

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN TEMERRÜDÜ

Yüksek Lisans Tezi

Akif Erdoğan

Ankara - 2021

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN TEMERRÜDÜ

Yüksek Lisans Tezi

Akif Erdoğan

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu

Ankara - 2021

KABUL VE ONAY

Akif ERDOĞAN tarafından hazırlanan “Kamu İhale Sözleşmelerinde İdarenin Temerrüdü” başlıklı bu çalışma, 08/10/2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında Yüksek Lisans Tezi olarak oy çokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Başkan/Danışman)

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ (Üye)

Prof. Dr. Dilaver TENGİLİMOĞLU

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesi'ne uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

08/10/2021

Akif ERDOĞAN

ÖZ

ERDOĞAN, Akif. Kamu İhale Sözleşmelerinde İdarenin Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümlere yer verilmesine rağmen, idarenin temerrüdüne ilişkin hükümlere yer verilmemiş ve sadece Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na yollama yapmakla yetinilmiştir. Bu yollama uyarınca yüklenici edimin ifası için idareye başvurduğunda, yüklenicinin başvurusu haksız olarak idarece reddedildiği takdirde ne şekilde hak aranması gerektiği izaha muhtaçtır. Çalışmamızın birinci bölümde, kamu ihale sözleşmelerinin genel niteliği, ikinci bölümde, Kamu İhale Sözleşmelerinin alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle alacaklının temerrüdünün şartları, son üçüncü bölümünde ise, kamu ihale sözleşmelerinde temerrüdün şartları ve sonuçları ile seçimlik hakların ne zaman ve nasıl kullanılacağı, sözleşmeden dönme durumunda yüklenicinin talep edebileceği haklar ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: Kamu, İhale, Alacaklının, Borçlunun, Temerrüdü.

ABSTRACT

ERDOĞAN, Akif. Administration's Default in Public Procurement Contracts, M.A. Thesis, Ankara, 2021.

Although the Public Procurement Law No. 4734 and the Public Procurement Contracts Law No. 4735 and the General Specifications for Construction Works contain provisions regarding the default of the contractor, the provisions regarding the default of the administration are not included and only in accordance with the Turkish Code of Obligations No. 6098 in accordance with Article 36 of the Public Procurement Contracts Law enough to send. Pursuant to this submission, when the contractor applies to the administration for the performance of the performance, it is necessary to explain how the right to be sought should be sought if the contractor's application is unfairly rejected by the administration. In the first part of our study the general nature of the public procurement contracts, in the second part the conditions of the default of the creditor due to the reasons arising from the creditor, in the last part the conditions and consequences of the default in the public tender contracts, when and how the optional rights will be exercised, the conditions that the contractor may demand in case of reneging from the contract rights will be discussed.

Keywords: Public, Procurement, Default, Creditor, Borrower.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN GENEL NİTELİĞİ

1.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kavramı	3
1.1.1. Tanım	3
1.1.2. Konusu	4
1.2. Kamu İhale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	4
1.2.1. Genel olarak	4
1.2.2. 4734 sayılı kamu ihale kanunu öncesi	6
1.2.3. 4734 sayılı kamu ihale kanunu ve 4735 sayılı kamu ihale sözleşmeleri kanunu sonrası	6
1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Şekli	10
1.3.1. Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu	10
1.3.2. Kamu ihale sözleşmelerinde şekil	17
1.4. Kamu İhale Sözleşmesinin Tarafları.....	22
1.4.1. İdare.....	22
1.4.2. Yüklenici.....	23
1.4.3. Alt yüklenici.....	24
1.4.4. Ortak girişim	25
1.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Tarafların Yükümlülükleri	26
1.5.1. Genel olarak	26
1.5.2. Yüklenicinin yükümlülükleri	27

1.5.2.1. Yüklenicinin işini özenle yapısı	27
1.5.2.2. Yüklenicinin sadakat borcu	27
1.5.2.3. İşe zamanında başlama ve devam etme borcu	28
1.5.2.4. Yüklenicinin eseri teslim borcu	28
1.5.2.5. Yüklenicinin ayıplardan sorumluluğu	30
1.5.3. İdarenin yükümlülükleri	31
1.5.3.1. Ücret ödeme borcu	31
1.5.3.1.1. Birim fiyatlı sözleşmelerde	32
1.5.3.1.2. Anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yaptırılan işlerde	33
1.5.3.2. İdarenin külfet niteliğindeki ödevleri	35

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

2.1. Genel Olarak	37
2.2. İdarenin Temerrüdü	38
2.2.1. İdarenin alacaklı sıfatıyla temerrüdünün koşulları	38
2.2.1.1. Eser ifaya hazır olmalı	38
2.2.1.2. İdare edimini yerine getirmekten kaçınmalı	38
2.2.1.2.1. İdare edimini hiç yerine getirmemeli	39
2.2.1.2.2. İdare edimini geç yerine getirmeli	40
2.2.1.3. İdare eseri kabulden kaçınmalı	40
2.2.2. Yüklenici yönünden alacaklının temerrüdünün koşulları	41
2.2.2.1. Borç muaccel hale gelmeli	42
2.2.2.2. Yüklenici eserini gereği gibi idareye önermeli	43
2.2.2.3. İdare yüklenicinin ifa teklifini haksız bir şekilde reddetmiş olmalı	44
2.3. İdarenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdünün Sonuçları	45
2.3.1. Genel olarak	45
2.3.2. Yükleniciyi sözleşme konusu yükten kurtaran yollar	46

2.3.2.1. Tevdi	46
2.3.2.1.1. Tevdi mahallinin belirlenmesi.....	48
2.3.2.1.2. Tevdinin zamanı.....	49
2.3.2.1.3. Tevdinin geri alınması.....	50
2.3.2.2. İdarenin satış hakkı	52
2.3.2.2.1. Genel olarak	52
2.3.2.2.2. Satış hakkının konusu	52
2.3.2.2.3. Satış hakkına sahip olan kişiler	54
2.3.2.2.4. Satış hakkının kullanılacağı yer	54
2.3.2.2.5. Satış hakkının kullanılma zamanı	54
2.3.2.2.6. Satış hakkının kullanılma şekli	55
2.3.2.2.7. Satış sonrası paranın tevdi edilmesi	56
2.3.2.3. Yüklenicinin dönme hakkı	57
2.3.2.4. Sözleşmeden dönmenin sonuçları	60
2.3.2.4.1. Genel olarak	60
2.3.2.4.2. İfa edilmemiş edimler bakımından.....	61
2.3.2.4.3. İfa edilmiş edimler bakımından	61
2.3.2.4.4. Menfi zarar bakımından	62

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE YÜKLENİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

3.1. Genel Olarak.....	63
3.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İdarenin Alacaklı ve Borçlu Sıfatıyla Temerrüdü	64
3.2.1. Genel olarak	64
3.2.2. İdarenin alacaklı sıfatıyla temerrüdü.....	66
3.2.3. İdarenin borçlu sıfatıyla temerrüdü.....	69

3.3. İdarenin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Halinde Yüklenicinin Dönme Hakkını Kullanabileceği Haller	71
3.3.1. Genel olarak	71
3.3.2. İdarenin ücreti ödememesi	72
3.3.2.1. İdarenin geçici hakkedişleri ödememesi	73
3.3.2.2. İdarenin kesin hakkedişleri ödememesi	78
3.3.2.3. İdarenin malzeme sağlamaması	80
3.3.3. İdarenin borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin seçimlik haklarını kullanması.....	81
3.3.3.1. Aynen ifa talebi	82
3.3.3.2. Gecikme tazminatı	83
3.3.3.3. Müspet zararın talep edilip edilemeyeceği.....	84
3.3.3.4. Menfi zararın tazmini	87
3.3.4. İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin hakları.....	90
3.3.4.1. Yüklenicinin sözleşmeden dönmede idarenin kusurunun etkisi	90
3.3.4.2. İdarenin haksız olarak geçici ve kesin kabul işlemlerine yanaşmaması	93
3.3.4.3. Yüklenicinin tazminat talebi	94
3.3.4.4. Tasfiye.....	95
SONUÇ.....	97
KAYNAKÇA	99
TURNİTİN RAPORU.....	103
ÖZGEÇMİŞ.....	111

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz	: bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
E	: Esas
EKAP	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K	: Karar
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m	: madde
RG	: Resmî Gazete
ss	: sayfa aralığı
S	: Sayfa
T	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
vs	: ve saire
YİATS	: Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
Y	: Yargıtay

GİRİŞ

22.01.2002 tarihinden önce idare tarafından yapılan kamu mal ve hizmet alımları sadece 2886 sayılı DİK'nun da düzenlemişken, bu tarihten sonra idare mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerini 4734 sayılı KİK kapsamında kamu kurumları tarafından düzenlenen ihaleler yoluyla yapılmaktadır. Yapılan bu ihaleler sonucunda ihalesi üzerine kalan istekli makam onayından sonra idareyle 4735 sayılı KİSK kapsamında sözleşme imzalamaktadırlar. İstekli idareyle sözleşmeyi imzalayısıyla birlikte kendisi yüklenici olarak adlandırılmaktadır.

Gerek idare ve gerekse yüklenici imzaladıkları sözleşme (Sözleşme Tasarısı) karşılıklı olarak yerine getirilmesi gereken edimleri yüklenmektedirler. Taraflar kendi edimlerini sözleşme ve eklerine uygun olarak yerine getirdikten sonra edimin ifası için karşı tarafa başvuru yaparak teslimi gerçekleştirmek isterler. KİS tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup, yapılması belli bir usule bağlı ve yazılı olarak yapılır. Taraflardan biri karşı tarafa edimin ifasını teklif ederken, kendisinin de sözleşmeden kaynaklı edimlerini eksiksiz ve tam olarak yerine getirmek zorundadır. Aksi halde, karşı tarafın def'isiyle karşılaşabilir.

Tez çalışmamızın birinci bölümünde; KİS'nde hüküm bulunmayan hallerde KİSK'nun 36. maddesindeki TBK'na yollaması nedeniyle, borçlar hukukunda alacaklı ve borçlunun temerrüdünün şartları ve sonuçlarına ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Tezimizin birinci bölümü olan KİS'nin genel niteliği kısmında tanım, KİS'nin hukuki niteliğiyle kuruluşu ve şekli konularıyla sözleşmenin tarafları ve tarafların yükümlülükleri konularına yer verilmiş, ikinci bölümde, alacaklı olarak idarenin temerrüdü sıfatıyla koşulları ve idare yönünden temerrüdün oluşması için yüklenicinin yükümlülükleriyle alacaklının temerrüdünün sonuçları incelenmiş, üçüncü bölümde ise idarenin temerrüdü halinde yüklenicinin seçimlik hakları, nihayet üçüncü ve son bölümde dönme hakkı ve yüklenicinin talep edebileceği haklar ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN GENEL NİTELİĞİ

1.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kavramı

1.1.1. Tanım

İdarenin ihtiyaçlarını kendi iç bünyesinden her zaman karşılaması mümkün olmaz. Ancak bu ihtiyaçların karşılanması kamu harcamalarını gerektirir. İdare böylece ihtiyaçlarını karşılayabilmek için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulamak suretiyle yapmış olduğu bu sözleşmelere ‘kamu ihale sözleşmeleri’ denilmektedir.¹ KİSK’un 3. maddesinde “*Bu Kanunun uygulanmasında Kamu İhale Kanunda yer alan tanımlar geçerlidir*” şeklinde ibaresiyle tanımlar konusunda KİK’nun “Tanımlar Başlıklı” 4. maddesine atıf yapmıştır.

KİK’nun 4. maddesinde sözleşme adı altında “...*Sözleşme: mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yazılı anlaşmayı...*” tanımlanan bu sözleşme tanımlaması, 6098 sayılı TBK’nun 1/1 fıkrasında “...*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur...*” şeklinde geçen tarafların irade açıklamalarıyla sözleşmenin kurulmasının gerektiğine dair sözleşmenin kuruluşuna ilişkin ifadeye tam olarak uymamaktadır. Bu nedenle, KİSK kapsamında bir sözleşmenin kurulabilmesi için Sözleşme tanımlamasının içerisinde, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarının gerektiğine dair ibarenin sözleşme tanımlamasının içerisinde açık bir şekilde yer almasının gerektiğine inanıyoruz. Ancak, bu boşluğu KİK’un 4. maddesinde geçen “*idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma*” ifadesinin KİS’nin iki taraflı sözleşmeler olduğu açıklığa kavuşturulduğunu değerlendirilmektedir.² Nitekim; ‘Kamu İhale Sözleşmesi’ni idareyle yüklenicinin

¹ BUZ, s. 67.

² DEMİRBOĞA, s. 29 vd.

arasındaki mal veya hizmet alımıyla yapım işleri yaptırılan sözleşmeler tanımlamasına katılıyoruz.

1.1.2. Konusu

İdare, kamu hizmetlerini yürütebilmesi için bazı ihtiyaçlarını kendi içerisinde temin yoluna gitse de bazıları için özel hukuka tabi kişilerle sözleşme yapmak zorunda kalmaktadır. İdare bu ihtiyaçlarının teminini özel hukuk kişileriyle yapmış olduğu ihale işlemleri sonunda sözleşmeler yaparak gidermektedir.

Kamu ihaleleri konusunda ülkemizde temel kanun olma niteliğini taşıyan 2886 sayılı DİK'nun yetersiz kalması nedeniyle, Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına tamamen uygun düşmemekle birlikte 04.01.2002 tarihinde KİK ve KİSK düzenlenerek 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş, ancak satım, kiraya verme, trampa ve gayri ayni hak işleri bir başka deyişle kamuya gelir sağlayan işler konusunda 2886 sayılı DİK'nun uhdesinde kalmaya devam ederken, kamu harcamasına ilişkin mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerine ilişkin giderler KİK'yla KİSK'nda düzenlenmiştir.³

İdarenin özel hukuk kişileri olarak gerçek veya tüzel kişilerle KİS kapsamında bir mal ve hizmet alımıyla yapım sözleşmesi imzalayabilmesi için öncelikle ihalenin türüne göre KİK'na göre sonuçlandırılması ve ihalesi üzerinde kalan istekliyle KİSK'na göre özel hukuk kişileriyle sözleşme imzalamak suretiyle kurulmaktadır.

1.2. Kamu İhale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1.2.1. Genel olarak

KİS'nin kendine özgü niteliklerinin bulunması nedeniyle, tabi olacağı hukuksal rejim ülkeden ülkeye değişmekle birlikte farklı usul ve kurallarına bağlanmıştır. Bu konuda diğer ülkelerin uygulamaları, bu uygulamaların dayandığı

³ CAN, s. 9; BUZ, s. 35-36.

mevzuat ve ayrıca yargı kararlarının da etkisiyle özellikle başta AB üyesi ülkelerde olmak üzere bazı değişimlere sebep olmuş ve her ülkenin bu alanda benimsemiş olduğu hukuki rejim diğerlerinden farklı olsa da üye ülkelerin Avrupa Hukukuna uyumu sürecinde büyük ölçüde uyumlaştırma sağlanmış olmakla birlikte, her ülkenin bu alanda benimsemiş olduğu hukuki rejimin diğerlerinden farklılık gösterdiği de gözlenmiştir. Örneğin; Almanya, İsviçre, İngiltere Hollanda Danimarka ve Yunanistan'da KİS özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilirken, Fransa'da ise kamu ihale kapsamında imzalanan kamu alımları sözleşmelerinin idari nitelik taşıdığı belirtilmiş ve kamu alımları sözleşmeleri yasayla idari sözleşme sayılmaktadır.⁴

Türk hukukunda ise idari rejimi benimsemiş diğer ülkelerden farklı olarak, idarelerin yapmış olduğu ihale süreçleri sonunda imzalanan sözleşmeler, yargı organlarınca konusuna ve içerdiği hükümlere bakılmaksızın özel hukuk sözleşmeleri niteliğinde olduğu belirtilmekle birlikte, gerek KİSK'nda, gerekse Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan İkincil Mevzuat ile Tip İhale Dokümanları ve özellikle tip sözleşmelerde yüklenicilerin idare karşısında eşit olmadıkları ve idareye üstünlük tanıyan hükümlerin, sözleşmenin imzalanmasından önce başladığı, sözleşmenin uygulanmasında ve sona ermesine kadar devam ettiği görülmektedir. Keza; KİS'nde işin özelliğine göre de hukuki niteliği değişmektedir. Sürekli edim niteliği taşıyan KİS'nde fesih hakkının idare tarafından kullanılması halinde sözleşme ileri etkili olarak sona ererken yüklenici karı ödenirken, ani edimli KİS'nde dönme halinde ise sözleşme geriye etkili olarak sona ermekte ve yüklenici karı ödenmemektedir.⁵

Bu açıklamalardan sonra ülkemizde uygulanmakta KİS'nin gerek 4734 KİK gerekse KİSK'nun yürürlüğe girmesinden önceki ve yürürlüğe girmesinden sonraki düzenlemelere ilişkin aşağıda açıklamaların yapılmasının yararlı olduğunu düşünüyoruz.

⁴ UZ, s. 10-12.

⁵ ÖZCAN, s. 48; PINAR, s. 33 vd.; UZ, s. 66-67; DEMİRBOĞA, s. 198.

1.2.2. 4734 sayılı kamu ihale kanunu öncesi

KİK'yla KİSK'nun yürürlüğe girmesinden önce, KİS'nin özel hukuk sözleşmesi mi, yoksa idari sözleşme mi olduğu sorusuna ilişkin olarak o tarihlerde uygulanmakta olan 2490 sayılı AEİK'yla⁶ 2886 sayılı DİK'nda⁷ sözleşmelerin niteliklerine ilişkin bir düzenlemeler bulunmaması nedeniyle, gerek 2490 ve gerekse 2886 sayılı kanunlar yönünden imzalanan sözleşmelerde özel hukuka tabi olmadığına dair bir düzenleme bulunmadığı sürece, söz konusu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin gerektiği savunulmuştur.⁸

Doktrinin görüşü, bu kanunlara göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğu yönünde olsa da bazı yazarlar bu sözleşmelerin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığını, sözleşmenin içeriği itibarıyla idari sözleşme niteliğini taşımasının söz konusu olabileceği görüşünü savunmuşlardır. Bu konudaki görüşümüz idareyle yüklenici arasında ihale süreci sonrası imzalanan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir.

1.2.3. 4734 sayılı kamu ihale kanunu ve 4735 sayılı kamu ihale sözleşmeleri kanunu sonrası

KİK'yla KİSK yürürlüğe girmeden önce, Türk Hukukunda uygulanmakta olan 2490 sayılı AEİK ve 2886 sayılı DİK'nda sözleşmenin niteliğine ilişkin bir düzenlemenin yer almaması nedeniyle, gerek 2490 ve gerekse 2886 sayılı kanunlar

⁶ “2490 sayılı Artırma, Eksiltmeler ve İhale Kanunu'nun kabul tarihi 2/6/1934 olup, 10 Haziran 1934 tarih ve 2723 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, Madde 1'de Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler namına alma, satma, yaptırma, keşfettirme, kiraya verme, kiralama ve bunlara benzer diğer işler bu kanunda yazılı hükümlere göre yapılır” ve anılan Kanununun 75. Maddesinde “Bu kanun neşri tarihinden altı ay sonra muteberdir şeklindedir”.

⁷ “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun kabul tarihi 8/9/1983 olup, 10/9/1983 tarih ve 18161 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, Madde 1'de Genel Bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli dairelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür ve Birinci fıkrada sayılan idare ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların yukarıda belirtilen işlerinin nasıl yapılacağı Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilir” ve anılan Kanununun 95. Maddesinde “Bu kanun 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe girer şeklindedir”.

⁸ BUZ, s. 68; BİLİR, s. 19.

yönünden sözleşmenin özel hukuka tabi olmadığına dair bir düzenleme bulunmadığı sürece, söz konusu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin gerektiği savunulmuştur. Ancak aksi görüşte olanlar da idarenin özel hukuk kişileriyle özel hukuk kuralları uygulanan sözleşmelerde uyuşmazlıkların adli yargıda çözüme kavuşturulması gerektiği savunulmuş ise de idarenin üstlendiği kamu hizmeti ve kamu yararı gereği özel kişilerle eşit konumda olmadığını yönündedir.⁹ Kanaatimiz idareyle özel hukuk kişisi arasındaki ihtilaf adli yargıya yansıdığı takdirde adil bir yargılamanın yapılabileceğini değerlendiriyoruz.

KİK ve KİSK'un 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmesiyle amaçlanan bu belirsizliğe son verilerek, Kamu İhale Sözleşmeleri'nin 4/3 fıkrasında “...*Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir...*” hükmü, KİK'na tabi ihaleler sonucu kurulan idareyle yüklenici arasında imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı hususunda bir tereddüte mahal bırakılmadığını değerlendiriyoruz.¹⁰

Kamu İhale Mevzuatına tabi sözleşmelerin idari sözleşme mi, yoksa özel hukuk sözleşmesi olduğu konularında çeşitli teoriler de ileri sürülmüştür.¹¹ Karşılaştırmalı hukukta KİS'nin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin olarak savunulan teoriler dört ana başlık altında ileri sürülmüştür.¹² Bu teorilerden;

- Kamu hukuku teorisine göre, “*kanunda açık bir şekilde özel hukuk kurallarıyla düzenlenmedikçe gerek ihale aşamasında ve gerekse ihale aşamasının*

⁹ BUZ, s. 68; UZ, s. 18.

¹⁰ BUZ, s. 72, “*Nitekim sayfa 69'daki 6 nolu dipnotta 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğini açıklığa kavuşturmuştur*”; GÖZÜBÜYÜK, s. 517.

¹¹ PINAR, s. 44 vd.; BİLİR, s. 16.

¹² BUZ, s. 74 vd.; PINAR, s. 45.

sonunda taraflar arasında imzalanan kamu ihale sözleşmesinin kamu hukuku kurallarına tabi olduğu” görüşüne yer verilmiştir.¹³

- Özel hukuk teorisine göre ise, “adında anlaşılacağı üzere ihale sürecinin başlamasıyla taraflar arasında bir özel hukuk sözleşmesinin kurulacağını, bir başka deyişle özel hukuk teorisine göre, sözleşmenin yapılmasından önceki veya sonraki dönemin bir bütünlük teşkil ettiğini ve KİS’nin özel hukuk görüşüne uygun bir sözleşme oldukları” görüşü savunulmuştur.¹⁴

- Diğer bir görüş olan teorisi ise, “KİS’nin kural olarak idari bir sözleşme olduğu nitelendirilmiş olup ihalenin açılması, sözleşmenin imzalanması ve sözleşmenin feshi gibi işlemlerin gerçekleşmesi halinde taraflarca veya menfaati ihlal edilenlerin haklarını idari yargıda iptal davasına konu edebileceği hususlarına yer verilmiş ve Fransız hukukunda kabul gören bir teori görüşüne” yer verilmiştir.¹⁵

- İki Aşama Teorisi ise,¹⁶ “ihale aşaması ve sözleşme aşaması olmak üzere iki aşamalı işlemin söz konusu olduğu, sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamaların hepsinde ihale sürecinin başlamasından sonuçlandırılmasına kadar geçen aşamadaki her türlü işlemlerin idari nitelik taşıması nedeniyle idari işlem ve idari yargı olmak üzere idare hukukunun kurallarının” uygulanmaktadır.

İhale süreci sonunda sözleşmenin imzalanmasıyla başlayan sürecin özel hukuka tabi sözleşmelerin niteliği olan eşit hak ve yükümlülüklerle yer verilmiş olması nedeniyle de yapılan ihaleler sonucu imzalanan bu sözleşmeler KİK’na tabi ihaleler sonucunda kurulmuş olsalar dahi özel hukuk sözleşmesidirler. Bu kapsamda bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale veya inşaat sözleşmeleri 6098 sayılı TBK’nun Yedinci Bölümde “Eser Sözleşmeleri” Başlıklı 470-486 maddesi arasında düzenlenen istisna sözleşmeleri niteliği taşımaktadırlar. Nitekim; Türk Kamu ihale sisteminde de

¹³ BUZ, s. 74; BİLİR, s. 16; PINAR, s. 46.

¹⁴ BİLİR, s.17; BUZ, s. 75; PINAR, s. 49.

¹⁵ BUZ, s. 77; BİLİR, s. 17; PINAR, s. 52.

¹⁶ PINAR, s. 54-60; BUZ, s. 87.

ihaleler sonucunda kurulan sözleşmelerin önceki ve sonraki aşamaları farklı kanunlarda düzenlenmiş olması iki aşama teorisine uygun bir düzenlemenin olduğu görülmektedir.¹⁷

Türk kamu ihale Mevzuatında taraflar arasındaki sözleşmenin imzalanmasından önceki ihale sürecine ilişkin olarak ihale sürecinin başlamasından itibaren sözleşmenin yapılmasına kadar geçen sürede yapılan işlemler idare hukuk kurallarına tabidir. Sözleşmenin yapılmasıyla birlikte işleyecek süreçteki işlemler ise özel hukuka tabi olup, bu konuda çıkacak olan uyuşmazlıkların çözümü ya adli yargıda ya da sözleşmede kaydolması halinde tahkim mahkemesinde bakılır.

İşte bu nedenle, KİK'na tabi işlemlerin idari işlem ve idari yargının denetimine tabi olması ve sözleşme sonrası işlemlerin ise KİSK'na ve KİSK'nda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuka tabi olması nedeniyle iki aşama teorisi bugünkü kamu ihale mevzuatına uymakta olduğunu değerlendiriyoruz.¹⁸ Şöyle ki; sözleşme imzalanmadan önceki ihtilaflarda KİK 55. maddesine göre “*idareye başvurunun yapılacağı, İdarenin şikâyeti reddetmesi halinde*” ise aynı kanunun 56. maddesi uyarınca kik'na itirazın başvurusunda bulunulacağı düzenlemesi yer alırken, KİSK 4/3 fıkrasında “*...Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir...*” düzenlemesine yer verilmesi ve KİK 36. maddesinde “*... Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanır...*” düzenlemesiyle “sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamanın özel hukuk sözleşmesi hükümlerine tabi olması iki aşama teorisine uygun düzenlemeler” olduğunu görülmektedir.¹⁹

Karşılaştırmalı hukukta KİS'nin tabi olduğu rejime ilişkin açıklanan 4 teoriden “özel hukuk teorisi görüşü ihalenin başlamasıyla taraflar arasında özel hukuk sözleşmesinin kurulmuş olacağı görüşüne yer verilmişse de, Türk Kamu İhale sisteminde ihaleler sonucunda kurulan sözleşmelerin önceki ve sonraki aşamaları

¹⁷ BİLİR, s. 17-19; BUZ, s. 83.

¹⁸ BUZ, s. 60; BİLİR, s. 18.

¹⁹ DOĞANYİĞİT, s. 1101 vd.; DEMİRBOĞA, s. 37-38; BUZ, s. 69; BİLİR, s. 19.

farklı kanunlarla düzenlenmiş olması nedeniyle, bu aşamada da sözleşmenin imzalanması öncesinde KİK ve sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte KİSK'na tabi olması nedeniyle iki aşama teorisi Türk kamu ihale sisteminde uygulanmakta ise de, ihalenin başlamasıyla birlikte önceki veya sonraki dönemin bir bütün teşkil etmesi kamu ihale sisteminin bölünmemesi, kamu ihaleyle ilgili her türlü ihtilafın tek elden çözülmesi, kamu ihale aşamalarında görevlendirilen yargı görevlilerinin ihale sürecinin hem idari (ihalenin düzenlenmesi ve ihale aşamalarını) ve hem de sözleşme aşamalarında birliktelik sağlanması açısından özel hukuk teorisi görüşünün uygulanmasının daha yararlı olacağı” görüşümdedir.

Sonuç olarak KİS'nin istisna sözleşmesi olduğu dikkate alındığında bir eseri meydana getirebilmek için idareyle yüklenicinin karşılıklı olarak borçlandıkları, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu, yüklenicinin ediminin eseri meydana getirme ve teslim etme, idare ediminin ise ücret ödemeyi taahhüt eden tam iki taraflı karşılıklı borç yükleyen ivazlı bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu göstermektedir.²⁰

KİSK'nun 36. maddesinde “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar kanunu hükümlerinin uygulanır*” açıklamasıyla, KİSK yoluyla imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu doğrulamaktadır.

1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Şekli

1.3.1. Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu

Tek taraflı hukuksal işlemlerde, bir tarafından irade açıklamasıyla hukuksal sonuç meydana gelirken, sözleşmelerde en az iki tarafın karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak iradelerini hukuksal sonuca yönelik olarak açıklamalarıyla hukuksak sonuç meydana gelmektedir. Söz konusu hukuksal işlemlerin içerisine en az iki taraflı hukuksal işlemler girdiği gibi, çok taraflı hukuksal işlemlerde girmektedir. Tek taraflı hukuki işlemlere örnek olarak vasiyetname yapma, vakıf kurma, bağışlama vaadi ve kefalet sözleşmeleri gösterilebilirken, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak eser

²⁰ BİLİR, s. 20; ÖZCAN, s. 44.

ve satım sözleşmeleri örnek olarak gösterebilir, çok taraflı hukuksal işlemlere ise tüzel kişilerin türlerine göre bir karar almalarında ana sözleşme veya tüzüklerine göre irade açıklamalarını ortaya koymalarını örnek olarak gösterilebiliriz.²¹

TBK 1. maddesinde “...sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak kurulur...” hükmüyle kural olarak sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbiriyle uygun olarak belirtildikten sonra bu irade açıklamalarının açık veya örtülü olabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bir sözleşmenin kurulması için taraf denildiğine göre en az iki kişinin hukuksal sonuca yönelik birbirlerine uygun iradelerini açıklamalarını ve sözleşmede taraf olabilmeleri içinde hak ve fiil ehliyetine²² sahip olmaları gerekir.²³

KİS ise yukarıda açıklanan hukuki işlemler içerisinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubu içerisinde yer almaktadır. Kural olarak sözleşmelerin kuruluşunda irade serbestisi gereği herhangi bir usul öngörülmemiş olsa dahi, kamu ihale mevzuatı kamu ihalelerinin yapılması ve KİS'nin kurulmasına belli bir usule bağlanmıştır. KİS'nde taraflardan biri daima idare olması nedeniyle, karşı tarafın ise ihale sürecinde ekonomik olarak en avantajlı teklif veren isteklinin taraf olacağı bir sözleşme türü olmaktadır. İhale süreci ise, ihale onay belgesinin hazırlanmasından itibaren başlayıp ihalenin ilanı, isteklilerin tekliflerini idareye vermesi, tekliflerin değerlendirilmesi, kesinleşen ihale kararının bildirilmesi ve şikâyet süresinin sona ermesi, sözleşmenin imzalanmasına davet ve kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ya da ihalenin iptal edilmesiyle sona eren uzun bir süreci kapsamaktadır.²⁴ KİS'nin diğer bir özelliği taraflardan birinin daima idare olması nedeniyle, KİS'nin diğer iki taraflı sözleşmelerden farkı daima mevzuatta yazılı olarak belirtilen yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.²⁵

²¹ KILIÇOĞLU, s. 79; EREN, s. 165 vd.

²² “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 8 ve 9'da hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin tanımları yapılmıştır”.

²³ EREN, s. 166; DEMİRBOĞA, s. 60.

²⁴ DEMİRBOĞA, s.61; PINAR, s.63 vd.; ÖZCAN, s.54

²⁵ ÖZ, s. 18.

Kamu ihalesi aşamasında isteklilerin sunmuş oldukları bu tekliflere hukuki niteliği itibariyle öneri denilmektedir.²⁶ Doktrinde ise, idarenin bir ihaleyi açtığını duyurmasına icaba davet, isteklilerin açılan ihaleye teklif sunmasına öneri ve ihalenin bu tekliflerden en uygun olanının üzerinde kalması ise kabul olarak değerlendirilmektedir.²⁷

Kamu İhale Sözleşmelerinin kurulması sürecindeki bazı işlemleri borçlar hukuku açısından değerlendirdiğimizde; ihale açıldığının duyurulmasına icaba davet, duyuru üzerine isteklilerin teklifleri sunmalarına öneri, idarenin üzerinde kalan istekliyle sözleşme yapılacağını gösteren kararı vermesi (idari işlem) ve bu kararı ihaleyi üzerinde bıraktığı istekliye bildirerek, onu sözleşme imzalamaya davet etmesi ve tarafların karşı karşıya bulunduğu bir ortamda ihale sözleşmesini imzalamalarına ise kabul olarak nitelendirilmektedir.²⁸

TBK’nda önerenin önerisiyle bağlı olduğu kuralı kabul edilmiş ve bağlanma süresi konusunda süreli ve süresiz olmak üzere ikili ayrıma yer verilmiştir.

Süreli öneride; önerenin bağlılık süresini tayin ettiği öneride öneren sürenin sonuna kadar öneriyle bağlı olup önerenin belirlediği süre geçtikten sonra öneriyi kabul ettiğini bildirmesi sözleşmenin kurulmasını sağlamaz, ancak bu kabul haberi yeni bir öneri olarak da değerlendirilebilir. Nitekim, TBK 3/2 fıkrasında “...*kabul bu süre içinde kendisine ulaşmazsa; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur...*” hükmüne yer verilmiştir. Süreli öneride öneren belirlediği süre sonuna kadar önerisiyle bağlı

²⁶ KILIÇOĞLU, s. 82 vd. “Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla oluşan bir borç kaynağı olduğuna göre, iki iradeye ve bunların açıklanmasına ihtiyaç vardır. TBK’ımız açıklanan bu iradelerden birine öneri(icap) (Offerte Angebot), diğerine ise kabul (Annahme) adını vermektedir (TBK. md. 3 -11). Öneri (İcap) adını verdiğimiz iradeyi açıklayan kişiye öneren (İcapçı), kabul adını verdiğimiz iradeyi açıklayan kişiye ise kabulcü denilmektedir”; EREN, s. 258 vd. “Öneri, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli açıklamalardan zaman itibariyle birincisini oluşturur. Kabul, sözleşmenin kurulması yönünden zaman itibariyle ikinci irade beyanını oluşturur”.

²⁷ UZ, s. 11; BUZ, s. 226.

²⁸ BUZ, s. 225-227.

olup şayet kabul süresinde ulaşmadığı takdirde öneriyle olan bağlılıktan kurtulmuş olur.

Süresiz öneride ise, TBK 4/1 fıkrasında “...*kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur...*” hükme yer almaktadır. Süresiz öneride hazırlar arasında yapılan sözleşme görüşmelerinde öneride bağlılık süresi oldukça kısa olup, diğer taraf bunu hemen kabul etmezse öneren önerisiyle olan bağlılığından kurtulur. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşme görüşmelerinde TBK 5/1 fıkrasında “...*zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar...*” hükmüyle hazır olmayanlar arasında yapılan bir öneride zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar geçen süreyle öneren bağlı olmuş olur.

Öneri ve kabule ilişkin madde hükümlerinden anlaşılacağı üzere süreli öneride; önerenin bir süre tayin etmesinin gerektiği, önerenin sürenin sonuna kadar önerisiyle bağlı olduğu, önerenin belirlediği süre geçtikten sonra kabul haberi gelirse sözleşmenin kurulmasını sağlamayacağı, ancak yeni bir öneri olarak değerlendirilebileceği, süresiz öneride ise hazırlar arasında yapılan görüşmelerde önerenin önerisiyle bağlılık süresinin oldukça kısa olduğu, hazır olmayanlar arasında yapılan görüşmelerde bağlılık ölçüsünün zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar geçen zaman parçasının esas alınmasının gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kabulün ise öneriyi değiştirmeyen ve onunla uyum içinde bulunulan irade açıklaması olduğu ve kabulün açık veya örtülü olabileceği, hazırlar arasında yapılan sözleşme görüşmelerinde, kabul edenini kabul haberini açıkladığı anda sözleşmenin kurulacağını, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme görüşmelerinde kabul haberinin gönderildiği andan itibaren sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur.²⁹

²⁹ KILIÇOĞLU, s. 93-95; EREN, s. 107-108.

“Hazırlar arasında yapılan görüşmede muhatabın, öneri sahibine önerisini kabul ettim demesi veya onay vermesiyle, hazır olmayan arasındaki kabulde ise, kabul beyanının önerenin hâkimiyet alanına ulaşmasıyla veya vardığı anda, sözleşme kurulmuş olmaktadır” (TBK m. 6-11).³⁰ Bu açıklamalardan sonra inceleme konumuz kamu ihale mevzuatında yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeler olması nedeniyle, idareler tarafından yapılacak olan ihalelerde isteklilerle idareler arasındaki önerilerin bağlayıcılık süreleri yönünden ele alınacaktır.

TBK m. 1 ve 2’de “ *tarafların sözleşmenin kurulduğu anda esas noktalarında karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalarda üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılacak ve ikincil noktalarda uyuşmazlık çıksa dahi uyuşmazlığı işin özelliğine göre karara bağlanması hâkime bırakılmıştır.*” Taraflar arasında kamu ihale sözleşmesi kurulmadan önce tarafların karşılıklı olarak yapması gereken birtakım işlemler vardır. Öncelikle idare ihtiyacını karşılamak üzere ihale açması ve duyuru yapması gerekir. Hukuki niteliği itibariyle bu duyuruya “icaba davet” denilmektedir.³¹ Bu icaba davetle idare ilgilenen istekliye kendisine teklifte bulunmaya davet etmektedir. Ancak, idarenin ihaleyle ilgili yapmış olduğu icaba davetle özel hukuka tabi şahıslar arasında yapılan arasında farklılık bulunmaktadır. İdarece icaba davet unsurunu ayrıntılı olarak düzenlenmekte ve şekle bağlanmaktadır. İdare haklı bir sebep olmaksızın bu icaba davetinden döndüğü takdirde ihale süreci sona ererse istekliler en azından culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak tazminat talep edebilirler.³² Çünkü, istekliler idarenin davetine karşılık bir takım hazırlık içerisine girmekte ve masraflar yapmış olsalar dahi uygulamada isteklilerden pek culpa in contrahendo sorumluluğuna gidene rastlanılmamıştır.

³⁰ ERDOĞAN, s. 65-67; EREN, s. 277.

³¹ BUZ, s.156 vd.

³² DEMİRCİOĞLU, s.45; DEMİRBOĞA, s. 61; BUZ, s. 156 vd.

İhaleye katılan isteklilerin bu teklifi³³ sunmaları hukuki niteliği itibariyle öneri niteliği taşımaktadır. Açık ihale usulünde³⁴ idarenin icaba davet teklifine karşı istekliler önerilerini doğrudan doğruya idareye sunabilirler. Belli istekliler³⁵ arasında yapılan ihalelerde istekliler önce ön yeterlilik değerlendirmesine tabi tutulurlar ve ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunmaları halinde önerileri kabul edilerek ihaleye davet edilebilirler.³⁶ TBK m. 3 vd. maddelerinde “*yazılı hükümlerde görüldüğü üzere yapılan öneri bağlayıcıdır*”. Nitekim; KİK m. 24/1-m’de “*tekliflerin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinin gerektiği*”, anılan kanunun 32. maddesinde ise “*tekliflerin geçerlilik süresinin ihale dokümanında belirtilmesinin gerektiği*” hükme bağlanmıştır. Anılan maddede tekliflerin bağlayıcılık süresinin tek yanlı olarak değiştirilemeyeceği de açıkça düzenlenmiştir. İhaleyi açan kurumda tek yanlı olarak tekliflerin bağlayıcılık süresini uzatamaz, ancak isteklilerden birinin veya birkaçının idareye veya kik’na³⁷ itiraz etmeleri halinde, KİK m. 54 gereği “*sürenin kendiliğinden durduğu*” veya KİK m. 56/3 uyarınca “*idare tek yanlı olarak ihale sürecinin durduğunu gerekçe göstererek de tekliflerin bağlayıcılık süresini uzatamaz ve bunun içinde teklif sahibinin onayını olması*” gerekmektedir.³⁸

İhale kararı; ihaleyi açan kurumun teklifleri değerlendirerek ihale kriteri uygun seçim yaptığını gösteren bir işlemidir. İhaleyi açan kurum kiminle ve hangi içerikte bir sözleşme yapılabileceğine ihale kararıyla belirler. KİK 40/2 fıkrasında, “*ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılacağını, aynı hükmün dördüncü fıkrasında ihale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunacağı ve kararda tarafların adı ve unvanları, teklif bedeli, hangi istekli ve üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı ve ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir, altıncı*

³³ BİLİR, s.23; “*KİK. md. 4’te Teklif; Bu kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirilmeye esas belge ve/veya bilgileri*”.

³⁴ “*KİK. md.4’te Açık İhale Usulü: Bütün isteklilerin teklif verebildiği usulü*”.

³⁵ “*KİK. md.4’te Belli İstekliler Arasında İhale Usulü: Ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü*”.

³⁶ BUZ, s. 219.

³⁷ “*KİK. md. 4’te Kurum: Kamu İhale Kurumu*”.

³⁸ BUZ, s. 220; BİLİR, s. 23.

fıkrasında ise ihale yetkilisi karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini belirtmek suretiyle” iptal eder.³⁹

Kabul beyanı; ihaleyi açan kurum kamu ihale sözleşmesinin kurulabilmesi için ihale kararına müteakip kabul beyanında bulunması gerekir. KİK m. 41’de, *“ihale yetkilisi tarafından ihale sonucu onaylandıktan sonra onayı izleyen en geç üç gün içerisinde, ihale üzerinde bırakılanla ihaleye teklif veren diğer isteklilere ihale sonucu gerekçeleriyle birlikte bildirim yapılacağı”* düzenlemiştir. Aynı Kanununun 42. maddesinde 41. maddede *“belirtilen süreler geçtiği ve gerekli kontrollerin tamamlandığını izleyen üç gün içerisinde ihale üzerinde bırakılan istekliye tebliğ tarihinden itibaren on gün içerisinde teminat vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir”*. İdarenin de kabul iradesini yazılı sözleşmeyi imzalamak üzere beyan etmesi ve idarenin her türlü işlemleri açık ve yazılı olması gerektiğinden TBK m. 6’da söz konusu olan örtülü kabulün uygulanması imkânı kalmamıştır.⁴⁰

İhalelerin sözleşmeye bağlanması için sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisiyle yüklenici arasında imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim⁴¹ olması halinde bütün ortaklar tarafından imzalanır. *“İhale dokümanında belirtilmedikçe sözleşmelerin notere onaylattırılması söz konusu değildir”* (KİK m. 46). Kamu ihale kapsamında yer alan idarelerin yapım işleriyle mal ve hizmet alımlarının sonuçlarının, 42. maddeye göre *“gönderilenler hariç, en geç on beş gün içinde kik’na bildirileceği, bu sonuçlardan kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olanların ise kik tarafından Kamu İhale Bülteni’nde yayımlanacağı”* düzenlenmiştir.⁴² Bu yayımlanma kurucu değil, bildirici nitelik taşır.⁴³

³⁹ BİLİR, s. 24.

⁴⁰ BUZ, s. 227; BİLİR, s. 25.

⁴¹ *“Ortak girim, kamu ihale sözleşmesinin tarafları arasındaki açıklamalar esnasında açıklanacaktır”*.

⁴² DOĞANYİĞİT, s. 1002.

⁴³ BİLİR, s. 25; DEMİRBOĞA, s. 60.

1.3.2. Kamu ihale sözleşmelerinde şekil

Hukukumuzda taraflar sözleşmelerini diledikleri gibi yapabilirler. Ancak, bu özgürlüğünde bir kanundan ve aradaki anlaşmadan kaynaklanan istisnaları bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda taraflar kanunda veya öngörülen şekilde sözleşmelerini yapmadıkları takdirde kurulan sözleşmeler geçersizdir.⁴⁴

TBK 26. maddesinde “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” düzenlemesine, TBK 27/1 fıkrasında “*...Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...*” olduğunu ve TBK 12/1 fıkrasında ise “*...kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir...*” düzenlemesine yer verilmiştir. Sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksine bir hüküm olmadıkça, hiçbir şekle bağlı olmadığı halde, kanunun öngördüğü şekilde yapılması gereken sözleşmeler, öngörülen şekle uygun olarak yapılmadığı takdirde kurulan bu sözleşmeler sonuç doğurmaz, çünkü kural olarak geçerlilik şekline uygun olarak yapılmamıştır.⁴⁵ Keza; taraflar kanunen şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi aralarında belirli şekilde yapılmasını kararlaştırdıkları takdirde, bu belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmeler de tarafları bağlamaz. TBK 17/2 fıkrasında ise “*...herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır...*” hükmü uyarınca sözleşmenin yazılı şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşme kararlaştırılan bu şekle uygun olarak yapılmadıkça da tarafları bağlamaz.⁴⁶ Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200’da uyarınca,

⁴⁴ OĞUZMAN, s. 24 vd.; KILIÇOĞLU, s. 114; EREN, s. 316 vd.

⁴⁵ “Y. 3. HD. 21.2.2017 tarih ve E. 2016/13540, K. 2017/1715 sayılı kararında Hukukumuzda egemen olan ilke, şekil serbestisi (818 Sayılı BK m. 11/I; 6098 Sayılı TBK m. 12) ise de, BK’nın “Akdin Şekli” başlıklı 163.maddesi (6098 Sayılı TBK m. 184) “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmaz. Bir alacağın temlikini va’detmek, hususi şekle tabi değildir.” hükmü gereğince Kanunumuz alacağın temlikinin «yazılı» şekilde yapılmasını öngörmektedir. Bu itibardır ki, bir muteberlik şekli olarak yazılı şekle uyulmadıkça alacağın temlikinin hiçbir hükmü yoktur.”.

⁴⁶ “Y. 15. HD. 28.05.2018 tarih ve E. 2016/6416, K. 2018/2179 sayılı kararda Eser sözleşmesi kural olarak tarafların karşılıklı ve uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Ancak sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK’nun 17. Maddesinde, kanunla şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşmenin tarafları bağlamayacağı kuralı getirilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun TBK’da yazılı düzenlemeye aykırı olmayan, halen geçerli ve bağlayıcı olduğu kabul

belli meblağı aşan sözleşmelerden doğan alacağın yazılı şekilde ispatlanması gerekmektedir.⁴⁷ Aksi halde karşı taraf onay vermediği takdirde belli meblağı aşan sözleşmelerden de karşı tarafı bağlamaz ve ödemek zorunda da değildir.

Görülüyor ki, “hukukumuzda prensip olarak akit serbestisi kabul edilmiş olmakla birlikte taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında kanuna, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında her konuda serbestçe sözleşme yapabilirler” (TBK m. 26-27).⁴⁸ Bu durumda, taraflar aralarındaki bir sözleşmeyi kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmamak üzere serbestçe düzenlenebilirler. Kanun koyucu bazı hallerde de öneriyle kabulün ya da her iki taraf irade beyanlarının belirli vasıtalarla açıklanmasını düzenleyebilir. Bu gibi hallerde irade beyanının açıklanması 5070 sayılı EİK’na uygun olarak sanal bir

edilen 12.4.1933 gün, 31/7 sayılı kararına göre, senetle ispatı gerekmeyişi halde senede bağlanmış alacağı karşı ileri sürülen teslimat iddiası, tanıkla ispatlanamayacağından, yazılı şekle tabi olmadığı halde yazılı şekilde yapılan bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı şekle şartına tabi olmalıdır. Davacı tarafça, göstermelik olduğu ileri sürülen noterce imza onaylı sözleşmeden sonra tarafların gerçek iradelerine yansıtan sözleşme ilişkisi kurulduğu ileri sürülmekle birlikte sunulan sözleşmede davalı imzası bulunmadığından 27.12.2014 tarihinde imzası noterlikçe onaylanan yazılı sözleşmenin aksi ve değiştirildiği yazılı sözleşme ile kanıtlanamamıştır”.

⁴⁷ KAPLAN, s. 50; BİLİR, s. 26; “Y. 15. HD. 12.03.2018 T. ve E. 2016/6073, K. 2018/867 sayılı kararda Dava; eser sözleşmesinden kaynaklanan eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davacının yanlar arasında kurulduğunu ileri sürdüğü akdî ilişki, BK'nın 355. maddesi hükmü gereğince, bir “Eser” sözleşmesi niteliğindedir. Kural olarak ve HMK'nın 200 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca yanlar arasındaki akdî ilişkinin kurulmuş olduğunu davacı yasal ve yazılı delillerle kanıtlamakla ödevlidir. HMK'nın 201. maddesi hükmü uyarınca karşı tarafın açık onayı bulunmadıkça ve aynı Kanun'un 202. maddesi gereğince “yazılı delil başlangıcı” niteliğinde bir belgeye dayanılmış olmadıkça akdî ilişkinin kurulmuş olduğunu tanık delili ile kanıtlayamaz”.

⁴⁸ “Y. 13. HD. 12.03.2018 T. ve E. 2015/27857, K. 2018/2858 sayılı kararında Hukuk sistemimizde akit serbestisi prensibi kabul edilmiştir. Taraflar kanuna, ahlak ve adaba, kamu intizamına, şahsiyet haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında her konuda serbestçe sözleşme yapabilirler. (TBK-26-27 md.) Somut olayda da davacı davaya konu sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamıştır. Hal böyle olunca, taraflar arasındaki sözleşme ve anılan madde hükmü geçerli ve bağlayıcı olup, haksız şart niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.”; “YHG.04.7.2019 Tarih ve E.2019/11-25, K.2019/874 sayılı Kararında Somut olaya uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 19/1. (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı) maddesinde bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirlenebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu temel kuralın istisnası ise 818 Sayılı BK'nın 19/2. (6098 Sayılı TBK'nın 27/1'inci) maddesinde; ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmek suretiyle açıklanmıştır”.

ortamda oluşturulabileceği gibi, EKAP üzerinden yapılan ihalelerde de iradenin açıklanması internet ortamında yapılabilmektedir.⁴⁹

Bu açıklamalardan sonra KİS'nin kurulmasına döndüğümüzde, kanun koyucu KİK ve KİS'ni tabi sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasını öngörmüştür. Nitekim; KİSK m. 5 ve 7'de yazılı şekil şartı öngörülmüş ve KİK m. 46 kamu ihale sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının gerektiğini, ancak noter tescili veya tasdikinin sözleşmenin geçerliliği bakımından zorunlu olmadığı ifade edilmiştir.⁵⁰

Nitekim; KİK m. 4'teki "*sözleşme tanımında mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinde idareyle yüklenici arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlandığından, aksi ihale dokümanında belirtilmedikçe, sözleşmelerin yazılı olarak yapılması yeterli olup noter onayına*" gerek bulunmamaktadır.⁵¹ Şayet; ihale dokümanına (idari şartnameye), sözleşmenin noterce onaylanacağı şartı konulmuş ise bu şart geçerlilik şartıdır.⁵² Bu nedenle, ihale dokümanında noterce onaylanıp tescil edileceğine dair açık bir hüküm olmadığı sürece idareyle yüklenici arasında yapılan sözleşmelerin yazılı olması yeterlidir. Kaldı ki, KİK m. 42'te "*sözleşmenin yazılı anlaşma olduğu hükmüne*" yer verilmiştir. KİK m. 46'da geçen "*...Eğer; yüklenici ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır...*" hükmü uyarınca yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortak girişimin bütün ortaklarının sözleşmeyi imzalama zorunlulukları bulunmaktadır.

⁴⁹ DEMİRBOĞA, s. 74; "05 Aralık 2008 tarihli ve 27075 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır (5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun "Elektronik Kamu Alımları Platformu" Başlıklı EK MADDE 1 - Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; bu Kanunun 13 üncü maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, ilan, ihale dokümanının hazırlanması ve verilmesi, katılım ve yeterliğe ilişkin belgelerin sunulması, tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ve sözleşmenin imzalanması gibi ihale süreciyle ilgili aşamalar ile her türlü bildirimler kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden gerçekleştirilebilir".

⁵⁰ DEMİRBOĞA, s. 75; ÖZCAN, s. 54.

⁵¹ BİLİR, s. 26, dipnot 87 "..."KİK. m. 46, 4964 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, belirli parasal değerler üzerindeki ihalelerde sözleşmenin noterce onaylanması ve tescilini zorunlu kılmaktaydı ...".

⁵² KILIÇOĞLU, s. 146 vd. Geçerlilik şekline ilişkin açıklamalar için bkz. PINAR, s. 73.

KİK'un 4. maddesinde geçen sözleşme tanımında “...mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ve yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı...” demek suretiyle, KİK'nin yazılı yapılması zorunlu olduğu açıkça ortadadır. Yazılı şekil şartı KİSK'nun “Tip Sözleşmeler” Başlıklı 5. maddesinde “...bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliği üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır...” hükmü uyarınca, idarelerce düzenlenecek olan sözleşmelerde tip sözleşmelerin esas alınacağı, hizmet ve mal alımı sözleşmelerinde kurumun uygun görmesi kaydıyla isteklilerinde hazırladıkları mutad sözleşmelerin kullanabileceği, sözleşmelerde yer alması Zorunlu Unsurlar Başlıklı 7. maddesinde ise “kamu ihale sözleşmesine göre düzenlenecek sözleşmelerde yer alması gereken zorunlu unsurlarda” bir bir sayılmıştır. Ayrıca, kamu ihale sözleşmesi her iki tarafında hazır bulunduğu bir ortamda ihale yetkilisinin kabul beyanını yazılı olarak imzaladığı anda sözleşme kurulmuş olacaktır.⁵³ Bu nedenle, kamu ihale sözleşmesinin kuruluşu geçerlilik veya ispat şekli mi olduğu konusunda kamu ihale mevzuatında geçen hükümler yönünden tartışılmasının pratik bir değeri taşımamaktadır.

Kamu ihale usulü yapılan sözleşmelerin uygulanmasında birlik ve beraberliğin sağlanması amacıyla da Tip Sözleşmelerin⁵⁴ hazırlanacağı ve idarelerin yapacak olduğu sözleşmelerde bu tip sözleşmelerin esas alınacağı öngörülmüş, KİSK m. 5'te de, “bu kanunun uygulanmasında uygulama birliği sağlamak amacıyla mal veya hizmet alımlarıyla yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanacağı, değişik ikinci fıkrasında ise idarelerce yapılacak sözleşmelerde de Tip Sözleşme hükümlerinin esas alınmak suretiyle düzenleneceği, mal veya hizmet alımlarında, Kurumun⁵⁵ uygun görüşü alınmak suretiyle istekliler tarafından hazırlanması mutad olan sözleşmelerinde kullanılabilceğini” düzenlemesine yer verilmiştir. KİSK'nun “Sözleşme Türleri” Başlıklı 6. maddesinde “açıklanan sözleşme türlerine göre uygulanacak Tip Sözleşmeler ve yapılan değişiklikler kik'nca

⁵³ BİLİR, s. 27; KAPLAN, s. 50; BUZ, s. 229; ÖZCAN, s. 54.

⁵⁴ “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Geçici Madde 1'de, Bu kanunun uygulamasına yönelik olarak tip sözleşmelerin çıkarılacağı, ilgili kamu kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak kamu ihale kurumu tarafından kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanıp Resmi Gazetede yayımlanacağı hükmüne yer verilmiştir”.

⁵⁵ CAN, s. 127.

hazırlanmış ve resmî gazetede yayımlanmıştır". Sözleşmede yer alması gerekli zorunlu unsurlarda KİSK m. 7'de yer almıştır.⁵⁶ *"Bu tip sözleşmelerinin yanında idarenin takdirine bırakılacak hususlarda işin gereklerine göre idareler sözleşme düzenleyebileceklerdir"*. Bir başka deyişle, Tip Sözleşmeler idarenin ihtiyaçları doğrultusunda değiştirilebilen ve unsurları kik tarafından hazırlanan sözleşmelerdir.

Tüm bu açıklamalar idarenin KİSK'na göre yapacağı sözleşmelerin yazılı olmasının gerektiğini, eğer idari şartnameye sözleşmenin noter onaylı olacağı şartı konulmuş ise bu şartın geçerlilik şartı olduğu, uyulmadığı takdirde sözleşmenin geçersiz olacağını, şekle uygun olmayan sözleşmenin de kurulmamış olduğunu, kurulmamış olan bir sözleşmenin de geçerliliği ve geçersizliği söz konusu edilemeyecektir.⁵⁷

KİS sadece taraflar arasında imzalanan sözleşmeden ibaret olmayıp kamu ihale sözleşmesini oluşturan belgeler Tip Sözleşmelerin 8. maddesinde işin türüne göre belirlenmektedir. Örneğin; Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme m. 8'de ihale dokümanını oluşturan belgeler sırasıyla sayılmıştır;

- “1-Yapım İşleri Genel Şartnamesi,
- 2- İdari Şartname,
- 3- Sözleşme Tasarısı,
- 4-Uygulama Projesi,
- 5- Mahal Listesi,
- 6- Özel Teknik Şartname,
- 7- Genel Teknik Şartname,
- 8- Açıklamalar (varsa),
- 9- Diğer Ekler.”

İhale Dokümanı olarak adlandırılan bu belgeler sözleşmeyle birlikte ve sözleşmenin eki niteliğinde ayrılmaz bir parçası olup, imzalanan sözleşme hükümleriyle ihale dokümanı oluşturan belgelerde geçen hükümler arasında çelişki veya farklılıkların bulunması halinde, ihale dokümanında öncelik sırasına göre yer

⁵⁶ BİLİR, s. 27; BUZ, s. 229; ÖZCAN, s. 54.

⁵⁷ AYDEMİR, s. 157 vd.; KILIÇOĞLU, s. 205.

alan hükümler esas alınarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilecektir.⁵⁸ Yargılama esnasında uyuşmazlıkların çözümünde ihale dokümanındaki geçen belgelerin uygulanmasında öncelik sırasına dikkat edilmektedir.

1.4. Kamu İhale Sözleşmesinin Tarafları

İdare olarak, KİK ve alt mevzuatı kapsamında mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerine ilişkin sözleşmeleri yapacak olan kamu kurum ve kuruluşları KİK m. 2’de sayılmıştır. Ayrıca istisna kapsamında yapılan ihaleler ise KİK m. 3’te sayılmıştır.⁵⁹

İhale süreci tamamlandıktan sonra üzerine ihale edilen istekli İdare’yle sözleşmeyi imzalamasıyla birlikte yüklenici durumuna girer. KİK kapsamında imzalanan sözleşmenin tarafları olan idareyle yüklenici kavramlarına ilişkin aşağıda açıklanmıştır.

1.4.1. İdare

Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için idare yasal mevzuat kapsamında bireylerle iş birliği yapar.⁶⁰ İdare bu işlemleri yaparken kamu kurumu olsa da özel hukuk kişileri gibidir. Nitekim, KİK m. 4’te “*Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu da göstermektedir ki, idareler kamu yararını gerçekleştirebilmek için tıpkı özel hukuk kişileri gibi piyasadandan ve piyasa fiyatlarıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan mal alımları yapar, hizmet satın alır ve yapım işlerini yürütebilmek için ihaleler düzenler. İdarenin

⁵⁸ “Y. HGK. 02.11.2016 T. ve E. 2015/15-3534, K. 2016/1001 sayılı kararında ...Taraflar arasında düzenlenen 10.11.2011 tarihli sözleşmeyle 1 adet 1950 m2 betonarme laboratuvar binasının, yüklenici tarafından teklif edilen 2.246.000,00 TL toplam götürü bedelle yapımı kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 8. maddesinde ekleri gösterilmiş, Yapım İşleri Genel Şartnamesi, İdari Şartname, Sözleşme Tasarısı, Uygulama Projeleri Mahal Listesi, Özel Teknik Şartname, Genel Teknik Şartname, Açıklamalar (varsa), Diğer ekler biçiminde sıralanmıştır. 8.1. madde hükmünde, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanı oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki veya farklılık olması halinde, ihale dokümanının da yer alan hükümlerin esas alınacağı belirtilmiştir ...”.

⁵⁹ KARACA, s. 47-48.

⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK, s. 1.

bu süreçte kamudan kaynaklanan gücünü kullanamadığı söylenirse de idare hem kamu ihale aşamasında hem de KİS'nin yürütülmesi sırasında tek taraflı olarak yetkilerini kullanmasına da engel bir durum olmadığı da söylenebilir.⁶¹ KİK'nun "Temel İlkeler" Başlıklı 5. maddesi uyarınca "*eşit muameleyi, saydamlığı vb. hususlarda sağlamakla sorumlu olması nedeniyle, Kanıma göre de idare bu yetkiyi özel hukuk kişisi gibi kullanması gerektiği*" kanaatindeyim.⁶²

İdareler bazen özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eden kamu kuruluşu olabileceği gibi (Örneğin; Sümerbank tipindeki kuruluşlar), bazen de tamamen kamu hizmeti gören bir devlet kurumuda olabilir (Örneğin; DSİ veya KGM gibi).

İdare olarak kamunun denetimi altında, kâr amacı gütmeyen kamu hukukuna tabi ve kamu kaynağını kullanan kamu kurum veya kuruluşları da olabilir. Bu kapsamda olan kuruluşlar "*KİK m.2'nin (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılmış ve son fıkrada ise (Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/176. madde) kapsam dışı olan şirket kuruluş, işletme ve sektörlerle de*" yer verilmiştir.⁶³

İdare istisna akdinin tarafı olarak yüklenicilerle imzaladıkları sözleşmelerin ifasında veya gecikmesi hallerinde KİSK'yla alt mevzuat kapsamında ve hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri uygulanır.

1.4.2. Yüklenici

KİK'nun 4. maddesinde yüklenici tanımlanırken üzerine ihale yapılan ve kendisiyle sözleşme imzalanan istekli olarak tanımlanmıştır. Anılan maddenin içeriğindeki "*istekliyi; mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapımın müteahhidi olarak da*" tanımlanmıştır. Keza; aynı maddede "*tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi gibi tanımlarına da*" yer verilmiştir.

⁶¹ DEMİRBOĞA, s. 42; UZ, s. 24.

⁶² DEMİRBOĞA, s. 41-42.

⁶³ DAYINLARLI, s. 331-332.

İdarenin ihale yoluyla sözleşme imzaladığı yükleniciler gerçek veya tüzel kişiler olabilecekleri gibi, ortak girişim⁶⁴ de olabilir. “Birden fazla gerçek veya tüzel kişilerin ihaleye katılmak üzere aralarında anlaşma yapmak suretiyle oluşturdukları birlikteliğe iş ortaklığı veya konsorsiyum” denir. Bu birliktelikte “işin tamamını yapmak aralarında anlaşmışlar ise iş ortaklığı, işi kendi uzmanlık alanlarına göre yapmak üzere anlaşmalarına da konsorsiyum” denilmektedir.⁶⁵ Ayrıca; “Alt Yükleniciler ise ihale dokümanında yer almak şartıyla yüklenicilerin aldıkları işlerde işin yürütülmesi sırasında bazı işlerin yürütülmesi için alt yükleniciye ihtiyaç olabilir, ancak alt yüklenici ihale dokümanında belirtilmek suretiyle, sözleşme imzalanmadan önce de alt yüklenicilerin listeleri idarenin onayına sunar ve bazı işlerde alt yükleniciye devredilebilir”. “Üzerine ihaleyi alan yüklenici işi alt yükleniciye bırakmış olsa dahi alt yüklenicinin yapmış olduğu işlerden yine de sorumluluğu devam etmektedir”.⁶⁶ Keza; KİSK m. 30’da yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu da düzenlenmiştir. “İkincil mevzuatta veya taraflar arasındaki imzalanan sözleşmede idarenin üçüncü şahıs veya alt yüklenici lehine düzenlemenin bulunması halinde, her ne kadar alt yüklenici işi yükleniciden almış olsa dahi, alt yüklenicini doğrudan idareye başvurabileceğini” düşünüyoruz.⁶⁷

1.4.3. Alt yüklenici

KİSK kapsamında imzalanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak esasları belirlemek amacıyla YİĞŞ düzenlemiştir. Anılan şartnamenin “Sözleşmenin Devri” Başlıklı 46. maddesinde “müteahhidin üstlenmiş olduğu işi tümüyle kısımlar halinde başkasına devredemeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

⁶⁴ CAN, s.125, “Ortak Girişim; İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları”; BİLİR, s. 30; ÖZCAN, s. 57.

⁶⁵ CAN, s. 139.

⁶⁶ CAN, s. 140.

⁶⁷ YALÇINDURAN, s. 217.

Devredebilmesi gerektiğinde de birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derecede ita amirinin yazılı izninin alınmasının" gerekir.⁶⁸

Günümüzdeki inşaat işlerinde pek çok uzmanlık bir arada bulunmaktadır. Bu nedenle edimin ifası için alanında uzmanlaşmış gerçek veya tüzel kişiler tarafından borçlanılan edimin yerine getirilmesi gerekebilmektedir. Bu durumda yüklenici işin bir kısmının yapımının uzmanlaşmış kişilerle yapılmasının gerektiği hallerde yüklenicinin bu uzmanlaşmış kişilerle ayrı olarak sözleşmeler imzaladığı kişilere alt yüklenici denilmektedir. Nitekim, yüklenicinin üstlenmiş işi bizzat veya kendi yönetimi altında üçüncü kişi eliyle yerine getirme borcuna ilişkin TBK 471/3 fıkrasındaki düzenlemesi emredici olmadığından, taraflar bu hükmün aksini sözleşmelerine hükümler koyabilirler. Sözleşmede böyle bir anlaşmanın olmaması ve yüklenicinin kişisel yeteneklerinin inşaatın yapımında önemli olması halinde, İdarenin sonradan bir başkasına yaptırılmasına icazet vermesi halinde yüklenici işi ancak bir başkasına yaptırabilir.⁶⁹ Alt yüklenici *“kural olarak asıl yükleniciden bağımsız olarak çalışan ifa yardımcısı olsa da eserin yapımına ilişkin her türlü ayıp ve eksikliklerde asıl yüklenicinin idareye karşı sorumluluğu”* devam eder.

1.4.4. Ortak girişim

Ortak girişimin tanımı KİK 4. maddesinde *“(Değişik:30/2003-4964/3 md.) ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları”* olarak yapılmıştır. İki veya daha fazla yüklenici uzmanlıklarını ve imkânlarını birleştirmek suretiyle her bir ortak belirttikleri sorumlulukları oranında taahhütlerini yerine getirirler. Şayet, yüklenici ortaklar, inşaatı elbirliği şeklinde yapmayı taahhüt ettikleri takdirde ortak girişim şeklinde kurulmuş bir ortaklığın olduğu kabul edilir. *“Kamu ihale mevzuatı yönünden iş ortaklığıyla konsorsiyum arasındaki fark iş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebildiği halde, konsorsiyumlar idarenin ihale dokümanında buna ilişkin düzenlemelerin bulunması halinde ihaleye teklif verebilir”* (KİK m. 24/n). Ayrıca, *“iş*

⁶⁸ KOCAAĞA, s. 76; BİLİR, s. 33.

⁶⁹ ÖZCAN, s. 61.

ortaklığı ve konsorsiyumların idareye karşı sorumlulukları müştereken ve müteselsildir”⁷⁰

1.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Tarafların Yükümlülükleri

1.5.1. Genel olarak

İki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde hem İdarenin hem de yüklenicinin ayrı ayrı yükümlülükleri bulunmakla birlikte İdarenin ayrıca külfet niteliğinde yapmasının gerektiği işlerde bulunmaktadır.

Genel olarak İdarenin bedel ödeme, iş birliği yapma, gerekli idari izinleri alma, malzeme ve araç sağlama, işin ifa edileceği yeri emin teslim etme, sır saklama ve rekabet etmeme gibi ödevlerini kapsayan külfetleri var iken, yüklenicinin de yüklendiği işi zamanında başlayarak, özenle yapma, sadakat içerisinde devam etme ve eseri teslim gibi yükümlükleri bulunmaktadır.

İdarenin külfet niteliğinde olan hazırlık fiillerini yapma, vekâlet verme, yükleniciyi uyarma ve talimat verme, meydana getirilen işi gözden geçirme, ayıpları bildirme gibi ödevleri bulunmakta olup, idarenin bu ödevlerine yerine getirmemesi halinde sadece idare açısından olumsuz sonuçlara yol açabileceği gibi, oluşabilecek olumsuz sonuçlara da İdarenin katlanması gerekir ve kusurluysa yüklenicinin idareden tazminat talep hakkı da doğar.

Aşağıda tarafların yükümlülükleri hususunda açıklamalar yapılırken, külfet konusuna da tez konumuzu ilgilendirmesi nedeniyle kısaca değinilmiştir.

⁷⁰ ÖZ, s. 118; KAPLAN, s. 47; BİLİR, s. 33; CAN, s. 125.

1.5.2. Yüklenicinin yükümlülükleri

1.5.2.1. Yüklenicinin işini özenle yapısı

Yüklenici sözleşmeyle yükümlendiği işleri yürütürken taraflar arasındaki imzalanan sözleşme ve YİĞŞ’nde geçen yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin maddelere uygun olarak özenle yapma yükümlüğü altındadır. Nitekim, TBK 471/1-f bendinde *“yüklenicinin üstlendiği edimleri özenle ve sadakatle ifa etmek zorunda olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Yüklenicinin bu özen ve sadakat borcu aynı zamanda diğer yan edim borçlarını da”* kapsamaktadır.⁷¹ Bir başka deyişle, Yüklenici üstlenmiş olduğu işleri, projesine, fen ve sanat kuralına uygun olarak, süresinde ve özenle yapma yükümlülüğü altındadır. Aksi halde, *“yüklenici özen yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle, kimi zaman TBK m. 112 uyarınca tazminat ödemesi,⁷² kimi zaman da işin bir başkasına yaptırılması nedeniyle giderleri ödemek zorunda kalır veya TBK m. 125 maddesindeki müeyyidelerle karşılaşma durumu”* söz konusu olabilir.

1.5.2.2. Yüklenicinin sadakat borcu

Yüklenici sözleşmenin yüklenicisi olarak işi sözleşme kapsamında tamamlaması dışında, işi yaparken elde ettiği veya öğrenmiş olduğu sırları, bilgileri kullanmamak, başka kişilerle paylaşmamak ve İdarenin menfaatlerini korumak yükümlülüğü altındadır.⁷³ TBK m. 471/1-f bendinde *“Yüklenicinin sözleşmeyle yüklendiği edimlerini idarenin menfaatlerini de gözetererek sadakatle yapmak zorunda olduğu düzenlemesine yer verilmiş olup, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde İdarenin uğrayacağı bu zararları yüklenici tazmin etmek zorunda kalır. Keza;*

⁷¹ BİLİR, s. 44 vd.; SELİMOĞLU, 2017, s. 103.

⁷² “Y. 15. HD. 26.05.2016 E. ve 1062-3062 K. sayılı ilamında ... Olumlu zarar, kusursuz olan tarafın, sözleşmeden haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusu olan zarardır. Borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça, alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür (TBK'nun 112 - 818 Sayılı BK'nın 96.md.). Bu maddeye göre borçlu, zararı gidermek istemiyorsa, kusursuzluğunu kanıtlamak zorundadır. Oysa alacaklı, sadece zararını ve miktarını kanıtlamakta ve kusur yönünden de lehine olan yasal karineden yararlanmaktadır...”

⁷³ BİLİR, s. 47; ÖZ, s. 121.

bu sadakat yükümlülüğü sadece işin devamı süresince değil, işin sona ermesinden sonra da” devam eder.

1.5.2.3. İşe zamanında başlama ve devam etme borcu

KİK'nun 27/r bendinde “ihale konusu işin başlama ve bitiş tarihi”, KİSK'nun 7/e bendinde “sözleşmenin süresi” gibi zorunlu unsurlara da hususlara yer verilmiştir. Keza; YİĞŞ'nin 29. maddesiyle “*Tip Şartnamelerde Tip Sözleşmelere atıf yapmak suretiyle, Tip Sözleşmelerde de madde başlığı altında akdedilen sözleşmenin süresi esaslı unsur olarak*” yer almıştır.⁷⁴ “*Yüklenici taahhüdünü sözleşmede belirlenen sürede yerine getirmemesi halinde idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen, aynı durumun devam etmesi halinde sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edileceği*” KİSK m. 20/a düzenlenmiştir.

1.5.2.4. Yüklenicinin eseri teslim borcu

KİK'na tabi sözleşmelerde inşa edilen eseri teslim almayla ilgili düzenlemeler ise YİĞŞ'nde geçici ve kesin kabul adı altında düzenlemeler yapılmıştır. Keza, eseri teslim alma konusunda kamu kurum ve kuruluşlarının uygulamada esas aldığı Yapım İşleri Muayene Yönetmeliği düzenlenmiş, KİSK m. 7/1-p “denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar”, anılan Kanununun 11. maddesinde ise “*muayene ve kabul işlemlerinin idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılacağı, yapılan işin yüklenici tarafından idareye teslimi yapılmadıkça da kabul ve muayene işlemlerinin yapılamayacağı*” düzenlenmiştir. Teslim hukuki bir işlem olmayıp, bir hukuki eylem olduğundan tanıkla da kanıtlanabilir eseri usul ve fennine uygun olarak teslim ettiğini yüklenici kanıtlama yükü altındadır.⁷⁵

KİSK kapsamında düzenlenen sözleşmelerde yüklenici taahhüt edilen işi sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamladığında idareye başvuruda bulunma yükümlülüğü altındadır. Söz konusu ifa yükümlülüğünün konusu yapma borcuna

⁷⁴ GÖK, s. 201; BİLİR, s. 48.

⁷⁵ BİLİR, s. 180; SELİMOĞLU, s. 139.

ilişkin olması halinde yüklenici, YİĞŞ m. 41/1’de “...*Taahhüt edilen iş, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlandığında yüklenici idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur...*” düzenlemesi uyarınca idareye başvuruda bulunma yükümlülüğü altındadır. Aksi halde, yüklenici sözleşme şartlarına uygun olarak meydana getirdiği eseri, YİĞŞ m. 41/1 uyarınca “*başvuruda bulunmadığı takdirde geçici ve kesin kabul işleri gerçekleşmeden teslim ve kabul işlemlerini gerçekleştirmeyeceğinden kendisi bu defa borçlunun temerrüdü ve vb. yaptırımlarla*” karşılaşılabılır.

Böylece, “*yüklenici taahhüt edilen işi sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamladığında, geçici kabulün yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunur*” (YİĞŞ m. 41/1). Anılan madde yükleniciye idareye başvuruda bulunma yükümlülüğü borcunu yüklemiş ise de yüklenicinin taahhüt edilen işi teslim veya kabule hazır hale getirmiş olması sorumluluğu sona ermiş olmaz. Yüklenicinin, idareye başvurusu üzerine idare YİĞŞ’nin 41. maddesinde “*belirtilen şekilde gerekli işlemleri incelemeyi yapar ve yapılan işin eksik ve kusurlu kısımlarının bedelleri toplamı sözleşme bedelinin %5(yüzde beşinden)’inden fazla olmaması halinde, kabul komisyonu tespit edilen eksikliklerle ilgili ayrıntılı liste düzenler ve bunların giderilmesi içinde yükleniciye süre verir ve işin idareye teslimine ve kullanılmasına kadar yapılacak işlemler*” açıklar.

Keza; YİĞŞ’nin 44. maddesinde de “kesin kabulün yapılış şekli ve şartları hususunda” düzenleme mevcut olup tez konumuz İdare olarak idarenin usulüne uygun olarak yüklenici tarafından yapılan ifaya yanaşmaması halinde yapılacak işlemlere ilişkin olması nedeniyle; “sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler” olan KİSK m. 19’da “yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi”, KİSK m. 20’de “idarenin sözleşmeyi feshetmesi” ve YİĞŞ’nin 47. maddesinde geçen “sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları” bu çalışmamızda yer verilmeyecek sadece “*idarenin alacaklının ve borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin haklarını korumak için başvurabileceği usul ve işlemler inceleme konusu*” yapılacaktır.

Ayrıca, yapım işlerinin kabulü konusunda varsa sözleşmede özel hükümler de göz önünde bulundurulur. “*Geçici kabul itibar tarihi olarak esas alınacak tarih işin*

geçici kabule elverişli bir halde tamamlandığı tarih olup bunu geçici kabul komisyonu tespit ederek tutanağa geçirir, ancak yüklenici tarafından tamamlanması ve düzeltilmesi gereken eksiklik ve kusurlar teknik bakımından deneme süreleri ve buna benzer geçirilmesi gereken süreler varsa bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi gereken tarihten başlayarak kesin kabule kadar geçmesi gereken süreyi de kabul heyeti belirleyerek tutanağa yazaralar” (YİGŞ m. 41/8).

“İdareyle yüklenici arasında imzalanan aynı sözleşmede kısım kısım ve değişik zamanlarda işin tamamlanacağı öngörülmüş ise, taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli kısımları için idarenin isteği üzerine işin bütünüünün geçici kabulünün yapılmış anlamına gelmemekle birlikte kısmi geçici kabul veya kabul yapılabilir” (YİGŞ m. 41/13).⁷⁶

1.5.2.5. Yüklenicinin ayıplardan sorumluluğu

Eksik iş, sözleşmede kararlaştırıldığı halde yapılmayan işler olarak tarif edilirken, ayıplı ifa, kararlaştırılan iş yapılmış ancak, yapılan işte aranan özelliklerin bulunmaması ve bozukluklar olması şeklinde tanımlanır. Yüklenici de teslim ettiği eserde anılan eksiklik veya ayıpların bulunması halinde gerekli nitelikleri taşımaması nedeniyle eser teslim hazır olmadığı gibi, idare yönünden de alacaklının temerrüdü oluşmaz.⁷⁷ Hatta, eksik iş veya ayıplı ifa edeniyle idarenin zararı oluşması halinde yüklenici TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu doğar.

Yapılan işte önemsiz eksiklikler veya ayıpların bulunması halinde idarenin de teslim almaktan kaçınmaması gerekir. Örneğin; YİGŞ m. 41/4’te “*kabul komisyonunun oluşturulması ve iş yerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedellerinin toplamı sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmaması haline bağlanmıştır*”. Keza; YİGŞ m. 41/12’de ise “*geçici kabulde yapılan incelemede teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını engellemeyen giderilmesi mümkün olmayan fazla harcama gerektiren kusur ve eksiklikler görülecek olursa, yüklenicinin varsa hakediş ve teminatından*

⁷⁶ KARACA, s. 71-73; BİLİR, s. 49-51; SELİMOĞLU, s. 141.

⁷⁷ ÖZAY, s. 179; ÜÇER, s. 108.

uygun görülecek bir bedel kesilmek suretiyle iş idare tarafından kabul edilebilir, düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan maddede geçen koşullara uygun olarak geçici kabulün yapılması” ön görülmüştür.⁷⁸ Yüklenicinin idareye ifa teklifinin sözleşme koşullarına uygun olması gerekir, aksi halde sorumluluğu da söz konusu olabilir.

1.5.3. İdarenin yükümlülükleri

1.5.3.1. Ücret ödeme borcu

TBK m.479/1-f’de *“kural olarak idarenin bedel ödeme borcunun eserin teslimi sırasında muaccel olacağı düzenlemesine”* yer verilmiştir. TBK m. 479/1-f hükmü *“tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olması nedeniyle taraflar bedelin ödenme zamanını serbestçe de”* kararlaştırabilirler.⁷⁹ Bununla birlikte, *“Kamu ihale sözleşmelerde yüklenicinin yapacağı işler karşılığında alacağı ücretin miktarı, türü, süresi, ödeme yeri ve şartları, avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları, sözleşme konusu işler için fiyat farkının ödenip ödenmeyeceği veya ne şekilde ödeneceği taraflar arasında imzalanan sözleşmede yer alması gereken”* zorunlu unsurlardandır (KİSK m. 7/1-e,f,g).

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 kurulmaktadır”*.⁸⁰ Götürü bedelli sözleşmelerde yapılacak işin bedeli önceden kuşkuya yer bırakılmayacak şekilde, açık ve kesin bir şekilde taraflarca kararlaştırılmış olup, yüklenici götürü bedel esasına göre yaptırılacağı kararlaştırılan işlerde, işi kararlaştırılan bedelle yapmak zorundadır. Hatta, götürü bedelli işlerde fazladan emek ve gideri olmuş olsa dahi, yüklenici kararlaştırılan bedelin artırılmasını da talep edemez.⁸¹

⁷⁸ ÖZAY, s. 181; KOÇ, s. 117.

⁷⁹ KAPLAN, s. 166; SELİMOĞLU, s. 206 vd.

⁸⁰ KARACA, s. 84.

⁸¹ SELİMOĞLU, s. 156.

Gerek birim fiyat esasına göre ve gerekse anahtar teslimi götürü bedelli işlerde geçici hakkeğiş raporlarının nasıl hazırlanacağı YİGŞ'nin 39. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. *“Yüklenici idareyle imzalamış olduğu bir işin yapımına ilişkin Sözleme de yazılı şartlara uygun olarak edimlerini yerine getirdiği takdirde, geçici hakkeğiş raporu düzenlenmesine ilişkin olarak İdarene başvurusu üzerine tarafların uyacakları prosedürün ilişkin açıklamanın yerinde olacağı düşüncesiyle hem birim fiyat esaslı, hem de anahtar teslimi götürü bedelle yaptırılan işlerde hakkeğiş raporunu hazırlanışı açıklandıktan sonra İdare veya yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarının değerlendirilmesi”* yapılır.

1.5.3.1.1. Birim fiyatlı sözleşmelerde

Birim fiyatla yaptırılan inşaat işlerinde ve özellikle kamu ihaleleriyle yaptırılan işlerde, “birim fiyat usulü”ne göre bedel belirlenmektedir. Bu usulde yapılacak inşaatla metrekaşe başına yükleniciye verilecek bedel belirlenir. Birim fiyatın içerisinde yüklenicinin malzeme ve işçilik giderleriyle diğer tüm masraflarının yanında kazanç kaybı da vardır. Birim fiyatlı işlerin neler olduğu, bir başka deyişle hangi birimlerin fiilen yapılmış olduğunu ise yüklenici ispat etmek zorundadır. Adına hakkeğiş de denilen birim fiyata göre hesaplanacak yapılmış işler tutarı, yüklenicinin bunları ispat ettiği oranda kendisi tarafından talep edilebilecektir.⁸² Yüklenici birim fiyatlı sözleşmelerde hak ettiği ücretini aksine bir anlaşma olmadığı sürece her ay düzenlenen ve geçici hesaplara dayanan geçici hakkeğiş raporlarıyla tahakkuk ettirilen işlemler sonucunda alacaktır.⁸³

Geçici hakkeğiş raporlarının nasıl hazırlanış şekli YİGŞ'nin 40. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“birim fiyatlı işlerde sözleşme ve eklerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, geçici hakkeğiş raporları yüklenicinin başvurusu üzerine ayda bir defa düzenlenir. Yüklenici başvurmadığı takdirde en çok üç ay içerisinde, idare tek taraflı olarak hakkeğiş düzenler. Yüklenicinin yapmış olduğu işin nasıl hesaplanacağı zaten sözleşmenin eki olan birim cetvellerinde yazılıdır. Düzenlenen hakkeğiş*

⁸² ÖZ, s. 57; KAPLAN, s.175.

⁸³ KARACA, s. 80; SELİMOĞLU, s. 211.

raporunun işleme konulabilmesi için, yüklenici veya işbaşında olan vekili tarafından imzalanmış olması gerekir. Yüklenici veya vekili bildirilen günde hakkedişe esas ölçülerin alınmasında hazır bulunmazlarsa, yapı denetim görevlisi tek başına ölçümlerini yaparak hakkediş raporlarını düzenler ve yüklenicini bu husustaki itirazları kabul edilemez. İşlemlerin devam edebilmesi için müteahhidin geçici hesabı hiç değilse ihtirazi kayıt koyarak imzalaması yararınadır, aksi halde İdare olarak idare yönünden temerrüt oluşmaz". Yüklenici geçici hakkedişlere karşı itirazı olduğunda karşı görüşlerinin nelerden ibaret olduğunu, dayandığı gerekçeleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hakkediş raporunu ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakkediş raporunun "idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtla" cümlesini yazarak imzalaması gerekir. "Yüklenicinin, hakkediş raporunun imzalanmasından sonra idarece tahakkuk işlemi yapılıncaya kadar, yetkililer tarafından hakkediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hakkedişin kendisini ödendiği tarihten itibaren en çok on gün içerisinde varsa düzeltmeye karşı itirazlarını bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakkedişi olduğu gibi kabul etmiş olur. Hakkediş raporu, yüklenici veya vekili tarafından imzalandığı tarihten başlamak üzere en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer sözleşmede bu hususta otuz gün içerisinde tahakkuka bağlanır. Bu tarihten başlamak üzere 15 gün içinde ödeme yapılır" (YİGŞ m. 39/f).

1.5.3.1.2. Anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yaptırılan işlerde

Götürü ücret toptan götürü ücret ve global götürü ücret olarak tasnif edilmiş ise de TBK m. 480/1.f'de "*bedel götürü ücret olarak belirlenmişse yüklenici eseri o bedelle tamamlamak zorundadır. Eserin yapılışı sırasında sonradan öngörülen emek veya masraf gerektirse de bedelin artırılmasını yükleyici*" isteyemez.⁸⁴ "*Götürü bedelli işlerde hakkediş raporları sözleşmesi ve eklerinde yazılı esaslara göre düzenlenir. Bu ara hakkediş raporlarında da imzalanma, ödeme, düzeltme ve ihtirazi kayıt koyma yukarıda birim fiyatlı işlerde olduğu gibidir*" (YİGŞ m. 40/13).

⁸⁴ KAPLAN, s. 170 vd.; SELİMOĞLU, s. 206 vd.

İdare, usulüne uygun olarak düzenlenen geçici hakkedişlerini ödemediği takdirde, idare sadece bu ödenmeyen kısım için borçlunun temerrüdüne düşürülür ve bu kısımlar için hukuki sonuçlar doğurur. Ancak tek bir hakedişin ödenmemesi inşaatın bütünü etkileyecek nitelikte ise, bu durumda sözleşmenin tamamı içinde yüklenici temerrüt nedeniyle doğan haklarını kullanabilir.⁸⁵

“İşin geçici kabulünün yapıldığı tarihten itibaren altı ay içinde yapı denetim görevlisi ve yüklenici kesin hesabı çıkarıp idare idareye teslim etmek zorundadırlar. Kesin hesaplamalar biri asıl olmak üzere üç nüsha düzenlenir. Kesin hesaplamalarda geçici hesaplamalarda ve raporlarda yer verilen iş miktarı ve malzemeler için ihrazat bedellerinin doğruluğu tam olarak dikkate alınmaz ve tüm metrajlar yapı denetim görevlisiyle birlikte müteahhit veya vekiliyle birlikte yeniden ölçümlenerek tespit edilerek hazırlanır ve hazır olmayanlarda birlikte imzalanarak geçici kabul tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içerisinde idareye teslim edilir. Bu işlemler yapılırken yüklenicinin itirazları varsa, bunlarda hesaplarla birlikte idareye verilir” (YİĞŞ m. 41/3). *“Yüklenici kesin hesaplamaya katılmamışsa nüshaları incelemek ve itiraz etmek üzere 60 günlük süre verilir. Yüklenici kesin hesabı ve metrajları itirazsız imzalarsa idare hemen hesapları incelemeye başlar”* (YİĞŞ m. 41/4). *“Yüklenici kesin hesabın hazırlanışında hazır olmadığı takdirde idarenin kesin hesapları incelemesi yüklenicinin atmış günlük inceleme süresi sonunda veya yüklenicinin incelemeyi bitirip idareye yazılı olarak bildirdiği tarihten itibaren idarenin atlı aylık kesin hesabı inceleme süresi başlar”* (YİĞŞ m. 41/9). *“Kesin hesapların ve kesin kabul tutanağının idarece onaylanmasından sonra, bunlara ilişkin onay tarihlerinin sonuncusundan başlamak üzere en çok otuz gün içinde, idarece onaylanmış kesin hesaplara dayalı olarak yapı denetim görevlisi tarafından kesin hakkediş raporu düzenlenir”* (YİĞŞ m. 41/10).

Kesin hesap raporunun, *“idareye teslimden sonra idarece inceleme sırasında yapılabilecek değişikliklere yüklenicinin bir itirazı olursa itirazlarını ve gerekçelerini 40. maddedeki usullere göre dilekçeyle idareye”* bildirir (YİĞŞ m. 41/11). Şayet *“yükleniciye yapılan çağrıya rağmen kesin metraj ve hesaplamaya gelmemesi*

⁸⁵ KARACA, s. 82.

halinde kesin hesap tek taraflı olarak yapı denetim görevlisi tarafından hazırlanır ve geçici kabul tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içerisinde idareye” teslim edilir (YİGŞ m. 41/12). Hesap kesme işleminde geçici hakkediş ödeme usulleri çerçevesinde kesin hesaplardan düşülür ve kalan miktar yükleniciye ödenir.⁸⁶

1.5.3.2. İdarenin külfet niteliğindeki ödevleri

Genel olarak külfet konusu sadece İdareyi ilgilendirmektedir. İdare külfet niteliğindeki bu ödevlerini yerine getirmediği takdirde kendisi yönünden doğacak olan olumsuz sonuçları katlanmak zorunda kalacaktır. Şayet; İdarenin külfet niteliğinde olan hazırlık hareketlerine katılmaması, vekâlet vermemesi, genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi, usulüne uygun ifayı teslim almaması ve ayıpları süresi içerisinde yükleniciye bildirmesi halinde, külfet niteliğinde olan bu ödevlerini yerine getirmemesi halinde oluşacak olumsuz sonuçlardan doğrudan kendisi etkilenir.⁸⁷ Bu olumsuz sonuçlar yükleniciye zarar verdiği takdirde elbette ki yüklenici oluşacak zararlarını tazminat olarak İdareden isteyebilir.

Bir edim yükümlülük olması şartlarını taşımayıp alacak hakkına ilişkinse külfet niteliğindedir. Bir sözleşme ilişkisinde alacaklı üzerine düşen külfetleri yerine getirmeyip ihlaline sebebiyet verdiği takdirde alacaklının temerrüdüne düşme durumuyla karşı karşıya kalabilir. Örneğin; İdarenin plan ve projeleri vermemesi, yer teslimi yapmaması veya hakkediş ödemelerini yapmaması gibi durumlar yüklenici yönünden edimin yerine getirilmemesi beklenemeyecek hal alması halinde, yükleniciye borcunu yerine getirmekten kaçınılabılır ve bu durumların İdareden kaynaklı olması hallerinde yüklenicinin sorumluluğun da gidilemez.

⁸⁶ KARACA, s. 84; BİLİR, s. 52-53; AYDEMİR, s. 217 vd.

⁸⁷ EKMEK, s. 72 vd.; ÖZAY, s. 73.



İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

2.1. Genel Olarak

İki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin sözleşmeyi haklı nedenlerle sona erdirmeye hakkı bulunurken, diğer tarafında sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. KİSK’nde tarafların eşit olduğu temel ilke olarak kabul edilmekle birlikte, idarenin de yüklenicinin de haklı sebeplerle sözleşmeyi sona erdirmeye hakları bulunmaktadır. Ancak, yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkı sadece KİSK’nun “Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” Başlıklı 19. maddesinde “...sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getirmeyeceğini gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde ...” şeklinde düzenlenmiş, bu madde haricinde, ne KİSK’nda ve ne de İkincil Mevzuatta yüklenicinin sözleşmeyi haklı nedenlerle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁸ Oysa ki, idarenin edimlerini yerine getirmeyerek borca aykırı davranması halinde yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi için bazı düzenlemelere gerek bulunmaktadır. Bu noktada KİSK’nun 36. maddesi, Borçlar Kanunu’na gönderme yaparak hüküm bulunmayan hallerde borçlar kanununun hükümlerinin uygulanır, düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra idarenin edimlerini yerine getirmeyerek borca aykırı davranması halinde yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu koşulları idarenin edimlerini yerine getirmemesi, temerrüdü ve kusurlu gibi üç başlık altında toplamak mümkün olabilir.

⁸⁸ DEMİRBOĞA, s. 162.

2.2. İdarenin Temerrüdü

Yükleniciyle kamu ihale sözleşmesi imzalayan idarenin bu sözleşmeden doğan birçok edim yükümlülükleri bulunmaktadır. Örneğin; iş yerinin teslimi, hakkedişlerin ödenmemesi, muayene ve kabul gibi hususlar idarenin başlıca edim yükümlülükleri arasındadır. İdareyle yüklenici arasında imzalanan KİS’nde idare hem alacaklının temerrüdüne ve hem de borçlunun temerrüdüne de düşebilir. Ancak, tez konumuz KİS’nde idarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin başvurabileceği yollara ilişkin olması nedeniyle, bu çalışmamızda borçlunun temerrüdüne ilişkin hususlar ise ileride yüklenicinin sözleşmeden dönmesi kısmında inceleme konusu yapılacaktır.

2.2.1. İdarenin alacaklı sıfatıyla temerrüdünün koşulları

2.2.1.1. Eser ifaya hazır olmalı

Yüklenicinin edimini yerine getirebilmesi için evvela borcun mümkün ve ifa edilebilir olması gerekir. Bir başka deyişle, idarenin temerrüdü için yüklenicinin edim yükümlülüğünün mümkün olması ve eserin yüklenici tarafından meydana getirilip idareye teslim edilebilir nitelikte olması gerekir. İfanın mümkün olması ise idarenin ediminin mücbir sebep veya yasal engeller nedeniyle gerekli malzemeyi temininin mümkün olmaması halleri dışında kalan hususları kapsar. Bu engel ve sebepler dışında İdare edimin ifasına katılmadığı hallerde idare yönünden alacaklının temerrüdünün koşulları oluşabilir.⁸⁹

2.2.1.2. İdare edimini yerine getirmekten kaçınmalı

İdarenin sözleşmeden kaynaklanan bir edimini yerine getirmekten kaçınması temerrüdün zorunlu koşullarındandır.⁹⁰ TBK’nun m. 106’da, “*yapma veya verme edimi gereği kendisine önerilen alacaklı, haklı sebep olmaksızın onu kabulden veya*

⁸⁹ ÖZAY, s. 115-117; EKMEN, s. 175 vd.

⁹⁰ ÖZAY, s. 140

borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur” hükmünü içermektedir. Anılan madde de hazırlık fiillerinden kaçınmayla kabulden kaçınma konularına ayrı ayrı yer verilmiştir. Kaçınma idarenin hazırlık fiilini veya kabulü hiç yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesi şeklinde de olabilir. Alacaklının bu hareketlerle borçlunun ifasını engellemesi durumunda temerrüt durumu ortaya çıkar.⁹¹ Kaçınma konusunu hiç yerine getirmeme veya geç yerine getirme şeklinde aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

2.2.1.2.1. İdare edimini hiç yerine getirmemeli

İdarenin edimini hiç yerine getirmemesi yüklenicinin ifasını imkânsız kılabileceği gibi, alacaklının temerrüdüne de yol açabilir. Eğer, idare edimlerini geçici olarak iradi biçimde yerine getirmemesi halinde geçici imkânsızlık söz konusu olur, şayet idare üstlendiği edimi sürekli bir şekilde yerine getirmeme şeklinde olursa bu durumda ortaya sürekli imkânsızlık durumu çıkar ki, bu durumda TBK m. 485 hükmü gündeme gelir ki, *“yüklenici yaptığı eserin değeriyle giderlerini isteyebileceği gibi, idarenin kusurlu olması halinde yüklenicinin ayrıca zararını talep etme hakkı da bulunmaktadır”*. Tabi ki, ifanın imkânsızlaşması beklenmedik olay nedeniyle meydana gelmişse, objektif imkânsızlık sebebiyle yüklenici ancak TBK m. 485/1 kapsamında masrafları talep edebilir.⁹² İmkânsızlık İdarenin kusurundan meydana gelmiş ise yüklenici TBK m. 485/2 uygulama alanı bulur. *“İdarenin davranışını yerine getirmemesinin geçici olduğu hallerde ise davranış geciktiği için yine de alacaklının temerrüdü gündeme gelebilir”*.

⁹¹ ÖZAY, s.140; EKMEK, s.182

⁹² “Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 07.01.2019 T. ve E. 2018/2049, K. 2019/44 sayılı kararında ...İmkânsızlık sözleşme ile üstlenilen ifa borcunun yerine getirilememesidir... sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra ortaya çıkan bir nedenle taraflar için üstlendikleri edimlerin yerine getirilmesi mümkün olmaz ise ifa imkansızlaşır. İfanın imkânsız hale gelmesiyle sözleşme ilişkisi sona erer. Sözleşme davalının kendinden kaynaklanmayan bir sebepten ötürü ilgili alanın Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde trampası ve kaynak suyu çıkması neticesinde imkânsız hale geldiğinden davalının kusurundan bahsedilemez. Objektif imkansızlık sebebi ile yüklenici ancak menfi zararlarını talep edebilir. Yüklenicinin TBK 485/1 uyarınca karşılanması gereken menfi zararının kapsamına ödediği noter ve ruhsat harçları, proje bedeli gibi masrafları dahil olup bunların bedeli bilirkişi raporuna göre 12.888,01 TL'dir...”.

2.2.1.2.2. İdare edimini geç yerine getirmeli

Tarafların edimlerini yerine getirmeleri konusunda bir süre kararlaştırmış olabilirler. Burada İdarenin hazırlık fiillerini yerine getirebilmesi için belirli bir vade veya süre belirlenebilir. Bu şekilde belirli bir sürenin kararlaştırıldığı hallerde zamanı gelince ifa teklifine⁹³ gerek olmaksızın İdare temerrüde düşmüş olur. Bu kapsama İdarenin davranışını kesin vade olarak yerine getirmesinin gerektiği haller girmektedir.

İdarenin edimini geç yerine getirmesinde bazen yüklenicinin durumuna bağlı olduğu hallerde bulunmaktadır. Bu hallerde yüklenici İdarene uyarı göndermesi gerekir. Uyarıya rağmen İdare edimini yerine getirmiyorsa temerrüdün oluştuğunu kabul edilir ve temerrüt de İdarenin edimini yerine getirebileceği sürenin dolmasıyla gerçekleşir.⁹⁴

2.2.1.3. İdare eseri kabulden kaçınmalı

İdare yönünden kabulden kaçınma temerrüdünün oluşabilmesi için yüklenicinin imal ettiği eserin sözleşme koşullarına uygun olması gerekir. Bir başka deyişle, eserin eksiksiz veya ayıpsız olması gerekir.

Sözleşme koşullarına uygun olarak imal edilen eser yüklenicinin hâkimiyeti alanında ise yüklenicinin bu eserin idareye teslim edebilmesi için eserde ayıp ve eksikliklerin olmaması gerekir, aksi halde eserde ayıp veya eksikliklerin bulunması halinde idare yönünden temerrüt oluşmaz. Bu nedenle, yüklenicinin eseri ayıpsız veya eksiksiz olarak idareye teslim etmesi gerekir. Ayrıca; eser sözleşmeye uygun olduğu halde idare eseri teslim almaktan kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği hallerde idare yönünden alacaklının temerrüdü oluşabilir. Bu durumda teslim konu eser taşınır olması veya verme borcuna konu olması hallerinde yüklenici temerrüt kapsamında tevdi veya koşulları varsa satma hakkını kullanması söz konusu olabilir.

⁹³ ÖZAY, s. 95 “İfa teklifi, borçlunun temerrüdündeki ihtar gibi, hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde olup hukuki işleme ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasını gerektirir”.

⁹⁴ ÖZAY, s. 154; EKMEN, s. 182.

Eser, idarenin hâkimiyeti alanında ise doktrindeki baskın görüş; eser baştan itibaren eser İş sahibinin kontrolünde olması nedeniyle fiili bir teslimin gerçekleşmeyeceği, sadece iş sahibine herhangi bir şekilde bildirim yapılmasıyla teslimin gerçekleşeceği ve böylece alacaklının temerrüdünün oluşmayacağı yönündedir. Bu halde iş sahibi teslimin gerçekleşmediğini iddia eden iş sahibi yüklenicinin emek ve masraflarını karşılığı ödeme yapmazsa borçlunun temerrüdü gündeme gelebilir. Azınlığın görüşüne göre, işin kabulü iş sahibi tarafından haksız bir şekilde kabul edilmemiş ise yüklenici tarafından usul ve fennine uygun olarak imal edilen eser usulüne uygun olarak iş sahibine bildirilmesiyle temerrüt oluşacağı gibi, teslimde gerçekleşmiş olur. Bu bildirimle rağmen idare eseri ifa olarak kabul etmediğine dair davranışlar içerisinde bulunduğu takdirde iş sahibi yönünden alacaklının temerrüdünün şartları gerçekleşmiş olur. Böylece teslimle birlikte bedelin muaccel olacağı görüşüne göre teslimle birlikte bedel muaccel olur ve eser iş sahibinin himayesinde olması nedeniyle tevdi ve satışa gerek olmadan teslim gerçekleşmiş olur.

Bir örnekle konuyu açıklamak gerekirse; yüklenici sorumluluğundaki bir iş sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamladıktan sonra geçici kabul işlemleri yapılması için idareye yazılı olarak başvuruda bulunduğu anda, idarenin belirli süreler içerisinde eseri gözden geçirip tespitleri yaparak tutanağa bağlaması ve eserin geçici kabul koşullarını taşıyıp taşımadığını da yükleniciye bildirmesi gerekir. Belirli bir süre içerisinde idare bu tespitleri yapmadığı takdirde alacaklının temerrüdü yaptırımıyla karşı karşıya kalabilir.⁹⁵

2.2.2. Yüklenici yönünden alacaklının temerrüdünün koşulları

İdare yönünden alacaklının temerrüdünün oluşabilmesi için idarenin yükümlülük ve külfetlerini yerine getirmesinin yanında, yüklenicinin de birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Yüklenici sözleşme şartlarına uygun olarak edimlerini yerine getirdiği takdirde idareye ifaya hazır olduğunu bildirerek ifa teklifinde bulunması gerekir. TBK m. 106 vd. düzenlemelerde alacaklının temerrüdü için genel hükümlere ilişkin düzenlemelere yer verilirken, özel olarak da alacaklının temerrüdü ilişkin kıymetli

⁹⁵ ÖZAY, s. 191 vd.; EREN, s. 1037; OĞUZMAN/ÖZ, s. 375.

evrakta vadesi gelen senedin talep ve takibinin edilmesi gerektiğine dair özel düzenlemeler de mevcuttur. Eser sözleşmeleri yönünden de bir Örnek vermek gerekirse; TBK m. 472/3, *“işin yapılmasını etkileyecek bir sebep ortaya çıkarsa yüklenici bu durumu İdareye bildirmediği takdirde ihmali nedeniyle oluşacak zararlardan sorumlu olacağını belirtilerek yükleniciye bir bildirim yükümlülüğü de”* yüklenilmiştir.⁹⁶ Bu açıklamalardan sonra İdare açısından alacaklının temerrüdünün oluşabilmesi için yüklenici yönünden de borcun muaccel olması, yüklenicinin ifaya hazır olması ve ifa teklifinde bulunması ve alacaklının haklı bir neden olmaksızın ifa teklifini reddetmiş olması gerekir.⁹⁷ Nitekim; Yargıtay 15. HD.’nin bir kararında⁹⁸ *“eser sözleşmeleri konusunda yüklenicinin iş bedelini hak kazanabilmesi için sözleşme şartlarına uygun olarak edimlerini yerine getirerek İdarene teslim etmesi ya da İdarenin teslim almaktan kaçındığını yasal delillerle ispatlamak zorunda olduğu”* gerekçesine yer verilmiştir.

2.2.2.1. Borç muaccel hale gelmeli

Alacaklının temerrüdünün oluşabilmesi için borcun muaccel olması veya ifa edilebileceğinin belirli olması gerekir. Bu ise, vadeye ilişkin kuralların belirlenmesini gerektirir. Şayet, borcun ifa edileceği zaman sözleşmeden, işin niteliğinden veya dürüstlük kuralından anlaşılamiyorsa ve kanunda da bir vade öngörülmemişse o takdirde her borç doğduğu anda muaccel hale geleceği TBK m. 90’da belirtilmiştir.⁹⁹

Süreye bağlanmamış borçların ifa zamanı TBK m. 90’da *“ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her*

⁹⁶ KILIÇOĞLU, s. 846; ÖZ, s. 137; ÖZAY, s. 204.

⁹⁷ KILIÇOĞLU, s. 847.

⁹⁸ *“Y. 15. HD. 12.01.2015 T. ve E.2014/5960, K.2015/47 sayılı kararında ...Eser sözleşmelerinde yüklenicinin iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve ekleri fen ve tekniği ile İdarenin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim ettiği, ya da İdarenin teslim almaktan kaçındığını yasal delillerle kanıtlamak zorundadır. Somut olayda, davalı İdare ihtara rağmen teslim almaktan kaçındığından İdare (alacaklı) temerrüdü gerçekleşmiş ise de, sipariş ve sözleşme konusu olduğu ileri sürülen ambalajlar üzerinde sözleşme ve eklerine uygun olup olmadığı, bedele hak kazanılıp kazanılmadığı hususlarında teknik yönden inceleme yaptırılmadığı gibi bu konuda davadan önce yaptırılmış delil tespiti de bulunmamaktadır...”*

⁹⁹ TEKİNAY vd., s. 1116; ÜÇER, s. 58-63; KOÇ, s. 88-90.

borç, doğumu anında muaccel olur” düzenlemesine yer verilmiştir.¹⁰⁰ Anılan madde uyarınca, “borcun süreye bağlanmaması halinde, ifa her zaman istenebileceği gibi, borçluda hemen borcunu ifa edebilir”. Buna karşılık borcun bir vadeye bağlanmaması halinde borç, sözleşmeyle veya işin niteliğine göre kanunla, adetle veya dürüstlük kuralı gereği de belirlenebilir.

Taraflar borcun ifa edileceği zamanı kendi iradeleriyle belirleyebilirler, hatta bu belirleme yetkisini bir üçüncü kişiye de bırakabilirler. Şayet, vadenin belirlenmesi alacaklıya bırakılması durumunda vade alacaklının ifayı talep etmesiyle muaccel hale gelir. İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesi ise sadece sözleşmelerde söz konusu olabilir. Bu da bazı işlerin derhal ifaya imkân vermemesinden kaynaklanır. *“İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesinde tarafların kişisel durumu ve dürüstlük kuralı göz önünden bulundurulmalıdır”* (TMK m. 2). Yargıtay HGK. bir kararında da¹⁰¹, *“ifa anı gelmiş olan bir borcun muaccel bir borç haline geldiğini, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının temerrüdüne düşülebileceği gibi, borçlunun da temerrüdüne düşülebilir”*.

Kaldı ki; muacceliyet sadece alacaklının temerrüdünün şartları oluşması bakımından değil, aynı zamanda zamanaşımının işlemeye başlaması ve dava edilebilirliği yönünden önemlidir.

2.2.2.2. Yüklenici eserini gereği gibi idareye önermeli

Yüklenici meydana getirmiş olduğu eseri borç ilişkisine uygun bir şekilde alacaklıya teklifte bulunmalıdır.¹⁰² TBK m. 106’da borçlunun ifa teklifini *“...gereği*

¹⁰⁰ ÜÇER, s. 60; KOÇ, s. 88.

¹⁰¹ “Y. HGK 05.03.2020 T. ve E. 2017/21-3027, K. 2020/256 sayılı kararında ...İfa zamanı en çok kullanılan anlamı ile TBK. m. 90 vd’da ifade edildiği üzere, alacaklının borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkanının başladığı anı ifade eder. Bu andan sonradır ki borçlu, alacaklının ifa talebine uymak zorundadır. Bu anlamda ifa anının gelmesine borcun muaccel olması (borcun güncelleşmesi = Exigibilite, Faelligkeit) denilir. Alacaklı ancak bundan sonradır ki alacağını dava edebilir, alacak için zamanaşımı bu andan itibaren işlemeye başlar”.

¹⁰² KILIÇOĞLU, s. 847; EREN, s. 1036; TEKİNAY vd., s. 1117; REİSOĞLU, s. 322.

gibi...” yapması gerekmektedir. Bu durumda muaccel¹⁰³ hale gelmiş olan borç için yüklenici ifasını teklif etmelidir. İfa teklifi eserin durumuna göre de değişiklik gösterebilir, çünkü, alacaklının temerrüdünde borçlunun yükümlülüğü sadece verme değil yapma edimlerinde de söz konusu olmaktadır.

Borçlunun ifası gereken şeyi daha önceden alacaklının yapması veya vermesi gereken şeylerden olup da alacaklının bunu vermesi veya yapması gereken işleri yapmaması halleri de o'nun alacaklının temerrüdüne düşmesine yol açabilecek durumlardır.¹⁰⁴

Borcun ifası için idare yükleniciye önceden verilmesi gereken malzemenin verilmemesi, verilmesi gereken yetkinin verilmemesi hallerinde yapılması gereken işlerin yapılmasının engellemesi dolayısıyla alacaklının temerrüde düşebilecektir. Yine, idareye düşen edimlerden olan ifa hazırlığı hareketlerinin alacaklının vereceği talimata göre yapılacak hallerde idare bu talimatı vermediği takdirde, yüklenici ifa imkânı bulamayacağından alacaklı temerrüdünün şartları oluşabilecektir.¹⁰⁵

Tüm bu anlatımlardan anlaşılacağı üzere ifanın gerçekleşebilmesi için borç muaccel hale gelmeli ve ifası kabul edilir olmalı, borçlu usulüne uygun olarak alacaklıya ifa teklifinde bulunmalıdır.

2.2.2.3. İdare yüklenicinin ifa teklifini haksız bir şekilde reddetmiş olmalı

Alacaklının ifa amacını taşıyan usulüne uygun teklifi kabul etmemesi ret şeklinde yorumlanabilir. İfa teklifinin reddi açık ve kapalı olabilir. Alacaklı ifa teklifini açıkça reddedebileceği gibi, ikametgâhına bırakılmak istenen bir edimi de kabul etmeyerek de açıkça reddedebilir. Şayet; borçlu banka veya postaneden göndermiş olduğu ifaya yönelik edimi alacaklıya bildirmesine rağmen alacaklının gidip almaması

¹⁰³ KILIÇOĞLU, s. 691-692 “*Muacceliyet; Borçlunun temerrüdü için borcun ifa zamanının gelmiş olması gerekir. Alacaklının temerrüdü içinde, borcun ifa zamanının gelmesi gelmiş olması zorunludur*”.

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU, s. 447-448.

¹⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 377.

veya bunun için herhangi bir çaba sarf etmemesi hali de kendisine yapılmış bir ifa teklifini de örtülü olarak reddetmiş sayılır.¹⁰⁶

Yüklenicinin ifa teklifi idare tarafından haksız bir şekilde reddedilmesi gerekir. İdare objektif sebeplere dayanmadıkça yüklenicinin teklifini reddi haksızdır ve temerrüt durumuna düşer. Erken ifa hallerinde, yani borç muaccel olmadan önce de borcun ifasının caiz olduğu hallerde usulüne uygun olarak yapılmış bir teklifi alacaklı haksız olarak kabul etmemesi halinde de idare yönünden temerrüt oluşmuş olur.¹⁰⁷

Alacaklının temerrüdünden söz edebilmek için yüklenici tarafından sunulan eserin sözleşme şartlarına uygun bir şekilde önerilmesi gerekmektedir. Aksi halde satılan malın ayıplı, eksikli olması veya yapılan inşaatın projesine uygun olmaması durumlarında alacaklının kendisine teklif edilen ifaya reddetmesi haklı sebebe dayandığından alacaklının temerrüdü oluşmaz.¹⁰⁸ Yargıtay 15. HD.'nin bir kararında¹⁰⁹ *“ihtarnamenin hatalı adres içermesi nedeniyle arsa sahibine tebliğ edilmediğinden alacaklının temerrüdünün oluşmadığı gerekçesine yer verilmiştir. Bu da göstermektedir ki, gerek ifa teklifinin gerekse tebligatın İdarene usulüne uygun yapılmaması hallerinde alacaklı yönünden temerrüdün şartlarının oluşmayacağını karine teşkil etmektedir”*.

2.3. İdarenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdünün Sonuçları

2.3.1. Genel olarak

“Alacaklının temerrüdünün koşulları” TBK m.106'da, “alacaklının temerrüdünün sonuçları” olarak TBK m. 107 – 110 arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerden TBK

¹⁰⁶ TEKİNAY vd., s. 1120; ÜÇER, s. 118.

¹⁰⁷ KOÇ, s. 156.

¹⁰⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU vd., s. 143.

¹⁰⁹ *“Y. 23. HD. 14.01.2015 T. ve E. 2014/6807, K. 2015/157 sayılı kararında ...Somut uyuşmazlıkta; yapı kullanma izin belgesi 27.3.2012 tarihinde alınmış ise de; yüklenici, arsa sahibini asıl davanın açıldığı 12.7.2012 tarihine kadar usulünce alacaklı temerrüdüne düşürmemiştir. Yüklenicinin dosya kapsamındaki 2.5.2012 tarihli ihtarnamesi teslim alma davetini içermekte ise de, bu ihtarname hatalı adres içermesi sebebiyle arsa sahibine tebliğ edilmediğinden nazara alınması mümkün değildir...”*

m. 107 “tevdi hakkını”, TBK m.108’de “satma hakkı hakkını”, TBK m. 109’da “geri alma hakkını” ve TBK m.110’da “dönme hakkı” düzenlemiştir. Yüklenici idarenin temerrüdü halinde sözleşmeden dönerse borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. Bu maddelerde geçen tevdi taşınır eşya ve verme borçlarında söz konusu olurken, satma hakkı ise tevdiye uygun düşmeyen, bozulabilen, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gider gerektiren hallerde başvurulabilen bir yoldur. Bu hale göre satma hakkının yüklenici tarafından kullanılabilmesi için eserin tevdiye uygun düşmeyen ve tevdi edilmesinin önemli gider gerektiren durumlarda söz konusu olur. Bu açıklamalardan sonra önce tevdi ve satma hakkı incelendikten sonra yapma edimlerini içeren sözleşmeden dönme konusu inceleme konusu yapılacaktır.

2.3.2. Yükleniciyi sözleşme konusu yükten kurtaran yollar

2.3.2.1. Tevdi

Tevdi, hak sahibi olan idare adına ya borçlu ya da borçlu adına üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Tevdinin yapılmasıyla tevdi edenle tevdi yeri arasında tam üçüncü kişi yararına tevdi sözleşmesi yapılmış olur. “Saklama sözleşmesi” (TBK m. 561 vd.)¹¹⁰ *“niteliğinde olan bu tevdi sözleşmesi yükleniciyle idare arasında kurulan eser sözleşmesinden bağımsız bir sözleşmedir”*. Yükleniciyle tevdi yeri arasında kurulan sözleşmede idare tarafı değildir, idare tevdi yerinden yüklenicinin tevdi ettiği eseri talep edebilir. Ancak tevdi edilen eseri idare almak zorunda olmasa dahi, eseri almadığı takdirde yüklenicinin sorumluktan kurtulur. Bazı yazarlar İdarenin tevdi mahallinden eseri almaya zorlanamayacağı görüşünü ileri sürseler de edimlerini tam olarak yerine getiren yüklenicinin sorumluluğunun sona ereceğini düşünüyoruz.

Yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eseri tevdi etmekle eseri teslim borcundan sadece geçici olarak kurtulabilir, çünkü eser tevdi mahallinde iken yüklenici bu eseri geri alabilir, ayrıca eser tevdi mahallinde olduğu sürece yüklenicinin edim sorumluluğu henüz sona ermemiş sadece geçici koruma elde etmiş durumdadır.

¹¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 853; ÖZAY, s. 224.

Sözleşmeden doğan edimlerini tam olarak yerine getirerek eseri tevdi mahalline bırakan yüklenicinin bu işlemleri yaparken yapmış ve yapmak zorunda kalacağı bazı masraflarının olacağı muhakkaktır. İdare tevdi mahallinden eseri teslim almadığı takdirde tevdi süresince yüklenici tarafından yapılan bu masrafları katlanmak zorunda kalacağını düşünüyoruz. Diğer bir sorunda yüklenici tarafından tevdi mahalline bırakılan eser idare tarafından alınmadığı sürece en azından doğacak olan masrafların karşılanması açısından yüklenicinin tevdi konusu reddedilmiş olan eser hakkında koşulları uygun olduğu takdirde açık artırma usulüyle satışının yerinde olacağını düşünüyoruz. Nitekim; Yargıtay 15. HD. bir kararında¹¹¹ “...sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise borçlu alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izni ile onu açık artırma yolu ile sattırıp bedelini tevdi edebilir...” hükmüne yer verilmiştir. Şayet, tevdi konusu eser idare tarafından tevdi mahallinden alınmadığı takdirde, önemli bir gidere sebep olacağından yüklenicinin önceden ihtar koşulunu yerine getirerek hâkimin izni sattırıp gerekli masrafları düşükten sonra kalan miktarı tevdi ederek idareye bildirmekle sorumluluktan kurtulur. TBK m. 108/1’de de görüleceği üzere “...tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise, borçlu önceden alacaklıya ihtarda bulunması koşuluyla hâkimin izniyle onu sattırıp bedelini tevdi edebilir...” düzenlemesine yer verilmiştir.

Öte yandan; sözleşmeye uygun olmayan bir eseri yüklenicinin tevdi etmesi halinde de eserin tevdisiyle borcundan kurtulamayan yüklenicinin tevdi masraflarını da katlanmak zorunda kalır. Yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmesi nedeniyle bu giderleri katlanması yerinde bir görüş olduğunu değerlendiriyoruz. Tevdi konusu eserin yüklenici tarafından aradaki sözleşmeye uygun olarak üretilmesi

¹¹¹ “ Y. 15. HD. 31.03.2015 T. ve E. 2015/983, K. 2015/1638 sayılı ilamında ...Sözleşme tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 92., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ise 108. maddesinde, "...sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise borçlu alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hakimin izni ile onu açık artırma yolu ile sattırıp bedelini tevdi edebilir." hükmüne yer verilmiştir. Davacı davadan önce ihtar koşulunu yerine getirmiş olup malzemelerin korunması veya saklanması değerini aştığını iddia ettiğinden mahallinde keşif yapılarak yasada öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmaması, kararın bozulması gerekmiştir... ”.

gerekir, çünkü hâkim tarafından tevdi kararı verilirken eserin sözleşme şartlarına uygunluğu gözetilmemekte sadece tevdi mahalline eserin bırakılmasına karar verilmektedir. Eksik veya ayıplı bir eserin tevdisine ilişkin tüm masrafları yüklenicinin katlanması gerekir.

Yargıtay 20. HD. bir ilamında "...6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun [106](#) ve devamı maddelerinde "Alacaklının Temerrüdü" başlığı altında düzenlendiği üzere; "Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğer müteselsil borçlulara karşı da temerrüde düşmüş olur. Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini, ifa yerindeki hâkim belirler." Buna göre davalı... Turizm Seyahat İnşaat Tic. A.Ş. tarafından davacı yönetime gönderilen 30.09.2011 tarihli noter ihtarnamesi ve ihtarnameye cevaben davacı tarafın; borcun gecikme faizlerinin de olduğunu, bu nedenle yapılacak ödemelerin öncelikle faize mahsup edilebileceğini davalı... Turizm Seyahat İnşaat Tic. A.Ş.'ye bildirilmesine yönelik beyanlarının alacaklının temerrüdü hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek, buna göre alacaklının temerrüde düşüp düşmediği, faiz talep edip edemeyeceği, 6098 Sayılı TBK'nın [100](#) ve devamı maddelerinde düzenlendiği üzere alacaklının kısmen yapılan ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahip olup olmadığı hususlarının birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmemesi, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile karar verilmiş olması doğru görülmemiştir..." şeklindedir.

2.3.2.1.1. Tevdi mahallinin belirlenmesi

"Tevdi mahalli tayini talebi çekişmesiz yargı işi oluşu nedeniyle görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi iken" (HMK m. 382/2-d), "yetkili mahkemenin talepte bulunanın veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi" hükmü mevcuttur (HMK m. 384).

Bu nedenle, “tevdi mahalli tayini kararı verilebilmesi için borcun kime ödeneceğinin bilinmemesi veya alacaklının para borcunu almaktan kaçınması gerekmektedir” (TBK m. 107 vd.). Kaldı ki; “tevdi mahalli tayini talep edilen mahkemece¹¹² tevdi mahalli şartlarının bulunup bulunmadığını araştırması gerekir ise de tevdi mahalline konu alacağın gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hakkında bir karar veremeyeceğinden, netice olarak tevdi mahallinin ifa yeri hâkimi tarafından belirlendiği anlaşılmaktadır” (TBK m. 107/2).

Tevdi yerine hâkimi eserin nereye tevdi edileceğini karar verirken eserin özelliklerini göz önünde tutarak tevdi yeri olarak sadece kamu makamına değil eserin özelliğiyle güvenilirliğe göre üçüncü kişilere de bırakılmasına karar verebilir. Taraflar kendi aralarında da tevdi mahalli konusunda anlaşmaları takdirde hâkimin iznine gerek olmaksızın tevdi yapabilirler.¹¹³

2.3.2.1.2. Tevdinin zamanı

Yüklenicinin eseri tevdi zamanı aralarında akdedilen sözleşmeye uygun olması gerekir. Şayet; yüklenici vaktinden evvel ifada bulunmaya yetkili olduğu hallerde,

¹¹² “Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD. 17.05.2019 T. ve 2019/731-591 esas ve karar sayılı ilamında ...Talep sahibinin ifası için tevdi mahalli belirlenmesini talep ettiği dayanak belgenin bono niteliğinde olduğu görülmektedir. Bono borçlusunun TBK md. [107](#) bağlamında tevdi mahalli tayini talep etmesine de hukuken engel bir durum bulunmamaktadır. (İzmir BAM 17.HD 20/02/2017 tarih 2017/103 esas 2017 104 karar sayılı ilam). Bu sebeple talep TBK md. [107](#) vd. bağlamında değerlendirilmiştir. TBK md. [107](#) vd. bağlamında tevdi mahalli tayini kararı verilebilmesi için ise borcun kime ödeneceğinin bilinmemesi veya alacaklının para borcunu almaktan kaçınması gerekir. Ayrıca tevdi mahalli tayini talep edilen mahkemece tevdi mahalli şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu sebeple tevdi mahalline konu alacağın gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hakkında bir karar verilmez (Antalya BAM 6. HD. 18/05/2018 tarih 2018/628 esas, 2018/565 karar sayılı ilam).TBK md. [107/2](#) gereğince tevdi yerini ifa yerindeki hakim belirler. Talebe konu borç bonoya dayalı bir para borcu olarak değerlendirildiğinde, TTK md. [778/1/c](#)'ni atfı gereğince TTK md. [708](#) gereğince borçlu tarafından ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödenmek üzere ilgili bononun ibraz edilmesi gerekir. Talebe dayanak ilgili senedin vade tarihi 30/08/2018'dir. Talep sahibi tevdi mahalli tayini için 03/09/2018 tarihinde mahkemeye başvurmuştur. Senet alacaklısı Y. Ö.ise 06/09/2018 tarihinde senetin ödenmesini sağlamak üzere talep sahibi aleyhine icra takibi yaptığı ve TTK md. [708](#) gereğince bonoyu talep tarihi itibariyle ödenmek üzere talep sahibi borçlu şirkete ibraz etmediği dosyadaki mevcut durum itibariyle anlaşılmıştır. Bu sebeple de talep sahibinin borçlu olduğu senet bedelinin ifa edilmesi için tevdi mahalli talep etmesinde hukuki yararının bulunduğu anlaşılmakla talebin kabulüne “ şeklinde karar verilmiştir...”.

¹¹³ KOÇ, s. 191.

İdare teslimden kaçınması halinde, İdare yine alacaklının temerrüdüne yol açabileceğinden, yüklenici alacaklının temerrüdüyle ilgili koşullardan yararlanarak borç konusu eseri tevdi etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Taraflar arasında erken ifa konusunda anlaşma bulunmadığı takdirde borcun muaccel olması zorunludur, aksi halde borcundan kurtulamaz. Netice olarak yüklenici tevdi hakkını kullanırken zaman ve şartlar uygun olarak tevdi hakkını kullanmasının gerektiğini düşünüyoruz.¹¹⁴

2.3.2.1.3. Tevdinin geri alınması

Tevdiyle yüklenicinin borçtan kurtulmasının sebebi TBK m. 109'dan kaynaklanan "bozucu yenilik doğuran geri alma hakkından" kaynaklandığı görüşleri mevcuttur.¹¹⁵ Tevdiyle "yüklenici geçici nitelikte borçtan kurtulması bir görüşe göre bozucu yenilik doğuran hak¹¹⁶ doğuran geri alma hakkı olarak değerlendirilirken, bir diğer görüşe göre de geri alma hakkının hukuki niteliğinin bozucu değil, değiştirici yenilik doğuran hak olarak" değerlendirilmektedir.¹¹⁷ Tarafımca her iki görüşü katılamamakla birlikte tevdi hakkının kullanmasıyla yüklenici sadece geçici olarak borçtan kurtulmakta ve askı durumu söz konusu olmakta, yani yüklenici geri alma hakkını kullandığında bütün sorumluluklarıyla borç devam etmektedir. Örneğin; fesih, takas ve dönme gibi hakların kullanılmasını bozucu yenilik doğurucu haklar değerlendirildiği takdirde bu haklar tekrar geriye dönülemezdir. Keza; tevdi hakkının kullanması değiştirici

¹¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 692; ÖZAY, s. 230.

¹¹⁵ ÖZAY, s. 239; KOÇ, s. 200.

¹¹⁶ DEMİRBAŞ, s. 70 "...Mevcut bir hukuki ilişkinin ortadan kaldırılması sonucunu meydana getiren haklar, bozucu yenilik doğuran haklar olarak ifade edilmektedir ... iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt sebebiyle sözleşmenin ifasından vazgeçme, fesih hakkı, takas dermeyanı, geri alma, sözleşmeden dönme, vekaletin sona ermesi bozucu yenilik doğuran haklar arasında saymak mümkündür...".

¹¹⁷ DEMİRBAŞ, s. 67 "...Mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştiren haklara, değiştirici yenilik doğuran haklar denilmektedir. Değiştirici yenilik doğuran hakların kullanılması ile mevcut bir hukuki ilişkinin farklı şart ve hükümlerle yürürlüğünü devam ettirmesi amaçlanır ... Seçimlik borçlarda ifa edilecek edimi seçme hakkı, borçlunun temerrüdü halinde borcun muaccel hale gelmesini sağlamak üzere alacaklının ihtar hakkı, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi üzerine BK. md. 106'da alacaklıya tanınan imkânlardan birini seçme hakkı, satılan malın ayıplı olması üzerine TKHK. md. 4'de tüketiciye tanınan imkanlardan birini seçme hakkı birer değiştirici yenilik doğuran haktır. Sayılan bu hakların kullanılması üzerine taraflar arasındaki borç ilişkisinin seyri değişmekte, hakkın kullanılması ile meydana gelen yeni duruma göre bu hukuki ilişki yürürlüğünü sürdürmektedir...".

yenilik doğuran hak olarak değerlendirildiğinde her ne kadar tevdiyle borcu geçici olarak sorumlulukta kurtulsa dahi borçlu geri alma hakkı kullanıldığında tevdi öncesi var olan sorumlulukları aynen devam edeceğinden, borç ilişkisinin seyri değişmemekte ve aynen devam edecek olması nedeniyle tevdiyle borçlunun borçtan kurtulmasını askıda bir durum olarak değerlendirmekteyim.

TBK m. 109/1’de “iki halde borçluya geri alma hakkı tanımamıştır. Bunlardan birisi alacaklının tevdi konusu eseri kabul etmesi ve diğeri tevdiyle birlikte bir rehnin ortadan kalkması halidir”. Bu açıklamalardan sonra borçlu olarak addettiğimiz yüklenici tevdi hakkını kullandıktan sonra geri almam hakkını kullandığı takdirde, borçtan geçici nitelikte kurtulan yüklenici tevdi edilen eseri geri aldığı takdirde borç tekrar asli ve ferileriyle birlikte sona ermemiş gibi devam eder.¹¹⁸ Tabi ki, geri almayla birlikte tevdi hiç gerçekleşmemiş gibi tevdiye ilişkin yapılan masrafların da yüklenici tarafından karşılanması gerekir.

İdare tevdi edilen esere ilişkin kabul iradesini açık veya örtülü olarak yapabilir. Örneğin; İdare tevdi edilen eserin kendisine teslimi için başvurabilir veya çalışan elemanlarını da tevdi edileni almak için gönderebilir.¹¹⁹ Doktrinde tartışma konusu olan husus; “tevdi edilen eseri kabul etmek isteyen İdarenin kabul iradesini yükleniciye mi, yoksa tevdi mahalline mi yöneltmesi konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş yalnız borçluya yöneltmesini yeterli görürken, diğeri bir görüş ise tevdi edilene yöneltmesi, üçüncü görüş ise hem yükleniciye hem de tevdi yerine yöneltmesini gerektiğini” ileri sürülmektedir. Ben de yazar görüşüne katılarak TBK m. 129/2’de “... borçluya bildirildikten sonra...” ifadesi gereği kabul iradesinin tevdi mahalline yapılması görüşüne katılıyorum¹²⁰, çünkü tevdiden amaç edimlerini sözleşme koşullarına göre tam olarak yerine getiren yüklenici eseri tevdi etmekle geçici nitelikte de sorumluluktan kurtuluyor olması ve diğeri yönden İdareni usul

¹¹⁸ ÖZAY, s. 242; KOÇ, s. 226; ÜÇER, s.198.

¹¹⁹ KILIÇOĞLU, s. 856.

¹²⁰ ÖZAY, s. 240.

ekonomisi yönünden hem yüklenici hem de tevdi yerine başvuruda bulunmasının zaman kaybı ve ek uğraş olarak külfetten kurtarılması düşüncesindeyim.

2.3.2.2. İdarenin satış hakkı

2.3.2.2.1. Genel olarak

Tevdi hakkı verme borçlarının konusunu oluştururken, satma hakkı verme borçlarında söz konusu olmakla birlikte eserin bakım ve korunmasının önemli bir giderlere sebep olması veya bozulabilir olması, en önemlisi tevdiye uygun olmaması gerekir. Bu hallerdeki eser için yüklenici ancak satma hakkını kullanarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenicinin satma hakkını kullanabilmesi için ya taraflar arasında satma hakkına ilişkin anlaşma olmalı, ya da yüklenici idareye ihtar çekerek ve hâkimin izniyle TBK m. 108 anlamında satış işlemlerini gerçekleştirebilmelidir. *“Satma hakkı bazı hallerde aynı zamanda yüklenici yönünden borç niteliğinde de olabilir. Bu durumda yüklenici satma hakkını kullanmadığı takdirde idareye karşı sorumluluktan kurtulamaz ve satma hakkını kullanmadığı takdirde de oluşabilecek zarardan sorumlu olur”.*

Bu açıklamalardan sonra satma hakkının şartları aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

2.3.2.2.2. Satış hakkının konusu

Taraflar arasındaki sözleşmeyle kararlaştırılan edim konusu tevdiye uygun düşmediği takdirde Satışı gündeme gelebilir. TBK m. 108'e göre *“edimin konusu eserin bakımı, korunması önemli bir giderler gerektirebilir ve tevdiye uygun değilse, borçlu önceden alacaklıya ihtarında bulunmak ve hâkimden izin almak suretiyle eseri açık artırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir. Dolayısıyla, tevdiye elverişli eser hakkında satış yoluna başvurulamaz. Tevdiye elverişli olmamakla kastedilen eserin hacim, miktar ve özelliği itibariyle tevdiye elverişli olmaması gerekir”*.¹²¹ Örneğin;

¹²¹ ÖZAY, s. 244; ÜÇER, s. 208.

bakımı veya korunması bedelinden yüksek olan ve önemli giderlere sebep olan eserler tevdiye elverişi olmamalarından dolayı satışa konu olabilirler.

Satışa konusu olabilecek hallerden birisi de sözleşme konusu edimin çabuk bozulabilir nitelikte olmasıdır. Bu konuda özellikle sebze ve meyve vb. örnek olarak gösterilebilirse de eserin zamanla özelliğini kaybetmesi veya modasının geçiyor olması gibi hallerde bozulabilir ürünler arasına girmektedir. Bu gibi durumlarda taraflar ürünün önceden bozulabileceğini ön görerek aralarında tedbirler alabilecekleri gibi, satış hakkının kullanılmasını kabul edebilirler. Bu gibi ürünlerin satımı için borçlu öncelikle alacaklıya ihtarda bulunmalı ve sonra hâkimin izniyle sattırıp satış bedelini tevdi ederek borçlu borcundan kurtulabilmelidir. Nitekim, Yargıtay 15. HD.'nin bir kararında *“satış için belirli şartların oluşmasıyla birlikte borçlunun satış için alacaklıya ihtarda bulunmasını bir koşul olarak öngörülmüştür.¹²² Tevdi konusunda ihbar bir koşul olarak görülmezken, satış konusunda temerrüde düşen alacaklıya ihbar edilerek borç konusunda ağır sonuçlarla karşılaşmasını önlemektir. Buradaki ihtarın gönderilmesi özel bir şekilde bağlı olmasa dahi ihtar açık net ve anlaşılır olmalı ve satışın nedenleri açıklanmalıdır”*.¹²³

Satışa konusu olabilecek hallerden bir diğeri de sözleşme konusu edimin bakım veya korunması zor olacak ürünleri satışa konu edilebilirler. Bu kapsamda bakım veya korunması için önemli giderler çıkaracak ürünler için yüklenici satma hakkını kullanabilir. Örneğin; haczi yapılan bir araçlar satış işlemleri yapılanaya kadar yediemine bırakılırlar. Yediemin bu hacizli araçların muhafazasını satış gerçekleşene kadar veya herhangi bir şekilde haciz sonuçlana kadar sağlar. Bu hacizli araçlar yedieminde kaldığı sürece yediemine muhafaza gideri ödeneceğinden hacizli aracın bir an evvel

¹²² “Y. 15. HD. 31.03.2015 T. ve E. 2015/983, K. 2015/1638 sayılı ilamında ... 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ise 108. maddesinde, "...sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise borçlu alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hakimin izni ile onu açık artırma yolu ile sattırıp bedelini tevdi edebilir." hükmüne yer verilmiştir. Davacı davadan önce ihtar koşulunu yerine getirmiş olup malzemelerin korunması veya saklanması değerini aştığı iddia ettiğinden mahallinde keşif yapılarak yasanın öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmektedir...”

¹²³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 385; KILIÇOĞLU, s. 855; EREN, s. 1046; ÖZAY, s. 246; ÜÇER, s.208.

satışının gerçekleştirilmesi gerekir, aksi halde satış bedelinden harç vs. alındıktan sonra araç yedieminde kaldığı sürece ücret ödenmesi gerekir. Bu ücretin çok az ödenmesi için hacizli aracın bir an evvel satışı gerçekleştirilmelidir.

Satış konusunda yüklenici sadece kendi mülkiyetindeki eseri değil, İdareye veya üçüncü bir kişiye ait eseri de aynı şartlarda satabilir.

2.3.2.2.3. Satış hakkına sahip olan kişiler

Satış istemeye yetkili kişiler, borçlu, yüklenici veya yetkililer adına bu işleri vekaleten yürüten üçüncü kişiler olabilir. Satış hakkına sahip olan bu kişiler satış işlemlerini alacaklının temerrüdüne düşen İdare adına gerçekleştirmektedir. Bir şeyin satılabilmesi içinde alacaklının kabul temerrüdüne düşmesi durumuna bağlıdır.¹²⁴

2.3.2.2.4. Satış hakkının kullanılacağı yer

Satışın isteneceği ve yapılacağı yer konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bazı yazarlar da malın bulunduğu yerin veya ifa yerinin malın satışına söz konusu olabileceğini ifa de etmektedirler. Satış hakkının kullanılması için hâkimin izni gerektiğinden hâkimin belirlediği yerde satış gerçekleştirilebilir. Malın bulunduğu yerle ifa yerinin farklı olması veya malın ifa yerine götürülmesinin masraflı olduğu durumlarda satışın ifa yerinde değil, bulunduğu yerde de satış yapılabilir. Netice olarak malın satış yeri konusunda, sözleşme konusunun bulunduğu yer veya tevdi yerinden biri olabileceği gibi, usul ekonomisine en uygun yerde de satış gerçekleştirilebilir. Tabi ki, bu satış yeri hâkimin belirleyeceği yer olur.¹²⁵

2.3.2.2.5. Satış hakkının kullanılma zamanı

Satış hakkının kullanılma zamanına ilişkin olarak, borçlu satış hakkını İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesinden sonra isteyebilir. Borçlu dürüstlük kuralları gereği istediği zaman satış hakkını kullanabilirse de satış hakkını uygun olmayan bir

¹²⁴ EREN, s. 1044; KILIÇOĞLU, s. 854; ÖZAY, s. 243.

¹²⁵ ÜÇER, s. 206; ÖZAY, s. 248.

zamanda kullandığı takdirde İdare yönünden oluşacak zararlardan da yüklenici sorumlu olur.¹²⁶

2.3.2.2.6. Satış hakkının kullanılma şekli

Yüklenici satış hakkını kullanacağı zaman öncelikle satışın yapılacağını alacaklıya ihtar etmeli ve koşulları uygunsa süre vermelidir. Keza; İdare baştan ifaya kabul etmeyeceğini bildirmiş olsa dahi yüklenici yine de ihtar göndermelidir. İhtarın amacı satış gerçekleşmeden önce İdareni hem bilgilendirmek hem de İdarenin edimin kabulü sağlamak yöneliktir. Yüklenici ihtar ve bilgilendirmeyi yapması ispat açısından kendisine kolaylık sağlar.¹²⁷

Yüklenici tarafından borca uygun ifası teklif edilen eser borsada kayıtlı veya yapılacak gidere oranla değerinin daha az olduğu hallerde ihtara gerek olmadan satışı mümkündür. Ancak bu durumlarda ihtara gerek olup olmadığına da hâkim karar verir.¹²⁸ Nitekim, TBK m. 108/2’de “...teslim edilecek şey, borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa yada yapılacak gidere oranla değeri az ise, satışın açık artırma yoluyla yapılması zorunlu olmadığı gibi, hakim, önceden ihtarla bulunma koşulunu aramaksızın satışa izin verebilir...” düzenlemesi mevcuttur.

TBK m. 107/2’de “...tevdî yerini, ifa yerindeki hâkim belirler, bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da ardiyeye tevdi edilebilir...” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenleme kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle satışa da aynı hâkim, yani ifa yerindeki hâkim belirleyebilir. Keza; satış sonrası bedelin tevdi edileceği yeri de aynı hâkim belirleyeceğinden ifa yerindeki hâkime başvurulmasının uygun olacağını değerlendiriyoruz.¹²⁹

Yüklenici satış hakkını kullanmak için hâkime başvurduğunda; hâkim öncelikle ihtarın yapıp yapılmadığı, tevdi yerinin belirlenmesinden farklı olarak alacaklının

¹²⁶ ÖZAY, s. 248; ÜÇER, s. 206.

¹²⁷ EREN, s. 1045; ÜÇER, s. 209.

¹²⁸ KILIÇOĞLU, s. 855; ÖZAY, s. 252.

¹²⁹ ÖZAY, s. 249; ÜÇER, s. 210.

temerrüdünün koşullarının oluşup oluşmadığı, sonra satışa gerek olup olmadığını inceler. Hâkim eserin taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olup olmadığını değerlendirmez. Hâkimin buradaki değerlendirmesi satış koşullarının oluşup oluşmadığı yönündedir. Hâkim bu satış izninden başka satış sonrası elde edilecek bedelin de tevdi yerine karar vermesi gerekir. Keza, satışın gerçekleşmesinden sonra yüklenicinin sorumluluğundan kurtulabilmesi için satış bedelini de tevdi etmesi gerekir. Yüklenici elde edilen satış bedelinden şartları var ise takas hakkını da kullanabilir. Şunu da belirtmekte yarar vardır, hâkimin incelemesi satış koşullarının oluşup oluşmamasıyla ilgili olması nedeniyle satış konusu eser daha sonra İdare incelendiğinde eserin sözleşme şartların uygun olmadığını ispatladığı takdirde yüklenici sorumluluktan kurtulamaz.¹³⁰ Şayet, daha sonra İdare eserin sözleşme şartların uygun olmadığını ispatladığı takdirde yüklenici sorumluluktan kurtulamaz.

TBK m. 108/2’de, “*satılacak malın borsa kaydının olması veya piyasaya fiyatı bulunması, değeri yapılacak açık artırma masraflarının altında kalması hallerinde, Hâkim açık artırmaya gerek olmaksızın ve hatta alacaklıya ihtar yapılmaksızın satışa izin verebilir, düzenlemesine*” yer verilmiştir. Anılan maddede sayılanların dışında satışın yapılacağı zamanı, yeri ve şeklini belirleme yetkisi Hukukumuzda hâkime tanımıştır. Hatta, alacaklıya ihtarın gerek olmadığı hallerde TBK m. 108/2 uyarınca “*Hâkim pazarlık usulüyle de satışa izin verebilir. Ancak, kural olarak satışın açık artırma yoluyla yapılması gerekir. Satış sadece icra dairesi kanalıyla yapılması zorunlu olmayıp, mahkemece belediye mezar salonu dahil vb. yerlerde hâkim satışın yeri ve zamanını ilan ettirerek satışın yapılmasını sağlayabilir*”. TBK m. 274 vd. hükümlerinde görüleceği üzere icra dairesi dışında açık artırma yoluyla satışın yapılabileceğine yer verilmiştir.¹³¹

2.3.2.2.7. Satış sonrası paranın tevdi edilmesi

Satış gerçekleştikten sonra yüklenici hâkimden izin alınması ve satışa ilişkin masrafları tevdi edilecek bedelden düşer. Bu işlemler yapıldıktan sonra yüklenici satış

¹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 386; ANTALYA, s. 204; ÖZAY, s. 250.

¹³¹ ÜÇER, s. 210; KOÇ, s. 255; OĞUZMAN/ÖZ, s. 386; ÖZAY, s. 253.

bedelini İdarene teklif edebileceği gibi, tevdi yerine de bedeli tevdi edebilir veya takas şartları var ise bu hakkını da kullanabilir. Yükleniciyle İdare adına satışı gerçekleştiren satış yeri arasındaki ilişki kamu kurumu ise kamu hukukuna ilişkin kurallar, özel hukuk kişisi olması halinde kuralların uygulanacağına dair görüş de mevcuttur. Eserin satılmış olması yükleniciye borçtan kurtarmaz, yüklenici satış bedelini tevdi ederek ancak sorumluluktan kurtulabilir.¹³²

Ticari satışlarda ise Alıcının temerrüt durumu TTK'nun 23/1-b'de "*...Alıcı mütemerrit olduğu takdirde, malın satışına izin verilmesini mahkemeden isteyebilir. Mahkeme satışın açık artırma yoluyla veya yetkilendirilen kişi aracılığıyla yapılmasını karar verir. Satış giderleri satış bedelinden çıkarıldıktan sonra artan para, satıcının takas haklı saklı kalmak kaydıyla, satıcı tarafından alıcı adına bir ve banka bulunmadığı takdirde notere bırakılır ve durum alıcıya ihbar edilir...*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, alıcı temerrüde düşmesi halinde satıcı mahkemeden malın satışı için izin talep edebilir. Mahkeme de malın satışının açık artırma yoluyla veya görevlendirdiği kişi vasıtasıyla yapılmasını sağlayabilir. Satış giderleri düşüldükten sonra kalan para, satıcının takas hakları saklı kalmak kaydıyla, satıcı tarafından alıcı adına bir bankaya veya banka bulunmadığı takdirde notere tevdi olunur ve durumdan da alıcı haberdar edileceğini düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddeyle borçlar kanununda belirlenen koşulların, yani TBK m. 108/2'deki şartlar aranmaksızın açık artırma yoluyla satış koşulundan vazgeçilebileceği düzenlenmiştir.¹³³

2.3.2.3. Yüklenicinin dönme hakkı

Taraflar sözleşme yaparken ileride sözleşmeden dönme hakkını saklı tutabilecekleri gibi, sözleşmelerinde böyle bir düzenleme bulunmasa dahi, kanunda düzenlenen dönme haklarından sözleşmelerine uygun olanlarını uygulamak suretiyle sözleşmelerinden dönebilirler. Kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmeden dönme hallerinden; "borçlunun temerrüdü halinde" TBK m. 123-125, "satılanın ayıplı

¹³² EREN, s. 1046; OĞUZMAN/ÖZ, s.386; ÜÇER, s. 212; ÖZAY, s. 253 vd.

¹³³ ÜÇER, s. 212; ÖZAY, s. 253; KOÇ, s. 254.

çıkması halinde” TBK m. 227, “ifa güçsüzlüğü halinde” TBK m. 98 ve “alacaklının temerrüdü halinde borçlu” TBK m. 110-111. maddelerinde geçen dönme haklarını kullanabilirler.¹³⁴ Tez konumuz kamu ihalelerinde alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmeye ilişkin olması nedeniyle, TBK m. 110-111 maddelerinde geçen “borçluya tanınan dönme hakkı” kapsamındaki düzenleme ve görüşlerimize tezimizin içerisinde yer verilecektir.

Alacaklının temerrüdünde borçluyu borcundan kurtaran sadece tevdi ve satma hakları değil, yapma borçlarında dönme hakkı da borçluyu borçtan kurtaran düzenlemelerdendir. Önceki konularımızda incelemiş olduğumuz tevdi ve satma hakları verme borçlarında söz konusu olurken, dönme hakkı yapma borçlarında söz konusu olur. Bir başka deyişle, alacaklı temerrüdünün konusu verme borcu olmayıp, yapma borcuyla ilgili ise borçlu için sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Zira; yapmama borçlarında borçlu borcunu ifa edebilmesi için alacaklıyla iş birliği yapmasına gerek bulunmaması nedeniyle alacaklının temerrüdünün mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.¹³⁵

TBK m. 110’da “*...Borcun konusu bir şeyin konusu teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir...*” düzenlemesi mevcuttur. Anılan maddeyle söz konusu edilen borç konusu edilen şeylerin tevdi veya satma hakkı gibi nihayetinde itibariyle konusu teslimi elverişli olmayıp, konusu yapma borcuna ilişkin olması halinde alacaklı temerrüde düşmesi halinde, kanun koyucu, borçluya sorumluluktan kurtulabilmesi için sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır.¹³⁶ Ne KİK, ne KİSK ve nede ikincil mevzuatımızda yüklenicinin sözleşmeden dönmeye ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, sadece KİSK’nun “Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” başlıklı 19. maddesinde “*sözleşmenin yapıldıktan sonra mücbir sebep dışında yüklenicinin mali acz içine düşmesi gerekçelerini belirterek yazılı olarak bildirmesi halinde sözleşmenin feshi düzenlenmiştir*”. Bu düzenlemede de, alacaklı idarenin temerrüdü halinde

¹³⁴ ÜÇER, s. 218; KOÇ, s. 262.

¹³⁵ KILIÇOĞLU, s. 857; KOÇ, s. 266; ÖZAY, s. 257.

¹³⁶ KILIÇOĞLU, s. 857; KOÇ, s. 264.

sözleşmeden dönme hakkına ilişkin düzenleme mevcut değildir. Bu konuda sadece KİSK m. 36'da “...*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır...*” düzenlemesi mevcuttur. Bu maddeden hareketle idarenin temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmeden borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre dönebilir. Tabi ki, “yüklenici yapma borçlarına ilişkin olarak kesin vade durumları hariç”, TBK m. 123-125. maddeleri uyarınca işlem yapabilecektir. Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerde alacaklının temerrüdü halinde de uygulanabilecektir.¹³⁷

Yapma edimleri sadece eser sözleşmelerinde değil, iş görme ve vekâlet sözleşmelerin de söz konusu olabilir. İş görme sözleşmeleri bakımından işverenin temerrüdünü düzenleyen TBK m. 408'de “...*işveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimini kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu...*” geçen hükümde, işveren kusuruyla iş görme edimini engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi halinde işçinin oluşan bu zararlarını gidermek zorunda kalır. Nitekim, Yargıtay 9. HD. bir kararında, “*İşveren kusuruyla iş görme edimini engeller veya edimi kabulde temerrüde düşmesi halinde, işçi zararının giderilmesinin gerektiğine işaret etmiştir. TBK m. 512'de vekâlet veren ve vekile her zaman sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmişken, uygun olmayan bir zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın, diğer tarafın zararını gidermekle yükümlü olduğu da*” belirtilmiştir.¹³⁸

Yargıtay 9. HD.'nin bir ilamında “...*devir kural olarak taraflara iş sözleşmesinin fesih hakkı vermemektedir. Somut uyuşmazlıkta davacı işyerinde hekim olarak çalışmakta olup, iş sözleşmesi feshedilmeden davacının bilgisi dışında devredilmiş ve işyeri nakledilmiştir. Davacı iş görme edimini davalıların tutumu nedeni ile yerine getirememiştir. İşveren kusuru ile iş görme edimini engellemiş ve edimi kabulde temerrüde düşmüştür. İş sözleşmesi feshedilmediğine göre davacının talebi de dikkate alınarak temerrüt nedeni ile işçiye ödenmesi gereken ücret 6098 Sayılı TBK. 408. Maddesi kapsamında belirlenmeli (İşçinin engellemek sebebi ile yapmaktan*

¹³⁷ KILIÇOĞLU, s. 857; TEKİNAY vd., s. 1128.

¹³⁸ ÖZAY, s. 227.

kurtulduğu giderler ile başka iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar indirilerek) ve sonucuna göre karar verilmelidir. Temerrüt nedeni ile ödenemeyen ücret alacağının yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır... ” şeklindedir.

Dönme konusuna geçmeden önce dönmeyle fesih arasındaki farkın açıklanmasının yararlı olacağını düşünüyoruz. Gerek dönme ve gerekse fesih halinde tarafların borçları sona ermektedir. Dönme ani edimli sözleşmelerde sözkonusu iken, fesih sürekli bir borç ilişkisini kanunun öngördüğü nedenlerle tek taraflı bir beyanla ve ileriye dönük olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkı sadece iki tarafa borç yükleyen borç ilişkilerinde, Fesih her türlü sürekli borç ilişkilerinde sözkonusu olabilir. Dönme ifa edilmiş edimlerin iadesi borcu doğururken, henüz ifa edilmemiş edimlerden taraflar kurtulur. Fesih sürekli borç ilişkilerini geleceğe yönelik olarak sona erdirir. Sözleşmeden dönmeye sadece olumsuz zararların tazmini istenirken, fesih sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi nedeniyle olumlu zararların tazminini öngörür, nitekim; TBK m. 126’da “*borçlunun temerrüdü halinde sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi halinde oluşan zararlarını isteyebilir*”.¹³⁹ Burumda idarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde TBK m. 110’daki düzenleme uyarınca “*yüklenici borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir*”.

2.3.2.4. Sözleşmeden dönmenin sonuçları

2.3.2.4.1. Genel olarak

TBK m. 110’na göre “*İdare alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçlu sözleşmeden dönme iradesini ortaya koyup bu iradesini İdarene halinde tebliğ ettiği takdirde, borç ilişkisi sanki baştan itibaren hiç kurulmamış gibi önceki durumuna döner. Borçlu, dönmeyle ifa edilmeyen edimlerine yerine getirmekten kurtulur. İfa edilen edimler iade ve karşılıklı anlaşmalar yapılabilir. Şayet, bu sözleşmeden*

¹³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 465; KOÇ, s. 268; ÜÇER, s. 224-226.

dönmeyle borçlu tarafın bir zararı oluşması halinde menfi zarar olarak adlandırılan bu zararlarını İdarenden talep hakkı bulunmaktadır”¹⁴⁰

Alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmenin sonuçlarını; ifa edilmeyen edimler, ifa edilen edimler ve menfi zarar bakımından aşağıda açıklamaya çalışacağız.

2.3.2.4.2. İfa edilmemiş edimler bakımından

Dönme iradesi varması gerekli bir irade beyanıyla kurulur ve sonuçlarını İdarenin hakimiyet alanına ulaşmakla sonuçları kendiliğinden oluşur. Dönme beyanı İdarene ulaşana kadar yapılan işler geçerliliği korur, İfa edilmemiş edimlerin ifası ortadan kalkar. İfa edilmiş edimler yönünden ayıp veya eksikler söz konusu olmazsa yüklenicinin menfi zararlarına ilişkin talep hakkı da doğar.¹⁴¹

2.3.2.4.3. İfa edilmiş edimler bakımından

İdarenin temerrüdü nedeniyle yüklenicinin sözleşmeden dönmesi halinde taraflardan her biri yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesini talep edebilirler. *“Sözleşmeden dönmenin hukuki niteliği itibarıyla klasik teori, kanuni borç ilişkisi teorisi, aynı etkili dönme teorisi ve yeni dönme teorisi olmak üzere dört farklı görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden yeni dönme teorisine göre dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermeyip bir tasfiye ilişkine dönüşür ve ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalkacağı, ifa edilen edimlerin ise iade borcu haline alacağı savunulmuştur.”* Bizim de katıldığımız yeni dönme görüşüne göre ifa edilmiş edimlerin iadesiyle taraflar arasındaki sözleşmenin yapılmasından önceki duruma yeniden dönüş olur. Şayet, iade edilecek edimlerle semerelerin iadeleri aynen mümkün olmaması halinde bunların piyasa değeriyle para olarak iade edilmesi gerekir. İadeye konu edimin iadesi, iade borçlusunun kusuruyla imkânsızlaşmış ise bu durumda TBK m. 112 ve “kusursuz imkânsızlığa ilişkin” ise TBK m. 117 maddesi

¹⁴⁰ ÜÇER, s. 227; KOÇ, s. 270.

¹⁴¹ KOÇ, s. 270; ÜÇER, s. 227.

“uygulanmalı ve edim konusu eser dönmeden önce hasara uğramış ise bununda parasal değerinin geri verilmesinin” gerekir.¹⁴²

2.3.2.4.4. Menfi zarar bakımından

Alacaklının temerrüdü halinde borçluya verme ve satma haklarından başka yapma borçlarında sözleşmeden dönme hakkın tanınmıştır. Alacaklının temerrüdü nedeniyle de borçlunun dönme hakkına ilişkin TBK m. 100’de “...*alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir...*” düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu madde aynı zamanda sözleşmeden dönme halinde borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemelere yollamada bulunmuştur. Borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemelerde Hukukumuzda TBK m. 117 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁴³

Alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlunun sözleşmeden dönmesi halinde borçlunun talep zararlara ilişkin açıklamalarımız Tezimizin Üçüncü Bölümünde inceleme konusu yapılmıştır.

¹⁴² ÜÇER, s.228; KOÇ, s. 272.

¹⁴³ KILIÇOĞLU, s. 857; ÜÇER, s. 229 vd; KOÇ, s. 273.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE YÜKLENİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

3.1. Genel Olarak

KİSK'nun 19. maddesinde “*Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi*”nin koşulları düzenlenmiştir.¹⁴⁴ Bu 19. Maddede “*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*” hükmünde düzenleme mevcuttur. Bu maddede geçen fesih gerekçesi yüklenicinin mücbir sebep halleri dışında mali acz halinde olmasından dolayı edimini yerine getirememesi halinde idare tarafından yapılacak olan işlemlere ilişkin düzenlemedir. Oysaki, tez konumuz yüklenici edimlerini tam olarak yerine getirmesine rağmen, idarenin ifaya yanaşmaması nedeniyle yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaya yönelik alacaklı temerrüdünün koşul ve sonuçlarına ilişkindir. Borçlandığı edimleri eksiksiz olarak yerine getiren yüklenicinin edimin ifası için İdareye başvurduğunda, idarenin haksız bir şekilde edimin ifasını kabul etmeyerek alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde, yüklenicinin sözleşmeyi feshedip edemeyeceği ve hangi yasal yollara başvuracağı konularını içermektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere idarenin temerrüdü halinde KİSK'nda yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi ve mağduriyetini gidermesine ilişkin bir düzenlemenin olmaması nedeniyle, yüklenici ancak KİSK m.36'nın yollamasıyla

¹⁴⁴ “*Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 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.*”.

TBK'nun alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerden yararlanmak suretiyle sözleşmeyi feshedebilir ve zararlarını talep edebilir.¹⁴⁵

3.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İdarenin Alacaklı ve Borçlu Sıfatıyla Temerrüdü

3.2.1. Genel olarak

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafta birbirinin hem alacaklısı hem de borçlusu durumdadırlar. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında karşılıklı ilişki bulunmaktadır. Edimlerinin böyle birbiriyle değişim ilişkisine de “synallagma”¹⁴⁶ denilir. Satım veya eser sözleşmesi gibi sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

KİS'nde bir tarafta idarenin, diğer tarafta yüklenicinin bulunması nedeniyle tarafların karşılıklı olarak edim yükümlülükleri bulunduğu gibi, sözleşme hükümleri uygulanırken de eşit hak ve yükümlülükler sahiptirler.¹⁴⁷ Dolayısıyla tarafların eşit olduğunun temel ilke olarak kabul edildiği KİS'nde taraflardan biri haklı sebeplerle sözleşmeyi fesh etme hakkının bulunduğu söylenirken, diğer tarafında sözleşmeyi feshetmek hakkının bulunmadığını söylemek imkânsız olur.¹⁴⁸ Anılan Kanunun 4 üncü maddesinde eşitlik ilkesine aykırı düzenlemelere ihale dokümanında yer verilmeyeceği öngörülmüş olması nedeniyle, taraflar arasında imzalanan kamu ihale

¹⁴⁵ DEMİRBOĞA, s.175; BİLİR, s. 36; ÇAKIROĞLU, s. 28.

¹⁴⁶ EREN, s. 211; AKBAŞ, s.1 “...Taraflardan her biri sözkonusu borç ilişkisinde hem alacaklı hem de borçlu durumunda olmakla bir edim değişiminin sözkonusu olmaktadır. Dolayısıyla taraflardan her biri kendi borcunu ifa ile mükellef olmakla beraber, aynı zamanda diğer taraftan borcunu ifa etmesini isteyebilmektedir. Bu nitelikteki tam iki tarafa borç yükleyen akitlere karşılıklı (Sinallagmatik) akitler adı verilmektedir...”.

¹⁴⁷ “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun İlkeler Başlıklı 4. Maddesinde ...Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur...”.

¹⁴⁸ DEMİRBOĞA, s. 162.

sözleşmesinde belirlenen yükümlüklerin idare tarafından yerine getirilmemesi halinde yüklenici de sözleşmeyi fesh etme bulunmaktadır.

Taraflar arasında imzalanan KİS'nde taraflardan birisi mutlaka idare olduğu halde, yüklenici olarak tabir edilen diğer taraf gerçek kişi, şirket, adi ortaklık veya konsorsiyum da olabilir. Nasıl ki, yüklenici sözleşmeden kaynaklı edimlerini yerine getirmediği takdirde, idare sözleşmeyi fesih ve dönme gibi yaptırımlarla sona erdirilebiliyorsa, idarenin de yerine getirmesi gerekli edimlerine karşı aykırı davranması halinde yüklenicinin de sözleşmeyi sona erdirebilme hakkı bulunmaktadır.

KİS'nde idarenin taraflar arasında belirlenen yükümlülükleri yerine getirmemesi veya borca aykırılık teşkil edecek şekilde bir eylem içinde olması halinde yüklenici sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak, yüklenici taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeden önce ediminin ifası muaccel hale gelmeli ve ihtarla idareyi temerrüde düşürmeli veya idarenin temerrüde düşmüş olması gerekir. İdarenin temerrüde düşmesi alacaklının temerrüdü şeklinde olabileceği gibi, borçlunun temerrüde düşmesi şeklinde de olabilir. İdarenin gerek alacaklının temerrüdüne gerekse borçlunun temerrüde düşmesi hallerinde kusurlu olması şartı aranmadığı halde, yüklenici uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilmesi için sadece hukuka aykırılık yeterli olmayıp idarenin aynı zamanda kusurlu olması gerekir.¹⁴⁹ Bu sona erdirme hallerinden ayrı olarak idarenin kusurlu olduğu sonraki imkânsızlık ve kötü ifası hallerinde de yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirme hakkı bulunmaktadır.¹⁵⁰

KİSK'nda yüklenici tarafından sözleşmenin feshine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, bu konudaki boşluğun KİSK m. 36'daki atfı yoluyla TBK'nun temerrüde, feshe ve dönmeye ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bunun içinde öncelikle idarenin temerrüdünün şartlarının oluşması gerekir.¹⁵¹

¹⁴⁹ BİLİR, s. 93; KILIÇOĞLU, s. 920; EREN, s. 1048; ERGEZEN, s. 144.

¹⁵⁰ DEMİRBOĞA, s.162.

¹⁵¹ DEMİRBOĞA, s.162; BİLİR, s. 92.

Alacaklının temerrüdünde İdarenin alacaklının temerrüde düştüğü durumlarda, nasıl ki TBK'nun 106. vd. devamı maddelerine ilişkin düzenlemeler uygulamada yer bulmakta ise¹⁵², idarenin borçlunun temerrüdüne düştüğü durumlarda da KİSK'nda bu konuda hüküm bulunmaması nedeniyle, KİSK m. 36'daki TBK hükümlerine yollanmasıyla tamamlayıcı bir ilke olan TBK m. 470 vd. maddelerle "seçimlik haklara ilişkin" TBK m. 125 hükümleri uygulama alanı bulur.¹⁵³

3.2.2. İdarenin alacaklı sıfatıyla temerrüdü

KİS'nde, yüklenici tarafından sözleşme koşullarına uygun olarak ifası teklif edilen bir edim haklı bir neden olmaksızın idare tarafından kabul edilmez veya gereken hazırlık fiillerinin yapılmasından kaçınılması halinde, idare alacaklının temerrüdüne düşmüş olur.¹⁵⁴ KİS'nde idarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi için gerekli şartlar; borç muaccel olmalı, borçlu ifayı sözleşme şartlarına uygun sunulmalı, alacaklı ifayı reddetmiş olmalı ve alacaklının ifayı haklı bir neden olmaksızın kabulden kaçınması şeklinde sayabilir.¹⁵⁵ Bu şartların gerçekleşmesiyle idare alacaklının temerrüdüne düşmüş olacaktır. Nitekim, Yargıtay 15. HD.'nin bir kararında¹⁵⁶ "*belirtildiği üzere idarenin alacaklının temerrüdüne düşebilmesi borcun muaccel olmalı, borçlu ifayı borca uygun şekilde sunmalı ve alacaklının haklı bir neden olmadan reddetmiş olmasının gerektiği, şeklinde gerekçeye*" yer verilmiştir.

¹⁵² KILIÇOĞLU, s. 846 vd.; EREN, s. 1035; OĞUZMAN/ÖZ, s. 375.

¹⁵³ KAPLAN, s. 375; DEMİRBOĞA, s. 181.

¹⁵⁴ DEMİRBOĞA, s. 176.

¹⁵⁵ KILIÇOĞLU, 847 vd.; EREN, s.1035 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 375.

¹⁵⁶ "Y. 15. HD. 23.10.2014 T. ve E. 2014/594, K. 2014/6018 sayılı ilamında ...Alacaklının temerrüdü, mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 90. (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 106.) vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Öğretide alacaklının temerrüdü, borca uygun şekilde borçlu tarafından teklif edilen edimin haklı bir nedene dayanmaksızın alacaklı tarafından kabul edilmemesi olarak, bir başka anlatımla; yapılacak veya verilecek şey usulüne uygun kendisine arzedildiği halde alacaklının haklı bir nedeni olmaksızın onu reddetmesi veya borçlunun borcunu ifa edebilmesinin daha önce alacaklı tarafından yapılması gereken işlemlere bağlı olması halinde, alacaklının gereken işlemleri yapmaktan kaçınması olarak tanımlanmakta, koşulları; a) Borç muaccel olmalı, b) Borçlu ifayı borca uygun şekilde teklif etmiş olmalı, c) Alacaklının ifayı haklı bir nedene dayanmaksızın reddetmiş olmalı, şeklinde sayılmaktadır..."

Öte yandan; TBK m. 106'da, "...*yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur...*" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

TBK'muzda "alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler" TBK m. 106-111 arasında düzenlenmiştir. Alacaklının temerrüdünün şartlarının oluşması, borçlunun edimlerini yerine getirmeye hazır olmasına karşılık, alacaklının kendisinden beklenen ifayı haksız bir şekilde reddetmesi veya kabul etmekten kaçınması ya da alacaklının ifa fiilini katılmaması şeklinde gerçekleşebilir. Borçlunun usulüne uygun ifa fiil ve tekliflerine katılmayan alacaklıya borçlunun sonsuza denk katlanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Borçlunun usulüne uygun ifa teklifini kabul etmeyerek alacaklının temerrüdüne düşen idareye karşı, borçlu TBK m. 106 vd. maddelerinde yer alan verme, yapma veya yapmama haklarını kullanmak suretiyle sözleşmeden doğan sorumluluklardan kurtulma imkânına sahip olabilecektir.¹⁵⁷ KİSK'nda alacaklının temerrüdüne ilişkin düzenlemelerin yer almaması nedeniyle, borçlu (yüklenici) KİSK'nun 36. maddesindeki yollamasıyla, TBK m. 106 vd. maddelerde yer alan haklardan yararlanmak suretiyle haklarını kullanarak sözleşmedeki sorumluluklarından kurtulabilme imkânına sahip olabilir.

Alacaklının temerrüdüne konu olan mal "verme" borçlarının konusunu oluşturuyorsa tevdi veya satışa konu olabilir, şayet alacaklının temerrüdüne konusu mal yapma borçlarının konusunu oluşturur ise, tevdi veya satış yerine sözleşmenin feshi gündeme gelebilir. Keza; Kamu ihale sözleşmesinin konusu da verme değil de yapma borçlarını içeriyorsa tevdi yerine borçlunun sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanabilir.¹⁵⁸ Borçlunun bu haklarını kullanabilmesi için belirlenen ve kesin bir vade yoksa, alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlu sözleşmeyi feshedebilmek için borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117 vd. hükümlerinden yararlanabilecektir. Bu

¹⁵⁷ EKMEK, s. 174; ERGEZEN, s.144 vd.; DEMİRBOĞA, s. 162.

¹⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 857.

durumda borçlu yüklenici sözleşmeyi feshedebilmesi için muaccel hale gelmiş yani ifa zamanı gelmiş bir borç için TBK m. 117/1 uyarınca *“borcun ifası için alacaklıya ihtar göndermesi ve makul bir süre vermesi, alacaklının ifa teklifine yanaşmaması halinde alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde, verme veya yapma borcunun durumuna göre borçlu TBK m. 107, 108 ve 110 uyarınca tevdi, satış ya da sözleşmeden dönme hakkına sahip olabilecektir”*.¹⁵⁹ Alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlu sözleşmeden döndüğü takdirde TBK m. 110’da uyarınca *“borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerden yararlanabilecektir.”*¹⁶⁰ Kamu ihale sözleşmesine tabi bir sözleşmede yüklenici sözleşmeyi feshedebilmesi için TBK m. 117 vd. maddeleri uyarınca ihtarla birlikte uygun bir süre vermesi gerekir. *Borçlunun alacaklıdan tazminat talep edebilmesi içinde alacaklının kusurlu olması gerekmektedir”*.¹⁶¹

İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi borçlu için yeterli olmayıp borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesi için ayrıca bazı önlemler alması gerekmektedir. Bu önlemler borç ilişkisinin konusuna göre değişmektedir. Şayet; *“sözleşme konusu mal verme borcuna ilişkin ise malın tevdi edilmesi söz konusu olabileceği gibi, verme ediminin satışı da gündeme gelebilir. Ticari mallarda borçlu tevdi yerine bizzat kendisi tayin edebilirken, ticari nitelikte olmayan mallar içinde bir şeyin tevdi yerini ifa yerindeki hâkime tayin ettirmesi gerekmektedir. Borçlu bu tevdi işlemlerini yaparken yapacak olduğu masraflar ve hasar dahil alacaklıya ait olmak üzere tevdi ederek borcundan kurtulabilir”* (TBK m. 107). Sözleşme konusu edim tevdiye elverişli değilse, borçlu bu edimi satarak bedelinin tevdi edip alacaklıya haber vermek suretiyle de sorumluluktan kurtulabilir. Bunun içinde satış konusu olan edimin tevdiye elverişli olmaması, satışın alacaklıya ihbar edilmesi ve mahkemeden satış için izin alınması gerekmektedir. Satış konusunda da yüklenici kendiliğinden satışa karar veremez, satışa ve satışın şekline mahkeme karar verir.¹⁶²

¹⁵⁹ ERGEZEN, s. 148.

¹⁶⁰ “Y. HGK. 12.02.1986 T. ve 1986/15-42-134 esas ve karar sayılı ilamında Eser sözleşmelerinde yüklenici alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğü takdirde, sözleşmeden dönme hakkını elde eder. Burada borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler, alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır”.

¹⁶¹ KILIÇOĞLU, s. 857; EREN, s. 1048; OĞUZMAN/ÖZ, s. 387.

¹⁶² KILIÇOĞLU, s. 852; DEMİRBOĞA, s. 179; EREN, s. 1045; OĞUZMAN/ÖZ, s. 383.

KİS karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmeler olması nedeniyle hem borçlu hem de alacaklı sözleşmeden kaynaklı edimlerinin ifası için kendi yükümlülüklerinin yerine getirmeleri için hazırlıklı olmaları gerekir. Örneğin; borçlu yüklenicinin kendi edimini ifa etmesi için sözleşmede öngörülen sürenin gelmesi ve kendisi tarafından yapılması gereken ifaya ilişkin tüm hazırlık hareketlerinin tamam olması gerekir, aksi halde idarenin temerrüdü söz konusu olamaz. Bu nedenle yüklenici edimini sözleşmeye uygun olarak idareye teklif etmiş olmalı ve idarenin de ifanın kabulü için gerekli hazırlık hareketlerini yapmış olması gerekir. Borçlu yüklenici usulüne uygun olarak ifayı teklif etmesine rağmen idare haksız bir şekilde ifayı kabulden kaçınırsa veya ifa için gerekli hazırlıkları yapmazsa idare alacaklının temerrüdüne düşmüş olacaktır.¹⁶³ Alacaklının ifayı kabul etmemesi herhangi bir şekle bağlı olmasa da ispat yönünden borçlu edimini ifa ettiğine dair alacaklıdan belge talep edebilir. Alacaklının edimi kabul etmesi şekle bağlı olmasa da KİK'ndan kaynaklanan işlerde idare ifanın kabulüne ilişkin geçici kabul veya kesin kabul gibi borçlunun edimini yerine getirdiği kesin kabul ile olanaklı olup İdare Yapı İşleri Genel Şartnamesi kabule ilişkin hususları düzenlemiştir.¹⁶⁴ İdarenin ifayı kabul etmemesi verme borçlarında borçlu tarafından teslimi gereken edimi teslim almaktan kaçınması, yapma borçlarında da yapılan işin kabul edilmemesi şeklinde kendisini gösterir.

3.2.3. İdarenin borçlu sıfatıyla temerrüdü

“Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan KİS’nde borçlunun temerrüdü hem idare hem de borçlu açısından meydana gelebilmektedir. KİS’nden doğan borcunu idare yerine getirmediği takdirde belirli bir vade yoksa idarenin temerrüdü için ihtar gerekir” (TBK m. 117).¹⁶⁵ İdarenin kamu ihale sözleşmesinden doğan borçları nedeniyle borçlunun temerrüdüne düşmesi için sözleşmedeki hükümler uyarınca borcun muaccel olması gerekir. Şayet, sözleşmede muacceliyete ilişkin düzenleme bulunmaması halinde TBK m. 90 vd. maddelerindeki hükümler dikkate

¹⁶³ KILIÇOĞLU, s. 849; EREN, s. 1033, OĞUZMAN/ÖZ, s. 375; DEMİRBOĞA, s. 176.

¹⁶⁴ KILIÇOĞLU, s. 849.

¹⁶⁵ DEMİRBOĞA, s. 180.

alınarak muacceliyet şartları belirlenebilecektir.¹⁶⁶ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında¹⁶⁷ günü gelmiş bir borç ifa edilmediği takdirde borçlunun temerrüdü ve ifa edilebilir bir borcun ifası kabul edilmezse de alacaklının temerrüdünün oluşacağı gerekçesine yer verilmiştir. Muacceliyet sadece borcun istenebilir hal geldiğini göstermekte olup, borcun zamanında yerine getirilmediğinin ise ayrıca bir ihtarla borçluya bildirilmesi gerekmektedir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün koşullarından olan borcun muaccel olması, alacaklının ihtarı ve borçlu idarenin kusurunun aranmamasına ilişkin genel şartların yanında, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi içinde özel şartlarında bulunması gerekmektedir. KİSK'nda idarenin temerrüdüyle ilgili bir düzenlemenin yer almaması nedeniyle KİSK m. 36'nın atfıyla TBK m. 117'yle birlikte, TBK m. 123 ve 125'in hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.¹⁶⁸

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan KİS'nde belirli veya belirlenebilir ya da kesin vade yoksa borç muaccel hale geldiğinde kural olarak idareye borcu yerine getirmesi konusunda son bir uygun bir süre verilmesi yerinde olacaktır. Nitekim; TBK m. 123'te "*...borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verilebilir veya uygun bir sürenin verilmesini hâkimden isteyebilir...*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye istinaden borçlu ya kendisi için özelliğine göre makul bir süre belirleyerek bu sürede borcun yerine getirilmesi ister ya da uygun bir sürenin verilmesini mahkemeden talep

¹⁶⁶ KILIÇOĞLU, s. 870 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 485; DEMİRBOĞA, s. 180.

¹⁶⁷ "İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. HD. 30.11.2018 T. ve E. 2017/2134, K. 202018/1855 sayılı kararında *...İfa zamanı en çok kullanılan anlamı ile TBK. m. 90 vd'da ifade edildiği üzere, alacaklının borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkanının başladığı anı ifade eder. Bu andan sonradır ki borçlu, alacaklının ifa talebine uymak zorundadır. Bu anlamda ifa anının gelmesine borcun muaccel olması (borcun güncelleşmesi = Exigibilite, Faelligkeit) denilir. Alacaklı ancak bundan sonadır ki alacağını dava edebilir, alacak için zamanaşımı bu andan itibaren işlemeye başlar" (M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz - Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Cilt 1 - 14. Bası - Sayfa 313 vd.). "İfa zamanı (günü) gelmiş borç, alacaklı tarafından ifası talep edilebilir "muaccel" borç demektir; aynı zamanda borçlu tarafından "ifa edilebilir" borç anlamına da gelir. Günü gelmiş (muaccel) borç ifa edilemezse borçlu temerrüdü, ifa edilebilir borcun ifası kabul edilmezse alacaklı temerrüdü oluşabilir. Demek ki muacceliyet borçlu temerrüdünün, ifa edilebilirlik alacaklı temerrüdünün ön koşuludur..."*

¹⁶⁸ DEMİRBOĞA, s. 181.

edebilir.¹⁶⁹ Burada önemli olan sözleşmenin ifası için yüklenici tarafından idareye verilen sürenin makul olmasıdır, idarenin borcunu ifa etmesinde ne kadar sürenin gerektiği konusunda bir hüküm bulunmamakta olup TBK m. 123'te idareye verilecek mehilin idarenin edimini ifa etmeye uygun olmalıdır, aksi halde idare borçlunun temerrüdü oluşmaz.¹⁷⁰

“Yüklenici muaccel hale gelmiş bir borcun ifası için idareye vermiş olduğu sürede, idare borcunu ifa etmediği takdirde, temerrüd oluşacağından yüklenici seçimlik haklarını kullanabilir. Keza; süre verilmesini gerektirmeyen bir durum veya kesin vade söz konusu ise yüklenici doğrudan seçimlik haklarını kullanabilir” (TBK m. 124). Bu durumda seçimlik hak olarak yüklenici her zaman gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını isteyebilir, ancak yüklenici bu şartların dışında ifayı reddederek müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilir.¹⁷¹

KİS'nden doğan borçlarda idare hem alacaklı hem de borçlu durumda olabilmektedir. Bu nedenle, yüklenici tarafından KİS'nin feshinde idare hem alacaklının temerrüdü, hem de borçlunun temerrüdüne düşebilir. Bu her iki durumda da yüklenici bozucu yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi, sona erdirebilir.

3.3. İdarenin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Halinde Yüklenicinin Dönme Hakkını Kullanabileceği Haller

3.3.1. Genel olarak

Alacaklının temerrüdünde borçlunun borcu verme değil de yapma borcuysa borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. TBK m. 110'da *“borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir”* hükmün yollamasıyla borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, borçlunun temerrüdüne ilişkin

¹⁶⁹ DEMİRBOĞA, s. 182.

¹⁷⁰ DEMİRBOĞA, s. 182.

¹⁷¹ DEMİRBOĞA, s. 163; EKMEK, s. 93 vd.

hükümlere göre sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda yapma borçlarına ilişkin olarak temerrüdün koşulları oluştuğunda sözleşmeden dönen borçlu borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117 vd. hükümleri uyarınca oluşan zararlarını talep edebilir.¹⁷²

KİK kapsamında yapılan ihaleler sonucunda üzerinde ihale kalan istekli (yüklenici) idareyle aralarında sözleşme tasarısı ve varsa eklerini imzalamak suretiyle karşılıklı olarak edimlerinin ifa yükümlülüğü altına girmektedirler. Anılan sözleşmenin ifası sırasında yükleniciyle idare arasında uyumsuzluk çıktığı takdirde, KİSK ve YİĞŞ özel kanun olması nedeniyle öncelikle bunların hükümleri uygulama alanı bulur, şayet bu kanun ve şartnamelerde hüküm bulunmayan hallerde ise KİSK'nun 36. maddesinde yollamasıyla TBK'nun ilgili hükümleri uygulanır.

İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi genelde idarenin sözleşmenin ifası için gerekli hazırlıkları yapmaması, geçici ve kesin kabul işlemlerinde kabule yanaşmaması şeklinde olabileceği gibi, idarenin sözleşmenin ifası için hakkedişleri yükleniciye ödenmemesi nedeniyle kısmi temerrüt şeklinde de olabilir.¹⁷³

Gerek KİSK ve gerekse YİĞŞ'nde idarenin alacaklının temerrüdü durumuna düşmesine ilişkin hükümlerin bulunmaması nedeniyle, KİSK m. 36'nin yollamasıyla yüklenici TBK'nun uygulanabilen hükümleri doğrultusunda idareye karşı borçlunun temerrüde ilişkin seçimlik haklarını kullanabilecektir.

3.3.2. İdarenin ücreti ödememesi

KİS iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olması nedeniyle, taraflar karşılıklı olarak edim borçlarından dolayı alacaklının temerrüdüne düşebileceği gibi, borçlunun temerrüdüne de düşebilir. Şayet, taraflar arasında imzalanan sözleşmede edimlerin yerine getirilmesi konusunda kesin bir süre belirtilmemişse, kesin vadesi olmayan ve muaccel hale gelen bir borcun ifası için mutlaka karşı tarafa usulüne uygun bir

¹⁷² KILIÇOĞLU, s. 857.

¹⁷³ DEMİRBOĞA s. 177.

verilmelidir ki, karşı tarafta verilen bu süre içerisinde sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirebilmeli, şayet alacaklı taraf verilen mehile rağmen verilen sürede borcunu yerine getirmediği takdirde, aynen ifası yönünde ısrarcı değilse, alacaklı taraf seçimlik haklardan olan müsbet veya menfi zararı seçtiğini karşı tarafa bildirme hakkın sahip olur.

Taraflar arasındaki sözleşmede edimlerin yerine getirilmesi konusunda kesin vade bulunmaması halinde, yüklenici tarafından verilecek temerrüde ilişkin sürelerde ya mahkemeden uygun süre verilmesi talep edebilir ya da KİSK'nun 20. maddesi uyarınca *“yüklenicinin temerrüdü durumunda idare tarafından en az on günlük süre verileceği düzenlemesine karşılık yüklenici tarafından idareye verilmesi gereken sürede anılan madde hükmüne uygun olarak idareye süre verilebilir”*.¹⁷⁴

3.3.2.1. İdarenin geçici hakkeşleri ödememesi

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçlu idareye kural olarak bir mehil verilmesi gerekir. Mehil verilmesinin amacı borçluyu borcunu yerine getirebilmesi için bir imkân tanımaktır. İdare yönünden borçlunun temerrüdünün şartlarının oluşması bakımından öncelikle borcun muaccel hale gelmesi gerekir. Taraflar arasında kararlaştırılan kesin vade yoksa borçlu yüklenici öncelikle İdare idareye kural olarak bir ihtar göndermesi ve bu ihtarla birlikte uygun bir süre vermesi gerekir. Şayet, halin icabından ihtar çekmenin bir yararının olmayacağı anlaşıldığı hallerde, yüklenici idarenin borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar çekmesine de gerek bulunmamaktadır.¹⁷⁵ Bu durumlarda yüklenici doğrudan seçimlik haklarını kullanabilir.

İdarenin borçlunun temerrüde düşmesi borçlunun temerrüdünün şartlarının oluşması gerekir. İdarenin ücret ödeme borcunu zamanında yerine getirmemesi çeşitli nedenlerden kaynaklanmış olabilir. Mesela; *“kısmi teslim yapılmasına rağmen, kısmi ödemenin zamanında yapılmaması veya avans ödemesinin kararlaştırıldığı hallerde,*

¹⁷⁴ DEMİRBOĞA, s. 182.

¹⁷⁵ DEMİRBOĞA, s. 181; ERGEZEN, s. 141.

İdare tarafından ödemelerden yerine getirilmemesi hallerinde, yüklenici sonraki teslimleri ödemezlik def'i ileri sürerek yerine getirmekten kaçınabilir” (TBK m. 97). Şayet, ödemelerin gecikmesi sözleşmenin amacını tehlikeye düşürüyorsa yüklenici kısmen veya tamamen sözleşmeyi de sona erdirebilir.¹⁷⁶ Nitekim, TBK m. 479/2’de “Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur” hükmüne yer verilmiştir. Kısmi ödemenin gerektiği kısmi teslimlerde veya avans ödemesinin kararlaştırıldığı hallerde, bu ödemelerden birinin yerine getirilmemesi halinde yüklenici sonraki teslimlerden ödemezlik def'ini ileri sürerek kaçınabilir.

Ödemezlik def'i ara hakedişler içinde söz konusu olabilir. Ancak, taraflar aralarındaki sözleşmede hakedişin ait olduğu iş kısmına göre ödeme yapılacağı kararlaştırılmadığı takdirde, iş tamamlanmadıkça İdare de ödemezlik def'i ileri sürerek hakedişi ödemekten kaçınabilir. Şayet, ödemeler avans hakediş yani önceden kısmi ödeme yapılması şeklinde kararlaştırılmışsa, İdare burada da ödemezlik def'i ileri süremez. Bu durumda da yüklenici yapmadığı iş kısmı için hakedişin ödenmesini dava edebilir veya işi durdurabilir.¹⁷⁷

KİS’nde taraflar arasında imzalanan sözleşmede (sözleşme tasarısında) hak edişlerin nasıl ve ne zaman ödeneceğine dair düzenlemelere yer verildiği gibi, Birim fiyat esasına göre yapılan iş bedellerinin ödenmesi de, YİĞŞ’nin “Geçici hak ediş raporları” Başlıklı YİĞŞ’nin madde 39’da geçen düzenlemeler doğrultusunda hazırlanmaktadır. Anılan düzenlemede “geçici hak ediş raporlarının düzenleme şekli, yüklenicinin nasıl ihtirazi kayıtlı koyacağı ve kesintilere ait detaylara yer verilmiştir. Anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yapılan işlerin bedelleri de ihale dokümanında öngörülen ilerleme yüzdeleri üzerinden öngörülen ilerleme yüzdeleri üzerinden sözleşmesinde ve eklerinde yazılı esaslara göre belirlenir” (YİĞŞ m. 39/2)

Birim fiyat esaslı sözleşmelerde iş bedeli teklif cetvelinde yazılı veya sonradan düzenlenen yeni birim fiyatıyla metrajlarından hesaplanan iş kalemi miktarlarının

¹⁷⁶ ERGEZEN, s. 141; KARACA, s. 82.

¹⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU vd., s.63 vd.; BİLİR, s. 69.

çarpımı yoluyla bulunarak yapılacak kesintiler düşüldükten sonra kalan bedel yükleniciye ödenir yükleniciye ödenen bu bedel kesin ödeme niteliğinde değildir ve hakkeşlerde yer alan metrajlar, yeşil defter¹⁷⁸ ve ekleri de gösterilir.¹⁷⁹

“Geçici hak ediş raporları sözleşme ve eklerinde aksine bir hüküm yoksa yüklenicinin başvurusu üzerine her ayın ilk beş işgünü içinde düzenlenir. Şayet, yüklenici başvurmadığı takdirde idare, en çok üç ay içinde tek taraflı olarak hak ediş düzenleyebilir. Gelecek yıllara sari olmayan sözleşmelerde yaptırılan işler için, son hakkeş raporu bütçe yılının sonuna rastlayan ayın yirminci günü düzenlenir” (YİĞŞ m. 39/4-a).¹⁸⁰

“Gerçekleştirilen işle o tarihteki ihrazat miktarları yapı denetim görevlisi ve yüklenici veya vekiliyle birlikte ölçülerek rapora dahil edilir. Bildirildiği halde yüklenici/vekili hazır bulunmadığı takdirde yapı denetim görevlisi ölçümü tek başına yaparak hakkeş raporunu düzenler ve yüklenicinin bu husustaki itirazları kabul edilmez. Hakkeş raporu düzenlendikten sonra bir hafta içinde yüklenici raporu imzalamazsa yapı denetim görevlisi hakkeş raporunu idareye gönderir ve rapor yüklenici tarafından imzalanıncaya kadar idarece hiçbir işlem yapılmaksızın bekletilir. Yüklenici hakkeş raporlarını zamanında imzalamazsa ödeme de meydana gelecek gecikmeden dolayı hiçbir şikâyet ve istekte bulunamaz” (YİĞŞ m. 39/4-ç). İki tarafça da imzalanmış bulunan rapor tahakkuk işlemi yapılınca kadar yetkili makamlarca düzeltilebilir.

“Yüklenicinin hakkeş raporuna itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakkeş raporunu ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hak ediş raporunun ‘İdareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı’ cümlesini yazarak imzalaması gerekir.

¹⁷⁸ AYDEMİR, s. 218, dipnot 90 “Yeşil defter, her gün yapılan imalatların metrajlarının kaydedildiği defterdir”.

¹⁷⁹ AYDEMİR, s. 218.

¹⁸⁰ BİLİR, s. 66 vd.

Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakkedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır” (YİGŞ m. 39/4-e).¹⁸¹

Her hakkediş tutarından, bir önceki hakkediş tutarı çıkarıldıktan sonra kalan tutar idarece ilgili mevzuata göre hesaplanıp katma değer vergisi de eklendikten sonra bulunan miktardan sözleşmelerde yazılı kesintiler, varsa yüklenicinin idareye olan borçları, cezalarla birlikte kanunen alınması gereken vergiler kesilir. Hakkediş raporu yüklenici veya vekili tarafından imzalandıkları tarihten itibaren en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, sözleşmesinde bu konuda kayıt yoksa otuz içinde tahakkuka bağlanır ve bu tarihten başlamak üzere on beş gün içerisinde de ödeme yapılır. Hakkediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılmaya kadar, yetkililer tarafından hakkediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere yüklenicinin bir itirazı olursa hakkedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçeyle yüklenici idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde, hak edişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.¹⁸² YİGŞ. m 39'daki düzenlemede *“hakkedişlerin yükleniciye ödeme süresinin başlangıcı hakkediş raporunun yüklenici veya vekili tarafından imzalandığı tarihe bağlanmışken, Tip Sözleşmelerde hak edişin yükleniciye ödeme süresinin başlangıcını hakkediş raporunun idarece onaylanması”* esas almıştır.¹⁸³ Tip sözleşmenin bu hükme ilişkin düzenlemesi üst norm olan YİGŞ.nin düzenlemesine uygun olmadığı kanaatindeyim.

Yukarıda bahsedildiği üzere geçici hak ediş raporu yüklenici veya vekili tarafından imzalandıktan sonra en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer sözleşmede bu hususta kayıt yok ise otuz gün içinde tahakkuka bağlanır ve bu tarihten başlamak üzere on beş gün içerisinde ödemesi yapılır. Şayet, Tahakkuka bağlanan hak ediş süresinde gereği gibi ifa edilmezse ve bu ifa edilememeden dolayı TBK m. 112 maddesi uyarınca *“idare kusurun kendisine yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe yüklenicinin bundan dolayı oluşacak zararlarından sorumlu olur”*. Anılan TBK m.112'de kusur sorumluluğu düzenlenmiş olup bunun ispatı içinde mevcut bir

¹⁸¹ BİLİR, s. 67; AYDEMİR s.218.

¹⁸² BİLİR, s. 67, AYDEMİR, s. 219.

¹⁸³ GÖK, s. 629.

sözleşme olmalı, bu sözleşmeyle yüklenilen borç gereği gibi yerine getirilmemeli, bu getirilmeme nedeniyle zararın oluşmalı ve borca aykırı davranışıyla zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

Muaccel hale gelmiş olan geçici hak ediş bedeli ödenmediği takdirde, yüklenicinin hak ediş bedelinin ödenmesi için idareye uygun süreli bir ihtar göndermesi gerekir, aksi halde idare yönünden temerrüt oluşmaz ve temerrüt oluşmadığı içinde yüklenici idareden faiz talebinde bulunamaz. Yargıtay 15. HD.'nin bir kararında; *“sözleşmede ödeme için öngörülen süre kesin bir vadeye bağlanmamışsa bu sürenin geçmiş olması borçluyu kendiliğinden temerrüde düşürmez ve temerrüt ihtarının gönderilmesinin gerektiğini karar vermiştir.”*¹⁸⁴ Keza, geçici hak ediş bedellerinin ödenmemesi devamlılık arz etmesi halinde yüklenici her geçici hak ediş için uygun süreli temerrüt ihtarı gönderebileceği gibi, ödemenin zamanında yapılmaması sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek nitelikte ise yüklenici sözleşmenin bütününe sona erdirilmesini isteyebilir ve bu durumda yüklenici TBK m. 125'te geçen seçimlik haklardan olan müspet veya menfi zararlardan birisini talep edebilir. Yüklenicinin TBK m. 125'e göre kullanabileceği seçimlik haklar¹⁸⁵ aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifa yerine müspet (olumlu) zararın tazmini ve sözleşmeden dönme ve menfi (Olumsuz) zararını talep edebilir. Ancak, yüklenicinin müspet ve menfi zararını talep edebilmesi için idarenin kusurlu olması gerekir”¹⁸⁶.

Yukarıda açıkladığımız gibi *“İdare olarak idare ödemede temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispat etmedikçe yüklenicinin zararını tazmin etmekle*

¹⁸⁴ “Y. 15. HD. 11.11.1989 T. ve E. 1999/866, K. 1999/4028 sayılı kararında; *Sözleşmede ödeme için öngörülen süre kesin bir vadeye bağlanmamışsa bu sürenin geçmiş olması borçluyu kendiliğinden temerrüde düşürmez. Borçlunun temerrüdü için ayrıca alacaklının ödeme ihtarı gerekir. Sözleşmeye göre İdare hakediş ödemelerinde makul sayılamayacak gecikmeye sebebiyet vermiş ve yüklenici bu gecikmeden ötürü yine makul sayılamayacak kredi kur farkı ve faiz ödemiş ise hakediş ödemelerindeki gecikme süresi kadar faizi aşan zararını İdareden talep edebilir. Başka bir deyişle hakediş ödemelerinde gecikme ile kullanılan kredilere ödenen kur farkı ve faiz zararı arasında uygun illiyet bağı olmalıdır”.*

¹⁸⁵ EK MEN, s. 131.

¹⁸⁶ ATALAY, s. 262; EK MEN, s. 134-135; AYDEMİR, s. 217.

yükümlüdür” (TBK m. 112). Yargıtay 15. HD. bir kararında¹⁸⁷ “borç gereği gibi ifa edilmediği takdirde ve kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceği durumlarda alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür, gerekçesine yer verilmiştir. Anılan Yargıtay kararında idare temerrüt durumunda olduğu takdirde yüklenicinin seçimlik haklardan olan aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunabileceği gibi, aynen ifadan derhal vazgeçip, talebi sözleşmeden kaynaklanan müspet zarar olabileceği gibi, menfi zararda olabilir. Yüklenici müspet zararını talep etmesi halinde sözleşme halen ayakta devam etmekle birlikte olumlu zararlarını talep edebilecektir. Müspet zarar kapsamına sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar ve kar kaybı da buraya girmektedir”.

Yüklenicinin sözleşmeden dönmesi halinde dönmeye bağlı olarak tarafların henüz ifa etmedikleri edimleri yönünden sorumlulukları sona erer, daha önce ifa edilmiş olanlar varsa bunların iadesi gerekir ve aynen ifasını talep hakkı sona erer.¹⁸⁸

3.3.2.2. İdarenin kesin hakkedişleri ödememesi

YİĞŞ'nin 40. maddesinde “birim fiyat esaslı sözleşmelere ilişkin kesin hak ediş raporu ve hesap kesilmesine ilişkin usul ve esaslara ilişkin düzenlemelere yer

¹⁸⁷ “Y. 15. HD. 08.04.2019 T. ve E. 2018/2267, K. 2019/1576 ilamında Türk Borçlar Kanunu 112. maddeye göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Düzenleme kapsamına göre tazminat istenebilmesi için alacaklının zarara uğramış olması gerektiğinden, uğranılmış bir zarar karşılığı olmayan miktara tazminat olarak hükmedilemez. Burada zarar kapsamı net ve gerçek zarar olarak düzenlenmiştir. Net ve gerçek zarar, malvarlığındaki gerçek eksilmeyi ifade eder. Bu nedenle müspet zararın tazmini halinde malvarlığının ulaşacağı değerin, sözleşmenin ifası halinde malvarlığının ulaşacağı değeri geçmemesi gerektiği gözetilerek hesaplama yapılmalıdır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun [125. Maddesi](#), sözleşmelerde; borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır: Bunlar; her zaman için ifa ve gecikme tazminatı isteğinde bulunma, derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteme ya da ifadan vazgeçip sözleşmeden dönerek menfi zararını isteyebilmedir. “Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir. Müspet zarar: Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi söz konusu olur...”.

¹⁸⁸ EK MEN, s. 136.

verilmiş” ve Şartnamenin 40/2 fıkrasında “*anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelere ve 3’ncü fıkrasında ise karma sözleşmelere ilişkin kesin hesap ve hakediş raporlarının düzenlenmesine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir*”.¹⁸⁹

Kesin hak ediş raporunun düzenlenebilmesi için öncelikle bu hak ediş dayanak teşkil edecek kesin metraj ve hesapların belirlenmesi gerekir. İşin geçici kabulünün yapılmasından itibaren altı ay içerisinde yapı denetim görevlisi ve yüklenici tarafından kesin metraj ve hesapların birlikte tamamlayıp imzalayarak idareye teslim etmek zorundadır. Bu hesapların yapılması sırasında çözüme bağlanmamış itirazlar varsa bunlarda incelenmek üzere hesaplarla birlikte idareye verilir.

Kesin metraj ve hesapların düzenlenmesi sırasında yüklenici veya vekili yapı denetim görevlisinin tebliğine rağmen hazır bulunmadığı takdirde yapı denetim görevlisi hesapları tek taraflı olarak hazırlar ve söz konusu altı aylık sürede idareye teslim eder ve bu aşamada hazırlanan kesin hesapları incelemesi için yükleniciye tebligat yapılır. Yüklenici kesin hesapları inceleyip itirazsız imzalarsa hesapların idarece incelemesine başlanılır. Şayet, yüklenicinin kesin hesaplara itirazı varsa atmış günlük inceleme süresi içerisinde yazılı olarak idareye bildirmek zorundadır, aksi halde kesin hesabı kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılır.

Kesin hesap ve kesin kabulün idarece onay tarihinin sonuncusundan başlamak üzere en geç otuz gün içerisinde idarece onaylanmış kesin hesaplara dayalı olarak yapı denetim görevlisi tarafından kesin hakediş raporu düzenlenir, yine bu rapora karşı itiraz var ise gerekçeleriyle YİGŞ m. 39’daki usullere göre idareye bildirir. “*Hesap kesme işleminde kesin hak ediş raporuna geçirilen bedellerden geçici hak ediş raporlarıyla ödenen miktarlar düşülür ve daha sonra geçici hak ediş ödeme usulleri çerçevesinde hak ediş yapılan ek ve kesintilerden sonra kalan tutar yüklenici veya vekiline ödenir. Şayet; hesap kesme işlemi sonucunda yüklenici idareye borcu kaldığı takdirde borcu genel hükümlere göre tasfiye edilir*” (YİGŞ m. 40).¹⁹⁰

¹⁸⁹ GÖK, s. 651 vd.

¹⁹⁰ GÖK, s. 651 vd.; AYDEMİR, s. 219-222, BİLİR s. 68-69.

Tez konumuzu ilgilendirmesi nedeniyle; İdarece kesin hak ediş raporu düzenlenip hesap kesildikten sonra yükleniciye ödenmesi gereken bir tutar olup bu tutarı ödenmediği takdirde kesin hesap alacağı borcun muaccel hale geleceğinden yüklenicinin TBK m. 117'e göre idareyi temerrüde düşürebilir. İdarenin borçlanılan ücreti ödemekte temerrüde düşmesi durumunda borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uyarınca yüklenici TBK m. 123-125'teki seçimlik haklardan birini veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.¹⁹¹

3.3.2.3. İdarenin malzeme sağlamaması

İdare olarak idarenin malzeme sağlama yönünden borçlunun temerrüdüne düşebilmesi için her şeyden önce taraflar arasında imzalanan sözleşmede idarenin malzeme sağlama yükümlülüğünü içeren edimlerin olması gerekir. İdarenin malzeme sağlama yönünden borçlunun temerrüdünden dolayı sorumlu olabilmesi için ifası mümkün olan borcun muaccel hale gelmesi ve malzemeyi sağlaması için kesin bir vade yok ise idareye bir temerrüt ihtarı yapması gerekmektedir.¹⁹²

İdareyle yapılan sözleşmeler karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler olması nedeniyle yüklenici, aynen ifa yerine olumlu zarar olan müspet zararı ve olumsuz zarar olan menfi zararlarının giderilmesini isteyebilir. Ancak, bu seçimlik hak olan müspet ve menfi zararları yüklenici idareden isteyebilmesi için İdarenin temerrüdü düşmede kusurlu olmasına bağlıdır.

Taraflar aralarında imzaladıkları sözleşmelerde yer aldığı takdirde idarenin malzeme sağlama borcundan ayrı olarak arazi teslimi, proje teslimi gibi idare tarafından sözleşmede kararlaştırılan edimler belirtilen şekil ve zamanda yerine getirilmediği veya teslim edilmediği takdirde, yukarıda da açıklandığı gibi borç idare yönünden muaccel hale geldiğinde kesin vade yoksa, yüklenici idareye edimin yerine getirilmesi için uygun süreli bir temerrüt ihtarı gönderebilir. Buna rağmen, idare

¹⁹¹ BİLİR, s. 68-69; BÜYÜKAY, s. 247.

¹⁹² KARACA, s. 79; EKMEK, s. 159-160.

edimini yerine getirmemezse yüklenici TBK m. 125 uyarınca seçimlik haklar olan müspet veya menfi zararını idareden talep edebilir.

3.3.3. İdarenin borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin seçimlik haklarını kullanması

İdarenin KİS’nden doğan borçlarını yerine getirmemesi halinde kendiliğinden temerrüde düşmez, kural olarak idarenin temerrüde düşmesi için yüklenicinin ayrıca temerrüt ihtarı göndermesi gerekir. Bir başka deyişle, idare yönünden temerrüdün oluşması için borcun muaccel olması yeterli olmayıp aynı zamanda borcun yerine getirilmesi için yüklenicinin idareye kural olarak temerrüt ihtarı göndermesi gerekir. Yüklenici idareye temerrüt ihtarı gönderirken idarenin edimini yerine getirebileceği kadar süre vermelidir. Aksi halde, yeterli süre verilmemesi halinde temerrüdün şartları oluşmaz. Borçlunun temerrüdünü düzenleyen bu genel şartların yanında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için özel şartlarında aranması gerekir.¹⁹³

KİS’nin taraflara karşılıklı ödevler yükleyen sözleşmeler olması ve KİSK’nda idarenin temerrüdüne ilişkin düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, KİSK 36. maddesinin yollamasıyla TBK m. 123 ve 125 bu noktada uygulama alanı bulur. Yüklenici temerrüde düşen İdarenden bedel borcunu her zaman ve temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faiziyle birlikte isteyebilir. Şayet, yüklenici bu bedel borcunu talep hakkını kullanmakla yetinmeyip diğer haklarını kullanacaksa ihtarla birlikte ek süre vermelidir. Nitekim, TBK m. 123’te “uygun bir süre” verilmesinden bahsetmekte olup yüklenici İdarene ya kendisi ya da hakim tarafından makul süre verilmesi talep ederek seçimlik haklarını kullanabilir. Ayrıca TBK m. 124’te ise “süre gerektirmeyen haller” sayılmış olup bu yüklenici bu hallerde süre vermeksizin doğrudan yüklenici TBK m. 125’teki “seçimlik haklarını” kullanabilir.¹⁹⁴ Bu durumda, karşılıklı edimleri içeren borç ilişkilerinde borçlardan birinin ifasında temerrüde düşülmesi halinde alacaklının yasal olarak seçim hakları doğmakta ve alacaklı seçim haklarını; aynen ifa ve gecikme

¹⁹³ DEMİRBOĞA, s. 181; DAYINLARLI, s. 168 vd.

¹⁹⁴ ÖZCAN, s. 153; EKMEK, s.116 vd.

zararının tazmini, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini isteme ve sözleşmeden dönüp menfi zararı isteme şeklinde kullanabilecektir.¹⁹⁵

3.3.3.1. Aynen ifa talebi

Borçlunun temerrüdünde eserin aynen ifası mümkün ise yüklenici idareden eserin ifasını talep edebilir. Bu durumda idare aynen ifayı talep edebildiği gibi, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise ondan ayrıca gecikme tazminatı ve kararlaştırılmış ise cezai şartta talep etme hakkı bulunmaktadır. İdarenin yükleniciden eserin aynen ifasını talep edebilmesi yüklenicinin temerrüde düşmüş olmasından değil, yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel hale düşmesinin bir sonucudur.

Bir eseri meydana getirme borcu olan yapma borcunda aynen ifanın zorlanıp zorlanamayacağı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre aynen ifa verme borçları bakımından söz konusu iken, diğer bir görüşe göre edimin ifası mümkün ise yapma borçlarında bakımından da borçlunun aynen ifaya zorlanabileceği yönündedir.¹⁹⁶ Bu yöndeki görüşümüz ise edimin ifası halen mümkün ise yapma borçları bakımından aynen ifasının zorlanmasıdır, aksi halde sadece yüklenici tarafından edimin yerine getirilebileceği işlerde Mahkemece hüküm verilmiş olsa dahi edimin icra marifetiyle yerine getirilmesi pek mümkün olmayabilir. Bu durumda mahkeme hükmü İdare tarafından icraya konulduğunda icra emrini yerine getirmeyen yüklenici hakkında İİK m. 343'e göre "*...lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir...*" düzenlemesi uygulanabilir. Uygulanacak olan bu tazyik hapsi ifanın yerine getirilmesini sağlamaz ise de, sadece borçlu üzerinde baskı unsuru olabilir.

Borçlu veya yüklenicinin kendisi tarafından yapılması gereken bir iş değilse, idare isterse mahkeme hükmüne konu olan işi icra müdürü vasıtasıyla masrafları mütemerrit yükleniciye ait olmak üzere bir başka yükleniciye yaptırılabilir. Uygulamada aynen ifa yoluna pek başvurulmamakla birlikte, TBK m. 113 uyarınca

¹⁹⁵ ÖZ, s. 93.

¹⁹⁶ ÖZ, s. 135.

“şartları var ise idare nama ifa yoluyla Mahkemeden yüklenici nam ve hesabına iş tamamlattırabilmektedir”.¹⁹⁷

3.3.3.2. Gecikme tazminatı

Yukarıdaki açıklamalarımızda borçlunun temerrüdü halinde alacaklı veya İdarenin aynen ifayı talep etmesi halinde yüklenici kendi kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, ayrıca gecikme tazminatı ve kararlaştırılmış ise cezai şartta talep edebileceğini açıklamıştır.

Eserin aynen ifasının talep edildiği hallerde yükleniciden gecikme tazminatı talep edebilir. Gecikme tazminatının talep edilebilmesi için geç ifayla birlikte meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olması gerekir. İdare para borcunda gecikmesi halinde kusurlu olmasının gerekmediği gibi, yüklenicinin ek süre vermesi de gerekmemekte olup İdare temerrüt faizinden sorumlu olur. İdare yönünden temerrüdün oluşabilmesi için bedel borcunun muaccel olması yeterli olmayıp TBK m. 117/f-1 uyarınca “*geciken iş sahibine karşı yüklenicinin kural olarak temerrüt ihtarını göndermesi gerekir, yüklenici idareye temerrüt ihtarında bulunmadığı sürece kural olarak yüklenici İdarenden ne temerrüt faizi ve ne de başkaca gecikme faizi talep edebilir*”.¹⁹⁸ Bu hale göre yüklenici tarafından gönderilen temerrüt ihtarında temerrüt faizinin başlangıç tarihi ihtarın İdarene vardığı, gönderilen ihtarında süre var ise sürenin sondan, eğer ihtar yoksa icra takibi yapılmışsa icranın başladığı veya dava açılmış ise davanın açıldığı tarihten itibaren temerrüt faizi işlemeye başlamış olur. Taraflar aralarında temerrüt faiz oranını kararlaştırmışlarsa, faiz borcunun doğduğu tarihteki yasal faiz oranı esas alınır.¹⁹⁹

Gecikme tazminatının bir özelliği bir tür müspet zarar olup, talep edildiği takdirde sözleşmeyi halen ayakta kalır. Bu müspet zararın amacı gerek idare ve gerekse yüklenici borcunu zamanında yerine getirmiş olsaydı veya eser zamanında

¹⁹⁷ KURT, s. 196 vd.

¹⁹⁸ ÖZ, s. 86; EK MEN, s. 122.

¹⁹⁹ EK MEN, s. 185.

teslim edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmektir. Borçlunun temerrüdünde idarenin gecikme tazminatı adı altında talep edebileceği kayıplar fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç olmak üzere iki temel grupta incelenebilirken, idarenin borçlunun temerrüde düşmesi halinde de yüklenici idareden aynı zararları, yani fiili zararlar yoksun kalınan kazancı talep edebilir. İdarenin temerrüdünde yüklenicinin gecikme tazminatı zararları ne olabileceğini değerlendirdiğimizde; İdarenin zamanında borcunu ödememe nedeniyle yüklenici üçüncü kişilere karşı kendi edimini yerine getirememesinden kaynaklanan zararlar olabilir.

3.3.3.3. Müspet zararın talep edilip edilemeyeceği

Sözleşmeden dönen alacaklının sadece menfi zararını talep edebileceği yönündeki baskın görüşe karşılık, azınlıkta kalan görüşe göre ise müspet zararın talep edebileceği yönündedir. TBK borçlunun temerrüdünün sonuçları emredici olmaması nedeniyle dönme halinde taraflar dönme halinde dahi müspet zararın tazmin edilebileceğinin kararlaştırılması halinde talep edilebileceği yönündedir ve bizde bu görüşe katılıyoruz. Yargıtay kararları da bu yöndedir.²⁰⁰

Müspet zarar konusu karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarından olan seçimlik haklar içerisinde TBK. m. 125'te ayrıca düzenlenmiştir. *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde süre verilmesi gerektirmeyen bir durumun olması, süre verilmesinin etkisiz olması veya kesin vadeli bir sözleşmenin bulunması halinde, alacaklı borçluya ihtar göndermeksizin veya süre vermeksizin doğrudan TBK m. 125'teki seçimlik haklarını kullanabilir”*.²⁰¹

Yukarıda açıkladığı şekilde taraflar arasındaki sözleşmede kesin vade yoksa, bir başka deyişle TBK m. 124'teki şartların bulunmaması halinde, alacaklı seçimlik haklarını kullanabilmek için yani sözleşmeden dönebilmek veya ifa yerine tazminat talep edebilmek için TBK m. 123 anlamında borçluya uygun bir ek süre vermek zorundadır. Verilen bu uygun sürenin sonunda borcun ifa edilmemesi veya diğer bir

²⁰⁰ KURT, s. 358

²⁰¹ KILIÇOĞLU, s. 875 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 559; KURT, s. 243.

sebeplerle temerrüt sona ermesi halinde alacaklı, sürenin bitmesi üzerine var olan ifa ve gecikme tazminatından ayrı olarak borcun ifa edilmemesi dolaylı müspet zararını veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir.²⁰²

TBK m. 125/2’de, “...alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir...” düzenlemesine yer verilmiştir. Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı dışında müspet veya menfi zarar kalemleri olan bu seçimlik iki haktan birini kullanma niyetinde ise dürüstlük kuralları gereği hakkı hakkını kullandığını borçluya hemen bildirmekle borçlunun zararının artmasına önlenmiş olur.²⁰³ Keza, alacaklı aynen ifayı reddedip müspet zarar talebinde bulunduğu takdirde aynen ifa da tazminat borcuna dönüşmüş olacaktır.²⁰⁴

Müspet zarar borcun ifa edilmemesinden doğan zarar olup, müspet zararın kapsamına talep eden alacaklı sözleşmeden dönmemiş olup, borçlu borcunu sözleşmeye göre ifa etmiş olsaydı alacaklının uğramayacağı tüm zararlar müspet zarar kapsamına girmektedir. Bir başka deyişle, müspet zararın kapsamına borçlunun sadece ifa etmediği edimin değeri değil, buna ek olarak temerrüt nedeniyle uğradığı ve gecikmeyle uygun illiyet bağı içinde bulunan tüm zararları girmektedir.²⁰⁵ Aynen ifadan vazgeçen alacaklı TBK m. 125/f-2’de ifadesini bulan “...borcun ifa edilmemesinden doğan zarar...” kavramının içerisine yüklenicinin seçimlik haklarını kullanırken yaptığı harcamalar, dava giderleri, cebri icra giderleri, temerrüt sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı ceza, tazminat, aşkın zarar, temerrüt sebebiyle ödenmek durumunda kalınan fiyat farkı, yüklenicinin kazanç kaybı yoksun kalınan kar da müspet zarar kapsamında kabul edilmektedir. Temerrüt nedeniyle borçlunun müspet zarar kapsamında uğramış olduğu zarar kalemlerini fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak adlandırabiliriz.

²⁰² OĞUZMAN/ÖZ, s. 539 vd.; EKMEN, s. 131.

²⁰³ KILIÇOĞLU, s. 913; OĞUZMAN/ÖZ, s. 540; ÖZ, s. 164.

²⁰⁴ EKMEN, s. 133.

²⁰⁵ KURT, s. 258; EKMEN, s. 134.

Fiili zararlar da İdare veya alacaklının eseri zamanında teslim alamaması nedeniyle aktifinde meydana gelen azalma olarak da adlandırabiliriz. Bu fiili zararlar; inşaat sözleşmelerinde İdare yapının kendisine teslim edilmemesi nedeniyle başka bir yere tazminat veya cezai şart ödemesi girebileceği gibi, vade tarihinden sonra kira ödemek zorunda kalması nedeniyle İdarenin uğradığı zararlar fiili zarar niteliğinde olan müspet zararlardır.²⁰⁶

Yoksun kalınan kar ise yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü bakımından idarenin yoksun kaldığı kar, temerrüt meydana gelmemiş olsaydı, idarenin mal varlığında meydana gelebilecek olan toplam artışı ifade etmektedir. Yoksun kalınan kar örnek olarak; İdarenin sipariş ettiği makinayı satıcının zamanında teslim etmemesi nedeniyle İdarenin üretime geçememesinden dolayı uğramış olduğu kazanç kabı veya yüklenici zamanında teslimi gerçekleştirememesinden dolayı İdarenin kendisine kalacak olan dairelerin kira getirisinden mahrum kalmasını yoksun kalınan kar kapsamında kaldığı zarar olarak değerlendirilebilir.²⁰⁷

Öte yandan; *“alacaklının borçludan müspet zararını tazmin edebilmesi borçlunun kusurlu olmasına bağlı olup müspet zarar talep eden alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda olmayıp, bilakis borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispatlamak zorunluluğu vardır”* (TBK m. 112), Buna karşılık *“temerrüt yüklenicinin kendi kusurundan değil de, yardımcı kişilerin fiilinden kaynaklandığında”* (TBK m. 116) yüklenici yardımcı kişinin fiili bakımından kendisine isnat edilebilecek zararda kusurunun bulunmadığını ispat etmek suretiyle müspet zarardan kurtulabilir.²⁰⁸

Müspet zarar talebinde yüklenicinin ifa etmediği borç sona ermemekte, bu borç sadece tazminat borcuna dönüşmektedir. Bu tazminat borcunun değeri bakımından farklı görüşler öne sürülmektedir. Bunlardan birincisi söz konusu borç olarak ifa edilmeyen edimin değerinin mi esas alınacağı, yoksa ifa edilmeyen edimin tamamının

²⁰⁶ KURT, s. 259; EKMEK, s. 134.

²⁰⁷ KILIÇOĞLU, s. 915; KURT, s. 260.

²⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 918; KURT, s. 261.

değil de işin tamamlanması gereken masraflarını kapsayan kısmının değerinin mi esas alınacağı konusunda görüşler mevcuttur. Bizim de katıldığımız görüşe, her zaman ifa edilmeyen edimin değerinin tamamının esas alınması hakkaniyete uygun düşmeyebilir, bu nedenle ifa edilemeyen edimde işin tamamlanması için gereken masrafların müspet zarar kapsamına alınması görüşündeyiz. Bu görüşümüz bir örnekle açıklayalım; arsa payı inşaat sözleşmelerinde işin tamamlanması için gereken masrafların yanında arsa payı da girmektedir. Buradaki arsa payının değeri İdarenin talep edebileceği müspet zarar kapsamında yükleniciden istenilmemeli ve hesaplamada bu ayrıntıya dikkat edilmelidir.²⁰⁹

İfa edilmeyen edimin değeri somut veya soyut yöntemle hesaplanabilir. İfa edilmeyen edimin değerini somut yöntemle hesaplanmasında alınan ölçü İdarenin ifa edilmeyen edimi bir başka yükleniciye yaptırdığında işin tamamlanması için ödemeyi taahhüt ettiği bedeli oluşturmaktadır. Havutçu, “*müspet zararının hesaplanabilmesi için eserin üçüncü kişi tarafından fiilen tamamlanmış olmasının şart olmadığını, İdarenin bu konuda üçüncü kişiyle bir sözleşme yapmış olmasının dahi yeterli olduğu kanaatini*” bildirmiştir.²¹⁰ İfa edilmeyen edimin değerinin soyut yöntemle hesaplayabilmesi için edimin konusunun borsa veya piyasa fiyatının bulunması gerekir. Piyasa fiyatı bulunan edimler bunlar piyasada belirli düzeyde ve belirli çevrede alışverişi yapılan hafriyat duvar örme ve benzeri işlerdir. Şayet ifa edilmeyen edimin piyasa fiyatı yoksa örneğin idarenin isteğine ve yüklenicinin kişiliğine ve verilen emeğe göre fiyatı belirlenebilir. Soyut yöntemde de ifa edilmeyen edimin değerinin hesaplanabilmesi için idarenin eseri üçüncü kişilere tamamlaması için gerekli olan piyasa ücreti esas alınır.²¹¹

3.3.3.4. Menfi zararın tazmini

Yukarıda açıklandığı üzere, aynen ifa talebinden vazgeçen idare, temerrüde düşen borçludan aynen ifa yerine müspet zararını talep edebileceği gibi, sözleşmeden

²⁰⁹ KILIÇOĞLU, s. 919; KURT, s. 265-268.

²¹⁰ KURT, s. 270; HAVUTÇU, s. 117.

²¹¹ KURT, s. 272.

dönerek menfi zararının tazminini de isteyebilir (TBK m. 125/2,3).²¹² İdare sözleşmeden dönmeyi seçerse sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Fesihle dönmenin etkileri farklı olması nedeniyle 6098 sayılı TBK m.125/2’de isabetli olarak fesih yerine isabetli olarak “dönme” terimi kullanılmıştır.

Alacaklı müspet zararını talep ettiğinde sözleşmeden vazgeçmediği halde, seçimlik hak olarak sözleşmeden dönmeyi tercih ettiğinde, hem ifayı reddetmekte hem de sözleşmeden vazgeçmektedir. Bu durumda alacaklı sözleşmenin dönme nedeniyle hüküm ifade etmemesinden dolayı oluşan zararının tazmini söz konusu olmaktadır. Alacaklı seçimlik hakkını dönme yönünde kullandığı takdirde sadece menfi zararını talep edebileceği gibi, dönme hakkını seçtiği için kendi edimini ifa etmekten kurtulur ve daha önceden ifada bulunmuş ise bunların iadesini talep edebilir.

Sözleşmeden dönme sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğuna göre, alacaklı borçlunun dönme anına kadar ifa ettiği edimleri talep edemez ise de, dönmeyle ilgili sonuç emredici olmamasından dolayı, taraflar borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeden dönme anına kadar ifa ettiği edimlerin alacaklıya ait olacağını da kararlaştırabilirler. Tarafların sözleşmeyle kararlaştırmış oldukları bu durum niteliği itibariyle bir ceza koşulu olarak ve TBK m. 181/1’in hükümleri uygulama alanı bulabilir.²¹³

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir. Diğer bir söyleyişle, idarenin sözleşmeden dönme hakkının varlığı için yüklenicinin kusurlu olması değil, gecikmenin haklı bir nedene dayanmamasıdır. Yüklenicinin kusurlu olması, idarenin sözleşmeden dönmeye bağlı olarak yükleniciden menfi zarar tazminatını talep edebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Şayet; borçlu temerrüde düşmekte

²¹² EREN, s. 1143.

²¹³ KILIÇOĞLU, s. 920.

kusurlu olmadığını ispatlayamadığı takdirde oluşacak menfi zarardan sorumluluğu doğar.²¹⁴

Menfi zarar kalemini alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle uğradığı zararlar olarak kabul ettiğimiz takdirde, alacaklının doğal olarak borçluluyla dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle uğradığı zararlarla arasında uygun illiyet bağı içerisindeki bütün zararları söyleyebilir.²¹⁵ Menfi zarar kalemleri de müspet zarar kalemleri gibi, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemlerinden oluşur.²¹⁶

Menfi zarar kalemi olan sözleşmeden dönmede fiili zarar olarak: Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, alacaklının sözleşmenin karşılıklı olarak ifa edileceği düşüncesiyle yaptığı harcamalar, alacaklının borçlunun edimini yerine getireceği inancıyla yaptığı bazı harcamalar, temerrüde düşürmek için çektiği ihtar masrafları, alacaklının sözleşmeden dönme nedeniyle üçüncü şahıslarla yaptığı sözleşmeleri ifa edememesi nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminat veya cezai şartlar ve benzerleri fiili zarar kapsamına girmektedir.²¹⁷

Sözleşmeden dönen alacaklının menfi zarar kapsamında uğradığı zarar sadece fiili zarar olmayıp, yoksun kalınan kar da bu zarar kapsamı içerisinde. Yoksun kalınan kar da dönülen sözleşmeden elde edilen kar değil, alacaklının mütemerrit borçluluyla yaptığı sözleşme nedeniyle bir başkasıyla sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edeceği kazancı ifade eder. Buradaki kar sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı farazi durumu getirmeyi amaçlanmaktadır.²¹⁸

Yoksun kalınan kar da sözleşmeden dönen alacaklı dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle benzer şartlarda başka bir sözleşme yapma fırsatını telafisi mümkün olmayan bir şekilde kaçırmakta ve kaçırdığı bu sözleşmesinin ifasına olan menfaati kadar bir zarara uğramaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin bir kararında,

²¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 921; EREN, s. 1147; KURT, s. 287; BUZ, s. 110.

²¹⁵ BUZ, s. 243.

²¹⁶ KURT, s. 360; BUZ, s. 244.

²¹⁷ EREN, s. 1148; OĞUZMAN/ÖZ, s. 413; BUZ, s. 244-245 vd.; KURT, s. 360-361.

²¹⁸ EREN, s. 1149; KURT, s. 361; BUZ, s.246-247.

sözleşmeden dönen alacaklının olumlu zararları hakkında düzenleme yoksa isteyemeyeceğini, dönmeyle olumsuz zararlarını talep edebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.²¹⁹ Şayet; sözleşmeden dönen alacaklı yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmeyi herhangi bir zarara uğratmadan telafi imkânı var ise bu durumda alacaklı sadece fiili zararını talep edebilecek ve yoksun kalına karını borçludan isteyemeyecektir. Bir örnek vermek gerekirse, sözleşmenin kuruluşundan çok kısa bir süre sonra alacaklı hemen sözleşmeden dönüp dönülen sözleşmede yaptığı bedel karşılığında ve aynı şartlarda üçüncü bir kişiyle sözleşme yaptığı takdirde sözleşmeden döndüğü borçludan sadece fiili masraflarını talep edebilir.²²⁰

3.3.4. İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin hakları

Yukarıda idarenin borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde fesih usulü ve yüklenicinin seçimlik haklarına kullanılmasına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bu defa idarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde fesih usulünü, ifa konusu verme borcu ise edimin satış ve tevdiini, ifa edilecek edimin konusu yapma borçlarından ise sözleşmeden dönmek suretiyle yüklenicinin borçtan kurtulması hususlarında açıklamalar yapılacaktır.

3.3.4.1. Yüklenicinin sözleşmeden dönmede idarenin kusurunun etkisi

KİS'nde, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olarak ifası teklif edilen bir edimi, idarenin haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesi veya idarenin borcun ifa

²¹⁹ “Y. 15. HD. 24.04.2018 T. ve E. 2016/5887, K. 2018/1691 Menfi zarar; sözleşmenin karşı tarafınca yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamının, başka bir anlatımla karşı tarafın mal varlığına girmese bile o sözleşme sebebiyle cepten çıkan paradır... 6098 Sayılı TBK'nın 125/son maddesi uyarınca sözleşmeyi haklı olarak fesheden taraf ancak olumsuz zararını isteyebilir, olumlu zararını isteyemez. Yukarıda açıklanan sebeplerle yüklenici kâr kaybı ve müspet zararını talep edemez ise de sözleşme sebebiyle yaptığı noter masrafı, karar pulu, All risk sigorta masrafı, Kamu İhale Kurumu payı ve teminat mektubu komisyon bedelleri, sözleşme gereği davalı idareye bildirilen teknik personelin masrafları vs. gibi giderlerini, menfi zarar kapsamında davalıdan isteyebileceğinden, bunların miktarıyla ilgili bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak ve taleple bağlı kalınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir”.

²²⁰ BUZ, s. 251.

edilmesi için gerekli olan hazırlık hareketlerini yapmaması halinde idare yönünden temerrüdün şartları oluşur. İdarenin borcun ifası için gerekli hazırlık hareketlerini yapmaması veya usulüne uygun olarak yüklenici tarafından teklif edilen edimi kabul etmemesi halinde, yükleniciyle aralarında olan sözleşmeden doğan bir borca karşı aykırılık oluşacağından idarenin alacaklının temerrüdüyle karşı karşıya kalma durumu söz konusu olmaktadır.

Alacaklı yönünden temerrüdün oluşmasında kusur şart değil ise de yüklenicinin sözleşmeden dönmesi halinde idareden menfi zararını talep edebilmesi için alacaklının kusurlu olması gerekir. Daha önceden de anlatıldığı üzere, alacaklının temerrüdünün oluşabilmesi için borçlunun edimini sözleşme ve eklerine uygun olarak hazırlayıp alacaklı idareye teklif etmesi ve alacaklı idarenin de sunulan edimi haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesi gerekir.²²¹ Netice itibariyle, alacaklının temerrüdü ya ifanın gerçekleşmesi için alacaklının üzerine düşen gerekli hazırlıkları yapmaması ya da yüklenici tarafından usulüne uygun sunulan ifayı haklı bir neden olmaksızın kabule yanaşmaması şeklinde olabilir.

Bu hususa ilişkin olarak, Yargıtay HGK'nun bir kararında²²² "*Davalı Kurumun entegre projesinin bir bölümü olan dekopaj yapımı işini belli bir bedel karşılığında*

²²¹ DEMİRBOĞA, s. 176-177.

²²² "Y. HGK. 12.02.1986 T. ve 1986/15-42-134 esas ve karar sayılı ilamında ...Eser sözleşmelerinde yüklenici alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğü taktirde, sözleşmeden dönme hakkını elde eder. Burada borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler, alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır ... İstimlakların yapılmaması nedeniyle iş sahasında arazisi bulunan kişilerin inşaatı engelledikleri, iş makinelerini çalıştırmadıkları, yolları kestikleri, hafriyat yapılan araziye işgal ettikleri dosya içinde bulunan yazışmalardan, yüklenicinin muhtelif mercilere yıldırım telgraflar ve mektuplarla yaptığı başvurulardan, yerinde düzenlenen tutanaklardan anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı kurumun ortaya çıkan temerrüdü nedeniyle davacı yüklenicinin akdi fesih ederek menfi zararlarını istemeğe hakkı olduğu kabul edilmelidir. (BK. 94 ve 106 ncı maddeleri). Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin eki bulunmadığına ve süre uzatımını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde yüklenicinin süre uzatımından başka talepte bulunamayacağına dair sözleşmede bir hüküm mevcut olmadığına göre, davalı işverenin yükleniciye (198) gün ek süre tanımış olması, davacının bu yasal hakkını kullanmasını engellemez. Gerçekten idarenin davanın açılmasından sonra dahi inşaat sahasında bulunan kişilere ait arazinin istimlak işlemlerini ikmal etmemek, bunların inşaat alanındaki yerleri işgal etmelerini ve inşaatı durdurmalarını önleyememek suretiyle işlerini davacının edimlerini yerine getirmesine olanak verecek ve eserin bitmesini sağlayacak şekilde teslim etmediği açıktır. Yukarıda belirtilen ve davalıya bağlı kusurlu nedenler karşısında davacının ancak ek süre isteyebileceği yolundaki görüş kabul edilemez. Davacının içine düşürüldüğü güvensiz ortamdan kurtulmasını istemekte, karşılıklı yükümlülükleri içeren kağıtların hüküm ve sonuçları

Davacı yüklenici şirkete verdiği, bu dekopaj işinin yapımı içinde tarafları arasında imzalanan sözleşmede, Davalı İdareye inşaatı yapılacak arazinin istimlak işlerini yaptırdıktan sonra, Davacı şirkete arazinin teslimi gerektiği halde, İdarenin gerekli hazırlık hareketlerini yapmaması nedeniyle, inşaat yapılacak iş sahasının arazi sahiplerince işgal edilerek Davacı yüklenicinin iş makinalarıyla çalışmasını engellemeleri ve Davacı yüklenicinin bu durumu mektup ve telgraflarla idareye bildirmiş olmasına rağmen, davalı idarenin araziyi sözleşme şartlarına uygun olarak yükleniciye teslim etmemesi halinde, davacı yüklenici idarenin bu olumsuz tutumundan dolayı borcunu ifa edemez durumuna düşmesi nedeniyle, davacı yüklenici de akdi fesih ederek menfi zararlarını istemek üzere talep hakkının doğduğu kabul edilir”.

İdarenin ücret ödeme borcu dışındaki yükümlülüklerinden olan işin görüleceği yerin teslimi için idarenin gerekli kontrolleri yaptıktan sonra yapı denetim görevlisinin de katılacağı işlemlerle birlikte yükleniciye işin görüleceği yeri teslim etmesi gerekir. İdare ihale dokümanında aksi öngörülmedikçe işin görüleceği yer için ihtiyaç duyulan yolun inşasını yapması taşınmazın teslimi için gerekirse kamulaştırmasını yapması YİGŞ m. 6’ya göre “İdarenin yükümlülükleri arasında olacağından bunları temin etmesi gerekir, aksi halde İdare alacaklının temerrüdüyle karşı karşıya kalır”.²²³ YİGŞ m. 8’de “malzeme ocaklarının izin belgesinin (ruhsat) alınması idareye ait olup bu ocakların izin belgelerinin alınmış olarak yükleniciye teslim edilmesinin gerektiği”, keza; YİGŞ m. 11’de “Projelerin yükleniciye teslimi”nde; şayet iş anahtar teslimi götürü bedel usulü sözleşme ise yapılacak işlerin uygulama projeleri, şartnameler ve diğer teknik belgelerle birlikte, sözleşmenin imzalanması sırasında idare tarafından yükleniciye verilir. Birim fiyat esaslı sözleşmelerde, işlerin ön veya kesin projeleri, şartnameler ve diğer belgelerle birlikte, sözleşmenin imzalanması sırasında yükleniciye verileceği düzenlemesine yer verilmiş olup İdare idare bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde idare yönünden alacaklının temerrüdünün koşulları” oluşur.

açısından haklı sayılmalıdır. Nitekim benzer bir olayda dairemizin görüşü ayrı doğrultuda oluşmuştur...”

²²³ KARACA, s. 79.

KİS'nin konusu verme borçlarına ilişkin değil de, yapma borçlarına ilişkin ise yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkı doğacağı için yüklenici sözleşmeden dönmek suretiyle sorumluluktan kurtulur.

Yüklenici bu durumlar karşısında menfi zararlarını davalı idareden talep edebilir, ancak menfi zararın talep edilebilmesi için Davalı idarenin kusurlu olması halinde menfi zarar kapsamında Davacı yüklenicinin isteyebileceği zararlar; yüklenicinin yapmış olduğu, iş ve imalât bedeli, noter masrafı, damga vergisi, teminat mektubu için yapılan masraf, faiz ve komisyonları isteyebilir.

3.3.4.2. İdarenin haksız olarak geçici ve kesin kabul işlemlerine yanaşmaması

Taraflar arasında imzalanan sözleşmeye göre işin tamamlanması halinde YİĞŞ m. 41/1 uyarınca *“yüklenici idareye işin geçici kabulünün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur. Geçici kabul esnasında eserin sözleşme şartlarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı, varsa eksik veya ayıpların neler olduğu ve bunların giderilme masrafları da tespit edilir. Geçici kabulün yapılabilmesi için yapılan kusurlu ve eksik işlerin sözleşme bedelinin yüzde beşine aşmaması, eksiliklerin idarenin kullanımına engel olmaması ve bir tehlikeye meydan vermemesi gerekir. Aksi halde yüklenicinin geçici kabul başvurusu”* kabul edilemez.²²⁴

Şayet; yüklenicinin geçici kabul başvurusu üzerine idare tarafından yapılan inceleme ve tespitlerde bir eksiklik bulunmadığı veya yüzde beşi kapsayan eksik veya ayıpların bulunması halinde bu eksik ve ayıpların gidermesi için yükleniciye süre verilir. Bir başka deyişle, İdare sözleşmeye uygun olarak yapılan eserin geçici kabulünü kabul etmediği takdirde alacaklının temerrüdüne düşme durumuyla karşılaşabilir. Yüklenicinin geçici kabul başvurusunu haksız olarak kabul etmeyen idareye karşı yüklenici TBK m. 117 uyarınca *“taleplerini içeren uygun bir süre verdiği halde, usulüne uygun olan geçici kabul başvurusunu idare kabul etmediği takdirde, temerrüt durumuna gireceğinden ve yüklenici TBK m. 125'e uygun olarak seçimlik*

²²⁴ AYDEMİR, s. 252.

haklarını kullanabilir". Yargıtay 15. HD.'nin bir kararında²²⁵ “*karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyerek karşı tarafı temerrüde düşürdükten sonra TBK m. 125'teki seçimlik haklarını kullanabileceği gerekçesine yer verilmiştir*”.

KİSK kapsamındaki sözleşmelerde tarafların seçimlik haklarını kullanabilmesi için aralarında TBK m. 124 anlamında “*kesin vade bulunmadığı takdirde, TBK m. 123 uyarınca uygun süre verilir ve bu süre sonunda karşı taraf yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınırsa TBK m. 125'teki seçimlik haklardan aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunabileceği gibi, aynen ifadan derhal vazgeçip talebi sözleşmeden kaynaklanan müspet zarar olabileceği gibi, menfi zararını talep edebilir*”.

3.3.4.3. Yüklenicinin tazminat talebi

İdarenin temerrüdü nedeniyle yüklenici TBK 110. madde uyarınca sözleşmeden dönmesi halinde kıyasen özel bir düzenleme olan TBK 485. maddesi de uygulama alanı bulabilmektedir. TBK m. 485/2'de “*...İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır...*” hükmüne yer verilmiştir.

Yapma edimlerinde idarenin edimlerini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönmek zorunda kalan yüklenicinin yapmış olduğu gerek hazırlık masraflarını ve gerekse yaptığı işin bedelini anılan maddede geçen tazminat kapsamında isteyebilmelidir.²²⁶ Zaten, dönmeyle birlikte ifa edilmeyen işler ortadan

²²⁵ “ Y. 15. HD. 27.11.2019 T. ve E. 2019/751, K. 2019/4861 sayılı ilamında ...Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın [106/1](#), dava tarihinde yürürlükte olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun [123](#). maddesi hükmünce, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hakimden isteyerek karşı tarafı temerrüde düşürdükten sonra BK'nın 106/II, TBK'nın [125](#) maddesindeki seçimlik haklarını kullanabilir. BK'nın 107, 6098 Sayılı TBK'nın [124](#). maddesindeki süre verilmesini gerektirmeyen durumların varlığı halinde alacaklı süre vermeden temerrütten doğan haklarını kullanabilir... ”.

²²⁶ ÖZAY, s. 261; KOÇ, s. 275

kalkmakta geriye sadece menfi zararların tazminin talep hakkı kalmaktadır. Bu durumda dönmeyle birlikte taraflar yapmış oldukları işlerin iadesini talep edebileceklerdir.²²⁷ İade edilecek edimlerin aynen iadesinin mümkün olmaması halinde ise kusur ve kusursuzluk imkansızlığa ilişkin hükümler uyarınca zarar ve hasarın bedellerinin ödenmesi gerekir.

3.3.4.4. Tasfiye

Yapma borcunu içeren KİS'nde idarinin kabule yanaşmaması halinde yüklenicinin dönme hakkı bulunmaktadır. Yüklenicinin sözleşmeden dönmesi halinde ne KİK'nda ne de yapı işleri genel şartnamesinde hesabın nasıl tasfiye edileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar KİSK m. 19'da ve YİĞŞ m. 47 ve 48'de *“fesih ve tasfiyeye ilişkin hükümlere yer verilmiş ise de burada düzenlenen fesih ve tasfiye nedenleri yüklenicinin sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında mali acz içinde bulunması hallerinde taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde idare tarafın tasfiyenin nasıl gerçekleştirileceğine”* ilişkindir. Oysaki, idarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde yüklenici sözleşmeden döneceğinden sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden, sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekmektedir.²²⁸

Alacaklının temerrüdü borçlunun verme borcuyla değil de yapma borcuna ilişkin ise borçluya sözleşmeden dönme hakkı TBK m. 110'nun yollamasıyla, borçluya borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre tanıdır. Bunun sonucu olarak alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi için borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117 vd. hükümleri uygulanacaktır. Bunun için borçlunun sözleşmeyi feshedebilmesi için alacaklıya ihtarda bulunması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ayrıca alacaklıya bir mehil denilen süre vermesi gerekir.²²⁹

²²⁷ ÜÇER, s. 228

²²⁸ PINAR, s.122.

²²⁹ KILIÇOĞLU, s. 857; DEMİRBOĞA, s. 207.



SONUÇ

Kamunun ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla idareler gerçek veya tüzel kişilerle KİK hükümlerine uygun olarak mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerine ilişkin olarak ihaleler düzenlerler ve üzerinde ihale kalan istekli veya istekliler idareyle sözleşme imzalanır. İhale makamının onayından sonra imzalanan bu sözleşmeler niteliği itibariyle özel hukuk sözleşmeleri niteliği taşımaları nedeniyle bu hususlara ilişkin olarak çıkacak olan uyuşmazlıkların çözümü de adli yargı mercilerinde yapılmaktadır.

KİSK'nda "Yüklenicinin Sözleşmeyi Fesh Etmesi" KİSK. m. 19'da düzenlenmiş olup buradaki düzenleme sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde feshi düzenlemiş, ancak idarenin temerrüdü karşısında yüklenicinin haklarının korunmasına ilişkin ne KİSK ne de YİĞŞ'nde hüküm bulunmaması nedeniyle, idarenin temerrüdü halinde yüklenicinin haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirebilmesi için bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, KİSK. m. 36'da "Hüküm Bulunmayan Haller"de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı yollamasına yer vermiştir.

Tez konumuz KİS'nde idarenin temerrüdü olması nedeniyle öncelikle Birinci Bölümde KİS'nin tanımla birlikte kamunun kullanımı için her türlü kaynaktan sağlanan mal ve hizmet alımıyla yapım işlerinin KİK ve KİSK hükümlerine göre yürütüldüğünü, ayrıca KİK ve KİS öncesi ise 2490 sayılı AEİK'la 2886 sayılı DİK yönünden düzenlenecek sözleşmelerde, sözleşmenin özel hukuka tabi olmadığına dair bir düzenleme olmadığı sürece, anılan sözleşmelere hakim görüşe uygun olarak özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin gerektiği görüşüne yer verilmiştir. Keza; sözleşmelerde kural olarak irade serbestisi öngörülmüş ise de KİS'nin kuruluşu ve şekli konusu belli bir usule bağlanmış olup tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir ve yazılı şekilde yapılır. KİS'nde bir taraf daima idare olup, karşı tarafı gerçek veya tüzel kişi, iş ortaklığı şeklinde de olabilir.

Tez konumuzun ikinci bölümünde ifa engellerine yer verilmiş ifa engellerinden önce ifa ve edim konusunda açıklamalar yapıldıktan sonra ifa engellerinden olan alacaklının temerrüdüyle borçlunun temerrüdünün şartları ve sonuçları içerisinde muacceliyet ve ihtar konusun önemi değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde ise KİS'nde temerrütle idarenin borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkı ve bu dönme hakkının oluşmasını yasal şartları ve yüklenicinin sözleşmeden dönmeyle birlikte aynen ifa veya gecikme tazminatını talep edebileceği, aynen ifa talebinden vazgeçmesi halinde müspet veya menfi zarar talebinde bulunabileceği, ancak yüklenici müspet ve menfi zarar talebinde bulunabilmesi için idarenin kusurlu olmasının gerektiği ve idare de kusursuzluğunu ispatlamadığı sürece müspet ve menfi zarardan sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 5/1,3 Borçların İfası Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi-Borçlunun Temerrüdü, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Atalay, İbrahim: İdare ve Yükleniciler için İhaleden-Kesin Hesaba Yapım İşi Hakkediş Rehberi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Aydemir, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Buz, Vedat: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Bilir, Dilek; Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2010.
- Can, Ozan: Kamu İhale Hukuku, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Çakıroğlu, Mehmet: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Dayınlarlı, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İdarenin Temerrüdünün Sonuçları, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Demirbaş, Harun: “Yenilik Doğuran Haklar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2006.
- Demirboğa, Dursun Ali: Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

- Doğanyigit, Sadettin: Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Ekmen, Mehmet Cihat: İnşaat Sözleşmesinde İdarenin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Erdoğan, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 4. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Ergezen, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Gözübüyük, Şeref, Akıllıoğlu, Tekin, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992.
- Gözübüyük, Şeref./Tan Turgut: İdare Hukuku Cilt 1, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Havutçu, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1995.
- Kaplan, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstriyel Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Karaca, Mehmet: Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Kocaağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Kurt, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Öz, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Özay, L. Osman: Eser Sözleşmesinde İdarenin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü, On İki Levha, Antalya 2021.
- Özcan, Zeynep: Kamu İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Öztürk, Muammer/Gözütok, Zeki: Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Pınar, Yunus Akşin: Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2010.
- Selimoğlu, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- Tekinay, Sulhi Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri (İki Cilt Birarada), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1988.
- Yalçınduran, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Uz, Abdullah: İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Üçer, Mehmet: (Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta) Alacaklının Temerrüdü, Tuhan Kitabevi, Ankara, 2007.



TURNİTİN RAPORU

Akif Erdoğan

ORJİNALLİK RAPORU

%9

BENZERLİK ENDEKSİ

%9

İNTERNET KAYNAKLARI

%2

YAYINLAR

%4

ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1

dspace.ankara.edu.tr

İnternet Kaynağı

%2

2

www.hukukmedeniyeti.org

İnternet Kaynağı

%1

3

Submitted to Bahcesehir University

Öğrenci Ödevi

%1

4

www.mulkiyeteftis.gov.tr

İnternet Kaynağı

%1

5

epdf.pub

İnternet Kaynağı

<%1

6

ms.hmb.gov.tr

İnternet Kaynağı

<%1

7

ergur.av.tr

İnternet Kaynağı

<%1

8

yateb.akdeniz.edu.tr

İnternet Kaynağı

<%1

9

www.kamufinans.com

İnternet Kaynağı

<%1

10	www.kararara.com İnternet Kaynağı	<% 1
11	acikerisim.iku.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
12	dspace.baskent.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
13	Submitted to Suleyman Demirel University Öğrenci Ödevi	<% 1
14	dosya.gsu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
15	acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
16	www.ilkerduman.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
17	Submitted to The Scientific & Technological Research Council of Turkey (TUBITAK) Öğrenci Ödevi	<% 1
18	www.turkhukuk sitesi.com İnternet Kaynağı	<% 1
19	www.icisleri.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
20	www.ihalece.com İnternet Kaynağı	<% 1
21	alipolata.tr.gg	

	İnternet Kaynağı	<% 1
22	www.tkhk.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
23	docplayer.biz.tr İnternet Kaynağı	<% 1
24	polen.itu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
25	www.izmir.bel.tr İnternet Kaynağı	<% 1
26	www.mevzuatinyeri.com İnternet Kaynağı	<% 1
27	tr.scribd.com İnternet Kaynağı	<% 1
28	TEKELİOĞLU, Numan. "MECELLE'DE VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE UNSURLARI", Selçuk Üniversitesi, 2017. Yayın	<% 1
29	www.hvlojk.mil.tr İnternet Kaynağı	<% 1
30	www.seckin.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
31	Submitted to Atatürk University Öğrenci Ödevi	<% 1

32	www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
33	www.hukukmarket.com İnternet Kaynağı	<% 1
34	cevre.files.wordpress.com İnternet Kaynağı	<% 1
35	guncelbilgi.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
36	www.magnahukuk.com İnternet Kaynağı	<% 1
37	lolonolo.com İnternet Kaynağı	<% 1
38	kipdf.com İnternet Kaynağı	<% 1
39	www.galatahukuk.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
40	hukukdershanesi.com İnternet Kaynağı	<% 1
41	nek.istanbul.edu.tr:4444 İnternet Kaynağı	<% 1
42	www.anayasa.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
43	www.noterlikrehberi.net İnternet Kaynağı	<% 1

44	9lib.net İnternet Kaynağı	<% 1
45	DOĞAN, Gülmelahat. "Sürekli borç ilişkilerinde boçlunun temerrüdü", Ankara Barosu, 2014. Yayın	<% 1
46	Submitted to Koc University Öğrenci Ödevi	<% 1
47	acikerisim.baskent.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
48	acikerisim.deu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
49	acikerisim.ticaret.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
50	forum.memurlar.net İnternet Kaynağı	<% 1
51	openaccess.cag.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
52	qdoc.tips İnternet Kaynağı	<% 1
53	tbbyayinlari.barobirlik.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
54	www.ghgazete.com İnternet Kaynağı	<% 1
55	www.ihalekurumu.com İnternet Kaynağı	<% 1

		<% 1
56	www.incirogludanismanlik.com İnternet Kaynağı	<% 1
57	www.sayistay.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
58	www.tarikdemirel.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
59	www.tastanogluinsaat.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
60	www.yumpu.com İnternet Kaynağı	<% 1
61	yayin.taa.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
62	www.ihaledanismanligi.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
63	ÖZÇELİK, Ş. Barış. "SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLARIN İFASINDA HUKUKÎ İMKÂNSIZLIK VE SONUÇLARI", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014. Yayın	<% 1
64	Submitted to Adnan Menderes Üniversitesi Öğrenci Ödevi	<% 1
65	SÖĞÜT, Yudum. "ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞSAHİBİNİN ÜCRET ÖDEME BORCU", Akdeniz	<% 1

Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2015.

Yayın

66	acikerisim.iku.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
67	auhf.wordpress.com İnternet Kaynağı	<% 1
68	dspace.akdeniz.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
69	readgur.com İnternet Kaynağı	<% 1
70	www.bilgindir.com İnternet Kaynağı	<% 1
71	Submitted to Information and Communication Technologies Authority Öğrenci Ödevi	<% 1
72	Submitted to Istanbul Kultur University Öğrenci Ödevi	<% 1
73	Submitted to TechKnowledge Turkey Öğrenci Ödevi	<% 1
74	dspace.baskent.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
75	openaccess.hacettepe.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
76	slideplayer.biz.tr İnternet Kaynağı	<% 1

Alıntılarını çıkart üzerinde
Bibliyografyayı Çıkart üzerinde

Eşleşmeleri çıkar Kapat

ÖZGEÇMİŞ**Adı ve Soyadı:** Akif Erdoğan**Doğum Yeri ve Tarihi:****Öğrenim Durumu:**

Derece	Alan	Üniversite	Yıl
Lisans	Hukuk	Dokuz Eylül Üniversitesi	1990 – 1998
Yüksek Lisans	Özel Hukuk	Atılım Üniversitesi	2017 – 2021

İş Deneyimi:

Çalıştığı Yer	Görev	Yıl
Türk Silahlı Kuvvetleri	Astsubay Kıdemli Başçavuş	1976 – 2000
Ankara Barosu	Avukat	2001 – Halen

Yabancı Diller: İngilizce; Okuma İyi, Yazma Orta, Konuşma Orta**Yayınlar:****E-posta:****Telefon:****Tarih:** 08/10/2021