

MÜTEAHHİDİN KUSURU NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ VE İDARECE YAPILMASI GEREKEN İŞLEMLER

Hikmet Işık

Sayıştay Uzman Denetçisi

Giriş

Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yürütülmektedir. Bu işler için Kanunda öngörülen ihale hazırlığı ve karar işlemleri kamu hukuku alanına girmekte, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin imzalanması ile oluşan akit ise; tarafların eşitliğine ve karşılıklı rızalarına dayalı, özel hukuk kurallarına tabi bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır. Devlet adına bir iş yaptırılmasına ilişkin sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkan hukuki durumlarda, öncelikle 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda mevcut hükümler dikkate alınacak, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise genel hükümlere başvurulacaktır. Bu konuda genel hüküm olarak dikkate alınacak temel kurallar, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almaktadır.

Bu hukuki çerçeve içinde; Devlet ihalesi yoluyla akdedilen sözleşmelerin feshinde ve fesih sonrası tarafların hak ve borçlarının belirlenmesinde, idarece yapılması gereken işlemlerin tayininde, feshedilen sözleşmeye bağlı hesapların tasfiyesinde, idare zararının karşılanması için ilgililerce başvurulacak kanun yollarının seçilmesi ve izlenmesinde öncelikle Devlet İhale Kanununda, ikinci olarak Borçlar Kanununda yer alan kurallar uygulanacağından, konuyla ilgili görüşlerimizde bu iki temel kanun dikkate alınmıştır.

Sözleşmenin Feshi

Devlet İhale Kanununa göre aktedilmiş bir sözleşmenin müteahhit veya müşterinin kusuru nedeniyle feshedilmesi, Kanunun 62 nci maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninde aynen;

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

Gelir Kaydedilen kesin teminat; müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez" denilmektedir.

62 inci maddeye göre idare;

a) Müteahhit veya müşterinin 63 üncü maddede yazılı hükümler dışında taahhüdünden vazgeçmesi,

b) Müteahhit veya müşterinin taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi,

Durumunda sözleşmeyi bozma hakkına sahiptir.

Müteahhit veya müşteri, sadece 63 üncü maddede yazılı olan iş artış veya eksilişi halinde, yapmakla yükümlü olduğu işi tamamladıktan sonra taahhüdünden vazgeçebilir. Bunun dışında taahhüdünü yerine getirmekten vazgeçerse, idare sözleşmeyi feshederek teminatı gelir yazma hakkına sahip olur.

İkinci fesih nedeni, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesidir. Müteahhit veya müşterinin kusuru sonucu; işin ifasında önemli ölçüde gecikme olması, yapım işlerinde iş programında aksamaların meydana gelmesi, yapılan iş veya verilen malın kalitesinde şartnameye aykırılık bulunması gibi nedenlerle idarenin fesih hakkı doğar.

62 inci madde, müteahhit veya müşterinin kusuru sonucu sözleşmenin bozulmasını Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine uygun olarak, "*Mehil tayini suretiyle fesih*" şeklinde düzenlemiştir. Akdin feshini gerektiren şartnameye ve sözleşmeye aykırı hareketleri veya taahhüdünden vazgeçemeyeceği hususu, müteahhit veya müşteriye en az 10 gün süreli bir ihtarname ile bildirilecektir. Bu ihtarnamenin noter vasıtasıyla muhataba tebliğini zorunlu kılan bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, Sözleşme noterce onaylı olduğundan bu ihtarnamenin de noter marifetiyle tebliğ edilmesinde yarar vardır. İhtarnamede ihtarı gerektiren nedenler, Kanunda ifade edildiği üzere "*açıka*" yer alacak ve tayin edilen müddet içerisinde şartname ve sözleşmeye aykırılıkların giderilmesi - veya taahhüdün yerine getirilmesi - istenilecektir. Bu istek yerine getirilmediği takdirde sözleşmenin feshedileceği de bildirilecektir.

Öte yandan, sözleşmenin mahiyetinin fesih ihtarına müsait olmadığı durumlarda Borçlar Kanununun 107 nci maddesi uyarınca bildirimsiz fesih yoluna gidilmesi de mümkündür.

Müteahhit veya müşteri ihtarnameyi idareyi tatmin edecek şekilde cevaplandırmaz ve fesih nedeni olan kusurlu hareketini düzeltmez ise, ita amirinden kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve sözleşmenin feshedilmesi için onay alınarak, kesin teminat idareye gelir yazılır. Kanunun 26 ıncı maddesinde ifade edildiği üzere müteahhit veya müşteri, feshin haksız olduğu iddiasıyla teminat üzerine ihtiyati tedbir koyduramaz.

Sözleşmenin bozulması, fesih olurunun müteahhit veya müşteriye tebliği ile tamamlanır.

Feshedilen Sözleşmeye Konu Olan İşin Hesabının Tasfiyesi

Devlet İhale Kanunu; sözleşmenin feshi ve kusurlu müteahhidin yaptığı işe ilişkin alacaklarının ödenmesi, idare alacaklarının mahsubu ve özellikle idarenin uğradığı zarar ziyanın karşılanması bakımından, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununda yer alan hükümlerden farklı bir düzenleme getirmiştir. Daha doğru bir ifade ile, 2490 sayılı Kanun'un 51'nci maddesinde yer alan "*Müteahhit nam ve hesabına ihale*" esasına dayalı bir hesap tasfiyesinden vazgeçilmiş, Devlet İhale Kanunu'nun 62'nci maddesi ile, hesabın "*genel hükümlere göre*" tasfiye edileceği belirtilerek, özel tasfiye esasları öngörülmeyp, bu konudaki genel mevzuata atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Devlet İhale Kanunu'nun 62'nci maddesinde geçen "*genel hükümler*" ibaresinden, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin anlaşılması gerekmektedir. Akdin feshi ile, bu durumda tarafların hak ve borçlarının neler olduğu Borçlar Kanunumuzda ayrıntılı olarak yer almıştır. Kanunun 106- 108'nci maddeleri, akdin feshi ile tarafların hak ve borçlarını ana hatlarıyla belirlemektedir. Ayrıca istisna akitleri için 355 - 371'nci maddelerde fesih ve tasfiye ile ilgili özel hükümler bulunmaktadır.

Gerek Devlet İhale Kanunu'nun 62'nci maddesinde, gerekse Borçlar Kanunumuzda "*fesih*" sözcüğü bazen sözleşmeden dönme (*rücu*), bazen de sözleşmenin bozulması (*fesih*) anlamında kullanılmıştır. Bu iki kavram aslında mahiyet ve sonuçlar bakımından farklıdır. (1). Fesih, genellikle sürekli edimli sözleşmeler için geçerli bir kavram olup, fesih anına kadar mevcut sözleşme hükümlerinin dikkate alınması mümkündür. Ani edimli sözleşmelerde ise, "*akdin feshinden*" değil, "*sözleşmeden dönme*" den bahsedilebilir. Bazı sözleşmeler ile ani- sürekli edim karmaşıktır. Özellikle istisna akitlerinde durum böyledir.

Hesap tasfiyesi bakımından sözleşmeden dönme (*rücu*), haklı nedenle sözleşmeden dönen tarafı akdin kurulduğu andaki menfaat seviyesine getirmeyi amaçlar. Alım ve satım işlerinde haklı nedenle sözleşmeden dönen tarafın akit kurulmadan önceki menfaat seviyesine gelebilmesi için, hem sözleşmenin yapılmasından ortaya çıkan, hem de akdin ifa edilmemesinden doğan zararlarının karşılanması gerekir (2). 2490 sayılı Artırma Ekstilme ve İhale Kanunun 51 nci maddesinde yer alan "*Müteahhit Nam ve Hesabına İhale*" müessesesi bu hukuki zemine uygun bir düzenleme idi. Yeni ihale sonucu ortaya çıkan idare zararı tespit edilerek ilk müteahhide rücu ediliyor ve böylece idare, akdin kurulduğu andaki menfaat seviyesine getiriliyordu. Devlet İhale Kanununda bu düzenlemeye yer verilmemiş olması, idarelerin ileriye ve geriye yönelik zarar- ziyan taleplerinden vazgeçtikleri anlamına gelmez. Nitekim Devlet İhale Kanunu'nun 66, 68 ve 69' uncu maddelerinde 62'nci maddeye atıfta bulunmuş, izinsiz devir, iflas, tutukluluk gibi neden

lerle sözleşmenin bozulması halinde yapılacak işlem tayin edilirken "*bundan bir zarar doğarsa*" ibaresi kullanılmıştır.

Öte yandan Borçlar Kanunumuzun satım akdine ilişkin 188/1 nci maddesinde "*borcu ifa etmeyen satıcı, alıcıya bu yüzden terettüp eden zararları zamin olur*" denilmek suretiyle hem ifadaki gecikme nedeniyle uğranılmış zararların, hem de tam ifa edemeden doğacak zararların karşılanacağı öngörülmüştür. Bu, genel düzenlemedir. 2490 sayılı Kanun'daki nam ve hesaba yaptırma usulü ise, Borçlar Kanunu'nun 188/II'nci maddelerinde yer alan "*ticari muamelesinde satıcı, borcunu ifa etmezse, alıcı satılanın semeni ile kendisine teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almak için hüsnüniyetle verdiği semen arasındaki farkı satıcıya tazmin ettirebilir.*" hükmüne dayanmakta, ayrıca da yeni ihalenin yapılaş şeklini belirlemekte idi. Her ne kadar Devlet İhale Kanununda müteahhit nam ve hesabına yaptırma usulü yer almamış ise de 62'nci maddede hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği ifade edildiğinden, Borçlar Kanunu'nun 188'nci maddesi uygulanmak suretiyle ileriye ve geriye yönelik zararlar kusurlu müteahhitten istenecektir.

Zarar ziyanın tespit ve takdiri, Medeni Kanunun 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kuralı dikkate alınarak hakim tarafından yapılacaktır (3). Nitekim Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın 7 sıra no.lu Devlet İhaleleri Genelgesinin 3'ncü Maddesinde, 2886 sayılı Kanun'un 62, 66, 68 ve 69'ncü maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hallerinde idarelerin gerek fesih tarihinden önceki geriye dönük, gerekse fesih tarihinden sonra doğacak ileriye yönelik zarar ve ziyanları için "*fazlaya dair haklarının da saklı tutulduğu*" da belirtilmek suretiyle dava açmaları gerektiği ifade edilmiş bulunmaktadır.

Devlet İhale Kanununun yürürlüğe girdiği 1984 yılını izleyen birkaç yıl, fesih sonucu hesap tasfiyesinde ve idare zararlarını karşılamak üzere dava açılmasında eksik uygulamalar görülmüştür. Ancak özellikle bazı askeri kuruluşların başvuruları üzerine açılan davaların idare lehine sonuçlanması ve konunun Yargıtay kararları ile açıklık kazanması sonucunda, tüm idarelerin müteahhit kusuru sebebiyle feshettikleri sözleşmelerden doğan idare zararının karşılanması için dava açmaları zorunlu hale gelmiştir.

İlgili Yargıtay Kararları (4)

Konu ile ilgili olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 4.7.1988 tarih, E: 198/2643 K: 1988/3632 sayılı kararında;

"Davacı, Kütahya Er Eğitim Komutanlığının ihtiyacı olan 40.000 Kg. nohutun ihalesi 2886 sayılı Kanunun 36. maddesine göre yapılan davalının ihale konusu nohutun 2. taksiti 15.000 Kg.'ı süresinde teslim etmemesi nedeni ile feshedilen ihale sonunda pazarlıkla 3. kişiden satın alınan 16.800 kg. nohut için ödemelerden dolayı hazine zararı 2.725.800 liranın tahsilini istemiştir.

Davalı, sözleşmenin feshedilip teminatının irat kaydedilmesinden dolayı kendisine ceza uygulandığını, şartnamede 2 ihale arasındaki farkın tahsiline ilişkin bir hüküm olmadığını, MSB'nin ihalelerine katılmama cezası da verildiğini, davanın MK'nun 2. maddesine aykırı olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, davanın esasının 2 ihale arasındaki farkın tahsili istemine ilişkin olduğu, birinci ihalenin koşul ve şartları 2. ihalede değiştiği gerekçesi ile dava reddedilmiştir.

Kararı davacı temyiz etmiştir.

İhale Kanununun 62. maddesindeki (zarar yönünden) genel hükümlere yollama yoluyla idare, satıcının sözleşmeye aykırı davranmasından dolayı sözleşmeyi feshetmesi halinde yeniden satın alma yoluyla uğradığı zararı BK'nun 106 ve 108. maddeleri hükümleri uyarınca davalıdan talebe yetkilidir. Davacı sözleşmeyi temerrüt nedeniyle haklı olarak fesih etmiştir. Davacının burada isteyebileceği zararı, davalı ile ilk sözleşmeyi yaparak o tarihte başkası ile akit yapma imkânını kaçırmış olmasından kaynaklanan zarardır. Sözleşmenin feshi tarihi ve 10 günlük süre nazara alınırsa 2. satışın 14.3.1986 gününde yapılmasında gecikme bulunmamaktadır.

Mahkemece, bilirkişi aracılığı ile davacının ilk sözleşme tarihinde aynı malı satın alabileceği fiyat tesbit edilerek, bu fiyata ve 2. ihale bedeline göre zarar belirlenmeli ve bundan gelir yazılan teminat varsa bu tutar indirildikten sonra kalana hükmedilmelidir. 2886 sayılı Kanuna göre burada, davacı, zararını 2 ihale farkına göre değil, umumi hükümlere göre talebe haklı olduğundan, 2. alışı ihale usulünün değişmesi ve özellikle pazarlık suretiyle alış-veriş yapılmış olması sonuca etkili değildir. İdare zararını isteyebilir; aksine düşüncelerle verilen karar yasaya aykırıdır. Karar bu nedenlerle bozulmalıdır."

denilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.1.1990 tarih ve E. 1989/13-392, K. 1990/1 sayılı kararında; haklı nedenle feshedilen sözleşme ile ilgili olup, dava yoluyla feshi neden olan müteahhitten istenebilecek zarar-ziyanın neden ibaret olduğu ve nasıl hesaplanacağı tespit edilmiştir. Bu karardaki görüş ve yorumlar benzer konularda açılacak davaların tüm unsurlarını içerdiğinden, karar metni aynen aşağıya alınmıştır.

«Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda (Ankara Yedinci Asliye Hukuk Mahkemesi)nce davanın kabulüne dair verilen 23.11.1987 gün ve 253-620 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi'nin 27.4.1988 gün ve 1283-2436 sayılı ilamıyla; (...Bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi davacı idare sözleşmeyi, 2886 sayılı Yasanın 62. ve sözleşmenin 12. maddelerine göre fesihte haklıdır. Sözleşmede ve yasada

genel hükümlere yapılan yollama dolayısıyla olayda BK.nun 106 ve 108. Maddelerinin uygulanması gerekir. BK.nun 106. maddesine göre, ek süre içinde borçlu edimini yerine getirmemezse alacaklı sözleşmeyi feshederek menfi zararını talep edebilir. Davacının menfi zararı satım konusunun ikinci ihale tarihinde davalıyla sözleşmeyi yaptığı tarihe nazaran daha pahalıya satın almak zorunda kalmasından kaynaklanmaktadır. Davacı davalıyla satım akti yapmamış olsaydı o tarihte aynı fiyatla başkasıyla akit yapacak ve böyle bir zarara uğramayacaktı. Bu nedenle mahkemece uzman bilirkişi aracılığıyla davacı idarenin satım konusunu ilk ihale tarihinde başka yerden ihale usulüyle satın alabileceği fiyatla fesihten sonra normal sayılabilecek süre içinde yapılmış olan ikinci ihaledeki fiyata göre bir zarara uğrayıp uğramadığının, uğramış ise miktarının belirlenmesi ve irat yazılan teminat, bulunacak idare zararından düşüldükten sonra kalan tutara hükmedilmesi gerekir. Teminatın irat yazılmasına ilişkin yasa ve sözleşme hükmü cezai şart niteliğindedir. Hüküm altına alınan menfi zarar karşılığı tazminattır. BK hükümlerine göre cezai şart niteliğindeki teminatın, teminatı aşan zarardan indirilmesi gerekir. 2886 sayılı Yasanın 62. maddesinin son cümlesi hükmü teminatın tazminattan indirilmesine engel teşkil etmez. **"Çünkü bu hükümle müteahhidin borçlu olması halinde teminatın mahsubu cihetine gidilemeyeceği kabul edilmiştir."** Mahkemenin bu yönleri gözetmeden yürürlükten kalkan 2490 sayılı Yasanın uygulanması doğrultusunda iki ihale farkına hükmetmesi ve teminatı da tazminattan indirmemesi usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı Vekilleri.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Uyuşmazlık, davacı idare ile davalı arasında 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapılan satın alma işlemin idare tarafından feshedilmesinden kaynaklanmıştır. Müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması halini düzenleyen 62. maddede (sözleşme yapıldıktan sonra müteahhit veya müşterinin taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek olmaksızın **"kesin teminat gelir kaydedilir"** ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Gelir kaydedilen kesin teminat müteahhit ve müşterinin **"borcuna mahsup edilmez"**) hükmü getirilmiştir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MÜSBET ZARAR : Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müsbet zarardır. Diğer bir anlatımla müsbet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kusursuz kâr mahrumiyetini de içine alır (Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, sh. 426-427) Olayımızda davacı idare davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalmıştır. İşte bu iki fiyat arasındaki fark (iki ihale arasındaki fark) onun müsbet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. Davacı idare, 18.750 kg. incir için davalıya 4.757 lira ödeyecekken davalının edilmini yerine getirmemesi nedeniyle aynı miktar kuru inciri 7.875 liradan almak zorunda kalmıştır, işte müsbet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.

Müsbet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müsbet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir.

MENFİ ZARAR, Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemeşi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, a.g.e., sh. 427). Bu husus Borçlar Kanununun 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır, burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.

Hukuk öğretisinde menfi-müsbet zarar ayrımının adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek terk edilmesi önerilmektedir. (Serozan, Sözleşmeden Dönme, sh. 630 vd.) Bu görüşe göre, Borçlar Kanununun 108. maddesinde anılan zarar, "doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından kısacası sözleşmeye

aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 108. maddenin sözkonusu konusu olduğu durumlarda da müsbet zarar esas alınmalıdır." Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde Borçlar Kanununun 106. maddesinde getirilen ayrımın hiç bir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müsbet-menfi zarar ayrımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, age., sh: 427-428).

a) Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi.

b) Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar.

c) Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar, gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi.

ç) Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi.

d) Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar.

e) Dava masrafları.

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

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğindir. İhaleye

davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmemiştir.

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

Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen olayda menfi zarara karar verilmesi gereğine işaret eden kısmı yönünden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.»

Yukarıda yazılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında sonuç olarak ve özetle;

1- Sözleşmenin feshinden sonra kusurlu müteahhitten istenebilecek idare zararının; kararda izahı yapılan "*menfi zarar*"dan ibaret olacağı,

2- İdarenin menfi zararının; ilk ihalede kusurlu müteahhitten başka teklif veren varsa bu fiyat ile fesihten sonra normal sürede yapılacak ikinci ihalede elde edilen fiyat arasındaki farka göre belirleneceği, Feshedilen sözleşmeye esas ihalede başka teklif verilmemiş ise, mahkemenin ilk ihale tarihinde satın alınabileceği fiyatı araştırarak tespit etmesi ve böylece bulunacak fiyat ile normal sürede yapılacak yeni ihalede oluşan fiyat arasındaki farkı menfi zarar olarak hüküm altına alması gerektiği,

3- Bu hesap tarzının, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak idarenin kaçırdığı elverişli fırsatlardan doğan menfi zararın karşılanması amacına yönelik olduğu,

4- İdarece alınan kesin teminatın, sadece cezai şart niteliği taşımadığı, Devlet İhale Kanununun 62 nci maddesinin son fıkrasında yer alan ibare karşısında haksız eylemden doğan tazminat borcu niteliği kazandığı ve bu sebeple irat kaydedilen teminatın hesaplanan idare zararından indirilemeyeceği,

hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Müteahhidin kusuru nedeniyle feshedilen sözleşmelerden doğan idare zararını karşılamak üzere mutlaka yukarıda Yargıtay kararı ile belirlenen doğrultuda dava açılması, iç ve dış denetim organlarının da konuyu takip ederek gerektiğinde bu husustaki ihmallerin sebep olduğu hazine kayıplarını izlemeleri gerekmektedir.

Zarar ziyanın mutlaka "*yeni ihale bedeli*" gibi somut kıstaslarla hesaplanması gerekmez. Borçlar Kanunu'nun 188/III. maddesinde cari fiyatı bulunan mallarda satılanın semeni ile teslim için muayyen günün fiyatı arasındaki farkın istenebileceği öngörülmüştür.

Sözleşme Türlerine Göre Hesap Tasfiyesinde Özel Durumlar

Hizmet sözleşmeleri gibi sürekli edimli akitlerde, sözleşmeden dönme (*rücu*) sözkonusu olmaz. Sadece "*fesih*" den bahsedilebilir. Bu tür fesihlerde işin ifa edilmiş kısmına ait bedel veya kullanılmak üzere bırakılan şeyin parasal karşı edimi (*bedeli*) ödenecektir. Bu ödemede sözleşme hükümleri uygulanır. Partiler halinde mal teslim edilmesi gibi "*sürekli sözleşme ilişkisi*" karakterindeki satım sözleşmelerinde sözleşmenin haklı nedenle feshi, kısmen fesih, kısmen de rücu mahiyetindedir. Fesih sonuçlarını da bu kısmi dönme durumunu dikkate alarak belirlemek gerekir (5).

Uygulamada tereddüt, daha çok karma karakteri olan eser sözleşmelerinde (İstisna akitlerinde) ortaya çıkmaktadır. Devlet İhale Kanunu tatbikatında önemli yer tutan yapım işlerine ilişkin sözleşmeler birer eser sözleşmesidir. Bu sözleşmeler ani - sürekli edim karmaşığdır. Yapım sözleşmelerinin feshi halinde uygulanacak hükümler, istenebilecek zarar ziyan, ödenmesi gereken kısmi ifa bedeli hususlarında adli yargıda meydana gelen farklı görüşler, Yargıtayın 25.1.1984 tarih ve K. 1984/1, E. 1983/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı ile birleştirilmiş ve yapım sözleşmelerinin feshi halinde tarafların hak ve yükümlülüklerine açıklık getirilmiştir (6). Daha çok kat karşılığı bina inşaatına ilişkin sözleşmelerin feshini irdeleyen kararın, Devlet İhale Kanununa göre yaptırılan inşaat işleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Bu karara göre: İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlık kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108'nci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenecek, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2'nci maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğurduğu kabul edilecektir.

Borçlar Kanunu'nun 106-108'nci maddelerine göre hesap tasfiyesi, müteahhide kısmi ifa bedeli (*kâr dahil iş karşılığı*) ödenmesine prensip olarak imkân vermemektedir. 108'nci maddede "*Akiddeden rücu eden alacaklı vaadölunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir.*"

Bundan başka borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir." hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre kusuru ile feshiye yolaçan müteahhide iş bedeli ödenmeyecek, müteahhit sadece işin yapılan kısmının maliyetini haksız iktisap hükümlerine göre talep edebilecektir. Kısmi ifa bedeli ise, yukarıdaki Yargıtay Kararında belirtildiği üzere medeni Kanunun 2'nci maddesi doğrultusunda, olayın nitelik ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda hakim takdirine bağlı olarak ödenebilecektir.

Oysa, Devlet İhale Kanunu dikkate alınarak hazırlanan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, bu hukuki zemine aykırı olarak sözleşmenin feshinden kusurlu müteahhide işin yapılan kısmına ilişkin kısmi ifa bedelinin tamamen ödenmesi esasını benimsemiştir.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin "*Sözleşmenin Bozulması (fesih) ve Tasfiye Durumları*" başlıklı 47'nci maddesinde hem hesabın genel hükümlere göre tasfiyeden bahsedilmekte, hem de maddenin son fıkrası ile Genel Şartnamenin 40'ncı maddesine atıf yapılarak bu maddedeki esaslar dairesinde "*hesap kesme hakedişi*" yapılacağı belirtilmektedir. Bu haliyle Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine göre, yasal sebeplere dayanılarak yapılan tasfiyeler ile kusur sonucu sözleşmenin feshi arasında "*hesap kesme*" bakımından fark yoktur. Zira aynı şartnamenin 40'nci maddesinde kesin hakediş raporlarının tanzimi ve hesap kesilmesi yer almakta olup, bu işlem tespit edilen iş bedelinin sözleşme fiyatlarıyla değerlendirilmesine dayanmaktadır. Sözleşme fiyatları ise, müteahhit kârını da ihtiva etmektedir.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesindeki düzenleme dikkate alınmaz ise, sözleşmenin feshinde hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi Borçlar Kanunu'nun 106-108 inci maddeleri dairesinde çözümlenecek, istisna akitlerinde ayrıca aynı Kanunun 355-371 inci maddeleri gözönüne alınacaktır. Fesih sonucu hesap tasfiyesinde kusurlu müteahhide işin yapılan kısmına karşılık bu kısmın sözleşme fiyatları ile değerinin değil, esas itibarıyla idareye yararlı olan kısmının maliyet bedelinin ödenmesi gerekmektedir. Örneğin, indirimsiz olarak bir inşaat işini üstlenerek 10.000.000 TL. tutarında iş yapan müteahhide, kusuru sebebiyle feshe neden olduğunda, buna karşılık keşif bedeline dahil olan %25 müteahhit kârı içerisindeki genel gider karşılığı %15'lik kısım dikkate alınmak ve %10'luk kâr kısmı düşülmek suretiyle (*birim fiyatın 0,92'si oranında*) yapılan kısmın maliyeti olan 9.200.000 TL. ödenebilir. Kusurlu müteahhide feshedilmiş işin yapılan kısmı için müteahhit kârı ödenmesi, Borçlar Kanunumuza uygun düşmez. Ancak, fesih kısmen müteahhidin kusuru dışındaki faktörlere de dayandırılabilir ise, hakimin takdir edeceği bir miktar kısmi ifa bedeli (*kâr dahil iş karşılığı*) ödenmesi mümkündür.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 40'nci ve 47'nci maddeleri ile yapılan düzenleme fesih sonucu hesabın tasfiyesi bakımından yukarıda açıklanan genel hükümlere uygun olmadığı gibi, hem iş bedelinin tamamen ödenmesi hem de zarar ziyan talebini düzenlememesi yönünden hazine zararına yol açmaktadır. Şartnamenin bu bakımdan yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu düzenlemede işin yapılan kısmına ait iş bedelinin hesabında kusurlu müteahhide fazla ödemede bulunulmasını önleyecek, idarenin ileriye ve geriye yönelik zararlarını ödeme esnasında telafi edecek hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin Feshine Neden Olan Müteahhitlerin Devlet İhalelerine Katılmaktan Yasaklanmaları

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 84 ncü maddesinin üçüncü fıkrasında; sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği ve bu kararların Resmi Gazetede ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine de işleneceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin son fıkrasında da ihaleyi yapan idarelere, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için durumu ilgili bakanlığa bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Bu amir hükümler uyarınca müteahhidin kusuru nedeniyle sözleşmeyi fesheden idarelerin, yasaklama kararı alınmasını ve kararın ilân edilerek ilgilinin meslek siciline işlenmesini teminen durumu bağlı veya ilgili bulundukları bakanlığa bildirmeleri gerekmektedir⁽⁷⁾.

SONUÇ

2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi idarelerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere akdettikleri sözleşmelerin müteahhidin kusuru sebebiyle idarelerce feshedilmesi halinde; fesih işleminin Kanunda yazılı sürece uygun şekilde gerçekleştirilmesi, kesin teminatın idare lehine gelir kaydedilmesi, ilgili müteahhit hakkında Devlet ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı alınmasını teminen durumun ilgili bakanlığa bildirilmesi, işin yapılan kısmına ait hesabın Borçlar Kanununun ilgili hükümleri dairesinde tasfiye edilmesi, fesih sebebiyle meydana gelen idare zararının karşılanması için dava açılması gerekli olup, bu konular yukarıda açıklanmaya çalışılmıştır.

1.1.1984 tarihinden itibaren uygulanan Devlet İhale Kanunu, müteahhit kusuruyla feshedilen sözleşmelerde hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini belirtirken, Borçlar Kanunumuza atıf yapmıştır. Borçlar Kanununa göre hesap tasfiyesinde esas olarak iki unsur bulunmaktadır.

Birinci unsur, haklı nedenle sözleşmeden dönen veya sözleşmeyi fesheden idarenin ileriye ve geriye yönelik zararlarının karşılanmasıdır. Bunun için feshedilen her sözleşmede tazminat davası açılması gerekmektedir. İhale yetkilerinin bu hususu takip etmemeleri, haklarında Devlet İhale Kanunu'nun 86'ncı maddesi uygulanmasına yol açacaktır.

Hesap tasfiyesinde ikinci unsur, fesih tarihine kadar yapılan iş karşılığının hesaplanmasıdır. Uygulamada işin yapılan kısmının sözleşme esasları dairesinde ödenmesi benimsenmiştir.

Halbuki yapılan işe karşılık ödenmesi gereken kısmi ifa bedeli değil, prensip olarak haksız zenginleşilen miktardır. Bu da yapılan kısmın maliyetidir. Kısmi ifa bedeli ise, ancak olayın nitelik ve özelliğinin haklı gördüğü durumlarda hakim kararı ile ödenebilir.

Bu iki konudaki yanlış uygulamaya son verilmesi, hesap tasfiyesinin ve zarar-ziyan talebinin mutlaka adli yargıya götürülmesi, hatalı mevzuatın değiştirilmesi ve denetim mercilerince konunun üzerine eğililmesi gerekmektedir.

-
- (1) Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, Sayfa 118, 124-128.
 - (2) a) Dr. Feyzi N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1977, Sayfa 264.
b) Rona Serozan, a.g.e., Sayfa 78, 81, 95.
 - (3) Tazminatın genel hükümlere göre veya özel biçimde hesaplanması için, Bakınız: Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt II, Sayfa 82-83, İstanbul 1974.
 - (4) Dinçer Gönen - Hikmet Işık, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu, 6 ncı baskı, Ankara 1990 Sayfa 344-348.
 - (5) Rona Serozan, a.g.e., Sayfa 178 - 181.
 - (6) Dinçer Gönen - Hikmet Işık, a.g.e., Sayfa 349.
 - (7) Yasaklama kararlarının özellikleri ve bu konudaki tereddütler için Bakınız : Dinçer Gönen - Hikmet Işık. a.g.e., Sayfa 430-434.