun bir ayıp sayılacağını (geçici kabulden kaçınılamayacağını) ve eksiklik olarak kabul edilemeyeceğini özel olarak düzenlemiştir (YİĞŞ m. 42/f.2). Bu oran içinde

---

başlamaktadır. Yine teslimle birlikte zaman aşımı süreleri işlemeye başlamaktadır. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 40, Uçar, s. 515; KİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde iş sahibi açısından muayene ve ihbar yükümlülüğünün açıkça düzenlenmediği böyle bir külfetin olup olmadığı tartışılabilir. Zaman aşımı ise kesin kabulün onaylandığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır (KİSK m.30).

178 Buna karşılık ayıplı ifa sayılmayan kötü ifa halleri de mevcuttur. Borçlunun edimin konusunu tam olarak gerçekleştirmekle birlikte alacaklının başka malvarlığı veya kişi varlığı değerlerine zarar vermesi halleri böyledir. Örneğin boyacının evi tam istenildiği gibi boyamasına rağmen mobilyaları ve halıları kirletmesi böyledir.

179 Satım (BK m. 194-208), Kira (BK m. 251-250-251), Eser (BK m. 360-361-362-363) sözleşmelerinde böyle hükümler vardır.

180 Bkz: yuk. s. 51 civarı dn. 109 civarı

kalmakla birlikte; şayet eksiklikler geri kalan inşaat kısmının kullanılmasını engelleyecek ve bir tehlikeye meydan verecek nitelikte ise iş sahibi geçici kabulden kaçınabilecektir (YİGŞ m. 42/f.2).

Böylece ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde kötü ifa hallerinden eksik ifanın ayıplı ifadan ayrılması oran verilmek suretiyle belirtildiğinden iş sahibinin eksik ifa sebebiyle kabulden kaçınıp kaçınamayacağı bu özel hükme göre tespit edilecektir.

### **2.5.2.3. MÜTEAHHİTİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN BORÇLARI**

#### **2.5.2.3.1. Ayıplı Yeri Yıkıp Yeniden Yapmak<sup>181</sup> - Bedelsiz Olarak Değiştirmek- Düzeltme ve Onarma Borcu**

Müteahhit gerek iş devam ederken gerekse teslim ve kabul aşamasında inşaatta tespit ettiği ayıplı yerlerin bedelsiz olarak değiştirilmesini veya yıkılıp yeniden yapılmasını (YİGŞ m. 24/f.1 ve YİGŞ m. 25/f.1) veyahut düzeltilip onarılmasını (YİGŞ m. 26) müteahhitten isteyebilir. Müteahhit iş sahibi tarafından verilen süre içinde bu ayıpları gidermek zorundadır. Buna göre şayet ayıp müteahhit tarafından kullanılan malzemedan kaynaklanıyorsa örneğin asansör ayıplı şekilde yapılmışsa ve ayıbı yapılacak bir malzeme değişikliği ile gidermek mümkünse müteahhit bu parçayı ayıpsız olan yenisiyle ücretsiz olarak değiştirecektir. Ayıp malzeme değişikliğini gerektirmeden işçilikle giderilebiliyorsa müteahhit yapıyı bu durumda da ücretsiz olarak onarmak ve tamir etmekle yükümlü olacaktır. Şayet ayıp malzemedan kaynaklanmakla birlikte yapıdan sökülmesi ve yenisiyle değiştirilmesi mümkün değilse bu durumda müteahhit ayıplı yeri yıkıp yeniden yapmak zorunda kalabilecektir. Yapıdaki ayıbın giderilmesi onarım ve tamiratla giderilebilecek bir şey ise bu durumda müteahhit ücretsiz olarak yapıyı onarmak ve tamir etmekle yükümlüdür. Ancak bu yapının ayıpsız hale getirilmesi fazla masraf ve zamana ihtiyaç gösteriyorsa bu durumda ayıp oranında bedel indirimine gidilmesi de

---

181 Ayıplı kısmın yenilenmesi talebinin, teslimden önce ve teslimden sonra mümkün olup olmadığı ve yıkıp yeniden yapılması (yenileme) talebinin bir nevi sözleşmeden dönme anlamına gelip gelmediği hakkında bkz: Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 176 ve 177



mümkün olacaktır (YİGŞ m. 42/f.16).

Geçici kabulden önceki süreçte ortaya çıkan bir ayıp için; şayet müteahhit ayıbın giderilmesi için kendisine verilen süreyi verimsiz geçirmişse (YİGŞ m. 26) iş sahibinin yapıdaki bozukluğu bir başkasına yaptırma yetkisi de vardır. Buna göre iş sahibi, verilen talimat yazısında daha uzun bir süre verilmemişse, ayıbı en az 10 günlük süre içinde gidermesi gerekecektir. Aksi halde iş sahibi ayıpların giderilmesi işini bir başka müteahhide, KİK' te öngörülen ihale usullerinden biriyle, bırakabilecektir (YİGŞ m.26/f.2).

İş sahibi, ayıbın giderilmesinin acil olduğu durumlarda veya müteahhidin verilecek süreyi zaten verimsiz geçireceğini davranışlarıyla ortaya koyduğu hallerde ayıbın giderilmesi işini süre vermeksizin doğrudan doğruya (ihaleye çıkılmadan) bir başka müteahhide bırakabilir. Ancak durumun esas müteahhide yazılı olarak bildirilmesi gerekir (YİGŞ m.26/f.5).

Burada son olarak YİGŞ m. 42/f. 16'daki düzenlemeye dikkat çekmek istiyoruz. Bu maddenin işlevi inşaatın ayıplı olması halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını sınırlayabilmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre müteahhit (YİGŞ m. 42/f.16'daki şartların bulunması halinde) iş sahibinin ayıplı inşaatın onarılması veya yıkılıp yeniden yapılması seçimlik hakkını ileri süreceği ayıp oranında bedel indirimi yapılması gerektiği itirazı ile hükümsüzleştirebilecektir<sup>182</sup>.

Kanaatimizce ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri için böyle bir durum şartnamede açıkça düzenlenmemiş olsaydı dahi hakimin sözleşmeye müdahale etmesi suretiyle<sup>183</sup> de etkisizleştirilebilirdi. Bu halde hakim iş sahibinin “onarım” veya “yıkıp yeniden yapma” talebin dürüstlük kuralları yardımıyla etkisizleştirip onun yerine bedel indirimine hükmedebilir<sup>184</sup>. Kanımızca böyle bir sonuca BK' nın

---

182 Ancak şunu da söyleyelim ki şayet müteahhit ücretinden indirip yapılmasını istemiyorsa ayıbın giderilmesi çok büyük masrafı ve zamanı gerektirse bile, ücretine tam almak uğruna onarım ve değişiklikleri yapma yolunu da tercih etmiş olabilir (YİGŞ m. 42/f.16).

183 Hakimin sözleşmeye müdahalesi hakkında geniş bilgi için bkz: İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti.1987) s. 4 vd.

184 İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmesi için benzer bir çözüm yöntemi benimseyen Yargıtay kararı için bkz: YHGK., 06.01.1974 , 1136/2; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 38 dn. 85

satım sözleşmesi için özel olarak düzenlediği hükümlerinin (BK m. 202) kıyas yoluyla inşaat sözleşmelerine uygulanması yoluyla da ulaşılabilir<sup>185</sup>.

#### **2.5.2.3.2. Müteahhidin Sürekli Bakım Sorumluluğu**

Müteahhidin inşaatın başlamasından kesin kabulünün yapılmasına kadar bitirmiş olduğu yapı kısımlarının bakımı için gerekli tüm hizmetleri ücretsiz olarak yapmak yükümlülüğü vardır (YİGŞ m. 26-43-44-45).

Şu halde müteahhidin bakım sorumluluğu inşaatın yapımından kesin kabulünün yapılmasına kadar devam eder. Bu arada geçen süreye teminat süresi denir. Teminat süresi aksi öngörülmediği müddetçe on iki aydan az olamaz (YİGŞ m. 43).

Müteahhit bu süre içinde iş sahibinin kusurundan kaynaklanmayan, işletme ve kullanımı sebebiyle oluşan amortismanlar ve yıpranmalar hariç ortaya çıkan tüm ayıpları gidermek ve inşaatın olağan periyodik bakımlarını yapmak zorundadır (YİGŞ m. 43). Müteahhit bu sorumluluğunu yerine getirmediği takdirde iş sahibi bakım işini masrafları esas müteahhide ait olmak üzere başka müteahhitlere yaptırabilir (YİGŞ m. 26/f. 2).

#### **2.5.2.4. Ayıp Sebebiyle Tazminat Yükümlülüğü ve Bu Konuda Genel Hükümlere Yapılan Atfın Anlamı**

KİK' in uygulandığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ayıplı ifa sebebiyle uğramış olduğu zararının tazminini isteyebileceğini YİGŞ m. 21/f.8, YİGŞ. m 26/f.5 ve KİSK m. 30'deki düzenlemelerden çıkarıyoruz. Ancak bu düzenlemelerin hiç birisinde istenebilecek zararın kapsamı ve şartlarının ne olacağı hakkında açıklama getirilmemiştir.

Bunun yerine yukarıda belirtilen şartname ve Kanun maddeleri birbirinin tekrarı niteliğindeki ortak bir düzenlemeyle, ayıp sebebiyle uğranılan zararın genel

---

185 Bu konuyla ilgili olarak BK ' ya tabi inşaat sözleşmeleri için önerilenler hakkında bkz: Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 81 vd., Bilge, s. 260 vd., Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, s. 458

hükümlere göre tazmin edileceğini belirtmekle yetinmiştir.

Kanaatimizce genel hükümlere yapılan bu atıf ayıplı ifa sebebiyle istenebilecek zararın kapsamı ile şartlarının belirlenmesi içindir. Bu bakımdan istenebilecek zararın kapsamı ve şartları için BK m. 360/f. 2, BK 358/f.2, BK 97 hükümlerinden yararlanılabileceği kanaatindeyiz. Aşağıda tazminat kısmında bu konuya ilişkin açıklama yapıldığından tekrardan kaçınmak adına ilgili kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz<sup>186</sup>.

#### **2.5.2.5. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların İleri Sürülebileceği Kimseler ile Tabi Olduğu Zaman aşımı**

İhale mevzuatının uygulandığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül sebebiyle sahip olduğu haklarını yöneltebileceği kimseler ile tabi olduğu zaman aşımını, aşağıda madde numaraları belirtilen YİĞŞ ve KİSK hükümlerinden çıkarabiliriz. İhale mevzuatının temel zaafı burada da birbirinin tekrarı niteliğinde olan Kanuni düzenlemelere yer vermesidir.

Hem KİSK m. 30 hem de YİĞŞ m. 21/f. 8 ile 26/f. 5' deki ortak hükme 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<sup>187</sup> işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve zıyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere tazmin ettirilir.(...)”

Bu düzenlemelerdeki müteahhidin ve taşeronun sorumluluğunu şu şekilde ortaya koyabiliriz.

Müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğu kendisinin sebep olduğu ayıplardan ve

---

186 Bkz: aş. (4.) bölüm s. 151 civarı

187 Madde metninden “yapının tamamı için” ibaresi çıkarılmalıdır. Zira zamanaşımı süresi ihale konusu işin kısımlarına göre değişiklik göstermemektedir. Kaldı ki bu ifade; inşaat sözleşmelerinin konusunun bölünemez nitelikte olması sebebiyle de kabul edilemez. Bu sebeple Kanun Koyucunun belirttiğimiz şekilde bir Kanun değişikliği yapması son derece uygun olacaktır.

taşeronun neden olduğu ayıplardan kaynaklanmaktadır. Bu hallerde müteahhit ayıba karşı tekeffülden dolayı işin başladığı tarihten kesin kabulün onaylandığı tarihten itibaren işlemek üzere kadar 15 yıl boyunca sorumlu olacaktır<sup>188</sup>. Onun sorumluluğunun iş sahibine karşı olacağı hakkında şüphe duymamak gerekir.

Taşeronun ayıplı inşaattan doğan sorumluluğuna gelince; ihale mevzuatına göre, taşeron, kesin kabule kadar ortaya çıkan kendisinden kaynaklı ayıplardan dolayı sadece müteahhide karşı sorumlu olacak ancak kesin onay tarihinden itibaren 15 yıl için de ortaya çıkan müteahhit veya kendisi kaynaklı ayıplar sebebiyle iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Cümlelerin son kısmını açmak gerekirse, birincisi taşeron kesin kabulden sonra tespit edilecek gizli ayıplardan ötürü iş sahibine karşı müteahhitte birlikte müteselsilen sorumludur. İkincisi ayıp müteahhitten kaynaklansa bile (kesin kabulden sonra ortaya çıkması kaydıyla) taşeron bu ayıptan sorumlu tutulabilecektir.

İhale mevzuatının bu düzenlemesini hukuki yönden anlamakta güçlük çekiyoruz. Zira iş sahibi aralarında hiçbir hukuki ilişki olmadan nasıl oluyor da (kesin kabulden sonra olsa bile) ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını taşeronu yöneltebiliyor. Diğer bir deyişe taşeron (kesin kabulden sonra olsa bile) nasıl oluyor da müteahhitten kaynaklı ayıptan sorumlu tutulabiliyor. Müteahhidin kesin kabulden önce veya sonra taşerondan kaynaklı ayıptan sorumlu tutulması taşeronun müteahhidin BK m. 100'de düzenlenen ifa yardımcısı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak aynı durumun taşeron açısından söylenemeyeceği ve bir başka hukuki müessese ile de izah edilemeyeceği ortadadır.

Son tahlilde ihale mevzuatına göre iş sahibi kesin kabule kadar ortaya çıkan ayıptan ötürü haklarını sadece müteahhide karşı ileri sürebilecektir. Kesin kabulden sonra ortaya çıkan ayıplardan ötürü ise haklarını müteahhide veya taşeronu karşı kullanabilecektir. Zira ihale mevzuatının kesin kabulden sonrası için kabul ettiği müşterek sorumluluk sistemi bunu gerektirmektedir.

---

188 İş sahibi ayıp sebebiyle sözleşmeyi feshederse, bu halde isteyebileceği olumsuz zararını BK m. 126/b. 4 uyarınca kast veya ağır ihmal halinde 10 yıl, hafif ihmal halinde 5 yıl içinde talep etmelidir. Bu konuda bkz: aş. (4.) bölüm s. 154 civarı

Ancak kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından burada kullanılan müteselsil sorumluluk ifadesinin anlamı, müteahhidin kesin kabulden sonra da taşeronundan kaynaklı ayıplar sebebiyle sorumluluğunun devam ettiği şeklindeki bir Kanuni değişiklikle şüpheye yer bırakmayacak şekilde açığa çıkarılması olmalıdır.

Buna göre ne kesin kabulden önce ne de sonra iş sahibinin arasında hukuki ilişki olmayan taşerona karşı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürememesi gerekir.

Yapılması gereken şey, olması gereken hukuk bakımından, Kanun maddesinin benimsediğimiz şekilde değiştirilmesi ile müteselsil sorumluluk ifadesinin bu şekilde anlaşılmasının sağlanmasından ibaret olmalıdır.

### **2.5.3. İŞ SAHİBİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

#### **2.5.3.1. ÜCRET ÖDEME BORCU DIŞINDAKİ DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

YİĞŞ iş sahibi idarenin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan ücret ödeme borcu dışındaki yükümlülüklerini muhtelif maddelerinde düzenlemiştir. Esas itibarıyla bu yükümlülüklerin neler olduğunun ortaya konması eserin ayıplı olması sebebiyle sorumluluğun kime ait olacağının belirlenmesi ve inşaat işinin iş programına uygun olarak yürütülmemesi halinde hukuki sonuçlarının tespit edilmesi bakımından son derece önemlidir.

Buna göre iş sahibinin işin görüleceği iş yerini gerekli kontrollerini yaptıktan sonra yapı denetim görevlisinin katılacağı işlemlerle birlikte müteahhide teslim etmesi gerekmektedir. İş sahibi ihale dokümanında aksi öngörülmedikçe işin görüleceği yerde ihtiyaç duyulan tesislerin kurulması için gerekli sahaları tahsis ile ihtiyaç duyulan yeni yolların inşasını yapmak zorundadır (YİĞŞ m. 6).

İnşaatın başlanması ve devamında ihtiyaç duyulan taşınmaz yerlerin kamulaştırılması ile geçici işgali için ihtiyaç duyulan maddi kaynak sözleşmede aksi

kararlaştırılmadıka iş sahibi tarafından temin edilecektir (YİGŞ m. 6).

Müteahhit, inşaatta kullanacağı malzemeleri kamuya ait arazi ve ocaklardan ücretsiz olarak karşılamak isterse, bu talebini ihale aşamasında iş sahibine bildirmelidir. İş sahibinin isteği kabul etmesi halinde malzeme ocaklarının ihale dokümanında açıkça belirtilmesi gereklidir (YİGŞ m. 8).

Bu malzeme ocaklarından kullanımın açıkça ücretsiz olacağı belirtilmişse bu durumda iş sahibinin bu ocakların müteahhit tarafından kullanılmasını sağlayacak gerekli ruhsat işlemlerin yapması ve bu ocakların kullanım giderlerini karşılaması gereklidir (YİGŞ m.8).

İş sahibi anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde uygulama projelerini yaptırmak ve müteahhide teslim etmek zorundadır (YİGŞ m. 11).

Birim fiyat sözleşmelerde ön, kesin ve uygulama projelerinin hazırlanması için gerekli harcamalar sözleşmede aksi yazılı olmadığı müddetçe iş sahibi tarafından karşılanır. İstisnai hallerde uygulama projesinin müteahhit tarafından hazırlanması istendiği takdirde müteahhide ihale dokümanında öngörülmesi şartıyla birim fiyat üzerinden proje bedeli ödenir (YİGŞ m.12).

### **2.5.3.2. ÜCRET ÖDEME BORCU**

#### **2.5.3.2.1. Birim Fiyatlı Sözleşmelerde**

İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin ücret ödeme borcu; tutarının ve ödeme biçiminin ne olduğunun tespit edilmesi halinde somut bir şekilde ortaya konabilir.

Borçlar Kanunu kural olarak müteahhidin ücret alacağıın iş eksiksiz olarak tamamlandığında muaccel olacağını düzenlemiştir (BK m. 364). Ancak uygulamada büyük yapı işlerinde müteahhide ücretinin inşaatın yapımı aşamasında peyder pey

ödenmesi kararlaştırılmaktadır<sup>189</sup>.

KİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin konusu, türü ve miktarı açıkça belirtilecektir. Yine müteahhidin bu işin karşılığında alacağı ücretinin miktarı ve ödeme şekli ve avans verilir verilmeyeceği de sözleşmede düzenlenecektir (KİSK m.16).

Müteahhit birim fiyatlı sözleşmelerde hak ettiği ücretini aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe her ay düzenlenen ve geçici hesaplara dayanan geçici hak ediş raporları ile tahakkuk ettirilen işlemler sonucunda alacaktır. Kendisine ödenen rakam yapmış olduğu inşaat işinin ve işin başında fiilen bulundurduğu (ihzarat) malzemenin karşılığıdır.

Buna göre müteahhit her ay sonunda yaptığı iş miktarının hesap edilmesi ve ölçülmesi için iş sahibine çağrıda bulunur<sup>190</sup>. Yapmış olduğu işin karşılığı olan ücretin nasıl hesap edileceği zaten sözleşmenin eki birim fiyat cetvellerinde yazılıdır. Müteahhidin ücreti; yaptığı işler metraj hesapları ile bulunur, bu iş miktarı birim fiyat cetvelinde yazılı her bir iş kalemi için öngörülen birim fiyatlar ile çarpılarak tespit edilir (YİĞŞ m. 40 f.2).

Müteahhide ödenecek ücretin iş başında hazır ettiği malzemelerin bedellerini de (ihzarat) içermesi; işin bünyesine girmesi ve yardımcı malzemelerden olması ve malzemelerin fiyatlarının ihale dokümanında belirlenmiş olması bağlıdır (YİĞŞ m. 40/f. 7).

Malzeme bedeli ve yapılan iş miktarı yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar sözleşmedeki esaslara uygun olarak hak ediş raporuna geçirilir (YİĞŞ m. 40/f. 7).

Birlikte hazırlanan geçici hesap her iki tarafça imzalanmadığı takdirde işleme

---

189 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s.55, Yavuz/Özen/Acar, s. 535, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 315, Karahasan, İhale, s. 300 vd.

190 Müteahhit çağrıda bulunmasa bile iş sahibi üç ayda bir müteahhidin ücretini tek taraflı hesaplamalarına ve ölçümlmelerine dayalı olarak hak edişini düzenleyebilir (YİĞŞ m.40/f.6).

konmaz. Bu sebeple müteahhit ücretinin zamanında ödenmediğini ileri sürerek iş sahibini borçlu temerrüdüne düşüremez. Burada işlemlerin devam edebilmesi için müteahhidin geçici hesabı, hiç değilse ihtirazı kayıtlı imzalaması zorunludur.

Böylece müteahhit geçici hak edişe olan itirazlarıyla karşı görüşlerinin nelerden ibaret olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hak ediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hak ediş raporunu "... idareye verilen şu tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı" cümlesini de yazarak imzalaması gereklidir (YİGŞ m. 40/f. 10-11-12).

İş sahibi önceden tayin edilen günde müteahhit veya vekili hazır bulunmasa dahi yapılan işi ve hazır bulundurulan malzemeyi tek taraflı olarak ölçümleyip tespit edebilir. Müteahhidin sonradan bu geçici hesaba dayanılarak bir itiraz hakkı olmayacaktır<sup>191</sup>.

İnşaatta ne kadar yol alındığı ne miktar iş yapıldığı zaten her gün şantiyede tutulan yeşil defterlere kaydedilmekte ve her gün güncellenmek suretiyle geçici hak ediş raporları için dayanak teşkil etmektedir. Bu defterlerin taraflarca hazırlanması ve imzalanması ile birlikte taraflar arasında bir delil anlaşması olduğu ve aksinin ise yine yazılı deliller ile ispatlanması gerektiği dahi söylenebilir.

Bu itibarla aslında sözleşmenin eki birim fiyat cetvelinde olmamasına rağmen sonradan idare tarafından yapılması öngörülen işlerin atasman defterine kaydedilmesi gereklidir. Aksi halde bu işlerin sözleşmede kararlaştırılan birim fiyat üzerinden ücretlendirilmesi mümkün olmayacak duruma göre caiz olan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre ücretlendirilmesi söz konusu olacaktır (YİGŞ m. 40/f. 4).

Geçici hak edişler kesin ödeme niteliğinde değildir. Müteahhit açısından kazanılmış hak da yaratmaz. Müteahhidin inşaat sözleşmesine ne derece uygun iş çıkarttığı ve ne kadar ihzarat bedeline hak kazandığı kesin hesaplamayla ortaya çıkarılacak ve kesin hesap raporu ile birlikte tahakkuka bağlanacaktır (YİGŞ m. 40/f. 15).

---

191 Burada şunu söyleyelim ki müteahhit geçici hesap raporu ile tahakkuk eden hak ediş miktarına itiraz ederken hesaplamaya dair itirazlarını da ileri sürebilmelidir.



Burada Şu hususu da belirtelim ki (her bir hak ediş olarak) ara hak edişler BK m.364/f.2'de belirtilen eserin kısmi parçalarının teslimi halinde 3denen 3cretler gibi değildir<sup>192</sup>. Yine ara hak edişler avans 3demesi niteliğinde de değildir. Zira her Şeyden 3nce avans 3demesi; yapılan işin karşılığı değildir. Sadece yapılan işin ve malzemenin temininde kredi fonksiyonu g3r3r. Avans bu açıdan bir 3n 3deme niteliğindedir<sup>193</sup>.

Gerçekten de KİK' e tabi inşaat s3zleŐmelerinde avans 3demesinin<sup>194</sup> s3z konusu olup olmayacağı ve miktarının ne olacağı daha s3zleŐme imzalanırken taraflarca bilinmekte ve 3oğu zaman m3teahhide verilen avansın da (teminat mektubu ile) teminat altına alındığı g3r3lmektedir. Ancak bu 3zellikler ara hak edişler için geçerli değildir.

Ara hak edişler, geçici hak ediş raporunun m3teahhit tarafından imzalanmasından sonra iş sahibi tarafından en geç s3zleŐmesinde belirtilen s3renin sonunda, b3yle bir s3re s3zleŐmede belirtilmemiŐse en geç 30 g3n içinde tahakkuk ettirilir. M3teahhide, yasal kesintilerle birlikte net olarak kuruŐlandırılmak suretiyle en geç 15 g3n içinde 3denir (YİĞŞ m. 40/f. 15).

M3teahhit hak ediş raporuna bir itirazı var ise kendisine yapılan 3demeden itibaren 10 g3n içinde aksi g3r3Őlerini ve dayandığı gerekçelerini belirten dilekçesini iş sahibine sunmak zorundadır. Aksi halde hak edişleri olduğu gibi kabul etmiş sayılır (YİĞŞ m. 40/f. 15)<sup>195</sup>.

---

192 Baygın, 3cret, s. 201

193 Şimşek, İnşaat S3zleŐmeleri Ortak Seminer, s. 203, Kaplan, İnşaat S3zleŐmeleri Ortak Seminer, s.158, “ (...) Bayındırlık IŐleri Genel Şartnamesinin (39.) maddesinde ara hak edişler kesin 3deme niteliğinde olmadığı gibi-3denmiŐ olsa dahi-y3klenici için kazanılmış hak sayılamaz. Kesin hesapla miktarının her an değişmesi muhtemeldir. Kaldı ki tahakkuk işlemi yapılmıŐca kadar yetkili makamca 3zerinde d3zeltme yapılabilmesi m3mk3nd3r. (...)”; Y.15.HD., 11.10.1993 T., E.1993/5707, K. 1993/3954, Baygın, 3cret, s. 199.

194 3z, İnşaat S3zleŐmeleri, s. 74-75, Şimşek, İnşaat S3zleŐmeleri Ortak Seminer, s. 201,

195 “(...)Y3kleniciler, idarelerle, BİĞŞ esas alınarak yaptıkları s3zleŐme sonrasında, geçici hak edişleri kabul etmiyorlarsa, hak ediş raporuna ekleyecekleri dilekçelerde itirazlarını ve dayandıkları gerekçeleri bildirmek zorundadırlar. D3zeltme yapılarak 3denen hak ediş on g3n içinde itiraz edilmemiŐse, kabul edilmiş sayılır”; Y.15.HD., 13.10.1995 T., 5396 E., 5519 K.; Karahasan, İhale, s. 815

Müteahhit ara hak edişin usulüne uygun şekilde ödenmemesi halinde sadece bu kısım için iş sahibini borçlu temerrüdüne düşürebilir ve temerrüt sadece bu kısım için hukuki sonuçlarını doğurur.

Ancak tek bir hak edişin zamanında ödenmemesi inşaatın bitirilmesi işini bir bütün olarak tehlikeye düşürüyorsa bu durumda sözleşmenin tümü için müteahhit temerrüt sebebiyle doğan haklarını kullanabilir<sup>196</sup>.

İşin geçici kabulünün yapılmasından itibaren altı ay içinde yapı denetim görevlisi ve müteahhit kesin hesabı çıkarıp iş sahibi idareye teslim etmek zorundadır. Kesin hesaplar biri asıl olmak üzere toplam üç nüsha olarak düzenlenir. Kesin hesaplamalarda geçici hesaplamalarda ve raporda yer verilen iş miktarlarının ve malzemeler için ihzarat bedellerinin doğruluğu olduğu gibi kabul edilmez. Aksine tüm metrajlar yapı denetim görevlisi ile birlikte müteahhit veya vekili tarafından birlikte yeniden ölçülünerek tespit edilir. Bu yapılırken de pek tabii ki iş yerinde tutulan yeşil defter, ataşmanlar ve diğer defterler delil olarak kullanılacaktır (YİĞŞ m. 41/f. 1-2).

Müteahhit veya vekili yapılan çağrıya rağmen kesin hesap işlemlerine katılmaz ise kesin hesap tek taraflı olarak yapı denetim görevlisince hazırlanır (YİĞŞ m. 41/f. 1).

İş sahibi tarafından kesin hesabın onaylanabilmesi müteahhit tarafından en azından ihtirazi kayıtla imzalanmasına bağlıdır. Aksi halde kesin hesap raporu ile tahakkuk ettirilecek kesin hak edişlerle tespit edilecek ücretine kavuşamayacaktır. Müteahhidin bu hesaplama eğer kesin hesabın çıkarılmasına katılmışsa altı aylık süre içinde itiraz etmesi gerekir. Şayet müteahhit veya vekili hesaplama katılmamışsa kesin

---

196 “(...) Yanlar arasında 2940 sayılı yasa çerçevesinde birer eser sözleşmesi kurulduğunda uyumsuzluk yoktur. Davacı, 441788,85 liralık hak edişin ödenmediğini ileri sürerek “akdin feshi ile işin tasfiyesine” yönelik olarak istemde bulunmuştur. Oysa sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden BİĞŞ md. 33' e göre ara hak edişler yükleniciye alelhesap ödenmektedir. İhale konusu işin bedeli 8534874,69 lira olup ara hak edişlerden birinin zamanında ödenmemesi, sözleşmenin tümünden dönmeyi gerektiren bir neden değildir. Öyle ki davacı işe devam etmiş sonra da hak edişleri kendisine ödenmiştir. Burada belirli zamanlarda yükleniciye avans niteliğinde olmak üzere ara hak edişlerle ödeme yapılması söz konusudur. Belirli zamanlarda ödenmesi kararlaştırılan avansların zamanında ödenmemesi sözleşmenin amacını tüm(den) tehlikeye düşürüyorsa işte böyle bir olasılıkta, yüklenici sözleşmeden dönebilir”, Y.15.HD., 30.05.1978 T., 762 E., 1158 K., Baygın, Ücret, s. 213, dn. 715. Burada ara hak edişlerden avans ödemesi olarak bahsedilmesi yerinde olmamıştır.

hesaplama nüshaları incelemesi ve itirazda bulunması için 60 günlük süre verilir (YİGŞ m. 41/f. 4).

Yapı denetim görevlisi süreler içinde kesin hesapları, idareye teslim etmediği takdirde yüklenici kendi hazırladığı kesin hesapları idareye vererek incelenmesini ve onaylanmasını isteyebilir (YİGŞ m. 41/f. 7).

İdare her halükarda kendisine teslim edilen kesin hesaplamaları 6 ay içinde inceleyip onaylar. İş sahibi bu süre içinde incelemede bulunup bir tespit bulunmazsa müteahhit varsa yaptığı itirazlarında haklı sayılır ve kesin kabulün yapılması şartıyla kesin hesabın çıkarılmasını da isteyebilir (YİGŞ m. 41/f. 8).

Kesin hesaplamalarda yapılan incelemelerde iş sahibi bir değişiklik yapılmasını öngörürse müteahhidin bu değişikliğin yapılmasından haberdar olduğu tarihten itibaren 10 gün içinde itirazlarını içeren dilekçelerini iş sahibine sunması zorunludur. Aksi halde kesin hesapları kabul etmiş sayılır.

İş sahibi kesin hesap kesme işlemi ve onaylanan kesin hesaba göre; yapılan işlerin ve iş yerinde hazır bulundurulmuş malzemelerin ihzarat bedellerini geçici hak edişlerle ödenen kısımlarına mahsup eder.

Sonuçta ara hak edişlerle ödenmemiş bir kısım kalırsa bu kısım da müteahhide kesin hesabın onaylanmasını takiben en geç 15 gün içinde ödenir (Burada YİGŞ m. 40 hükmü kıyasen uygulanır).

Şayet iş sahibinin müteahhide fazla ödeme yaptığı tespit edilmişse iş sahibi sözleşmeden doğan bir iade talebi olarak kesin hesabın onaylanmasını müteakip 5 yıl içinde bu fazla ödemenin kendisine iade edilmesini talep edebilecektir (BK m.126/b.4)<sup>197</sup>.

---

197 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75

### 2.5.3.2.2. Anahtar Teslimi Götürü Bedelli Sözleşmelerde

KİSK m. 6 uyarınca KİK' e tabi inşaat sözleşmeleri ya toplam bedel üzerinden isteklinin teklif ettiği anahtar teslimi götürü bedelli sözleşme olarak ya da toplam bedel üzerinden isteklinin teklif ettiği birim fiyatlı sözleşme olarak kurulacaktır.

Buna göre esasında KİK' e tabi inşaat sözleşmeleri ister birim fiyatlı olsun ister anahtar teslimi götürü bedelli olsun hiçbir suretle yaklaşık bedelli olarak kurulamayacaktır.

Birim fiyatlı sözleşme de esasında anahtar teslimi götürü bedelli sözleşmeden farklı değildir. Ancak birim fiyatta inşaatta yapılacak işler iş kalemlerine bölünmüş ve (metraj hesabı yapılmasını mümkün kılacak şekilde) her biri için birim fiyatlar istekli tarafından teklif edilmiştir. Toplam bedel de işin sonunda yapılan iş miktarı ve ihzarat bedeline göre kesinlik kazanacaktır.

Anahtar teslimi götürü bedelde iş sahibinin ne kadar iş yapacağı ve ne kadar malzemeyi iş başında hazır bulunduracağı dikkate alınmaz. Esasında bu işler daha baştan iş sahibi tarafından bilinir ve buna göre isteklilerin teklifleri değerlendirilir.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde müteahhide yapılacak ödeme miktarının ne zaman muaccel olacağı, hak edişlerin ne zaman ve ne şekilde yapılacağı birim fiyat cetvelleri olmayacağı için ihale dokümanında ayrıca düzenlenmiş olmalıdır.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde geçici hak edişlere ve kesin hak edişlere ilişkin sözleşmede hüküm bulunmaması halinde YİGŞ m. 40 ve 41 bu sözleşmeler için de uygulanacaktır (YİGŞ m. 40/f.(a)).

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER

#### 1. KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI İLE DİK VE ALT MEVZUATINA TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Tezimizin bu aşamasına gelen kadar çeşitli sebeplerle inşaat sözleşmelerinin sona ermesinden bahsedildiği halde, sona ermenin “iptal<sup>198</sup>”, “dönme<sup>199</sup>”, “feshin” haklarının hangisinin kullanılmasyla gerçekleştirildiğinden özellikle bahsedilmemiştir. Yalnızca dönme, iptal ve feshin; inşaat sözleşmesinin hukuki

---

198 “ (...) İptal; daha baştan kurulurken irade fesadı (hata, hile, ikrah) veya gabin nedeniyle sakat bir sözleşmenin sonradan geçmişe yürürlüklü olarak kesin geçersiz hale getirilmesini sağlayan bir haktır.” Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 24 dn. 4, geri alma ve cayma hakkı ile ilgili açıklamalar için bkz. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 24 ve 25 dn. 5-6-7, Sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönmenin tanımı, doğurduğu hukuki sonuçlar, yerine getirilmiş edimlerin iadesi bakımından beliren farklılıklar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 27 vd. Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, (Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998) s.117

199 Dönme ani edimli borç ilişkilerinin sona erdirilmesini ifade eder. Dönme ile borç ilişkisi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırılmakta ve tarafların sözleşme öncesi durumları neyse kendilerinin o hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Fesih ise, sürekli borç ilişkilerinde, borç ilişkisini kullanıldığı andan itibaren geleceğe etkili olacak sona erdirmektedir. Şu halde BK genel hükümlerinde (BK m. 82, BK m. 94, BK m.95) geçen fesih tabiri ile BK m. 108' de geçen rüç'u tabiri sözleşmeden dönmeyi ifade etmektedir. Böylece fesih tabiri, hatalı olarak, aslında birbiriyle tamamen zıt anlamlı olduğu dönme tabirinin yerine kullanılmıştır. Borçlar Kanunu genel kısmı ani edimli borç ilişkilerini esas alarak düzenlemeler getirmiştir. BK' nın özellikle 106-108. maddelerinin sürekli borç ilişkilerine uygulanması durumunda haksız sonuçlar yaratabileceği, böyle bir sorunun ise Kanunda düzenlenmiş diğer benzer sözleşme hükümlerinin kıyasen sürekli borç ilişkilerine uygulanması veya genel kısımdaki düzenlemelerin bu sözleşmelerin bünyelerine MK m. 2 dürüstlük kuralı yardımıyla uydurulması yoluyla aşılabileceği önerilmektedir. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 13, Seliçi, Sürekli Borç ilişkileri, s. 201 ve 210

niteliği ve taraflar arasında yapılacak tasfiye ilişkisi ile sıkı bir ilişki içinde olacağı belirtilmekle yetinilmiştir<sup>200</sup>.

Borçlar Hukuku genel hükümleriyle ve eser sözleşmelerinin Borçlar Kanunu özel kısımdaki düzenlemelerine tabi olan inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğiyle ilgili doktrindeki tartışmalara çok fazla girmeden<sup>201</sup> diyebiliriz ki gerek DİK ve alt mevzuatı (DİK m. 62 ve BİGŞ m. 47) ve gerekse KİK ve alt mevzuatı (KİSK m. 22, YİGŞ m. 48) sona eren inşaat sözleşmelerin tasfiyesini sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara uygun olacak şekilde düzenlemiştir. Zira tasfiyede sözleşme ister müteahhidin ölümü ister temerrüdü sebebiyle sona ersin daima yapılan kısma isabet eden sözleşmede kararlaştırılan ücret müteahhide ödenmektedir.

Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi<sup>202</sup> bu düzenleme Kanun Koyucunun en azından inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğiyle ilgili bilinçli bir tercihten kaynaklanmamaktadır. Biz ihale mevzuatının uygulandığı inşaat sözleşmelerinin de kural olarak ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu kabul ediyoruz. Yoksa sadece tasfiye sistemine ilişkin kurallar esas alınarak inşaat sözleşmesinin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurduğunu düşünmüyoruz.

Yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi KİK ve alt mevzuatı yürürlüğe girmesiyle birlikte (KİSK ve YİGŞ), DİK ve BİGŞ' nin kapsamına giren sözleşmeleri büyük ölçüde kendi uygulama alanına sokmuştur. Bu sebeple aşağıda müteahhitten kaynaklanan sebeplerle ilgili sona erme halleri YİGŞ ve KİSK' teki düzenlemeler esas alınarak

---

200 Bkz: yuk. s. 22 civarı ve özellikle s. 52 civarı

201 İnşaat sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi kurduğu kabul edilirse sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilecektir. Esasında doktrinde istisna sözleşmesinin katıksız sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğuna dair bir görüş yoktur. İstisnası Sezer Özyörük, *İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 63, (Basım Yeri y.y: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988), s. 59, İstisna sözleşmesinin hukuki niteliğinin sürekli geçici karmaşığı olduğuna dair Serozan, Dönme, 173 vd., İstisna sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi kurduğu ancak sürekli borç ilişkisine dair özellikler de içerdiği hakkında bkz: Fikret Eren, *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminerden Ayır Bası*, (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1997) s. 52, “ (...) İnşaat sözleşmeleri müteahhidin teslim borcu açısından ani edimli, çalışma borcu açısından sürekli edimli sözleşme niteliğindedir”; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, s. 121, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 61 vd., Uygur, İnşaat, s. 35-36, Ayrıntılı bilgi için, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 12 vd. Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 125

202 Bkz: yuk. s. 25 civarı

açıklanacaktır. Her ne kadar KİK ve alt mevzuatı DİK ve alt mevzuatından farklı hükümler öngörse de (ihale usulleri, cezalar ve denetleyici üst kuruluş bakımından) konumuzu ilgilendiren sözleşmenin kurulması, tarafların hak ve yükümlülükleri ve sona erme halleri bakımında çok farklı hükümler öngörmüş değildir. Her iki mevzuat arasında sona erme sebepleri bakımından bir farklılık olmadığı müddetçe DİK ve alt mevzuatı hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunulmayacaktır.

## **2. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER**

### **2.1. MÜTEAHHİDİN TEK OLDUĞU HALLERDE**

#### **2.1.1. SÖZLEŞMENİN USULSÜZ DEVRİYLE İLGİLİ YAPIM İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİ HÜKMÜ**

YİĞŞ m. 47'ye göre “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. 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 4735 sayılı Kanunun 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır”.

Sözleşmenin usulsüz devrinin ne anlama geldiğini anlayabilmek için öncelikli olarak sözleşmenin devrinin hukuki niteliğini bilmek gerekir. Bu sebeple aşağıda öncelikli olarak sözleşmenin devrinin ne anlama geldiği ortaya konmaya çalışılmış daha sonrada usulsüz devre sebebiyet veren durumlar ile sonuçları hakkında açıklamalarda bulunulmuştur.

### 2.1.1.1. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmenin devri<sup>203</sup> taahhüt konusu işin ortaklık şeklinde yapılması veya sözleşme konusu işte taşeron çalıştırılması durumu demek değildir<sup>204</sup>. Aksine sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmenin tarafları değişmekte ve sözleşmede taraf olmaktan çıkan kişinin aksi kararlaştırılmadığı müddetçe sorumluluğu sona ermektedir. Sözleşmeyi devralan kimse o sözleşmeden doğan tüm hak ve yetkileri kullanabilir hale gelmektedir.

Borçlar Kanunu sözleşmeden doğan borç ilişkisi içindeki (dar anlamdaki) borcun nakli ile alacağın temlikini düzenlemiş fakat borç ilişkisinin bir bütün olarak devrini düzenlememiştir<sup>205</sup>.

Borç ilişkisinin bir bütün olarak devrinde taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılır onun yerine yeni taraf geçer. Söz konusu ilişkiden ayrılan tarafa ait olan mevcut hak ve borçlar da sözleşme ilişkisine yeni katılan tarafa ait olur. Bu hak ve borçların kapsamına devredene ait def'i ve yenilik doğuran haklar da girer<sup>206</sup>.

Sözleşmenin devredilebilmesi için borcun nakli ve alacağın temliki işlemlerinin bir arada yapılmış olması gerekmektedir. Zira ne tek başına borcun nakli<sup>207</sup> ne de tek başına alacağın temliki; borcu yükleneni veya alacağı devralanı sözleşmenin tarafı haline getirmez.

---

203 Sözleşmenin yüklenilmesi olarak da ifade edilmektedir. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2006) s. 1206, Hasan Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, (Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003), s. 53,153, Yekta Türkoğlu/Türhan Şakı/Ercan Egemen, *İhale Hukuku ve İnşaat İşleri*, (Ankara: Olgaç Matbaası, 1985) s. 393, Öz, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 110-111

204 “(...) asıl yüklenicinin taahhüdündeki işi şartnamesine uygun olarak yapmayı taahhüt eden bir başka kişiye özel bir mukavele ile yaptırması işin devri anlamı taşımaz”, 24.02.1962-170/2996 Sayıştay 4. Daire Kararı, Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 394,

205 Borçlar Kanunu Tasarısı borçlunun değişmesi, borcun dış yüklenilmesi, borca katılma gibi müesseseleri BKT m. 197, 198,199 ve 200. maddelerinde düzenlemiştir. Cevdet Yavuz, *Borçlar Kanunu (BK.)-Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT.) ve Gereği, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte-* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006) s. 158-159

206 Eren, Borçlar, s.1206

207 “Sözleşmeden dönme hakkını eski borçlu kullanacaktır. Çünkü borcun nakli bir sözleşmesinin tarafının değişmesi anlamına gelmez. (...) Bir kişinin sözleşmenin tarafı olma sıfatını devredebilmesi için sözleşmeden doğan bütün borçların nakletmesi yanında, aynı kişiye bu sözleşmeden doğan bütün alacak haklarını da temlik etmesi gerekir.” M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005) s. 968, Eren, Borçlar, s. 1186



Bu sebeple YİĞŞ' de düzenlenen sözleşmenin devri işlemi ancak bir arada yapılacak alacağın temliki ve borcu nakli sözleşmeleriyle mümkün olacaktır.

Buna göre sözleşmenin devri işlemi iş sahibi, sözleşmeyi devreden müteahhit ve devralacak müteahhit arasında yapılacak üç taraflı bir işlem şeklinde olacaktır. Bu sözleşme içeriği itibariyle devreden müteahhidin hem iş sahibine karşı olan alacaklarını hem de ona olan borçlarını devralana temlik etmekten/nakletmekten ibarettir<sup>208</sup>.

Sözleşmeyi devreden borcu için aynı veya şahsi teminat verenlerin, örneğin teminat mektubu veren bankanın teminat borcunun, devralan müteahhit için de mevcut ve geçerli olduğunu kabul etmesi gerekir. Kabul beyanı en geç devir anında yapılmış olmalıdır. Aksi halde verilen teminatlar geçersiz hale gelecektir<sup>209</sup>.

Ancak devretmek isteyen müteahhit kendi lehine verilen teminatların iadesine veya serbest bırakılmasını dair talepte bulunma hakkı yoktur. Örneğin devreden teminat mektubunun hükümsüzlüğü ile kendisine iade edilmesi talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Zira o teminat mektubunun tarafı değildir<sup>210</sup>.

Taraflar devir sözleşmesine konu edilen taşınır ve taşınmaz mallar için Eşya Hukuku kurallarına uygun mülkiyet nakillerini gerçekleştirmelidir. Buna göre sözleşmede yazılı alacakların alacağın temlikiyle birlikte doğrudan devralanın mal varlığına geçecek olmasına rağmen, taşınırlar için zilyetliğin devri, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların tapu siciline tescili gereklidir<sup>211</sup>.

---

208 “Davacı yapımını yüklediği işi, bir başka üstenciye devrettiğine göre, borcun nakledilmesiyle borçtan kurtulmuş ancak davalı belediyeye karşı sözleşmeden doğan hakları istemek hakkı da yeni borçluya geçmiş olur”. Y.15.HD.,12.03.1974 T, 974/126 E., 974/208 K., Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 395,

209 Karahasan, İhale, s.270, Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 394; Her iki eserde de teminatı veren bankanın devralan adına rıza gösterdiğini belirtmiş olması gerektiği ifade olunmaktadır.

210 “(...) devir sözleşmesinde ayrı bir hüküm bulunmadıkça borçlu tarafından tesis edilmiş rehin ve öteki teminatlar, alacaklıya karşı teminat olmakta devam eder. Olayda da, borcu üzerine alanın işi bitirmesine kadar teminat mektubu belediyeye karşı teminat teşkil etmeye devam edeceğinden, davacı mektuba ilişkin bir istekte bulunamaz”, Y.15.HD., 12.03.1974, 974/126 E. 974/208 K., Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 395.

211 Oğuzman/Öz, s. 973

Taraflarca haricen hazırlanıp imzalanan üçlü devir sözleşmesinin daha sonra noterden tasdik edilmesi gerekmektedir<sup>212</sup>. Her ne kadar KİK ve alt mevzuatında devir sözleşmesi için ayrı bir şekil şartı ön görülmemiş olsa da kendinden önceki sözleşme için noterden yapılmış tasdik şekli geçerlilik şartı olarak arandığına göre devir sözleşmesinin de noterden tasdik şeklinde yapılmış olması gerekir. Bu nitelikli şekil şartı kamu ihale mevzuatı düzenlemelerine daha uygundur<sup>213</sup>.

Sözleşmenin devredilebilmesi için ihale yetkilisinin yazılı onayı gerekir. İhale yetkilisi izin verip vermemekte serbesttir<sup>214</sup>.

Burada son olarak “zorunlu hallerde” sözleşmenin devredileceğini ifade eden düzenlemesinin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durmak istiyoruz. Gerçekten de ihale yetkilisi izin verip vermemekte takdir yetkisine sahip olsa dahi bu takdir yetkisi bağlı yetkidir. İdarece bu yetki, sözleşmenin devrinin zorunlu bir hal alıp almadığı esas alınarak ve keyfi uygulamalara meydan vermeden kullanılmalıdır. Buna göre zorunlu hal; üzerine ihale yapılan müteahhidin hal ve vaziyetinden sözleşmede yazılı taahhütlerini o an için yerine getirebilmekle birlikte yakın bir gelecekte ifa etmekten aciz duruma düşeceği belli olan halleri ifade ettiği kabul edilmelidir. Gerçekten de bu gibi zorunlu hallerin var olduğu, ihale konusu işin yerine getirilmesindeki kamu menfaatleri de dikkate alınarak, kabul edilmelidir.

Yine sözleşmenin devri sözleşmeye bağlanmış ihaleler için söz konusu olabileceğinden ihalesi yapılmış ancak henüz sözleşmeye bağlanmamış işlerin devri de mümkün olmamalıdır<sup>215</sup>. Ancak bazı istisnai (özellikle kamu yararının olduğu) hallerde ihalesi yapılmış ancak sözleşmeye bağlanmamış işlerin de iş sahibi idarenin izninin alınması şartıyla devredilebileceği kabul edilmektedir<sup>216</sup>.

---

212 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 393

213 Eren, Borçlar, s.1207

214 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 393

215 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 393,

216 “(...) Sözleşmenin yapılmasından önce idarenin yazılı izni alınarak işin başkasına devredilmesinde bir sakınca görülmemiştir”. Sayıştay Daireler Kurulu, 05.10.1977, K.319/1., Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 396

Devir alacak kimsenin ilk ihalede aranan şartları taşıyor olması gerekir. Örneğin mali ve ekonomik yeterlilik ile mesleki bilgiye ilişkin kriterleri karşılaması ve ihalelere katılması yasaklanmış kimselerden olmaması gereklidir.

Belirttiğimiz gibi sözleşmenin devrine onayın; zorunlu hallerle, örneğin henüz müteahhidin edimini ifa etmekten aciz duruma düşmediği ancak hal ve vaziyetinden yakın bir gelecekte aciz duruma düşeceğinin belli olduğu durumlarda olduğu gibi, sınırlanmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Buna göre yine sözleşmeye son verilmiş veya sözleşmenin tasfiyesine geçilmişse artık sözleşmenin devrinin yapılması mümkün olmamalıdır<sup>217</sup>.

## **2.1.1.2. USULSÜZ DEVİR NEDENLERİ VE SONUÇLARI**

### **2.1.1.2.1. İş sahibinden İzin Alınmaması ve Şekle Aykırılık**

İhale yetkilisi yukarıda belirtildiği gibi zorunlu bir durumun varlığına<sup>218</sup> kanaat getirmediği veya devralmak isteyen müteahhidin ilk ihaledeki şartları taşımadığını tespit ettiği durumlarda sözleşmenin devri için izin vermez. Aslında bu iznin mevcut olup olmadığı yukarıda anlattığımız üçlü ilişki kuran anlaşmanın<sup>219</sup> imzalanması ile ortaya çıkacaktır.

Bu devri gerçekleştirirken devirnamenin noterden tasdik şeklinden yapılması gerektiğini ve bu geçerlilik şartına uyulmaması halinde devrin geçersiz olacağını yukarıda belirtmiştik<sup>220</sup>.

---

217 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 393, “(...) Mukavelesi yapılmamış bir işin başkasına devri söz konusu olamaz”.; Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 394,

218 Bkz: yuk. s. 77 civarı

219 Bkz: yuk. s. 76 civarı

220 Bkz: yuk. s. 81 civarı

#### **2.1.1.2.2. İlk İhalede Aranılan Şartların Devralmak İsteyen Müteahhit Bakımından Sağlanamaması**

İhalenin üzerine yapıldığı müteahhit için aranılan koşulların neler olduğu yukarıda etraflıca belirtilmiştir<sup>221</sup>. Bu şartlar sözleşmenin tarafı olmak isteyen (devralmak isteyen) müteahhit için de aynen aranılacaktır. Burada tekrardan kaçınmak için ilgili kısımlara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

#### **2.1.1.2.3. Hem Devreden Hem Devralanın Devir Sözleşmesinin Tarihinden 3 Sene Öncesine Kadar Başka Bir Sözleşmeyi Devretmemiş ve Devralmamış Olması**

Bahis konusu inşaat Sözleşmesinin devrinden önce hem sözleşmeyi devretmek isteyen hem de sözleşmeyi devralmak isteyen müteahhidin devir tarihinden 3 sene öncesine kadar kamu kurum ve kuruluşlarıyla yapmış olduğu KİK ve alt mevzuatına tabi bir başka bir inşaat sözleşmesini devretmemiş ve devralmamış olmaları gereklidir.

Başka bir sözleşme ile kastedilen hem yapım işleri hem de diğer KİK ve alt mevzuatına tabi işler (mal, hizmet, danışmanlık, hizmet alımına ait) için imzalanan sözleşmelerdir.

#### **2.1.1.3. Usulsüz Devrin Sonuçları**

İş sahibinden izin alınmaması, ilk ihalede aranılan koşulların devralmak isteyen bakımından sağlanamaması daha önceden devredilmiş ve devralınmış bir sözleşmenin bulunması halinde olacakları YİĞŞ m. 47 şu şekilde düzenlemiştir;“ (...) 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 4735 sayılı Kanununun 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır”.

---

221 Bkz: yuk. s 36 civarı

Düzenlemenin çok da başarılı bir şekilde kaleme alınmadığı açıkça görülmektedir. Şartnamenin bu hükmü şu şekilde yorumlanmalıdır, mevcut sözleşme böyle bir usulsüz devir işlemine girildiği için sona erdirilecek ve sona eren sözleşmedeki hak ve borçlar tasfiye ilişkisi içinde taraflara bahşedilecek/yüklenecektir.

YİĞŞ her ne kadar hem devredilen hem de devralınan sözleşmenin sona erdirileceğinden bahsetse de esasında devir hiç gerçekleşmeyeceği için birinci-devredilmek istenen sözleşmenin sona erdirileceğinin kabulü gerekir <sup>222</sup>.

YİĞŞ m. 47'ye göre şayet sözleşme bu şekilde usulsüz devredilirse bu durumda KİSK m. 20 uyarınca iş sahibi durumun düzeltilmesi için müteahhide 20 günlük bir süre verecek, bu sürede usulsüz işlemler düzeltilmez<sup>223</sup> ve eksiklikler giderilmezse yine aynı yasanın 22. maddesi uyarınca feshedilen sözleşme tasfiye edilecek ve hem sözleşmeyi devretmek isteyen müteahhit hem de sözleşmeyi devralmak isteyen müteahhit ihalelere katılmaktan yasaklanacaktır (KİSK m. 26).

### 2.1.2. MÜTEAHHİDİN İFLAS ETMESİ

KİK ve alt mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin iflas etmesi halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı, KİSK m.17 ve YİĞŞ m. 50/(b) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre “yüklenicinin iflas etmesi halinde akdi feshedilir ve hakkında yasaklama hariç 20. ve 22. madde hükümleri uygulanır” (KİSK m.17). Tarafların gerek o ana kadar yerine getirmiş oldukları gerekse henüz yerine getirilmemiş olan edimlerinin tasfiyesi YİĞŞ m. 48'e göre yapılacaktır (YİĞŞ m. 50/(b)).

---

222 “(...) ya devir işlemi sözleşmenin tarafının değişmesi olarak geçerlidir o zaman sadece devralanın sözleşmesinin feshi söz konusu olabilir; ya da devir geçersizdir o takdirde de sadece devretmeye kalkışan mevcut müteahhidin sözleşmesinin feshinden söz edilebilir”. Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 112. Bu halde devir geçersiz olduğundan devralmaya kalkışan müteahhitle zaten bir sözleşme ilişkisine hiç kurulmadığından bu sözleşmenin sona erdirilmesinden bahsetmek mantıksız olmaktadır.

223 Yine usulsüz devre kalkışan müteahhide bu usulsüz işlemlerini sona erdirmesi ve düzeltmesi için 20 günlük süre vermek de karşılaşılan işlemlerin özelliği ve düzeltilmesinin imkânsızlığı göz önüne alındığında son derece mantıksız bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuçta bu mevzuatı hazırlayanların Borçlar Hukukundan bu kadar habersiz olmaları üzücüdür.

Bu düzenlemeler <sup>224</sup> ışığında iş sahibinin müflise karşı durumun düzeltilmesi için artık en az 20 günlük bir sürenin verilmesinin gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Zira böyle bir durumda artık müteahhidin verilecek süreyi verimsiz geçireceğinden şüphe duymamak gerekir (BK m.107 kıyasen burada da uygulanmalıdır). Bu sebeple iflas halinde 20. maddeye yapılan atfın bu kısmı anlamsız kalmaktadır.

Her ne kadar KİSK m. 17 ve YİĞŞ 50/(b) fesihden söz ediyorsa da hükmün amacı ve kesinliği göz önüne alınarak burada müteahhidin iflas etmesiyle birlikte sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği (münfesihi olacağı) kabul edilmelidir. Ne iş sahibinin ne de müteahhidin bu sebeple bir fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur.

Bu sonuca KİSK m. 22/f.1'in yorumundan da ulaşılabilir. Bu maddede, inşaat sözleşmesinin her bir sona erme sebebi bakımından hangi anda feshedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca artık iş sahibi (idarenin) alacağı fesih kararı yapısı itibariyle kurucu değil açıklayıcı mahiyette olacaktır. Ancak kesin tasfiyenin başlanıp tamamlanması için fesih kararının müteahhide tebliğ edilmiş olması gerekir.

Müteahhidin iflas etmesi durumunda, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği an mahkemenin iflas kararının açıldığını belirttiği ilamındaki saattir. Artık iflasın belirtilen saat itibariyle açıldığının kabulü gerekir<sup>225</sup>. Bundan sonra iş sahibinin iflas kararının kesinleşmesini beklemesine gerek yoktur<sup>226</sup>. Geri kalan iş için idare

---

224 Biz KİK ve alt mevzuatının Borçlar Kanununun gerek genel hükümlerine gerekse özel hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Bkz: yuk. s. 15 civarı.

225 Orhan Cevdet Kural/Ercüment Kılıçbay/Halil İzmir, *İnşaat ve İhale Hukuku* (Ankara: İlk-San Matbaası Ltd. Şti., 1988) s. 878

226 Karahasan, *İhale*, s.271, Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 399; Aslında sözleşmenin sona erme anının tespit edilmesinde asıl rolü iflas kararının kesinleşmesi mi yoksa yerel mahkemenin iflasın açılmasına karar vermesi mi oynayacaktır bu husus tartışmalıdır. Özellikle açılan bir iflas davasının, davacının tek taraflı bir işlemi ile geri alınıp alınamayacağı sorunun çözümünde önemli bir rol oynayacaktır. Yargıtay bu konuda iki farklı görüşü de benimseyen kararlar vermiştir. Birincisi iflasın açılmasından sonra ödemenin ya da davacının tek taraflı işleminin yani vazgeçmesinin (bunu feragat olarak anlamak gerekir.) iflas davasını ortadan kaldırmayacağı yönündedir. Bu karar için bkz: “(...) iflasın açılmasından sonra ödemeye ya da başka bir nedene dayanan vazgeçme istek ve iradesi iflas hükmünün ve iflas halinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz. İflasa ait hükümlerin uygulanmasını engellemez.”; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.04.1983 günlü 982/12-963 E., 983/335 K.; Kural/Kılıçbay/İzmir, s.879, Aksi yöndeki Yargıtay Kararı için Bkz: “(...) İflas kararı kesinleşmeden, iflas işleminden vazgeçilebilir”; Y.12.HD., 17.01.1985 T., 984/14641 E., 985/276 K., Kural/Kılıçbay/İzmir, s.879; Kanaatimizce açılan bir iflas davası sadece davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişkiyi etkilememekte aksine davalının

yeniden ihaleye çıkabilir ancak bu durumda idarenin iflasın kaldırılmasına karar verilmesi ve kararın bu şekilde kesinleşmesi durumunda haksız fesih sebebiyle BK m. 369 uyarınca tazminat ödeme riski ile karşı karşıya olduğunu da hatırlatalım.

Tazminat ödeme riski altına girmek istemeyen iş sahibinin müteahhit hakkında verilecek iflas kararının kesinleşmesini beklemesinin kendisi için garanti bir sonuç olduğu söylenebilir. Zira iflas kararının Yargıtay'ca bozulması ve bozmanın kesinleşmesi halinde buna dayanan sözleşmenin sona erme durumu da geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından sözleşme hiç sona ermemiş duruma gelecektir.

Bu arada taraflar tasfiyeye başlamışsa iflas kararının bozulmasına rağmen sözleşme tarafların anlaşması (ikale) sonucu sona erdirilmiş sayılmalıdır.

BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin iflası katıldığımız görüş çerçevesinde şayet inşaat sözleşmesi müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise BK m. 371/f.1 hükümleri uyarınca imkânsızlık sebebiyle sona erecektir<sup>227</sup>.

Diğer bir görüşe göreyse sözleşmenin sona erip ermeyeceği iflas masasının bu hususta alacağı karara göre belirlenecektir<sup>228</sup>.

Buna göre KİK' e tabi inşaat sözleşmeleri müteahhidin iflası halinde kendiliğinden sona erecektir. BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde uygulama<sup>229</sup> ise sözleşmenin

---

diğer alacaklıları ile olan hukuki ilişkilerini de etkilemektedir. Bu sebeple açılan bir iflas davasının akıbeti sadece davacının iradesi ile belirlenmemelidir. Bu yüzden açılan iflas davasıyla davalının hukuki durumu ne olursa olsun açığa çıkarılmalı ve dava görülmeye devam etmelidir. Özellikle bu durum ortaklığın giderilmesi ve itirazın iptali davalarıyla da benzerlik gösterir. Zira ortaklığın giderilmesi davasında davacının tek taraflı işlemiyle davasını geri alması; davanın görülüp sonuçlanmasına engel olmaz. Benzer durum itirazın iptali davalarında da yaşanır; borçlu itirazın iptali davası görülürken itirazının haksız olduğunu anlayıp geri alsa dahi icra inkar tazminatı ödemekten kurtulamaz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı Genişletilmiş 14. Baskı* (Ankara: Yetkin Basım ve Yayın Dağıtım A.Ş. 2002) s. 624

227 Genel kabul gören görüşe göre BK m. 371'de ki imkansızlığın objektif veya subjektif olması bir fark yaratmaz. Buna göre müteahhidin iflası, inşaat yapma borcunun süreklilik yaratacak tarzda imkansızlaşması anlamına geldiğinden sözleşmenin artık sona erdiğinden bahsedilmesi daha doğru olacaktır. Öz, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 194; Eren, *İnşaat Sözleşmesi Ayrı Bası*, s. 100 ve 101; Eren'e göre müteahhidin iflası borcun imkansızlaşması sonucunu doğurmaz.

228 Becker, *Dura Çevirisi*, s. 743, Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174, Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 365, Aral, s. 399, Uygur, *Borçlar*, s. 8398, Karahasan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 458

229 Zira BK' da müteahhidin iflas etmesi halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir.

akıbetinin ne olacağına iflas idaresinin alacaklılar toplantısında alacağı karar belirleyecektir. Şayet iflas masası sözleşmeye devam kararı alırsa imkansızlık bulunmayacak, böyle bir karar almazsa sözleşme imkansızlık sebebiyle sona erecektir.

KİSK m.17 ve YİĞŞ m. 50/(b) bendinde müflis hakkında açıkça yasaklama kararı verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu sebeple her ne kadar KİSK m. 25/(f.) bendinde: müteahhidin mücbir sebep halleri haricinde sözleşmeyi ihale dokümanına uygun olarak hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halini yasak fiil ve davranış olarak saysa da, KİSK m.17 ve YİĞŞ m. 50/(b) açık düzenlemesi karşısında, müteahhit hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmeyecektir.

### 2.1.3. MÜTEAHHİDİN ÖLÜMÜ

YİĞŞ m. 50/(a) bendine göre<sup>230</sup> : “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 mirasçılara idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir. Teminatın verilmesinde 46’ncı madde esaslarına göre işlem yapılır”.

YİĞŞ' 50/(a)bendindeki düzenlemenin ne anlama geldiğini bu hükmün; BK m. 371 ile ilişkisini ve teminatın ne zaman mirasçılara iade edileceğini konu edinen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararıyla<sup>231</sup> birlikte incelemenin daha faydalı olacağını düşünüyoruz. Anılan karara göre; “(...) BK' nın 371. maddesi müteahhit öldüğü takdirde müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış olan mukavelelerin münfesi olacağını göstermektedir. Olayda böyle bir durum olmadığına ve müteveffa

---

230 Müteahhidin ölümü hali KİSK m. 17/(a) bendinde de aynı şekilde kaleme alınarak ifade edilmiştir.

231 YHGK. 04.07.1973, E. 71-T-405 K.599; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.171.; Bu karar müteahhidin ölümü halinde sözleşmenin akıbetini düzenleyen BİĞŞ' nin 44. maddesinin uygulanmasına ilişkindir. Ancak YİĞŞ m. 50/(a) bendi de müteahhidin ölümü halinde aynı düzenlemeyi içerdiğinden, YİĞŞ m. 50/(a) bendinin ne anlama geldiğini ortaya kayabilmek adına da kullanılabilir.



müteahhit lâlettayın<sup>232</sup> bir inşaatı taahhüt etmiş olduğuna göre ölümü akdin bozulmasını gerektirmez. Genel Şartnamenin (BİGŞ) 44. maddesi müteahhidin ölümü halinde idareye ölen müteahhidin veya şeriklerini işe devam ettirip ettirmemek noktasında bir muhayyerlik tanımıştır. Bu maddede sözü edilen geri verme hususu (teminat kastedilmektedir) ancak aynı şartnamenin 40. maddesinde yazılı olduğu üzere müteahhidin hayatta iken yaptığı işlerden dolayı ilişiği bulunmuyorsa teminatın mirasçılara iade edileceğine ilişkindir. Başka bir deyimle (BİGŞ) 44. madde müteahhidin ve dolayısıyla onun fiilini garanti etmiş olan davalı bankanın sorumluluğunu bertaraf eder bir nitelik taşımamaktadır ve dolayısıyla BK'nın 371. maddesini tadil eder mahiyette bulunmamaktadır. HUMK' un 287. maddesinde yazılı bir delil mukavelesi şeklinde olan genel şartnameye idarenin kendi aleyhine böyle bir değiştirme maddesi koyduğu düşünülemez”.

Şu halde Hukuk Genel Kurulu, YİGŞ' nin uygulandığı inşaat sözleşmelerinin müteahhidin ölümü halinde sona erip ermeyeceğini, yine müteahhidin şahsının nazara alınıp alınmadığı haller tespit edilerek ortaya çıkarılabileceğini benimsemektedir<sup>233</sup>.

Bu görüş kabul edilirse şayet inşaat işi lâlettayın bir iş ise sözleşme sona erdirilmeyecek aksine işin, mirasçılar tarafından (diğer şartlarla birlikte) devam edip tamamlaması gerekecektir<sup>234</sup>.

---

232 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “Lâlettayın” kelimesini müteahhidin şahsının önem taşımadığı inşaat sözleşmelerini ifade etmek için kullanmıştır. Yargıtay’ın içtihatlarında, üstelik de belirttiğimiz Hukuk Genel Kurulu kararında olduğu gibi, hukuki görüşlerini hukuki olmayan kelimelerle ifade etmesi doğru değildir. İçtihatların mümkün merteye yerinde kullanılmış hukuki terimlerle ifade edilmesi bu konuda daha doğru olacaktır. Yargıtay’ın bu hususta daha özenli davranması gerekir.

233 Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 50, “(...) 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 T., E. 1503, K.4707; Uygur, Borçlar, s. 8401, “(...) BK md. 371 hükmü, sözleşme müteahhidin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa uygulanır. İnşaat işi herkes tarafından yürütülmesi mümkün işlerdendir. Yüklenilen işin bir sanat eseri niteliğinde, örneğin resim veya heykel yapımı vs. olması halinde müteahhit öldüğü takdirde sözleşme sona erer.” Y.15.HD., 12.11.1990 T, 1503 E., 4707 K; Uygur, Borçlar, s. 8401

234 Kural/Kılıçbay/İzmir, s. 878

Aslında şartname maddesi bir bütün olarak incelendiğinde müteahhidin şahsı ister nazara alınsın ister alınmasın (lâlettayın bir inşaat işi olsun) sözleşme her halükarda sona erecektir<sup>235</sup>.

Zira şartname her iki durum için de müteahhidin yapmış olduğu işin durum tespit tutanağı ile tespit edilmesini, hesabının kesilmesini ve yapmış olduğu işin bedelini sözleşmede kararlaştırılan orana göre ödenmesini ön görmektedir. Müteahhidin bir alacağı varsa veya diğer teminatları ancak bu işlemlerden sonra mirasçılara verilmektedir. Şu halde YİĞŞ her iki halde de sözleşme ilişkisinin sona erdirileceğini düzenlemektedir<sup>236</sup>.

Bu görüş çerçevesinde, Yargıtay'ın dediği gibi iş sahibinin muhayyerliği sözleşmeyi ayakta tutup tutmama noktasında değildir. Kanaatimizce iş sahibi şayet sözleşme müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmamışsa, işin geri kalan kısmının yapılması işi için yeniden ihaleye yapmak yerine ölen müteahhidin mirasçılarıyla yeni bir sözleşme imzalamak cihetine gidebilecektir<sup>237</sup>.

Yalnız dikkat edilirse bu halde dahi (lâlettayın inşaat işinde bile) müteahhidin yapmış olduğu inşaat işi için kesin hesabın çıkarılması ve teminatın iadesiyle hukuki ilişki sona erdirilmektedir. Bu sebeple mirasçılara yeniden ihaleye çıkılmadan geri kalan işin yaptırılmasında mirasçı(lar)la iş sahibi arasında yeni bir sözleşmenin imzalanması gerekecektir<sup>238</sup>.

Buna göre müteahhidin şahsının nazara alınmadığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi sona eren sözleşmenin ardından ya kalan iş için yeniden ihaleye çıkar ya da hiç ihaleye çıkmadan mirasçılarla yeni bir inşaat sözleşmesi imzalar. İş sahibinin muhayyerliği işte bu noktadadır<sup>239</sup>.

---

235 Karahasan, İhale, s. 270

236 Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, 50

237 Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 51; “ (...) aynı yasanın amir hükmüne göre de, idare kendisine tanınan takdir hakkını, yüklenicinin ölümüyle ilgili yok sayarak değil de, taahhüdün varislerce ifa edilmesi yolunda kullandığından mirasçılarla mukavele yapılmasında bir sakınca yoktur.” Sayıştay 2. Daire, 12.09.1972-5357/8655; Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 397 ve 398

238 YİĞŞ m. 50/(a) bendindeki “Varislere idarenin uygun görmesi halinde (...) sözleşme devredilebilir.” düzenlemesini mirasçılarla yeni bir sözleşme yapılması şeklinde anlamak gerekir.

239 Şayet mirasçılar aralarındaki anlaşmazlık sebebiyle ayrı ayrı başvuruda bulunursa, iş sahibi

Şayet inşaat işi müteahhidin şahsı nazara alınarak yapıldıysa iş sahibinin sona eren sözleşmenin ardından yeni bir ihale yapması ve kalan işi bu ihaleyi kazanan müteahhide yaptırması gerekir. Bu halde ihaleye çıkmadan doğrudan mirasçılarla yeni bir sözleşme imzalaması mümkün değildir.

Müteahhitlik şirketinin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişilerde ölüm söz konusu olmayacağından, ölümün sona erme sebebi olmayacağı açıktır. Tüzel kişi müteahhitlerde tüzel kişiliğin sona ermesinin ölüm gibi sonuçlar doğuracağı akla gelse de sonuçları farklı olacaktır. Çünkü tüzel kişilik şirket sona erse dahi tasfiye sona erene kadar varlığını koruyacaktır. Bu halde tasfiye haline girmiş müteahhitlik şirketinin taraf olduğu inşaat sözleşmesi işi bitirmekten aciz duruma düşülmesi sebebiyle ifa imkansızlığına dair kurallar uyarınca sona erecektir.

Müteahhitlik şirketinin ortağının ve yöneticisinin ölümü ise, bu kişi inşaat sözleşmesinin tarafı olmadığı için kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez. Fakat iş sahibi sözleşmeyi başlıca bu kişinin varlığını dikkate alarak yapmışsa ve bunu müteahhit de anlayacak durumdaysa kıyasen bu durumda da sözleşmenin sona ereceği savunulabilir.

Adi ortaklık olarak sözleşme yapan müteahhitlerden birinin ölümü, şayet onun şahsı nazara alınarak yapılmışsa, sözleşmeyi sona erdirir<sup>240</sup>.

---

(idare) objektif bir gerekçe göstermek kaydıyla, yeni sözleşmeyi dilediği mirasçıyla yapabilir.  
240 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 196

## 2.1.4. MÜTEAHHİDİN TAAHHÜDÜNÜ İHALE DÖKÜMANI VE SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNE UYGUN OLARAK YERİNE GETİRMEMESİ VEYA İŞİ SÜRESİNDE TESLİM ETMEMESİ

### 2.1.4.1. BU KAPSAMA GİREN DURUMLAR HAKKINDA GENEL BİLGİ

YİĞŞ m. 48/(a) bendine göre<sup>241</sup> “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 yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi durumunda ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir”.

Bu hükümde iş sahibinin, müteahhidin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde örneğin işi zamanında bitiremeyip inşaatı teslim etmekte temerrüde düşmesi<sup>242</sup> veya ayıplı ifa etmesi durumunda genel olarak sözleşmeyi sona erdirmesinin şartları düzenlenmiştir.

Bu hak hem ifa gününde temerrüde düştüğü anlaşılan müteahhide karşı kullanılır hem de ifadan önce temerrüde düşeceği kesinlikle belli olan müteahhide karşı kullanılır (BK m. 358/f.1). İş sahibi inşaatın ayıplı olmasından doğan haklarını müteahhide karşı hem vadeden önce hem de ifa gününde ileri sürebilecektir (BK m. 358/f.2).

---

241 Aynı durumu düzenleyen KİSK m. 20/ (a) bendi, YİĞŞ m.48/(a) bendi ile aynı hükümleri ihtiva etmektedir.

242 İfade gecikme ve borçlu temerrüdü hakkında bkz: Halil Akkanat, *İfade Gecikme ve Borçlu Temerrüdü Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2000) s. 1-49, Para borçlarında borçlu temerrüdü ilgili geniş bilgi için bkz: Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş. 1992) s. 16 vd., Turgut Önen, *Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler* (Ankara: Kalite Matbaası, 1975) s. 1 vd., Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini* (İzmir: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. 1995) s. 23 vd. , Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2002) s. 494 vd., Ferit H. Saymen, *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I Umumi Hükümler* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1950) s. 494 vd., Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası 1977) s. 230 vd.

### 2.1.4.2. Mütcahhidin İnşaatı Vade Tarihinde Teslim Edememesi Sebebiyle Temerrüde Düşmesi Durumunda

Mütcahhidin sözleşmede kararlaştırılan vade tarihinde (geçici kabul tarihinde) inşaatı teslim edememesi durumunda, iş sahibi mütcahhide en az 20 günlük bir süre vermek kaydıyla (bu süre zarfında sözleşme kararlaştırılan oranda gecikme cezası işletilecektir) inşaatın geçici kabule hazır hale getirilmesi için ihtarname gönderir.

İş sahibi tarafından verilecek süre inşaatın tamamlanabilmesi için (uygun bir ifa için) ihtiyaç duyulan süre kadar olmalıdır. Ancak borçlunun tutumundan mühlet verilmesinin gereksiz olacağına anlaşıldığı durumlarda mehil tayin edilmeksizin sözleşme sona erdirilebilecektir<sup>243</sup>.

Mütcahhidin eseri vade gününde teslim edememesi ve borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda iş sahibinin haklarının ne olacağı YİĞŞ m. 48'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre iki taraflı sözleşmelerde borçlu temerrüdüne düzenleyen BK m. 106'dan farklı olarak<sup>244</sup>, YİĞŞ iş sahibine sadece sözleşmeyi ileriye etkili feshetme ve bununla uyumlu müspet zararının tazmini isteme hakkı tanımıştır. YİĞŞ m. 48 prosedürünü işleten iş sahibinin, ifa ve gecikme tazminatı veya ifadan

---

243 Özellikle borçlunun hal ve vaziyetinden verilecek sürenin verimsiz geçirileceği anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek kalmadan sözleşme sona erdirilebilir.; Y.4.HD.,14.04.1957, E. 2158/K.2026;Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 48, Bu karar YİĞŞ m. 50' deki düzenlemenin karşılığı olan BİĞŞ m. 31'in yorumundan ibarettir. Aralarındaki fark YİĞŞ borçluya uygun ifa için verilecek mehilin 20 günden az olamayacağını belirtmişken BİĞŞ süreyi en az 10 gün olarak düzenlemiştir., Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 141

244 Burada şunu da belirtelim ki şayet iş sahibi borçlu temerrüdüne düşerse buna ilişkin hükümler KİK ve alt mevzuatında belirlenmediğinden BK m. 106 vd. hükümlerinin mütcahhit tarafından kullanılabilceğinden şüphe duymamak gerekir. KİK ve alt mevzuatının uygulandığı inşaat sözleşmelerinde mütcahhidin temerrüdü halinde iş sahibine sadece sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanındığı halde, mütcahhide BK m. 106' da ki 3 seçimlik hak da tanınmış olmaktadır. Aynı durum alacaklı temerrüdü durumu için de geçerlidir. Bu durumda mütcahhit alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibine karşı BK' da ki alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerden yararlanabilir. (BK m. 90-94) Örneğin iş sahibi projelerin veya iş yerinin kendisine vaktinde teslim edilmemiş olması sebebiyle BK m. 94 çerçevesinde eser sözleşmesinden dönebilir. Bu yöndeki karar için bkz; 15.HD. 17.10.1978 T., 1225 E., 1962 K., 15.HD.21.06.1977 T., 151 E. 1399 K., Karahasan, İhale, s.750-755, "(...) kararlaştırılan süre içinde hak edişleri ödenmeyen iş sahibi direngen duruma düşer. Yüklenici BK md. 106 çerçevesinde işlem yaparak, seçimlik haklarını kullanabilir. Yoksun kaldığı kar için giderim isteyen alacaklı, sözleşmeden dönmeyi değil ifadan vazgeçip olumlu zararın giderilmesini istemiş sayılır.": 15.HD. 18.03.1982 T., 22 E. 624 K.; Karahasan, İhale, s. 631

vazgeçip onun yerine müspet zararın tazminini isteme hakkı yoktur<sup>245</sup>.

Müteahhit kendisine tanınan sürenin sonunda borca aykırı durumu ortadan kaldırmamışsa iş sahibinin tek yolu sözleşmeyi sona erdirmektir<sup>246</sup>. Özellikle (BK'ya tabi inşaat sözleşmeleri bakımından) müteahhidin borcunu yerine getirmeyeceği kesinlikle anlaşıldığı halde sözleşmenin iş sahibi tarafından derhal sona erdirilmemesi de dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Zira bu arada da gecikme cezası işlemeye devam edecektir<sup>247</sup>.

Şayet iş sahibi müteahhide gönderdiği ihtarnamede inşaatın ayıplı olmasına veya hasara uğramasına neden olacak bir talimat vermişse müteahhit bu talimatın yerine getirilemeyeceğini gerekçeleriyle birlikte iş sahibine ihbar etmek zorundadır. Aksi halde müteahhit inşaatın ayıplı olması veya hasara uğraması sebebiyle iş sahibi ile birlikte sorumluluğu olacağı gibi kimi haklarını da kaybedecektir<sup>248</sup>.

İş sahibinin müteahhide bu şekilde bir talimat verdiğini ve müteahhidin de böyle bir borca aykırılık durumu olmadığı için bu talimatı yerine getirmediğini farz edelim. Bu durumda iş sahibi akdi feshetse; kimi yazarların dediği gibi;

“(…) müteahhit akdin feshine ilişkin idare işleminin iptalini ve yürütmesinin durdurulmasını idare mahkemesinde dava konusu edebileceği gibi, akdin feshinden sonra da adli yargı yoluna başvurarak, genel hükümlere göre uğradığı zararın tazminini isteyebilir<sup>249</sup>”.

---

245 Benimsediğimizi görüşü doğrulayan Yargıtay kararı için bkz: “ (...) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 62.maddesi borçlu olan müteahhit veya müşterinin direnmesi halinde alacaklı idareye Borçlar Kanununun 106. maddesinin aksine yalnız sözleşmeyi fesih yetkisi tanımış ancak maddede fesih halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliği üzerinde durulmamıştır.”, YHGK. 17.01.1990 T., 1989/1-392 E. 1 K; Karahasan İhale, s. 609, Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde müspet zararlar ilgili geniş bilgi için bkz: Havutçu, s. 68 vd., Oğuzman/Öz, s. 339 ve 408.

246 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 367

247 “(...)Yüklenicinin işi yapmayacağı anlaşıldığından idarenin (İş sahibinin) cezalı sürenin sonunda sözleşmeyi bozmaması MK. md. 2 dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.”; Karahasan, İhale, s. 567.

248 Bu durumda müteahhidin ve iş sahibinin sorumlulukları ile ilgili olarak Bkz: yuk. s. 47 civarı

249 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 367

görüşüne katılmanın imkanı yoktur. Zira yukarıda etraflıca belirttiğimiz üzere<sup>250</sup> sözleşmenin imzalanmasından sonraki işlemler, özellikle de sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmesi gerekeceğinden, idari yargıda söz gelimi yürütmenin durdurulması talepli iptal davalarına konu olamazlar.

YİĞŞ ve KİSK' in sözleşmeye aykırılık sebebiyle iş sahibine sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı veren ve sona eren sözleşmenin tasfiyesine ilişkin olarak getirdiği hükümleri emredici niteliktedir. Bu sebeple tarafların ihale dokümanında bu emredici hükümlerden farklı hükümler kararlaştırmaları hukuki sonuç doğurmayacaktır<sup>251</sup>.

### **2.1.4.3. Müteahhidin İnşaatı Vade Tarihinde Teslim Edemeyeceğinin Vadeden Önceki Bir Tarihte Belli Olması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi**

KİK ve alt mevzuatına göre müteahhidin vadeden<sup>252</sup> önce temerrüde düşürülerek iş sahibine sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı veren açık bir düzenleme olmamasına rağmen, sadece BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde BK. m. 358 uyarınca olduğu gibi ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin vadeden önce temerrüde düşürülebileceği mahkeme kararlarında<sup>253</sup> ve doktrinde<sup>254</sup> kabul

---

250 Bkz: yuk. s. 16 civarı

251 “(...) Sözleşmelerin bozulmasında yanların yükümlü tutulacakları hak ve borçlar 2490 sayılı yasada buyurucu nitelikte belirlenmiş olduğundan; bu yasaya göre yapılan sözleşmelerdeki bunu aşan kurallar geçersiz olacaktır.”, Y.4.HD.25.12.1975 T, 426 E., 12810 K.; Karahasan, İhale, s. 563, “(...) Müteahhidin sözleşmeye aykırı biçimde davranması halinde, idare ile müteahhit arasında yapılan yazılı sözleşmede açıkça şart kılınmış olmasa bile, yasanın emredici hükümlerinin sözleşmede uygulanması gerekir”.; Karahasan, İhale s.563

252 Müteahhidin vadeden önce temerrüde düşürülmesinin nedeni zaten vade tarihinde temerrüde düşeceği kesin olarak tahmin ediliyor olmasından kaynaklanır. Bu durum iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan tarihte işe hiç başlamamasından, işi yavaş tempoda yürütmesinden veya işe devamı akde aykırı olarak ertelemesinden kaynaklanabilir. Bu konu hakkında Bkz: yuk. s. 52 civarı. Bu noktada taraflarca açıkça kararlaştırılan vade ile kesin vadenin aynı şey olmadığı hakkında bkz: Özer Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No: 3 1967, s. 92 Oğuzman/Öz, s. 251 dn. 210, s. 422, Havutçu, s. 30, Belirli vadeyi kesin vade ile karıştıran görüş için Bkz: Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası* (İstanbul: Filiz kitapevi, 1995) s. 134,

253 “(...) Yüklenicinin tebligata rağmen işe başlamadığından, idarenin sözleşmeden dönmesi, BK. md. 358'e göre haklıdır.”, Y.15.HD.1977T., 1619 E., 1738 K., “(...) Gecikme bütün tahminlere nazaran yüklenicinin işi belirli zamanda bitirmesine olanak vermeyecek derecede olursa, iş sahibi, teslim gününü beklemeksizin sözleşmeden dönebilir.”, Y.15.HD., 21.10.1976 T., 2063 E., 3323 K.); Karahasan, İhale, s. 561

254 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 65-67

edilmektedir.

YİĞŞ m. 50' de esasında borçlunun tüm borca aykırı davranışları sebebiyle iş sahibine tanınmış bir sona erdirme hakkının mevcut olduğunu ve anılan hakkın hangi hallerde kullanılabileceğini yukarıda ifade etmiştik<sup>255</sup>.

#### **2.1.4.4. İş Sahibinin İşin Ayıplı Olduğunun Teslim Anında veya Teslimden Önce Anlaşılması Sebebiyle Sözleşmeyi Sona Erdirmesi**

Müteahhidin edim sonucuna yönelik olan hazırlayıcı faaliyetlerinin önemli olduğu, (Borçlar Kanununda olduğu gibi; BK m. 367, BK m.370, BK m. 371) ihale mevzuatı açısından da kabul edilmiş ve özellikle iş sahibinin edim sonucuna olan menfaatine etkisi de göz önüne alınarak, iş sahibine vadeden önce müteahhide karşı kullanılabilecek bir takım haklar tanınmıştır<sup>256</sup> (YİĞŞ m.20/f.3, m. 21/f. 7 ve f. 8, m. 24, m. 25. m. 26. m. 48).

Buna göre gerek yapım aşamasında gerekse teslimat noktasında iş sahibi işin ayıplı kısımlarının giderilmesi işini bizzat müteahhitten isteyebileceği gibi (YİĞŞ m. 24) duruma göre 3. kişilere de yaptırabilir (YİĞŞ m.25)<sup>257</sup>.

Gerçekten de İş sahibinin bu hakkını işin devamı esnasında, işin geçici kabulü (YİĞŞ m. 42) veya teminat süresi boyunca (YİĞŞ m.43) ve yahut kesin kabul (YİĞŞ m. 44) zamanında ileri sürmesi mümkündür.

İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde de iş sahibine BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi işin devamı esnasında rastlanacak ayıplı inşaat durumunda sözleşmeyi sona erdirme hakkı verilmelidir<sup>258</sup>.

---

255 Bkz. yuk. s. 86 civarı

256 Bkz. yuk. s. 51 civarı

257 Bkz. yuk. s. 59 civarı

258 BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde inşaatın, vadeden önce ayıplı şekilde teslim edileceğinin kesinlikle anlaşılması halinde müteahhidin tek seçimlik hakkı işin devamını 3. kişilere bırakmaktan ibarettir. Kural olarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı yoktur. Ancak işin görülmesi ve ayıbın giderilmesi ancak esas müteahhit tarafından yerine getirilebilecekse bu durumda da iş sahibinin sözleşmeyi erdirme hakkının olduğu kabul edilmektedir.; Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 67



Ancak YİĞŞ' ye tabi inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin, işin devamı ve teslimi ile teslimden sonraki aşamada kullanacağı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının yine kendisinin takdirine bırakıldığı bu koşullar altında (bir nebze de olsa) sınırlandırıldığı söylenebilecektir. Zira YİĞŞ m. 42/f.16'ya göre “Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmemeyen ve giderilmesi de mümkün olmayan veya harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler<sup>259</sup> görülecek olursa yüklenicinin hak ediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.”

Her ne kadar düzenleme sadece teslim aşamasındaki (geçici kabul-vade anındaki) ayıplı ifa durumunda kullanılan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına getirilen bir sınırlama olarak görünse de bu hükmün kıyasen vadeden önceki ayıplı ifa hallerinde de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Böylece iş sahibi ayıp sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeyebilir. Bunun yerine ayıp oranında bedel indirimi yapılmasıyla yetinebilir.

Ancak bu halde müteahhit bedel indirimi yapılmasına karşı çıkabilir. Bu durumda, ayıbın giderilmesi için gereken harcama ve zamanın büyüklüğü ve fazlalığı ne olursa olsun müteahhit ayıbın giderilmesini sağlayarak hak edişlerinden veya teminatından kesinti yapılmasına engel olabilecektir<sup>260</sup>.

---

259 KİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borca aykırı davranışından sorumluluğu ihale konusu inşaatın eksik veya ayıplı olması hallerine bağlı olarak değişecektir. Gerçekten de YİĞŞ m. 42'ye göre “(...) Kabul komisyonunun oluşturulması ve iş yerine gönderilebilmesi için yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına bağlıdır (...)”. Böylece bu oranı aşan eksiklikler sahibine teslimden kaçınma imkanı verebilecektir. Bu düzenlemede ihale mevzuatı bakımından eksik iş (inşaat) ile ayıplı iş (inşaat) ayrımının yapılarak ortaya konduğu sonucu çıkmaktadır.

260 Bkz. Yuk. s. 52 civarı

#### 2.1.4.5. Yapım İşleri Genel Şartnamesi M.48/(a) Bendine Göre Sözleşmenin Sona Eriş Şekli ve Hükümlerini Doğurduğu An

YİĞŞ m. 48'de müteahhidin yukarıda belirttiğimiz ve genel olarak borca aykırılık teşkil eden davranışları üzerine iş sahibinin yapması gerekenler ve sözleşmenin ne zaman erdirilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Olması gereken Hukuk Bakımından benimsediğimiz tasfiye sistemine göre; taraflar arasındaki sözleşme, müteahhidin kusurundan kaynaklanarak, ihale dokümanına ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmediği ve süresinde teslim edilemediği için sona erdiriliyorsa; sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermesi gerekeceğinden, sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmalıdır. Ancak kesin hesabın yapılması ve tasfiyeye geçilebilmesi için sona erdirme kararının Kanunda belirtildiği şekilde alınmış ve müteahhide bildirilmiş olması şarttır. Ancak bu durumda idarenin almış olduğu sona erdirme kararı kurucu değil açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Ancak bu haldeki sona erme sebebinde müteahhidin kusuru yoksa; sözleşme ileriye etkili olarak fesholmalıdır. Kanunun ifade tarzından ileriye etkili sona ermenin şayet borca aykırılığın giderilmesi için son bir süre verilmişse bu sürenin sonunda kendiliğinden sonuç doğuracağı manası çıkmaktadır. Bu andan itibaren sözleşme kendiliğinden ileriye etkili olacak şekilde sona ermektedir. Ancak bu halde de idarenin kesin hesabın yapılması ve tasfiyeye geçilebilmesi için mehilin son gününü izleyen 7 gün içinde sona erdirme kararı almış ve bu kararı alındığı itibaren 5 gün içinde de müteahhide tebliğ etmiş olması gerekmektedir<sup>261</sup>. Bu durumda da idarenin almış olduğu sona erdirme kararı kurucu olmayıp açıklayıcı mahiyettedir<sup>262</sup>.

---

261 Türkoğlu/Şakı/Egemen'e göre (BİGŞ hükümleri esas alındığında )sözleşmenin bozulması fesih olurunun müteahhit veya müşteriye tebliği ile tamamlanır. s. 367; "(...) Sözleşmenin bozulduğu üstenciye ulaştırılmalıdır." Karahasan, İhale, s. 567.

262 (2490) sayılı AEİK' nin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay feshin hüküm ve sonuçlarını müteahhide ulaşması ile birlikte doğuracağını belirtmiştir. "(...) 2490 sayılı yasanın 51. maddesindeki infisah sözü sadece kendiliğinden feshetme durumunu anlatmayıp aynı zamanda hazinenin akdi feshetme durumunu da kapsar. Akdin feshi ise idarenin bu konudaki iradesinin karşı tarafa ulaştırılmasıyla başlar. Bazı hallerde borçlunun akde aykırı hareketine rağmen alacaklının fesihte menfaati olmayacaksa kullanılmayan bu fesih hakkından dolayı borçlunun mütemerrit duruma düşmesi yanında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılması gerekmez. Çünkü gerek genel hükümlerde gerekse bizatihi 2490 sayılı yasada temerrüt sebebiyle akdin

## 2.1.5. YÜKLENİCİNİN MÜCBİR SEBEP HALLERİ DIŞINDA MALİ ACZ İÇİNE DÜŞTÜĞÜNÜ BİLDİRMESİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ

### 2.1.5.1. Hükümün Anlamı ve Uygulanabilmesi İçin Gerekli Şartlar

KİK ve alt mevzuatına tabi inşaat işlerinde müteahhidin mali acz içinde bulunduğunu ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi düzenlenmişken, DİK ve alt mevzuatına tabi işlerde müteahhide bu gerekçeye dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi tanınmamıştır.

YİĞŞ m. 48' e göre<sup>263</sup> “ Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında 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 teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

Bu hükme başvuracak müteahhidin öncelikli olarak mali acz içine düşme sebebi, mücbir sebeplerden kaynaklanmış olmamalıdır. Zira KİSK mücbir sebep hallerinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağını 23. maddesinde ayrıca düzenlemiştir.

KİSK m. 23'e göre müteahhit mücbir sebep halinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını, mücbir sebep dolayısıyla oluşan engelin inşaat işinin yapılmasını engellediğini ve bu engeli kaldıramadığını ispat etmek kaydıyla iş sahibine durumu ihbar etmesi ve bu ihbarın mücbir sebebin ortaya çıkmasından itibaren 20 gün içinde olması şartıyla duruma göre<sup>264</sup> ya süre uzatımı ya da sözleşmenin sona erdirilmesi

---

kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı yolunda bir hüküm yoktur...” Y.4.HD., 21.10.1958, 1019 E., 6949 K.,; Türkoğlu/Şakı/Egemen; s. 375. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi ihale mevzuatı akdin sona erme anına ilişkin özel düzenlemeler öngörmektedir.

263 Bu hükmün birebir aynı şekilde kaleme alınmış bir tekrarı da KİSK m. 17/(a) bendinde bulunmaktadır.

264 Şayet mücbir sebep hali geçici ise süre uzatımı verilmesi (geçici kabulün = teslimin ileriki bir tarihe ertelenmesi) sürekli ise bu durumda da sözleşmenin sona erdirilmesi gerekecektir. Mücbir sebep ve edimin imkansızlaşmasıyla ilgili olarak bkz: Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976) s. 7 vd., İmkansızlık kavramının benzer kavramlarla karşılaştırılması bakımından bkz: Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş. 2005) s. 141 vd., Ferit

söz konusu olacaktır.

Ayrıca Kanunda yazılı mücbir sebep hallerinin<sup>265</sup> gerçekleştiğinin ilgili resmi makamlardan alınacak yazılar veya onaylar ile belgelenmiş olması şartı da aranmaktadır.

Müteahhidin bu hüküm uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilmesi için başlangıçta (sözleşme imzalanırken) inşaat işini yapmaya muktedir iken inşaatın devamı esnasında işi tamamlamaktan aciz duruma düşmüş olması gerekir.

Aksi halde müteahhit daha baştan<sup>266</sup> ihale konusu inşaat işini yapmak için yeterli ekonomik güce, mesleki ve teknik bilgiye sahip değilse esasen bu nedene dayanarak sözleşmeyi sona erdiremeyecektir.

Hükmün uygulanması bakımından müteahhidin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi olmayacaktır. Müteahhit kusuru ile işi tamamlamaktan aciz duruma düşse dahi sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

Burada müteahhidin ihale konusu işi tamamlamaktan aciz duruma düşmesinin farklı nedenleri olabilir. Ancak sebep ne olursa olsun bunun gerçek olması gerektiği söylenebilir.

Peki bunun gerçek olduğunu kim tespit ve takdir edecektir? Var sayalım müteahhit ileri sürdüğü gibi ekonomik bakımdan düştüğü zor durum sebebiyle inşaatı bitirmekten aciz duruma düşmemiş olsun veya ileri sürdüğü acz hali inşaatı

---

H. Saymen/Halid K. Elbir/, *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler İkinci Cilt* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958) s. 870, Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku İkinci Basım İkinci Cilt* (İstanbul: Arkadaş Matbaası, 1943) s. 835 vd.,

265 Mücbir sebep halleri Kanunda örnek mukabilinde sayılmıştır. Müteahhit bir engelin mücbir sebep hali oluşturduğu iddiasında ise bu durumu iş sahibine kabul ettirmek zorundadır. KİSK m.10' a göre doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller mücbir sebep halleri olarak kabul edilmektedir.

266 Esasında ihaleye çıkılırken her bir isteklinin ihale konusu işi tamamlayacak güçte olup olmadığı ihale dosyasının içinde sundukları ve mesleki bilgi ve ekonomik güçlerini ortaya koyan bir takım belgelerinden ortaya çıkarılacaktır. Bu sebeple müteahhidin daha baştan ekonomik ve mesleki yetersizliğe sahip olmasına rağmen ihalenin kendisine yapılması çok seyrek rastlanabilecek bir durum olarak karşımıza çıkacaktır.

tamamlamasına engel olacak önemde olmasın veyahut da geçici olsun böyle bir durumda sözleşmenin akıbeti ne olacaktır?

Özellikle bu sorunun cevabını YİĞŞ m. 48' de ki düzenlemeyi göz önünde tutarak vermemiz gerekir: “(...) 4735 sayılı Kanununun 19. maddesine göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali (...) ile sözleşme feshedilmiş sayılır.”

Şu halde müteahhidin sözleşmeyi feshedebilmesi idarenin onayına ve en önemlisi müteahhidin inşaatı tamamlamaktan aciz duruma düşmüş olduğunun ispatlanmış olması ön şartına bağlı değildir.

Müteahhit bu hükme dayandığını ileri sürerek sözleşmeyi feshettiğini yazılı olarak iş sahibine bildirmekle sözleşme sona erecektir. Artık bu durumda iş sahibi için pratikte yapılabilecek bir şey yoktur; iş sahibi ileri sürülen gerekçenin gerçek olmadığını ispat etse ve müteahhide sözleşmenin aynen ifası için yazılı istekte bulursa dahi sonuç değişmeyecektir. Zira müteahhit işi yapmayacağını bildirdiğinde iş sahibi yukarıda anlattığımız<sup>267</sup> YİĞŞ m. 48/(a) bendindeki hükümlere dayansa bile sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik bir sonuç elde edemeyecektir.

Aslında sözleşme ister müteahhidin ileri sürdüğü bahis konusu gerekçeyle sona erdirilsin ister bu gerekçenin oluşmadığını ileri süren iş sahibi tarafından YİĞŞ m. 48 hükümlerine göre sona erdirilsin iş sahibi için sonuç aynıdır. Hem işin tasfiyesinde, hem de istenecek tazminat bakımından bir farklılık doğmayacaktır.

Her iki durumda da YİĞŞ m. 48 uygulanacak, müteahhidin yapmış olduğu iş önce durum tespit tutanağı ile tespit edilecek daha sonra da bu yapmış olduğu işlerin bedeli, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde, yapmış olduğu işle orantılı olarak, hesap kesme hak edişi ile birlikte kendisine ödenecektir. Her iki sona erme halinde de müteahhit iş sahibinin bu sebeple uğramış olduğu olumlu zarar kalemlerini tazmin etmek zorunda kalacaktır<sup>268</sup>.

---

267 Bkz: yuk. s. 86 civarı

268 Bu durumda tazmin edilecek zarar hakkında bilgi için bkz: aş. (4.) bölüm s. 144 civarı

Her iki sona erme halinde de müteahhidin kesin teminatı gelir kaydedilecek ve verildiği tarih ile teminatı gelir kaydedildiği tarih arasında geçen süre için de güncelleme yapılarak aradaki fark müteahhitten tahsil edilecektir (YİĞŞ m. 48/f.8).

Her iki sona erme halinde de müteahhit hakkında yasaklama kararı verilecektir.

Burada şunu da ifade edelim ki KİK ve alt mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin tamamı, borca aykırılık hali ne olursa olsun ileriye etkili şekilde sona erecek tasfiyesi buna göre yapılacaktır<sup>269</sup>.

Sözleşmenin, sona ermesinde, hiçbir fark gözetilmeksizin, ileriye etkili feshin sonuçlarını doğurması adil olmayacaktır. Bu konu üzerinde aşağıda (4.) bölümde etraflıca durulmuş ve çözüm önerilerimiz belirtilmiştir, o kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz. Ancak kusurlu müteahhidin inşaatı bitirmekten aciz duruma düşmesi halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirilmesinin olması gereken hukuk bakımından daha adil sonuçlar doğuracağı şüphesizdir<sup>270</sup>. Buna göre sözleşmenin tasfiyesi sebepsiz zenginleşme veya haksız inşaat hükümlerine göre yapılacağı söylenebilecektir<sup>271</sup>. Ancak müteahhidin kusursuz olarak inşaatı tamamlamaktan aciz duruma düşmesi halinde feshin ileriye etkili sonuçlar doğurması da adilane bir çözüm olacaktır.

#### **2.1.5.2. Sona Ermenin Şekli ile Hüküm ve Sonuçlarını Doğurduğu Zaman**

YİĞŞ m. 48' deki düzenlemeye göre “(...) 4735 sayılı Kanunun 19. maddesine göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali (...) ile sözleşme feshedilmiş sayılır.”

Bu hükme göre müteahhidin sözleşmeyi feshettiğine ilişkin yazılı beyanının idareye ulaştığı anda sözleşme sona erdirilmiştir. Sona erme hüküm ve sonuçlarını ileriye

---

269 Sözleşmenin tasfiyesinin ne şekilde olacağı ve olması gerekeceği hakkında bkz: aş. (4.) bölüm, s. 116 civarı

270 Kaldı ki BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde iş sahibine dahi bu şekilde sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanınmamıştır. BK m. 369'da belirli şartlarla iş sahibine müteahhidin tüm zararını ödemesi şartıyla eser sözleşmesini sona erdirme imkanı getirilmiştir.

271 Bkz: aş. (4.) bölüm s. 146 civarı

etkili olacak şekilde doğuracaktır. Ancak kesin hesabın yapılması ve tasfiyeye geçilmesi için iş sahibi Kanunda belirtildiği gibi sona kararı almalı ve bunu müteahhide tebliğ etmelidir.

Ancak olması gereken hukuk bakımından benimsediğimiz tasfiye sistemine göre şayet müteahhit kusurundan kaynaklanan bir sebeple mali acz içine düşmüş ve buna dayanarak sözleşmeyi sona erdirmiş ise sona erme hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olacak şekilde doğurmalıdır. Buna göre sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılmalıdır. Ancak yine de iş sahibi Kanunda belirtildiği gibi sona erme kararı almalı ve bunu müteahhide tebliğ etmelidir. Bunun yapılan işlerin tasfiyesi ve kesin hesabın çıkarılması bakımından son derece önemli olduğunu yukarıda belirtmiştik.

## **2.1.6. MÜTEAHHİDİN YASAK FİİL VE DAVRANIŞLARDA BULUNMASI**

### **2.1.6.1. İHALE MEVZUATINDAKİ DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE TANIMI**

#### **2.1.6.1.1. Devlet İhale Kanunu Bakımından**

Hem DİK ve alt mevzuatı hem de KİK ve alt mevzuatı bakımından; ihale konusu inşaat işlerini tamamlayıp bitirmeyi üstlenen müteahhitlerin gerek sözleşmenin ifası aşamasında gerekse sözleşmenin imzasından önceki (ihale aşamasında) süreçte yasak fiil ve davranışlardan kaçınmaları gerekir.

Müteahhidin yasak fiil ve davranışta bulunmasının hukuki sonuçları, inşaat sözleşmesinin tabi olduğu mevzuata, yasaklanan fiil ve davranışların, sözleşmenin imzalanmasından önceki veya sonraki aşamada olmasına göre değişiklik göstermektedir.

Ancak biz müteahhidin yasak fiil ve davranışlarının inşaat sözleşmesine etkisi üzerinde duracağız. Yoksa yasak fiil ve davranışta bulunanlar hakkında uygulanacak

hukuki ve cezai yaptırımlarla, ihale görevlileri hakkında uygulanacak cezalar konumuza dahil edilmemiştir.

DİK yasak fiil ve davranışların neler olduğunu 83. maddesinde tek tek saymıştır;

“İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak,

İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak.”

Hemen belirtelim ki DİK ve alt mevzuatı yasak fiil ve davranışlarda bulunulmasını (şayet sözleşme imzalanmışsa) mevcut sözleşmenin sona erdirilmesi nedeni olarak öngörmemiştir ve bu yönüyle de KİK ve alt mevzuatından ayrılmaktadır.

DİK ve alt mevzuatı yasak fiil ve davranışlarda bulunmayı ihalelerden geçici olarak yasaklama (DİK m.84) ve cezai sorumluluk (DİK m. 85) ile müeyyidelendirmiştir<sup>272</sup>.

DİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde yasak davranışlarda bulunmak kimi zaman müteahhit için tazminat sorumluluğu doğurur<sup>273</sup>, kimi zaman imzalamaya istekli

---

272 Yasaklamanın sonuçları hakkında bkz: Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 455

273 “(...) teminat mektubunun sahte çıkması halinde idarenin mahrum kaldığı teminat tutarı kadar paranın ödettilmesine hükmedilmelidir”; Y.15.HD., 05.10.1977 T, 1977/1471 E., 1977/1817 K.; Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 452,



olduğu sözleşme için yapılan ihalenin onaylanmamasına neden olur<sup>274</sup>, kimi zaman ise yeni ihalelere katılmasına engel olur<sup>275</sup>. Ancak belirttiğimiz gibi müteahhidin yasak davranışlarda bulunması sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkarılsa bile bu durum iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme hakkı vermez.

#### **2.1.6.1.2. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Bakımından Yasak Fiil ve Davranışlar ve Sonuçları**

KİK m. 17' de müteahhidin sözleşmenin imzalanmasından önce kaçınması gerekli yasak fiil ve davranışları tanımlanmıştır;

“Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak,

Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, 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,

KİK m. 11' de ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak”

KİSK m. 25' te ise müteahhidin sözleşmenin imzalanmasından sonra (sözleşmenin uygulanması aşamasında) kaçınması gerekli yasak fiil ve davranışlar tanımlanmıştır;

---

274 “(...) kusurlu iş yaptığı için hakkında soruşturma açılmış bulunan müteahhide aynı konuda yapılan ihalenin onanmaması kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından yerinde bir işlemdir”. (Danıştay, 12 D.K (Dairesi), 06.02.1975, E.73/1257 K. 75/218.); Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 452

275 “(...) Geçici ihale yapıldıktan sonra işi üstlenen kişinin daha önceki bir iş nedeniyle idareye karşı kusurlu olduğunun anlaşılması üzerine, bu kişiyle ihale yapılmamasında yasaya aykırılık yoktur”. (Danıştay 12. D.K.(Dairesi). 21.01.1974, E.71/2784, 74/76 K. Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 452

“Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek,

Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak,

Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek,

Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya Bilgi ve belgeleri açıklama yasağına aykırı hareket etmek (KİSK m. 29),

Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek,

Sözleşmenin usulüne aykırı olarak aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması (KİSK m. 16).”

Buna göre sözleşmenin uygulanması aşamasında (imzalanmasından sonraki aşamada) müteahhidin yasak fiil ve davranışlarda bulunup bulunmadığı KİSK m. 25' e göre belirlenecektir. Yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunun tespit edilmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi KİSK m. 20/(b) bendi ile YİGŞ m.48/f.5 gereğidir.

Diğer yandan da ihale aşamasındaki (sözleşmenin imzalanmasından önceki süreçte) müteahhidin yasak fiil ve davranışta bulunup bulunmadığı KİK m. 17' ye göre belirlenecektir. Yasak fiil ve davranışlarda bulunduğunun tespit edilmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi de KİSK m. 21 ile YİGŞ m. 48/f.5 gereğidir.

### **2.1.6.2. Müteahhidin İhale Aşamasındaki Yasak Fiil ve Davranışları Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve İstisnası**

Müteahhit, sözleşmenin imzalanmasından önceki bir aşamada KİK m. 17'de sayılan yasak davranışlarda bulunmuşsa ve bu durum da sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkarılmış ise bakılır (KİSK m. 21, YİĞŞ m. 48/f.5) ;

Eğer inşaatın %80'i bitmiş ise ve inşaatın tamamlanmasında kamu yararı varsa veya ivediliği nedeniyle taahhüdün geri kalan kısmının yeniden ihale edilmesi mümkün değilse ya da taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılması mümkün değilse veyahut da yüklenicinin yasak fiil ve davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması durumu var ise sözleşme sona erdirilmez. Bu halde müteahhit de kendi yarattığı bu duruma dayanarak sözleşmenin ifasından kaçınamaz.

Ancak müteahhitten inşaatın tamamlanması istenildiği hallerde de kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı idare lehine cezai şart olarak gelir kaydedilir. Böyle durumlarda müteahhit hakkında KİSK m. 26 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Şayet yukarıda saydığımız şartlar yoksa yasak fiil ve davranışta bulunan müteahhidin inşaat sözleşmesi sona erdirilir. Kesin teminatı ve ek kesin teminatı gelir kaydedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

### **2.1.6.3. Müteahhidin Sözleşmenin Uygulanması Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi**

Müteahhit şayet sözleşmenin imzalanmasından sonra KİSK m.25' te sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunursa bu durumda iş sahibi hiçbir uyarıya ve mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilir (KİSK m.20/-b- bendi, YİĞŞ m. 48/f.2 (b) bendi).

Bu durumda sözleşme müteahhidin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı gelir kaydedilerek tasfiye olunur. Ayrıca idarenin uğramış olduğu zarar da müteahhitten tazmin olunur (KİSK m. 22).

#### **2.1.6.4. Müteahhidin Yasak Fiil Davranışı Sebebiyle Sözleşmenin Feshi Şekli ile Hüküm ve Sonuçlarını Doğurduğu An**

##### **2.1.6.4.1. İhale Aşamasındaki Yasak Davranış Nedeniyle**

KİSK m. 22 ile YİĞŞ m. 48/ f.9 hükmüne göre sözleşme “4735 sayılı kanunun (...) 20. maddesinin (b) bendine (...) göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır.”

Mevcut ihale sistemine göre bu sebeple sona erme hali, inşaat sözleşmesi üzerinde etkisini ileriye etkili olarak gösterir. Müteahhide yasak fiil ve davranışı tespit edilene kadar olan yapmış olduğu işin karşılığı kâr payını da içerecek şekilde ödenir. Bu durumda iş sahibi, müteahhitten ileriye etkili fesihle uyumlu müspet zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Bu halde sözleşme yasak fiil ve davranışın tespit edildiği tarih itibarıyla kendiliğinden sona erer. Ancak iş sahibi Kanunda belirtildiği gibi sona erme kararı almalı ve bunu müteahhide tebliğ etmelidir. Bu husus yapılan işlerin tasfiyesine geçilmesi ve kesin hesabın çıkarılması bakımından son derece önemlidir.

Ancak olması gereken hukuk bakımından benimsediğimiz tasfiye sistemine göre hemen daima yasak fiil ve davranışta bulunan müteahhit kusurlu olduğundan sözleşmenin sona ermesi, etkisini geçmişe etkili olacak şekilde doğurmalıdır. Buna göre sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılmalıdır. Bu halde müteahhide yasak fiil ve davranışının tespit edildiği tarihe kadar yapmış olduğu inşaat işinin maliyeti verilmelidir. Benimsediğimiz yöntem uyarınca sözleşme yasak fiil ve davranışın tespit edilmesiyle birlikte kendiliğinden sona ermiş sayılmalıdır. Ancak iş sahibi kesin hesabın çıkarılması ve yapılan işlerin tasfiyesi için 7 gün içinde sona erme kararı almalı ve bunu aldığı tarihten itibaren 5 gün içinde müteahhide tebliğ etmiş olmalıdır. Bu sona erme halinde de iş sahibinin almış olduğu sona erme kararı kurucu değil açıklayıcı mahiyette olacaktır.

#### **2.1.6.4.2. Sözleşmenin Uygulanması Aşamasındaki Yasak Davranış Nedeniyle**

KİSK m. 22 ile YİĞŞ m. 48/ f.9 hükmüne göre; inşaat sözleşmesi 4735 sayılı Kanununun 20. maddesinin (b) bendi ile 21. maddesine göre yasak fiil ve davranışın tespit edildiği itibarıyla “feshedilmiş sayılır”.

Sözleşmenin uygulanması aşamasındaki müteahhidin yasak fiil ve davranışlarda bulunması sebebiyle sona erme halinin sözleşme üzerindeki etkileri; mevcut ihale sistemi ve olması gereken hukuk bakımından benimsediğimiz tasfiye sistemi noktasında (2.1.6.4.1.) başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalarla aynı olduğundan yukarıdaki ilgili kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz.

#### **2.1.7. MÜTEAHHİDİN AĞIR HASTALIK, TUTUKLULUK VE MAHKÛMİYET HALİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ**

KİSK 17/(c)bendine göre “Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir.

Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. Bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22. maddeye göre işlem yapılır.”

Müteahhidin ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağını düzenleyen YİĞŞ m. 50/(c) bendi, KİSK 17/(c)bendinin tekrarı mahiyetindedir.

Hemen belirtelim ki her iki düzenlemeye göre sözleşmenin ilk etapta sona erdirilmesi

kabul edilmemiştir. Buna göre Kanunda sayılan hallerin oluşumunu takip eden 30 gün içinde müteahhit iş sahibine başvurmak ve vekili için ondan onay almak kaydıyla sözleşmesinin vekil aracılığıyla devam ettirilmesini sağlayabilecektir<sup>276</sup>.

Ancak inşaatın vekil aracılığıyla devam ettirilebilmesi için süresi içinde idareye bildirilen vekilin idarece onaylanmış olması gerekir. Vekilin idarece onaylanmamasının pratik sonucu iş sahibinin vekil aracılığıyla yürütülen işe müdahale etmesi ve inşaat sözleşmesini YİĞŞ m 48/(a) bendine göre sona erdirebilmesidir.

Müteahhidin iş sahibinin vekilini onaylamaması halinde bu işlemin iptali için idari yargıya başvurulabileceği görüşüne<sup>277</sup> katılmıyoruz. Zira sözleşmenin uygulanması aşamasıyla ilgili uyuşmazlıklara adli yargı mercileri bakmaktadır.

Böyle bir durumda haklı bir gerekçe olmadığı halde vekil aracılığıyla yürütülmek istenen inşaat işine müdahale eden iş sahibi müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürüp sözleşmeyi sona erdirdiğinde; sona erdirmenin haklı olup olmadığına adli yargı mercilerinde açılan davalar neticesinde karar verilecektir.

Bu durumda iş sahibi haklı bir gerekçe olmadığı halde müteahhidin vekilini onaylamaz ve haksız olmasına rağmen sözleşmeyi de sona erdirirse müteahhide BK m. 369 uyarınca tazminat ödemek zorunda kalacağı söylenebilir.

Kanun müteahhidin hastalığının ağır olması halini aramıştır. Hastalığın ağır olması<sup>278</sup> ile kastedilen inşaat işinin yapılmasını engelleyecek önemde bir hastalığa yakalanılmasıdır. Özellikle kısa süreli tedavi ile giderilebileceği belli olan hastalıklarda işin vekil aracılığıyla devam ettirilmesine gerek yoktur. Ancak hastalığın varlığının ve öneminin doktor raporuyla belgelenmesi gereklidir<sup>279</sup>.

---

276 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 400

277 “(...) İdare müteahhidin seçtiği vekillerden hiç birini kabul etmeyecek olursa, ortaya çıkan idari işlemin iptaline yönelik dava hakkı doğar.”; Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 400. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflar arasında çıkan ihtilaflar özel hukuk kökenli olup adli yargı mercilerinde çözümlenecektir.

278 “(...) yüklenicinin sonradan akıl hastası olması (istisna akitleri dışında) mükellefiyetine mani değildir.” Y.4.HD., T. 23.01.1970, E. 969/1228., K. 970/542.); Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 402

279 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 400, Karahasan, İhale, 272

Tutukluluk halinin süresi ve şartlarına <sup>280</sup> ilişkin olarak Kanunda bir ayrıntı yoktur. Kanaatimizce kısa süreli de olsa tutukluluk halinde de işin vekil aracılığıyla görülmesi mecburiyeti doğacaktır. Zira tutukluluk halinin ne kadar devam edeceği esas itibariyle tam olarak belli olmayacaktır. Tutukluluk halinin Mahkeme kararıyla belgelendirilmesi gerekecektir. Şüphesiz ceza davasının tutuksuz devam ettiği hallerde hükmün uygulanmasına yer olmayacaktır<sup>281</sup>.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların neler olduğu TCK m. 46' da<sup>282</sup> belirtilmiştir. Bu hallerin varlığı halinde müteahhidin 30 gün içinde iş sahibine başvurarak işin devamını getirecek vekilini bildirme yükümlülüğü vardır (YİĞŞ m. 50/(c) bendi).

Eğer müteahhit kendi serbest iradesi ile vekil tayin edemiyorsa bu durumda müteahhidin yerine ilgiler genel hükümlere göre yasal temsilci<sup>283</sup> tayin edilmesini isteyebilirler (YİĞŞ m. 50/(c) bendi).

Yasal temsilci atanması için başvuruda bulunabilecek ilgililer tanımına müteahhidin mirasçıları ve alacaklılarıyla ihaleyi yapan idare de girer<sup>284</sup>.

Şayet inşaat işi yukarıda belirtildiği gibi vekil ile yaptırılamaz veya müteahhit için yasal temsilci de atanmaz ise sözleşme sona erdirilir. Sözleşmenin bu sebeple sona ermesi nedeniyle müteahhit hakkında yasaklama kararı verilmez (YİĞŞ m. 50/(c) bendi son cümle).

Ancak sözleşmeyi sona erdirmek niyetinde olan iş sahibinin müteahhide borca aykırı davranışlarını açıkça belirterek durumu düzeltmesi için en az 20 günlük bir süre daha vermesi gerekir (Meğerki BK m. 107 hükümleri uyarınca süre verilmesini

---

280 "(...) Tutukluluk hali vekil ya da mümessil vasıtasıyla ihaleye katılmaya mani değildir".  
16.07.1958-2738 Sayıştay 2. Daire kararı, Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 401

281 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 400, Karahasan, İhale, 272

282 TCK m. 46' ya göre hürriyeti bağlayıcı cezalar; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası, süreli hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

283 DİK m. 69'a göre yasal temsilci tabiri yerine kayyım ifadesi kullanılmıştır. Gerçekten de bu durumda iş sahibi, müteahhidin inşaat işini devam ettirilebilmesi için MK m. 407 uyarınca vasi veya kayyım tayin edilmesi için Mahkemeye başvuracaktır.

284 Karahasan, İhale, s. 272, Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 401

gerektirmeyecek bir neden olsun).

Sözleşmenin<sup>285</sup> sona ermesi halinde müteahhidin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen teminatlar müteahhidin borcuna mahsup edilmez. Yapılan işler KİSK m. 22 hükümlerine göre tasfiye edilir.

Taraflar arasındaki sözleşme müteahhide son olarak tanınan 20 günlük sürenin geçmesi üzerine iş sahibinin Kanunda belirtilen usulde alacağı sona erdirme kararının müteahhide tebliğ etmesiyle sona erer.

Kabul ettiğimiz tasfiye sistemine göre şayet sona ermede müteahhidin kusuru bulunuyorsa, sona erme sözleşme üzerindeki etkisini geçmişe etkili olarak göstermelidir. Bu durumda sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılacaktır. Bu halde sözleşmenin tasfiyesi sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılacağından müteahhide sona erme anına kadar yapmış olduğu kısmın maliyetinin ödenmesi gerekecektir.

Yine önerdiğimiz tasfiye sistemine göre ancak sona erme sebeplerinde müteahhit kusurlu değilse bu durumda sona erme etkisini ileriye etkili olarak göstermelidir. Bu halde müteahhide sona erme anına kadar yapmış olduğu kısmın karşılığı sözleşmede kararlaştırılan kâr payını da içerecek şekilde ödenecektir.

---

285 “(...) Yüklenicinin askere alınması ihaleye ilişkin yükümlülüğünü etkilemez.”; Y.T.D, T. 01.11.1947, E. 947/2, K. 2752, Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 402



## **2.2. MÜTEAHHİDİN ORTAK GİRİŞİM OLDUĞU HALLERDE ORTAKLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, İFLASI, AĞIR HASTALIĞI, TUTUKLULUĞU, MAHKÛMİYETİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ**

### **2.2.1. İHALE MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELERE GENEL BAKIŞ**

#### **2.2.1.1. Kamu İhale Kanunu ve Alt mevzuatı Bakımından**

KİSK m.18, YİĞŞ m. 51'de ki ortak hükümleri göre;

“Ortak girişimlerce<sup>286</sup> yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmişse, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme feshedilerek, yasaklama hariç, haklarında 4735 sayılı Kanununun 20 ve 22. maddelerine göre işlem yapılır. Pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde ise sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla, sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir. Pilot veya 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 getirirler”

Şu düzenleme karşısında Kamu ihale Kanunu ve alt mevzuatı ortak girişimler

---

286 Bu maddeye göre ortak girişimler; iş ortaklığı ve konsorsiyum olarak kurulabilir. İş ortaklığı ve konsorsiyum arasındaki temel farklar KİK m. 14' te belirtilmiştir. Ayrıca bu konu hakkında bkz. yuk. s. 24, 26, 34 ve 38 civarı

tarafından yerine getirilen inşaat işlerinde ölen, iflas eden, dağılan (gerçek veya tüzel kişi olmasına göre), ağır bir hastalık geçiren, tutuklanan veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir ceza alan kimsenin pilot veya koordinatör ortak olmaması halinde sözleşmenin sona ermeyeceğini kabul etmiştir.

Geri kalan diğer ortaklar teminat dahil iflas eden veya ölen veya yukarıda belirtilen durumlara düşen müteahhidin sözleşmedeki taahhütlerini üstlenerek geri kalan inşaat işini tamamlarlar.

Ancak Kanunda yazılı hususlara maruz kalan pilot veya koordinatör ortak ise sözleşme sona erecektir. Ancak tasfiyenin gerçekleşmesinden itibaren 30 gün içinde, geri kalan inşaat işine, diğer ortaklar teminat dahil diğer taahhütleri de üstlendikleri yeni bir sözleşmeyle devam ettirebilirler. Bu durumda iş sahibi kalan işin tamamlanması için yeniden ihaleye çıkmayacaktır.

### **2.2.1.2. Devlet İhale Kanunu ve Alt Mevzuatı Açısından**

DİK m. 70 ve BİGŞ m. 52 hükümleri uyarınca;

“Birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından birlikte yapılan taahhütlerde, müteahhitlerden veya müşterilerden birinin ölümü, iflası, tutuklu veya mahkum olması gibi haller sözleşmenin devamına engel olmaz<sup>287</sup>.”

Birlikte yapılan taahhütlerde biri idareye pilot firma olarak bildirilmişse pilot firmanın şahıs veya şirket olmasına göre ölüm, iflas veya dağılma hallerinde sözleşme kendiliğinden sona erer Ancak Diğer müteahhitlerin teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde sözleşme yenilenerek işe devam edilir.

Birlikte yapılan taahhütlerde gruba dahil pilot firmadan başka her hangi bir ortak şahsın ölümü veya ortak şirketin herhangi bir sebeple dağılması halinde, pilot firma ve grubun diğer ortakları teminat dahil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üzerlerine alarak işi bitirirler”

---

287 Karahasan, İhale, s. 272

DİK, KİK mevzuatından farklı olarak, inşaat işinde birden fazla müteahhit çalışması halini iş ortaklığı ve konsorsiyum ihtimalini göz önüne alarak düzenlememiştir. Tatbikatçılar müteahhitlerin, iş sahibine karşı müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olduklarını TTK m. 7'de ki kuraldan yola çıkarak belirlemektedir<sup>288</sup>.

Böylelikle ortakların her biri sözleşmenin ifasından dolayı müştereken sorumlu olduklarından birinin ölümü veya iflası halinde sözleşme sona ermez aksine diğer ortaklarca inşaat işi devam ettirilir<sup>289</sup>.

Ancak inşaat işinde birden fazla müteahhit çalışmakla birlikte (tek ve aynı bir inşaat sözleşmesiyle), iş sahibine karşı tüm müteahhitler müştereken sorumluluk altına girmekle beraber ortaklardan biri, hem içi ilişki hem de dış ilişki yönünden yetkili kılınmışsa bu ortağın (pilot veya koordinatör ortağın) ölümüyle birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer. Bu halde diğer ortaklar işin geri kalan kısmı için, yeniden ihaleye çıkılmadan, ortaklıktan çıkan ortağın yükümlendiği sorumlulukları bu kez kendileri taahhüt ederek yeni bir sözleşme imzalarlar. Kanunda geçen sözleşmenin yenilenmesi ifadesini bu şekilde anlamak yerinde olur.

Geri kalan diğer (pilot veya koordinatör olmayan) ortaklar teminat dahil iflas eden veya ölen (pilot veya koordinatör ortağın) müteahhidin sözleşmedeki taahhütlerini üstlenerek geri kalan inşaat işini tamamlarlar.

Şu halde KİK ve alt mevzuatı özünde DİK ve alt mevzuatının öngördüğü kurallardan farklı bir çözüm ve netice öngörmemiştir.

---

288 Türkoğlu/Şakı/Egemen, s. 403; Yazarların kastettikleri Kanun maddesi TTK m. 7' dir. Ancak yazarlar TTK m. 7'ye atıf yapmak isterlerken (kanımızca) sehven BK m. 7'ye atıf yapmışlardır.

289 Karahasan, İhale, s. 272

## **2.2.2. PİLOT VEYA KOORDİNATÖR ORTAK HALİNDE SÖZLEŞMENİN AKİBETİ**

### **2.2.2.1. Pilot veya Koordinatör Ortağın Ölümü Halinde Sözleşmenin Sona Erdirilmesi**

İhalesi ortak girişimlere yapılan yapım işlerinde pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde inşaat sözleşmesi ister müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılsın ister yapılmasın kendiliğinden sona erecektir.

Belirtildiği gibi yapım işinin tek müteahhit tarafından yürütüldüğü inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin ölümü sözleşmeyi sona erdirmekteydi. Şayet müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış bir inşaat sözleşmesi varsa bu durumda iş sahibi yeniden ihaleye çıkmak ve inşaat işini bu şekilde ihaleyi kazanan müteahhide tamamlamak zorundaydı.

Şayet inşaat sözleşmesinde iş sahibinin şahsı nazara alınarak yapılmamışsa iş sahibi kalan iş için yeniden ihale çıkmadan müteahhidin mirasçılarıyla bir sözleşme imzalamaktaydı. Ancak bu sözleşme ölen müteahhidin sözleşmesinden tamamen bağımsız yeni bir sözleşme niteliğindedir. Zira müteahhidin sözleşmesi kendiliğinden sona ermişti.

Pilot veya koordinatör firma durumunda ise sözleşme pilot ortağın ölümüyle sona ermektedir. Çünkü müteahhidin yapmış olduğu işin karşılığı tasfiye neticesinde belirlenmekte yapmış olduğu işin karşılığı kendisine ödenmekte (Hak edişler ara kendisinde kalmakta) ve teminat mektubu iade olunmaktadır.

Bu durumda sözleşme ister pilot veya koordinatör ortağın şahsı nazara alınarak yapılsın ister yapılmasın sona erer. Geride kalan ortaklar tasfiyeyi takip eden 30 gün içerisinde başvuruda bulunurlarsa işin geri kalan kısmı için yeniden ihale çıkılmadan kendileriyle yeni bir sözleşme imzalanır. Ölen müteahhidin kesin teminatı iade edildiğinden ortak girişimi oluşturan diğer ortaklar kalan kısım için yeniden teminat göstermek zorundadırlar.

Sözleşmenin sona ermesini düzenleyen KİSK m. 18, sözleşmenin sona ermesi halinde KİSK m. 20. ve 22. maddelerin uygulanması gerekeceğini belirtmiştir. KİSK m. 20 bilindiği üzere sözleşmenin sona ermesine mani olabilmek için müteahhide tanınmış son bir şanstır. Buna göre iş sahibi verdiği mehil ile birlikte müteahhide borca uygun davranmaya davet eder.

Ancak belirttiğimiz üzere pilot firmanın ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona ereceğinden 20. maddeye yapılan atfın pilot veya koordinatör ortağın ölümü hallerinde bir anlamı yoktur ve uygulama alanı bulamayacaktır.

22. maddeye yapılan atflaysa; sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği, o ona kadar yapılan kısmın bedelinin ihale dokümanında kararlaştırılan bedelle orantılı olacak şekilde kendisine ödeneceği (ara hak edişlerle ödenmişse kendisinde kalacağı) ve kesin teminatının kendisine iade edileceği sonucuna varılacaktır.

Sözleşmenin sona erdirilmesi prosedürü ise şu şekilde olacaktır; iş sahibi müteahhidin ölümünü takip eden 7 gün içinde sona erme kararı alacak ve bu kararını 5 gün içinde ilgisine tebliğ edecektir. Sona erme sözleşme üzerindeki etkisini ileriye etkili olarak gösterecektir. Şu halde iş sahibinin sona erme kararı alması ve ilgililere tebliğ etmesi kesin hesabın çıkarılması ve tasfiyeye geçilmesi bakımından önem taşımaktadır. İş sahibinin aldığı sona erdirme kararı kurucu değil açıklayıcı mahiyette olacaktır.

#### **2.2.2.2. Pilot veya koordinatör Ortağın İflası Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi**

Pilot veya koordinatör ortağın iflası halinde de sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Bu halde de ortak girişime dahil olan diğer ortaklar yukarıda pilot ortağın ölümü başlıklı açıklamamızdaki gibi tasfiyeyi takiben 30 gün içinde iş sahibine başvuruda bulunarak kalan kısım için, yeniden ihaleye çıkılmadan, yeni bir sözleşme imzalayabileceklerdir. Pilot veya koordinatör ortağın iflası halinde uygulanacak sona erme prosedürü yukarıda ölüm halinde belirttiğimiz şekilde gibidir. İflas haline

KİKS' in 20. ve 22. maddeleri ölüm halinde belirttiğimiz şekilde uygulama alanı bulabilecektir<sup>290</sup>.

### **2.2.2.3. Pilot veya Koordinatör Ortağın Ağır Hastalık Tutukluluk ve Mahkûmiyet Hali veya Dağılması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi**

Pilot veya koordinatör ortağın gerçek kişi olması halinde karşılaşılabilecek diğer durumlar ise; pilot ortağın ağır hasta olması, tutuklanması veya mahkumiyeti halidir. Bu hallerde de sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Müteahhit hakkında (ihalelere katılmaktan yasaklama kararı hariç) ve sözleşmenin akıbeti ile ilgili olarak yukarıda müteahhidin ölümü halinde yaptığımız açıklamalardaki gibi KİSK 'in 20. ve 22. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Pilot veya koordinatör ortağın tüzel kişi olması halinde (şahıs şirketi veya sermaye şirketi olarak) tüzel kişiliğın sona ermesini gerektiren hallerde de (dağılması halinde de) Kamu İhale mevzuatındaki bu özel düzenleme sebebiyle sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

Tasfiye ilişkisi yukarıda pilot veya koordinatör ortağın ölmesi halinde bahsettiğimiz şekilde olacaktır. Sözleşmenin sona ermesi halinde izlenecek yol da yukarıda müteahhidin ölümü halinde uygulanacak prosedürde ki gibidir<sup>291</sup>.

### **2.2.3. PİLOT VEYA KOORDİNATÖR ORTAK DIŞINDAKİ ORTAKLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, İFLASI, AĞIR HASTALIĞI, TUTUKLULUĞU, DAĞILMASI ve MAHKÛMİYETİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMENİN AKİBETİ**

Bu durumda sözleşmenin sona ermeyeceği aksine ortak girişimin diğer ortaklarınca ölen, iflas eden ortağın iade edilen kesin teminatının taahhüt edilerek ve diğer sözleşmede kararlaştırılan borçları da üstlenilerek inşaat sözleşmesinin devam

---

290 Bkz. yuk. s.108 ve 109 civarı

291 Bkz. yuk. s.108 ve 109 civarı

ettirileceği dzenlenmiştir. şu halde sızleşme kesinlikle sona ermeyecek inşaatın geri kalan kısmı diğer ortaklarca tamamlanacaktır.

Ancak bu halde diğer ortaklar, ortak girişimden ayrılan ortağın taahhütlerini üstlenmezler ise bu halde iş sahibinin YİGş m. 48/(a) bendi uyarınca sızleşmeyi sona erdirmesi söz konusu olacaktır.

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**  
**KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT**  
**SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE**  
**SONA ERMESİ HALİNDE TASFİYESİ VE İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT**  
**HAKKI**

**1. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU**  
**İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN OLAN HUKUK BAKIMINDAN**  
**TASFİYESİ**

**1.1. KAMU İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI**  
**BAKIMINDAN**

KİK ve alt mevzuatı müteahhidin yukarıda belirttiğimiz nedenlerle<sup>292</sup> inşaat sözleşmesinin sona ermesine neden olması durumunda<sup>293</sup> sona erme anına kadar yapılan inşaat işi için müteahhide ne kadar ücret ödenmesi gerekeceğini<sup>294</sup>, cezai şart

---

292 Bkz: yuk. s. 71 civarı

293 İnşaat sözleşmesinin müteahhit tarafından feshi KİSK m. 19 hükmü uyarınca gerçekleşirken, iş sahibi tarafından yapılan fesih KİSK m.16–17-18 hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

294 Esasında BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde özellikle teslim gününde inşaatı bitiremeyip borçlu temerrüdüne düşen müteahhit için hangi esaslara göre ücret ödenmesi gerektiği doktrinde büyük tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar özellikle Sungurbey ile Tandoğan arasında yaşanmıştır. Bu tartışmalarda ileri sürülen görüşler için bkz; Haluk Tandoğan, “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler,” *Batıder*, Haziran 1981, s. 1-49, Haluk Tandoğan, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıtı Yanıt)”, *Yasa Hukuk Dergisi*, Nisan 1982, s. 493-



hükümlerinin ne şekilde uygulanacağını, iş sahibinin tazminat hakkını özetle iş sahibinin ve müteahhidin hak ve yükümlülüklerinin tasfiye halinde nasıl gerçekleştirileceğini KİSK m. 22'de ve YİGŞ m. 48'de düzenlemiştir.

YİGŞ m. 48 'e göre yapılan tasfiyenin ileriye etkili olarak sona eren bir sözleşmenin varlığının esas alınarak yapılacağını belirtmiştik. Bir diğer ifadeyle Kamu İhale Mevzuatı, ön gördüğü özel hükümlerle inşaat sözleşmesinin sona ermesini daima ileriye etkili sona erme olarak düzenlemiştir.

Bu genel kural doğrultusunda sözleşmenin sona ermesinin müteahhidin kusurundan veya kusursuzluğundan kaynaklanması tasfiye için farklı sonuçlar doğurmayacaktır<sup>295</sup>.

Özellikle bu noktada YİGŞ m. 48' in yanlış anlamlara gelebilecek şu düzenlemesine dikkat çekmek istiyoruz. YİGŞ m. 48 sözleşmenin feshi ile sözleşmenin tasfiyesi halini “sanki” inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan iki farklı hukuki kurummuş gibi düzenlemiştir<sup>296</sup>. Böylece tasfiye geçmişe etkili sona ermeyi akla getirirse de kastedilen bu değildir. Fesih ise ileriye etkili sona erme hallerini belirtmektedir

---

499; Tandoğan işi tamamlamayan ve teslim tarihini geçirerek temerrüde düşen müteahhidin işin büyük bir kısmını yapmış olsa da yaptığı kısımın orantılı ücret talep edemeyeceğini, İş sahibinin BK. m. 106'da ki geriye etkili dönme hakkını ona karşı kullanabileceğini ve bu sebeple müteahhidin ancak iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesi veya yapılan edimin objektif değeri oranında bir talepte bulunabileceği görüşündedir.; İsmet Sungurbey, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek, 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), *Yasa Hukuk Dergisi*, Şubat 1982, s. 173-194; Sungurbey'e göre yapının büyük bir kısmının bitmiş olması durumunda, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi gerekir. Yazar ileriye etkili fesih görüşünü BK m. 360/f. 2 ve f.3'teki kuralın kıyasen BK m 106'deki dönme hakkının kullanılmasının sınırlanması noktasında uygulama alanı bulması gerektiği görüşündedir. Böylece müteahhit, sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceğinden, yapının bitirmiş olduğu kısmıyla orantılı ücretine hak kazanacaktır. Sungurbey' in bu konuyla ilgili makalelerini topladığı eseri için bkz: İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt Beş* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984) s. 521, O dönem ki tartışmalarla doktrindeki diğer hukuki görüşler ve bu görüşlerin ayrıntılı eleştirisi için bkz: Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 187 vd.

295 Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 221; Öz, BK m. 371/f.2' nin kıyasen, kusursuz olarak inşaatı teslim etmekte temerrüde düşen müteahhit hakkında da uygulanması gerektiği görüşündedir.

296 YİGŞ m. 48/f.27 “(...) gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için (...)”, YİGŞ m.48/f.28 “(...) sözleşmenin feshedilmesinden sonra veya tasfiyesinden sonra (...)”, “(...) bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin feshedilmesi hali için durum tespit tutanağında belirtilir.”

Her ne kadar YİĞŞ m. 48'de müteahhidin kendi aczi sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi, yasak fiil ve davranışı, ölümü, iflası, ağır, hastalık ve tutukluluğu ile mahkumiyeti halinde sanki genel hükümlere yollama yapılarak<sup>297</sup> tasfiyenin sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabulüyle yapılması gerektiği akla gelse dahi gerçek böyle değildir.

Zira böyle bir farklı iki halin öngörülmediği YİĞŞ m. 48/f.28' de ki düzenlemeden açıkça çıkarılabilmektedir ; “Sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra hesap kesme hak edişi idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte 41. maddesindeki esaslara göre yapılır.”

Yapılan atıf şartnamenin kesin hak ediş raporu ve hesap kesilmesine ilişkin hükmümedir. Buna göre sözleşme her ne sebeple sona ererse ersin müteahhit yapmış olduğun işin bedelini sözleşmede kararlaştırılan ücretle orantılı olarak almış olacaktır

Bunun önemi şudur; inşaat sözleşmesinin sona ermesinde müteahhidin kusurlu olması her hangi bir önem ve etkiye sahip olmayacaktır. Sözleşme her iki halde de ileriye etkili (fesih) olarak sona ermiş kabul edilecektir.

Anlatılan sebeplerle ihale mevzuatı açısından da fesih ve tasfiye hali bir birilerinden farklı hukuki kurumlar değildir. YİĞŞ m. 48/f.28 çerçevesinde fesih ve tasfiye müteahhidin borca aykırı davranışının sonrasında yaşanan süreci ifade eder. Bu noktada da tasfiye feshin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

Konuyu şu şekilde detaylandırmakta fayda görüyoruz. Sözleşme sona erdirilse bile sona erme etkilerini ileriye etkili (fesih) şekilde göstereceğinden fesih tarihine kadar yapılan inşaat işi ve bu işin karşılığı olan ödemeler (ara hak edişler) geçerli bir sözleşmenin gereği olduğundan sona ermeden etkilenmeyeceklerdir.

Böylece inşaat sözleşmesinin feshiyle birlikte müteahhidin fesih anına kadar yapmış

---

297 YİĞŞ m. 48/f.1; (müteahhide sözleşmeyi feshetme yetkisi veren bu kısımda) “(...) ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”, YİĞŞ m. 48/f.5 “(...)sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”, YİĞŞ m. 48/f.6 “(...) sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

olduğu yapının son hali durum tespit tutanağıyla belirlenecek ve bu kısma isabet eden ücret tutarı ara hak edişlerle henüz ödenmemişse hesap kesme hak edişi ile birlikte kendisine tediye edilecektir. Ara hak edişlerle ödeme yapılmışsa bu paradan kısmen dahi iş sahibine iade yapılmayacaktır.

Bu şekilde KİK ve alt mevzuatı<sup>298</sup> Borçlar Kanununa tabi inşaat sözleşmeleri için doktrinde ve Yargıtay kararlarında<sup>299</sup> kabul edilen esas ve görüşleri büyük ölçüde dışlayarak-hiç de adil olmayacak sonuçlarla - kendine özgü öncelikli hükümler ile tasfiye ilişkisini düzenlemiştir.

Gerçekten de sözleşmenin sona erdirilmesi anında inşaat işi hangi aşamada olursa olsun sözleşme ileriye etkili şekilde feshedilecektir. Böylece ihale mevzuatıyla BK m. 106'daki "ifadan vazgeçip ifa yerine tazminat istemek" şıkkı da kaldırılmış olmaktadır.

Sözleşmenin sona erdirilmesine müteahhit kusuruyla sebep olsa bile kendisine o ana kadar yapılan ara hak edişlerin bir kısmı dahi iadeye konu olmayacaktır. Ayrıca müteahhide durum tespit tutanağı ve akabinde düzenlenecek kesin hesap kesmeyle ara hak ediş raporlarından sonra yapılan inşaat kısmı ve ihzarat bedeli ödenecektir.

---

298 DİK ve alt mevzuatı da sözleşmenin sona ermesini ileriye etkili fesih olarak düzenlemiştir. Tasfiyeyle tarafların hak ve yükümlülükleri de bu esas çerçevesinde belirlenmiştir. Bkz: aş. s. 130 civarı

299 Müteahhidin eserin büyük bir çoğunluğunu bitirerek vade gününde borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin hukuki sonuçları farklı şekilde yorumlanıp tespit edilmiştir. Buna göre Yargıtay (15.) Hukuk Dairesi sona ermenin ileriye etkili sonuçlar doğuracağı fikrini savunmuştur. Daire kararlarına göre, Sözleşmeden dönme söz konusu değildir; Böylece müteahhit bitirmiş olduğu kısımla orantılı olarak sözleşmedeki bedeli talep edebilir. Bu kararlar için bkz. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 200 vd. Daha sonraki bir tarihte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında teslim gününde yapıyı bitiremeyerek temerrüde düşen müteahhide karşı iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin geçmişe etkili sonuçlar doğurması gerektiğini kabul etmiştir. Bunun pratik sonucu dönme anına kadar yapılan kısım sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca tasfiye edilecektir. Müteahhide bitirmiş olduğu kısımla orantılı sözleşmede kararlaştırılan ücretin (kârın) ödenmesi mümkün olmayacaktır. 06.10.1982, 1982/15-356 E., 1982/817 K., Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 202, Hukuk Genel Kurulunun bu kararı fazla uygulanma imkanı bulamadan Yargıtay Büyük Genel Kurulu aradaki içtihat farklılığını 25.01.1984 tarih ve E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla gidermiştir; "(...) Sonuç: İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla temerrüde düşmesi nedeniyle işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak borçlar kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekeceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verildi." Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 208.

Sonuç olarak en önemlisi KİK ve alt mevzuatında müteahhidin farklı şekillerdeki borcuna aykırı davranışlarında bile iş sahibinin hiçbir zaman sözleşmeden geçmişe etkili olacak şekilde dönmesine imkan ve izin verilmemiştir.

Eğer İhale mevzuatı bir şekilde iş sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olacak şekilde dönmesine izin verseydi; geçmişe etkili sona erme halinde sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacaktı. Yani hiç yapılmamış sayılacaktı. Böylece tarafların birbirlerine kazandırmış oldukları şeylerin sonradan sebebi ortadan kalkan<sup>300</sup> sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iade edilmesi gerekecekti (BK m. 63-64).

Buna göre müteahhide ödenen ara hak edişlerin bir kısmının iadesi gerekecekti. Sözleşmeden dönülünce ara hak edişlerin dayandığı sözleşmedeki belirlenen birim fiyatlar ve götürü bedel ortadan kalkacaktı. Müteahhide ödenmesi gereken tutar sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca malzeme bedeli<sup>301</sup> ve işçilikten ibaret olacaktı. Bu ise inşaatın yapım maliyetini ifade edecekti. Bu haldeki tutarın müteahhidin en küçük bir kârını bile içermeyeceği açıktı.

Ancak ara hak edişlerse hemen yukarıdaki belirttiğimiz işçilik ve malzeme bedeli tutarından fazlasını içermektedir. Ara hak edişlerde müteahhit kârı da vardır. Eğer sözleşme geçmişe etkili olarak sona erseydi bu fazla tutarın daha sonradan iş sahibine iadesi gerekirdi.

---

300 Bu nedene dayalı sebepsiz zenginleşme davalarına *condictio ob causam finitam* da denmektedir. Bu konu hakkında bkz: M.Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990) s.101, Anderas Von Thur, *Borçlar Hukuku 1-2 Yargıtay Yayınları No 15., Çev. Avukat Cevat Edege*, (Ankara: Olgaç Matbaası, 1983) s. 431, Oğuzman/Öz, s. 761, Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993) s. 741, Necmettin Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Üçüncü Cilt İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1998) s. 245, İlhan Ulusan, *İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1984) s. 76 vd., Cem Baygın, *Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu Fahiman Tekil'e Armağan* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2003) s. 572

301 Bu hesap, ihzaratın ara hak edişe girmemesi ve sözleşmenin de daha sonra sona erme ihtimali için geçerlidir. Ödenmemiş ihzarat ve pek tabii ki inşaat kısmı karşılığı kesin hesap kesme raporu çerçevesinde müteahhide ödenecektir.

Ne var ki KİK ve alt mevzuatı aksine bir düzenleme yaparak sözleşmenin feshinden önce ara hak edişlerle karşılığı ödenmiş ücret kısımlarından müteahhitlik kârının iadesini öngörmediği gibi, henüz ara hak edişlere girmemiş inşaat kısmının ücretinin de kesin hesap kesme raporu doğrultusunda sözleşmede kararlaştırılan bedele göre müteahhitlik kârını da içerecek şekilde ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Çok kereler belirttiğimiz gibi ara hak edişler müteahhidin işçilik masrafının, müteahhit kârının ve inşaatta kullanılacak malzemenin iş başında hazır edilmesinin (ihzarat bedelinin) karşılığında ibaret olacaktır. Bunu şu hususu açığa çıkartmak için ifade ediyoruz; inşaatta kullanılan malzemenin bedeli çoğu kez iş sahibi tarafından daha baştan ödendiğinden mülkiyeti iş sahibine ait olacaktır. Bu durumda İhale mevzuatına göre iş sahibinin sözleşmeden dönmesine izin verilseydi bile müteahhit kendi malzemesi ile başkasının arazisinde haksız inşaat yapan kişi durumuna düşmeyecekti. Zira müteahhidin çoğu kez inşaatta kullandığı<sup>302</sup> malzemenin mülkiyeti kendisine ait değil bizzat iş sahibine (idareye) ait olacaktır.

Müteahhidin borca aykırı davranışları sebebiyle sözleşmeyi fesheden iş sahibinin uğramış olduğu zararının tazminini talep edebileceği KİSK m. 22' de ve YİĞŞ m. 48 açıkça düzenlenmiştir. İş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde talep edebileceği tazminat miktarının niteliği, kapsamı ve uygulanacak diğer kurallar hakkında aşağıda tazminat kısmında açıklamalarda bulunulmuştur. Burada tekrardan kaçınmak için ilgili kısımlara gönderme yapmakla yetiniyoruz. Ancak burada şu kadarını söyleyelim ki; müteahhitten istenebilecek zarar; iş sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili feshiyle uyumlu olumlu zararından ibaret olacaktır<sup>303</sup>.

YİĞŞ m. 48 ve KİSK m. 22 uyarınca feshedilen sözleşmenin tek sonucu tasfiyesinden ibaret olmayacaktır. Bir diğer ifadeyle müteahhidin borca aykırı davranışı sadece sözleşmeyi sona erdirmeye neden olmayacaktır.

Sözleşmenin feshi ile birlikte müteahhit tarafından verilen kesin teminat<sup>304</sup> ve varsa

---

302 Bkz: aş. s. 130 civarı

303 Bkz: aş. s. 143 civarı

304 Kesin teminat sözleşme imzalanmadan önce istekli tarafından ihale bedelinin %6'sı oranında ihale yapan idareye yatırılan paradır. Bir nev'i inşaat sözleşmesini yapmanın ön şartıdır. Bir başka

ek kesin<sup>305</sup> teminat hazine lehine gelir kaydedilecektir. Gelir kaydedilen teminat<sup>306</sup> müteahhidin borçlarından mahsup edilmez. İhale mevzuatından görülen bu özel cezai şart düzenlenmesi bir nevi kamunun menfaatlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen müteahhit için medeni para cezasına çarptırılması niteliğindedir<sup>307</sup>.

Ayrıca sözleşmenin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesi hallerinin tamamında kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir (YİGŞ m. 48/f.10).

Hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde alı konulan tutar gelir kaydedileceği gibi sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükümlerine göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir (YİGŞ m. 48/f.11). Yukarıda belirtildiği gibi gelir kaydedilen teminatlar müteahhidin borçlarından mahsup edilmeyecektir.

Fesihden sonra tasfiye aşamasında şayet kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici tutanağına veya sözleşmenin feshedilmesi hali için durum tespit tutanağında belirtilir. İdare belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir (YİGŞ m.48/f.27). Yüklenici bu hususları yerine getirmediği takdirde idare bu işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düşülür, alacağı

---

işleviyse inşaat işinin ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamaktan ibarettir (KİK m. 43).

305 Ek kesin teminat müteahhide fiyat farkı verilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda iş sahibi tarafından artırılan ücretin % 6'sı kadar gösterilen teminattır (KİSK m. 12).

306 Müteahhidin gösterebileceği teminatların neler olduğu YİGŞ m. 48'de belirtilmiştir. Buna göre tedavüldeki Türk parası, banka teminat mektubu, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler teminat olarak gösterilebilir.

307 Cezai şartın işlevi ile ilgili olarak bkz: Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* Cilt 61, sayı 1-2 , 2003, s. 357 vd., Oğuzman/Öz, s. 897, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 341, Eren, Borçlar, s. 1133

kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde genel hükümlere göre işlem yapılır (YİĞŞ m. 48/f.28).

Bundan başka iş sahibi işin durmaması için yüklenicinin tesisleri, malzeme ocakları, ihzaratı, araç ve makinelerinden gerekli gördüklerine el koymak yetkisine de sahiptir. Ancak iş sahibinin bunun için YİĞŞ' nin (49.) maddesinde yazılı kurallara uyması gerekir.

Sözleşmenin tasfiyesi sürecinde ortaya çıkan diğer bir sonuç da müteahhidin kendisine ait olmasına rağmen araç ve gereçlerini iş sahibinin izni olmaksızın iş yerinden çıkarmaması hatta yerlerini bile değiştirememesidir.

Sözleşmenin bozulması halinde iş sahibine tanınan bu yetkiler önleyici tedbir mahiyetindedir. Böylece ileride satım sözleşmesine konu olacak iş sahibine ait araç ve gereçlerin ortadan kaybolmasına şimdiden engel olunmaktadır. Bu araç ve gereçlerin bedelinin ne şekilde tespit edileceği YİĞŞ m. 49' de belirtilmiştir.

Kanımızca iş sahibine sözleşmenin sona ermesi halinde bu araç ve gereçler üzerinde bir nevi alım hakkına (iştirah hakkı) benzer bir hak tanınmış olmaktadır<sup>308</sup>. İş sahibinin kullanmakta serbest olduğu bu alım hakkı taraflar arasındaki sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelen YİĞŞ' nin 49. maddesinden kaynaklanmaktadır.

## **1.2. DEVLET İHALE KANUNU VE ALT MEVZUATI BAKIMINDAN**

DİK m. 62 ve BİĞŞ m. 47 sözleşmenin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesinin ardından tasfiyeye geçilmesine, taraflarca fesih anına kadar yerine getirilen edimlere nasıl değer biçileceğine ve tazminat dahil tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler öngörmüştür.

Hemen belirtelim ki DİK m. 62 ve BİĞŞ m. 47 hükümlerinde de inşaat

---

308 Alım hakkı hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi, *Eşya Hukuku Tamamen Yenilenerek Yazılmış 9. Baskı*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2002) s. 395 vd.

sözleşmesinin ileriye etkili (fesih) olarak sona ermesi kabul edilmiştir. Sözleşmenin tasfiyesinin yapılması ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespit edilişi ileriye etkili fesihle uyumlu olacak şekilde belirtilmiştir. Şu halde DİK ve alt mevzuatı, KİK ve alt mevzuatı gibi, müteahhidin hiç bir borca aykırılık hali için iş sahibine sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirme imkânı tanımamıştır<sup>309</sup>. Her halükarda sözleşme ileriye etkili (fesih) şekilde sona erecek ve sonuçlarını bu esas çevresinde doğuracaktır.

Şu durumda DİK ve alt mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin sona ermesi ile ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümünde de büyük ölçüde KİK ve alt mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde yaptığımız açıklamalara esas alınacaktır; iş sahibinin sona erme halinde isteyebileceği tazminatın biçimi, tarafların fesihden önce karşılıklı olarak yapmış oldukları zenginleştirmelerin nasıl tespit edileceği ve iade yükümüne uygulanacak kuralların neler olduğu yukarıda gerekçeleriyle birlikte açıklanmıştır. Burada tekrardan kaçınmak için ilgili kısımlara yollama yapmakla yetiniyoruz<sup>310</sup>.

Son olarak şunu belirtelim ki DİK ve alt mevzuatı KİK ve alt mevzuatından farklı olarak sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda müteahhitten alınan teminata alındığı tarihten gelir kaydedildiği tarihe kadar ayrıca faiz işletilmesini ve aradaki farkın müteahhitten tahsilini ön gören hükümlere yer vermemiştir.

## **2. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ TARAF OLDUĞU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ HALİNDE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN TASFİYESİ**

### **2.1. KAMU İHALE MEVZUATININ ÖNGÖRDÜĞÜ DÜZENİN EKSİK YÖNLERİNİN TESPİTİ İLE ELEŞTİRİSİ**

Konumuzu oluşturan inşaat sözleşmelerinin tasfiyesinde esas itibariyle mülkiyeti iş

---

309 Bkz: yuk. s. 111 civarı

310 Burada şu hususu yeniden hatırlatalım ki ihale mevzuatının hiçbir hükmünde (hem DİK hem de KİK ve alt mevzuatlarında) iş sahibinin müteahhitten isteyebileceği tazminatın içeriğinin ne olacağı ve istenmesinin koşulları hakkında düzenleme yapılmamıştır. Bkz. yuk. s. 119 civarı



sahibine ait<sup>311</sup> olan araziye yapılan yapılar söz konusu olmaktadır. İhaleye çıkarılan bu yapım işlerinin büyük çoğunluğunu kamu hizmetine özgülenecek okullar, hastaneler, yollar, köprüler, barajlar ve tüneller vs. oluşturmaktadır.

Yukarıda müteahhitten kaynaklanan sebeplerle inşaat sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda tasfiyenin gerçekleştirilmesine ilişkin ihale mevzuatı hakkında genel bilgiler verilmişti<sup>312</sup>.

Burada ihale mevzuatının öngördüğü sistem hakkındaki görüş ve eleştirilerimize geçmeden önce tasfiye düzeninin hangi çerçevede yapıldığını yeniden özetlemek istiyoruz.

Bundan önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi ihale mevzuatı inşaat sözleşmelerinin sona ermesini ileriye etkili (fesih) olarak kabul etmiştir. (KİSK m. 22, YİĞŞ m. 48, DİK m. 62, BİGŞ m. 47). İhale mevzuatı iş sahibinin sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirmesine (dönmesine) hiçbir durumda izin vermemiştir. Buna göre fesih anına kadar yerine getirilmiş edimlere dokunulmamış, bu edimler fesih anına kadar ayakta tutulan bir sözleşmenin gereği olarak kabul edilmiştir.

İhale mevzuatı bu sonucu BK 'ya tabi inşaat sözleşmelerinde ileriye etkili feshin<sup>313</sup> ancak yapının iş sahibinin arazisinde yapılması ve büyük bir kısmının bitirilmiş olması halinde mümkün olacağı şeklindeki Yargıtay görüşünün de çok ötesine geçerek her türlü borca aykırılık hali için kabul etmiştir.

Yine birçok kereler söylediğimiz gibi ihale mevzuatı sona erme ve tasfiye sürecini müteahhidin kusuru ve yapının bitirilmiş kısmının ne oranda olduğunu dikkate alarak düzenlememiştir.

---

311 Burada asıl tespit edilmek istenen arazinin mülkiyetinin müteahhide mi yoksa iş sahibine mi ait olduğudur. Üzerine inşaat yapılan arazi çoğu kez; üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkün olmayan, devlete ait veya devletin hüküm ve tasarrufu altında olan arazi niteliindedir.

312 Bkz: yuk. s. 111 civarı

313 Burada müteahhidin vadede eseri teslim edememesi halinde iş sahibinin BK m. 106–108 hükümleri uyarınca kullandığı sözleşmeden dönme hakkına getirilen sınırlama ile sona erdirilmenin ileriye etkili sonuçlar doğuracağı ifade edilmektedir. Bu konuda bakınız yuk: s. 117 civarı

Gerçekten yukarıda belirttiğimiz gibi YİBK ve ondan sonraki Yargıtay uygulamasıyla benimsenen ileriye etkili fesih sadece inşaatın biten kısmının %70-%90'dan ibaret olması haliyle sınırlıdır<sup>314</sup>. Şayet inşaat bu oranda bitirilmemişse kusuruyla temerrüde düşen müteahhide karşı iş sahibi geçmişe etkili sözleşmeden dönme hakkını pekala kullanabilecektir.

İnşaat sözleşmesinin taraflar arasında ani edimli borç ilişkisi kurduğunu sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyen edimden yola çıkarak tespit etmiştik<sup>315</sup>.

Buna göre sözleşmedeki karakteristik edimi müteahhidin inşaatı tamamlama ve teslim etme borcu oluşturur. İş sahibinin edim sonucuna olan menfaati ancak müteahhidin her şeyi bitiren son hareketiyle birlikte (inşaatı tamamlayıp iş sahibinin tasarruf alanına bırakmasıyla) karşılanır. Buradaki menfaatin karşılanması da belirli bir zamana yaygın olmayıp tam aksine bir anda gerçekleştiğinden inşaat sözleşmeleri kural olarak taraf arasında ani edimli borç ilişkisi kurar.

Yine önceden belirttiğimiz gibi müteahhidin edim sonucuna yönelik olan iş görme eylemleri taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinden ayrı ve ondan bağımsız bir borç ilişkisi kurmaz. Bu sebeple edim sonucunu ortaya çıkaran bu hazırlayıcı nitelikteki iş görme fiillerinin; bir kısmı ifa olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi kısmi ifa<sup>316</sup> ancak bölünebilir nitelikteki ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. İş sahibinin inşaat sözleşmesine olan çıkarı, müteahhit tarafından her şeyi tamamlayan son bir hareket ile bir anda (bir çırpıda) gerçekleştiğinden bölünebilir bir edim sonucundan bahsedilemez. Bu sebeple de bölünebilir nitelikte olmayan ani edimli borç ilişkisi kuran inşaat sözleşmeleri için kısmi ifadan; haliyle de kısmi dönmeden söz edilemez.

Şu halde ihale mevzuatı müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona erme hallerinde ister müteahhit kusurlu olsun ister olmasın ona bitirmiş olduğu kısımın orantılı ücret

---

314 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 156 ve 157

315 Bkz: yuk. s. 24 civarı ve 51 civarı

316 Kısmi ifa ile ilgili açıklamalarımız için Bkz: yuk. s. 26 civarı dn. 96 civarı

alması imkanı veren tasfiye sistemi ile adil olmayan sonuçlar yaratmaktadır.

Gerçekten de müteahhit işi bitirmekten âciz olduğunu bildirmek suretiyle inşaat sözleşmesinin feshedilmesini mümkün kılacaktır<sup>317</sup>. Böylece sözleşmede kararlaştırılan ücretini yapmış olduğu kısım ile orantılı olarak kesin hesap kesme raporu çerçevesinde isteyebilecektir. Şayet bu kısım kendisine ara hak edişlerle ödenmişse de kendisinde kalacaktır.

Ancak aynı durum tamamen kendi kusuruyla inşaatı vadesinde teslim edemeyen veya vadeden önce teslim edemeyeceği belli olan müteahhit bakımından da geçerli olabilecektir. Bu hallerde müteahhit inşaatı kusuruyla bitirememesi durumunda dahi yapmış olduğu kısım ile orantılı ücretini alabilecektir.

Kanaatimizce müteahhit inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde yapmış olduğu kısım ile orantılı ücretini istemesi ancak sözleşmenin sona ermesine neden olan davranışta bir kusurunun olmadığını ispat etmesi halinde mümkün olmalıdır (de lege feranda). Ancak bu durumda müteahhit ara hak edişlerle kendisine ödenen müteahhitlik kârını iade etmeyebilir. Yine ancak bu durumda Müteahhidin ara hak edişlere girmeyen ve kesin hesap hak edışıyle ödenecek yapı kısmı için müteahhitlik kârının ödenmesini iş sahibinden talep etmesi mümkün olmalıdır (de lege feranda).

Şayet müteahhit kusuruyla inşaat sözleşmesinin sona ermesine neden olmuşsa artık onun sadece yapının maliyet değerini talep etmesi gerektiğini düşünüyoruz (de lege feranda). Zira bu hallerde müteahhidin korunmasının gerektiren bir durumu yoktur. Buna göre müteahhidin ara hak edişlerle ödenen müteahhitlik kârını iş sahibine iade etmesi gereklidir. Yine ara hak edişlere girmeyen yapı kısmının değerinin de işçilik ve ihzarat bedelini aşmayacak şekilde maliyet bedeli olarak kendisine ödenmesi gerektiğini düşünüyoruz (de lege feranda).

Aşağıda bu esaslardan yola çıkılarak olması gereken hukuk bakımından tasfiyenin

---

317 Yukarıda belirttiğimiz gibi iş sahibi bunun doğru olmadığını ve inşaat sözleşmesinin aynen ifasını talep edemeyecektir. s. 93 civarı vd.

yapılışına dair görüş ve önerilerimiz açıklanmıştır.

## **2.2. MÜTEAHHİTİN KUSURLU OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ VE TASFİYE HALİNDE KUSURUN OYNACAYACAĞI ROL**

Yukarıda birçok kereler belirttiğimiz gibi, ihale mevzuatının müteahhidin sözleşmenin sona ermesine neden olan borca aykırılıkta kusurlu olup olmamasına göre tasfiye sistemini bina etmesi gerekirdi. Müteahhidin kusurlu<sup>318</sup> olduğu durumlarda sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdirilmeli tarafların iade yükümlülüklerinin kapsamı da sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca tayin edilmelidir. Ancak müteahhit borca aykırılık teşkil eden durumda kusurlu olmadığını ispat ederse sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilmeli ve yapmış olduğu kısımla orantılı sözleşmede kararlaştırılan ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir.

Buna göre şayet müteahhit kendi acemiliği ve kötü idaresi sebebiyle şirketinin iflasına neden olmuşsa, müteahhidin işi yapmaktan kendi kusurlu davranışları ile aciz duruma düşmüşse, kendi kusuruyla inşaatı vade gününde teslim edemeyip temerrüde düşmüşse (bu durum vadeden önce de tespit edilebiliyorsa erken dönme söz konusu olacaktır), sözleşmenin imzasından önce veya sonra yasak fiil ve davranışlarda bulunmuşsa, sözleşmeyi usulsüz olarak devretmişse artık bu durumlarda sözleşme, sona erdirildiğinde ileriye etkili (fesih) olarak değil geçmişe etkili (dönme) olarak yapıldığı andan itibaren ortadan kalkmış sayılmalıdır.

Müteahhidin ölümü, ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyeti veya kusursuz olarak borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirememesi halinde ise sözleşme ileriye etkili (fesih) olacak şekilde sona erdiği kabul edilmelidir. İleriye etkili sona ermede müteahhide bitirmiş olduğu kısımla orantılı ücreti ödenmeli, bu çerçevede ara hak edişlerle yapılan ödemeler kısmen de olsa iade konusu edilmemelidir.

---

318 Borçlar Hukuku bakımından kusur kavramı ve çeşitleri için Bkz: Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (Ankara: Ajans Türk Matbaası 1961) s. 45 vd., Von Thur, s. 337-382, Tekinay/Akman/Burcuğlu/Alttop, s. 492, Oğuzman/Öz, s. 526, Eren, Borçlar, s. 529

Şu halde KİK ve YİĞŞ' ye tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borca aykırılıkta kusurlu olup olmadığı tespit edilirken kullanılacak kriterin belirlenmesi gerekir.

YİĞŞ müteahhidin göstermesi gereken özen yükümlülüğün derecesini YİĞŞ m. 15/f.3' te belirtmiştir<sup>319</sup>. Müteahhit bu yükümlülüğüne uymazsa kusurlu sayılacaktır. Buna göre müteahhidin üstlenmiş olduğu inşaat işini sorumlu bir meslek adamının göstermesi gereken öngörü ve beceride yürütmesi gerekmektedir. Kendisinden bu derecede ağırlaştırılmış bir özende hareket etmesinin beklenmesi aslında inşaat müteahhitlerinin tamamına yakınının TTK m. 20 hükümlerine göre basiretli tacir olmasından kaynaklanmaktadır.

Özellikle TTK m. 20 gereği müteahhit; yetenek ve imkânlarındaki bazı yetersizliklerin ve eksikliklerin esasen sözleşme yapıldığı sırada sorumlu bir meslek adamı tarafından da öngörülemeyeceğini, bu öngörememenin sorumlu bir meslek adamı açısından da maruz görülmesi gerektiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün olamayacaktır. Böyle bir durumda müteahhit sorumluluktan ancak borca aykırılık haline bir mücbir sebebin veya bizzat iş sahibinin neden olduğunu ileri sürerek kurtulabilecektir<sup>320</sup>.

Aslında müteahhit inşaat işini daima ifa yardımcıları<sup>321</sup> aracılığıyla yürüteceğinden BK m. 100 uyarınca borca aykırılıktan dolayı kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacağını belirtmiştik<sup>322</sup>.

---

319 Şartnamenin uygulandığı inşaat sözleşmelerinde kabul edilen bu kıstas müteahhidin özen hem ifa imkânsızlığından sorumluluğu tayin edilirken hem de diğer borca aykırılık hallerinde müteahhidin kusurlu olup olmadığı tespit olunurken kullanılacaktır. Bu konu hakkında bkz: yuk. s. 43 civarı

320 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 105

321 Bunlar ya taşeron ya da kendi müstahdemleri olacaktır.

322 Müteahhidin BK m.100'deki kusursuz sorumluluk halinden, illiyet bağının mevcut olmadığını ispat etmek suretiyle kurtulacağını yukarıda ifade etmiştik. Bkz: yuk. s. 43 civarı. Müteahhidin ifa yardımcılarının davranışlarından dolayı sorumluluğunu bertaraf etmek için BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde sorumsuzluk anlaşmasına yer verebilmesinden şüphe duymamak gerekir (BK m. 99). Ancak kanaatimizce ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerindeki tarafların müteahhidin ifa yardımcılarından doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşması yapması halinde, bu anlaşmaların geçerliliğinden şüphe duyulmalıdır. Zaten çoğu zaman iş sahibi-idare böyle bir anlaşmanın ihale dokümanında yer almasına izin bile vermeyecektir. Ancak bir an için böyle bir sorumsuzluk kaydına yer verildiği düşünülse dahi YİĞŞ hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde müteahhidin hiçbir koşulda sorumluluktan kurtulmasına hatta bunu devretmesine izin vermeyen hükümler içerdiğinden (KİSK m. 4 ve KİSK m. 6/(v) bendi) tarafların bu şekilde şartnameye aykırı olarak kararlaştırdıkları sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu

Burada artık son olarak şunu söyleyelim ki; sözleşmenin sona ermesinde; şayet müteahhit kusurlu ise kendisine sadece inşaatın yapım maliyeti verilmeli, şayet kusurlu değilse kendisine kârını da içeren bitirmiş olduğu kısım ile orantılı ücreti verilmelidir. Hukuken ise bu yol; kusuruyla sona ermeye sebep olmada sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin, sona ermede kusursuz olunması halinde ise sözleşmenin ileriye etkili sona erdiğinin kabul edilmesiyle mümkündür.

### 2.3. KABUL ETTİĞİMİZ TASFİYE BİÇİMİ

#### 2.3.1. Müteahhidin Kusurlu Olması Halinde Geçmişe Etkili Sözleşmeden Dönme ve Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulama Alanı Bulduğu Haller

Şayet müteahhit kusuruyla; işi bitirmekten aciz duruma düştüğünü ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirirse<sup>323</sup>, Sözleşmeyi usulsüz olarak devrederse<sup>324</sup>, inşaatı ihale dokümanına ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirmez ise veya işi süresinde bitiremezse<sup>325</sup>, iflas ederse<sup>326</sup>, ihale aşamasında ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yasak fiil ve davranışlarda bulunursa<sup>327</sup> iş sahibi YİĞŞ m. 48 uyarınca geçmişe etkili olarak (ex tunc) sözleşmeden dönebilmelidir<sup>328</sup>.

---

söylenebilecektir. Bu hususta BK m.20 ve 20/f.2 de uygulama alanı bulabilecektir. BK m. 20 müeyyidesi hakkında bkz: Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitapevi 1995) s.73 vd.

323 Bkz. yuk s. 93 civarı vd., YİĞŞ m. 48/f.1, KİSK m.19

324 Bkz. yuk. s. 74 civarı vd., YİĞŞ m. 47, KİSK m.16

325 Bu başlık altına hangi durumların girdiği hakkında bkz: yuk. s. 86 KİSK m. 20, YİĞŞ m. 48

326 Bkz. Yuk. s. 80, KİSK m. 17, YİĞŞ m. 50

327 Bkz. yuk. s. 86, KİSK m. 20/(b), YİĞŞ m. 48/f. 5

328 Hem KİK ve alt mevzuatı hem de DİK ve alt mevzuatı, sözleşmenin sona ermesi halini sözleşmenin feshi olarak ifade etmiştir. BK m. 106 vd. maddelerinde de esasında sözleşmenin feshinden bahsedilmektedir. Ancak sözleşmenin feshi sürekli borç ilişkileri için kullanılır ve borç ilişkisinin ileriye etkili olarak sona ermesini ifade eder. Kanımızca İnşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli borç ilişkilerinden olduğundan sözleşmenin sona ermesi geçmişe etkili olmalı ve burada fesih değil “sözleşmeden dönme” söz konusu olmalıdır (delege feranda). Bu sebeple hem BK 'nın hem de ihale mevzuatının kullandığı fesih tabiri kanaatimizce doğru olmamıştır, “dönme” denmesi gerekirdi. Oğuzman/Öz, s. 411 dn. 632. 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak yeni Borçlar Kanunu Tasarımız temerrüt halinde sözleşmenin sona erdirilmesini ani edimli ve sürekli edimli borç ilişkisi kuran sözleşmeler bakımından ayrı ayrı düzenlemiştir. Buna göre BKT m. 124' te ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme hali ve (pek tabi ki ortada tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı gerekecektir.) ve BKT m. 125' te de sürekli borç ilişkileri bakımından sözleşmenin feshi halini düzenlenmiştir.

Gerçekten de tamamen kendi kusuruyla veya bazen de keyfi olarak işi ayıplı olarak yapan, işi tamamlamaktan aciz duruma düşen ve vade gününde eseri teslim edemeyen müteahhide yapmış olduğu kısımla orantılı ücret verilmesi doğru değildir<sup>329</sup>.

Bu hallerde kusurlu olan müteahhidin, sebepsiz zenginleşmenin tasfiye rejiminden korunmasını gerektirecek bir neden de yoktur. Aksi halde bu durum inşaatı yapmayarak terk eden müteahhitlerin ödüllendirilmesinden başka bir şey olmayacaktır.

Sözleşmeden dönüldüğünde borç ilişkisi geçmişe etkili olarak, yapıldığı andan itibaren ortadan kalkmış sayıldığından, dönmeden önce yapılan kazandırmalar hukuki sebepten yoksun hale gelmiş olacaktır.

Böylece sözleşmeden dönülmeden önce iş sahibine yapılan kazandırmalar kendisi için sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir.

Şu halde de dönme anına kadar yapılan kısım için kusurlu müteahhide sözleşmede kararlaştırılan oranda kâr verilmesi mümkün olmayacaktır. Zira sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıştır ve artık bu sözleşme hükümlerine dayanılması mümkün değildir.

O halde müteahhide sarf ettiği işçilik (emeğinin) karşılığı ve eğer ara hak edişler ile ödemesi yapılmamışsa (ihzarat bedeli olarak) kullandığı malzemenin bedeli sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ödenecektir. İade borçlusunun iade yükümünün kapsamı ile iade talebinin tabi olacağı zaman aşımı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenecektir.

Tarafların sözleşmeden dönülmesi halinde ortaya çıkan karşılıklı iade yükümlülüklerinin kapsamının nelerden ibaret olduğunu ve uygulanacak hükümleri

---

329 İhale mevzuatının öngördüğü tasfiye sistemi açıktır; fesih anına kadar müteahhidin işçiliği, malzemesi ve müteahhitlik karı yapmış olduğu kısımla orantılı olarak sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle kendisine ödenecektir. Ara hak edişlerle ödenmişse müteahhitlik karının iadesi de istenemeyecektir.

tespit ederken bir hususun altını çizmek istiyoruz; İnceleme konumuzu oluşturan inşaat sözleşmelerinde sözleşme konusu yapım işi genellikle iş sahibine ait arazide inşa edilecektir. Bu araziler ise ya tapu sicilinde devlet adına kayıtlıdır ya da devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Sonuç olarak bu araziler üzerinde özel mülkiyetin kurulması mümkün değildir.

Yine daha önce de belirttiğimiz gibi inşaat müteahhidi inşaatta kullandığı malzemenin bedelini çoğu zaman, sözleşmeden dönülmeden evvel, ihzarat bedeli olarak ara hak edişler çerçevesinde iş sahibinden tahsil etmiştir. Bu sebeple inşaatta kullanılan malzemenin mülkiyeti iş sahibine aittir.

Bu tespitleri, tasfiye halinde sebepsiz zenginleşmenin özel bir halini oluşturan haksız inşaat (MK m. 722-725) ve hukuki işleme (MK m. 775) hükümlerinin olayımıza uygulanabilip uygulanamayacağını tayin için yaptık.

Buna göre şayet iş sahibinin arazisi üzerine inşa edilen yapı eseri, taşınmaz yapı eseri niteliğinde değilse ve bu yapı eserinde kullanılan malzemenin bedeli ihzarat bedeli olarak ara hak edişlerle<sup>330</sup>, sözleşmeden dönülmeden önce, müteahhide ödenmişse bu durumda MK 775 hükümleri uyarınca taşınır yapı eserinin mülkiyetinin müteahhide geçirilmesi mümkün olacak mıdır?

MK m. 775 uyarınca hukuki işleme durumunda eğer müteahhidin emeğinin değeri sözleşmeden dönme anına kadar, işlenen-tamamlanan (taşınır yapı niteliğindeki) inşaattan değerliyse, bu durumda inşaatın mülkiyetinin müteahhide geçirilmesine karar verilir. Böyle değil de inşaatın tamamlanan kısmı müteahhidin emeğinden daha değerli ise inşaat iş sahibinin mülkiyetinde kalmaya devam edecektir<sup>331</sup>.

Ancak somut olayda her halükarda müteahhit kullandığı (işlediği) malzemenin iş sahibine ait olduğunu daima bileceğinden ya da bilmesi kendisinden bekleneceğinden müteahhidin emeği ortaya çıkarılan inşaat kısmından daha değerli

---

330 Esasında çoğu kez müteahhit kullandığı malzemenin bedelini, işin başına getirmekle ara hak edişlere geçirecektir. Bu sebeple müteahhidin malzemelerin sahibi olması ender rastlanılacak bir durumdur.

331 Hukuki işleme (tağyir) hakkında bkz: Oğuzman/Seliçi, s. 548



olsa bile hakim yine de inşaatın iş sahibinde kalmasına karar verebilecektir<sup>332</sup>.

İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde ara hak ediş ödemeleri ile inşaat başında hazır edilen malzemelerin (ihzaratın) bedeli müteahhide ödendiğine göre, sözleşmeden dönülmesi üzerine, o ana kadar yapılan inşaatın tasfiyesi için haksız inşaat hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz<sup>333</sup>.

Zira önceden de değinmiş olduğumuz gibi inşaatla kullanılan malzemenin bedeli iş sahibi tarafından ara hak edişlerle müteahhide ödendiğinden mülkiyeti kendisine ait olacaktır. Ancak ara hak edişlerle bedeli ödenmemiş ihzaratın inşaatla kullanılması durumunda, hiç değilse bu kısım için haksız inşaat hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecek midir?

Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira bu durumda tasfiyenin iki ayrı sorumluluk sistemine göre yapılması gerekecektir. Buna göre malzeme bedeli ödenmişse; bu durumda iş sahibinin mal varlığındaki müteahhidin harcadığı işçilik kısmı sebepsiz zenginleşme teşkil edecek ve bu kısmın iadesi gerekecekken, malzeme bedeli ödenmemişse (malzeme müteahhide aitse) bu durumda ise haksız inşaat hükümlerine göre müteahhidin iyi niyetli olup olmamasına göre tasfiye yapılacaktır.

Ancak bu durumda aynı tasfiye ilişkisinin konusunu oluşturan inşaatın farklı kısımları için başka başka hukuki kuralların uygulanması söz konusu olacaktır ki bu durum hem malzemelerin inşaatla kullanılmasıyla fiilen tespit edilmelerinin mümkün olmaması hem de farklı hukuki kuralları benimsemenin gereksizliği karşısında doğru bir çözüm yolu olmayacaktır.

Kaldı ki haksız inşaat hükümlerinin en önemli yanı muhik bir tazminat karşılığında arsanın mülkiyetinin müteahhide geçirilmesidir. Ancak çoğu zaman üzerine inşaat yapılan yer özel mülkiyete elverişli olmayan, devlete ait veya devletin hüküm ve

---

332 Kaldı ki müteahhidin iyi niyetli olduğu hallerde de ortaya çıkarılan inşaatın müteahhitte kalmasına karar verildiği hallerde de iş sahibinin (tersi durumda müteahhidin) müteahhitten haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümler uyarınca tazminat talep etmesi söz konusu olacaktır.

333 Haksız inşaat hükümleri hakkında bkz: Oğuzman/Seliçi, s. 360 vd.

tasarrufu altında olan arazi niteliğinde olduğundan, mülkiyetin müteahhide geçirilmesi de hukuken mümkün olmayacaktır. Şu halde haksız inşaat hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

### **2.3.2. İade Borcunun Kapsamının Belirlenmesi, İleri Sürülme Zamanı ve Zamanaşımı**

Kusurlu müteahhit sebebiyle sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erdirildiğinde benimsediğimiz klasik dönme teorisine<sup>334</sup> göre; borçlandırıcı işlemler ortadan kalktığından mevcut iktisaplar “sonradan ortadan kalkan sebebe” dayanan sebepsiz zenginleşme sayılacaktır<sup>335</sup>.

Buna göre iade borcunun kapsamı şu şekilde belirlenecektir<sup>336</sup>; müteahhit sözleşmeden dönüldüğünde, ara hak edişlerle dönme anına kadar kendisine ödenen işçilik ve malzeme bedeli ve müteahhitlik kârından, kâr unsurunu içeren kısmını iade ile yükümlüdür.

Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığına göre müteahhidin karşı tarafın mal varlığında oluşturduğu zenginleştirmeden fazlasını (yani kârını da) istemesi mümkün değildir. Ara hak edişlerle yapılan ödemelerin maliyeti aşan kısmının iş sahibine iadesi gerekecektir.

---

334 Klasik dönme teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 150, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 34, Buz, Dönme, s. 118, Oğuzman/Öz, s. 381, Yeni Dönme Teorisi hakkında bkz: Serozan, Dönme, s. 243 vd., Sözleşmeden dönmeyi yasal borç ilişkisi teorisiyle açıklayan görüş için bkz: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 963, İlhan Ulusan, “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, *MHAD* sayı: 7 1971, s. 163, Bu görüşlerin özellikleri ve eleştirileri için bkz: Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 35 vd., Buz, Dönme, s. 133

335 Sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi üzerine etkisi hakkında bkz: M. Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, *MHAD* No:16 1985, s. 131 vd., M. Turgut Öz, “İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri Taşınır Mülkiyetinin Borçlandırıcı İşlemlerle İlişkisi Borç Olmayan Şeyin Ödenmesi Gerçekleşmeyen Sebebe Dayanan İktisap Şekle Aykırılığın Dürüstlük Kuralı Yardımıyla Aşılması”, *MHAD*, No: 18 1990 s. 105 vd., M. Turgut Öz, “İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Aynı Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine Prof. Dr. Sungurbey 'e Armağan ”, *MHAD* No: 20 1996, s. 49 vd.

336 Sözleşmeden dönülmesi üzerine iade borcu, hem sözleşmeden dönen alacaklı hem de sözleşmenin bozulmasına neden olan borçlu için söz konusu olacaktır.

Dahası, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre, farzı misal, iş sahibi müteahhide ara hak edişlerle önceden ödeme yapmasa idi, sözleşmeden dönüldüğünde müteahhide mal varlığında oluşan zenginleştirmeler için “piyasadaki rayiç maliyet değerlerini” ödemek zorunda kalacaktı. Bunun anlamı emeğin ve malzemenin piyasadaki satım değeri değil, emeğin ve malzemenin piyasadaki maliyet bedelidir.<sup>337</sup>

Şu halde müteahhidin sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan sebepsiz zenginleştiği, bu yüzden işçilik ve malzeme bedelinin inşaatta kullanıldığı tarihteki piyasadaki maliyet değerini aşan tutarını iade etmesi gerekecektir<sup>338</sup>.

İş sahibinin, dönme üzerine müteahhide karşı iade yükümlülüğü, olsa olsa müteahhide ara hak edişlerle ödemediği, dönme anına kadar yapılan işçilik ve malzemenin, iktisap tarihindeki piyasadaki maliyet bedelini ödemekten ibaret olacaktır.

Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu sebepsiz zenginleşme çerçevesinde taraflarca karşılıklı synallagma içinde aynı zamanda gerçekleştirilecektir. Hem iş sahibi hem de müteahhit iade borcunu ifa etmemiş veya ifasını teklif etmiş olmadıkça, karşı tarafı iadeye zorlayamayacaktır. Bu sonuca BK m. 81'de ki ödemelik def'in kıyasen uygulanması suretiyle ulaşılmaktadır<sup>339</sup>. Buna göre inşaat sözleşmesinden dönülmesi üzerine müteahhit iş sahibine karşı iade alacağına kavuşuncaya kadar aldığı bedeli geri vermekten kaçınabilecektir. Aynı imkan iş sahibi için de geçerli olacak iş sahibi verdiği bedel iade edilinceye kadar karşı iade borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir.

---

337 Burada önemle belirtelim ki şayet müteahhidin dönme anına kadar yapmış olduğu inşaat kısmı, hiçbir surette iş sahibinin işine yaramıyorsa: üzerine inşaat faaliyetlerine devam etmek suretiyle tamamlanması mümkün değilse, örneğin yıkılmaya mahkum ise, bu durumda iş sahibinin müteahhide ödeyeceği bedel, zenginleşmesiyle sınırlı olacak ve yıkılan kısmın enkaz değerini geçmeyecektir.

338 Sözleşmeden dönme üzerine taraflar sebepsiz olarak iktisap ettikleri şeyleri mümkün olduğu müddetçe aynen iade etmek zorundadır. Aynen iade mümkün oldukça örneğin sözleşmeden dönen alacaklı iade ile yükümlü olduğu şeyi zimmetinde tutup bedelini ödemeyi teklif edemez. Taraflar bu hususun aksini kararlaştırabilirler. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 250-251, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 749

339 Akdin ifa edilmediği def'i hakkında bkz: Salamon Kaniti, *Akadin İfa Edilmediği Def'i* (İstanbul: Ahmet Said Matbaası 1962) s. 33 vd., Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s.151

Taraflar arasındaki iade yükümlülüğüne sebepsiz zenginleşmeye dair kurallar uygulanmalıdır. Buna göre tarafların iade alacakları, böyle bir talep hakları olduğunu öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl sonra zaman aşımına uğrayacaktır<sup>340</sup> (BK m. 66)<sup>341</sup>. Belirttiğimiz gibi Yargıtay sözleşmeden dönme üzerine tarafların yerine getirilmiş edimlerin iadesi istemlerinin 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşündedir<sup>342</sup>.

Sözleşmeden dönülmesi üzerine zaman aşımı süresi daima 1 seneden ibaret olmalıdır. Çünkü iadeyi isteme hakkı sözleşmeden dönme işlemiyle geçmişe etkili olarak doğar ve aynı anda taraflar bu hakkın varlığını öğrenmiş duruma gelirler<sup>343</sup>.

### **2.3.3. Sebepsiz Zenginleşmede İade Yükümlüsünün İyi Niyetli Olduğunu Tespiti ile Kötü Niyetli Sayılmasıyla Arasındaki Farklar**

İade yükümlüsünün sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iyi niyetli olup olmadığı şu şekilde tespit edilebilir; iade borçlusu iktisap ettiği şeyi geri vermek zorunda olduğunu veya olacağını bilmiyor ve bilmesi de kendisinden beklenemiyorsa, iyi niyetlidir. Şu halde sözleşmeden dönme anından sonra her iki iade borçlusu(hem sözleşmeden dönen alacaklı hem de borçlu) da artık iyi niyetli iade yükümlüsü olmaktan çıkacaktır. Zira bu andan itibaren her iki taraf da elindekini iade etmek zorunda olduğu biliyor hale gelmektedirler<sup>344</sup>.

---

340 Ancak Yargıtay sözleşmeden dönülmesi üzerine iade yükümlülüğünün tabi olduğu zaman aşımı süresinin BK m. 126/b. 4'e göre borca aykırı davranış kast veya ağır ihmalden kaynaklanması durumunda ise 10 yıl, hafif ihmalden kaynaklanması durumunda 5 yıl olacağı görüşündedir. Öz, İnşaat Sözleşmeleri s. 150, Yargıtay kararlarına göre sözleşmeden dönme ile birlikte borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağına göre iade borcunun kapsamının sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağı benimsenmeli ancak iade yükümlülüğünün tabi olduğu zaman aşımı süresinin akde dayanan bir alacak olduğu ve bu sebeple zaman aşımı süresi 10 yıl olarak kabul edilmelidir. Bu yoldaki kararlar için bkz: YHGK. 02.02.1955, 15 E., 14 K., YHGK, 17.10.1962, 14 E. 35 K., Y.3.HD., 06.12.1960, 7583 E., 6505 K., Buz, Dönme, s. 130-131 dn. 50, s. 131 dn. 52

341 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 257, Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 154; BKT m. 81' e göre "Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlayarak iki yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrar. (...)" Yavuz, Borçlar Tasarı, s.71

342 Şayet sözleşmeden dönme üzerine doğacak hukuki durum yeni dönme teorisi ve yasal borç ilişkisi taraftarlarının belirttiği gibi olursa yerine getirilmiş edimlerin iadesi talebi 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Serozan, Dönme, s. 544 vd., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.968 vd.

343 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 257

344 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 245

Ancak sözleşmeden dönme anına kadar her iki iade yükümlüsü de iktisap ettiği şeylerin hukuki sebebinin geçerli olduğunu inanmakta haklıdır. Bu süre içerisinde kural olarak iade borçlularının iyi niyetli olduklarının kabul edilmesi gerekir<sup>345</sup>.

Ancak şunu da belirtelim ki sözleşmeden dönme anından önce iade borçlusunun sözleşmeden dönüleceğini yakın bir tehlike (olasılık) olarak görmesine rağmen kusuruyla iade konusu şeye zarar verici davranışlarda bulunması halinde hakkında kötü niyetli sebepsiz zenginleşmeye dair kuralların uygulanması gerekecektir. Bu durumda iade borçlusu kötü niyetli sayılacağından zenginleşmenin kalktığı veya azaldığı savunmasında (BK m. 63/f.1) bulunamayacaktır.

Her somut olayda hakimin dürüstlük kuralı ışığında bir değerlendirme yaparak iade borçlusu için ne zaman sözleşmeden dönmenin soyut bir olasılık olmaktan çıkıp artık hesaba katılması gereken bir hal aldığını saptaması gerekecektir. Somut olarak ortaya bir başka ölçüt vermek gerekirse, inşaat sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranan ve böylece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kuvvetle bekler hale gelen müteahhidin henüz dönme gerçekleşmemiş olsa bile bu dönem için de kötü niyetli iade borçlusu olduğu kabul edilebilecektir<sup>346</sup>.

Sebepsiz zenginleşmede iade borçlusunun iyi niyetli olup olmaması iki bakımdan önemlidir;

İlk olarak, iyi niyetli iade yükümlüsü iyi niyetli olduğu dönem boyunca iktisap ettiği şeyin kayıplarından sorumlu tutulamayacaktır; bu sayede zenginleşme tamamıyla ortadan kalksa veya azalsa bile iade borcundan kurtulacaktır<sup>347</sup> (BK m. 63/f.1). Buna karşılık kötü niyetli sayılırsa zenginleşme tutarı azalmış veya bütünüyle ortadan kalkmış da olsa iade borcu bu kez parasal olarak devam edecektir (BK m.63/f.2).

---

345 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 245

346 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 246

347 Ancak iktisap edilen şey elden çıkarken bu sayede bir kazanç elde edilmişse bu kez bu kaim değer, surrogat, iade borcunun kapsamını oluşturacaktır. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 246, Oğuzman/Öz, s. 782, Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 150,

Böylece örneğin sözleşmeden döndükten sonra vaktiyle iktisap ettiklerini müteahhide iade edecek olan iş sahibi bunları elden çıkarmışsa eğer elden çıkarma anında iyi niyetli sayılabiliyorsa bu oranda iade borcundan kurtulacak aksi halde iade borcu devam edecektir.

İkinci olarak iade yükümlüsünün iyi niyetli olması, iade konusuna ilişkin yapmış olduğu masrafların kendisine ödenmesi bakımından da farklılık yaratacaktır. İade borçlusu iyi niyetli olduğu müddetçe yaptığı zorunlu ve yararlı masrafları isteyebilirken, kötü niyetli sayıldığı takdirde sadece zorunlu masraflarını ve yararlı masrafların da iade anında fiilen mevcut bulunan fazlalığını isteyebilir (BK m. 64). Şu halde zorunlu masraflar her iki halde de istenebilir. Lüks masraflar ise her iki durumda da istenemez.

Belirtelim ki iade sırasında iade konusu şey ile birleştirilmiş ve zarar yol açmaksızın çıkarılabilir olan fazlalığın iade alacaklısı tarafından masrafı teklif edilmedikçe sökülüp alı konulması hakkı iade borçlusu iyi niyetli de olsa kötü niyetli de olsa vardır (BK m. 64). Bu açıdan iyi niyetli olup olmamak bir fark yaratmayacaktır.

Müteahhidin iş sahibinden aldıklarının iadesine gelince müteahhidin aldığı bedel bir miktar para olduğuna göre sözleşmeden dönme üzerine iade borçlusunun iyi niyetli veya kötü niyetli olması bir fark yaratmayacaktır.

Çünkü müteahhidin iktisap ettiği para çoğu zaman kendisinin parasıyla derhal karışmaya uğrayacağından artık bunun iade anına kadar ne olduğunu araştırmak imkansız ve anlamsız hale gelecektir<sup>348</sup>.

Böylece paranın sebepsiz iktisabında zenginleşen ne kadar iyi niyetli olursa olsun, işin niteliği sonucu zenginleşmenin kalktığı veya azaldığı savunması kabul edilmeyecektir. Meğerki iyi niyetli müteahhit aldığı parayı henüz başka paralarla

---

348 Ancak iade borçlusunun yükümü zenginleştiği para borcundan ibaret olmasına rağmen hakkaniyet ilkesi gereği iade borcunun kapsamının sınırlanması cihetine gidilmektedir. Bu yoldaki Yargıtay kararları için bkz: Y.10.HD., T. 21.12.1978, E. 1978/4284, K. 1978/10278; Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 247 dn. 90, Ulusan, İade Borcunun Sınırlanması, s. 182-183

karışmadan çalındığını, zayı olduğunu ve bir başkasına bağışlandığını ispat edememiş olsun. Son üç durumda iyi niyetli müteahhit zenginleşmenin ortadan kalktığını veya azaldığını iade alacaklısına ileri sürebilecektir<sup>349</sup>.

#### **2.3.4. SONA ERMENİN MÜTEAHHİTİN KUSURUNA DAYANMAMASI DURUMUNDA SÖZLEŞMENİN İLERİYE ETKİLİ FESHİ VE TASFİYESİ**

Yukarıda olan hukuk bakımından başlıklı kısmın altında yapmış olduğumuz açıklamalarda ihale mevzuatının (hem DİK ve alt mevzuatı hem de KİK ve alt mevzuatı bakımından) borca aykırılıkta hiçbir istisna gözetmeksizin müteahhidi her halde sebepsiz zenginleşmenin tasfiye rejiminden koruduğunu aslında bu korumanın borca aykırılıkta kusuru olan müteahhit açısından yersiz ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğunu ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuştuk<sup>350</sup>.

Şu halde müteahhidin kusursuz olarak mali âciz içine düşmesini gerekçe göstererek sözleşmeyi sona erdirmesi, ölümü, iflas etmesi, ağır hastalık tutukluluk mahkumiyet hali ve taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi örneğin işi süresinde bitirmemesi üzerine sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, sona erme anına kadar müteahhit tarafından yapılan inşaat kısmının (malzeme ve işçilik ve bitirilmiş kısma isabet eden kâr payı) müteahhide ödenmesi gerekecektir.

Esasında inşaatın peyder pey yapılan bölümü ve ihzarat bedeli için ara hak edişlerle müteahhide ödeme yapıldığından ancak en son yapılan ara hak ediş ödemesi ile sözleşmenin sona erdirilmesi anına kadar geçen süre için ücretlendirilmemiş bir kısım yapılan inşaat kısmı ve ihzarat bedeli ve kârı söz konusu olacaktır. İşte normal şartlar altında iş sahibi bu kısma isabet eden sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödeyecektir. Bu ücretin içinde müteahhidin kâr payı da olacaktır. Şu halde daha önceki ara hak edişlerle müteahhitlik kârı da ödenmiş olduğundan bu yapı kısmı için

---

349 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 247dn. 90

350 Bkz: yuk s.111 civarı özellikle s. 119 civarı

ayrıca bir ödeme yapılması gerekmeyecektir.

İşte bu hallerde müteahhit kusursuz olduğunu<sup>351</sup> ispat emek kaydıyla ve bunu başardığı ölçüde sebepsiz zenginleşmenin tasfiye sisteminden kendini koruyabilmelidir.

Kanaatimizce ancak müteahhidin kusursuzluğunu ispat etmeyi başardığı hallerde kendisine sözleşmede kararlaştırılan oranda ücret ödemesi yapılmasıdır. Bunu olan hukuk bakımından da (delege lata) gerçekleştirmek mümkündür. Şöyle ki;

BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde BK m. 371/f. 2'de, müteahhidin kusuru olmaksızın eseri tamamlayamayacak hale gelmesi, “iş bitirmekten aciz kalması” durumunda inşaatın yapılan kısmının iş sahibinin kullanmasına elverişli olduğu müddetçe iş sahibinin yapılan bu kısmı kabule mecbur olduğu ve bedelini ödemek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu halde de sözleşme sona ermekte ancak yapılan kısım ile orantılı sözleşmede kararlaştırılan ücret müteahhide ödenmektedir.

BK m. 371 hükmünün kıyasen BK' ya tabi inşaat sözleşmelerinde eseri kusursuz olarak temerrüde düşerek vadede teslim edemeyen müteahhit hakkında da uygulanmasını önerenler vardır<sup>352</sup>.

Biz bu noktada bir adım daha atarak müteahhidin kusursuz olarak eseri tamamlayamadığı tüm hallerde (mali aciz içine düşmesini gerekçe göstererek sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, ölümü, iflas etmesi, ağır hastalık tutukluluk mahkumiyet hali ve taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi örneğin işi süresinde bitirmemesi üzerine sözleşmenin sona erdirilmesi hallerinde) BK m. 371 hükmünün kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Böylece müteahhit kusursuz olarak taahhüdünü yerine getiremez hale gelmişse ve o ana kadar yapmış olduğu inşaat kısmı da iş sahibinin kullanımına elverişli ise bu durumda iş sahibi, bu kısma isabet eden sözleşmedeki kararlaştırılan

---

351 Müteahhidin kusursuzluğunu ispat edebilmesinin (özellikle ihale mevzuatı hükümleri nazara alındığında) imkansız olmadığı ancak çok zor olduğu bir gerçektir.

352 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 220 ve özellikle s. 221



ücreti ödemek zorunda olmalıdır<sup>353</sup>.

Buna göre müteahhit borca aykırılık teşkil eden davranışında kusursuz olmasına rağmen sözleşme ihale mevzuatına göre sona erdirilse bile, BK m. 371/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, sözleşmenin ileriye etkili olarak (fesih) sona erdiği kabul edilmeli ve müteahhide yapmış olduğu kısımla orantılı ücreti ödenmelidir.

Ancak BK m. 371/f.2 hükmünün kıyasen uygulanabilmesi için Öz' ün önerdiği şu doğru yorumun yapılması zorunludur:

“ (...) İnşaat sözleşmelerinde BK m. 371/f. 2 hükmünün uygulanması bakımından değinilmesi gereken bir nokta daha vardır. Bu hükmü göre ancak yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi bu kısmın bedelini (orantılı bedel ödemek) vermek zorundadır. Oysa ilk bakışta, yarım kalan inşaatın kullanılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla bu hükmü-doğrudan uygulandığı hallerin dahi çoğunda-başvurulamayacağı düşünülebilir. Kanımca şöyle bir yorumla bu engel aşılabılır: Aslında madde metninde anlatılmak istenen, yapılan kısım iş sahibinin amacı doğrultusunda bir kazanç sağlıyorsa, bu anlamda bir değer kazandırmışsa, orantılı bedel istenebileceğidir. Yarım kalmış inşaat o haliyle iş sahibinin sonuca ilişkin çıkarını kısmen gerçekleştiren kısmi bir ifa oluşturmamakla birlikte, iş sahibinin sonuca götüreceği faaliyetlerini kolaylaştıran ve eseri tamamlamakta ona yarayan bir değer bir kazandırmadır. İşte bu anlamda iş sahibi yapıyı tamamlarken yapılan kısmı kullanmaktadır (...) ”

Şu halde ihale mevzuatında, ileriye etkili feshin ancak müteahhidin borca aykırılık teşkil eden olaylarda bir kusurunun bulunmadığını ispat etmesi ve yapılan inşaat kısmının iş sahibi için bir değer, bir kazandırma teşkil etmesi halinde uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz Aksi halde müteahhit kusursuzluğunu ispat

---

353 Burada borca aykırılığa kusursuz olmasına sebep olan müteahhidin yapılan kısım iş sahibinin kullanıma elverişli değilse bu durumda yine sebepsiz zenginleşmenin tasfiye rejimine tabi olacaktır. Örneğin yapılan inşaat kısmı sırf belirli bir seviyeye ulaştırılmadığı için yıkılmaya mahkum ise veya iş sahibine belirli bir seviyenin altında olması sebebiyle hiçbir surette değer fayda sağlamıyorsa, somut olaya YİĞŞ m. 48/f. 27 kıyasen uygulanmak suretiyle inşaat kısmı belirli bir seviyeye yani iş sahibinin kullanımına elverişli hale getirilebilir. Bu sayede kusursuz müteahhit sebepsiz zenginleşme hükümlerinden korunmuş olacak ve en azından tamamlanmış kısımla orantılı sözleşmedeki ücrete hak kazanmış olacaktır.

edememiŖse ve yapılan inŖaat kısmı zaten yıkılmaya mahkumsa ve iŖ sahibinin mal varlığı için bir kazandırma teŖkil etmiyorsa ihale mevzuatının tasfiye sistemi yerine sebepsiz zenginleŖmenin tasfiye sisteminin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ŗu halde ihale mevzuatının mütcaahhide yapılan kısım la orantılı ücret verilmesini öngören tek bir rejim öngörmesi, yanlış ve gereksiz olmuŖtur. Gerçekten de kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olan mütcaahhit le kusursuz olarak sözleşmenin bozulmasına neden olan mütcaahhidin durumunu aynı görmek ve her ikisi için de aynı kuralları uygulamak doğru olmamıŖtır.

Bu sebeple kamu ihale mevzuatına tabi inŖaat sözleşmelerinde Ŗayet mütcaahhit kusuruyla; iŖi bitirmekten aciz duruma düŖtüđünü ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirirse, Sözleşmeyi usulsüz olarak devrederse, inŖaatı ihale dokümanına ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirmez ise örneğin iŖi süresinde bitiremezse, iflas ederse, ihale aŖamasında ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yasak fiil ve davranıŖlarda bulunursa bozulan sözleşmenin ardından tasfiye, sözleşmenin gemiŖe etkili sona erdiği kabul edilerek sebepsiz zenginleŖme hükümlerine göre yapılmalı buna göre; kusurlu mütcaahhitten önceden kendisine ara hak ediŖlerle ödenen fazla kısım yani mütcaahhitlik kârı iade alınmalı, henüz bedeli ödenmeyen yapılan inŖaat kısmı da, yapıldığı tarihteki piyasa rayiçlerine göre tespit edilecek maliyet bedeline göre mütcaahhide ödenmelidir.

Kanımızca son tahlilde yapılması gereken Ŗey ihale mevzuatında Kanun Koyucunun deđiŖiklik yapma cihetine gitmesidir.

Kanaatimizce Kanun deđiŖikliđi Ŗu yolda olmalıdır: nasıl ki yeni Borçlar Kanunu Tasarısı borçlunun iŖi zamanında teslim edememesini ani edimli (BKT m. 124) ve sürekli edimli borç iliŖkileri (BKT m.125) için sona ermeleri bakımından iki farklı (dönme ve fesih) tasfiye rejimi ön görmüŖtür: İhale mevzuatı da<sup>354</sup> bu Ŗekilde iki farklı tasfiye hali öngörmeli ancak farklılık mütcaahhidin kusurlu veya kusursuz<sup>355</sup> olması noktasında olmalıdır.

---

354 KİSK m. 22 ve YİGŖ m. 48 ile DİK m. 62 ile BİGŖ m. 47 hükümleri.

355 Kusursuz olmasına rağmen sözleşmenin bozulmasına neden olan mütcaahhide karŖı iŖ sahibinin her hangi bir tazminat talebi söz konusu olamayacaktır.

Buna göre müteahhidin kusuruyla sözleşmenin sona ermesine neden olması halinde tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olarak yapılmalı, müteahhidin kusursuz olması halinde mevcut ihale mevzuatındaki sistem korunarak sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilerek tasfiye edilmelidir. Ancak bu halde fesih anına kadar yapılmış inşaat kısmının iş sahibinin kullanımına elverişli olması da ikinci bir şart olarak aranmalı ve yapılacak Kanun değişikliğinde göz önünde tutulmalıdır.

### **3. İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT HAKKI**

#### **3.1. Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı Sağlayan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 22 ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 48 ile Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Arasındaki İlişki<sup>356</sup>**

İş sahibi müteahhidin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde onu akde uygun davranması için “son bir süre vermesi ancak verilen sürenin sonunda da inşaatın bitirilmemesi durumunda,” iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmek zorunda olduğunu, ihale mevzuatının (hem KİK ve alt mevzuatı hem DİK ve alt mevzuatı bakımından) iş sahibine başka bir seçimlik hakkı tanımadığını belirtmiştik<sup>357</sup>.

Burada şu hususun altını öneminden dolayı bir kez daha çizmek istiyoruz: İş sahibi borca aykırılık durumunda YİĞŞ m. 48 ve BK m. 106-108'de düzenlenen sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanmayıp, dilediği zaman BK' da ki genel hükümlerde düzenlenen haklarını kullanamaz. İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin genel hükümlerde düzenlenen tazminat haklarını kullanabilmesi için YİĞŞ m. 48'de belirlenen prosedürü başlatmamış olması gerekir

Şayet YİĞŞ m. 48'de öngörülen prosedüre başlanmışsa artık sürenin sonunda iş sahibi BK m. 96 uyarınca uğramış olduğu olumlu zararının tazminini veya BK m. 106'da düzenlenmiş olan ifadan vazgeçtiğini derhal beyan edip olumlu zararının

---

<sup>356</sup> DİK ve alt mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri için DİK m. 62 ve BİĞŞ m. 47 genel itibariyle KİSK m. 22 ve YİĞŞ m. 48'le aynı hükümleri içermektedir..

<sup>357</sup> Bkz: yuk. s. 87 civarı, dn.177 civarı

tazmin edilmesini isteyemeyecektir<sup>358</sup>. Esasen ihale mevzuatında öngörülen ileriye etkili fesih ve bunun uyumlu olumlu zararın tazmini isteme hakkı bu şıkkın yerine geçer. Böylece iş sahibi YİĞŞ m. 48'de ki prosedürü işletmeye başlamamışsa iş sahibi vade geçmiş olsa dahi ifayı ve gecikme tazminatını isteyebilecektir<sup>359</sup>. Bu halde ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin genel hükümlere başvurması konusunda bir sınırlama yoktur. Yine belirtilen şartla, iş sahibi BK m. 96 uyarınca borcun gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan olumlu zararının tazmini de ileri sürebilecektir.

### **3.2. İş Sahibinin Tazminat<sup>360</sup> Talep Edebileceği Haller, Kusur ve Rolü, Zararın Kapsamı-Zamanaşımı**

YİĞŞ m. 48 ve KİSK m. 22 belirtilen hallerde sözleşmenin sona ermesi halinde, kusursuz olduğunu ispat edemeyen<sup>361</sup> müteahhit iade yükümlülüğü<sup>362</sup> yanında bir de

---

358 Karahasan' a göre iş sahibinin borca aykırılık durumunda dilerse DİK m 62' de ki sözleşmeden dönmeye dilerse, BK genel hükümlerine yani BK m. 96 ile BK m. 106 vd hükümlerine başvurabilecektir. Bu noktada ihale mevzuatına göre prosedüre başlanıp başlanmasının bir önemi yoktur. Yazar bu görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: “(...) Sözleşmenin yapılmasıyla idare (iş sahibi) ile üstenci ya da müşteri arasında bir sözleşme (borç) ilişkisi kurulduğuna göre, idare (iş sahibi) bu bağlamda esasen genel hükümlerden kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanabilirdi. O nedenle ki, idarenin DİK m. 62 uyarınca sözleşmeden dönmeyen dışında genel hükümlere dayanarak istemde bulunmasına hiçbir engel yoktur.” Karahasan, İhale, s. 240. Yazar görüşünü desteklemek için Y.13.HD., 14.11.1994 T., 6258 E., 9913 K., sayılı kararına dayanmaktadır. Karahasan, İhale, s. 241 dn. 123., Yazarın görüşünü desteklemek için dayandığı Yargıtay kararında tartışılan husus, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olması halinde ayıplı ifadan dolayı sahip olduğu seçimlik haklarını kullanamamasına rağmen hukuki niteleme ve talep bu yönde olmamasına rağmen Hakimin görevi gereği BK m. 96' nın gereği alıcının uğradığı zarara hükmetmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu tartışma tamamen farklı bir konuya aittir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; ayıplı ifa bir kötü ifa halidir. Kira sözleşmesi ve istisna sözleşmesi gibi özel borç ilişkileri için ayıplı ifa halinde uygulanması gereken hükümler, her bir akit türü için özel olarak düzenlendiğine göre genel hükümlere ve bilhassa BK m. 96' ya başvuramamak gerekir. En azından her iki hükmün yarıştığından bahsedebilmek için muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması gereklidir. Oğuzman/Öz, s. 87 dn.177 ve 178. Şu halde Karahasan' ın işaret ettiği Yargıtay kararları başka bir konuya ilişkin olduğundan yazarın savunduğu görüşü doğruladığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

359 Ancak Yargıtay' a göre uzunca bir müddet gecikmiş ifayı istemek, ifaya ekli cezai şartı kabartmak maksatlı olduğunda dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Bu halde dürüstlük kuralı ışığında sözleşmenin aynen ifasının istenmesinin beklenemeyeceği halden itibaren sözleşme sona erdirilmiş sayılacaktır. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 180 dn. 132 ve s. 296 dn.126a

360 Esasında YİĞŞ m. 48/f.27 ile BİĞŞ m. 47/f.12'de, sözleşmenin feshi üzerine idareye ileriye etkili fesihle uyumlu olumlu zararının tazminini isteme hakkı verilmiştir. Zira sözleşme sona erdirildikten sonra eksik işleri görmesi için müteahhide süre verilmesi ve bu süre zarfında gereken yapılmamışsa bu işi tamamlama masraflarının da istenildiği haller BK m. 97 uyarınca ifaya olan bir çıkarın (olumlu zarar) tazmini anlamına geldiğinden artık ihale mevzuatının, iş sahibine ileriye etkili fesihle uyumlu olumlu zararının tazminini istemek hakkını verdiğini kabul etmek gerekir.

361 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 282 vd.

iş sahibinin uğramış tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Müteahhidin tazminat ödeme borcunun doğması için temel şart kusurlu olmasıdır. Kusur; “hafif ihmal”, “ağır ihmal” ve “kast” derecelerinden ibarettir. Konumuzu ilgilendiren inşaat sözleşmeleri bakımından müteahhit taahhüt konusu inşaat işinde daima ifa yardımcılarını kullanacağından BK m. 100 uyarınca daima kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>363</sup>. Bu durumlarda müteahhit ifa yardımcısının fiili ile oluşan zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>364</sup>.

Müteahhidin tazminattan sorumlu tutulması için hafif ihmali dahi yeterlidir. Bu noktada kusurun şiddeti BK m. 98/f. 1 ve f. 2 uyarınca<sup>365</sup> hakim tarafından dikkate alınacak ve tayin edilecek tazminatın miktarına ve türüne etki edecektir. Şöyle ki hakim kusurun nispeten hafif olduğu ve olayın özelliklerinin haklı gösterdiği durumlarda, zarardan daha az bir miktarda tazminata hükmedilebilecektir. Kusurun bulunup bulunmaması ise doğrudan tazminat borcunun doğumunu etkileyecektir<sup>366</sup>.

İhale mevzuatı sözleşmenin sona ermesi üzerine zararın koşulları ve kapsamı hakkında bir açıklama yapmamıştır. YİĞŞ m. 48 “ (...) Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” hükmünü içermektedir. Kural olarak tazminatın içeriği genel hükümlere göre tespit edilecektir ancak şu şartla;

---

362 Bkz: yuk. s. 124 civarı. Hemen belirtelim ki iade yükümlülüğünün doğması için kusur şartı aranmaz. Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler Üzerinde Çalışılmış 4. Bası* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1969) s. 544

363 Meğerki taraflar ifa yardımcılarının vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluklarını azaltan veya ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması yapmış olsun. İhale mevzuatı bakımından bu tür sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği hakkında tereddütlerimiz vardır. Bkz: yuk. s. 124 civarı dn. 254 civarı

364 Eser sözleşmelerinde müteahhidin kendi bağımlı çalıştırdığı müstahdemi ve taşeronu daima BK m 100 anlamında ifa yardımcılarını sayılacaktır.

365 BK m. 98/f.2 uyarınca haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeden doğan borca aykırılık hallerinde de uygulanır. Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 276

366 Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 277

Burada ihale mevzuatı YİĞŞ m. 48/f.27' ye göre<sup>367</sup>;

“Gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin feshedilmesi hali için "Durum Tespit Tutanağı"nda 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”.

Bu durumda bahis konusu<sup>368</sup> zararın talep edilebilmesi için müteahhidin verilen süre içinde eksik işleri tamamlaması veya borca aykırılığı gidermesi gerekir.

Böyle olmayıp da verilen süre de borca aykırılık giderilmezse iş sahibi işin yapılmasını başkasına bırakabilir. Bu durum da bizim de katıldığımız görüşe göre işin başkasına yaptırılarak masrafların borçludan alınması (BK m. 97 anlamında) ifaya olan çıkarın, müspet zararın tazmininin borçludan istenmesi demektir<sup>369</sup>.

Burada konumuzla ilgili olması sebebiyle olumsuz zararın ne olduğunun ve içeriği hakkında bilgi verilmesinin özellikle olumlu zararlar arasındaki temel farkların ortaya konması bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz.

Buna göre olumsuz zararının niteliğine ve kapsamına; hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan doğan zarar olumsuz zarardır. Bu hallerde zarar sözleşmenin geçerliliğine güvenmekten doğduğu için zararın şu şekilde tespit edilmesi gerekir; alacaklının mal varlığının şimdiki durumu ile

---

367 DİK ve alt mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri için de BİĞŞ m. 47/f.12 aynı hükümleri içermektedir.

368 Bu zarar kaleminin düpedüz olumlu zarar olduğu hakkında bkz: yuk s. 148 civarı dn. 359 civarı

369 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 51 dn. 17 ve s. 303 dn. 152; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 47

sözleşmeye güvenmeseydi mal varlığının içinde bulunacak olduğu varsayımsal durum karşılaştırılacak ve aradaki fark olumsuz zarar (güven zararı) olarak bulunacaktır<sup>370</sup>.

Olumsuz zarar kalemlerini tespit ederken ilk belirtilmesi gereken husus ifaya olan çıkar kayıplarının (olumlu zararın) olumsuz zarar ile birlikte istenemeyeceğidir. Zira olumsuz zarar sözleşmenin geçerliliğine güvenden dolayı uğranılan zarardır ve bu halde ifaya olan çıkar kaybının da istenmesi söz konusu olamaz.

BK' ya tabi eser sözleşmesinden dönen iş sahibi olumsuz zarar olarak, kısmen veya tamamen elde edemediği eserin ekonomik değerini, bunu başkasına satmak kiralamak suretiyle elde edecekken yoksun kaldığı kazançları ve akla gelebilecek diğer ifaya bağlı çıkar kayıplarını isteyemez<sup>371</sup>.

İş sahibinin sözleşmeden dönünce isteyebileceği zarar kalemlerinin en başında sözleşme yapma ve işin yürütülmesi için yapılan masraflar girer. Bu kapsama sözleşme görüşmeleri sırasında yapılan ulaşım ve konaklama masrafları, noterde yapılan masraflar ve benzerleri girer. Yine inşaat işi için projelerin çizilmesi karşılığı bedelleri ödeme yükümlülüğü iş sahibine aitse ve iş sahibi tarafından ödenmişse bu bedeller, inşaatın yapıldığı yerde müteahhidin isteği ile yapılan ve iş sahibi tarafından ödenen kamulaştırma bedelleri, geçici işgal sebebiyle iş sahibince ödenen bedeller, İnşaat yerinin düzeltilmesi ve yeni yolların açılması masrafları olumsuz zarar kalemlerine girer<sup>372</sup>.

Sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi masrafları dışında sözleşmeye güveni dolayısıyla diğer mal varlığı unsurlarını feda eden iş sahibinin, bu kayıpları da

---

370 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 284-285, Dayınlarlı, Temerrüt, s. 128, Feyzioğlu, s. 264, Kılıçoğlu, Borçlar, s. 499, Tunçomağ, Borçlar, s. 548 vd. İzzet Karataş, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri Cezai Şart, Cezayı Aşan Zarar, Munzam Zarar, İmar Mevzuatına Aykırı İnşaat* (Ankara: Sözkesen Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 2004) s. 426

371 Burada tazmini gerekecek zararın sözleşmeye geçerliliğine güvenmekle uygun nedensellik bağı içinde olması gerekir. Burada olumsuz zararın bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçlar verecek şekilde ifaya olan çıkarı (olumlu zararın) aşması halinde mekanik nedensellik bağı yerine uygun nedensellik bağı, denkleştirme ve son olarak da yargıcın takdir yetkisi ile daha uygun miktarlara indirilmesi önerilmektedir. Zira bizim hukukumuzda olumsuz zararın olumlu zarardan daha az olması gerektiği şeklinde sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 297 vd.

372 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 288; Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 154

olumsuz zarardır. Örneğin müteahhitle anlaşarak mevcut inşaat yerindeki eski okul binasının, halen daha iş görmesine rağmen, eskimiş köprünün yıkılması gibi uğranılan kayıplar da olumsuz zarar kalemini oluşturur<sup>373</sup>.

Müteahhidin tazminle yükümlü olduğu bir diğer olumsuz zararı iş sahibinin müteahhide verdiği ancak onun tarafından tahrip edilen veya iade edilemez hale getirilen iade konusu şeylerin bedelleridir<sup>374</sup>.

Bütün bu durumların dışında müteahhidin işi görürken iş sahibinin mal varlığı değerlerine verdiği tüm zararlar sözleşme sona erdirilse bile olumsuz zararın tazmini olarak istenecektir. Örneğin iş sahibinin müteahhide ücretsiz olarak tahsis ettiği maden ocaklarını tahrip ederek kullanması halinde iş sahibi bu zararını sözleşme sona erdirilse de erdirilmese de isteyebilecektir<sup>375</sup>.

Bazen iş sahibinin olumsuz zararı sözleşmeye güveni yüzünden üçüncü kişilere karşı borç altına girmiş olmasından da kaynaklanabilir. Örneğin yapılacak işe finansman kaynağı bulmak için yüksek faizli kredi alan iş sahibinin bu faiz zararları böyledir<sup>376</sup>.

İhale mevzuatında iş sahibinin olumsuz zararı en çok kaçırdığı fırsatlar şeklinde belirecektir. İş sahibinin kaçırdığı fırsat sözleşmenin hüküm ifade edeceği düşüncesiyle<sup>377</sup> elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatlarının kaçırılmış olması halidir.<sup>378</sup> Bu ise sona ermesinden sonra kalan inşaat işi için daha fazla ödemek

---

373 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 288; Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 154

374 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 288; Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 154-155

375 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 289 özellikle dn. 96 . Bu tür zararların tazmininin esasında edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklandığı görüşü hakkında bkz: Rona Serozan, "Culpa İn Contrahendo, Akdin Müspet İhlali, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, Kurumların Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi" *MHAD* No:3 1967 s. 108 vd., Rona Serozan, "Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa İn Contrahendo", *MHAD* No:18 1990 s. 27, Taraflar birbirlerine sözleşmenin imzalanması aşamasından önce müzakere aşamasında da zarar vermiş olabilirler. Bu tür zararların hukuki niteliği hakkında bkz: İlhan Ulsan, "Culpa İn Contrahendo Üstüne Prof. Dr. Ümit Doğanay' ın Anısına Armağan" (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Matbaası 1992) s. 275

376 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 288; Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 155

377 Olumsuz zarar halinde istenebilecek kazanç kayıpları sadece aynı sözleşmeyi daha iyi şartlarla yapma fırsatının kaçırılmış olmasından ibaret değildir. Müteahhidin yürüttüğü çalışmalarla ilgilenmek zorunda kaldığı için kendi mesleki faaliyetini ihmal etmek zorunda kalan iş sahibinin bu süre zarfındaki gelir azalması tazmini gereken kazanç kaybı niteliğindeki olumsuz zarar kalemlerindedir.; Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 155

378 "(...) Örneğin müteahhide 3000.- YTL bedel karşılığı taşınmazın onarımı işini ısmarlayan iş



zorunda olduğu farkı diğer bir ifadeyle iki ihale arasındaki farkı ifade etmektedir.

Ancak burada iş sahibinin zararını (iki ihale arasındaki farkını) olumlu zarar olarak değil olumsuz zarar olarak tespit etmek gerekir. Bu hususu ortaya koyan bir Yargıtay kararını aşağıya aynen almanın faydalı olacağına düşünüyoruz. YHGK., 17.01.1990, T., 13/392 E., 1 K.<sup>379</sup>.

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

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. (...) İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü

---

sahibi, bunun ardından aynı işi 4000.- YTL bedelle yapacağını söyleyen bir başkasının önerisini, kurmuş olduğu sözleşme bağını düşünerek reddetmişse, daha sonra sözleşmeden dönerek aynı işi bu kez başkasına 5000.-YTL' ye yaptırmak zorunda kaldığı takdirde-müteahhidin kusurlu olması koşuluyla, kaçırdığı fırsatla ödemek zorunda olduğu bedel arasındaki fark olan (5000.YTL – 4000.YTL) 1000.-YTL' yi olumsuz zararın tazmini olarak ileri sürebilir (...).” Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 289; “(...) oysa bu olayda olumlu zararın tazmini istenebilseydi ifaya olan çıkar kaybının karşılanması talep edebileceğinden, iş sahibi (5000.YTL-3000.YTL): 2000.-YTL tutarında tazminat ileri sürebilecekti (...).” Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 290, dn. 100

379 Karahasan, İhale, s. 254

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

Yukarıya aldığımız Hukuk Genel Kurulundaki iki hususa temas etmek istiyoruz;

İlki, iş sahibinin menfi zararının tespitinde kullanılacak kaçırılan fırsatın somut ve belirlenebilir olup olmaması noktasındadır. Kararda belirtildiği gibi ihaleye davalı müteahhitten başkasının katılmaması durumunda iş sahibinin işi ilk ihale gününde piyasadan başka birine yaptırma imkanının bulunma olasılığı, kanaatimizce kaçırılan fırsatın mevcut olduğunun kabulü bakımından yeterli görülmemelidir. Özellikle buradaki ücretin piyasada oluşmuş ve uygulanıyor olması gerekir<sup>380</sup>. Gene ayrıca iş sahibinin sözleşmeden sona erdirildikten sonra aynı işi başkasına daha pahalıya yaptırmış veya yaptıracığı kesin olmalıdır.

İkincisi ise menfi zarar tespit edilirken iş sahibinin de zararın artmasında kusurunun olması halidir. Şayet oluşan zararın artmasında iş sahibinin kusuru var ise hakim takdir yetkisini kullanarak tazminat miktarını daha düşük tutmalıdır. Buna göre iş sahibinin buradaki kusuru birlikte kusur sayılmalıdır. BK m.98/f.2 gereği hakim menfi zararı tayin ederken haksız fiillerde oluşan zarar tespit edilirken dikkate alınan halin icabı ve tarafların durumu hükmünü burada da kıyasen uygulamalıdır. Bu halde iş sahibi işin geri kalan kısmı için ihaleye çıkmakta gecikmiş ise artık olağan bekleme süresinden sonra meydana gelen fiyat artışlarını hakim takdir yetkisini kullanarak dikkate almayarak zararın miktarını sınırlandırabilmelidir<sup>381</sup>.

---

380 İş sahibi olumsuz zararının tazminini isterken sadece o zaman ki piyasa durumuna göre eseri başkasına yaptırsaydı elde edeceği kazancı ispat etmekle yetinemez. İş sahibi hiç olmazsa kaçırdığını ileri sürdüğü elverişli fırsatı, sonradan sona erdirdiği sözleşme bağı bulunmasaydı, gerçekten değerlendirecek olduğunu güçlü bir olasılık şeklinde gösterebilmeli, inandırıcı somut deliller ile ispatlayabilmelidir. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 290; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; s. 969, Eren, Borçlar, s. 1075

381 Olumsuz zararın miktarını tespit ederken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ikinci ihaledeki şartlarla birinci ihaledeki şartların aynı olup olmadığıdır. Bu yoldaki karar için bkz; “(...) kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının ve ilk ihale

Hemen belirtmeliyiz ki ihale mevzuatı bakımından iş sahibinin olumsuz zararını talep edebilmesi ancak genel hükümlere başvurması halinde mümkündür. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi iş sahibi YİĞŞ m. 48 prosedürünü işletmişse, müteahhitten artık sadece ileriye etkili fesihle uyumlu olumlu zararın tazminini isteyebilecektir. Zira ihale mevzuatı genel hükümlerde düzenlenen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini talep etmek ve sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönerek olumsuz zararının tazmini talep etmek şıklarını ortadan kaldırmıştır. Esasen yine daha önceden belirttiğimiz gibi ileriye etkili fesih ve bununla uyumlu olumlu zarar ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini isteme şikkının yerini tutmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da sözleşmenin sona ermesi üzerine istenecek zarar hesaplanırken zarara uğrayan şeyin hangi andaki parasal değerinin esas alınacağıdır. Bu konuda sözleşmenin yapıldığı, sözleşmenin sona erdirildiği, davanın açıldığı, hükmün verildiği<sup>382</sup>, zarar verici olayın gerçekleştiği tarihin esas alınması önerilmektedir.

Kanaatimizce tazmini gereken zarar zarara uğrayan şeyin hüküm tarihine en yakın andaki değeri esas alınarak hesap edilmelidir. Şu halde, uygulamada zarar hesabını hakim çoğu kez bilirkişilere yaptırdığından, esas alınacak tarihin, bilirkişinin incelemesini yaptığı tarihe en yakın olan tarih olarak kabul edilmesi en doğrusu olacaktır<sup>383</sup>.

İhale mevzuatı; yine kendisine tabi yapım işlerinde, iş sahibinin sözleşmenin sona ermesi halinde isteyebileceği tazminat talebinin tabi olacağı zaman aşımı süreleri

---

şeklinin, alınan mal miktarının ikinci ihalede değiştirilmiş olup olmamasının etki ve derecesidir. (...) Ancak ilk ihalede alınan mal miktarının ikinci ihalede değiştirilip azaltılması ticari hayatın yaşanan gerçeklerine uygun olarak ikinci ihale birim fiyatını etkileyebilir. Bu gibi durumlarda ikinci ihaledeki birim fiyat menfi zararın hesaplanmasında nazara alınmamalı, ilk ihaledeki miktar kadar malın ikinci ihale gününde birim fiyat üzerinden kaç alınabileceği yöntemince saptanmalı ve böylece saptanacak birim fiyat zararın hesabında esas alınmalıdır. (...)", Y.13.HD., 15.11.1994 T., 8686 E., 10049 K.,; aynı doğrultuda bir başka karar için bkz: Y.13.HD.,05.05.1994 T, 3537 E., 4428 K., Karahasan, İhale, s. 258-259; Şayet iş sahibi sözleşmeden sona erdirdikten sonra makul bir süre içinde ihaleye çıkmaz ise bunun da tazminatın miktarını etkileyeceği hakkında bkz.: Y.15.HD., 18.09.1995 T., 4410 E., 4735 K.; Karahasan, İhale, s. 259

382 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 296, s. 297 dn. 131-132-133, Eren, Borçlar, s. 1081, Buz, Dönme, s. 275

383 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 298

hakkında düzenleme yapmamıştır<sup>384</sup>. Şu halde bu inşaat işlerinde sona erme halinde istenecek tazminat talebi BK m. 126/4. bendindeki zaman aşımı sürelerine tabi olacaktır.

BK m. 126/b.4' e göre “ (...) müteahhidin kastı veya ağır kusuru<sup>385</sup> ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” bu maddedeki 5 yıllık zaman aşımı süresine tabi kılınmıştır.

Şu halde müteahhidin sözleşmenin sona erdirilmesi halinde<sup>386</sup> istenebilecek zarar; müteahhidin kusurunun ağırlığına göre ya BK m. 125 uyarınca genel zaman aşımı süresi olan 10 yıllık süreye ya da BK m. 126/(b.) 4'e göre 5 yıllık zaman aşımı süresine tabi olacaktır<sup>387</sup>.

Burada zaman aşımı, tazminat borcunun muaccel olmasından itibaren bir başka deyişle sona erme bildiriminin müteahhide ulaşmasından itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>388</sup>.

---

384 BİGŞ m. 87 ve KİSK m. 30 düzenlenen zaman aşımı süresi sözleşmenin feshi halinde istenecek tazminat talebine uygulanmayacaktır. Bkz. Aş. s. 157 civarı

385 Ağır kusuru ağır ihmal olarak anlamak gerekir.

386 BK' ya tabi eser sözleşmelerindeki ayıplı ifa halinde uygulanacak zaman aşımı hükümleri konusunda tartışma yaşanmaktadır. Kanaatimizce ayıplı ifa halinde istenecek tazminat bakımından BK m. 363 hükümleri yürürlüktedir. Ayıplı ifa sebebiyle istenecek tazminatla sınırlı olarak BK m. 126/(b.) 4 bendi BK m. 363 hükümlerini zımnen ilga etmemiştir. Onun yürürlükten kaldırdığı kısım, diğer kötü ifa sebebiyle istisna sözleşmelerinde kullanılacak tazminat hakları bakımındandır. Bu hallerde de hafif ihmal halinde zaman aşımı süresi 10 yıl değil 5 yıl olmalıdır. Kasıt veya ağır ihmal sebebiyle borca aykırılık söz konusu olmuşsa istenecek tazminat ve diğer haklar 10 yıllık zaman aşımı süresine tabi olacaktır. Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 301, Yargıtay her iki durum için de artık BK m. 126/(b) 4. ün bendinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Öz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 301, Bu konu hakkında ayrıca bkz: Haluk Tandoğan, “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zaman aşımı” *Bauder* Haziran 1982 Cilt 3 S. 4, s. 1 vd, Haluk Burcuoğlu, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler” Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1990) s. 283 vd..

387 Karataş, s. 449

388 Eren, *Borçlar*, s. 1081, Buz, s. 276

### **3.3. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Zararlarının Tazminini Talep Hakkı-Şartları-Kapsamı-Zaman aşımı**

#### **3.3.1. Devlet İhale Kanununa tabi İnşaat Sözleşmelerindeki Durum**

DİK m. 87' de müteahhidin kesin kabul tarihinden <sup>389</sup> itibaren hangi tür ayıplardan ötürü sorumlu olacağı, iş sahibinin (BK m. 360 hükmüne gönderme yapmak suretiyle) ayıplı ifadan dolayı hangi haklara sahip olduğunu, tazminat hakkının (BK m. 363 hükmüne gönderme yapmak suretiyle) tabi olduğu zaman aşımı süresini belirtmiştir.

İhale mevzuatına ait bir ifade olan inşaatın kesin kabulünün yapılması demek, teslim alınan inşaatın teminat süresinin sonunda ihale dokümanına uygun bir ifa olduğunun kabul edilmesidir<sup>390</sup>. Bu durumda müteahhit kesin kabulün yapılmasından sonra sadece hile ile saklanan ayıplardan sorumlu olacaktır. Hile ile saklanan ayıp; iş sahibinin bilgisinden ve takdirinden bilerek ve isteyerek saklamak veya gizlemek demektir. DİK' e tabi inşaat işlerinde kesin kabulün yapılması ile açık ayıplar ve gizli ayıplardan ötürü müteahhidin sorumluluğu sona erecektir. Kasten saklanan ayıplardan ötürü de müteahhidin sorumluluğu ise kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl geçmekle sona erecektir<sup>391</sup>.

---

389 Hangi hallerde DİK ve alt mevzuatının hangi hallerde KİK ve alt mevzuatının uygulama alanı bulacağı konusunda Bkz: yuk. s. 5-9 civarı

390 BK m. 362' de inşaatın uygun bir ifa olarak kabul edildikten sonra müteahhidin kasten saklanan ayıplardan ve gizli ayıplardan dolayı sorumlu olacağı düzenlemiştir. Karahasan' a göre DİK m. 87'de geçen hileli ayıp; gizli ayıbın yerine kullanılmıştır. Böylece ihale mevzuatı açısından da; inşaat uygun bir ifa olarak kabul edilmiş (kesin kabul) olsa dahi müteahhidin sorumluluğu hem kasten saklanan hem de gizli ayıplar için devam etmelidir.; Karahasan, İhale, s. 288. Kanaatimizce DİK m. 87 açıkça hileli ayıptan dolayı müteahhidin sorumluluğunun devam edeceğini düzenlemiştir. Hileli (kasten saklanan) ayıbın, gizli ayıbın yerine kullanılmadığı açıkça ortadayken, Karahasan' ın böyle bir sonuca ulaşması doğru olmamıştır. Bu konuda ayrıca bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 39 vd.

391 DİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde zaman aşımı sürelerinin Kanunun lafzi yorumuna göre değil BK hükümlerine paralel olarak hesap edilmesi gerektiği hakkında bkz. Karahasan, İhale, s. 289. Yazara göre "(...) Gereçlerin hileli olmasından ya da yapım ve onarımın teknik gereklere uygun yapılmamasından doğan zarar ya da eksiklikler, kesin kabul tarihinden itibaren işlemeye başlayan 5 yıl içinde ortaya çıkmalıdır. İşte bu ortaya çıkma tarihi, BK m. 363/II' de ki 5 yıllık zaman aşımı süresinin başlangıcını oluşturur. Eş deyişle 5 yıllık zaman aşımı ortaya çıkma tarihinden itibaren işleme başlar. Belirtmek önemlidir ki, DİK m. 87' de sözü edilen 5 yıllık süre, zaman aşımı niteliğinde değildir. Bunun anlam(ı) üstenci(nin) 5 yıl içinde de ortaya çıkan zarar ve eksikliklerden ötürü sorumlu olmasıdır. (...)". Yazara göre gizli ayıp bu şekilde 5 yıllık süreye tabi

Gelelim istenecek tazminatın kapsamına. Bu özel hükümde istenecek tazminatın kapsamı açıkça belirtilmemiştir.

Bu durumda tazminatın kapsamı genel hükümlerin uygulanması suretiyle bulunabilir. Genel hükümlere göre ayıp sebebiyle iş sahibinin tazminat hakkı; inşaattaki ayıp yüzünden uğranılan ve ayıplı ifa ile nedensellik bağı içinde bulunan zararlardan ibarettir. İnşaatin ayıplı olması sebebiyle istenecek zararın hukuki niteliği ne tam olarak olumsuz zarar ne de tam olarak olumlu zarar olarak isimlendirilebilir. Özel bir zarar türü olarak bunun ötesindedir. Bu zarar, iş sahibinin ayıbın sonraki bir sonucu olarak ortaya çıkan, fakat bu yüzden eserin değerinde oluşan düşüklük dışında kalan her türlü zararı olarak tanımlanmaktadır<sup>392</sup>.

Bu zarar bazen ayıpsız ifaya olan çıkar kaybı (olumlu zarar) şeklinde olabileceği gibi bazen de bunun dışındaki özellikleri taşıyabilir. Bu zarar inşa edilen eserin iyi randıman vermemesi sebebiyle söz konusu olursa ortada bir olumlu zararın varlığından söz etmek gerekir.

Buna karşılık inşaattaki bozukluk ayıpsız ifaya olan çıkarların dışındaki bazı değerlerin zarar görmesine neden olmuşsa örneğin asansörün ayıplı olması sebebiyle çökmesiyle malzemelerin zarar görmesi ve işçilerin yaralanması neticesinde oluşan zararın tazmini gibi. Bu durumda istenen zarar ayıplı inşaatin doğrudan neden olduğu zarardır. Bu zarar niteliği itibariyle sözleşmenin hüküm ifa edeceğine güvenilmiş olması sebebiyle uğranılan zarardan olmadığı için olumsuz zarar sayılmalarına engel olur. Bu sebeple (olumsuz zarar olarak nitelenemeyen) ifaya olan çıkar kayıpları dışındaki bu tür zararlar sözleşme sona erdirilmese dahi istenebilir<sup>393</sup>.

Burada şunu söyleyelim ki ayıplı inşaatin doğrudan vermiş olduğu zararların tazmini

---

olduktan sonra hileli ayıbın da 10 yıllık zaman aşımı süresine tabi olması gereklidir. Biz Kanunun açık düzenlemesi karşısında farklı bir yorumun bizzat kendisinin hukuka aykırı olacağını düşünüyoruz. Bu sebeple Karahasan tarafından ortaya atılan görüşler, ancak Kanun Koyucunun bir Kanun değişikliği yapması halinde olması gereken hukuk bakımından dikkate alması gereken bir öneri olarak kabul edilebilir kanaatindeyiz..

392 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 292

393 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 293

için müteahhidin kusurlu olması şarttır. Kanaatimizce nedensellik bağı içinde olmakla birlikte zarar ayıplı inşaatın dolaylı bir sonucu olarak ortaya çıkıyorsa müteahhidi bu tür zararlardan sorumlu tutmamak gerekir. İnşaatın ayıplı olması halinde istenecek tazminat ihale mevzuatı uyarınca iş sahibine tanınan haklarla birlikte veya bu haklardan ayrı olarak ileri sürülebilir.

### **3.3.2. Kamu İhale Kanunu ve Alt Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerindeki Durum**

KİSK m. 30'de ki düzenleme DİK m. 87'de ki düzenlemeden farklıdır. Zira KİSK müteahhidin kesin kabulden sonra sorumluluğunun, inşaatın hileli<sup>394</sup> olması haliyle sınırlanmasına engel olacak hükümler içermektedir. Madde metninde inşaatın hileli olması veya benzer sebeplerle<sup>395</sup> demek suretiyle müteahhidin kabulden sonra hem gizli ayıplar için hem de kasten saklanan ayıplar için hem de açık ayıplar için sorumluluğunun devam ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayıptan dolayı uğranılan zararın kapsamı yukarıda DİK' e tabi inşaat sözleşmelerinde belirtildiği gibi tayin edilebilecektir<sup>396</sup>. Burada tekrardan kaçınmak adına ilgili kısımlara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

Şu halde de uğranılan zararın inşaatın ayıplı olması nedensellik bağı içinde bulunması gerekir. Ortaya çıkan zararın ayıplı inşaatın doğrudan sonucu olması zararın tazmini bakımından önemlidir. Bu hususta müteahhidin kusurlu olması şartı aranacaktır. Ayıplı inşaat ile ortaya çıkan zarar arasında dolaylı bir ilişki varsa bunun müteahhitten tazminin istenemeyeceğini belirtmiştik<sup>397</sup>.

---

394 Hileli olması; bilerek ve isteyerek inşaatın ayıplı inşa edilmesi veya inşaatın ayıplı olduğunun müteahhidin takdirinden bilerek ve isteyerek saklanması demektir.

395 Burada öngörülen 15 yıllık zaman aşımı süresi sadece ayıptan dolayı uğranılan zararın tazmini içindir. Yoksa sözleşmenin ayıp sebebiyle feshi ve diğer borca aykırılık sebepleriyle feshi nedeniyle istenecek zararın tabi olduğu zamanaşımı süresi 15 yıl değildir. Yine gene hükümlere göre tazminat istemek ancak YİGŞ m. 48 prosedürüne başlanmadan, mehil verilmeden önce başvurulacak bir imkândır. Şu halde inşaatın ayıplı olması veya diğer borca aykırılık halinde iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde YİGŞ m. 48 hükümleri uyarınca uğradığı zararın tazminini istemesi BK m. 125 ve 126. madde hükümleri uyarınca 5 veya 10 yıllık zaman aşımı sürelerine tabi olmalıdır. KİSK m. 30'da öngörülen 15 yıllık süre sadece ayıp sebebiyle uğranılan zararın tazmini için uygulanmalıdır.

396 Bkz. yuk. s. 148 civarı

397 Bkz. yuk. s. 149 civarı

### 3.3.3 Ayıp Sebebiyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesinde Tazmini İstenebilecek Zararlar ve Zaman aşımı

Ayıplı ifa sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi halinde istenebilecek tazminat ifaya ilişkin çıkarın dışında kalan zararlardan ibarettir. Bu halde iş sahibi YİGŞ m. 48 hükümlerine göre ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeyi sona erdirdiğine göre artık onun isteyebileceği tazminat ayıpsız ifaya olan çıkar kayıpları dışındaki zararlardan ibarettir<sup>398</sup>. Örneğin iş sahibi (idare) müteahhidin otoyol inşaatının ayıplı olması sebebiyle sözleşmeyi sona erdirdiğinde, otoyoldan kazanacağı ancak mahrum kaldığı otoyol ücretlerinin ve benzeri kazanç kayıplarının tazmin edilmesini isteyemez.

Ayıplı ifa sebebiyle sözleşme feshedilse bile müteahhidin iş sahibinin ifaya ilişkin çıkarlarına zarar vermeyip diğer mal varlığı değerlerine zarar vermesi durumunda, sebep olduğu bu zararları da ödemesi gerekecektir<sup>399</sup>.

İş sahibi ayıp sebebiyle sözleşmeyi feshettiğinde ayıptan doğmayan ancak olumsuz zarar kapsamına giren uğradığı zararın tazminini yine de isteyebilmelidir. Örneğin iş sahibi iş görme faaliyetleri esnasında bu hazırlayıcı eylemlerle ilgilenmesinden dolayı özel işlerine yeterince ilgilenememesi sebebiyle kazanç kaybına maruz kalmışsa (ayıpsız ifaya olan çıkarla alakasız olsa da) sözleşmeyi feshettiğinde bu olumsuz zararının da tazminini talep edebilmelidir.

Ayıp sebebiyle sözleşmeyi fesheden iş sahibinin talep edebileceği tazminat KİSK m. 30'da ki hükme tabi olmayacaktır. Bu halde istenebilecek tazminat BK m. 126/(b) 4'e tabi olacaktır. Bu durumda müteahhidin ağır ihmali veya kastı var ise zaman aşımı süresi 10 yıl olacak hafif ihmali var ise zaman aşımı süresi 5 yıl olacaktır.

---

398 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 294

399 Özen yükümlülüğünü ihlal veya edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini ihlal sebebiyle BK m. 96 uyarınca tazminat talep edilebilir. Bu halde zaman aşımı on yıllık süreye tabi olmalı, müteahhide kusursuz olduğunu ispatlamak yükü getirilmelidir. Oğuzman/Öz, s. 319 ve dn. 143 Bu meseleyi edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi ve culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde açıklayanlar da vardır. Bu konu hakkında bkz. yuk. s. 149 civarı dn. 364 civarı



### 3.4. Cezai Şartın Durumu

Cezai şart sözleşmeden doğan bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilememesi durumunda, borçlu tarafından ödeneceği önceden taahhüt edilen edimdir<sup>400</sup>.

YİĞŞ' de iki halde müteahhidin cezai şart ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bunlardan ilki sözleşmeyi feshetmek isteyen iş sahibinin müteahhide vereceği son bir süre için işleteceği gecikme cezasıdır<sup>401</sup>. Bu gecikme cezasının ne kadar olacağı sözleşmede kararlaştırılacağından bir sorun yaşanmayacaktır (YİĞŞ m. 48/f.2 (a) bendi).

İhale mevzuatı sözleşmenin feshedildiği hallerde ayrıca kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın gelir olarak kaydedileceğini benimsemiştir. Hatta kesin teminata ve varsa ek kesin teminata alındığı tarihten itibaren gelir kaydedildiği tarihe kadar geçen süre için de Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine faiz uygulanacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi ihale mevzuatı<sup>402</sup>, inşaat sözleşmenin daima ileriye etkili olarak sona ermesini kabul etmiştir<sup>403</sup>.

---

400 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 295, Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s.138, Oğuzman/Öz, s. 897, Eren, Borçlar, s. 1133, Tekinay/Akman/Buruoğlu/Altop, s. 341

401 Unutulmamalıdır ki bu husus BK m. 107 uyarınca mehil verilmesini gerektirmeyen bir halin bulunması durumunda geçerli olmayacaktır.

402 Bkz: yuk. s. 125 civarı

403 Esasında sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdirildiğinde, cezai şart kararlaştırılan sözleşmenin bir hükmü olduğundan onunla birlikte sona erecektir. Sözleşmeden dönme halinde dönme anına kadar işlemiş gecikme tazminatı da sona erecektir. Meğerki taraflar aksini kararlaştırmamış olsunlar; örneğin tarafların sözleşmelerine, sözleşmeden dönülse dahi yine de gecikme tazminatının istenebileceğine dair bir şart koymaları mümkündür ve bu anlaşma geçerlidir. Zira sözleşmeden dönme halinde, genel hükümler tasfiyeye ilişkin emredici hükümler öngörmemiştir. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 295,

Sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi hallerinde cezai şart (gecikme cezası) fesih beyanından sonrası için işlemeye devam etmeyecektir. Ancak dönmeden farklı olarak, fesihte; fesih anına kadar işlemiş gecikme cezası yine de talep edilebilecektir. Buz sürekli borç ilişkileri bakımından şu şekilde düşünmektedir; “ (...) Sürekli sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili değil, ileriye etkili olarak sona erdirilmesinin anlamı daha önce yerine getirilen sürekli edimlerin ve alacaklının bunu karşılayan ediminin bu işlemde etkilenmemesidir. Yoksa fesih hakkının kullanılması, ister fesih beyanından önce ister fesih beyanından sonra doğmuş olsun henüz yerine getirilmemiş bütün sürekli edim yükümlülüklerini sona erdirir. Borçlu fesih hakkının kullanılmasından önce de doğsa, sürekli edimini yerine getirme yükümlülüğünden kurtulur. Alacaklı da artık bu edimin karşılığını oluşturan kendi edimini yerine getirmekle yükümlü değildir.”, Buz s. 322. Yine Buz' a göre : “ (...) fesih hakkının kullanılmasından önce doğmuş hak ve yükümlülükler varlıklarını muhafaza

Yine ihale mevzuatı, genel hükümlerden farklı olarak, müteahhit kusurlu olsun veya olmasın her halükarda cezai şartın kendisinden tahsil edileceğini hüküm altına almıştır. Ayrıca tahsil edilen cezai şart tazminat alacağından da mahsup edilmeyecektir<sup>404</sup>.

İhale mevzuatının, YİĞŞ m. 48'de ki hakkın kullanılması için şart olan mehil süresinde işletilecek gecikme cezasının tutarı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir.

İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerindeki cezai şart tutarlarının BK m. 161/f. 3 hükmüne göre hakimin takdir yetkisine dayanarak makul bir seviyeye indirilebileceği söylenememelidir. Zira TTK m. 24 hükmüne göre tacir olan borçlu aşırı olduğu gerekçesiyle cezai şartın indirilmesini isteyemez. Ancak Yargıtay'ın bu halde dahi BK m. 19 ve 20 uyarınca tacir olan müteahhidin cezai şart miktarının indirilmesini talep edebileceğini kabul eden kararları vardır<sup>405</sup>.

---

ederler". Buz, s. 322.

404 Genel hükümlere göre de iş sahibinin sözleşmenin sona ermesi üzerine, uğramış olduğu zararı ispat etmek zorunda olmaksızın cezai şart tutarını isteyebileceği kabul edilmektedir. Ancak Cezai şart tutarını aşan zararının olduğunu iddia eden iş sahibinin bu fazla kısmı ispat etmesi gereklidir. Şu halde genel hükümlere göre, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe cezai şart tutarı tazminat tutarından indirilecektir. Tazminat alacağı ona ilaveten ve ayrıca istenemez. Öz, Sözleşmeden Dönme, s.297

"(...) 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 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, mahkeme kararının bu yöne ilişkin kısmı onanmalıdır. YHGK. 17.01.1990 T., 13/392 E., 1 K.; Karahasan, İhale, s. 254

Genel hükümlere göre borçlu nasıl ki sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde cezai şart tutarını ödemek zorunda değilse (BK m. 161/f.2) aynı sonucun borçlunun kusursuz olarak borç ihlalleri için de geçerli olması önerilmektedir. Örneğin borçlu kusursuz olarak temerrüde düşerse artık cezai şartı ödeme yükümlülüğü olmamalıdır. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 297, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349 vd.

405 Cezai şart tutarı tacir olan borçlunun ekonomik bakımdan mahvına neden olacak kadar çok aşırı ve ağır şekilde dürüstlük kuralına aykırı ise gene de hakim tarafından indirilebilecektir. Bu yoldaki Yargıtay kararı için bkz: YHGK. 20.03.1974 T., 1970/T-1053 E., 1974/222 K.; Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 297 dn. 129

## SONUÇLAR

I- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte artık kamu ihaleleri iki ayrı mevzuata göre yürütülecektir. Bunlar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve alt mevzuatıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve alt mevzuatıdır

Yapılması gündemde olan ihale şayet ihaleyi yapan makam için gelir niteliğindeyse yani yapılan ihale neticesinde idarenin kasasına para girecekse bu durumda ihale aşamasına ve sözleşmenin uygulanması aşamasına DİK ve alt mevzuatı hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Örneğin idarenin yapacağı bir ihaleyle taşınır veya taşınmaz bir malını satacak veya kiraya verecek olması halleri böyledir.

Şayet yapılacak ihale neticesinde idarenin kasasından para çıkacaksa veya bir diğer ifadeyle yapılacak ihale idare için gider niteliğinde olacaksa bu durumda KİK ve alt mevzuatının uygulanması gerekecektir. Örneğin idarenin mal alımı, hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı ve yapım işleri bütçeden tahsisat gerektirdiğinden gider niteliklidir.

Ancak tarafların anlaşmak suretiyle gelir nitelikli ihalelerde KİK ve alt mevzuatının gider nitelikli ihalelerde DİK ve alt mevzuatının uygulanmasına karar verebileceklerdir.

Bu hususa ilaveten gider nitelikli olsa dahi ihalesi 01.01.2003'ten önce yapılan işler DİK ve alt mevzuatına tabi olarak yürütülecek ve tarafların hak ve yükümlülükleri bu mevzuata uygun olarak belirlenecektir.

Son tahlilde uygulamadaki zannedilenin aksine KİK ve alt mevzuatı DİK ve alt mevzuatını tamamen yürürlükten kaldırmamıştır. Her iki mevzuat da yapılan ihalenin gider veya gelir nitelikli olmasına göre uygulanmaya devam edecektir. Ancak şu da

bir gerçektir ki KİK ve alt mevzuatı DİK ve alt mevzuatının uygulama alanını büyük ölçüde sınırlandırmış ve onun yerine geçmiştir.

II- Kamu ihale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu tespitin doğal uzantısı şunlardır; sözleşmenin kurulması aşaması ile imzalanmasından sonraki döneme ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde bir ihtilaf çıkarsa hem iş sahibi idare hem de inşaat müteahhitleri hak ve hukuklarının korunmasını özel hukuk hükümlerine göre, medeni yargılama hukuku kuralları doğrultusunda adli yargı mercilerinden talep edeceklerdir.

Ancak sözleşmenin kurulmasından ayrıla bilen veya bir başka deyişle sözleşmenin imzalanmasından önceki idarenin işlemleri, idari işlem olma özelliklerini koruduğundan taraflar arasında bu aşamada çıkacak uyuşmazlıkların çözümü İdare Hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı mercilerinde olacaktır.

III- İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerine uygulanacak kuralların sırası şu şekilde olmalıdır; Birinci sırada ihale sözleşmesi hükümleri, ikinci sırada sözleşmenin eki niteliğinde olan YİĞŞ ve diğer teknik/idari şartname hükümleri, üçüncü sırada KİSK ve KİK' in emredici olmayan hükümleri, Dördüncü sırada BK' nın eser sözleşmesine ilişkin emredici olmayan özel hükümleri beşinci sırada BK' nın emredici olmayan genel hükümleri olmalıdır.

Ancak uyuşmazlık konusu olay için KİSK, KİK, BK' da emredici kurallar öngörülmüşse bu durumda 1. sıraya KİSK ve KİK' in emredici olan hükümleri, ikinci sıraya BK' nın emredici nitelikteki eser sözleşmesine ilişkin özel hükümleri, üçüncü sıraya da BK' nın emredici nitelikteki genel hükümleri çıkacaktır. Bu halde (4.) sıraya ihale sözleşmesi hükümleri beşinci sıraya da sözleşmenin eki niteliğinde olan YİĞŞ, teknik ve idari şartname hükümleri gerilemiş olacaktır.

Kanımızca KİK' in 4. ve 14. maddeleri, KİSK' in 4.-14. ve 22.maddeleri emredici hükümlerdendir. Yine BK m. 365/f.2 de emredici hüküm niteliğindedir.

Şu halde ihale mevzuatının inşaat sözleşmelerinde tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin feshi ve tasfiyesi için ön görmüş olduğu kuralları BK hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekli özel hüküm niteliğindedir.

IV- Kamu ihale mevzuatının kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmeleri için öngördüğü müteahhitten kaynaklanan sona erme sebepleri şunlardır; sözleşmenin usulsüz olarak devri (KİSK m. 16, YİGŞ m. 47, DİK M. 66, BİGŞ m. 46), müteahhidin ölümü (KİSK m. 17, YİGŞ m. 50, DİK m. 67, BİGŞ m.49), iflası (KİSK m. 17, YİGŞ m. 50, DİK m 68, BİGŞ m. 50), ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyeti (KİSK m. 17, YİGŞ m. 50, DİK m.69 ), müteahhidin ortak girişim olması halinde ortakların ağır hastalığı, tutukluluğu mahkûmiyeti, ölümü, iflası (KİSK m. 18, YİGŞ m. 51, DİK m.70, BİGŞ m. 52), müteahhidin taahhüdünü ihale dokümanı ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi (KİSK m. 20/ (a) bendi, YİGŞ m. 48/(a) bendi, DİK m. 62, BİGŞ m. 47), müteahhidin sözleşmenin yapılması aşamasından önce yasak fiil ve davranışlarda bulunması (KİSK m.20/(b) bendi YİGŞ m. 48/f.2 (b) bendi), müteahhidin sözleşmenin yapılmasından sonra yasak fiil ve davranışlarda bulunması (KİSK m. 20, YİGŞ m. 48/f.5) ve müteahhidin ekonomik acz içinde olduğunu bildirerek (KİSK m. 19, YİGŞ m.48/f.1) sözleşmeyi feshettiğini bildirmesidir.

Tüm bu sona erme hallerinin uygulanma şartları ve sonuçları esasen ve kısaca aşağıda belirtildiği gibidir;

1. İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin ölümünün sözleşmeyi ne şekilde etkileyeceği KİSK m. 17, YİGŞ m. 50, DİK m. 67 ve BİGŞ m.49'de düzenlemiştir. Buna göre müteahhidin tek ve gerçek kişi olduğu hallerde ölümü her halükarda sözleşmenin sona ermesine neden olacaktır. İnşaat sözleşmesi müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılsın veya yapılmasın sona erecektir. Ancak sona erme etkisini ileriye etkili olarak gösterecektir. Zira bu durumda ihale mevzuatı iş sahibine müteahhidin ölüm anına kadar yapmış olduğu yapı kısmını ve ihzarat bedelini kesin hesap tutanağıyla tespit ettirip sözleşmedeki kararlaştırılan ücrete göre ödeme yükümlülüğü getirmiştir. Tasfiye sonucunda müteahhidin iş sahibine karşı bir borcunun kalmadığı anlaşılırsa teminatının da mirasçılara iade edilmesi

gerekecektir. İnşaat sözleşmesi müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmamışsa bu durumda tasfiyenin yapılmasından sonra inşaatın geri kalan kısmı için ihaleye çıkıp çıkmamak konusunda idarenin takdir yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda ya yeniden ihaleye çıkılır ve kalan iş kısmı ihaleyi kazanan kimseye yaptırılır ya da hiç ihaleye çıkılmadan ölen müteahhidin mirasçılarıyla yeni bir sözleşme imzalanır ve yeni bir teminat da almak suretiyle kalan işe devam olunur. Ancak sözleşme müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmışsa iş sahibi kalan inşaatı tamamlatma işi için muhakkak yeniden ihale yapmak zorundadır. Bu durumda kalan inşaatı tamamlatmak için ihaleyi kazanan müteahhitle yeni bir sözleşme imzalanır ve yeni bir teminat alınır.

Katıldığımız görüşe göre müteahhidin tüzel kişi olması durumunda ortaklardan birinin ölümü halinde şayet inşaat sözleşmesi onun şahsı nazara alınarak yapılmışsa ve müteahhit de bunu anlayabilecek durumdaysa inşaat sözleşmesinin ileriye etkili sona erdiğinin kabul edilmesi gereklidir. Böylece yapılan kısmın bedeli ortaklığa verilmelidir. Bu sonuca BK m. 371/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla ulaşılmaktadır.

Şayet inşaat müteahhidi ortak girişim ise bu durumda bakılır şayet ölen ortak pilot veya koordinatör ortaksa sözleşme sona erer. Sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili olarak sonuçlarını doğuracaktır. Bu durumda da ölüm anına kadar yapılan işin karşılığı sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre ortaklığa ödenecektir. Şayet ölen ortak pilot veya koordinatör ortak değilse bu halde sözleşme sona ermez. Diğer ortaklar ölen ortağın sorumluluğuna giren kısımlara üstlenerek sözleşmeyi devam ettirirler. Bu halde geride kalan ortaklar ölen ortağın açıkta kalan taahhüdünü üstlenmezlerse iş sahibinin kamu ihale mevzuatı hükümleri uyarınca, YİĞŞ m.48 tahtında, borca aykırılık hükümlerine başvurabileceğini unutmamak gerekir.

2. İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin iflas etmesinin sözleşmeyi ne şekilde etkileyeceği KİSK m. 17, YİĞŞ m. 50, DİK m 68, BİĞŞ m. 50'de düzenlenmiştir. Buna göre müteahhidin tek ve tüzel kişi olması durumunda her ne kadar madde metninde sözleşmenin feshedileceğinden bahsediliyorsa da hükmün amacı ve kesinliği karşısında müteahhidin iflas etmesiyle birlikte sözleşmenin

kendiliğinden sona ereceği (münfesi olacağı) kabul edilmelidir. Ne iş sahibi ne de müteahhit her hangi bir fesih bildiriminde bulunmak zorunda değildir. Bu durumda da sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili olacak ve müteahhide yapmış olduğu kısım ile orantılı sözleşmede kararlaştırılan ücretinin ödenmesi gerekecektir. Bu durumda iş sahibinin almış olduğu fesih kararını iş sahibine tebliğ etmesi tasfiyeye başlanabilmesi bakımından önemlidir.

Müteahhidin ortak girişim olması halinde iflas eden ortak pilot veya koordinatör ortak ise bu durumda da sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğinin kabul edilmesi gereklidir. Bu durumda iflas anına kadar yapılan iş kısmı sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre ödenecektir. Şayet iflas eden ortak pilot veya koordinatör ortak değilse bu durum sözleşmenin sona ermesine neden olmaz. Diğer ortakların iflas eden ortağın sorumluluklarını üstlenmesiyle birlikte sözleşmeye devam olunur. Tabii ki bu açıktaki kalan sorumlulukları ayrıca üstlenmeyen ortaklara karşı iş sahibinin ihale mevzuatı hükümleri uyarınca, YİĞŞ m.48 hükümleri tahtında, borca aykırılık hükümlerine başvurabileceğini hatırlatalım.

3. İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde tek ve gerçek kişi müteahhidin ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyetinin sözleşmeyi nasıl etkileyeceği KİSK m. 17, YİĞŞ m. 50, DİK m.69'de düzenlenmiştir. İhale mevzuatına göre müteahhidin başına bu hallerin gelmesi başlı başına sözleşmeyi sona erdirme nedeni olmayacaktır. Bu hallerin gerçekleşmesinden itibaren 30 gün içinde müteahhit veya ilgililer sözleşmeyi devam ettirecek yasal temsilciyi iş sahibine bildirmemişse veya bildirilen kimse iş sahibi tarafından onaylanmamışsa bu durumda Medeni Kanun hükümlerine uygun olarak yasal temsilcinin atanması için Mahkemeye müracaat edilmesi gerekecektir. Ancak bunun da sonuç doğurmaması halinde iş sahibi sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu halde de iş sahibinin müteahhide fesih anına kadar yapmış olduğu yapı kısmının karşılığını sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre ödemesi gerekecektir.

Müteahhidin ortak girişim olması halinde yukarıda sayılanlar pilot veya koordinatör ortağın başına gelmişse, ölüm halinde gibi sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

Bu durumda sona erme hüküm ve sonuçlarını ileriye etkili olarak doğuracaktır. Sona erme anına kadar yapılan yapı kısmının karşılığı sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre müteahhide ödenecektir. Sayılan durumlar pilot veya koordinatör ortak dışındaki bir başka ortağın başına gelmişse sözleşme sona ermez. Bu halde diğer ortakların açıkta kalan sorumlulukları üstlenmeleriyle sözleşmeye devam olunur. Ancak diğer ortaklar ayrıca taahhütte bulunmadıkları takdirde iş sahibinin ihale mevzuatı hükümlerine göre YİĞŞ m. 48 tahtında borca aykırılık hükümlerine başvurabileceğini yine unutmamak gerekir.

4. İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinin usulsüz olarak devredilmesinin sözleşmeye etkisini KİSK m. 16, YİĞŞ m. 47, DİK M. 66, BİĞŞ m. 46 düzenlemiştir. Buna göre müteahhidin sözleşmesini usulsüz olarak devre kalkışması iş sahibine mevcut sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir. Bu durumda da iş sahibi müteahhide fesih anını kadar yapılan inşaat kısmının bedelini sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre ödemek zorundadır.

5. İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin mali âcz içinde olduğunu bildirmek suretiyle sözleşme feshetme hakkı sadece KİK ve alt mevzuatı hükümlerinde düzenlenmiştir (KİSK m. 19, YİĞŞ m.48/f.1). DİK ve alt mevzuatında böyle bir fesih nedenine yer verilmemiştir. Bu durumda fesih beyanının idareye ulaşmasıyla sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir. Sona erme hüküm ve sonuçlarını ileriye etkili fesih olarak doğuracağından iş sahibi fesih anına kadar yapılan yapı kısmının karşılığını sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre müteahhide ödemek zorunda kalacaktır.

6. Müteahhidin yasak fiil ve davranışlarda bulunması hem sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada (KİSK m. 20, YİĞŞ m. 48/f.5) hem de ihale aşamasında (KİSK m.20/(b) bendi YİĞŞ m. 48/f.2 (b) bendi) yasaklanmıştır. DİK ve alt mevzuatında iş sahibine bu sebeple sözleşmeyi feshetme hakkı verilmemiştir. Müteahhidin yasak fiil ve davranışta bulunduğu sözleşmenin imzalanmasından sonra tespit edilirse bu durumda Kanunda belirtilen şartların bulunması halinde idarenin sözleşmeyi feshedip etmeme noktasında takdir yetkisi vardır. Şayet işin büyük bir kısmı bitirilmişse ve geri kalan kısmın ihale edilip bitirilmesi için yeterli süre de



yoksa veya inşaatın geri kalan kısmının başka bir müteahhit tarafından tamamlanması mümkün değilse bu durumda iş sahibi sözleşmeyi feshetmeksizin mevcut müteahhide inşaatı tamamlaması için izin verebilir. Ancak bu hallerde de müteahhidin teminatı gelir kaydedilir ve hakkında yasaklama kararı verilir.

7. Müteahhidin taahhüdünü ihale dokümanına uygun olarak yerine getirmemesi örneğin inşaatı vadede teslim edememesi durumunda iş sahibinin sahip olduğu hakların neler olduğunu ihale mevzuatı özel olarak düzenlenmiştir.

İş sahibinin bu hallerde müteahhide borca aykırılığı ortadan kaldırması için kural olarak son bir süre daha vermesi gerekecektir. Bu süre sonunda müteahhit borca aykırılığı gidermemişse iş sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olacak şekilde fesheder ve bununla uyumlu olumlu zararının tazmin edilmesini müteahhitten isteyebilir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre iş sahibinin kalan inşaatı tamamlamak için başka müteahhitlere ödemek zorunda kaldığı bedel uğramış olduğu olumlu zarar kaleminden başka bir şey değildir. Bu sebeple ihale mevzuatı iş sahibine ileriye etkili fesihle uyumlu uğramış olduğu olumlu zararının tazminini isteyebilme imkanı getirmiş olmaktadır.

Müteahhit bu hakkını hem vade anındaki borca aykırılıkta hem de vadeden önce vade tarihinde borca aykırı olacağı kesin olarak belli olan hallerde kullanılabilir.

Müteahhit bu hallerde ihale mevzuatı hükümlerini işletmişse (verilmesi gerekliyse) mehil sonunda artık ifa ve gecikme tazminatının ödenmesi veya sözleşmeden dönüp olumsuz zararının istenmesi veya ifadan vazgeçip olumlu zararının ödenmesi şıklarını seçemez. Zira ihale mevzuatı tüm bu şıkları ortadan kaldırmıştır. Bu şıkların yerine iş sahibine sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedip bununla uyumlu olumlu zararının tazmin edilmesini isteme imkânı getirmiştir. Esasen bu şık ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmin edilmesi şikkının yerini tutar. Zira ihale mevzuatı fesih anına kadar yerine getirilmiş yapı kısmını geçerli bir sözleşmenin gereği olarak görmekte ve bu kısma isabet eden sözleşmedeki kararlaştırılan ücretin müteahhide ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ayrıca bu hallerde iş sahibine fesihle uyumlu

olumlu zararının tazmin edilmesini isteme hakkı da verildiğine göre bu şıkkın genel hükümlerdeki ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmin edilmesi şıkkının yerini tuttuğu açıkça meydandadır.

V. Kanaatimizce İhale mevzuatına tabi inşaat sözleşmeleri de taraflar arasında ani edimli borç ilişkisi kurmaktadır. İş sahibinin edim sonucuna olan menfaati bir anda müteahhidin her şeyi bitiren ve tamamlayan son hareketiyle bir çırpıda gerçekleştiğinden ortada bölünebilir nitelikte ani edimli bir borç ilişkisinin var olduğu da söylenemez.

İhale mevzuatının tasfiyeyi ileriye etkili sona eren bir sözleşmenin varlığını esas alarak yapması, bizi Kanun Koyucunun inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğini sürekli borç ilişkisi kuran sözleşme olarak kabul ettiği sonucuna ulaştırmamalıdır. Bu hususun Kanun Koyucunun bilinçli bir tercihten kaynaklanmadığı kanaatindeyiz. Sonuç olarak ihale mevzuatının kabul ettiği sözleşmenin ileriye etkili sona erme hali, sözleşmenin hukuki niteliğini belirleme bakımından değil ama tasfiye aşamasında tarafların hak ve yükümlülüklerini ortaya koyma bakımından önem taşıyacaktır.

VI. İhale mevzuatı sözleşmenin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona ermesini daima ileriye etkili (fesih olacak) şekilde kabul etmiştir. Borca aykırılık halinde iş sahibi ihale mevzuatındaki prosedürü (YİĞŞ m. 48) başlatmışsa artık BK m.106-108'deki seçimlik haklardan faydalanamaz. İş sahibi sözleşmeyi sadece ileriye etkili şekilde feshedebilir ve bununla uyumlu olumlu zararının tazminini isteyebilir.

İhale mevzuatı borca aykırılık halinde iş sahibinin ifa ve gecikme tazminatını isteme, ifadan vazgeçtiğini derhal bildirip olumlu zararını talep etme, sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirip olumsuz zararını tazmin etme şıklarını ortadan kaldırmıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi esasen ihale mevzuatının ileriye etkili fesih ve bununla uyumlu olumlu zararının tazminini isteme şıkkı, ifadan vazgeçtiğini derhal beyan

edip olumlu zararın tazmini isteme şikkının yerini tutar. Şöyle ki;

Sözleşme feshedilse dahi fesihden sonra kalan inşaatı başka müteahhitlere yaptırma masrafları katıldığımız görüşe göre iş sahibinin olumlu zararından başka bir şey olmadığına göre ihale mevzuatı iş sahibine ileriye etkili fesihle uyumlu olumlu zararını isteyebilme imkanını getirmiş olmaktadır. Yine iş sahibi sözleşmenin feshinden sonra da, yapılan inşaat kısmının ve ihzaratın ölçülebilir hale getirilmesi ve inşaatın veya ihzaratın korunması için müteahhitten inşaatın belirli seviyelere getirilmesini isteyebilecektir (YİGŞ m. 48/f.27). Şayet müteahhit bu istemi yerine getirmezse bu durumda iş sahibi işin tüm masrafı müteahhide ait olmak üzere bu kalan işi başka müteahhitlere yaptırabilir. İş sahibi bu şekilde işi başkasına gördürmesi sebebiyle yapmış olduğu masraflarını sözleşmeyi feshettiğinde de olumlu zarar kalemi olarak müteahhitten isteyebilecektir.

Yine iş sahibi fesih anına kadar müteahhidin yapmış olduğu işin karşılığını sözleşmede kararlaştırılan ücretine göre ödemek zorundadır. Bu kısmın karşılığı ara hak edişlere girmişse ayrıca bir ödeme yapılmayacaktır. Ancak fesih anına kadar yapılan kısım ara hak edişlere girmemişse durum tespit tutanağı ve kesin hak ediş raporu çerçevesinde sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre bu ödenmemiş kısmın da karşılığının müteahhide ödenmesi gerekecektir. Geçici ara hak edişler; müteahhidin yapmış olduğu inşaatteki işçiliğin, inşaatla kullanacağı malzemenin iş başında hazır edilmesinin karşılığını (ihzaratı) ve müteahhitlik kârını içermektedir.

İhale mevzuatına göre müteahhidin borca aykırılık da kusuru olsun veya olmasın, fesih anında yapı hangi aşamada olursa olsun iş sahibi daima sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilecektir. Ancak iş sahibinin fesihle uyumlu olumlu zararını isteyip tahsil edebilmesi müteahhidin kusurlu olmasına ve en önemlisi fesih anına kadar yapmış olduğu inşaat kısmının (müteahhidin) kendisine ödenmesine bağlıdır.

Bu şekilde şayet müteahhide sözleşme gereği yapmış olduğu inşaat kısmının karşılığı ödenmemişse, müteahhit iş sahibinin olumlu zararının tazmin edilmesi talebi karşısında ödemezlik def'inde bulunabilmelidir. Yine bununla uyumlu olarak da takas mahsup talebini iş sahibine yöneltebilmelidir.

VII. Kanaatimizce ihale mevzuatının müteahhidin her türlü borca aykırılığında iş sahibine sadece sözleşmeyi feshetme seçeneği bırakması adil olmayan sonuçlar yaratmaktadır. Özellikle müteahhidin borca aykırı davranışında kusurlu olmasına rağmen kendisine müteahhitlik kârını da içeren bir ücret verilmesi kendisinin ödüllendirilmesinden başka bir şey değildir. Zira bu durumda kusurlu müteahhidin borca aykırılıkta hiçbir kusuru bulunmayan müteahhitten ayırt edilmesi gereklidir. Bunun için kusurlu olarak borca aykırı davranan müteahhide sözleşmenin sona erdirilmesi halinde yapmış olduğu işin maliyetinden fazlasını vermemek gerekir.

VIII. Bizim önerdiğimiz tasfiye biçimine göre müteahhit sözleşmenin sona ermesine kusuruyla neden olmuşsa bu durumda sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabul edilmesinden ayrılmasını gerektirecek bir durum yoktur. O halde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden o ana kadar yerine getirilmiş yapı kısmının değeri sözleşmeye göre değil, sebebi sonradan ortadan kalkan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenmelidir. Bu halde kusurlu müteahhide ancak yapmış olduğun yapı kısmının maliyeti ödenmelidir. Bu da işçilik ve malzeme bedelinden ibaret olmalıdır. O halde müteahhidin ara hak edişlerle almış olduğu işçilik ve ihzarat bedelini aşan fazla kısmın yani “müteahhitlik kârının” iş sahibine iade etmesi gerekmektedir. Ara hak edişlerle ödenmemiş bir kısım varsa o da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılan inşaat kısmının maliyetini aşmayacak yani müteahhitlik kârını içermeyecek şekilde müteahhide ödenmelidir. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabul edilmesi halinde taraflar arasındaki iade yükümlülüğünün kapsamına sebepsiz zenginleşmeye dair kurallar uygulanmalıdır. O halde kusurlu müteahhit için ani edimli borç ilişkilerindeki sona erme halinde uygulanması gereken tasfiye sisteminden ayrılmamızı gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

Ancak müteahhit sözleşmenin sona ermesine neden olan olayda kusursuzsa ve bitirilen kısım iş sahibinin malvarlığında edim sonucuna ulaşması bakımından ekonomik bir kazanç ifade ediyorsa artık bu durumda iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili sonuç doğurduğu kabul edilmelidir. Buysa ancak BK m. 371/f. 2 hükmünün kıyasen somut olaya uygulanması halinde mümkün olabilecektir

(de lege feranda).

Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından en doğru iş ihale mevzuatında Kanun Koyucunun değişiklik yapmasıdır. Değişiklik şu yolda olmalıdır: şayet müteahhit sona ermeye neden olan olayda kusursuzsa ve bitirmiş olduğu yapı kısmı iş sahibi için ekonomik bir değer ifade ediyorsa yani yapılan kısım yıkılmaya mahkûm değilse bu halde iş sahibine geçmişe etkili sözleşmeden dönme hakkı tanınmamalıdır. Bu halde iş sahibine sadece fesih hakkı tanınmalıdır. İş sahibine fesihle uyumlu olumlu zararını isteme hakkı da verilmelidir. Ancak iş sahibine de yapılan kısmın bedelini sözleşmede kararlaştırılan ücrete göre ödeme yükümlülüğü getirilmedi. Böylece kusursuz müteahhit sebepsiz zenginleşmenin tasfiye hükümlerinden korunmuş olacaktır.

Ancak müteahhit sona ermede kusursuzluğunu ispat edememişse ve yapılan yapı kısmı da yıkılmaya mahkûm ise bu durumda iş sahibine sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye imkanı tanınmalı ve tarafların karşılıklı olarak iade yükümlülüklerinin kapsamı sebepsiz zenginleşme kuralları (BK m. 61-66) uyarınca belirlenmelidir. Bu durumda sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olan müteahhide sadece yapmış olduğu yapı kısmının maliyeti verilmiş olacaktır Bir de müteahhitlik kârıyla ödüllendirilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

IX- Kanaatimizce ihale mevzuatında sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde müteahhidin başkasının arazisinde haksız inşaat (MK m. 722-725) yapan kişi durumunda olması da mümkün değildir. Zira iş sahibi ara hak edişlerle inşaatın başında hazır edilen malzeme bedelini peşin olarak ödemektedir. Bu durumda inşaatla kullanılan malzemenin mülkiyeti zaten iş sahibine aittir

Yine üstüne inşaat yapılan arazi çoğu zaman özel mülkiyet kurulması mümkün olmayan arazi niteliğindedir. Bu araziler ya devlete aittir ya da devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu sebeple haksız inşaat hükümlerinin en önemli özelliği olan yapılan inşaatın arazinin değerinden fazla olması halinde muhik bir tazminat karşılığında arazinin mülkiyetinin haksız inşaat yapana geçirilmesi hükmü de uygulama alanı bulamayacağından haksız inşaat hükümlerinin uygulanması da

esasında havada kalacaktır.

Kanaatimizce sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabul edildiği hallerde ihale konusu bir taşınır yapıysa hukuki işleme (MK m. 775) hükümlerinin de tasfiye sürecinde uygulama alanı bulamaması gerekir. Zira bu hallerde müteahhit daima ihzarat bedelini aldığı malzemenin iş sahibine ait olduğunu biliyor veya bilmesi kendisinden bekleniyor olacağından (iyi niyeti olmadığından) somut olay da anılan hükümlerin uygulama alanı bulamaması gereklidir.

Tasfiyeyle ilgili son olarak şunu da belirtmiş olalım ki biz ihzarat bedeli ödenmeyen ve inşaatla kullanılan malzemeler için de haksız inşaat hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündeyiz. Zira bu durumda ihzarat bedeli ödenen ve ödenmeyen malzemeler inşaatla kullanıldıklarından maddeten tespit edilmeleri ve bir birbirlerinden ayırt edilmeleri çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Bu gerekçeye ek olarak taraflar arasındaki tasfiye ilişkisine iki ayrı sorumluluk sisteminin uygulanması da yanlış ve gereksiz olacaktır. Zira bu durumda müteahhidin emeği için sebepsiz zenginleşme, bedeli ödenmeyen ihzarat bedeli için de haksız zenginleşme hükümleri uygulanması gerekecektir. Bu ise belirttiğimiz sebeplerle doğru bir çözüm yolu olmayacaktır.

X. İhale mevzuatı kendi sistemiyle de esasında tutarlı olarak sözleşmenin ileriye etkili feshi neticesinde müteahhidin teminatının cezai şart adı altında idare lehine gelir olarak kaydedilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Özellikle bu gelir kaydedilen cezai şart müteahhidin diğer borçlarından mahsup edilmeyecektir.

İhale mevzuatı bir de genel borca aykırılık durumunda müteahhide verilen en az 20 günlük süre boyunca da gecikme tazminatının işletilmesi gerektiğini düzenlenmiştir. Gecikme tazminatının hesap şekli ihale sözleşmesi hükümlerine göre belirlenecektir. Zira gecikme tazminatının miktarının ihale sözleşmesi hükümlerinde taraflarca belirlenmiş olması gereklidir.

## KAYNAKÇA<sup>406</sup>

Abacığlu Muhittin, *Açıklamalı Örnekli Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Seçkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003

Akkanat Halil, *Taşeronluk Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2000

Akman Sermet, *Sorumsuzluk Anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976

Akyazan Sıtkı, “Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi ile ilgili Hukuki Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1977, S. 1

Akyol Şener, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1995

Altaş Hüseyin, *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı Fikret Eren'e Armağan*. Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006

Altaş Hüseyin, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368)*. Ankara: Yetkin Basım ve Yayım Dağıtım A.Ş., 2002

Altunkaya Mehmet, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2005

Aral Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999

Arsebük Esat, *Borçlar Hukuku İkinci Basım İkinci Cilt* İstanbul: Arkadaş Matbaası, 1943

---

406 Birden fazla eseri bulunan yazarlara yollamada bulunurken kullanılan kısaltmalar parantez içinde yer almaktadır.

Aşçıoğlu Çetin, *İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996)*. Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996 (Kısaltılmışı: Aşçıoğlu, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer)

Ataay Aytekin, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3.Baskı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981

Aybay Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası*. İstanbul: Filiz kitapevi, 1995

Ayrancı Hasan, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*. Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003

Barlas Nami, *Adi Ortaklı Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998

Barlas Nami, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*. İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş., 1992

Baygın Cem, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi olduğu Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999 (Kısaltılmışı: Baygın, Ücret)

Baygın Cem, *Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu Fahiman Tekil'e Armağan*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003

Başol Güngör, *Bayındırlık Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Başkanı Sayın Güngör Başol' un Açış Konuşması, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996)*, Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 1996



Becker Herman, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:24*, Çev. Suat Dura. Ankara:Yargıtay Birinci Başkanlığı Yayınevi Müdürlüğü, 1993 (Kısaltılmışı: Becker, Dura Çevirisi)

Bilge Necip, *Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1971

Burcuoğlu Haluk, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler” Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan.” Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1990

Buz Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998

Çakalır Yalçın, *Mimarlık Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Seminer Yarışması 1973-1974*.Ankara, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1974

Dayınlarlı Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları*, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ltd. Şti., 2003 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Temerrüt)

Dayınlarlı Kemal, *İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (10-11 Ocak 1986)* Ankara: Sistem Ofset, 1986

Doğanay İsmail, Kamu Sektörü Tarafından İhaleye Çıkarılan İşlerde (Fiyat Artırma) Yetkisi Veren Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin Bağlayıcı Olup Olmadığı Hususu”, *Batıder*,1982, Cilt XI, S. 4

Dural Mustafa, *Borçlunun Sorumlu olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976

Edis Seyfullah, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*  
Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1963

Eren Fikret, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996)*. Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 1996 (Kısaltılmışı: Eren, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer)

Eren Fikret, *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminerden Ayrı Bası.*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1997

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası.* İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006 (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar)

Erman Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* İstanbul: İÜ Basımevi ve Film Merkezi, 1993 (Kısaltılmışı: Erman, Arsa Payı Karşılığı)

Erman Hasan, *İstisna Sözleşmesinde Beklenmedik Haller (BK 365/2)* İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979 (Kısaltılmışı: Erman, Beklenmedik Haller)

Esener Turhan, *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Geçerliliği yy,ty*

Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977

Giritli İsmet/ Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun, *İdare Hukuku*. İstanbul: Der yayınevi, 2001

Göçerler Ahmet, “Kamu İhale Kanununun Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <[Http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/.Kamu-ihale-kanunu.htm](http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/.Kamu-ihale-kanunu.htm)>

Gözübüyük Abdullah Pulat, *Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller Genişletilmiş 3. bası* Ankara: Kazancı Yayınevi, 1977

Gözübüyük Şeref, *Yönetmelik Yargı Güncelleştirilmiş 17.Bası* Ankara: Turhan Kitapevi, Basım Yayın Tic. Ltd. Şti., 2003

Gümüş Mustafa Alper, *Kısmi İfa, Fahiman Tekil'e Armağan*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2003

Hamurcu Kürşat, *Kamu İhale Kanunu, Sözleşmeleri ve Uygulaması* Ankara: Adalet Yayınevi, 2003

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdulkadir, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm* İstanbul: Filizkitapevi, 1992

Havutçu Ayşe, Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini* İzmir: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 1995

<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=1690.htm>, 23.10.2007 Yargıtay kararı için.

İğdeler Serdar, “*Kamu İhale Mevzuatının Getirdiği Sorunlar*”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <<http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-sorunlari.htm>.

İğdeler Serdar, “*Kamu ihale Mevzuatının Getirdiği Yenilikler*”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <<http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-getirdikleri.htm>.

İğdeler Serdar/Göçerler Ahmet/Öztürk Muzaffer, “*01.01.2003 Tarihinden İtibaren Yürürlüğe Giren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Getirdiği Yenilikler*”, Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, 30.07.2007 <<http://www.icisleri.gov.tr/-WPX/kik-4734-un-yenilikleri.htm>.;

Kaniti Salamon, *Akdin İfa Edilmediği Def'i* İstanbul: Ahmet Said Matbaası, 1962

Kaplan İbrahim, *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer. *Ankara, 18-29 Mart 1996*, (Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996 (Kısaltılmışı: İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer)

Kaplan İbrahim, *İnşaat Sektöründe Müsterek İş Ortaklığı Joint Venture*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1994

Kaplan İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1987

Karahasan Mustafa Reşit, *İnşaat İmar İhale Hukuku, 3. Cilt* İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997 (Kısaltılmışı: Karahasan, İhale)

Karahasan Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 2.Cilt*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2002 (Kısaltılmışı: Karahasan, Özel Borç İlişkileri)

Karataş İzzet, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri Cezai Şart, Cezayı Aşan Zarar, Munzam Zarar, İmar Mevzuatına Aykırı İnşaat*. Ankara: Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 2004

Karayalçın Yaşar, *Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akitlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İntibak Ettirilmesi ve 1 Nisan 1981 Tarihli Kararname ile Ortaya Çıkan Sorunlar*, *Batıder*, 1981, Cilt X1, S.1

Kılıçoğlu Ahmet, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, *AÜHFD*, Ocak-Nisan, 1975 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Müteahhit)

Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Ankara: Turhan Kitapevi, 2002 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Borçlar)

Kocaağa Köksal, “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 6 Sayı 1 2004

Kocayusufpaşaoğlu Necmettin / Hatemi Hüseyin /Serozan Rona /Arpacı Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Üçüncü Cilt İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* İstanbul: Filiz Kitapevi, 1998

Kostakoğlu Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Son Değişiklikleri ile İmar Mevzuatı ve En son Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 3. Baskı.* İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000

Kural Orhan Cevdet/Kılıçbay Ercüment /İzmir Halil, *İnşaat ve İhale Hukuku.* Ankara: İlk-San Matbaası Ltd. Şti., 1988

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı Genişletilmiş 14. Baskı.* Ankara: Yetkin Basım ve Yayım Dağıtım A.Ş., 2002

Mevdata Ltd. Şti, Mevzuat ve İçtihatlar Programı, [www.mevdata.com.tr](http://www.mevdata.com.tr). 23.10.2007. Yargıtay kararı için.

Oğuzman M. Kemal, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların İfası-İfa Edilmemesi-Sona Ermesi.* İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979

Oğuzman M. Kemal/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası.* İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer, *Eşya Hukuku Tamamen Yenilenerek Yazılmış 9. Baskı.* İstanbul: Filiz Kitapevi, 2002

Olgaç Senai, *İstisna Akdi* Ankara: Olgaç Matbaacılık Ciltçilik Yayın Kağıtçılık, 1977

Önen Turgut, *Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler*. Ankara: Kalite Matbaası, 1975

Öz M. Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.,1989 (Kısaltılmışı: Öz, Sözleşmeden Dönme)

Öz M. Turgut, *İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte*. İstanbul: Yamaner Marka Patent Müşavirlik Yayıncılık ve Turizm San ve Tic. A.Ş., 2006 (Kısaltılmışı: Öz, İnşaat Sözleşmeleri)

Öz M. Turgut, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990 (Kısaltılmışı: Öz, Sebepsiz Zenginleşme)

Öz M. Turgut, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, *MHAD* No:16 1985

Öz M. Turgut, “İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri Taşınır Mülkiyetinin Borçlandırıcı İşlemlerle İlişkisi Borç Olmayan Şeyin Ödenmesi Gerçekleşmeyen Sebebe Dayanan İktisap Şekle Aykırılığın Dürüstlük Kuralı Yardımıyla Aşılması”, *MHAD* No: 18 1990

Öz M. Turgut, “İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine Prof. Dr. Sungurbey 'e Armağan ”, *MHAD* No: 20 1996

Özmen Selahattin, *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Rehberi, Devlet İhalelerine İlişkin Mevzuat ve Yargı Kararları*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1998

Özyörük Sezer, *İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 63, Basım Yeri y.y: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988

Poroy Reha /Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Güncellenmiş Sekizinci Bası* İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000

Sarıs Ekrem, 15.08.2007 “Yeni İhale Yasası Neler Getiriyor”  
[http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/27.02.2002\(1\)](http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/27.02.2002(1))

Saymen Ferit H., *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I Umumi Hükümler*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1950

Saymen Ferit H./Elbir Halid K., *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler İkinci Cilt*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958

Seliçi Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978 (Kısaltılmışı: Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu)

Seliçi Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976 (Kısaltılmışı: Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri)

Seliçi Özer, Kesin Vadeli İşlemler, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, No: 3 1967

Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri, Koll.Şti., 1975 (Kısaltılmışı. Serozan, Dönme)

Serozan Rona, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2002

Serozan Rona, “Culpa İn Contrahendo, Akdin Müspet İhlali, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, Kurumların Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi” *MHAD* No:3 1967

Serozan Rona, “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa İn Contrahendo” *MHAD* No:18 1990

Sungurbey İsmet, “Yapı Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK m. 360,II/III' ün Örneğe Yoluya Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar,” *Yasa Hukuk Dergisi* Ocak 1983

Sungurbey İsmet, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek, 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), *Yasa Hukuk Dergisi*, Şubat 1982

Sungurbey İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt Beş.* İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984

Sungurbey İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları Cilt 4.* İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980

Süzek Sarper, *İş Hukuku-3. Bası-Tıpkı Basım* İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006

Şenocak Zarife, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara:Turhan Kitapevi Basım Yayın Ltd. Şti., 2002

Şimşek Edip, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, (Ankara, 18-29 Mart 1996), Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, 1996 (Kısaltılmışı: İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer)



Tandoğan Haluk, “Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma veya Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin idare ve Müteahhitler için bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu”, *Batıder*, 1981, Cilt XI, S.1

Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2* Ankara: Olgaç Matbaası, 1982 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Özel Borç İlişkileri)

Tandoğan Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi, 1981

Tandoğan Haluk, “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler,” *Batıder*, Haziran 1981

Tandoğan Haluk, “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt Yanıt)”, *Yasa Hukuk Dergisi*, Nisan 1982

Tandoğan Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961

Tandoğan Haluk, “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zaman aşımı” *Batıder* Haziran 1982 Cilt 3 S. 4

Türkoğlu Yekta /Şakı Turhan/Egemen Ercan, *İhale Hukuku ve İnşaat İşleri*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1985

Thur Anderas Von, *Borçlar Hukuku 1-2 Yargıtay Yayınları No 15., Çev. Avukat Cevat Edege*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983 (Kısaltılmışı: Von Thur Edege Çevirisi)

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993

Tunçomağ Kemal, *Borçlar Hukuku Dersleri II. Cild Özel Borç İlişkileri Akdin Muhelif Nevileri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967 (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri)

Tunçomağ Kemal, *Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler Üzerinde Çalışılmış 4. Bası*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1969 (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Borçlar)

Toğuz Özlem, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Arasındaki Farklar Bu Farkların İhale Hukuku Bakından Getirdiği Yenilikler, *Ankara Barosu Dergisi*, Mart, 2002

Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, *AÜHFD*, Ocak-Nisan, 2001

Uluslan İlhan, *İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu* İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1984 (Kısaltılmışı: Uluslan, İade Borcunun Sınırlanması)

Uluslan İlhan, “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, *MHAD* sayı: 7 1971

Uluslan İlhan “Culpa İn Contrahendo Üstüne Prof. Dr. Ümit Doğanay' ın Anısına Armağan.” İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Matbaası 1992

Uygur Turgut, *İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. 1993 (Kısaltılmışı: Uygur, İnşaat)

Uygur Turgut, *Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 7* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003 (Kısaltılmışı: Uygur, Borçlar)

Yalçınduran Türker, *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş., 2000 *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş., 2000

Yavuz Cevdet/Özen Burak/Acar Faruk, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007

Yavuz Cevdet, *Borçlar Kanunu (BK.)-Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT.) ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte*- İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006

Yıldırım Ayça Akkayan, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* Cilt 61, sayı 1-2, 2003