

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA TABİ İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE İŞSAHİBİ İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE
TEMERRÜDÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Osman KILIÇ

ANKARA, 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA TABİ İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE İSSAHİBİ İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE
TEMERRÜDÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Osman KILIÇ

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

ANKARA, 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA TABİ İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE İŞSAHİBİ İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE**

TEMERRÜDÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

1 - Prof. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ

2 – Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

3 - Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunma Tarihi

28/12/2021

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN danışmanlığında hazırladığım “4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Tabi İnşaat Sözleşmelerinde İşsahibi İdarenin Para Borcunu Ödemede Temerrüdü (Ankara, 2021)” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

28/12/2021

Osman KILIÇ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	4

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA (KİSK) TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

I. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI VE KONUSU	7
II. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ	11
A. Kuruluşu	11
B. Şekli	17
C. İçeriği	19
III. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TARAFLARI	25
A. İdare	26
B. Yüklenici	28
IV. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	30
A. İdari Sözleşme ve Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı Bakımından Hukuki Niteliği	30
B. TBK'daki Sözleşme Tipi Bakımından Hukuki Niteliği	35
C. Edimin Zaman ile Olan İlişkisi Bakımından Hukuki Niteliği	37
V. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE BEDEL	41
A. Genel Olarak	41
B. Eser Sözleşmesinde Bedel Türleri	42
C. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedel Türleri	45
D. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedelin Türk Parası Olarak Belirlenme Zorunluluğu	48
E. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedel Ödeme Borcunun İfası	50
1. Hakediş Ödemeleri	52
a. Hakediş Türleri ve Hakedişlerin Ödenme Zamanı	53
aa. Geçici Hakedişler	53
bb. Geçici Hakedişlerin İfa Zamanı	55
cc. Kesin Hakedişler	58

dd. Kesin Hakedişlerin İfa Zamanı	61
b. Hakediş Ödemelerinden Yapılan Kesintiler	61
2. Avans Ödemeleri ve Bunların İfa Zamanı	62
3. Fiyat Farkı Ödemeleri ve Bunların İfa Zamanı	64
a. Genel Olarak	64
b. Fiyat Farkının İfa Zamanı	67

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI VE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

I. İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜ	69
II. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMI	70
III. İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI	71
A. Genel Olarak	71
B. İdarenin Para Borcunda Temerrüdün Maddi Şartları	72
1. Edimin İfasının Mümkün Olması	72
2. Bedel Ödeme Borcunun Muaccel Olması	75
a. Genel Olarak Muacceliyet	75
b. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedelin Muacceliyeti	77
3. Temerrüde Engel Bir Durumun Bulunmaması	80
C. Temerrüdün Şekli Şartı: Alacaklının İhtarı	81
1. Genel Olarak İhtar	81
2. İhtara Gerek Bulunmayan Haller	84
3. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Temerrüt İçin İhtarın Gerekip Gerekmediğinin İncelenmesi	86
4. Konunun TTK M. 1530 Açısından Değerlendirilmesi	91
IV. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜN PARA BORÇLARINA ÖZGÜ SONUÇLARI	96
A. Genel Olarak	96
B. Yüklenicinin Temerrüt Faizi İsteme Hakkı	100
1. Genel Olarak Faiz	100
2. Temerrüt Faizi	100
3. Temerrüt Faizi Oranı	102
4. TTK m. 1530'a Göre Temerrüt Faizi Oranı	104
5. Yabancı Para Üzerinden Bağitlanan Sözleşmelerde Uygulanacak Temerrüt Faizi Oranı	105

C. Yüklenicinin Aşkın Zararı İsteme Hakkı	106
1. Genel Olarak Aşkın Zarar	106
2. Yüklenicinin Aşkın Zararını İsteme Koşulları	108
a. Yüklenicinin Temerrüt Faizi ile Karşılanmayan Zararının Bulunması	108
b. İdarenin Kusursuzluğunu Kanıtlayamamış Olması	113
c. İdarenin Para Borcunu Ödemede Temerrüdü ile Zarar Arasında İliyet Bağının Bulunması	116
3. Aşkın Zararın Hüküm ve Sonuçları	117
D. Yüklenicinin Süre Uzatımı İsteme Hakkı	119
1. Süre Uzatımı İsteme	119
2. Süre Uzatımı İsteminin Hukuki Niteliği	123
3. Uzatılacak Sürenin Hesabı	124
E. Yüklenicinin İşi Durdurma Hakkı	125
V. YÜKLENİCİNİN TALEPLERİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI	128
A. Genel Olarak	128
B. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Zamanaşımı	131
SONUÇ	137
KAYNAKÇA	141
ÖZET	158
ABSTRACT	159

KISALTMALAR

ATGB	:Anahtar Teslim Götürü Bedel
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	:Cilt
DİK	:2886 sayılı Devlet İhale Kanununu
E.	:Esas
ET	:Erişim Tarihi
FK	: 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMB	: Hazine ve Maliye Bakanlığı
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	:Karar
KDV	:Katma Değer Vergisi
KMYKK	5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
KİGT	:Kamu İhale Genel Tebliği
KİK	:4734 Sayılı Kamu İhale Kanununu
KİSK	:4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	:Madde
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
T.	:Tarih

TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TL	:Türk Lirası
TS	:Yapım İşlerine Ait Tıp Sözleşme
TTK	:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜİK	:Türkiye İstatistik Kurumu
vd.	:ve devamı
YİBGK	:Yargıtay İçtihadı Bileştirme Büyük Genel Kurulu
YİGŞ	:Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİİUY	:Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
YİMKY	:Yapım İşleri Muayene Kabul Yönetmeliği
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

Geleneksel olarak kamu hizmetleri çoğunlukla tek taraflı irade açıklaması niteliğinde olan idari işlem ve faaliyetler ile yerine getirilmektedir. Ancak günümüzde bu hizmetlerin yerine getirilmesi için sözleşmelere ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu hizmetlerinin her geçen gün çeşitlenerek arttığı günümüzde idareler¹ bu hizmetlerin çoğunluğunu özel hukuk sözleşmeleri yoluyla yerine getirmek durumunda kalmıştır². Ancak idareler sözleşme kurarken bazı sınırlamalara tabidir. Türk Hukukunda yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi³ uyarınca özel kişiler serbestçe sözleşme kurabilmekte iken, idareler, sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerinden olan sözleşmenin içeriğinin ve

¹ 22.01.20202 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (KİK) tanımlar başlıklı maddesinde İdare, "İhaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar" şeklinde tanımlanmış olup bu çalışma kapsamında idare, KİK'te belirtilen anlamda kullanılmıştır.

² Buz, Vedat: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007, s. 35 (Kısaltma: Buz, İhale); Uz, Abdullah: İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara, 2010, s. 1 vd.; Yılmaz, Dilşat: Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 53 vd.

³Sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin şeklini dilediği gibi belirleme, sözleşme tipi, muhtevasını ve tarafını belirleme, değiştirme ve sona erdirmeye gibi hususları kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, 2019, s. 313 vd. (Kısaltma, Eren, Genel Hükümler); Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 8. Baskı, Konya, 2015, s. 11; Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, s. 73-75; Şenyüz, Doğan: Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa, 2016, s. 28; Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara, 2021, s.54; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 18-20 (Kısaltma: Eren, Özel Hükümler); Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, 2019, s. 24-26 (Kısaltma, Oğuzman/Öz, C.I); Kılıçoğlu, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s. 17 (Kısaltma: Kılıçoğlu, Özel Hükümler).

tarafının belirlenmesi hususlarında katı kurallara tabi tutulmuştur⁴. Anayasa m. 161'in işaret ettiği ve mali mevzuat alanında temel kanun niteliğinde olan KMYKK⁵ m. 26'da yer alan hüküm uyarınca idare, usulüne uygun olarak kurulmuş sözleşmelere dayanarak iş yaptırabilir. KMYKK'da belirtilen ve sözleşmelerin kurulmasında gözetilmesi gereken usul kuralları KİK'te düzenlenmiştir⁶.

KİK, kamu harcaması gerektiren ihaleler açısından temel kanun niteliğindedir. KİK'e göre ihale edilen yapım işleri sonucunda kurulan sözleşmeler KİSK'e⁷ tabidir. KİSK'te tarafların eşitliği temel ilke olarak kabul edilmesine rağmen, bu Kanun'da daha çok idareyi koruyan düzenlemelere yer verilmiş⁸, yüklenicinin⁹ haklarına ilişkin

⁴ KİK ve buna dayalı olarak çıkarılan yönetmelik ve tebliğlere aykırı olarak yapılan işlemlerin idari, mali ve cezai anlamda sorumluluğu bulunmaktadır. Ayrıca kurallara tabi olmadan yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmaktadır. Yargıtay 15. HD 16.03.2017 T. 2016/4147 E., 2017/1154 K. sayılı kararında “... Belediye Başkanlığı arasında yapıldığı ileri sürülen imalat ve inşaat işleriyle ilgili ilân ve ihale, pazarlık ya da doğrudan temin suretiyle imzalanmış sözleşme bulunmamaktadır. İşin yapıldığı ileri sürülen belediye kamu kurumu olup, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'na uygun prosedür yürütülmeksizin, yani ihale ve ilân, pazarlık ve doğrudan temin usulüne göre işlem yapmaksızın, sözleşme ilişkisi kurulması mümkün değildir...” denilmiştir. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:23.02.2020).

⁵ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu 24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶ Kamu alımları alanında temel kanun KİK olup KİK'e tabi olmayan idareler veya KİK'e tabi idarelerin KİK'e tabi olmayan alımları da bulunmaktadır. Bu idareler/alımlar açısından sözleşmeler kendi mevzuatlarında belirtilen usule göre düzenlenmektedir (Demirboğa, Dursun Ali: Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Ankara, 2013, s. 33.).

⁷ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı RG'de yayımlanmış ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁸ Zor, Ömer Tuğrul: “Kamu İhale Sözleşmelerinde Kefalet Senetleri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020, s. 192.

⁹ KİK m. 4'te yüklenici “üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli” şeklinde tanımlanmış olup, bu çalışma kapsamında yüklenici, KİK'te belirtilen anlamda kullanılmıştır.

düzenlemelere pek yer verilmemiştir.

KİSK m. 36'da yer alan hükme göre KİSK'te düzenlenmeyen hususlarda TBK¹⁰ hükümleri uygulanır. Bu hüküm uyarınca, TBK çerçevesinde yüklenicinin başvurabileceği hukuki müesseseler bulunmaktadır. Ancak, KİSK'te idarenin temerrüdüne yönelik hususlar açıkça düzenlenmediğinden yüklenicinin TBK'da yer alan haklarını fiilen kullanmasının uygulamada idarenin inisiyatifine bırakıldığı görülmektedir. Diğer yandan, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin konusunun çoğunlukla kamu hizmetine ilişkin olması ile kamu hizmetinin süreklilik ve değişkenlik unsurları ve ilkeleri¹¹ dikkate alındığında, TBK'da yer verilen kuralların KİSK'e tabi sözleşmelerde doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir tartışma konusudur¹².

Belirtilmelidir ki, KİSK alanında yapılan akademik çalışmalarda genel olarak yüklenicinin borçları üzerinde durulmuştur. İdarenin sözleşmeye aykırı davranması sonucunda yüklenicinin haklarını ele alan akademik çalışmaların sayısı oldukça azdır. Bu husus çalışma konumuzun tercih edilmesinde önemli bir etken olmuştur.

Öte yandan, kamu alımları izleme raporlarına göre (yıllara göre değişkenlik göstermekle birlikte) her yıl yaklaşık olarak on bin adet KİSK'e tabi inşaat sözleşmesi

¹⁰ KİSK, 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde çıkarılmış olup, bu nedenle ilgili hükümde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de (RG) yayımlan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 647 ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 8 uyarınca Borçlar Kanunu'na yapılan atıflar TBK'ya yapılmış sayıldığından, KİSK m. 36'da Borçlar Kanunu'na yapılan atıf TBK'ya yapılmış sayılır.

¹¹ Kamu hizmetinin ilke ve unsurları için bkz. Ulusoy, D. Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 492 vd.; Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2015, s. 555 vd.

¹² Örneğin, yüklenici ödemezlik def'inde bulunarak sözleşme konusu işi durdurup durduramayacağı hususunun incelenmesi gerekir.

imzalanmakta ve bu sözleşmelerin toplam bedeli yüz ile yüz otuz milyar Türk Lirası (TL) arasında değişen bir miktara ulaşmaktadır¹³. KİSK m. 24 çerçevesinde bu sözleşmelerde yapılan iş artışları dikkate alındığında bu tutarın yaklaşık olarak yüz elli milyar TL'ye ulaştığı değerlendirilmektedir. Bu bakımdan KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin incelenmesi başta inşaat sektörü olmak üzere yatırımcı kamu kurumları açısından önem arz etmektedir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

KİK'e göre ihale edilen işlerin sözleşmeleri KİSK'e tabi olduğundan çalışmamızın sınırlarının tespiti için KİK'in kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, KİK, kamu harcaması gerektiren işler için yapılan ihalelerde uygulama alanı bulur. KİK m. 68'de yer alan hüküm ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)¹⁴ birlikte ele alındığında, gelir getirici mahiyette olan satım, kiralama, trampa, sınırlı ayni hak tesisi vb. işlerin ihalelerinin DİK'e göre yürütülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵. Bu çerçevede, DİK'e göre ihale edilen ve niteliği gereği gelir getirici

¹³ Kamu alımları izleme raporları Kamu İhale Kurumu tarafından altışar aylık dönemler itibariyle yılda iki defa yayımlanmaktadır. En son yayımlanan 2020 yılı kamu alımları istatistiğine göre 13.373 adet sözleşme imzalanmıştır. 2020 ve 2019 yıllarında ülkemizin içine bulunduğu ekonomik koşullar nedeniyle kamu alım tutarında önemli miktarda düşüşler olmuştur. Söz konusu düşüşlerin geçici olduğu değerlendirilmiş olup, bu nedenle 2018 yılı istatistikleri baz alınmıştır. 2018 yılında 101 milyarlık yapım işi sözleşmesi imzalanmış, buna karşın 2017 yılında 131 milyarlık yapım işi sözleşmesi imzalanmıştır. http://ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html (ET: 21.04.2020).

¹⁴ 10.9.1983 tarihli ve 18161 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁵ Yazalay, Sait: Eşitlik İlkesi Çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması, Sunulması ve Değerlendirilmesi Usulü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 3; Karaca, Mehmet: Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Ankara, 2009, s. 19 vd.

mahiyette olan¹⁶ işlere ilişkin sözleşmeler ile kamu özel işbirliği modelleriyle¹⁷ ihale edilen işlere ilişkin sözleşmeler KİSK'e tabi olmadığından çalışmamızın kapsamı dışındadır. Ayrıca bir ihale usulü olmamakla birlikte KİK'te sayılan bir alım usulü olan "doğrudan temin" yoluyla yapılan alımlara ilişkin sözleşmeler¹⁸ ile KİK m. 3'te belirtilen istisnalar¹⁹ kapsamında düzenlenen sözleşmeler KİSK'e tabi olmadığından çalışmamızın kapsamında bulunmamaktadır.

Diğer yandan, çalışmamızın odak noktasını idarenin para borcunda temerrüdü oluşturduğundan, bu çalışmada idarenin temerrüdünün sadece para borcuna özgü sonuçları incelenmiştir. Borçlunun temerrüdünün tüm borçlar için geçerli sonuçları (gecikme tazminatı ile beklenmeyen halden sorumluluk) ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından doğurduğu sonuçlar çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Bununla birlikte, borçlunun temerrüdünün doğrudan bir sonucu olmamakla birlikte, idarenin para borcunu zamanında ödememesine bağlı olarak yüklenicinin süre uzatımı isteme ve işi durdurma hakkının bulunup bulunmadığı hususları çok sayıda uyuşmazlığa neden olduğundan, bu hususların da incelenmesi gerekli görülmüştür.

Tezimiz giriş, iki bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin tanımı, kuruluşu, şekli, içeriği ile hukuki niteliği gibi

¹⁶ Örneğin kamu kurum ve kuruluşları tarafından ihale edilen arsa payı karşılığı inşaat işleri. KİGT m. 3.1.1'de kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı yapım işlerinin KİK kapsamında yer almadığı açıklanmıştır.

¹⁷ Başlıca kamu özeli işbirliği modelleri; Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, Yap-Kirala-Devret, İşletme Hakkı Devri vb. şeklindedir.

¹⁸ Önemle belirtmek gerekir ki, doğrudan temin kapsamında yapılan alımlarda da çoğunlukla KİSK ekindeki tip sözleşmeler kullanılmaktadır. Ancak bu durum tamamen tarafların iradesinden ileri gelmektedir.

¹⁹ KİK m. 3'te istisnalar kapsamında yapılan ihalelerin ceza ve yasaklama hükümleri haricinde KİK'e tabi olmadığı düzenlenmiştir.

genel özellikleri incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca, bedelin ne şekilde belirlendiğine değinilmiş, bedelin ifasına ilişkin olarak hakediş ödemeleri (geçici ve kesin hakedişler), avans ödemeleri ve fiyat farkı ödemeleri²⁰ üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, ilk olarak idarenin bedel ödeme borcunun muaccel olacağı zamana değinilmiştir. Akabinde idarenin bedel ödeme borcunun ifasında temerrüdü için gereken şartlar ile temerrüdün para borcuna özgü sonuçları olan temerrüt faizi ve aşkın zararı isteme koşulları incelenmiştir. Ayrıca, bu bölüm kapsamında, idarenin para borcunu ödemede temerrüdü nedeniyle yüklenicinin süre uzatımı isteme hakkı ile işi durdurma hakkının bulunup bulunmadığı hususları üzerinde durulmuştur. Son olarak hakediş ödemeleri, temerrüt faizi ve aşkın zararın tabi olduğu zamanaşımı süreleri incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise genel değerlendirmeler ile çalışma kapsamında ulaşılan kanaatlere yer verilmiştir.

²⁰ Fiyat farkı konusu, başlı başına bir çalışma konusunu oluşturacak nitelikte ise de idarenin para borcunun bir unsuru olduğundan bu çalışmada kısaca değinilmesi gerekmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA (KİSK) TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

I. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI VE KONUSU

KİSK'te²¹, genel olarak kamu ihale sözleşmesinin, özel olarak bu Kanun'a tabi inşaat sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır²². KİSK m. 3'te, KİSK'in uygulanmasında KİK'te yapılan tanımların geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bunun dışında herhangi bir kavramın tanımına yer verilmemiştir. Sözleşme kavramı, KİSK yerine KİK m.4'te "*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım kamu ihale sözleşmesini tam olarak tanımlamadığı gibi KİSK'e tabi inşaat sözleşmesine ilişkin herhangi bir fikir de vermemektedir. Bu nedenle, kamu ihale sözleşmesi kavramı açıklandıktan sonra KİK m. 4'teki yapım işi kavramından hareketle KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin tanımı yapılmaya çalışılacaktır.

Kamu ihale sözleşmesi kavramı, ülkemizde ilk defa KİSK ile birlikte kullanılmaya başlanmıştır.²³ Doktrinde *Bilir* tarafından bu kavramın Avrupa Birliği (AB) kamu alımları direktiflerinde²⁴ kullanılan kavramın bir yansıması olduğu ileri

²¹ KİSK m. 2'de "Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar." hükmüne yer verilmiştir.

²² KİSK, KİK'e tabi ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsamakta olup, bir ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin ile istisnalar kapsamında yapılan alımlar sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsamamaktadır.

²³ Zor, s. 173.

²⁴ Avrupa Birliğinde (AB), kamu alımları alanında klasik alımları düzenleyen 2014/24/AB sayılı Kamu Alımları Direktifi; su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların

sürülmüştür. KİSK’in adında geçen bu kavram, kanaatimizce KİSK’e tabi sözleşmelerin kuruluşundaki en önemli unsur olan ihale sürecini vurgulamak amacıyla kullanılmıştır. Gerçekten de, ihale süreci bir tarafa bırakılacak olursa, KİSK’in düzenlediği sözleşmelerin herhangi bir ayırt edici özelliğinden söz edilemez. Nitekim KİSK’in kapsamına bakıldığında konu daha açık bir şekilde anlaşılır. Zira KİSK, salt KİK’e göre ihale edilen işlerin sözleşmelerini kapsar. KİK’te ihale usulleri arasında sayılmamakla birlikte, bir alım yöntemi olarak kurgulanan “doğrudan temin” sonucunda kurulan sözleşmeler KİSK’in kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kamu ihale sözleşmesine yönelik olarak doktrinde yapılan tanımlara bakıldığında, Buz tarafından “*idarenin kamu hizmetlerini yürütebilmek için, gerçek veya tüzel kişiler ile kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşme*” şeklinde tanımlandığı²⁵; Bilir, Demirboğa ve Zor tarafından da benzer tanımların yapıldığı görülmektedir²⁶. Doktrindeki söz konusu tanımlar ile KİK ve KİSK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu ihale sözleşmesi, “KİK’e tabi idarelerin, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımı ile yapım işlerini temin etmek amacıyla KİK’te belirtilen ihale usullerini uygulayarak kurduğu sözleşmeler” şeklinde tanımlanabilir.

Kamu ihale sözleşmesini tanımladıktan sonra, çalışma konumuz olan KİSK’e tabi

yapacakları sektörel alımları düzenleyen 2014/25/AB sayılı Direktifi ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hususları düzenleyen 2014/23/AB sayılı Direktifi yürürlükte bulunmaktadır. https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari_70.html (ET: 21.10.2021).

²⁵ Buz, İhale, s. 35.

²⁶ Kamu ihale sözleşmesi; Bilir tarafından, “*kamu idarelerinin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmeler*” şeklinde (Bilir, s. 13-14); Demirboğa tarafından “*idare ile yüklenici arasında yapılan mal alımına, hizmet alımına veya yapım işlerinin yaptırılmasına ilişkin sözleşme*” şeklinde (Demirboğa, s.33); Zor tarafından, “*KİK’e tabi kurum ve kuruluşlar tarafından kamu hizmetlerini yürütebilmek için ihtiyaç duyulan edimlerin karşılanmasına yönelik olarak KİK hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeler*” şeklinde tanımlanmıştır (Zor, s. 174).

inşaat sözleşmelerini tanımlamak için, bu sözleşmelerin konusunu oluşturan yapım işleri üzerinde durulmalıdır. KİK’te yapım işleri “bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri” şeklinde sayma yoluyla belirlenmiştir (KİK m. 4) ²⁷. Ayrıca “ile benzeri yapım işleri” ibaresi kullanılarak yapım işi niteliğinde olup da KİK’te sayılmayan diğer işlerin de bu kapsama dahil edilebilmesi mümkün kılınmıştır²⁸. Bir işin yapım işi olup olmadığının belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alınacağı hususu ise Kamu İhale Genel Tebliği (KİGT) m. 64’te açıklanmıştır. KİGT’de yapılan açıklamaya göre ihale konusu işin “i- uygulama projesini ya da kesin projeyi de kapsayan teknik şartname gerektirmesi, ii- yapım müteahhidinin uzmanlık alanına girmesi, niteliksiz işçilikten ziyade malzeme, makine ve ekipman girdisinin ağırlıklı olduğu işlerden olması ve iii- işin sonucunda fen ve sanat kurallarına uygun bir eserin ortaya çıkması” şartlarını birlikte karşılaması halinde, bu işin yapım işi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

²⁷ Doktrinde Bilir tarafından, yapım işleri tanımında geçen “taşıma” işlerinin yapım kapsamında sayılması, taşıma sözleşmelerine ilişkin ayrı hükümlerin bulunduğu, taşıma işlerinin eser sözleşmesi kapsamında kabul edilemeyeceği gerekçeleri ile eleştirilmiştir (Bilir, s.15).. Kanaatimizce bu eleştiri yerinde değildir. Her şeyden önce KİK’te yapım işlerine ilişkin yapılan tanımlama eser sözleşmesi esas alınarak yapılan bir tanımlama olmayıp, işlerin ihale edilme usulü bakımından yapılan bir tanımlamadır. KİK’te veya KİSK’te yapım işi olarak ihale edilen bir iş sonucunda düzenlenen sözleşmede hüküm bulunmaması halinde doğrudan eser sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

²⁸ Uslu, Yusuf/Demirel, Salim: Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 85-86; Bilir, s. 14-15.

Diğer taraftan, KİK m. 4'te yapım işi kapsamında sayılan işler incelendiğinde esasen bu işlerin inşaat işleri olduğu, bu anlamda KİK'te geçen yapım kavramının inşaat (inşa ve imal) anlamında kullanıldığı anlaşılmıştır²⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, KİK'te yapım işlerinin inşaat işi anlamında kullanıldığı dikkate alınarak, çalışmanın başlığında “yapım işi sözleşmeleri” ibaresi yerine uygulamada daha çok kullanılan “inşaat sözleşmeleri” ibaresi tercih edilmiştir.

Sözleşmelere ilişkin tanımın sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsaması gerekmektedir. Buradan hareketle, KİK'e tabi inşaat sözleşmeleri; KİK'e tabi idareler tarafından KİK'e göre ihale edilen yapım işleri sonucunda düzenlenen, yüklenicinin sözleşme ve eklerinde belirtilen inşaat işini meydana getirip idareye teslim etmeyi, idarenin de buna karşılık bir miktar para³⁰ ödemeyi üstlendiği eser sözleşmeleri olarak tanımlanabilir³¹.

²⁹ Gerçekten de bu kapsamda sayılan işlerde bir yapı meydana getirilmekte olup, doktrinde bu nitelikteki işleri konu alan sözleşmelerin eser sözleşmenin bir türü olan “inşaat sözleşmeleri” olduğu ifade edilmektedir. Eren, Özel Hükümler, s. 613; Aral/Ayrancı, s. 361; Ayan, Serkan: İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s.23 (Kısaltma: Ayan, İnşaat); Eren, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 51 (Kısaltma: Eren, İnşaat Sözleşmeleri); Gönen, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016, s. 5.

³⁰ Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (YİİUY) ekinde yer alan tip idari şartnamelerde teklif ve ödemelerde geçerli para birimi başlıklı maddede, isteklilerin, teklifini gösteren fiyatları ve bunların toplam tutarlarını Türk Lirası olarak verecekleri, sözleşme konusu işin ödemelerinde Türk Lirasının kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

³¹ Doktrinde yapılan benzer tanımlar için bkz. Özcan, Zeynep: Kamu İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü, Ankara, 2018, s. 43; Tangör, Mehmet Ali: Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC Bakımından Müteahhidin Borçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 15.

II. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

A. Kuruluşu

TBK m. 1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Sözleşme kavramı, TBK'da tanımlanmamakla birlikte, TBK'daki hükümden hareketle doktrinde *“belirli bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya kaldırılması amacıyla iki tarafın birbirine uygun irade açıklaması ile kurulan hukuksal işlem”* şeklinde tanımlanmıştır.³² TBK'daki hükümler uyarınca, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin beyan edilmesi ve bu iradelerin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşması gerekir. Bu çerçevede sözleşme kurulurken tarafların iradelerinin açıklanmasına ihtiyaç duyulmakta olup, taraflarca açıklanan iradelere “öneri (icap)” ve “kabul” denilmektedir³³.

Öneri, sözleşmenin kurulması amacıyla bir tarafın teklifini içeren, karşı tarafa yöneltilmesi gereken ve öneride bulunan kişiyi bağlayan irade beyanıdır³⁴. Şekle bağlı sözleşmelerde önerinin şekle uygun olarak açıklanması gerekir. Öte yandan, bu noktada öneri ile öneriye davet müesseselerinin farkına değinmek gerekir. Öneriye davet, karşı tarafın kendisine bir öneride bulunması amacıyla yapılan ve bağlanma iradesi içermeyen, davette bulunan tarafın sözleşme kurma konusunda hazır olduğunu belirten bir irade beyanıdır. Kabul ise, önerenin önerisine uygun olarak sözleşmenin kurulması amacını

³² Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, 2014, s. 53, (Kısaltma: Kılıçoğlu, Genel Hükümler); Eren, Genel Hükümler, s. 243; Oğuzman/ Öz, C.I, s.44; Akıncı, s. 63-65.

³³ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 53-55; Eren, Genel Hükümler, s. 243-258; Oğuzman/ Öz, C.I, s.51-52; Akıncı, s. 66.

³⁴ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 55; Eren, Genel Hükümler, s. 258; Oğuzman/ Öz, C.I, s.53; Akıncı, s 66-68.

kesin olarak ifade eden, tek taraflı, kurucu yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır. Kabul beyanı, önerinin kapsamını değiştirici nitelikte ise, diğer bir ifadeyle öneriye uygun değilse, bu beyan önerinin reddi sayılır ya da beyanın içeriğine göre yeni bir öneri olarak kabul edilir³⁵.

Genel olarak KİSK’e tabi sözleşmeler, özel olarak KİSK’e tabi inşaat sözleşmeleri bir ihale süreci sonucunda kurulmaktadır. Bu başlık kapsamında, KİSK’e tabi sözleşmelerin kuruluş aşamalarının TBK’daki sözleşmelerin kuruluş sistematığı içindeki yeri incelenecektir. Bu noktada değinilmesi gereken en önemli husus, TBK m. 274 vd. maddelerinde ihale sürecine benzer müesseseye açık artırma yoluyla satış sözleşmelerinde de yer verildiği hususudur. TBK m. 274’te açık artırmalarda satış sözleşmesinin yeri, zamanı ve koşullarının önceden belirleneceği, m. 275’te ise “herkesin katılabileceği açık artırmalarda satış sözleşmesinin, artırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş” olacağı hükme bağlanmıştır. Türk Hukuk doktrinde, satıcının açık artırma yoluyla satış yapacağına ilişkin duyuru işlemi “öneriye davet”, artırmaya katılma işlemi “öneri”, en yüksek öneride bulunan kişiye ihale etme işlemi ise “kabul” olarak nitelendirilmektedir³⁶.

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin kuruluş sürecinin TBK sistematığı açısından değerlendirilebilmesi için KİK’teki ihale sürecine kısaca değinilmelidir.

İhale süreci, “ihale yetkilisince³⁷ ihale onayının verildiği tarihten itibaren

³⁵ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 68 vd.; Eren, Genel Hükümler, s. 258; Oğuzman/ Öz, C.I, s.53; Akıncı, s 68.

³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 273;Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 69; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2 Cilt, 4. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008, s. 320; Buz, İhale, s. 206; Pınar, Yunus Akşin: Kamu İhale Sözleşmelerinin Türk Borçlar Hukukunda Yeri ve İhalenin Yargı Kararıyla İptali Karşısında Akıbetleri, İstanbul, 2019, s.49-50.

³⁷ İhale yetkilisi, KİK m. 4’te idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri olarak tanımlanmıştır.

başlayan, sözleşmenin taraflarca imzalanıp, ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla notere onaylatılmasıyla, noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreci” ifade etmektedir³⁸.

İhale sürecinin ilk aşaması, ihale yetkilisince verilen ve harcama yapılabilmesi için ön izin anlamına gelen ihale onayı³⁹ aşaması olup, bundan sonraki aşamayı ihale usulüne göre ihale ilânı (KİK m. 13, m. 24, m. 25) veya ihaleye davet (KİK m. 21) oluşturur. İhale ilanında veya davette belirlenen ihale tarihine kadar ihaleye katılmak isteyenlerin ihale dokümanını satın alarak tekliflerini, teklif mektubu ekinde katılım ve yeterlik kriteri olarak istenilen belgeler ile birlikte bir zarf içinde idareye sunması gerekmektedir (KİK m. 30). İhale günü teklif zarfları katılımcıların huzurunda açılır (KİK m. 36). Açılan teklifler, ihale dokümanında istenilen katılım ve yeterlik kriterlerine göre değerlendirilir (KİK m. 37-38). Yapılan değerlendirme sonucunda geçerli teklifler arasından en avantajlı olan belirlenerek ihale kararı alınır. Bu karar ihale yetkilisinin onayına sunulur (KİK m. 40). İhale yetkilisince onaylanan ihale kararı kesinleşir ve bu karar ihaleye katılanlara bildirilir (KİK m. 41). Kesinleşen ihale kararının bildiriminden sonra ihale usulüne göre en az beş, en fazla on gün olmak üzere şikâyet süresi beklenir. Bu süre geçtikten sonra şikâyet yoksa ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme imzalamaya davet edilmesi gerekir. Bu süreçte idareye yapılan bir şikâyet başvurusu varsa şikâyet ve sonrasındaki itirazın şikâyet sürecinin sona ermesi beklenir. Bu süreç sona erdikten sonra, üzerine ihale yapılan istekli sözleşme imzalamaya davet edilir. Davet yazısında sözleşme imzalamak üzere on içinde kesin teminat ile birlikte idareye başvuru yapılması istenir. Davet edilen istekli tarafından on günlük süre içinde kesin teminatın

³⁸ İhale süreci, İhaleleri Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.3'te tanımlanmıştır.

³⁹ İhale onayı verilmesi için ihale onay belgesi düzenlenir. Söz konusu belgede, işin tanımı, niteliği ve miktarının yanı sıra, ihale edilmesi usulü, avans ve fiyat farkı verilecekse şartları gibi hususlar bulunur (Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliği m. 3).

getirilmesi ve sözleşmenin imzalanacağı günde yasaklılık teyidinin yapılarak bu isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olmadığına anlaşılmaya üzerine, idare ve ihale üzerinde bırakılan isteklinin hazır bulunduğu ortamda sözleşme metninin imzalanması ile sözleşme kurulmuş olur (KİK, m. 42, m. 54-56). Sözleşmenin kurulması ile ihale süreci sona ermiş olur⁴⁰. İhale süreci kimi durumlarda ihalenin iptal edilmesi ile de sona erebilmektedir (KİK m. 16, m. 39 ve m. 40).

İhale komisyonu tarafından alınan ve sonrasında ihale yetkilisi tarafından onaylanan karar⁴¹, idarenin, hangi istekli ile sözleşme yapabileceğini gösteren bir idari işlemdir⁴². KİK m. 41’de bu karara kesinleşen ihale kararı denilse de, bu aşamada esasen kesinleşmiş bir idari işlem den söz edilemez. Her şeyden önce KİK’e tâbi bir ihaleye ilişkin kararın (idari işlemin) kesinleşmesi için, idareye şikâyet başvurusu için beklenmesi gereken sürenin⁴³ geçmiş olması gerekir. Bu süre içinde idareye ve devamında Kamu İhale Kurumu’na başvuru yapılması durumunda, Kamu İhale Kurumu’nca yapılacak inceleme süreci de dahil olmak üzere idari başvuru ve inceleme sürecinin, ayrıca ön mali kontrole tabi işlemler bakımından bu sürecin de sona ermiş olması gerekmektedir.

Bu çerçevede, KİK’teki ihale süreci TBK sistematığı açısından değerlendirildiğinde, KİK’teki ihalenin ilan edilmesi işleminin (pazarlık usulündeki davet işlemi)⁴⁴, hukuki niteliği itibarıyla “öneriye davet”, isteklilerin tekliflerini idareye

⁴⁰ Demirboğa, s. 60.

⁴¹ İhale yetkilisi gerekçesini belirterek ihale kararını iptal edebilir (KİK m. 40).

⁴² Bilir, s. 24.

⁴³ İhale kararının bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz (KİK m. 41).

⁴⁴ Pazarlık usulü ihalenin düzenlendiği KİK m. 21’deki hükme göre, (b), (c) ve (f) bendinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. Ancak bu durumda en az yapım müteahhidinin ihaleye davet edilmesi zorunludur.

vermesi işleminin “öneri”, seçilen isteklinin sözleşmeye davet edilerek sözleşmenin imzalanması işleminin ise “kabul” işlemine karşılık geldiği anlaşılmaktadır⁴⁵.

Bu noktada değinilmesi gereken en önemli husus, idareler tarafından KİK’te belirtilen ihale usulleri uygulanmaksızın sözleşme yapılması halinde bu sözleşmenin akıbetinin ne olacağıdır. Hemen belirtelim ki konuya ilişkin olarak ne KİK’te ne de KİSK’te hüküm bulunmaktadır. Doktrinde *Buz* tarafından bu konuda açık kanun boşluğu bulunduğu belirtilmiş, KİK m. 55’te yer alan hükme kıyasen, bu sözleşmelere butlan yaptırımının uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁶. KİK m. 55’te yer alan “sözleşmenin hükümsüzlüğü” ifadesi, 5812 sayılı Kanunla⁴⁷ “sözleşme imzalanamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak *Buz*, bu değişiklikten sonra yayımlanmış olduğu bir makalesinde aynı görüşünü devam ettirmiştir⁴⁸.

Diğer taraftan konuya ilişkin Yargıtay kararlarında, KİK’te belirtilen usule ve şekle uygun yapılmayan yapım işlerine ilişkin sözleşmelerin geçersiz olduğu ifade edilmiş, ancak sözleşmenin yokluk nedeniyle mi yoksa butlan nedeniyle mi geçersiz olduğu hususunda herhangi değerlendirmeye yer verilmemiştir⁴⁹.

⁴⁵ *Buz*, İhale, s. 217-218; *Demirboğa*, s. 59-73.

⁴⁶ *Buz*, İhale, s. 261 vd.

⁴⁷ 5812 sayılı Kanun 20/11/2008 tarihinde kabul edilmiş, 05/12/2008 tarihli ve 27075 RG’de yayımlanmıştır.

⁴⁸ *Buz*, Vedat: “İdari Yargıda Verilen İptal Kararlarının Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, C XXXVII, S.2, 2021, s. 63 (Kısaltma: *Buz*, Kamu İhale Sözleşmeleri).

⁴⁹ Yargıtay15. HD’nin 23.01.2019 T. 2017/170 E., 2019/301 K. sayılı kararında, “...*Davalı idareye devredilen belediye, kamu tüzel kişiliğine haiz olduğundan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda düzenlenen usullere göre gerçekleştirmek zorundadır. Somut olayda özel idareye devri yapılan Belediye tarafından yaptırıldığı ileri sürülen işlerle ilgili Kamu İhale Kanunu’ndaki yöntemlere uygun olarak ihale ve diğer temin etme usulleri uygulanmamıştır. Davacının ileri sürdüğü işlerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen şekil ve usule uyulmaksızın yaptırılmış olması halinde davalının eser sözleşmesine dayanılarak*

İhale usulü uygulanmaksızın sözleşme yapılması durumunda, kanaatimizce ortada sözleşmenin kurucu unsuru olan tarafların irade beyanlarının bulunmadığından bahsedilemez⁵⁰. Böyle bir durumda salt KİK’te öngörülen usul ve şekil kurallarına uyulmadan açıklanan irade beyanları bulunmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin kurucu unsuru olan irade beyanının bulunmadığı hallerde uygulanan “yokluk” yaptırımı, ihale açılmadan kurulan sözleşmelere uygulanamaz. Doktrinde, *Pınar*’ın da isabetli bir şekilde belirttiği üzere⁵¹, ihale usulüne başvurulmaksızın sözleşme imzalanması, KİK sistematığında karşılaşılabilecek en ağır hukuka aykırılık olup, bu nitelikteki bir hukuka aykırılık ise KİK’in varlık nedenini anlamsız hale getirir. Öte yandan her ne kadar doktrinde *Buz* ve *Pınar* tarafından farklı gerekçelerle de olsa KİK’te yer alan kuralların TBK m. 27’de belirtilen anlamda emredici hükümler olmadığı ileri sürülmüşse de⁵², bu tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa, kanaatimizce ihale usulü uygulanmaksızın yapılan sözleşmelerin geçerli sayılmasının KİK’i işlevsiz ve anlamsız hale getireceği ile KİK’te belirtilen kuralların uyulması zorunlu kurallar olduğu hususları dikkate alınarak, bu sözleşmelerin butlan yaptırımına tabi tutulması gerekir.

sorumlu tutulması mümkün değildir...” denilmiştir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD, 17.12.2015 T. 2015/3754 E., 2015/6492 K.; Yargıtay 15. HD, 01.04.2015 T. 2014/3276 E., 2015/1687 K.; Yargıtay 15. HD, 17.03.2015 T. 2015/1031 E., 2015/1289 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 05.11.2021).

⁵⁰ Borçlar hukuku sözleşmelerinde, sözleşmenin kurucu unsurunun irade beyanı olduğuna yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 348 vd.

⁵¹ *Pınar*, s. 73- 74.

⁵² *Buz*, KİK’te belirtilen kuralların salt idareler açısından bağlayıcı olduğu, istekliye yönelik emredici hükümler içermediği gerekçesiyle (*Buz*, *İhale*, s. 253); *Pınar* ise KİK’in sözleşmenin içeriğine veya şekline dair kurallar içermediği gerekçesiyle (*Pınar*, s. 69-70) KİK’teki kuralların TBK m. 27 anlamında emredici hüküm olmadığı düşüncesindedir.

B. Şekli

Şekil, sözleşme kurmak üzere açıklanan iradenin (öneri ve kabul) belli kalıplar, yöntemler veya araçlarla açıklanmasıdır⁵³. TBK m. 12/I’de “*Sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.*” hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre, kanun koyucunun özel olarak şekle tabi kıldığı durumlar dışında sözleşmenin geçerli olarak kurulması için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır⁵⁴. Türk Hukukunda şekil özgürlüğü kural, şekil şartı ise istisnadır. Şekil şartı kanunla veya TBK m. 17 uyarınca taraf iradeleriyle öngörülebilir⁵⁵. Türk hukukuna göre sözleşmeler; sözlü, adi yazılı, nitelikli yazılı ve resmi şekilde kurulabilmektedir⁵⁶.

İleride açıklandığı üzere⁵⁷, KİSK’e tabi inşaat sözleşmeleri hukuki niteliği itibarıyla eser sözleşmesidir. TBK’da eser sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir⁵⁸. Ancak, KİK m. 4’te yer alan sözleşme tanımında geçen “...*yazılı anlaşma*...” ibaresinden hareketle KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, KİK m. 46’da⁵⁹ KİSK’e tabi

⁵³ Eren, Genel Hükümler, s. 279; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 107; Oğuzman/Öz, C.I, s. 144.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, C.I, s. 144; Eren, Genel Hükümler, 279; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 110; Akıncı, s. 7; Şenyüz, 40.

⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 284 vd. ; Eren, Özel Hükümler, s. 20; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 112.

⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 287 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 145 vd.; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 113-114; Antalya, s. 454 vd.; Akıncı, s.78 vd.; Şenyüz s.43 vd.

⁵⁷ Ayrıntılar için bkz. “Birinci Bölüm, IV., B. TBK’deki Sözleşme Tipolojisi Bakımından Hukuki Niteliği”.

⁵⁸ Öz, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2012, s.3 (Kısaltma: Öz, İnşaat); Büyükcay, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 51; Aral/Ayrancı s.367; bununla birlikte, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesini ihtiva eden eser sözleşmeleri resmi şekle tabidir.

⁵⁹ 4964 sayılı Kanun’un 28’inci maddesi ile değişiklik yapılmadan önceki ilk halinde sözleşmelerin notere onaylatılması ve tescil ettirilmesi zorunluluğu bulunmaktaydı. Ancak KİK

sözleşmelerin notere onaylatılması zorunluluğu ancak ihale dokümanında buna ilişkin düzenlemenin yapılmış olması şartına bağlanmıştır. Bu çerçevede, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin de kural olarak adi yazılı şekilde düzenlenmesi gerekir⁶⁰. KİSK’e tabi inşaat sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmesi, TBK m. 17’de hükümlere benzer esaslar getiren KİK m. 46 uyarınca, idarece ihale dokümanında bu yönde düzenleme yapılmasına bağlıdır⁶¹.

Bu noktada, KİSK’te belirtilen şekil şartının, geçerlilik ve ispat şekli ayrımı bakımından hukuki niteliği gündeme gelebilir. Doktrinde *Buz* ve *Bilir* tarafından KİSK’e tabi sözleşmeler açısından bu ayrımın pratik bir öneminin bulunmadığı ileri sürülmüştür. Bu yazarlara göre, öneri ve kabul beyanının sözlü olarak da açıklanabildiği durumlarda bu ayrımın pratik bir önemi bulunur. Bir önceki bölümde açıklandığı üzere⁶², KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, idarenin kabul beyanı yüklenicinin de hazır bulunduğu bir ortamda yazılı şekilde açıklandığından, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde her durumda

m. 46’nın son haline göre ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Kurt, Leyla M.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 43 (Kısaltma: Kurt, Temerrüt); Taşdelen, Aziz: “Kamu Harcama sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ve Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, İÜHFİM, CL’XIX, 2011, s. 52 vd.; Öz, İnşaat, s. 5.

⁶¹ KİK m. 21’in son fıkrasında, söz konusu maddenin (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınmasının zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır. Buna göre sözleşme imzalanmaması durumu salt mal alımlarında söz konusu olup, inşaat sözleşmeleri bakımından yazılı bir sözleşmenin imzalanmaması söz konusu değildir. Demirboğa’nın da isabetli bir şekilde belirttiği gibi, bu maddede her ne kadar sözleşme yapılmaz denilmişse de, burada esas itibarıyla yazılı bir sözleşmenin imzalanmayacağı kastedilmiştir. Yoksa ortada yazılı olmasa da bir sözleşmenin varlığı kuşkusuzdur. Ayrıntılar için bkz. Demirboğa, s. 33.

⁶² Ayrıntılar için bkz. “Birinci Bölüm, II., A. Kuruluşu”.

yazılı bir sözleşmenin mevcudiyeti söz konusu olmaktadır⁶³. Bu görüş çerçevesinde, biz de, KİSK’e tabi inşaat sözleşmeleri bakımından yazılı şekil şartının hukuki niteliğinin belirlenmesinin pratik bir karşılığının bulunmadığını değerlendirmekteyiz.

TBK m. 13’te, “kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur.” hükmüne yer verilmiştir. KİSK m. 15 ve m. 24’te sözleşmelerin değiştirilebilmesine ilişkin şartlara yer verilmiştir. Bu çerçevede söz konusu değişikliklerin de yazılı olarak yapılması gerekir⁶⁴. Nitekim Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nde (YİGŞ) sözleşmenin ifası sürecinde yapılan her türlü işlemin aksi kararlaştırılmadıkça yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁶⁵.

C. İçeriği

Türk Hukukunda yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi⁶⁶ uyarınca özel kişiler sözleşmenin içeriğini TBK m. 27’deki sınırlamalar dahilinde diledikleri biçimde belirleyebilirler. Ancak, KİSK’e tabi inşaat sözleşmeleri bakımından, TBK m. 27 dışında, KİSK m. 5 ile m. 7’de de sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi konusunda önemli sınırlamalar öngörülmüştür.

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda yetki tümüyle sözleşmenin tarafları olan idareler ve yüklenicilere bırakılmamıştır. KİSK

⁶³ Buz, İhale, s. 227-229; Bilir, s. 25-26.

⁶⁴ Öz, s. 16; Tuna, s. 72.

⁶⁵ KİSK’e tabi inşaat işlerinde sözleşmenin eki niteliğindeki YİGŞ m. 4’te idare, yüklenici ve yapı denetim görevlisi arasındaki her türlü iletişimin yazılı olarak yapılacağı, sözleşmeye göre herhangi bir kişi tarafından bir izin, onay, belge, olur verilmesi veya tespit yapılması, ihbar, çağrı veya davette bulunulması gerektiğinde, bunların taraflar aksini kararlaştırmadıkça yazılı olacağı belirtilerek, sözleşmenin uygulanması sürecindeki her türlü işlemin de yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 313 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 24-26; Akıncı s. 11; Antalya, s. 73-75.

m. 7’de bu sözleşmelerin içeriğinde bulunması zorunlu hususlar sayma yoluyla belirlenmiş⁶⁷, KİSK m. 5’te ise m. 7’deki hususlar çerçevesinde tip sözleşmelerin belirlenmesi konusunda Kamu İhale Kurumu yetkili kılınmıştır.

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde kullanılacak tip sözleşme, Kamu İhale Kurumu tarafından “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” (TS) adıyla YİİUY ekinde yayımlanmıştır⁶⁸. TS, otuz beş maddeden oluşan bir metin olup, bu metinde birçok husus Kamu İhale Kurumu tarafından standart şekilde düzenlenmiştir. İdareler tarafından bu sözleşmelerin kullanılması zorunludur (KİSK m. 5/II). TS’deki bütün maddeler Kamu İhale Kurumu tarafından düzenlenmemiş, bazı maddelerin düzenlenmesi somut ihale özelinde idareye bırakılmıştır. İdarenin takdirine bırakılan alanlar dışında idarenin bu

⁶⁷ KİSK m. 7’de “Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur: a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı. b) İdarenin adı ve adresi. c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi. d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları. e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi. f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı. g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği. h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı. i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği. j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar. k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar. l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar. m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları. n) Gecikme halinde alınacak cezalar. b) (Değişik: 30/7/2003-4964/43 md.) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler. p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar. r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar. s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları. t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar. u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları. v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu. y) Anlaşmazlıkların çözümü. z) (Ek: 23/04/2015--6645/33 md.) İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler.” hükmü yer almaktadır.

⁶⁸ YİİUY 04.03.2009 tarihli ve 27159 mükerrer sayılı RG’de yayımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik’in son haline, ekindeki tip sözleşme ile birlikte <http://ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> adresinden ulaşılabilir.

standart metni değiştirme veya metne ekleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Boş bırakılan bazı maddelerde, dipnotlar aracılığıyla madde metninin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği açıklanmış, bazı madde metinlerinin düzenlenmesi konusunda ise dipnotlarda yer verilen belli seçenekler arasından seçim yapma yetkisi idareye bırakılmıştır. Örneğin işin başlama ve bitiş tarihleri kısmı boş bırakılmış ve bu kısmın idare tarafından ihaleye çıkılırken doldurulması istenilmiştir.

Bu noktada, kamu ihale mevzuatındaki bir kavram olan “sözleşme tasarısı” kavramı ile bu kavramın TS ile olan ilişkisi üzerinde durulmalıdır. Sözleşme tasarısı; TS esas alınarak, TS’de idarece düzenlenmesi amacıyla boş bırakılan maddelerin, idareler tarafından ihale konusu işe özgü olarak doldurulmasıyla oluşturulan doküman olarak ifade edilebilir. Diğer bir anlatımla ihaleye çıkılırken TS’de boş bırakılan maddelerin idare tarafından doldurulması suretiyle çıkılacak ihaleye özgü bir metin haline getirilen TS, bu işlem sonucunda sözleşme tasarısına dönüşmüş olmaktadır. KİK’te bu doküman için sözleşme tasarısı ifadesi kullanılsa da, esas itibarıyla bu dokümanın “sözleşme taslağı” olarak adlandırılmasının daha açıklayıcı olacağını belirtmek isteriz.

Sözleşme tasarısı, ihale süreci sonucunda imzalanacak sözleşmenin, “yüklenici” ile “sözleşme bedeli” kısımları hariç, tüm maddelerini ihtiva etmektedir. İhale süreci sonucunda, ihale üzerinde bırakılan istekli belirlenip bu istekli ile sözleşme imzalanınca, bu isteklinin teklif fiyatı sözleşme bedeline, istekli yükleniciye, sözleşme tasarısı da sözleşmeye dönüşmektedir.

KİK m. 4, m. 27 ile YİİUY m. 13 uyarınca ihaleye çıkılırken ihale dokümanının bir parçası olan sözleşme tasarısının hazırlanması ve istekli olabileceklere verilmesi gerekmektedir. Sözleşme tasarısı, istekli olabileceklerin⁶⁹ tekliflerini oluştururken esas

⁶⁹ İstekli olabilecek, KİK m. 4’te ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişi ya da bunların oluşturdukları ortak girişim şeklinde

aldıkları en önemli belgelerdendir⁷⁰. Sözleşme tasarısının ihale aşamasında isteklilere verilmesi suretiyle, KİK m. 46 ile KİSK m. 4’te hükme bağlanan ihale dokümanına uygun sözleşme yapma ilkesine de işlerlik kazandırılmaktadır.

TS, YİİUY eki olup, idare hukuku açısından genel düzenleyici işlem niteliğindedir⁷¹. Bu nedenle ihale aşamasında TS’deki hükümlere uygun olarak düzenlenmeyen sözleşme tasarıları, idare hukuku bakımından hukuka aykırılık oluşturur⁷².

TS’nin borçlar hukuku açısından hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Doktrinde *Avcı* tarafından TS’nin genel işlem koşulu⁷³ niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁷⁴. Yargıtay 15. HD tarafından verilen bir kararda geçen “...serbest iradesi ile ihaleye katılıp genel işlem koşullarının varlığını bilerek içeriğini öğrenmiş olarak sözleşmeyi imzalamış olması sebebiyle...” şeklindeki ifadelerden Daire’nin TS’yi genel işlem koşulu olarak

tanımlanmıştır. KİK m. 28 uyarınca ihaleye teklif verebilmek için ihale dokümanının satın alınmış (güncel durumda EKAP üzerinden indirmiş olmaları yeterlidir.) olması gerekir.

⁷⁰ Demirboğa, s. 75.

⁷¹ Sezginer, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 1602; Yılmaz, s. 92 vd.; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 509.

⁷² Yılmaz, s. 115; Demirboğa, s. 75; Ankara 9. İdare Mahkemesinin 11.03.2020 tarihli ve E:2020/323, K:2020/651 sayılı kararında (01.04.2020 tarihli ve 2020/MK-74 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile uygulanmış ve Kurumun internet sitesi üzerinden yayımlanmıştır.). TS’ye aykırı düzenleme yapılması nedeniyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (ET: 18.04.2020).

⁷³ TBK m. 20’de genel işlem koşulları “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olarak tanımlanmıştır. Genel işlem koşullarının ayrıntıları için bkz. Yelmen, Adem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014.

⁷⁴ Avcı, Ali: “Kamu Yapım Sözleşmelerinde Geçici Hakediş Raporlarına İhtirazı Kayıt ve Hukuka Aykırılık Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, Haziran 2015, s. 186-189.

nitelendirdiği sonucuna varılmaktadır⁷⁵. Bu noktada, TS'nin sözleşmenin tarafı olan idare tarafından hazırlanmadığı, üçüncü bir taraf olan Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlandığı, idarenin TS'deki düzenlemelerden farklı bir belirleme yapma yetkisinin bulunmadığı, bu nedenle bir sözleşmenin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi için gereken unsurlar arasında sayılan tek tarafça hazırlanmış olma şartının burada bulunmadığı ileri sürülebilir⁷⁶. Kanaatimizce TS'nin Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanmış olması genel işlem koşulu olarak kabul edilmesine engel değildir. TS'den yararlanan tarafın idare olması ve karşı taraf olan yüklenicinin bu konuda herhangi bir söz hakkının bulunmaması karşısında, biz de TS'nin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri ihale süreci sonucunda kurulduğundan, ihale sürecine ilişkin birçok doküman sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası niteliğindedir. Bu husus TS m. 8'de açıkça düzenlenmiştir. Sözleşmenin ekleri başlıklı bahse konu maddeye göre "sözleşme, ekindeki ihale dokümanı ve diğer belgelerin bir bütündür. İdare ve yükleniciyi bağlar." Ayrıca maddenin devamında "sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümlerin esas alınır." denilmiş ve ihale dokümanını oluşturan

⁷⁵ Yargıtay 15. HD, 27.06.2019 T. 2018/4466 E., 2019/3025 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ET:24.10.2021>.

⁷⁶ Benzer duruma zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmelerinde de rastlanmaktadır. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Genel Şartları, Karayolları Trafik Kanunu'nun 93'üncü maddesi ile Sigorta Kanunu'nun 11'inci maddesine dayanılarak Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır. Yargıtay 4. HD, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Genel Şartlarının sözleşmenin tarafı olan sigorta şirketi tarafından hazırlanmadığından bahisle söz konusu genel şartların genel işlem koşulu olmadığına karar vermiştir. Yargıtay 4.HD 29/06/2021 T. 2021/14782 E., 2021/3887 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (ET: 24.10.2021).

belgeler arasındaki sıralamanın; “1- Yapım İşleri Genel Şartnamesi, 2- İdari Şartname, 3- Sözleşme Tasarısı, 4-ATGB Sözleşmelerde Uygulama Projesi/ Teklif Birim Fiyatlı Sözleşmelerde Birim fiyat tarifleri ve Cetveli 5- Mahal Listesi, 6- Özel Teknik Şartname, 7- Genel Teknik Şartname, 8- Teklif Birim Fiyatlı Sözleşmelerde Ön veya Kesin Projeler 9- Açıklamalar (varsa), 10-Diğer Ekler.” şeklinde olduğu kurala bağlanmıştır.

Söz konusu belgelerden, sözleşmenin imzalanması ile sözleşmenin eki haline gelen YİĞŞ⁷⁷ üzerinde ayrıca durulmalıdır. YİĞŞ, YİİUY ekinde yer alan bir metin olup, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin uygulama esaslarını düzenlemektedir⁷⁸. YİĞŞ’de düzenlenen hususlar çoğunlukla emredici nitelikte olup idarece aksi kararlaştırılmaz. Ancak bazı durumlarda sözleşmeye atıfta bulunularak sözleşmede konunun farklı bir şekilde düzenlenmesine de imkân tanınmaktadır. İhale mevzuatındaki diğer şartnameler gibi YİĞŞ de genel düzenleyici idari işlem niteliğindedir⁷⁹. YİĞŞ, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanmış olduğundan, idarelerin veya ihale sürecine katılanların bu standart metni değiştirme veya metne ekleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. YİĞŞ, sözleşmenin imzalanması ile birlikte sözleşmenin eki niteliğinde bir belge haline gelmekte olup, sözleşmenin eki niteliğindeki bu belgenin, TS’nin borçlar hukuku açısından hukuki niteliğine yönelik olarak yaptığımız değerlendirme doğrultusunda, genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz⁸⁰.

Öte taraftan, Yargıtay tarafından usul hukuku açısından YİĞŞ’nin bir çok maddesi

⁷⁷ YİĞŞ, YİİUY eki olup, <http://ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> adresinden temin edilebilir.

⁷⁸ Bilir, s. 6.

⁷⁹ Uz, s. 89; Yılmaz, s. 93.

⁸⁰ Ayan’a göre de YİĞŞ genel işlem koşulu niteliğindedir, bkz. Ayan, İnşaat, s. 24.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸¹ m. 193'te belirtilen delil sözleşmesi⁸² olarak nitelendirilmekte ve bu maddelerin hakim tarafından, taraflarca ileri sürülmesi gerekmeksizin kendiliğinden uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁸³.

III. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TARAFLARI

KİSK'e tabi bir inşaat sözleşmesinin taraflarının belirlenmesi için KİK'e tabi idarelerin ve ihalenin kimler üzerinde bırakılabileceğinin, yani potansiyel yüklenicilerin belirlenmesi gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere⁸⁴ sözleşme, ihale süreci sonucunda kurulmaktadır. İhaleye teklif veren isteklilerden en avantajlı teklifte bulunan ile sözleşme imzalandığında istekli kavramsal olarak yükleniciye dönüşmektedir. Dolayısıyla bahse konu sözleşmenin taraflarını idareler ile yükleniciler oluşturmaktadır

⁸¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸² Delil sözleşmesi, bir hususun belli bir delil ile ispat edileceği hakkında yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Delil sözleşmeleri adi yazılı şekilde yapılabileceği gibi, mahkeme önünde tutanağa geçirilerek de yapılabilirler. Bununla birlikte, tarafların birinin ispat hakkının kullanımını olanaksız hale getiren delil sözleşmesi geçersizdir. Delil sözleşmesi, senet ile ispat zorunluluğun istisnası niteliğindedir. Delil sözleşmesinin, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Taraflar, bir hususun yalnızca belli bir delil ile ispat edilebileceğini sözleşme ile kararlaştırmışlarsa buna münhasır delil sözleşmesi denir ve vakalar yalnızca bu şekilde ispat edilebilir; başka delil ile ispat edilemez. Münhasır olmayan delil sözleşmesinde ise taraflar delilleri hasretmez, aksine bir hususun başka bir delil ile de ispat edilebileceği kararlaştırılmışlarsa, böyle bir sözleşme münhasır olmayan delil sözleşmesi denir (örn. senetle ispatı zorunlu olan bir hususun tanıkla da ispat edilebileceğine yönelik bir sözleşme bu sözleşme çeşidinin en önemli örneğidir). (Arslan, Ramazan /Ejder, Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 457 vd.).

⁸³ Yargıtay 15. HD, 15.03.2018 T. 2016/3340 E., 2018/969 K . <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (ET: 24.10.2020).

⁸⁴ Ayrıntılar için bkz. "Birinci Bölüm, II., A. Kuruluşu".

A. İdare

Genel anlamda idare “*belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan ve bu amaca yönelen örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen plânlı insan faaliyeti*” olarak tanımlanmaktadır⁸⁵. İdare hukukunda ise idare “organik ve fonksiyonel” olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilkinde idare, devlet tüzel kişiliği içindeki birimler ile kamu kurumlarını ifade ederken, ikincisinde ise, yasama organının yasama, yargı organının yargısal işlevleri dışında kalan idari nitelikte işlevleri ile yürütme organının idari nitelikteki işlevlerini ifade etmektedir⁸⁶. KİK’te idare “*ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar*” şeklinde tanımlanmıştır (KİK m. 4). KİK’teki idare tanımı, kapsam maddesine göndermede bulunduğu, idare ile neyin kastedildiğinin anlaşılabilmesi için KİK m. 2’nin incelenmesi gerekir. KİK m. 2 incelendiğinde, “genel bütçe kapsamındaki idareler⁸⁷, özel bütçeli idareler, bağımsız bütçeli idareler, mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (*meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç*) ile bu sayılan idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler”in ve nihayet kamu sermayeli mevduat bankaları⁸⁸ ile bu bankaların

⁸⁵ Gözler, Kemal: İdare Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Bursa, 2008, s. 6 (Kısaltma: Gözler, İdare Hukukuna Giriş) ;Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2008, s. 1; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 33.

⁸⁶ Günday, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2017, s.1; Özay, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma, İstanbul, 2004, s. 144-145; Gözler, İdare Hukukuna Giriş, s. 6-14; Ulusoy, s. 36-40; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 33.

⁸⁷ 5018 sayılı Kanun’da genel bütçe kapsamında idareler, bu Kanun’a ekli 1 sayılı cetvelde sayılmıştır.

⁸⁸ Ziraat Bankası, Halk Bankası ve Vakıflar Bankası.

sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerin KİK kapsamında birer idare olarak sayıldığı görülmektedir.

Öte yandan, Kamu İhale Kurumu uygulamalarına göre, aynı tüzel kişiliğin içerisinde harcama yapma yetkisine sahip her birim idare tanımının kapsamında yer alır⁸⁹. Kamu İhale Kurumu bütçe ile ödenek tahsis edilen her birimi idare olarak kabul etmektedir⁹⁰.

KİK m. 2’de kapsamda sayılan ve yukarıda yer verilen idareler KİSK’e tabi sözleşmelerin tarafı olacak idarelerdir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kamu sermayeli mevduat bankaları ile bu bankaların şirketleri⁹¹ salt yapım işleri yönüyle KİK kapsamında sayıldığından, bunlar da KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin tarafı olabileceklerdir.

Öte yandan, KİK kapsamında sayılmayan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, köyler, üyeleri sadece köylerden oluşan köylere hizmet götürme birlikleri⁹²,

⁸⁹ Kurumun 2018 yılı faaliyet raporuna göre, Elektronik Kamu Alımları Platformuna kayıtlı idare sayısı 37.149’tür.

https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/IhaleGovTr/Kamu_ihale_kurumu_2018_yili_faaliyet_raporu.pdf (ET:20.02.2020).

⁹⁰ Her bir harcama birimi idare olarak kabul edildiğinden, kamu ihale mevzuatına göre idare sayısı oldukça yüksektir. Örneğin 2019 yılı Kamu Alımları İzleme Raporuna göre 2019 yılında ihale yapan idare sayısı 9.524’tür. Ayrıntılar için bkz.https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_ihale_kurumu_2019_12_aylik_kamu_alimlari_istatistikleri.pdf (ET: 23.04.2020). Benzer şekilde Kamu İhale Kurumu faaliyet raporuna göre Elektronik Kamu Alımları Platformu’na (EKAP) kayıtlı olan idare sayısı 37.149’tür.

https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/IhaleGovTr/Kamu_ihale_kurumu_2018_yili_faaliyet_raporu.pdf (ET: 23.04.2020). Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği m. 4/3 uyarınca idareler ve ihaleye katılmak isteyen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin EKAP’a kayıt olması zorunludur.

⁹¹ İlgili şirketin sermayesinin yarısından fazlası bankalara ait olması durumunda, bu şirketler de yapım işleri yönüyle KİK’e tabi hale gelir (KİK m. 2).

⁹² Uslu/Demirel, s. 73.

vakıf yükseköğretim kurumları, TMSF⁹³, daha önce kapsamda yer almakla birlikte zaman içinde KİK'te yapılan değişikliklerle kapsamdan çıkarılan kalkınma ajansları⁹⁴, TÜRKSAT A.Ş.⁹⁵ ve TRT⁹⁶ KİSK'e tabi bir inşaat sözleşmesine taraf olmazlar⁹⁷.

B. Yüklenici

Genel olarak inşaat sözleşmelerinde yüklenici, inşa edilecek yapının bir kısmını veya tamamını meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden gerçek veya tüzel kişi ile ortak girişimleri ifade eder⁹⁸. KİK'te yüklenici “*üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli*” olarak tanımlanmıştır (KİK m. 4). Yüklenici tanımında geçen “istekli” kavramı, yapım işleri bakımından, yapım işlerinin ihalesine teklif veren yapım müteahhidini ifade etmektedir (KİK m. 4). Yapım müteahhidi ise “yapım işi ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimler” olarak tanımlanmıştır (KİK m. 4). Bu tanımlar bir arada değerlendirildiğinde, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenici, yapım işi ihalesine katılarak ihale üzerinde bırakılan ve idare

⁹³ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu

⁹⁴ 08.02.2006 tarihli ve 26074 sayılı RG'de yayımlanan 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Hizmetlerine İlişkin Kanun m. 27 uyarınca KİK'e tabi değildir.

⁹⁵ Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketi (TÜRKSAT A.Ş.) 21.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu Ek Madde 33 uyarınca KİK'e tabi değildir.

⁹⁶ Daha önce KİK'e tabi olan Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu (TRT) 03.07.2018 tarihli RG'de yayımlanan 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK md. 47 ile KİK'in kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bunun bir sonucu olarak TRT'nin KİSK'e tabi bir inşaat sözleşmesinin tarafı olması söz konusu değildir. Belirtelim ki TRT'nin, KİK m.1'de sayılan; i- kamu hukukuna tâbi olma veya ii- kamunun denetimi altında bulunma veyahut iii- kamu kaynağı kullanma kıstaslarını karşılayan kamu kurum ve kuruluşlardan olduğu şüphesizdir.

⁹⁷ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na göre kurulan Organize Sanayi Bölgeleri ile Küçük Sanayi Siteleri ile KİK kapsamında bulunmamaktadır.

⁹⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 613-615; Dayınlarlı, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 4. Baskı, Ankara, 2008, s. 23; Gönen, s. 33.

ile sözleşme imzalayan gerçek veya tüzel kişiler ile bunların oluşturduğu ortak girişimler olarak tanımlanabilir.

Ortak girişim, KİK’te “ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları” ifade etmektedir (KİK m. 4). KİK’te ortak girişim üst kavram olarak kullanılmıştır. Ortak girişimler iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde kurulabilir. İş ortaklığı üyeleri, işin tümünü birlikte yapmak üzere; konsorsiyum üyeleri ise, işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar (KİK m. 14). Ortak girişimler hukuki nitelikleri itibarıyla adi ortaklık olduğundan tüzel kişilikleri bulunmamaktadır. Ortak girişimler kuruluşları açısından “salt sözleşmeye dayalı ortak girişim” ve “sermaye katılımlı ortak girişim” olarak doktrinde ikili bir sınıflamaya tabi tutulmaktadır. KİK’te düzenlenen ortak girişim müessesesi, salt sözleşmeye dayalı ortak girişim niteliğindedir⁹⁹.

KİK’e tabi ihalelerde yüklenicinin, ihale dokümanında istenilen katılım ve yeterlik kriterlerini sağlamak ve ihale üzerinde bırakılmak kaydıyla, gerçek veya tüzel kişi veyahut ortak girişim olması mümkündür. İhalenin yabancı isteklilere¹⁰⁰ açık olması durumunda yabancı isteklilerin de belirtilen süreç sonucunda yüklenici olabilmesi mümkündür. Ayrıca KİK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin sorumluluğunu kaldırmamak şartıyla işlerin bir kısmı alt yüklenicilere yaptırılabilir (KİK m. 15)¹⁰¹.

⁹⁹ Özdemir, Erkan / Arapgirli, Murat: Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişim, Ankara, 2014, s.6-7.

¹⁰⁰ Yerli istekli, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler olup, bunun dışındaki istekliler yabancı istekli olarak kabul edilmektedir (KİK m. 4).

¹⁰¹ Alt yüklenici, asıl yüklenici ile yapmış olduğu sözleşme gereğince, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlanmış olduğu yapı eserinin bir kısmını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi asıl yükleniciye karşı borçlanmış bulunan gerçek veya tüzel kişidir

IV. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için öncelikle bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin tespiti gerekir. Bu amaçla, bu başlık kapsamında bahse konu sözleşmelerin hukuki niteliği çeşitli yönlerden ele alınarak incelenmiştir. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerin bir tarafı idare olduğundan, ilk olarak bu sözleşmelerin idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi ayrımı bakımından hukuki niteliğine değinilmiştir. Ardından, TBK'daki sözleşme tipi bakımından, son olarak edimin zaman ile ilişkisi bakımından bu sözleşmelerin hukuki niteliği üzerinde durulmuştur.

A. İdari Sözleşme ve Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı Bakımından Hukuki Niteliği

İdarenin sözleşmeleri idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰². Kamu hukuku rejimine tabi olup, konusu kamu hizmetine ilişkin olan ve sözleşmenin karşı tarafına göre idarenin üstün ve ayrıcalıklı olduğu

(Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, CII, Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, 2010, s. 77-78; Eren, Özel Hükümler, s. 615; Aydemir, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 99).

¹⁰² Ulusoy, s. 361; Günday, s.184-185; Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. I, 9. Bası, Ankara, 2017, s. 515-517; Gözler, Kemal: İdare Hukuku, II Cilt, 2. Baskı, Bursa, 2009, s. 8 vd. (Kısaltma: Gözler, İdare Hukuku); öte yandan *Sezginer* tarafından, kamu ihale sözleşmeleri de dahil bazı sözleşmelerin kuruluşu sürecinde, sözleşmenin tarafı olan idare dışında, üçüncü bir idarenin iradesinin sözleşmenin tarafı olan idarenin iradesine eklendiği, buradan yola çıkarak bu tür sözleşmelerin, idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi dışında üçüncü bir kategori olarak birleşik iradeli, birleşme sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Sezginer, s. 1593-1594).

sözleşmelere idari sözleşmeler denilmektedir¹⁰³. İdari sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda çözüme kavuşturulmaktadır¹⁰⁴. İdarenin genel hükümler uyarınca yaptığı ve taraflar arasında hukuksal eşitlik bulunan sözleşmelere idarenin özel hukuk sözleşmesi denilmekte ve bu sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıklar kural olarak adli yargıda görülmektedir¹⁰⁵.

Doktrin ve yargı kararlarına göre bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekir. İlk şart sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, ikinci şart sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetine ilişkin olması, üçüncü ve son şart ise sözleşmeyle idareye özel hukuku aşan yetki ve ayrıcalıkların tanınmasıdır¹⁰⁶.

Doktrinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. *Günday*, ilke olarak bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu kabul etmekle birlikte, özellikle KİSK m. 24'te idare lehine özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen üstünlük ve ayrıcalıklara yer verildiğini belirtmektedir. Yazar, KİSK'e tabi sözleşmelerin bazı öğelerinde kamu hukuku karakterli kayıt ve şartların bulunduğu

¹⁰³ Ulusoy, s. 361; Günday, s.184-185; Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. I, 9. Bası, Ankara, 2017, s. 515-517; Gözler, İdare Hukuku, s. 8 vd.

¹⁰⁴ Ulusoy, s. 361; Günday, s.184-185; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.474 vd. ; Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: s. 515-517; Gözler, İdare Hukuku, s. 9.

¹⁰⁵ Günday, s.184-185; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 474. vd.

¹⁰⁶ Günday, s. 167 vd.; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 479; Buz, İhale, s. 51 vd.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.1996 tarihli ve 22586 sayılı RG'de yayımlanan 28.06.1995 tarihli ve 1994/71E., 1995/23 K. sayılı kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22586.pdf> (ET: 20.04.2020); benzer esaslar birçok Danıştay kararında da belirtilmiştir. Örneğin, Danıştay Onuncu Dairesinin 29.04.1993 tarihli ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararında “*Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir.*” ifadelerine yer verilmiştir (Buz, İhale, s.60).

görüştüğüdür¹⁰⁷.

Gözler, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme kriterlerini sağlaması halinde sözleşmenin bir idari sözleşme olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre KİK'te veya KİSK'te bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yazar, özellikle KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin bir kamu hizmetinin ifasına ilişkin olduğu ve bu sözleşmelerin idari sözleşme kriterlerini karşıladığını ifade etmektedir¹⁰⁸.

Uz, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu şeklindeki kategorik yaklaşımı hukukten tutarlı bulmadığını ifade etmektedir. Ayrıca, ilgili mevzuat ve tip ihale dokümanlarında idare lehine getirilmiş üstünlükler olduğunu, bu düzenlemelerin özel hukuku aşan bir rejimin varlığına işaret ettiğini ileri sürmektedir¹⁰⁹. Yazara göre KİSK'e tabi sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesine yönelik, özel hukuk sözleşmesine kıyasla daha güçlü gerekçeler bulunmaktadır¹¹⁰.

Buz ise, KİSK'in m.4'ünde yer alan " tarafların eşitliği ilkesi" ile sözleşmede bu ilkeye aykırı düzenlemelere yer verilmemesi ve sözleşmenin yorum ve uygulanmasında bu ilkenin göz önünde buldurulması gerektiğine ilişkin hükümleri esas alarak, KİSK'e tabi sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda duraksamanın bulunmadığını belirtmiştir¹¹¹.

KİSK'e tabi sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen bir kararda¹¹² KİSK'e tabi sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya

¹⁰⁷ Günday, s. 195.

¹⁰⁸ Gözler, İdare Hukuku, s. 53, s. 90.

¹⁰⁹ Uz, s. 63-94.

¹¹⁰ Uz, s. 165.

¹¹¹ Buz, İhale, s. 69.

¹¹² Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.05.2005 T., E.2005/16, K.2005/36
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/01/20060109-3.htm> (ET: 19.04.2020).

ıkan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde özümlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu belirleme yapılırken, KİSK’te hükme bağlanan “i- tarafların eşit hak ve ykmllklere sahip olması, ii- ihale dokümanı ve sözleşmelere eşit hak ve yükümlülük prensibine aykırı hüküm konulamaması ve kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulması ve iii- kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması” şeklindeki ilke ve kurallar esas alınmıştır. Yüksek Mahkeme, KİSK’e tabi sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin vermiş olduğu bir başka kararında da aynı gerekçeler ile bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna ulařmıřtır¹¹³.

Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen söz konusu kararlar incelendiğinde, KİSK’in temel ilkeleri arasında yer alan “tarafların eşitliği ilkesinin” kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinin belirlenmesinde dayanak alınan en temel ölçüt olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme imzalanmadan önce, diğer bir ifadeyle ihale sürecinde, idarenin sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleme imknı bulunsa da, sözleşmenin kurulmasından sonra, idarenin kamu gücü ayrıcalıkları tarafların eşitliği ilkesi sayesinde imzaladığı sözleşme ile sınırlandırılmış bulunmaktadır¹¹⁴.

¹¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.12.2014 T. E:2014/1097, K:2014/1145 [http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/d4da6dd8-f6bc-4bb4-b2f0-ff62e881d561?](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/d4da6dd8-f6bc-4bb4-b2f0-ff62e881d561?excludeGerekce=False&wordsOnly=False) [excludeGerekce=False&wordsOnly=False](http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/d4da6dd8-f6bc-4bb4-b2f0-ff62e881d561?excludeGerekce=False&wordsOnly=False) (ET: 20.04.2020).

¹¹⁴ Taşdelen, bu ilkenin ihale dokümanının düzenlenmesi aşamasında gözetilmesi gereken bir ilke olması nedeniyle KİK’de düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir (Taşdelen, s. 53). Gerçekten de, KİSK’e tabi sözleşmelerde, sözleşme ve ekleri ihale sürecinde düzenlendiğinden, eşitlik ilkesinin hayata geçirilebilmesi açısından ihale aşamasında bu ilkenin gözetilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Ancak bu ilkenin sadece KİK’te düzenlenmesi gerektiği şeklindeki görüşe katılmadığımızı da belirtmek isteriz. Belirtmek gerekir ki, KİK’te bu ilkeye yer verilmese de, YİİUY m. 16 ve m. 18’de ihale dokümanının KİSK’e aykırı olmaması gerektiği hükmüne yer verilerek, KİK’teki bu eksiklik bir ölçüde ikincil mevzuat ile giderilmiştir.

KİSK’e sözleşmelerin taraflarından biri idare olup bu sözleşmelerin önemli bir kısmının amacı kamu hizmetinin gördürülmesi ve kamu yararının sağlanması da olsa¹¹⁵, KİSK m. 4’te yer alan “tarafların eşitliği” ilkesi ile “sözleşmelerde bu ilkeye aykırı hükümlere yer verilememesi” ve “kanunun yorum ve uygulanmasında bu ilkesinin gözetilmesi” şeklindeki hükümler ile KİSK’te düzenlenmeyen hususlarda TBK hükümlerinin uygulanacağı kuralı karşısında, KİSK’e tabi sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, tarafların eşitliği ilke olarak KİSK’te yer alsa da, KİSK’in bütünü dikkate alındığında, idarenin hak ve yetkilerinin düzenlendiği madde sayısının oldukça fazla olduğu, TS ve YİĞŞ’de, tarafların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eden düzenlemeler bulunduğu ve bu hususlar dikkate alınarak KİSK’e tabi sözleşmelerde idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanındığı ileri sürülebilir. Ancak, gerek KİSK’te gerekse TS ve YİĞŞ’de idare lehine düzenlemelere yer verilmesinin KİSK’in özel hukuk sözleşmesi niteliğini ortadan kaldırmadığını değerlendirmekteyiz. Zira bazı özel hukuk kanunlarında da özellikle sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla zayıf taraf lehine birçok düzenlemeye yer verilmektedir (örneğin, hizmet sözleşmesinde işçi lehine işveren aleyhine, kira sözleşmesinde kiracı lehine, TKHK’da¹¹⁶ tüketici lehine olan düzenlemeler)¹¹⁷. Bunun gibi KİSK ve ikincil mevzuatta idare lehine tarafların eşitliği ilkesine aykırı düzenlemeler bulunmasının KİSK’e tabi sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemediği kanaatindeyiz.

¹¹⁵ KİK kapsamındaki idarelerden kamu iktisadi teşebbüsleri ile belediye iktisadi teşebbüsleri ticari faaliyetlerine yönelik olarak da ihale yapmaktadır.

¹¹⁶ 6502 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 28.11.2013 Tarihli ve 28835 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹¹⁷ Buz, İhale, s. 69-72; Uslu, s. 13-15.

B. TBK'daki Sözleşme Tipi Bakımından Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi, TBK m. 470'te "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Doktrinde, yüklenicinin imal ettiği eseri teslim borcu bulunduğu halde kanuni tanımda bu unsurun yer almaması eleştirilmiş ve eser sözleşmesi "iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi taahhüt ettiği, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁸. Yeni bir eserin meydana getirilmesinin yanı sıra, var olan bir eserin değiştirilmesi, tamiri, bakımı veya yıkımı da eser sözleşmesi anlamında eser kapsamına girmektedir¹¹⁹. Eser sözleşmelerinin konusu sadece maddi varlığı bulunan edim sonuçları olmayıp, doktrindeki hakim görüşe göre maddi niteliği olmayan ancak kesin olarak vaat edilebilen sonuçlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Örneğin bir yazının tercümesi, bir bilgisayar programının hazırlanması, bir mimari projenin çizimi de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir¹²⁰.

İnşaat sözleşmelerinin konusu bir yapının inşası olup¹²¹, bu sözleşmeler eser sözleşmelerinin özel bir türünü oluşturmaktadır¹²².

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin borcu bir fiil değil, eseri meydana getirmek suretiyle bir edim sonucudur. Daha açık bir anlatımla yüklenici, hizmet ve vekalet sözleşmelerindeki gibi salt belli davranışlarda bulunmayı değil belli bir sonucu

¹¹⁸ Aral/Ayrancı, s.359 vd.; Eren, Özel Hükümler, s.591; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 442 vd.; Büyükay, s. 27; Şenyüz, s. 408.

¹¹⁹ Aral/Ayrancı, s. 359.

¹²⁰ Aral/Ayrancı, s. 361-362; Eren, Özel Hükümler, s. 596-603; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 443-445; Selimoğlu, Yaşar Engin: Eser Sözleşmeleri, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 19.

¹²¹ Eren, İnşaat Sözleşmeleri, 50-51; Bilir, s.11; Aydın, s. 43; Ayan, s. 23; Gönen, s. 7-12.

¹²² Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; Selimoğlu, s. 1-2; Bilir, s. 8; Ayan, İnşaat, s. 27; Büyükay, s. 34-39; Aydemir, s. 14-15; Kurt, Temerrüt, s. 36.

yüklenir¹²³. Eser sözleşmelerinde yüklenici işin uzmanı olup bunun bir sonucu olarak bağımsız iş görür.

Eser sözleşmeleri, karşılıklı borç yükleyen, ivazlı, rızai, şekle tabi olmayan bir sözleşmedir¹²⁴.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü taahhüt edilen inşaat işini sözleşme şartlarına uygun olarak tamamlayarak idareye teslim etmektir. İdarenin asli edim yükümlülüğü ise yüklenicinin ihale aşamasında teklif ettiği bedeli ödemek ve yüklenicinin kesin teminatını iade etmektir. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde tarafların asli edim borçları dikkate alındığında bu sözleşmelerin eser sözleşmesi olduğu sonuca varılmaktadır.

Gerçekten de gerek doktrin gerekse Yargıtay tarafından KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri hukuki niteliği itibarıyla eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹²⁵.

¹²³ Aral/Ayrancı, s. 361; Eren, Özel Hükümler, s. 613; Kurt, Temerrüt, s. 35.

¹²⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 592; Aral/Ayrancı, s. 359-360; Şenyüz, s. 408.

¹²⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 592; Aral/Ayrancı, s. 368; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s.442; Özcan, s. 43; Aydemir, s. 25; Bilir, s. 19-20; Demirboğa, s. 102; Selimoğlu, s. 2-3; Karadaş, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 4. Baskı, Ankara, 2016, s.39-40. Yargıtay 15. HD, 27.01.2016 T. 2015/5200 E. 2016/459 K.; 15. HD, 17.01.2017 T. 2016/4914 E., 2017/192 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 20.04.2021); 15. HD, 17.06.2021 T. 2021/3130 E., 2021/2836 K.; 15. HD. 19.04.2021 T. 2021/236 E., 2021/1782 K.; 15. HD, 22.02.2021 T. 2020/1286 E., 2021/400 K.; 15. HD, 24.12.2020 T. 2020/2906 E., 2020/3327 K.; 15. HD, 05.11.2020 T. 2020/320 E., 2020/2916 K.; 15. HD, 04.11.2020 T. 2020/124 E., 2020/2906 K.; 15. HD, 05.10.2020 T. 2020/2239 E., 2020/2689 K.; 15. HD, 22.09.2020 T. 2020/1158 E., 2020/2532 K.; 15. HD, 21.09.2020 T. 2020/184 E., 2020/2511 K.; 15. HD, 14.09.2020 T. 2020/1141 E., 2020/2419 K.; 15. HD, 14.07.2020 T. 2019/3936 E., 2020/2258 K.; 15. HD, 06.07.2020 T. 2019/3853 E., 2020/2077 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 25.10.2021).

Ancak KİK’te yapım işi kapsamında sayılan “nakliye (taşıma)”¹²⁶ ve “ihrazat”¹²⁷ işlerine ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olmadığını, yine “sondaj”¹²⁸ işlerine ilişkin sözleşmelerin, sözleşmenin amacına göre vekalet sözleşmesi niteliğinde olabileceğini belirtmek gerekir.

C. Edimin Zaman ile Olan İlişkisi Bakımından Hukuki Niteliği

Edimin zaman ile olan ilişkisine göre sözleşmeler ani edimli, sürekli edimli ve dönemsel edimli olmak üzere üçe ayrılır¹²⁹. Borcun ifa edilmesinin borçlunun tek bir davranışıyla ve tek bir anda gerçekleştirildiği edimler ani edim, borçlanılan edimin zaman içinde borçlunun sürekli davranışı ile gerçekleştirildiği edimler sürekli edim, borçlanılan edimin zaman içinde belirli aralıklarla düzenli veya düzensiz olarak gerçekleştirildiği

¹²⁶ Taşıma işlerine ilişkin sözleşmeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 126 ile düzenlenmiş tipik bir sözleşme olduğundan, yapım işi olarak ihale edilen taşıma işlerine ilişkin sözleşmelerin TTK kapsamında taşıma sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir (Bilir, s. 159)

¹²⁷ İhrazat, bir işin bünyesinde girecek malzemelerin şantiyeye getirilerek depo edilmesidir. Gök, Yaşar: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kapsamında Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 340 vd.; Uslu/Demirel’in de isabetli bir şekilde belirttiği üzere ihrazatın tek başına bir ihaleye konu edilmesi mümkün gözükmemektedir (Uslu/Demirel, s.86). Ancak ihrazatın tek başına bir ihaleye konu edilmesi durumunda, böyle bir ihale sonucunda düzenlenen sözleşme hukuki niteliği itibariyle satış sözleşmesi olur.

¹²⁸ Sondaj ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmelere gelince, sondaj işi, salt bir delme işi olarak kabul edilirse, sondaj ihalesi sonucunda düzenlenen sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Ancak sondaj işlemi genelde bir su veya başka bir yeraltındaki bir sıvının ortaya çıkarılması amacıyla yapılmakta olup, sondaj işi sonucunda sondaj ile erişilmek istenen ürünün bulunma garantisi söz konusu olmadığından, diğer bir ifadeyle bu sözleşme ile edim sonucunun taahhüt edilmesi söz konusu olmadığından, bu durumda sondaj ihalesi sonucunda düzenlenen sözleşmelerin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir.

¹²⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 107-108; Oğuzman/Öz, C.I, s. 11-13; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 6-7; Eren, Özel Hükümler, s. 16-17; Akıncı, s. 27.

edimler dönemsel edim olarak ifade edilmektedir¹³⁰. Doktrinde, edimin ani mi sürekli mi olduğu belirlenirken borçlunun faaliyetlerine değil, alacaklının tatmin edilmesinin bir an içinde mi yapıldığına yoksa sürekli mi yapıldığına bakılması gerektiği belirtilmektedir¹³¹. Edimin zaman ile ilişkisi bakımından yapılan bu ayırım; borcun ifası, sözleşmenin geçersizliği, tasfiye ilişkileri ve temerrütte uygulanacak hükümler bakımından önem arz eder¹³². Ani edimli sözleşmeler, dönme¹³³ yoluyla geriye etkili (ex tunc) şekilde, sürekli edimli sözleşmeler ise fesih¹³⁴ yoluyla ileriye etkili şekilde (ex nunc) sona erdirilmektedir¹³⁵.

Eser sözleşmelerinin, edimin zaman ile ilişkisi bakımından hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Ancak doktrindeki baskın görüşe göre bu sözleşmeler ani edimlidir¹³⁶. Eser sözleşmesinin ani edimli olduğu görüşünde olan yazarlara göre, eser sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesinde yüklenicinin ediminin esas alınması gerekir. Zira iş sahibinin asli edim borcu para ödemek olup, bu yönüyle hizmet sözleşmesindeki

¹³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 107-108; Oğuzman/Öz, C.I, s. 11-13; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 6-7; Akıncı, s. 27; Antalya, s. 52-55; Kurt, Temerrüt, s. 46-48; Aydemir, s. 371.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976, s.7 vd.

¹³² Oğuzman/Öz, C.I, s. 12; Antalya, 53-54; Akıncı, s.27.

¹³³ Dönme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde henüz ifa edilmemiş edim yükümlüklerini sona erdirip daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, varması gerekli şekilde bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır. Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 65 (Kısaltma: Buz, Sözleşmeden Dönme)

¹³⁴ Fesih, sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili olacak şekilde sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır (Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 81).

¹³⁵ Antalya, s. 54; Kurt, Temerrüt, s. 49.

¹³⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 595; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 448; Aral/Ayrancı, s. 360; Seliçi, s. 26; Selimoğlu, s. 30; Karadaş, s. 41; Kurt, Temerrüt s. 37; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Ayan, İnşaat, s. 46; Demirboğa, s. 189; Özcan, s. 45; Baygın, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, s. 21.

işverenin ya da satış sözleşmesindeki alıcının bedel ödeme borcundan farklılık taşımaz¹³⁷. Yüklenicinin asli edim borcunu ifa etmek için yerine getirdiği faaliyetler zamana yayılsa da edim sonucunun alacaklıya teslimi yüklenicinin bir davranışı ile bir anda gerçekleşmektedir. Yüklenicinin sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirdiği faaliyetler bir bütün olarak ifaya hazırlık mahiyetinde olup ifa sayılmaz¹³⁸.

Eser sözleşmesinin sürekli edimli olduğu görüşünde olanlara göre, eser sözleşmesinde yüklenici sadece teslimi değil teslimin gerçekleşmesi için gerekli hazırlık fiilleri de üstlenir. Ayrıca, eseri meydana getirme faaliyeti sürecinde yapılan faaliyetlerin etkisi göz ardı edilemez ve bu faaliyetler ile teslim borcu birbirinden ayrılmaz. Hazırlık faaliyetleri de eser sözleşmesinin esaslı unsuru olup bu da uzun bir zamana yayıldığından, bu sözleşmeler sürekli edimli sözleşmelerdir¹³⁹.

Edimin zaman ile ilişkisi bakımından eser sözleşmelerini ani-sürekli edim karmaşığı sayan görüşe göre ise eser sözleşmeleri ani ve sürekli edim sözleşmelerinin karması niteliğindedir. Yüklenicinin sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirdiği faaliyetler salt ifaya hazırlık olarak nitelendirilemez. Eser sözleşmesinde ifaya hazırlık fiillerinin zamana yayılmış olması, bu tür sözleşmelerde sürekli edimli sözleşmelere uygulanan kuralların dikkate alınmasını zorunlu kılar. Öte yandan eser teslim edilmedikçe yüklenici asli edim borcundan da kurtulamaz. Bu özelliklerinden dolayı eser sözleşmeleri ani ve sürekli edim karmaşığı bir sözleşmedir¹⁴⁰. Yargıtay’a göre “eser

¹³⁷ Öz, M. Turgut: İşsahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 1-2 (Kısaltma: Öz, Dönme); Uslu, s. 6.

¹³⁸ Ayan, İnşaat, s. 45-47; Selimoğlu, 30.

¹³⁹ Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 174, (Kısaltma: Serozan, Dönme); Öz, Dönme, s. 128.

¹⁴⁰ Erman, Hasan: Arsa Payı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3.Basım, İstanbul, 2010, s. 9; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Aydemir, s. 372-272; Gönen, s. 22-25.

sözleşmesi niteliği itibarıyla ani edimli bir sözleşme olmakla birlikte, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinde yüklenicinin emek ve masrafa dayalı edim borcunun uzun sürece yayılmış olması sebebiyle TMK m. 2 hükmü gözetilerek sürekli borç ilişkisine özgü kuralların da dikkate alınması gerekir¹⁴¹.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, edimin zaman ile arasındaki ilişkisine göre niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle iki hususa değinmek gerekmektedir. İlk olarak hakedişlerin ödenme yöntemi ve periyoduna bakılmalıdır. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde TS m. 12 uyarınca yüklenici tarafından gün bazında bir iş programı hazırlanır ve idarenin onayına sunulur (TS m. 12). İdarenin temsilcisi olan yapı denetim görevlisinin¹⁴² gözetim ve denetiminde, onaylanan iş programına uygun şekilde imalat yapılarak idareye teslim edilir ve bu imalatların parasal karşılığı, işsahibi idare tarafından aylık hakedişler¹⁴³ ile yükleniciye ödenir.

İkinci olarak, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin ifa dışında yüklenicinin kusurundan kaynaklı bir nedenle sona ermesi halinde düzenlenen “hesap kesme hakedişi”nin ifa ile bitirilmiş işlerde olduğu şekilde YİGŞ m. 40'taki (Kesin

¹⁴¹ YİBGK 25.01.1984 tarihli, 1983/3 E, 1984/1 K. sayılı kararının ilgili bölümü “...İstisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kendi kusuru nedeniyle işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak BK. 106-108 madde hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. Maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuçlar doğurur.” şeklindedir. Bu karar 27.02.1984 tarihli ve 18325 sayılı RG'de yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18325.pdf> (ET: 25.10.2021).

¹⁴² Yapı Denetim Görevlisi, idare tarafından yapım işlerin denetimi için görevlendirilen bir veya birden fazla memur veya idare dışından bu işleri yapmak üzere görevlendirilen gerçek veya tüzel kişidir (YİGŞ m. 4).

¹⁴³ Ayrıntılar için bkz. “Birinci Bölüm, V., E. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedel Ödeme Borcunun İfası”.

Hakediş Raporu) esaslara göre düzenlenmesi öngörülmüştür (YİĞŞ m. 47/XVIII). Bu hüküm uyarınca, işsahibi idare tarafından yüklenicinin kusuru nedeniyle sona erdirilen sözleşmelerde dahi yüklenicinin yaptığı işlerin karşılığı sözleşme fiyatları ile ödenmektedir¹⁴⁴. Bu düzenlemeden KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde sözleşmelerin ileriye etkili bir biçimde sona erdirilmesi yönteminin benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır¹⁴⁵.

Bu çerçevede, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, imalatların aylık olarak yüklenici tarafından yapılarak idareye teslim edilmesi ve hakedişlerin aylık olarak düzenlenmesi ile sözleşmenin yüklenicinin kusurundan kaynaklı olarak sona erdirilmesi gereken hallerde inşaatın bulunduğu seviye dikkate alınmaksızın her durumda fesih yoluyla ileri etkili bir biçimde sona erdirilmesi yönteminin benimsenmiş olması karşısında, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin edimin zaman ile ilişkisi bakımından anı-sürekli edim karmaşığı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

V. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE BEDEL

A. Genel Olarak

KİSK, TS ve YİĞŞ incelendiğinde, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde işsahibi idarenin birçok borç ve külfetinin bulunduğu görülmektedir. Buna göre, işsahibi idarenin başta sözleşme ile kararlaştırılan bedeli ödeme olmak üzere, işyerini ve projeleri yükleniciye teslim etmek, taahhüt edilmişse malzemeyi sağlamak, eseri teslim almak, eseri muayene etmek ve ayıp var ise ihbarda bulunmak, sözleşme ve eklerinde

¹⁴⁴ Demirboğa, s. 208 -209.

¹⁴⁵ Karaca, 29; Bilir, s. 189; Gök, s. 595. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde sözleşmelerin ileriye etkili bir şekilde sona erdirilmesi yönteminin tercih edilmesi doktrinde Karaca ve Gök tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. Karaca s. 145 vd. ; Gök, s. 596 vd.

bulunmayan ancak iş başında ortaya çıkacak durumlarla ilgili yapı denetim görevlisi aracılığıyla talimat vermek gibi borç ve külfetleri bulunmaktadır¹⁴⁶. İşsahibi idarenin asli edim borcu, sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemek olup¹⁴⁷, bu başlık kapsamında bu bedelin nasıl belirleneceği ve ödemelerin nasıl yapılacağı üzerinde durulmuştur¹⁴⁸.

B. Eser Sözleşmesinde Bedel Türleri

Eser sözleşmesinde (eser sözleşmelerinin özel türü olan inşaat sözleşmelerinde) bedel sözleşmenin asli unsurudur¹⁴⁹. TBK’da bedelin iki şekilde belirlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre taraflarca bedel, sözleşme ile götürü şekilde belirlenebileceği gibi (TBK m. 480), sözleşme ile önceden belirlenmemişse veya yaklaşık olarak belirlenmiş ise işin yapıldığı yer ve zamandaki değerine göre de belirlenebilir (TBK m.

¹⁴⁶ Gök, s. 54-57.

¹⁴⁷ Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, s. 63.

¹⁴⁸ KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borç ve külfetleri; işi sadakat ve özenle yapma, işe zamanında başlama ve devam etme, ihaleye konu yapım işini kendisi veya işin nevi itibarıyla bir kısmını kendi yönetimi altında alt yüklenici kullanmak suretiyle meydana getirme, işin yürütülmesi için gerekli personel ve araçları bulundurma ve aksi ihale dokümanında belirtilmemek koşuluyla işin imalatında kullanılacak malzemeleri temin etme, iş yerini temizleme ve tesisleri kaldırma, iş yerlerini koruma ve sigortalama, işin başında bulunma (kendisi veya vekili), iş programı hazırlama, iş artışı veya fiyat farkı nedeniyle sözleşme bedelinde artış olduğunda bu bedeli karşılayacak miktarda kesin teminat verme, kontrol ve ihbar etme, ayıplı imalatları sözleşme ve eklerine uygun olarak düzeltme ve nihayet sözleşme konusu eseri meydana getirerek teslim etme şeklinde sıralanabilir (Gök, s. 37 vd.).

¹⁴⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 593-594; Aral/Ayrancı, s. 366; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 478-479; Büyükkay, s. 151-152; Selimoğlu, s. 168-169; Karadaş, s. 296; Aydemir, 183-184; Gönen, s. 12-13; Gökyayla, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s. 10; Kocağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 173.

482). Doktrinde genel olarak bedel, sözleşme ile belirleniş şekline göre; götürü bedel ve yaklaşık bedel olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur¹⁵⁰.

Bedelin götürü olarak belirlendiği sözleşmelerde, eserin bedeli sözleşmede kesin ve net bir biçimde tek bir bedel olarak sözleşmede belirlenmektedir¹⁵¹. Bu sözleşmelerde riski yüklenici üstlenmektedir. Yüklenici öngörülenden fazla emek ve masraf yapsa bile kural olarak kararlaştırılan bedelin arttırılmasını isteyemez. Eserin öngörülenden az emek ve masraf ile meydana getirilmesi halinde de işsahibi sözleşmede belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür¹⁵².

Götürü bedel, doktrinde çeşitli şekilde sınıflandırılmış olup toptan ve sabit birim fiyatlı götürü bedel olmak üzere başlıca iki türü bulunmaktadır¹⁵³. Ancak götürü bedeli; toptan (yalın/anahtar teslimi), global (değişken) ve sabit birim fiyatlı götürü bedel olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutan yazarlar da bulunmaktadır¹⁵⁴. Belirtmek gerekir ki, global götürü bedel, toptan götürü bedelin bir alt türü olup ayrı bir tür değildir. Bu nedenle bize

¹⁵⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 664-666; Aral/Ayrancı, s. 414; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 478-479; Büyükay, s. 151-152; Selimoğlu, s. 168-169; Karadaş, s. 296; Aydemir, 183-184; Gönen, s. 48-48-40; Gökyayla, s. 216; Doktrinde Öz bedeli farklı bir biçimde sınıflamıştır. Öz'e göre eser sözleşmelerinde bedel belirsiz olabileceği gibi götürü bedel, yaklaşık bedel, maliyet artı kar şeklinde de olabilir (Öz, İnşaat, s. 51-63); Kocaağa, s. 173.

¹⁵¹ Eren, Özel Hükümler, s. 666 vd. ; Aral/Ayrancı, 415; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 479; Büyükay, s. 151-152; Selimoğlu, s. 168-169; Karadaş, s. 296; Aydemir, 183-184; Öztürk, Muammer/Gözütok Zeki: Usul ve Esasları ile Eser Sözleşmesi Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 240-242.

¹⁵² Eren, Özel Hükümler, s. 666 vd.; Aral/Ayrancı, 415; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 479; Büyükay, s. 151-152; Selimoğlu, s. 168-169; Karadaş, s. 296; Aydemir, 183-184; Öztürk/Gözütok s. 240; Gönen, s 49.

¹⁵³ Eren, Özel Hükümler, s. 666 vd.; Aral/Ayrancı, 415; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 479; Selimoğlu, s. 168-169; Karadaş, s. 296; Aydemir, 183-184; Öztürk/Gözütok s. 240.

¹⁵⁴ Büyükay, s. 154.; Öz, İnşaat, s. 56-58; Kocaağa, s. 175-184; Gökyayla, s. 222-226; Özdemir, Harunnisa: s. 35-37; Gönen, s. 51-64.

göre de götürü bedelin, toptan ve sabit birim fiyatlı olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Toptan götürü bedel türünde, eserin tamamı için tek ve sabit bir bedel kararlaştırılır¹⁵⁵. Anahtar teslimi sabit bedel olarak da ifade edilen bu türde bedel, harcanan emek ve masraf ile işin miktarından bağımsızdır. Toptan götürü bedelin bir alt türü olan global götürü bedelde, ilk başta belirlenen bedelin yanı sıra sözleşme süresince malzeme ve işçilikte görülen artışlar da bedele yansıtılmaktadır. Sabit birim fiyatlı götürü bedelde ise, meydana getirilecek eserin imalatında kullanılacak iş kalemlerinin birim fiyatları (örneğin fayansın m² bedeli gibi) belirlenir ve ödemeler yapılan işin miktarı ile iş kalemlerinin birim fiyatlarının çarpımı ile hesaplanarak yapılır¹⁵⁶.

Değere göre bedel kenar başlığını taşıyan TBK m. 481'e¹⁵⁷ göre, bedel sözleşmede belirlenmemiş olabileceği gibi sözleşmede yaklaşık olarak da belirlenmiş olabilir. Bedelin sözleşmede belirlenmemiş olması işin karşılıksız yapılacağı anlamına gelmez. Tarafların bedel ödeme konusunda anlaşması, ancak sözleşmede bedelin miktarına yer vermemesi durumunda bedel, TBK m. 481 çerçevesinde işin yapıldığı yer ve zamandaki eserin değeri ile yüklenicinin giderine göre belirlenir. Hemen belirtmek gerekir ki eserin değerinden kasıt, ortaya çıkan eserin piyasadaki satım değeri olmayıp işin yaptırılmasının piyasadaki karşılığıdır. Yüklenicinin giderinden kasıt ise yüklenicinin fiilen katlandığı işçilik, malzeme ve makine giderleri için yapılan masraflardır. Öte

¹⁵⁵ Toptan götürü bedelin alt türü olan global götürü bedelde ise toptan götürü bedelden farklı olarak, belirlenen bedelin yanı sıra, sözleşme süresince işçilik ve malzemelerde meydana gelen artışlar da ayrıca bedele yansıtılmaktadır.

¹⁵⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 666-680; Aral/Ayrancı, s. 419-420; Büyükay, s. 154-156; Selimoğlu, s. 170-174; Karadaş, s. 301-306; Aydemir, 160-168; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 478-479; Kocağa, s. 174-184; Gönen, s. 48- 64.

¹⁵⁷ Madde hükmü *“Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.”* şeklindedir.

yandan, bedelin sözleşmede yaklaşık olarak belirlenmesi durumunda, bu bedel kesin olmayıp işin sonunda gerçek bedel ortaya çıkmakta ve ödemeler işin sonundaki bedel üzerinden yapılmaktadır. Kimi durumlarda yaklaşık bedel ile birlikte bunun alt ve üst sınırı da sözleşmede belirlenmektedir. Böyle durumlarda da bedel kesin olarak belirlenmemekte ancak ilkinden farklı olarak nihai bedelin belirlenen aralıklar içerisinde değişkenlik gösterebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁸.

C. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedel Türleri

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, bedel türlerine ilişkin olarak KİK veya KİSK'te açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin kurulmasında başvuru ihale müessesinin en temel amacı, yüklenicinin ve sözleşme bedelinin belirlenmesidir. Sözleşme bedelinin türü, teklif alma türü bağlamında başta KİK m. 62/c¹⁵⁹ olmak üzere, KİK'e dayalı olarak çıkarılan YİUY ekinde bulunan tip idari şartname maddelerinde yer alan hükümlerden¹⁶⁰ ve KİSK m. 6'da sözleşme türlerine ilişkin yapılan tanımlardan anlaşılır.

¹⁵⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 680-683; Aral/Ayrancı, s. 419-422; Büyükay, s. 152-153; Selimoğlu, s. 184 vd.; Karadaş, s. 317 vd. ; Aydemir, 160-168; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 478-479; Öz, İnşaat, 54-58; Kocaağa, s. 198-206; Gönen, s. 140 vd.

¹⁵⁹ KİK m. 62/c “Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. ... uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir...”

¹⁶⁰ Örneğin, Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdari Şartname m. 5.1.e'ye bağlı 6 numaralı dipnotunda “İstenilecek teklif türüne göre aşağıdaki seçeneklerden uygun olan seçilecektir. (1) Anahtar teslimi götürü bedel işlerde... (2) Teklif birim fiyatlı işlerde....(3) Karma teklif alınan işlerde ..”, hükmü, aynı şartnamenin “Teklif ve sözleşme türü” kenar başlıklı m. 19'a bağlı 24 numaralı dipnotunda “(1) İdare; yapım işinin özelliklerine göre anahtar teslimi götürü bedel üzerinden teklif almayı öngördüğü durumlarda madde metnini aşağıdaki şekilde düzenleyecektir: İstekliler tekliflerini, anahtar teslimi götürü bedel üzerinden

Bu çerçevede KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde bedelin, temel olarak “anahtar teslimi götürü bedel (ATGB)” ve “birim fiyat bedel” olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Ayrıca bir sözleşmede her iki bedel türünün bir arada bulunması da mümkün olup bu halde “karma bedel” söz konusu olur.

ATGB’de, yüklenici tarafından yapım işinin bütünü için tek ve sabit bir fiyat teklif edilir. Yüklenici, proje konusu yapım işinin yapılması için gereken malzeme, işçilik, ekipman, yönetim, ek gider vb. maliyetlerinin üzerine, belirlediği bir kâr veya hizmet bedelini ekleyerek idareye sabit fiyatını sunar. Bu bedel türünde, geçici hakedişler, işin fiziki ilerlemesine paralel şekilde ihale aşamasında belirlenen ve ihale dokümanı kapsamında yer verilen ilerleme yüzdeleri (pursantaj oranları) üzerinden yükleniciye ödenir¹⁶¹.

vereceklerdir; ihale sonucu, ihale üzerine bırakılan istekliyle anahtar teslimi götürü bedel sözleşme imzalanacaktır.”

(2) İdare; yapım işinin özelliklerine göre birim fiyat üzerinden teklif almayı öngördüğü durumlarda madde metnini aşağıdaki şekilde düzenleyecektir: İstekliler tekliflerini, her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatlarının çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden vereceklerdir; ihale sonucu, ihale üzerine bırakılan istekliyle her bir iş kaleminin miktarı ile iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden teklif birim fiyat sözleşme imzalanacaktır.”

(3) İdare; yapım işinin özelliklerine göre karma teklif almayı öngördüğü durumlarda madde metnini aşağıdaki şekilde düzenleyecektir: İstekliler, ihale dokümanında kendilerine verilmiş olan teklif mektubu standart formunda belirtildiği şekilde işin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, diğer kısmı için her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatlarının çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat teklif olmak üzere karma teklif vereceklerdir. İhale sonucu, ihale üzerine bırakılan istekliyle karma sözleşme imzalanacaktır.” hükmü yer almaktadır.

¹⁶¹ İlerleme yüzdeleri, tip idari şartnamelerin 5’inci maddelerine bağlı 6 numaralı dipnotu uyarınca ihale dokümanı kapsamında istekli olabileceklere verilmesi gereken bir belgedir.

Birim fiyat bedel, ihale aşamasında idarelerce hazırlanan birim fiyat teklif cetvelinde gösterilen her bir iş kaleminin/grubunun miktarı ile bu iş kalemleri için yüklenicinin öngördüğü birim fiyatların çarpımı ile bulunan bedeldir. Bu bedel türünde, birim fiyat teklif cetvelinde gösterilen her bir iş kalemi/iş grubu için önceden sabit bir bedel belirlenir. Birim fiyat bedelli yapım işlerinde, sözleşme bedeli, yapılan iş metrajı (miktarı) ile yüklenicinin birim fiyatları çarpılarak ödenir¹⁶².

Bu noktada belirtmek gerekir ki KİSK m. 6’da yer verilen sözleşme türleri, esasen KİK’teki teklif alma türleri temelinde yapılmış bir sınıflandırmadan ibarettir. Gerçekten de, KİSK m.6’da düzenlenen sözleşme türleri incelendiğinde, anahtar teslimi götürü bedel teklif alınan yapım işleri ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler, “anahtar teslimi götürü bedel sözleşme”¹⁶³; birim fiyat üzerinden teklif alınan yapım işleri ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler “birim fiyat sözleşme”¹⁶⁴; karma bedel üzerinden

¹⁶² Birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde, iş artışı müessesesi kapsamında sözleşme bedelinin %20 'sine kadar oran dahilinde, sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde iş artışına konu işler aynı yükleniciye yaptırılabilir. Birim fiyat sözleşme ile yürütülen inşaat sözleşmelerinde Cumhurbaşkanı tarafından bu oran sözleşme bazında %40 'a kadar arttırılabilir.

¹⁶³ Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, KİSK m. 6’da yapım işlerinde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden düzenlenen sözleşme olarak tarif edilmiştir. Tarifte geçen uygulama projesi üzerinde ayrıca durulmalıdır. Uygulama projesi, belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği proje olup (KİK m.3), kural olarak inşaat işlerinde uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. Uygulama projesi, yapılacak yapının imalata esas olacak her türlü ayrıntısının belirlendiği projedir. DİK’ten farklı olarak KİK’te proje disiplini getirilerek, ihalelerde ve buna bağlı olarak sözleşmelerde belirliliğin sağlanması amaçlanmış, uygulamada idarece yüklenicinin lehine veya aleyhine her türlü değişikliğin yapılması engellenmiştir. Uygulamada ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların baştan engellenmesi hedeflenmiştir.

¹⁶⁴ KİSK m. 6’da birim fiyat sözleşme; yapım işlerinde ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile

teklif alınan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeler de “karma sözleşme”¹⁶⁵ olarak adlandırılmıştır.

Görüldüğü üzere, teklif alma türü ve sözleşme türü ne olursa olsun KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde sözleşme bedelinin önceden ve kesin olarak sözleşmede belirlenmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerindeki bedel, TBK m. 480’de tanımlanan götürü bedele karşılık gelmektedir¹⁶⁶.

D. KİSK’e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedelin Türk Parası Olarak Belirlenme Zorunluluğu

KİSK’e tabi inşaat sözleşmeleri, KİK’e göre yapılan ihaleler sonucunda kurulmaktadır. Bir ihalenin KİK’e tabi olabilmesinin en önemli şartı bu ihalenin bütçeden ödenek kullanımı gerektirmesidir. Daha açık bir ifadeyle bütçeden bir para çıkışı söz konusu olduğunda, bu harcamanın kural olarak KİK’e göre yapılması gerekir. Bu itibarla

bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden düzenlenen sözleşme olarak tarif edilmiştir. KİSK m. 62/c uyarınca uygulama projesi yapılamayan işlerde ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkabilir. Bu işlerin ihalelerinde birim fiyatlar üzerinden teklifler alınmakta ve bunun sonucunda birim fiyat sözleşme imzalanmaktadır.

¹⁶⁵ KİSK m. 6’da karma sözleşme, iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklif alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşme olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla yapılacak işin kompozisyonuna göre bir işin karma sözleşme şeklinde sözleşmeye bağlanması, aynı anda hem birim fiyat üzerinden sözleşmeye konu olacak işlerin hem de anahtar teslimi götürü bedel olarak sözleşmeye bağlanan işlerin bulunmasına bağlıdır. İsminden de anlaşılacağı üzere yeni bir tür olmayıp birim fiyat sözleşme ile anahtar teslimi sözleşmenin bir sözleşmede bir araya gelmesinden oluşur.

¹⁶⁶ Bilir, s.65.

KİSK'e tabi sözleşmelerde idarenin asli edimi her zaman para ödemektir¹⁶⁷.

Para borçlarının ifasına ilişkin TBK m. 99'a göre "konusu para olan borçlar ülke parası ile ödenir. Ülke parası dışında başka para birimiyle ödeme yapılması da kararlaştırılabilir". Ancak 2018 yılında, 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı¹⁶⁸ ile Türkiye'de yerleşik kişiler tarafından akdedilen eser sözleşmelerinin de dahil olduğu bazı sözleşmelerde sözleşme bedelinin Türk Lirası olarak kararlaştırılması zorunlu hale getirilmiştir¹⁶⁹. Söz konusu Karar'da istisna edilecek sözleşmelerin belirlenmesi konusunda HMB¹⁷⁰ yetkili kılınmıştır. HMB tarafından çıkarılan Tebliğler¹⁷¹ ile döviz ile sözleşme yasağının kapsamı belirlenmiştir. İlgili Tebliğ m. 8/XVI'da "Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler ve sözleşmelerde (gayrimenkul satış sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri hariç), sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür." şeklinde açıklamaya yer verilmiştir. Aynı Tebliğ m. 8/VIII'de "Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekler döviz cinsinden maliyet içeren eser sözleşmelerinde, sözleşme

¹⁶⁷ KİGT m. 3.1.1'de "Kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır." düzenlemesine yer verilmiştir.

¹⁶⁸ 13.09.2018 tarihli ve 30534 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Söz konusu Karar ile 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun'un verdiği yetki çerçevesinde çıkarılan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'da değişiklik yapılmıştır.

¹⁶⁹ Söz konusu Karar ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na istisna edilecek sözleşmeleri belirleme konusunda yetki tanınmıştır. Aynı Karar'da mevcut sözleşmelerden yabancı para üzerinden akdedilenlerin 30 gün içinde Türk Lirasına çevrilme zorunluluğu getirilmiştir.

¹⁷⁰ Hazine ve Maliye Bakanlığı

¹⁷¹ 06.10.2018 tarihli ve 30557 sayılı RG'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ve 16.11.2018 tarihli ve 30597 sayılı RG'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ.

bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.” denilmiştir.

Hal böyle iken, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde yabancı para birimi üzerinden teklif alınmasını ve sözleşme imzalanmasını engelleyen hükümler bulunmaktadır. Yabancı para birimi ile sözleşme yasağı KİK’e tabi ihaleler bakımından ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararı öncesinde 29.11.2016 tarihinde getirilmiştir. YİİUY ekinde yer alan tip idari şartnamelerde yapılan değişiklikle ihalelerde geçerli para biriminin TL olduğu düzenlenmiş¹⁷², sözleşme konusu işin ödemelerinde TL’nin kullanılacağı hükmüne bağlanmıştır¹⁷³.

Sonuç olarak ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararı üzerine HMB tarafından çıkarılan Tebliğ’e göre ihalelerde yabancı para cinsinden teklif alınmasına ve sözleşme imzalanmasına izin verilmişse de, KİSK’e tabi sözleşmelerde bu yasak devam etmektedir. Bu itibarla, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde geçerli para birimi kural olarak TL olup, sözleşmelerin TL üzerinden imzalanması zorunludur.

E. KİSK’e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedel Ödeme Borcunun İfası

TBK m. 479’daki kurala göre eser sözleşmelerinde bedel, eserin meydana getirilip iş sahibine teslim edilmesinin ardından ödenir. Eser sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinin konusunu oluşturan inşaatların önemli bir kısmı uzun bir sürede ve

¹⁷² 29.11.2016 tarihli ve 29903 sayılı RG’de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yabancı para birimleri üzerinden teklif alınması ve sözleşme imzalanmasına imkan veren düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷³ Ancak YİUY’a 13.09.2019 tarihinde eklenen ek m. 2 ile Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. tarafından enerji arz güvenliği kapsamında gerçekleştirilecek işlerin sözleşmelerinde, HMB’nin uygun görüşü alınmak kaydıyla yabancı para birimlerinin kullanılabilmesine yönelik düzenleme yapılarak salt BOTAŞ açısından bir istisnaya yer verilmiştir.

yüksek bir maliyetle meydana getirilmektedir. Yüklenicinin tek başına uzunca bir süre bu maliyete katlanması mümkün olmaz. Bu nedenle uygulamada genellikle inşaatın bedeli, eserin tamamlanarak teslim edilmesi beklenmeksizin başlıca üç yöntem ile ödenmektedir. Bunlar geçici (ara) hakedişlerle ödeme, kısmi ödeme veya avans yoluyla ödemedir¹⁷⁴.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde bedelin önemli bir kısmı eserin tamamının teslimi beklenilmeksizin geçici hakedişler yoluyla, kalan kısmı ise eserin teslimi ve kabulünden sonra kesin hakedişler yoluyla ödenmektedir. Ancak bazı sözleşmelerde sözleşmenin henüz başında inşaata başlamadan önce avans (ön ödeme) ödemeleri yapılabilmektedir. Bunun dışında, hakedişlere ek olarak, bazı sözleşmelerde ihale tarihi ile sözleşmenin uygulanma zamanı arasında ortaya çıkan sözleşme bedelindeki değer kaybının endeksler ile güncellenerek telafi edilmesine imkân sağlayan fiyat farkı¹⁷⁵ ödemeleri yapılmaktadır. Bu noktada belirtelim ki KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde; KİK m. 27/s, KİSK m. 7/f ve TS m.13 ile TS m. 14.2'de yer alan hükümler uyarınca, avans ve fiyat farkı ödemeleri yapılıp yapılmaması idarenin takdirindedir. İdare tarafından avans ödemesi yapılması öngörülüyorsa, ihale aşamasında TS m. 13'te; fiyat

¹⁷⁴ Kaplan, İbrahim: “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996 2. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 157, (Kısaltma: Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri); Gökyayla, s. 243-244; Kocaoğlu, s. 215-216; Gönen, s. 249 vd.; Seçer, Öz: “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”, <https://www.academia.edu/36094418>, s. 483-521 (ET:16.11.2021); Selimoğlu'na göre, bedelin eserin teslimi ile muaccel hale geleceği kuralının istisnasını oluşturan ödeme yöntemleri “peşin ödeme” ve “işin aşamalarına göre ödeme” olmak üzere ikiye ayrılır. Peşin ödemede kararlaştırılan kesin bedel işin başında tamamen yükleniciye ödenmektedir. İş sahibi bedel ödeme borcunu işin başında ifa etmektedir. Peşin ödeme avanstan farklıdır. Avanstaki peşin ödemeden farklı olarak işin başında, daha sonra teslim ile muaccel hale gelecek bedele mahsuben bedelin bir kısmı ödenmektedir. İşin aşamalarına göre ödeme bedelin kısım kısım ödenmesidir (Selimoğlu, s. 189).

¹⁷⁵ Oktar, Hüseyin: Türkiye’de ve Dünya’da Fiyat Farkı Uygulaması, Kamu İhale Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 4.

farkı ödemesi yapılması öngörülüyorsa ihale aşamasında TS m. 14.2’de buna ilişkin düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu itibarla, gerek avans gerekse fiyat farkı ödemeleri KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin bütününde bulunmaz.

Kısmi ödeme, sözleşme konusu yapım işinin tamamının teslimi beklenilmeksizin, sözleşmede kararlaştırılmış kısmının bedelinin nihai olarak ödenmesidir. Diğer bir ifadeyle kısmi ödeme usulünde ödenen bedel geçici nitelikte değildir. Bu anlamda kısmi ödeme için kısmi kabul gerekir¹⁷⁶. KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde kısmi ödeme yapılabilmesi için, sözleşmede kısmi kabul yapılıp yapılmayacağının, kısmi kabul yapılacaksa bu kısımların düzenlenmesi gerekir (TS m. 19). Kısmi kabul ve kısmi ödeme yapılan KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, ödeme geçici ve kesin hakedişler ile yapılmaktadır. Bu anlamda KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde bu ödeme usulünde özellik arz eden bir husus bulunmamaktadır (YİĞŞ m. 41/XIII).

Hakediş ödemeleri, avans ödemeleri ve fiyat farkı ödemelerinin ne şekilde ve ne zaman yapılacağı, TS ve YİĞŞ’de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. İdarenin para borcunun temerrüdünün incelenebilmesi için her şeyden önce paranın ödenme yöntemleri olan hakedişler, avans ve fiyat farkı müesseselerinin üzerinde durulması gerekmektedir. Aşağıdaki bölümlerde özellikle temerrüde olan etkisi bakımından ilgili müesseseler ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

1. Hakediş Ödemeleri

Yüklenicinin meydana getirdiği yapı ve şantiyeye getirdiği malzemelerin (kamu ihale mevzuatındaki adıyla ihrazat) bedelinin sözleşme ve ekleri çerçevesinde ödenmesine hakediş, ödeme bedelinin hesabının gösterildiği belgeye de hakediş raporu

¹⁷⁶ İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2019, 2. Bası, s. 231 (Kısaltma: Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri); Gönen, s. 247-250.

denir¹⁷⁷. Hakediş ile ödeme usulü genellikle uzun süren inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan bir ödeme yöntemidir¹⁷⁸. KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde de sözleşme bedeli hakediş raporları ile ödenir¹⁷⁹. Hakediş raporu türleri, hakedişlerin hangi aralıklar ve hangi esaslar çerçevesinde düzenleneceği YİĞŞ m. 39 ve m. 40’da düzenlenmiştir. Buna göre hakediş raporlarının “geçici ve kesin hakediş raporları” olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Bu raporların formatı ise idarenin bütçe türüne göre farklı yönetmeliklerde¹⁸⁰ düzenlenmiştir.

a. Hakediş Türleri ve Hakedişlerin Ödenme Zamanı

aa. Geçici Hakedişler

Geçici hakediş (ara hakediş), işin başlangıcından geçici kabul¹⁸¹ tarihine kadar gerçekleştirilen inşaat işi ile şantiye getirilen ancak imalata girmeyen malzemelere karşılık olmak üzere yapılan ancak kesin nitelikte olmayan ve yükleniciye kazanılmış hak sağlamayan ödemedir¹⁸². Geçici hakedişler, kural olarak geçici kabule kadar yapılan

¹⁷⁷ Şimşek, Edip: “Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 203

¹⁷⁸ Öz, İnşaat, s. 81; Arapgirli, Murat: Yapım İşleri Sözleşme Uygulamaları, Ankara, 2016, s. 201

¹⁷⁹ Gök, s. 617.

¹⁸⁰ Hakediş formatlarının düzenlendiği yönetmelikler: Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliği (Örnek No:3), Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliği (Örnek No:4) ve Sosyal Güvenlik Kurumları Harcama Belgeleri Yönetmeliği (Örnek No:4).

¹⁸¹ YİĞŞ m. 41’de belirtilen geçici kabul, sözleşme konusu işin idare tarafından teslim alınmasını ifade etmektedir (Gümüş, Hülya: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Hükümlerine Göre Düzenlenen Yapım Sözleşmelerinde Kabul İşlemleri, Kamu İhale Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008, s. 52.).

¹⁸² Arapgirli, s. 202; Şimşek, s. 203; Duman, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, 2016, s. 974-975; Gönen, s. 250 vd.

hakediş ödemeleridir. Ancak 2019 yılında YİGŞ m. 39/IV'e eklenen (ğ) bendi ile geçici kabulden sonra kesin kabule¹⁸³ kadar bir defayla sınırlı olmak üzere ek geçici hakediş yapılabilmesine olanak tanınmıştır¹⁸⁴.

YİGŞ m. 39'da geçici hakediş raporlarının düzenleme şekline ilişkin esaslar, sözleşme türüne göre ayrı ayrı belirlenmiştir. Anahtar teslimi götürü bedel esasına göre imzalanan sözleşmelerde, geçici hakedişler, ilerleme yüzdeleri (pursantaj oranları) esas alınarak sözleşmesi ve eklerindeki kurallara göre düzenlenir (YİGŞ m. 39/II). İlerleme yüzdeleri, ihale dokümanı kapsamında verilen ve ilke olarak işin fiziki gerçekleşmesine bağlı olarak ödemenin hangi oranda yapılacağını gösteren oranlar tablosu olup, kural olarak ödemeye esas alınan her bir iş kısmının bedelinin toplam yaklaşık maliyete bölünmesi ile belirlenir¹⁸⁵.

Birim fiyat esasına göre imzalanan sözleşmelerde geçici hakedişler ise, yüklenicinin ihale aşamasında teklif ettiği birim fiyatlar ile birim fiyat teklif cetvelinde gösterilen iş kaleminin uygulama ayında gerçekleştirilen miktarının çarpımı sonucunda bulunan tutarlar üzerinden sözleşmenin ödemeye ilişkin hükümleri çerçevesinde düzenlenir (YİGŞ m. 39/I).

Karma sözleşmelerde geçici hakedişler, birim fiyat bedelli iş kısımlarında birim fiyat ilişkin esaslar, ATGB teklif alınan iş kısımlarında ise ATGB işlerdeki esaslar çerçevesinde düzenlenir (YİGŞ m. 39/III).

¹⁸³ KİSK kapsamında imzalanan sözleşmelerde TBK m. 477 anlamında işin ifa olarak kabulü, teminat süresinin bitimini müteakip gerçekleştirilen kesin kabul aşamasıyla gerçekleşmektedir. Buna göre TBK'da kabule bağlanan hukuki sonuçlar, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde kesin kabul ile gerçekleşir (Gümüş, s. 22).

¹⁸⁴ YİGŞ m. 39'a eklenen (ğ) bendi ile 08.08.2019 tarihli ve 30856 sayılı RG'de yayımlanmış ve 18.08.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁵ Gök, s. 631; Arapgirli, s. 87.

bb. Geçici Hakedişlerin İfa Zamanı

YİĞŞ m.39 ile TS m.11'deki düzenlemelere göre geçici hakedişler, sözleşmenin türü fark etmeksizin, dört aşamalı bir süreç sonucunda ödenebilir hale gelir (YİĞŞ m. 39). Bunlardan ilki “düzenleme”, ikincisi “onaylama”, üçüncüsü “tahakkuk” ve en son aşama ise “ödeme” aşamasıdır. Her bir aşama için öngörölmüş bağlayıcı süreler bulunmaktadır. Düzenleme aşamasında, hakedişler yapı denetim görevlisi tarafından düzenlendikten sonra yüklenici tarafından imzalanarak idareye verilir. Onaylama, tahakkuk ve ödeme aşamasındaki işlemler, idare tarafından tek taraflı olarak, yüklenicinin herhangi bir müdahalesi olmadan veya rızası gerekmeksizin gerçekleştirilir (YİĞŞ m. 39).

Geçici hakedişler kural olarak aylık düzenlenir. (YİĞŞ m. 39/IV, TS m. 11.2). Ancak bu hüküm emredici olmayıp idarece aksi kararlaştırılabilir (TS 13 nolu dipnot). TS'nin 13 numaralı dipnotuna göre, hakediş raporu bir aydan daha kısa bir sürede de düzenlenebilecektir. Aylık olarak düzenlenen hakedişlerin ayın ilk beş gününde hazırlanması gerekir.

Hakedişin düzenlenmesi için yüklenicinin başvurusu gerekir (YİĞŞ m. 39/IV-a). Yüklenici başvuruda bulunmuşsa geçici hakediş, ayın ilk beş iş günü içinde yapılır¹⁸⁶. Aksi takdirde, idare üç ay içinde yüklenicinin başvurusu aranmaksızın kendiliğinden düzenleyebilir (YİĞŞ m. 39/IV-a)¹⁸⁷.

¹⁸⁶ YİĞŞ m. 39/IV'te, sözleşmede her ayın ilk beş gününden farklı bir düzenleme yapılabilmesine imkan tanıyan ifade yer almakla birlikte, TS'nin 11'inci maddesi incelendiğinde, aynı düzenlemenin burada tekrar edildiği ve YİĞŞ'ye atıfta bulunduğu, idarelerin bunu değiştirebileceğine yönelik herhangi bir ibareye de yer verilmediği görölmektedir. Dolayısıyla YİĞŞ'de sözleşmede aksi kararlaştırılabileceği düzenlense de pratikte idarelerin bu düzenlemeden farklı bir düzenleme yapma imkanı bulunmamaktadır.

¹⁸⁷ YİĞŞ'nin ilgili kısmı “Yüklenici başvurmadığı takdirde idare, en çok üç ay içinde, tek taraflı olarak hakediş düzenleyebilir.” şeklinde kaleme alınmış olup, en geç ifadesi ile düzenleyebilir ifadesinin birbiri ile çeliştiği değerlendirilmektedir.

Geçici hakedişlerin ödenme zamanına ilişkin TS’de 2019 yılında önemli bir değişiklik yapılmıştır. Yapılan düzenleme ile idarenin geçici hakedişleri onaylama süresine ilişkin belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. TS m. 12’de yer alan hükme göre “hakediş raporları yüklenici veya vekili tarafından imzalanıp idareye verildiği tarihten başlamak üzere idarece en geç otuz gün içinde onaylandıktan sonra otuz gün içinde tahakkuka bağlanarak on beş gün içinde ödenir.” Ödeme için öngörülen on beş günlük süre, idareler tarafından ihale dokümanında farklı bir şekilde belirlenebilir. Dolayısıyla, yapılan bu değişiklikler sonrasında, geçici hakedişlerin düzenlenip yüklenici tarafından imzalanarak idareye verilmesinden itibaren toplamda en geç yetmiş beş gün sonra (otuz gün onay + otuz gün tahakkuk + on beş gün ödeme süresi) ödenmesi gerekir. Bu noktada, hakediş aşamaları için öngörülen sürelerin münhasıran o aşamaya tahsis edilip edilmediğine değinmek gerekir. Kanaatimizce, her bir aşama için ayrılmış süreler salt o aşama için kullanılabilir. Herhangi bir aşamadaki işlem, o işlem için ayrılan süre bitmeden tamamlanırsa, kalan süre diğer aşamalara ilave edilmez¹⁸⁸. Aksini kabul, yukarıda belirtilen aşamalandırma ve her bir aşama için ayrı süre öngörülme şeklindeki düzenlemeleri anlamsız hale getirir.

İşe başlanıldığı tarihten itibaren meydana getirilen işlerin miktarı, yapı denetim görevlisi tarafından yükleniciyle birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar geçici hakediş raporuna dahil edilir (YİGŞ m. 39/IV-b). Hazırlanan ve iki tarafça imzalanmış bulunan geçici hakediş raporu, tahakkuk işlemi yapılınca kadar, idaredaki yetkililer tarafından düzeltilebilir (YİGŞ m. 39/III-d). Düzenlenen geçici hakediş raporu yüklenici tarafından imzalanmadıkça işleme alınmaz (YİGŞ m. 39/IV-ç). Hakediş raporu düzenlendikten sonra bir hafta içinde yüklenici raporu imzalamazsa yapı denetim görevlisi, hakediş

¹⁸⁸ Örneğin onaylama aşaması on günde tamamlanırsa, bu aşamadan kalan yirmi günlük süre sonraki aşama olan tahakkuk aşaması için ayrılan otuz günlük süreye eklenmemelidir.

raporunu idareye gönderir ve rapor yüklenici tarafından imzalanıncaya kadar idarede hiçbir işlem yapılmaksızın bekletilir. Yüklenici hakediş raporlarını zamanında imzalamamış olursa ödemede meydana gelecek gecikmeden dolayı her türlü talep hakkını kaybeder (YİGŞ m. 39/IV-ç).

Yüklenicinin geçici hakedişlere itiraz yöntemi YİGŞ m. 39/IV'ün (e) bendinde düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemeye göre “Yüklenicinin geçici hakedişlere itirazı varsa, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerçekleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunu *“idareye verilentarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı”* ibaresini yazarak imzalaması gerekir”. Hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılmıncaya kadar, idare tarafından hakediş raporunda tek taraflı düzeltme yapılmış ise ve yüklenicinin bu düzeltmelere bir itirazı varsa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en geç on gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.

Yargıtay’a göre, YİGŞ’nin hakedişlere itiraz ile ilgili düzenlemesi delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemeler tarafından re’sen dikkate alınması gerekir¹⁸⁹. Yargıtay HGK tarafından verilen bir karara göre hakedişlere usulüne uygun bir şekilde itiraz edilmemiş olması durumunda, itiraz edilmeyen hakedişlere ilişkin yüklenicinin dava açma hakkı kaybolur¹⁹⁰. Hemen belirtelim ki, yüklenici tarafından yapıldığı halde

¹⁸⁹ Yargıtay 15. HD, 07.07.2017 T. 2017/551E., 2017/2803 K.; 15. HD, 09.05.2017 T. 2015/5368E., 2017/1993K.; 15. HD, 14.03.2017 T. 2016/148 E., 2017/1094K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 17.05.2020).

¹⁹⁰ Yargıtay HGK, 08.12.2010 T. 2010/15-609 E, 2010/634 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (ET:17.05.2020).

hakedişe girmeyen imalatlar ile miktar hesaplamalarına ilişkin hususların itiraza konu edilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁹¹.

Geçici hakedişlere usulüne uygun bir şekilde itiraz edilmemesi sadece yüklenici açısından bağlayıcı sonuç doğurmakta olup, idare tarafından geçici hakediş ile yapılan ödemeler kesin hesaba kadar geri alınabilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, geçici hakedişlere yönelik itiraz müessesesinin sadece yüklenici açısından belli bir süreye ve şekle bağlanmasının tarafların eşitliğe ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından tarafların eşitliği ilkesine uygun olarak yüklenici aleyhine ve idare lehine getirilmiş bu müessese yürürlükten kaldırılmalıdır. Nitekim, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi’nde yer alan benzer düzenleme davaya konu edilmiş, Danıştay tarafından söz konusu düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir¹⁹².

cc. Kesin Hakedişler

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, inşaatla ilişkin tüm iş miktarı ile bedeli, bir bütün olarak en son aşamada düzenlenecek kesin hakediş raporu ile ortaya çıkar. Kesin hakediş raporunun düzenlenebilmesi için iki işlemin yapılması gerekir. Bunlar “kesin hesap” ve “kesin kabul” işlemleridir. Kesin hesap işlemleri ile kesin hakediş raporların düzenlenmesine ilişkin esaslar YİĞŞ m. 40’da düzenlenmiştir.

¹⁹¹ Yargıtay 15. HD, 01.02.2017 T., 2016/4122 E. , 2017/417 K.; 11.01.2017 T. 2016/3526 E. , 2017/114 K.; 24.11.2015 T., 2015/1739 E., 2015/5988 K. ; Selimoğlu, s. 190-191.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (E.T:17.05.2020).

¹⁹² Kamu İhale Kurumu tarafından alınan 21/04/2021 tarihli ve 2021/DK.D-93 sayılı kararda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 17.12.2020 tarihli ve Y.D. İtiraz No:2020/585 sayılı kararı ile düzenlemenin yürürlüğünü durdurulduğu belirtilmiştir. <http://ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (ET: 08.08.2021)

Kesin hesap, sözleşmeye konu işin tüm miktarlarının hesaplanması ve buna göre işin gerçek bedelinin belirlenmesi amacıyla yapılan inceleme ve ölçme işlemidir¹⁹³. Kesin hesap, kesin kabul onayı ile birlikte kesin hakedişe dayanak oluşturan iki belgeden biridir.

Kesin hesap işlemine kural olarak geçici kabul yapıldıktan sonra başlanır. Birim fiyatlı sözleşmelerde, kesin hesabın en geç altı ay içinde yapı denetim görevlisi ve yüklenici tarafından hazırlanarak idareye teslim edilmesi gerekir. Taraflardan herhangi birinin bu sürede kesin hesap işlemlerine katılmaması durumunda, diğer taraf kesin hesap işlemlerini tek taraflı düzenleyerek idareye teslim edebilir (YİĞŞ m. 40/I-II-III). Yargıtay'a göre, kesin hesapların geçici kabul tarihinden itibaren en geç altı ay içinde idareye teslim edilmesi yönündeki düzenleme kesin vade niteliğinde olmayıp, temerrüt için ayrıca yüklenicinin ihtar çekmesi gerekir.¹⁹⁴

İdarece teslim alınan kesin hesaplar, en geç altı ay içinde incelenerek onaylanmalıdır. Altı aylık süre teslim tarihinden başlar. Bu süre içinde inceleme ve onaylama işlemi yapılmaz ise, kesin hakediş raporu için artık kesin hesap onayının beklenmesine gerek kalmaz, kesin kabulün yapılmış olması yeterli kabul edilir (YİĞŞ m. 40/VI).

İdareler teslim aldıkları kesin hesapları, teslim tarihinden başlamak üzere en geç altı ay içinde inceleyip onaylarlar. Aksi halde yüklenici, varsa itirazlarında haklı sayılacağı gibi, işin kesin kabulü yapılmış olmak şartı ile kesin hakediş raporunun düzenlenmesini de isteyebilir.

Öte yandan, 2019 yılında YİĞŞ m. 39/I-c'de yapılan değişiklikle, birim fiyat esaslı sözleşmelerde kesin hesabın geçici hakedişlere paralel olarak yürütüleceği düzenlenmiş,

¹⁹³ Aydemir, s. 219-221

¹⁹⁴ Yargıtay 15. HD, 05.05.2016 T. 2015/3906 E., 2016/2596 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (ET:17.05.2020).

buna karşın YİĞŞ m. 40'ta kesin hesabın tamamlanmasına geçici kabul sonrasında başlanacağı belirtilmiştir. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde, birim fiyat esaslı sözleşmelerde kesin hesabın kural olarak geçici hakedişler ile birlikte yapılacağı, imalatların niteliğine göre geçici hakediş aşamasında kesin olarak belirlenemeyen metrajların ise geçici kabul sonrasında yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de, geçici kabulde muayene ve kabul komisyonu tarafından, kabule engel nitelik ve nicelikte görülmemekle birlikte, uygun görülmeyen veya eksik görülen imalatların tespit edilmesi ve geçici kabul yapılmakla birlikte bu uygunsuzlukların veya eksikliklerin giderilmesinin talep edilmesi ihtimal dahilindedir (YİĞŞ m. 41/V-b). Bu itibarla bazı durumlarda nihai kesin hesap geçici kabul sonrasında ortaya çıkabilmektedir.

YİĞŞ'de ATGB sözleşmelerde, kesin hesap işlemlerinin sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtilmesine karşın (YİĞŞ m. 40/II), bu sözleşme türü için kesin hesapların ne kadarlık süre içinde düzenleneceği belirtilmemiştir. Kanaatimizce birim fiyatlı sözleşmelere ilişkin YİĞŞ m. 40/I'deki hükmün kıyasen uygulanarak, bu sözleşme türünde de kesin hesap tutanağının geçici kabulden sonraki altı içinde düzenlenmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, kesin hesap işlemleri için, geçici kabul tarihinden başlamak üzere, kesin hesabın düzenlenmesi için altı ay, bu hesabın idarece incelenerek onaylanması için altı ay olmak üzere toplamda on iki aylık bir süre gerekmektedir.

Kesin hakediş raporunun düzenlenebilmesi için yapılması gereken ikinci işlem ise kesin kabul işlemidir. Kesin kabule değinmeden önce kesin kabul işlemelerine başlamak için beklenmesi gereken süre olan teminat süresine değinmek gerekir. YİĞŞ m. 42'de geçici kabul ile kesin kabul arasında kalan süreye teminat süresi denilmiş ve bu sürenin, sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça on iki aydan az olamayacağı belirtilmiştir (YİĞŞ m. 42). Dolayısıyla kesin kabulün yapılabilmesi için geçici kabulden sonra kural olarak on iki aylık bir sürenin geçmesi gerekir.

YİĞŞ m. 44 ile Yapım İşleri Muayene Kabul Yönetmeliği (YİMKY) m. 10 uyarınca, kesin kabul işlemlerine, teminat süresinin bitiminin ardından yüklenicinin başvuruda bulunması ile başlanır. Yüklenicinin başvurusu zorunlu olmayıp idarece bu süre sonunda kendiliğinde de başlanabilir. Kesin kabul işlemleri, kesin kabul komisyonu eliyle yerine getirilir (YİMKY m.3 ve m. 4).

Kesin kabul işlemlerinde, geçici hakediş raporlarındaki miktarlar olduğu gibi kabul edilmeyip, kesin hesap kapsamında yapılan ölçümler sonucunda bulunan miktarlar dikkate alınır (YİĞŞ m. 40/I-a).

Kesin kabul komisyonu tarafından yapılan inceleme sonucunda kabule engel bir durum olmadığı tespit edilirse kesin kabul tutanağı düzenlenir. Düzenlenen bu tutanak idare yetkisi tarafından onaylanır ve bu onaylama işlemi sonucunda kesin kabul işlemi tamamlanır (YİĞŞ m. 8).

dd. Kesin Hakedişlerin İfa Zamanı

Kesin hakedişlerin düzenlenmesine başlanabilmesi için kesin hesap ve kesin kabul işlemlerinin tamamlanmış olması gerekir. Kesin hesap ve kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanması farklı zamanlarda gerçekleşebilmektedir. Kesin hakedişler her iki onay işleminin sonuncusundan başlamak üzere en geç otuz gün içinde, yapı denetim görevlisi tarafından idarece onaylanmış kesin hesaplara dayalı olarak düzenlenir (YİĞŞ m. 40/VIII). Bu kapsamda, gerçekleştirilen bütün işlerin kesin hakediş raporuna geçirilen bedelinden iş sırasında geçici hakediş raporları ile ödenen miktarlar düşülür (YİĞŞ m. 40/X). Daha sonra geçici hakediş ödeme usulleri çerçevesinde, hakedişe yapılan ekler ve hakedişten yapılan kesintilerden sonra kalan tutar yükleniciye ödenir (YİĞŞ m. 40/X).

b. Hakediş Ödemelerinden Yapılan Kesintiler

Hakedişlerin hesaplanması ile ortaya çıkan bedelden çeşitli kesintiler

yapılmaktadır. Bu kesintilerin bir kısmı ilgili kanunlardan kaynaklanabileceği gibi işin sözleşmesinde yer alan hükümlerden de kaynaklanabilir¹⁹⁵. Hakedişlerden yapılacak kesintiler; damga vergisi kesintisi, sözleşmeye aykırı davranışları sebebiyle kesilen cezalara ilişkin kesinti; ek kesin teminat kesintisi; nefaset kesintisi¹⁹⁶; avans verilmişse avans kesintisi; geçici kabulden sonra verilmek üzere anahtar teslim götürü bedel sözleşmelerde her hakedişin yüzde 3'ü oranında, birim fiyat sözleşmelerde her hakedişin yüzde 5'i oranında yapılan geçici kabul noksanlarına ilişkin kesinti; yıllara yaygın inşaat sözleşmelerinde alınan % 3 oranındaki gelir/kurumlar vergisi kesintisi, sosyal güvenlik prim veya idari para cezalarına ilişkin kesinti, KDV Kanunu¹⁹⁷ m. 9 uyarınca yapılan 3/10 oranında KDV tevkifatı kesintisi, işçi alacaklarına ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu¹⁹⁸ m. 36 ile YİĞŞ m. 34 uyarınca yapılan kesinti şeklindedir.

2. Avans Ödemeleri ve Bunların İfa Zamanı

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde bedelin ödenme yöntemlerinden bir diğeri avans ödemeleridir. Avans, idare tarafından ileride ödenecek bedelden mahsup edilmek üzere sözleşme bedelinin bir kısmının kural olarak henüz işin başında yükleniciye ödenmesidir¹⁹⁹. Ön ödeme olarak da ifade edilen bu müessesesinin temel işlevi sözleşmenin başında yüklenicinin şantiye kurulumu, makine, ekipman, malzeme vb.

¹⁹⁵ Gök, s. 684 vd.

¹⁹⁶ Nefaset kesintisi, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenici tarafından ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle, idarenin yükleniciye ödeyeceği tutardan yapacağı kesintidir (Uslu, s. 1).

¹⁹⁷ 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (02.11.1984 tarihli ve 18563sayılı RG'de yayımlanmıştır.).

¹⁹⁸ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁹⁹ Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 158; Öz, İnşaat, s. 82.

alınması ve nakli için gerekli giderlerin bir ölçüde karşılanmasıdır²⁰⁰. Avans, herhangi bir imalatın karşılığı olarak verilmediğinden, imalatın karşılığı olarak verilen geçici hakedişlerden²⁰¹; geri ödenecek bedel için herhangi bir faiz işletilmemesi yönüyle de yükleniciye açılan krediden farklılık arz eder²⁰².

Avans ödemesi yapılabilmesi için ihale dokümanının bir parçası olan idari şartname ve sözleşme tasarısında bu yönde düzenleme yapılmış olması gerekir. İdarenin tabi olduğu mali mevzuatta aksi bir hüküm bulunmaması şartıyla²⁰³, verilecek avans miktarı KİSK'e tabi inşaat sözleşmesinde sözleşme bedelinin üçte birinden fazla olamaz. Hangi oranda avans verileceğinin sözleşme tasarısında mutlaka belirtilmesi gerekir.

Avans verilmesi öngörülen işlerde, avans iş programı onaylandıktan sonra verilir. Avans için yüklenicinin yazılı başvurusu gerekir. Öngörülen avans miktarı tek defada verilebileceği gibi, sözleşmede düzenlenmek şartıyla dilimler halinde de ödenebilir. İkinci halde avansın ödenecek dilimleri ile ödeme tarihlerinin de sözleşmede belirtilmesi gerekir (TS m. 13'e bağlı 15 no.lu dipnot).

²⁰⁰ Gök, s. 727-732; Şimşek, s. 200-201; Dayınları, s. 162.

²⁰¹ Gönen, s. 250; YHGK'nın 15.11.1969 T. ve 1967/157-819 K. sayılı kararı (Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 158; Arapgirli, s. 202); Aksi görüşteki Aydemir'e göre yapılan işin miktarı ile bedeli kesin hakediş ile belli olacağından, geçici hakedişler de avans niteliğindedir (Aydemir, s. 217).

²⁰² Şimşek, s. 201; Baygın, s. 201.

²⁰³ Örneğin 5018 sayılı Kanun m.35'de maddesinde genel bütçeli idareler için avans tutarının üst limiti, sözleşme bedelinin yüzde 30 olarak belirlenmiştir. Söz konusu maddeye dayalı olarak Bakanlar Kurulu tarafında çıkarılan ve 21.01.2006 tarihli ve 26056 sayılı RG'de yayımlanan Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.7'de ise, Yönetmelik kapsamında sayılan idareler (*düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç olmak üzere, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri*) bakımından yapım işlerinde yüklenme tutarının %15'i ile sınırlandırılmıştır.

Avans verilmesi öngörülen işlerde, yükleniciden avans tutarı kadar teminat²⁰⁴ alınması zorunludur. Avanslar, avansın verildiği tarihten itibaren düzenlenen her bir hakedişin sözleşme bedeline ait tutarından, avans mahsup oranı uygulanarak kesinti yapılmak suretiyle mahsup edilir. Avans mahsup oranı, avans verilme oranının %50 fazlasıdır. Örneğin sözleşme bedelinin %20'si oranında avans verilmiş ise kesinti oranı %30 olarak uygulanır (avans oranı olan %20'nin %50 fazlası)²⁰⁵. Mahsup edilen tutara karşılık gelen teminat tutarı da serbest bırakılır²⁰⁶.

3. Fiyat Farkı Ödemeleri ve Bunların İfa Zamanı

a. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulma zamanı ile para alacağının ifa edildiği zaman arasında uzun süre bulunan sözleşmelerde paranın değerindeki değişmelere karşı sözleşmelerde çeşitli koruyucu düzenlemeler yapılmaktadır. Bu amaçla para alacaklısının korunması amacıyla sözleşmelerde genellikle altın değeri kaydı, yabancı para değeri kaydı, eşya değeri kaydı veya endekse göre ayarlama kayıtları konulmaktadır²⁰⁷.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde ifa süreci genel olarak uzun zamana yayılmaktadır. Ülkemizde özellikle enflasyonun etkisiyle girdi maliyetlerinin

²⁰⁴ Teminat olarak avans teminat mektubu veya Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerin idareye verilmesi gerekir (TS m. 13).

²⁰⁵ Gök, s. 732.

²⁰⁶ Eğer varsa, avans bakiyesi son geçici hakedişten yüzde nispetine bakılmaksızın tamamen kesilir. Hakediş tutarı yetmediği takdirde farkı, aradaki yüklenici otuz gün içinde nakden öder, aksi takdirde avans teminatı nakde çevrilerek mahsup edilir. İşin tasfiye edilmesi halinde, yüklenici tasfiye kabul tarihinden itibaren otuz gün içerisinde avans bakiyesini nakden ödemek zorundadır. Bu süre sonunda ödeme yapılmadığı takdirde, avans bakiyesi avans teminatı nakde çevrilerek mahsup edilir (TS m. 13).

²⁰⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s. 319; Eren, Genel Hükümler, s. 1003.

öngörülmesi oldukça güçtür. Bu nedenle, 1958 yılından beri sözleşme süresinin içerisinde girdi maliyetlerinin değişimlerinin ayrıca hesaplanarak yüklenicilere verilmesine (kimi kararnamelerde ayrıca sözleşmenin sona erdirilmesi imkanı da bulunmaktadır.) imkân tanıyan birçok Bakanlar Kurulu kararı ile kararnameler çıkarılmıştır²⁰⁸. Yapım işlerinde uygulanmak üzere çıkarılan en son kararname²⁰⁹, 31.08.2013 tarihli ve 28751 sayılı RG’de yayımlanmıştır²¹⁰.

Fiyat farkı esas itibarıyla kamu ihale sözleşmelerinde ihale tarihi ile sözleşmenin ifa edildiği tarih arasında girdi maliyetlerinde ortaya değişimin sözleşme bedeline yansıtılmasıdır²¹¹. Fiyat farkı müessesesinin kamu ihalelerindeki temel işlevi, isteklilerin tekliflerini ihale tarihindeki şartlara göre hazırlamasını sağlamaktır. Böylelikle ihale fiyatlarının daha rasyonel ve gerçekçi bir şekilde verilmesi temin edilmektedir²¹².

²⁰⁸ 22.07.1958 tarihli ve 4/10550 sayılı, 16.07.1959 tarihli ve 4/11884 sayılı, 03.04.1974 tarihli ve 7/993 sayılı, 11.03.1977 tarihli ve 7/13220 sayılı, 11.03.1977 tarihli ve 7/13221 sayılı, 22.05.1978 tarihli ve 7/15767 sayılı, 14.07. 1978 tarihli ve 7/15990 sayılı, 11.03.1980 tarihli ve 8/505 sayılı, 18.03.1981 tarihli ve 8/2574 sayılı, 28.07.1988 tarihli ve 88/13188 sayılı, 25.08.1994 tarihli ve 94/6019 sayılı, 12.06.2001 tarihli ve 2001/2862 sayılı, 24.12.2002 tarihli ve 2002/5039 sayılı, 27.06.2013 tarihli ve 2013/5217 sayılı kararnamelerdir (Gök, s. 234’ten naklen) .

²⁰⁹ Kararname, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar” başlığını taşımakla birlikte, uygulamada fiyat farkı kararnamesi olarak bilindiğinden biz de bu kavramı kullanmayı uygun bulduk. Mal ve hizmet alımı ihalelerinde uygulanmak üzere ayrı kararnameler bulunmakta olup bu kararnameler de aynı tarihli RG’de yayımlanmıştır.

²¹⁰ Söz konusu Kararname 27.06.2013 tarihli ve 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiş olup, RG’de yayımı tarihini izleyen 90’ıncı gün yürürlüğe girmiştir.

²¹¹ Kararnamede fiyat farkı “*birim fiyatlı sözleşmelerde, uygulama ayı içinde gerçekleşen imalat iş kalemleri ve ihzarat için; anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde ise uygulama ayı içinde ilerleme yüzdelerine göre gerçekleşen imalat iş grupları için, bu Esaslara göre ödenecek veya kesilecek bedel*” olarak tanımlanmıştır.

²¹² Oktar, s. 4.

Fiyat farkı, her zaman sözleşme bedelinde artış şeklinde ortaya çıkmaz. Kimi durumlarda ihale tarihinden sonra girdi maliyetlerinde aşağı yönde değişim meydana gelebilmekte olup böyle bir durumda fiyat farkı hesabı kapsamında sözleşme bedelinde kesinti yapılmaktadır²¹³.

KİK ve KİSK öncesinde, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamelerin mevcut sözleşmeler yönünden idareleri bağlayıp bağlamadığı hususu uzunca tartışma ve yargılamalara konu olmuştur. YİBGK'nın 24.11.1986 tarihli ve 1986-2/E ve 1986-2/K sayılı kararıyla uygulamadaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu kararda, kararnamelerin açılan davalarda uygulanacağına ancak koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun idare tarafından değil hakim tarafından belirleneceğine karar verilmiştir²¹⁴. Belirtmek gerekir ki, KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri bakımından bu tartışmaların önemi kalmamıştır. Zira, KİSK m. 8/II uyarınca "Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz." Bu düzenleme sonrasında artık sözleşmelerde fiyat farkına ilişkin hükümlerin idari kararlarla değiştirilmesinin yolu kapanmıştır.

Fiyat farkı, KİSK'e tabi her inşaat sözleşmesinde bulunan bir ücret kalemi değildir. Fiyat farkı ödemesi yapılabilmesi için sözleşmelerde bu yönde hüküm

²¹³ Gerçekten de bu sonuç Kararnamedeki fiyat farkı tanımında geçen "... ödenecek veya kesilecek bedel" ibaresinden açıkça ortaya çıkmaktadır.

²¹⁴ YİBGK'in 24.11.1986 tarihli ve 1986-2/E, 1986-2/K sayılı kararının sonuç bölümü "... Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 8/505, 8/2574 sayılı ve benzeri kararnamelere dayanılarak açılan davalarda bu kararnamelerin genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceğine, sözü edilen kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin olayların özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından saptanacağına; genel bütçeye dahil daireler için 23.6.1986 günlü ikinci toplantıda üçte iki ve diğerleri için 24.11.1986 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi." şeklindedir (Gök, s. 280 vd.; Oktar, s. 23-25; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, 155-156).

bulunması gerekir. Gerçekten de fiyat farkı hesabı yapılabilmesi için KİK m. 27 uyarınca idari şartnamede, KİSK m. 7/(g) uyarınca sözleşmede düzenleme yapılmalıdır. Ayrıca, KİSK m. 8/II uyarınca sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin fiyat farkına ilişkin maddelerinde değişiklik yapılamaz. Ancak belirtmek gerekir ki, TS’de 2019 yılında yapılan değişiklikle sözleşmede fiyat farkı verilmeyeceği düzenlemesi yer alsa dahi, işin başlangıçta öngörülen süresinin idareden veya mücbir sebepten kaynaklı olarak uzaması halinde uzayan süreler bakımından fiyat farkı hesabı yapılacaktır^{215,216}.

b. Fiyat Farkının İfa Zamanı

Fiyat farkı hesabının yapılacağı zamana ilişkin olarak Kararname m. 6/II’de *“Fiyat farkı uygulanan işlerde, zorunlu nedenler dışında, hakedişlerin uygulama ayından sonraki ayın ilk beş iş günü içerisinde ve uygulama ayına ait endeksler belli olduktan sonra düzenlenmesi esastır. Uygulama ayına ait endeksler belli olmadan hakedişin düzenlendiği hallerde, fiyat farkı hesabı hakedişle birlikte yapılmaz, uygulama ayına ait endeksler belli olduktan sonra ayrıca hesaplanır.”* hükmü bulunmaktadır.

TS ve YİĞŞ’de hakedişlerin ayın ilk beş iş günü içerisinde yapılacağı düzenlenmiş olup, aynı düzenleme Kararname’de de yer almaktadır. Fiyat farkı formülü incelendiğinde, fiyat farkı hesabı yapılabilmesi için uygulama ayındaki iki değere ihtiyaç

²¹⁵ TS m. 14’e bağlı 16 no.lu dipnottaki değişiklik 08.08.2019 tarihli ve 30856 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

²¹⁶ Öte yandan, fiyat farkı verilmeyeceği düzenlenen bir sözleşmede baştaki koşulların ağırlaştığından bahisle yüklenicinin fiyat farkı talebinde bulunulup bulunmayacağı hususu yargılamaya konu edilmiş ve Yargıtay HGK’nın 20.09.2006 T. ve 2006/11-525 E., 2006/554 K. sayılı kararında aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 480/II ile TMK m. 2 kapsamında somut olay adaleti çerçevesinde konunun hakim tarafından araştırılarak sonuca varılması gerektiği belirtilmiştir.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:20.05.2020).

duyulmaktadır. Bunlardan ilki ilgili aya ait hakedişin tutarı olup, diğer değer de Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan güncel endekslerdir. Bu durumdan hareketle fiyat farkı hesabının yapılacağı zaman yukarıda yer verdiğimiz Kararname maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre fiyat farkı hesabının kural olarak hakedişle birlikte yapılması gerekir. Ancak uygulama ayına ait endeksler hakedişin düzenlendiği tarihte belli değil ise bu durumda fiyat farkı hesabı için endekslerin belli olacağı tarihin beklenmesi gerekir. Önemle belirtelim ki, uygulamada TÜİK tarafından herhangi bir aya ait endeksler, sonraki ayın üçüncü veya dördüncü gününde yayımlanmakta olup, fiyat farkı hesabı da işlem ekonomisi ilkesi gereği her ayın ilk beş iş gününde yapılması gereken hakedişler ile birlikte yapılmaz. Bunun en önemli sonucu kendisini hakedişlere itiraz müessesinde göstermektedir. Daha öncede belirtildiği üzere²¹⁷ yüklenici tarafından usulüne uygun olarak hakedişlere itiraz edilmediği takdirde hakedişler olduğu gibi kabul edilmiş olmaktadır. Fiyat farkı hakediş ile birlikte yapıldığında, hakedişin unsuru haline geldiğinden, fiyat farkı hesabına da aynı usulle itiraz edilmelidir²¹⁸. Bununla birlikte, fiyat farkı hesabının ayrı bir şekilde yapılması halinde, fiyat farkı hakedişin bir unsuru olmaktan çıktığından YİĞŞ’de belirtilen usule uygun olarak ihtirazi kayıt konmasına gerek olmadan dava açılabilir²¹⁹.

²¹⁷ Ayrıntılar için bkz. “Birinci Bölüm, V., E.,1,a., bb. Geçici Hakedişlerin İfa Zamanı”.

²¹⁸ Yargıtay 15. HD, 16.01.2009 T. 2008/6935 E., 2009/86 K. , 12.02.2007 T. 2006/212 E., 2007/7822 K. (Yalçın, Recep/Yücel, Ali Rıza: İnşaat Hukuku Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2018, s. 704).

²¹⁹ Yargıtay 15. HD, 21.06.2006 T. 2006/1310 E., 2006/3793 K. (Yalçın/Yücel, s. 728’den naklen).

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI VE TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

I. İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜ

KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri TBK'daki sözleşme tipi bakımından eser sözleşmesidir. Eser sözleşmeleri edim ilişkisi bakımından (sözleşmenin taraflarına yüklenen borçlar açısından) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir²²⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları, hem borçlu hem de alacaklı konumundadır²²¹. Dolayısıyla, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde idare alacaklı sıfatından kaynaklı olarak alacaklının temerrüdüne düşebileceği gibi borçlu sıfatından kaynaklı olarak borçlunun temerrüdüne de düşebilir²²². Bu itibarla, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde idarenin para borcunu ödemedeki temerrüde düşmesi durumunda uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için öncelikle işsahibi idarenin para borcu bakımından sözleşmedeki sıfatının (alacaklı veya borçlu) tespiti gerekmektedir.

Bir görüşe göre eser sözleşmelerinde, işsahibi genel olarak alacaklı olduğundan, bedel ödeme borcunu ödememesi durumunda, işsahibi alacaklının temerrüdüne düşecek ve yüklenici alacaklının temerrüdü hükümleri çerçevesinde haklarını kullanabilecektir²²³. Ancak bizim de katıldığımız ve üstün tutulması gereken diğer bir görüşe göre işsahibi bedel ödeme bakımından borçlu konumunda olup, bedelin zamanında ödenmemesi

²²⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 592; Aral/Ayrancı, s. 359-360; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 448; Şenyüz, s. 408.

²²¹ Eren, Genel Hükümler, s. 210; Oğuzman/Öz, C.I, s. 353-355; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 602; Akıncı, s. 65.

²²² Demirboğa, s. 176, s.180.

²²³ Öztürk/Gözütok, s. 304, s. 46; Selimoğlu, s. 519.

halinde borçlunun temerrüdüne düşer²²⁴. Bu itibarla, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde işsahibi idarenin bedel ödeme borcunu ifada temerrüde düşmesi durumu, borçlunun temerrüdü hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır²²⁵.

İdarenin temerrüdüne ilişkin KİSK’te herhangi bir hükme yer verilmemiştir. TS ve YİĞŞ’de de konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, KİSK m. 36 uyarınca, konunun TBK’da yer alan hükümler çerçevesinde incelenmesi gerekir.

TBK’da eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında, işsahibinin bedel ödeme borcunun ifasında temerrüdü hususunda hüküm bulunmamaktadır²²⁶. Bu itibarla işsahibi idarenin bedel ödemede temerrüdüne ilişkin şartlar ve bunun sonuçları genel hükümler çerçevesinde incelenmiştir.

II. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMI

Borçlunun temerrüdü TBK m. 117-126’da düzenlenmiş; ancak bu kavramın tanımı TBK’da yapılmamıştır. Doktrinde bu kavram, ifa edilebilir bir edimin vadesi gelmesine ve alacaklı tarafından talep edilmesine rağmen borçlu tarafından yerine getirilmemesi, diğer bir ifade ile borcun ifasındaki gecikme olarak tanımlanmıştır²²⁷. Yargıtay tarafında ise borçlunun temerrüdü kavramı “alacaklı tarafından talep edilebilir

²²⁴ Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri, s. 239; Baygın, s. 237; Öz, İnşaat, s. 85; Aral/Ayrancı, s. 422; Karadaş, s. 333; Eren, Özel Hükümler, s. 690-691; Gönen, s. 259.

²²⁵ Demirboğa, s. 180.

²²⁶ Kocaağa, s. 219; Ayan, İnşaat, s. 93; Gönen, s. 264.

²²⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1117; Oğuzman/Öz, C.I, s. 484; Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul, 2016, s. 216, (Kısaltma: Serozan, İfa Engelleri); Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 688; Ayrancı, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Ankara, 2006, s. 51; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 100.; Zeynep, s. 143; Öztürk/Gözütok, s. 303.

hale gelmiş borcun ifasındaki gecikme” olarak tanımlanmıştır²²⁸.

Borçlunun temerrüdü esasen zaman bakımından borca aykırılığı ifade eder²²⁹. Ancak bu aykırılık geçici nitelikte olup²³⁰, edimin kesin ve sürekli olarak yerine getirilmemesi durumunda ifa imkânsızlığından bahsedilir. Temerrüde düşüldükten sonra ifa imkânsızlığının ortaya çıkması durumunda da temerrüt sona erer²³¹. Serozan’a göre, imkansızlıkta borçlu, borcu istese de ifa edemezken, borçlunun temerrüdünde borçlu, borcu ifa edebileceği halde ifa etmek istememektedir²³². Oğuzman/Öz’e göre borçlunun temerrüdü ifada nitelikli gecikme olup²³³ kural olarak bu gecikme borcun ifa edilmesine engel değildir²³⁴.

III. İDARENİN PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

TBK m. 117’de “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” hükmüne yer verilmiştir. Madde metninden de görüleceği üzere kanun koyucu borçlunun temerrüdü için borcun muaccel olması ve alacaklının borçluya ihtarda bulunması olmak üzere iki şart aramaktadır. Ancak doktrinde bu iki şarta ek olarak;

²²⁸ Yargıtay 15. HD, 27.10.2014 T., 2014/3513 E., 2014/6069 K., 15. HD, 03.06.2013 T., 2012/5740 E., 2013/3550 K. [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/\(ET:01.10.2020\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/(ET:01.10.2020)).

²²⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s. 484.

²³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1117.

²³¹ Eren, Genel Hükümler, 1117-119; Oğuzman/Öz, C.I, s. 485; Ayrancı, 52; Kurt, Leyla M.: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 47 (Kısaltma: Kurt, İmkansızlık).

²³² Serozan, İfa Engelleri, s. 216.

²³³ Oğuzman/Öz, C.I, s. 484.

²³⁴ Ayrancı, s. 52.

edimin ifasının mümkün olması, alacaklının ifayı kabule hazır bulunması ve borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmaması şartlarının da varlığının gerekli olduğu ifade edilmektedir²³⁵.

Bu çalışma kapsamında, borçlu temerrüdünün şartları, maddi şartlar ve şekli şartlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. İnceleme kapsamında konuya ilişkin genel bilgiler verildikten sonra, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Borçlunun temerrüdünün maddi şartları; borcun ifasının mümkün olması, borcun muaccel (istenebilir) olması, temerrüde engel bir durumun bulunmaması olup, temerrüdün şekli şartı ise ihtarın yapılmasıdır. Ancak, TBK m. 117/II uyarınca ihtarın yapılması her durumda zorunlu olmayıp ihtarın gerek olmadığı haller de bulunmaktadır²³⁶. Bu noktada hemen belirtelim ki, kusur, temerrüdün şartlarından biri değildir. Borçlu kusurlu olmazsa da diğer şartlar varsa temerrüde düşer. Ancak kusur, borçlunun sorumlu tutulacağı zararın belirlenmesinde ve beklenmeyen halden sorumlulukta dikkate alınan bir unsurdur.²³⁷

B. İdarenin Para Borcunda Temerrüdün Maddi Şartları

1. Edimin İfasının Mümkün Olması

Borçlunun temerrüdünün maddi şartlarından ilki ifa imkânsızlığının bulunmamasıdır. Başlangıçta ifası mümkün olan bir edim, sözleşme kurulduktan sonra

²³⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1117 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 485.; Akıncı, s. 229; Serozan, İfa Engelleri, s. 217; Gönen, s. 265.

²³⁶ Eren, Genel Hükümler, s.11120 vd. ; Oğuzman/Öz, C.I, s. 490; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 688; Ayrancı, 54.

²³⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1126; Oğuzman/Öz, C.I, s. 498; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 695; Ayrancı, 54.

hukuki veya fiili bir nedenle ifa edilemez hale gelirse “sonraki imkânsızlık”²³⁸ söz konusu olur. Sözleşme kurulduktan sonra borçlunun ifa imkânsızlığının ortaya çıkması halinde borçlunun temerrüdünden söz edilemez. Borçlu temerrüde düştükten sonra ifa imkânsızlığının meydana gelmesi halinde ise, imkânsızlık meydana geldiği anda temerrüt sona erer²³⁹.

İfa imkânsızlığına ilişkin TBK’deki düzenlemelerden farklı olarak KİSK m. 10’da özel hüküm bulunmaktadır. Mücbir sebepler başlığını taşıyan söz konusu maddeye göre “doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı halleri ile gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller” mücbir sebep hali teşkil eder. Söz konusu hallerin “yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması, yetkili merciler tarafından bu durumun belgelendirilmesi” şartlarını taşıması halinde mücbir sebep hali olarak kabul edilir (KİSK m. 10)²⁴⁰.

KİSK’te mücbir sebep halinin ortaya çıkmasıyla birlikte yükleniciye, sözleşmenin sona erdirilmesi ya da sözleşme süresinin uzatılması amacıyla idareye başvuru hakkı tanınmıştır. Ancak söz konusu maddede işsahibi idare açısından herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Bu itibarla işsahibi idare açısından genel hükümlerin uygulanması

²³⁸ Eren, Genel Hükümler s. 1329; Kurt, İmkânsızlık, s. 165.

²³⁹ Eren, Genel Hükümler, s. ; 1117; Dayınlarlı, s. 170; Barlas, s. 15; Kurt, İmkânsızlık, s. 46-47; Gönen, s. 269.

²⁴⁰ Özçelik, Ş. Barış: “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, s.305 vd.

gerekmektedir²⁴¹.

Daha önce ifade edildiği üzere işsahibi idarenin borcu, para borcu olup, bir verme borcu olan ve cins borcu niteliğindeki para borcunun ifasında imkânsızlık söz konusu olmaz²⁴². İşsahibi idarenin parayı tedarik etme yükümlülüğü sınırsızdır. Nitekim 2004 sayılı İcra İflas Kanunu²⁴³ m. 143/I'e göre borçlu hiç parası olmadığı gerekçesiyle borcunu ödeyemediği halde dahi aciz vesikası düzenlenmek suretiyle borçlunun borcu devam eder²⁴⁴.

Diğer taraftan, KİK m.5'te "ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz." temel ilkesine yer verilmiştir. KİK m. 62/a'da ise "birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibarıyla ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması" zorunlu tutulmuştur. Aynı maddede "başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamaz." kuralına yer verilmiştir. Bu hükme göre işsahibi idarenin sözleşme konusu iş için ödenek bulundurması ve sonradan bu ödeneğin başka işlere harcamaması gerekmektedir.

Sonuç olarak, KİSK'e tabi sözleşmelerde işsahibi idarenin borcunun para borcu olduğu hususu ile KİK'te ödeneği olmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı kuralı birlikte değerlendirildiğinde, işsahibi idarenin para borcu açısından ediminin imkânsızlaşmasının söz konusu olmayacağı değerlendirilmektedir. Bu durumda temerrüdün maddi şartları arasındaki borcun imkânsız olmaması şartının KİSK'e tabi sözleşmelerde idarenin para borcu açısından aranması gereken bir şart olmadığı sonucuna

²⁴¹ Kılıç, Osman: "Covid-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi", Kamu İhale Dünyası Dergisi, S.19, Temmuz-Ağustos-Eylül 2020, s. 26-28.

²⁴² Oğuzman/Öz, C.I, s. 10, s. 305 ve s. 398; Gönen, s. 270.

²⁴³ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁴⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 97 -106; Kurt, İmkansızlık, s. 152.

ulaşılmaktadır.

2. Bedel Ödeme Borcunun Muaccel Olması

a. Genel Olarak Muacceliyet

Temerrüt için en önemli şart borcun muaccel olmasıdır. Muacceliyet, borcun istenebilir ve dava edilebilir hale gelmesi demektir²⁴⁵. Diğer bir ifadeyle muacceliyet ifa zamanı gelmiş olan borç demektir.

TBK m. 90 uyarınca, “ifa zamanı taraflarca kararlaştırmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur.” Buna göre TBK’da borcun doğduğu anda muaccel olacağı ilke olarak benimsenmiştir. Ancak borcun ifası kimi zaman taraf iradelerinden, kimi zaman kanundan, kimi zaman ise işin niteliğinden kaynaklı olarak bir vadeye bağlanabilir ²⁴⁶.

Vade; belirsiz/olağan/takribi vade, belirli vade, kesin vade (kendi içinde mutlak kesin vade ve nispi kesin vade olarak ayrılmaktadır) olmak üzere çeşitli sınıflandırmaya tabi tutulmuştur²⁴⁷. Bu ayrım, borçluyu temerrüde düşürebilmek için ihtarı gerekip gerekmemesi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise TBK m. 125’te sayılan hakların kullanılabilmesi için gereken ek sürenin verilip verilmemesi bakımından önem arz etmektedir.

²⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1120; Serozan, İfa Engelleri, s. 52-54; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 553 ve s. 689.

²⁴⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s. 337; Eren, Genel Hükümler, 974-977; Serozan, İfa Engelleri, s. 54; Akıncı, s. 209; Şenyüz, s. 162.

²⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 976; Oğuzman/Öz, C.I, s. 337; Serozan, İfa Engelleri, s. 57; Akıncı, s. 210; Yılmaz, Süha: Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 71-75; Yıldız, Mustafa Göktürk: Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, 1. Baskı, 2020, s. 7-9 (Kısaltma: Yıldız, Temerrüt).

Belirsiz vade; sözleşmede vadeye yer verilmekle birlikte, ifa gününün yer verilmemesi durumunda ortaya çıkan vade türüdür. Vadenin ne zaman ortaya çıkacağı bilinmeyen fakat mutlaka meydana gelecek bir olaya göre belirlenmesi durumu da bu kapsamda kabul edilmektedir. Belirsiz vadede sözleşmenin kurulduğu anda, edimini hangi gün ifa edilmesi gerektiği kesin olarak belirlenememektedir²⁴⁸. Belirsiz vadeli sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihtar gereklidir.

Belirli vade, sözleşmenin kurulduğu anda borcun ifasının hangi günde yapılacağını anlaşıldığı hallerde söz konusu olur. Vadenin takvim günü yerine süre olarak kararlaştırıldığı ve ifa gününün de kesin olarak belirlenebildiği durumlarda da vadenin belirli olduğu kabul edilmektedir. TBK m. 117/II’de belirli vadenin iki türüne yer verilmiştir. Maddeye göre ifa gününün taraflarca belirlenmesi veya muacceliyet ihbarı ile ifa gününün belirlenmesinin taraflardan birine bırakılması durumlarında vade belirlidir. Belirli vadeli sözleşmelerde temerrüt için ihtar gerek bulunmamaktadır²⁴⁹.

Kesin vade ise sözleşme kurulurken, belirlenen vadeden sonra artık alacaklının ifayı kabul edilmeyeceğini belirlemiş olduğu sözleşmelerde söz konusu olur. Kesin vadeli sözleşmelerde temerrüt için ihtar gerekmediği gibi alacaklının TBK m. 125’teki haklarını kullanılabilmesi için TBK m. 123 uyarınca borçluya vermesi gereken ek süreyi vermesine de gerek bulunmamaktadır. Vadenin kesin vadeli olduğu genelde sözleşmede yer alan “en çok”, “mutlaka”, “en geç” gibi ibarelerden anlaşılır²⁵⁰.

²⁴⁸ Yüce, Melek Bilgin: Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, 2015, s. 139 vd.

²⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 976; Akıncı, s. 210; Oğuzman/Öz, C.I, s. 337; Serozan, İfa Engelleri, s. 57; Yılmaz, s. 71-75; Yıldız, Temerrüt, s. 7-9; Yüce, s. 139 vd.

²⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 976; Akıncı, s. 210; Oğuzman/Öz, C.I, s. 337; Serozan, İfa Engelleri, s. 57; Yılmaz, s. 71-75; Yıldız, Temerrüt, s. 7-9; Yüce, s. 139 vd.

b. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedelin Muacceliyeti

Eser sözleşmelerinde, yüklenicinin edimini ifa edebilmesi için hazırlık fiillerine ihtiyaç duyulmaktadır. KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri niteliği itibarıyla eser sözleşmesi olduğundan her sözleşmede vadeye yer verilmektedir. Nitekim KİSK m. 6/e'de süre, sözleşmede yer verilmesi gereken bir husus olarak düzenlenmiştir.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde işsahibi idare tarafından işin bedeli, kural olarak geçici ve kesin hakedişler ile ödenmekte ve geçici ve kesin hakedişlerin ne zaman ödeneceği TS m. 11.2 ve bu maddenin atıf yaptığı YİGŞ m. 39/IV'te düzenlenmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere²⁵¹, geçici hakedişlerin kural olarak her takvim ayının ilk beş iş günü içinde düzenlenmesi gerekir. Geçici hakediş hazırlama periyodu TS'de her ayın ilk beş iş günü olarak belirlenmekle birlikte, idarelere daha kısa bir süre tercih etme hakkı da tanınmıştır. Bu düzenlemelere göre geçici hakediş bedelinin muaccel olacağı gün, hakedişin yüklenici tarafından imzalanarak işsahibi idareye verildiği günü izleyen güne (TBK m. 92 gereği)²⁵² yetmiş beş gün²⁵³ ilave edilmek suretiyle bulunur. Bu tarihten önce geçici hakediş bedeli kural olarak muaccel olmayacaktır. Örneğin, hakedişlerin aylık olarak düzenlendiği bir işte, 2020 yılı Ocak ayında yapılan imalatlarla ilişkin yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenen hakediş 01.02.2020 gününde yüklenici tarafından imzalanarak idareye verildiği kabul edildiğinde, hakediş en geç

²⁵¹ Ayrıntılar için bkz. "Birinci Bölüm, V., E.,1,a., bb. Geçici Hakedişlerin İfa Zamanı".

²⁵² TBK m. 92 uyarınca, bir borcun veya taraflardan birine düşen herhangi bir yükümlülüğün sözleşmenin kurulmasından başlayarak belli bir sürenin sonunda ifası gerekiyorsa, ifa zamanı gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün bu süreden sayılmaz, sözleşmenin kurulduğu günü izleyen günden itibaren süre hesabı yapılır ve bu sürenin son gününde süre dolmuş olur.

²⁵³ TS m. 11 uyarınca otuz gün içinde onaylama, otuz gün içinde tahakkuka bağlanma, on beş gün içinde ödeme olmak üzere toplam yetmiş günün geçmesi gerekir. Ödeme için on beş günden farklı bir süre öngörüldü ise bu süre esas alınır.

17.04.2020 gününde; hakediş 05.02.2020 gününde yüklenici tarafından imzalanarak idareye verildiğinde ise en geç 21.04.2020 gününde muaccel hale gelecektir.

Yüklenicinin her ayın ilk beş iş günü içinde idareye başvurması gerekse de daha sonraki tarihte başvurabileceği, böyle bir ihtimalde ise bedelin muaccel hale geleceği tarihin başvuru tarihini izleyen güne yetmiş beş gün eklenerek bulunacağı değerlendirilmektedir.

Kesin hakediş raporları ise kesin kabul tutanağı ile kesin hesabın idarece onaylanmasından sonraki otuz gün içinde düzenlenir ve YİGŞ m. 40/X'da kesin hakedişlerin, geçici hakediş düzenlenme usullerine göre düzenleneceğine ilişkin YİGŞ m. 39'a yapılan yollama çerçevesinde, düzenlendiği tarihten itibaren en geç yetmiş beş gün içinde muaccel olur. Örneğin, kesin hesabı, kesin kabulden önce tamamlanan ve kesin kabul tutanağı 15.06.2020 günü onaylanan bir işte, yapı denetim görevlisinin en geç 16.07.2020 gününde kesin hakedişi düzenlemesi gerekecek ve kesin hakediş alacağı en geç 30.09.2020 günü muaccel hale gelecektir.

Yargıtay 15. HD'nin istikrar kazanmış içtihatlarına göre KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde TS ve YİGŞ m.39'da yer verilen iş bedelinin ödenme zamanına ilişkin düzenlemeler, alacağın muaccel hale geldiği zamanı göstermektedir²⁵⁴.

Avans ödemelerine bakımından ise, TS'de yer teslimi sonrasında iş programının onaylanması ile birlikte avansın talep edilebileceği düzenlenmiştir²⁵⁵. Buna göre, söz konusu talebin idareye yöneltilmesini müteakip avans muaccel hale gelir.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, anahtar teslim götürü bedel sözleşmelerde her hakedişin yüzde üçü oranında oranında geçici kabul noksanlarına ilişkin olarak kesinti

²⁵⁴ Yargıtay 15. HD, 28.11.2007 T. 2006/7532 E., 2007/7619 K. (Yalçın/Yücel, s. 714'ten naklen); Yargıtay 15. HD, 19.11. 2007 T. 2007/5455 E., 2007/7281 K. (Yalçın/Yücel, s. 715'ten naklen).

²⁵⁵ Gök, s. 731.

yapılmaktadır (TS m. 30'a bağı 25 nolu dipnot). Geçici kabul noksanlarına ilişkin hakedişlerden yapılan kesintinin iadesi, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip yapılan geçici kabul onay tarihinden sonra muaccel hale gelir (TS m. 30). Birim fiyat sözleşmelerde, işin tamamlanmış ancak kesin hesabı yapılmamış kısımları için ilgili geçici hakedişin yüzde beşi oranında kesin hesap kesintisi yapılmaktadır. Kesin hesabı yapılamamış işler için yapılan bu kesinti, kesin hesabın yapılarak idareye verilmesi ile bu hesapların idarece onaylanması ile muaccel hale gelir (TS m. 30). ATGB sözleşmelerde geçici kabul noksanlarına ilişkin yapılan kesinti ile birim fiyatlı sözleşmelerde kesin hesap için yapılan kesinti için yüklenici tarafından baştan teminat mektubu da verilebilir. Böyle durumlarda, ATGB sözleşmelerde geçici kabulün onaylanması, birim fiyatlı sözleşmelerde kesin hesabın yapılması ile birlikte, söz konusu teminat mektubunun iade edilmesi gerekir.

Son olarak, işsahibinin ücret borcu kapsamında olmamakla birlikte, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde KİK m. 43 uyarınca, kural olarak sözleşme bedelinin yüzde altısı oranında alınan kesin teminatın ne zaman iade edileceğine değinilmelidir. Kesin teminatın iadesine ilişkin hükümler KİSK m. 13, TS m. 10.1 ile YİĞŞ m. 45'te düzenlenmiştir. Buna göre, kesin teminatın yarısı; "taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesinden ve varsa işe ait eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra" muaccel hale gelir. Kalan yarısı ise, kesin kabul tutanağının onaylanmasından ve Sosyal Güvenlik

Kurumundan alınan ilişiksizlik belgesinin idareye verilmesinden sonra muaccel hale gelir²⁵⁶.

3. Temerrüde Engel Bir Durumun Bulunmaması

İşsahibi idarenin borçlunun temerrüdüne düşmesi için son maddi şart, temerrüdün oluşmasına engel bir durumun olmamasıdır. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, avans ödemeleri hariç, öncelikli olarak yüklenicinin iş programına uygun olarak edimini ifa etmesi gerekir. Dolayısıyla yüklenici edimini ifa etmedikçe işsahibi idarenin TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'inde bulunma hakkı bulunmaktadır. Daha açık bir anlatımla, geçici hakedişler bakımından, uygulama ayı içerisinde iş programına uygun olarak imalatın yapılması gerekir. Her ne kadar geçici hakedişlerin kural olarak her ayın ilk beş iş günü düzenleneceği ifade edilse de, ilgili uygulama ayında yüklenici tarafından bir imalat yerine getirilmediği takdirde o aya ilişkin hakedişin düzenlenmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla yüklenici tarafından geçici hakedişler bakımından kısmi de olsa o aya

²⁵⁶ Ancak, Yargıtay 15. HD, 30.09.2019 T., 2019/17 E. , 2019/3701 K. sayılı kararında “ *Davacı yüklenici tarafından ihale edilen işle ilgili SGK ilişiksizlik belgesi 20.05.2013 tarihinde ibraz edilmiş olduğundan, bu tarih esas alınarak yapılan hesaplama göre hüküm kurulmuş ise de, yüklenicinin iş sahibine borcu olmadığı ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2010/428 Esas ve 2013/122 Karar sayılı ilamı ile anlaşılmış olup, uyuşmazlığın çözümü bakımından kararın kesinleşme tarihi olan 29.12.2014 tarihi ile teminat mektubunun iade edildiği tarih olan 16.03.2015 tarihleri arasında bankaya ödenen komisyon tutarı hesap edilmelidir...* ” gerekçesine yer verilerek, kesin teminatın iadesi yönünden muacceliyet anının SGK ilişiksizlik belgesinin ibraz tarihinden sonraki bir tarihin esas aldığı görülmektedir. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ET:27.04.2021). Söz konusu karara katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Zira yüklenicinin sözleşme konusu iş dolayısıyla idareye borçlu olup olmadığı kesin hesap ve kesin hakediş işlemleri ile anlaşılır. Bu durumda yüklenicinin idareye borcu varsa teminatın iade edilmesi söz konusu olmaz. Ancak kesin hesabı yapılan bir işte yüklenicinin idareye borcunu olmadığı anlaşıldıktan sonra SGK ilişiksiz belgesinin getirilmesi ile birlikte yüklenicinin teminatının iadesi gerekir.

ilişkin bir ifa, kesin hakedişler bakımından ise kesin kabul için bir başvuru söz konusu değilse işsahibi idarenin ödemezlik def'i'nde bulunma hakkı olup²⁵⁷, bu durumda idarenin temerrüdünden söz edilemez.

İkinci olarak, geçici hakedişlerin düzenlenebilmesi için yüklenicinin idareye yazılı başvuruda bulunması gerekir. Yüklenici tarafından bu yönde bir başvuru yapılmadı ise idarenin re'sen hakedişi düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır²⁵⁸. Bu durumda da alacak muaccel olmaz ve dolayısıyla işsahibi idarenin temerrüdünden söz edilemez.

Son olarak yüklenicinin alacaklının temerrüdüne düşmemiş olması gerekir. Buna göre, yüklenicinin alacaklarına kavuşmak için gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmiş olmalıdır. Bir başka anlatımla işsahibinin edimini ifa etmemesinin, haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Bilindiği üzere, TBK m. 89 uyarınca para borçları götürülecek borç olup aksine bir anlaşma olmadığı takdirde ödeme gününde alacaklının ikametgâhında (yüklenici tüzel kişi ise tüzel kişinin merkezinde) ifa edilmesi gerekmektedir²⁵⁹. TS m. 11.1'de bu hususta idarelere düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Uygulamada idarenin muhasebe birimleri ödeme yeri olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla yüklenicinin ödeme zamanında ilgili birime başvuruda bulunması veya kaydi ödeme (banka hesabına ödeme yapılması amacıyla) yapılmasını teminen idareye başvuruda bulunması gerekir. Uygulamada genellikle ikinci seçenek tercih edilmektedir²⁶⁰.

C. Temerrüdün Şekli Şartı: Alacaklının İhtarı

1. Genel Olarak İhtar

²⁵⁷ Öz, İnşaat, s. 92.

²⁵⁸ Ancak yüklenici başvurmazdı takdirde idare, en geç üç ay içinde, tek taraflı olarak hakediş düzenleyebilir (YİĞŞ m. 39/4-a).

²⁵⁹ Gönen, s. 258.

²⁶⁰ Kocaağa, s. 225.

TBK m. 117/I uyarınca borçlunun temerrüde düşmüş sayılabilmesi için borcun muaccel olması yeterli değildir. Alacaklının, borç muaccel olduktan sonra borçluya ihtarda bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle temerrüt, borcun muaccel olmasıyla değil, ilke olarak alacaklının ihtarıyla gerçekleşir²⁶¹.

İhtar, alacaklının borçluya, borçlandığı edimi hatırlatan ve bu edimin ifasını istediğini talep eden bir irade açıklamasıdır. İhtarın hukuki sonuç doğurabilmesi için borçlunun veya yetkili temsilcisinin hukuk alanına ulaşması gerekir. İhtarın hüküm doğurması için ayrıca borçlu tarafından öğrenilmesine gerek yoktur.²⁶²

İhtar, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. Bunun sonucu olarak, ihtar çekenin temyiz kudretine sahip olması yeterli olup fiil ehliyetine sahip olmasına gerek bulunmamaktadır²⁶³. Ayrıca, HMK²⁶⁴ m. 200’de yer alan ve hukuki işlemler için getirilen senetle ispat kuralına tabi değildir. Diğer bir ifadeyle, ihtarın geçerliliği ve ispatı herhangi bir şekle bağlı değildir²⁶⁵. Ancak bu mutlak bir kural olmayıp TTK m. 18/III uyarınca “tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek için yapılacak ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemiyle yapılır.”

İhtarın hukuki işlem benzeri bir fiil olması, bazı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Öncelikle alacaklının irade açıklamasının ihtar niteliğinde olması için belirli bir borcun ifa edilmesi isteğini açık şekilde içermesi yeterlidir. Alacaklının bu

²⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1120 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 487; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 690; Akıncı, s. 230-231.

²⁶² Eren, Genel Hükümler, s. 1121.

²⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 1121.

²⁶⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG’de yayımlanmıştır.).

²⁶⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s. 487; Eren, Genel Hükümler, s. 1121; Serozan, İfa Engelleri, s. 219; Akıncı, 230-231; Öztürk/Gözütok, s. 333; Selimoğlu, s. 278; Gönen, s. 266-269.

açıklamasında mutlaka “ihtar” sözcüğünü kullanması gerekmez. Alacaklının bu iradesinin ayrıca borçluyu temerrüde düşürme hukuki sonucuna yönelik olması şartı aranmamaktadır²⁶⁶. Bu beyana bağlanan “borçlunun temerrüdü” şeklinde hukuki sonuç kanunda belirlenmiştir²⁶⁷.

İhtarda yerine getirilmesi istenilen borcun konusu, miktarı ve nitelikleri açıkça belirtilmelidir. Borçlunun, ihtardan borcun ifasının talep edildiğini ve ifa zamanını anlayabilmesi gereklidir²⁶⁸. Nitekim, Yargıtay 15. HD’nin 25.05.2015 T., 2014/7125 E., 2015/2786 K. sayılı kararında “...Alacaklı tarafından gönderilen ihtarnamenin borçluyu temerrüde düşürücü etkisinin olduğunun kabul edilebilmesi için, ihtarnamenin belirli bir süre içerisinde bir borcun ödenmesi ihtarını içermesinin zorunlu olduğu; bir bedel içermeyen ya da içeriğinden bedel belirlenemeyen ihtarnamelerin borçluyu temerrüde düşürücü nitelikte kabul edilemeyeceği” belirtilmiştir²⁶⁹.

Alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek için borçluya ek süre verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak uygulamada genellikle alacaklı, borçluya gönderdiği ihtarda edimin ifası için ek bir süre vermektedir. Alacaklı borçluya ek süre verdiyse, alacaklının ihtarı bir süre uzatım teklifi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda borçlu kendisine verilen sürenin sonunda kendiliğinden temerrüde düşer²⁷⁰.

İhtarın şarta bağlı olarak da yapılması mümkündür. Ancak şart borçluda ifa zamanı hakkında bir belirsizlik yaratmamalıdır ve borçlu şartın gerçekleştiğini

²⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1121-1122; Akıncı, s. 230.

²⁶⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s. 487-489.

²⁶⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1050; Oğuzman/Öz, C.I, s. 488; Serozan, İfa Engelleri, s. 219; Kurt, Temerrüt, s. 173-175.

²⁶⁹ Aynı doğrultuda Yargıtay 15. HD, 08.12.2016 T., 2016/6034 E. , 2016/5075 K. sayılı kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) (ET:10.10.2020).

²⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1119 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 487 vd .; Kurt, Temerrüt, s. 204; Akıncı, s. 230.

bilebilecek durumda olmalıdır. Dolayısıyla ihtar, borçlunun şartın gerçekleştiğini öğrenmesi anından itibaren hüküm ifade eder.²⁷¹

Alacaklı tarafından borçluya fatura gönderilmesi kural olarak ihtar kabul edilmez²⁷². Yargıtay'ın da yerleşik içtihatı bu yönde olup, soyut fatura düzenlenmesi ve tebliğ edilmesi borçluyu temerrüde düşürmez²⁷³. Bununla birlikte, borçlunun ifasını yerine getirmesi için ödeme emri gönderilmesi veya borçluya karşı ifa davası açılması da ihtar yerine geçer²⁷⁴. Ancak alacaklının tespit davası açması halinde, alacaklının bir ifa talebi bulunmadığı için ihtardan söz edilemez.²⁷⁵

2. İhtara Gerek Bulunmayan Haller

Borçlunun temerrüdünde ihtar her durumda aranan bir şart değildir. TBK m. 117/II ve m. 124 birlikte değerlendirildiğinde; belirli vadeli bir borcun bulunması, sözleşme ile ihtar koşulundan vazgeçilmiş olması veya ihtarın faydasız olması hallerinde borçlunun temerrüdü için ihtara gerek bulunmadığı anlaşılmaktadır.²⁷⁶

TBK m. 117/II'de temerrüt için alacaklının ihtarda bulunmasına gerek olmayan iki durum düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden doğan borçlarda, ifa günü taraflarca

²⁷¹ Oğuzman/Öz, C.I, s. 490 ; Sarı, Suat: Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?, C. 2, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 1577.

²⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 1122; Selimoğlu, s. 278; Yıldız, Temerrüt, s. 49; Yargıtay 15. HD, 18.05.2011 T., 2010/3235 E., 2011/3024 K. (Yıldız, Temerrüt, s. 49).

²⁷³ Yargıtay 15. HD, 10.11.2015 T., 2015/1515 E. 2015/5645 K.; 15. HD, 09.07.2019 T., 2019/1839 E., 2019/3274 K.; 15. HD, 07.03.2016 T., 2015/5059 E., 2016/1463 K.; 15. HD, 04.02.2019 T., 2018/4998 E., 2019/398 K. ([https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb_\(ET:11.10.2020\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb_(ET:11.10.2020))).

²⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1121; Oğuzman/Öz, C.I, s. 488; Kurt, Temerrüt, s. 176-180.

²⁷⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s. 488; Akıncı, s. 230.

²⁷⁶ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 689-693; Eren, Genel Hükümler, s. 1123-1126; Oğuzman/Öz, C.I, s. 490 - 493.

birlikte belirlenmişse bu günün, borcun ifa edilmesi gereken günü belirleme yetkisi sözleşmeyle taraflardan birine bırakılmış ve yetkili tarafça borcun ifa edileceği gün belirlenerek karşı tarafa bildirilmişse, belirlenen günün geçmesiyle temerrüt gerçekleşir²⁷⁷. Maddede belirtilen durumlarda vadenin belirli olduğu kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, doktrinde vadenin takvim günü olarak belirlenmediği, bununla birlikte borçlu tarafından kesin şekilde hesap edilebilir olduğu durumlarda da vadenin belirli olduğu ve temerrüt için ihtar gerek bulunmadığı kabul edilmektedir²⁷⁸. Öte yandan, doktrinde bir sözleşmenin belirli vadeli kabul edilebilmesi için borçlunun edimini ifa edeceği zamanı sözleşmenin kurulduğu anda bilmesi gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, belirli vadeden söz edilebilmesi için borcun ifa edileceği zamanın sözleşmenin kurulduğu anda bilinmesi zorunludur. Bu görüşteki yazarlara göre, sözleşmenin kurulduğu sırada borcun ifasının ne zaman yapılacağı bilinmemekle birlikte sözleşmedeki kayıtlardan ilerideki bir olay esas alınarak ifa günü tayin edilebilecekse vade belirsiz kabul edilmeli ve temerrüt için ihtar aranmalıdır²⁷⁹. Bizim de katıldığımız aksi görüşteki yazarlara göre ise sözleşme kurulduktan ve fakat borcun muaccel hale gelmesinden önce gerçekleşecek bir olay veya olgu esas alınarak ifa zamanının net olarak belirlenebilmesi halinde, vade belirlenebilir nitelikte olup böyle durumlarda vadenin belirli olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşteki yazarlara göre temerrüt için ihtar şartının aranmamasında önemli olan ifanın gerçekleşeceği tarihten önceki herhangi bir zamanda vadenin kesin ve açık olarak hesaplanabilmesidir²⁸⁰.

²⁷⁷ Eren, s. 1123; Oğuzman/Öz, s. 493; Öz, s.87; Serozan, İfa Engelleri, s. 219.

²⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 491; Öz, s.87.

²⁷⁹ Öz, İnşaat, s. 87; Barlas, s. 56; Yüce, s. 102.

²⁸⁰ Ayan, İnşaat, s. 162-164; Kocaağa, s. 220; Sarı, s. 1583-1584; Yağcı, Kürşad: “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde

Diğer taraftan, borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarda bulunmasına gerek olmayan durumlar, olayın veya borcun niteliğinden de anlaşılabilir. Bazı hallerde ise dürüstlük kuralı uyarınca ihtarın yararsız ve gereksiz olduğu anlaşılabilir. Bu durumda da borçlu, ihtara gerek olmadan temerrüde düşecektir²⁸¹. Oğuzman/Öz'e göre, borcun ifade edileceği zamanı, borçlu bilebilecek durumda ise ihtara gerek bulunmamaktadır²⁸². Borçlu, borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmişse dürüstlük kuralının bir gereği olarak ihtarın yararsız olduğu değerlendirilmeli ve borçlunun bu durumlarda temerrüde düştüğü kabul edilmelidir²⁸³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TBK m. 117'deki hüküm düzenleyici bir hüküm olduğundan, taraflar anlaşarak temerrüt için aranan ihtar koşulundan vazgeçebilir²⁸⁴.

3. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Temerrüt İçin İhtarın Gerekip Gerekmediğinin İncelenmesi

KİSK m. 20'de²⁸⁵ yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için ihtar gerektiği hükmü

Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S.1, 2019, s. 282-283.

²⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Oğuzman/Öz, s. 493 vd. ; Akıncı, s. 231; öte yandan sözleşme dışı borçlardan, haksız fiilde haksız fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşer meğerki sebepsiz zenginleşmede, zenginleşen iyi niyetli olsun.

²⁸² Oğuzman/Öz, s. 493

²⁸³ Oğuzman/Öz, s. 493; Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 693

²⁸⁴ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 691-692.

²⁸⁵ Madde metni "Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

bağlanmış; benzer düzenleme TS m. 25.2’de tekrarlanmıştır. Buna karşın, işsahibinin temerrüdüne ilişkin ne KİSK’te ne de TS ve YİĞŞ’de herhangi bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda KİSK m. 36 ‘da TBK’ya yapılan nedeniyle idarenin temerrüde düşürülebilmesi için ihtarın gerekip gerekmediği hususunun genel hükümler çerçevesinde ele alınması gerekir.

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde hakedişin ne zaman muaccel hale geleceği “b. KİSK’e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedelin Muacceliyeti” başlığı kapsamında incelenmiştir. Buna göre hakediş alacakları yüklenicinin ilgili uygulama ayında iş programına uygun olarak imalatları yerine getirip yapılan imalatların sözleşme fiyatları ile ödenmesi için uygulama ayının ilk beş iş gününde idareye başvuru yaptıktan sonraki yetmiş beşinci günde muaccel hale gelir. Yargıtay, hakediş ödemelerine ilişkin YİĞŞ’deki düzenlemelerin muacceliyet anına ilişkin olduğu ve kesin vade içermediği, bu nedenle temerrüt için ihtar gerektiği görüşündedir²⁸⁶. Yargıtay’ın 15. HD’nin konuya ilişkin kararları incelendiğinde, doktrinde vade türüne göre sözleşmelere ilişkin yapılan belirsiz, belirli ve kesin vadeli şeklindeki sınıflamadan farklı, kesin vadeli ve kesin vadeli olmayan şeklinde bir sınıflamaya gidildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay’a göre kesin vadeli olmayan her türlü borç için alacaklının temerrüde düşürülebilmesi için ihtar gereklidir.

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,
Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” şeklindedir.

²⁸⁶ Yargıtay 15. HD, 19.11.2009 T. 2008/6610 E., 2009/6266 K. (Yalçın/Yücel s. 700’den naklen); 15. HD, 31.05.2010 T. 2009/2501 E., 2010/3063 K. (Yalçın/Yücel s. 694’ten naklen); 15. HD, 22.06.2017 T. 2017/887 E., 2017/2674 K.; 15. HD, 04.05.2017 T. 2017/356 E., 2017/1918 K.; 15. HD, 22.03.2017 T. 2016/6451 E., 2017/1264 K.; 15. HD, 31.01.2017 T. 2016/5859 E., 2017/371 K.; 15. HD, 14.02.2017 T. 2016/4327 E., 2017/594 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> YargıtayBilgiBankasiIstemciWeb (ET: 15.04.2021) .

Öz'e göre de "her hakedişin onaylandığı gün..." gibi ifadelerin bulunduğu sözleşmelerde temerrüt için ihtar gereklidir²⁸⁷. Öz'ün ifade ettiği bu görüşten hareketle, YİĞŞ'deki düzenlemeleri belirli vade olarak kabul etmediği sonucuna ulaşılmaktadır. *Duman* da geçici ve kesin hakedişlere ilişkin düzenlemelerin belirli vade içermediği, temerrüt için ihtar gerektiği görüşündedir²⁸⁸. *Demirboğa*, hakedişin ödenmesine ilişkin vadenin belirli olduğunu²⁸⁹ belirtmişse de, temerrüt için ihtar gerektiği görüşündedir²⁹⁰. Buna karşın, doktrinde bazı yazarlara göre, hakedişlerin düzenlenmesi, onaylanması ve ödenmesine ilişkin sözleşmede süreler öngörülmüş ise, bu sürelerin bitiminde ihtar gerekmez iş sahibinin temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Bu görüşteki yazarlara göre, hakedişlerin yüklenici tarafından imzalanarak iş sahibine verilmesi ile birlikte, hakediş konu borç tutarı iş sahibi tarafından bilinir hale gelmektedir²⁹¹. Söz konusu görüşteki yazarlar tarafından hakedişlerin ödenme zamanının niteliğine ilişkin herhangi bir tespiti yer verilmemekle birlikte, ulaşıkları sonuçtan hareketle, hakedişlerin ödenme zamanına ilişkin YİĞŞ'de yer alan düzenlemeleri belirli vade olarak kabul ettikleri sonucuna ulaşılmıştır.

Hemen belirtelim ki, YİĞŞ'deki düzenlemelere göre sözleşmenin imzalandığı anda geçici veya kesin hakedişlerin ne zaman ödeneceği tam olarak bilinebilir durumda değildir. Hakedişin ödenmesi, ilgili aydaki imalatların sözleşme hükümlerine uygun

²⁸⁷ Vade günü anlaşılmadan daha sonraki bir tarihte tespit edilebilir hale geliyorsa temerrüt için ihtar gereklidir (Öz, s. 87).

²⁸⁸ *Duman*, s. 1000.

²⁸⁹ *Demirboğa*, s. 184.

²⁹⁰ *Demirboğa*, s. 180.

²⁹¹ Kaplan, *Endüstri Sözleşmeleri*, s. 240; Kostakoğlu, s. 220; Baygın, s. 207; Gönen, s. 267; Ayan, Serkan: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan Özel Sayısı), C 12, Yıl 2010, s.754 (Kısaltma: Ayan, Temerrüt) .

olarak yapılmasına ve yüklenicinin idareye başvuruda bulunmasına bağlıdır. Buna göre sözleşmenin kurulduğu anda hakedişlerin ödeneceği zaman belirli olmamakla birlikte, sözleşmenin ifası aşamasında “belirlenebilir” durumdadır. Kanaatimizce ifanın sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek bir olay esas alınarak, ifa günün borçlu tarafından belirlenebilir olması durumunda vadenin belirli olduğu kabul edilmelidir²⁹². Belirli vadenin bulunup bulunmadığının tespitinde, salt sözleşmenin kurulduğu anı esas almanın izah edilebilir bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim, TBK m. 117/II’de, sözleşmede saklı tutulan hakka dayanılarak bir tarafın bildirimde bulunulması halinde temerrüt için ihtar gerek bulunulmaması hükmü de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Söz konusu düzenlemeye göre sözleşmenin ifası sırasında taraflardan birinin bildirimde bulunması temerrüt için yeterli olup, esasen bu halde de sözleşme kurulduğu anda vade belirli değildir. Buna rağmen kanun koyucu, sözleşmenin ifası sürecindeki bir bildirimi yeterli görerek böyle bir durumda temerrüt için ihtar şartını kaldırmıştır. Diğer bir anlatımla, kanun koyucu sözleşmenin kurulma anında vadenin net olarak bilinebilmesi durumunu mutlak bir şart olarak öngörseydi, böyle bir uygulamaya imkân vermemesi, her durumda ihtar şartını araması gerekirdi. Bu çerçevede, kanun hükmünden, temerrüt için ihtar gerek bulunmaması için aranan şartın, borç muaccel olmadan vade tarihinin belirlenebilmesi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır²⁹³.

Hakedişin yüklenici tarafından imzalanarak idareye verildikten sonra onay,

²⁹² Ayan, İnşaat, s. 162-164; Kocaağa, s. 220; Yağcı, Kürşad: “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebirliliği Üzerine”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S.1, 2019, s. 282-283 <https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/mecmua/issue/year2019-vol77-issue1-re> (ET: 23.04.2021).

²⁹³ Şahin, Musa Furkan: “İfa Zamanı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 162.

tahakkuk ve ödeme işlemlerinin en geç ne kadarlık sürede yapılacağını belli olduğu ve bütün bu işlemlerin idare tarafından yapıldığı, bu konularda yüklenicinin herhangi bir etkisinin bulunmadığı, bu durumda yüklenicinin başvurusu ile birlikte herhangi bir hakedişin idare tarafından en geç ne zaman ödeneceğinin belirlenebilir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, sözleşme konusu inşaata başlanılmasından sonra yüklenicinin başvuru ile belirlenebilir hale gelen hakedişe ilişkin vade, yukarıda yer verdiğimiz değerlendirmeler çerçevesinde, belirli olduğu kabul edilmeli, temerrüt için ihtar şartı aranmamalıdır.

Diğer taraftan, KİSK m. 20’de yüklenicinin temerrüdü için ihtar şartına yer verilmiştir. KİSK m. 4’te tarafların eşitliği ilkesi kabul edilmiş ve KİSK’in yorum ve uygulanmasında bu ilkenin dikkate alınması zorunlu tutulmuştur. Bu çerçevede, yüklenicinin temerrüdü için aranan ihtar şartının, kıyasen idarenin de temerrüdünde de aranması gerektiği ileri sürülebilir. Bu konuda bir sonuca varabilmek için öncelikle kanunların yorumlanması ve uygulanması hususuna değinmek gerekir. Soyut nitelikteki hukuk kurallarının somut olaylara uygulanabilmesi için kanunun anlamının tespitine yorum, karşılaşılan durum ile ilgili kanunda bir hükmün bulunarak bu hükmün olaya uygulanmasına da kanunun uygulanması denir²⁹⁴. Dolayısıyla bir kanunun yorum ve uygulanabilmesi için öncelikle bu kanunda ilgili olaya uygulanacak bir hükmün bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. KİSK’te idarenin temerrüdüne ilişkin bir hüküm bulunmadığından, KİSK m. 36’da TBK’ya yapılan atıf gereğince, bu konuda TBK’daki temerrüde ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı açıktır. Bu nedenle, idarenin temerrüdünde uygulanacak bir kanun hükmü bulunduğundan, yüklenicinin temerrüdüne ilişkin aranan ihtar şartının, kıyasen idarenin temerrüdü için de aranması gerektiği şeklinde görüşe katılmamaktayız. Zira, söz konusu görüşün KİSK m. 36’ya aykırı

²⁹⁴ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 26. Bası, İstanbul, 2020, s.67 vd.

olduğunu değerlendirmektedir.

4. Konunun TTK M. 1530 Açısından Değerlendirilmesi

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hükümler bakımından TTK m. 1530'un üzerinde durulması gerekir. "Ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları" başlıklı TTK m. 1530, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikini konu edinen sözleşmelerde temerrüdün şartları ve sonuçlarına ilişkin hükümler iermektedir²⁹⁵. Maddede "2000/35/EC sayılı AB Direktifi" doğrultusunda para borçlusunun ihtarına gerek kalmaksızın temerrüde düşürülmesi ve başta faiz olmak üzere bunun sonuçları düzenlenmiş olup²⁹⁶, bu hükümle para alacaklısının korunması amalanmıřtır²⁹⁷.

TTK m. 1530 her türden mal ve hizmet tedarikinden doğan para borçlarında uygulama alanı bulur. Para borcunun da karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğması gerekir. Hizmet tedariki Türk Hukuku bakımından iş görme kavramına karşılık gelmekte olup, bu itibarla bir ticari işletmenin diğer bir ticari işletme için iş gördüğü sözleşme türleri bu kapsamdadır. Bu erevede, TBK'da sayılan eser, yayım, vekalet, komisyon, simsarlık ve saklama sözleşmeleri ile diğer iş görme faaliyetine sokulabilecek taşıma

²⁹⁵ Söz konusu maddenin gerekçesinde, Avrupa Parlamentosu ile Konseyin 19 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı, geç ödemelerle mücadele direktifini değiştiren yönergesinin esasları çerçevesinde kaleme alındığı belirtilmiştir. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54946&pkanunnumarasi=6102> (ET:30.10.2021).

²⁹⁶ Ayrancı, s. 57-59; ağlayan, Pınar: "Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç demenin Sonuçları (TTK MD. 1530)", BATİDER, C XXVII, S. 2, 2011, s.217-219.

²⁹⁷ Atamer, Yeşim M./Okutan Nilsson, Gl: "Para Alacaklısının Geç demelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı", BATİDER, C XXIX, S 3'ten Ayrı Bası, 2013, s. 32; Ayan, Temerrüt, s.730.

işleri de hizmet tedariki kapsamındadır²⁹⁸. Bu belirlemeler ışığında, yüklenicinin para alacağının eser sözleşmesinden kaynaklanması ve para borcunun da hizmet tedarikinin karşılığını oluşturması karşısında, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin konu bakımından TTK m.1530’un uygulama alanına girdiği anlaşılmaktadır.

TTK m. 1530’un kapsamı kişi (taraf) bakımından incelendiğinde; TTK m. 1530’un gerekçesinde, bu maddenin kaynağının “2000/35/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifini değiştiren 2011/7/EU sayılı Avrupa Birliği Direktifi” olduğu, “2011/7/EU sayılı AB direktifi”nin kamu kurumlarının ödemeleriyle ilgili düzenlemelerinin kanun metnine yansıtılmadığı ifade edilmiştir²⁹⁹. Söz konusu gerekçeden hareketle ilk bakışta

²⁹⁸ Atamer/Okutan Nilsson, s. 75-76, Ayan, Temerrüt, s. 735, Çağlayan, s. 218. Haksız fiilden doğan tazminat talepleri, sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, cezai şart ve vekaletsiz işgörmeye ilişkin talepler bakımından TTK m. 1530 uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Çağlayan s. 218; Ayan, Temerrüt, s. 736; Atamer/Okutan Nilsson, iş görme sözleşmelerinden hizmet sözleşmesinde, işçinin ücret alacağının korunması bakımından özel mevzuat niteliğindeki iş hukuku mevzuatında hükümlerin yer aldığı, bu itibarla, TTK m. 1530’un iş görme sözleşmelerinden hizmet sözleşmelerinde uygulanmayacağı görüşündedir (Atamer/Okutan-Nilsson, s. 75.). Buna karşın, Yıldız, “mal” kavramına her şeyden önce maddi varlığı olan şeylerin girdiğini, “hizmet” kavramına ise mal sağlama dışındaki her türlü işlemin girdiğini, burada da edimin maddi varlığının bulunmasının zorunlu olmadığını ifade ettikten sonra, doktrinde bazı yazarların hizmet kavramını iş görmeye indirgeme eğiliminde olduğunu belirtmiştir (Yıldız, Mustafa Göktürk: “TBK m. 117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK m. 1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, s. 359-380 (Kısaltma: Yıldız, TTK m. 1530)).

²⁹⁹ Kamu kurumları ile işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde kamu kurumlarınca tedarik bedelinin ödenmesinin uzun sürelerle yayılmasının ve ödemelerde gecikilmesinin işletmeler üzerinde ağır bir finansman baskısı yaratması, Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu’nu bu konuda düzenlemeler yapmaya itmiştir. 2000/35/EC sayılı Yönerge’de yer alan “işletmeler ve işletmeler ile kamu kurumları arasında gerçekleşen mal ve hizmet tedariki” şeklindeki ticari iş tanımıyla kamu kurumlarının da Yönerge kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Ancak söz konusu düzenleme yeterli görülmemiş, 2011/7/EU sayılı yeni Yönerge’nin gerekçe bölümünde ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş ve kamu kurumları ile işletmeler arasındaki işlemlere ilişkin ayrı bir

kamunun taraf olduğu hiçbir sözleşmede ilgili kanun hükmünün uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır³⁰⁰.

Ancak TTK m. 1530'un ikinci fıkrasında, bu kuralın ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlere uygulanacağı belirtilmiştir. Söz konusu maddede tacir kavramı yerine ticari işletme kavramı esas alınmıştır. Buna göre ticari işletmenin kimin tarafından yönetildiği önemli değildir. Ticari işletmeyi yöneten kişi tacir olmasa bile ticari işletmelerin taraf olduğu sözleşmelerde bu hüküm uygulanacaktır³⁰¹. Öyleyse KİSK özelinde, TTK m. 1530'un kişi bakımından kimlere uygulanacağını belirlenmesi için öncelikle KİSK'e taraf olan idarelerin ticari işletme işletip işletmediğinin tespiti gerekmektedir.

TTK m. 12/I'e göre bir ticari işletmeyi³⁰² kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek kişiye tacir denir. TTK m. 16/I'de tüzel kişi açısından "ticaret şirketleriyle,

hüküm tesis edilmiştir. İki Yönerge arasındaki en temel farklılık da bu hususa ilişkindir (Yatağan, Çiğdem: 2011/7/EU Sayılı Topluluk Yönergesi ve 6102 Sayılı TTK'nın 1530. Maddesi Çerçevesinde Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 94).

Zor/Özdemir'e göre 2011/7/EU sayılı Direktifin 4'üncü maddesinde kamu kurumlarının ödeme rejimine ilişkin düzenleme yapılarak, kamu kurumlarının borçlu taraf olduğu sözleşmelerde ödeme süreleri sıkı şartlara bağlanmak suretiyle alacaklı işletmelerin korunması amaçlanmıştır (Zor, Ömer Tuğrul/Özdemir, Erkan: "Kamu İhale Mevzuatında Gerçekleştirilen Mal Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları", Terazi Hukuk Dergisi, ISSN: 1306-9802, C8, S86, Ekim, 2013, s. 74-81).

³⁰⁰ Çağlayan, s.218; Zor/Özdemir, 74-81; Yatağan, s. 94-100.

³⁰¹ Ayan, s. 732.

³⁰² Ticari işletme TTK m. 11/I'de "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*" olarak tanımlanmıştır. Öte yandan Arkan, işletme kavramını, bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir şekilde bir araya getirilmesi olarak tanımlamıştır. Ayrıca ticari işletme kavramının unsurları için bkz. Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018, s. 26.

amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.” hükmüne yer verilmiştir³⁰³. TTK’da tacir, ticari işletme esas alınarak tanımlanmış olup, bunun bir sonucu olarak tacir sıfatına sahip her kişi/kurumun ticari işletmesinin bulunduğu kabulü gerekir. Bu kabulden hareketle, *Ayan*’ın da isabetli bir şekilde belirttiği üzere, ilgili maddede geçen ticari işletmeler arasındaki işlemler, tacirler arasındaki işlemler olarak anlaşılmalıdır³⁰⁴. KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin tarafı olan yükleniciler tacir olup³⁰⁵ ticari işletmeye sahip oldukları evliyetle kabul edilmelidir. Buna göre TTK m. 1530’un uygulanabilmesi bakımından sözleşmenin karşı tarafında bulunan idarenin tacir olup olmadığının tespiti gerekir. Bu çerçevede, KİSK’e taraf olabilecek idarelerden tacir sıfatına sahip olan KİT’ler³⁰⁶; mahalli idare şirketleri³⁰⁷, büyükşehir belediyelerine bağlı su ve kanalizasyon idareleri³⁰⁸ ve bankaların KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, TTK m. 1530’un

³⁰³ Arkan, s. 125-131.

³⁰⁴ Ayan, Temerrüt, s. 732.

³⁰⁵ Zor/Özdemir, s. 74-81.

³⁰⁶ Arkan, s. 136-137.

³⁰⁷ Belediye Kanunu m. 70’de, Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 26’da ve İl Özel İdaresi Kanunu m. 52’de bu yerel yönetimlerin “ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre” sermaye şirketi kurabilecekleri belirtilmektedir.

³⁰⁸ Yargıtay 17. HD, 07.05.2018 T. 2017/5633 E., 2018/4709 K.; Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. HD, 03.09.2015 T. 2014/17232 E., 2015/13061 K. <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>, s. 114 (ET: 03.05.2020).

Yargıtay HGK, 14.06.2017 T. 2017/1353 E., 2017/1193 K. ; HGK, 09.12.2015 T. 2015/2132 E., 2015/2906 K. (bkz. Üzümcü, Rabia: Kamu Tüzel Kişilerinin Tacir Sıfatı Alanında Yaşanan Gelişmeler, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2019, s. 32).

uygulanacağı değerlendirilmektedir³⁰⁹. Daha açık bir anlatımla, taraf idarenin tacir kabul edildiği KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, TTK m. 1530'un uygulanacağı kanaatindeyiz.

Bu durumda TTK m. 1530'un uygulanabileceği KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri bakımından temerrüt için ihtarın gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. TTK m. 1530/II'deki hükme göre “borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer”. Buna göre, sözleşmede ödemenin belirtilen sürenin sonunda yapılacağının düzenlendiği durumlarda, sözleşmenin belirli vadeli olup olmadığına bakılmaksızın ve ihtar gerekmezsizin borçlunun temerrüde düşeceği hükme bağlanmıştır³¹⁰. Hakedişlere ilişkin TS ve YİĞŞ'deki düzenlemeler, ödemenin belli bir sürenin sonunda yapılacağına ilişkin olup, bu itibarla yüklenicinin hakedişi imzalayıp idareye vermesini takip eden (en geç) yetmiş beş günden sonraki gün herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın idarenin temerrüde düşeceği değerlendirilmektedir³¹¹.

³⁰⁹ Aynı yönde bkz. Atamer/Okutan Nilsson, s. 65.

³¹⁰ Çağlayan, s. 220; Atamer/Okutan Nilsson, s. 37-47; Buna karşın, Ayan, TTK m. 1530'daki söz konusu düzenlemenin TBK hükümleri gereğince temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleştiği hallerde bir değişiklik yapmadığını savunmaktadır (Ayan, Temerrüt, s. 756).

³¹¹ TTK m. 1530/V'te sözleşmede öngörülen ödeme süresinin faturanın veya eşdeğer ödeme talebinin veya mal ya da hizmetin alındığı veya mal ya da hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabileceği, ancak alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle tarafların daha uzun bir süre öngörebileceği hükmü yer almaktadır. Hükme göre, altmış günlük ödeme süresinin daha uzun öngörülebileceği anlaşılmakta olup, bu hüküm çerçevesinde TS'deki 75 günlük sürenin uygulanabilir bir süre olduğunu değerlendirmekteyiz.

IV. KİSK'E TABİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE PARA BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜDÜN PARA BORÇLARINA ÖZGÜ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

TBK'da borçlunun temerrüdünün genel sonuçları gecikme tazminatı (md. 118) ve beklenmedik hâlden sorumluluk (md. 119) olarak, para borçlarına özgü sonuçları ise temerrüt faizi (md. 120-121) ve aşkın zarar (m. 122) olarak düzenlenmiştir. Borçlunun temerrüdünde, bütün sözleşmelerde geçerli olan aynen ifa ile gecikme tazminatının yerini, para borçlarında bedel, temerrüt faizi ile aşkın zarar almaktadır³¹². Zira para borçlarının aynen ifası söz konusu olmayıp, sadece ifası söz konusudur³¹³.

Hakediş ödemesi, temel olarak bir para borcu olduğundan, idarenin temerrüde düşmesi durumunda yüklenicinin temerrüt faizini isteme, temerrüt nedeniyle uğradığı zararı temerrüt faizini aşıyorsa, aşkın zararını isteme hakkı bulunmaktadır³¹⁴. Bunun dışında, borçlunun temerrüdünün genel hükümlerde düzenlenen doğrudan bir sonucu olmamakla birlikte; KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde idarenin para borcunda temerrüdüne bağlı olarak yüklenicinin süre uzatımı isteme hakkı ile işi durdurma hakkının bulunup bulunmadığı konuları ileride incelenmiştir³¹⁵.

Öte yandan, KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri, hukuki niteliği itibarıyla karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler olduğundan³¹⁶, idarenin temerrüdünün bir diğer sonucu olarak yüklenicinin TBK m. 125'te belirtilen seçimlik hakları da bulunmaktadır. Ancak, TBK m. 125'teki söz konusu haklar bu çalışmanın kapsamı dışında olup, konu bütünlüğü

³¹² Oğuzman/Öz, s. 520; Ayrancı, s. 66.

³¹³ Ayrancı, s. 66.

³¹⁴ Akıncı, s. 234-235.

³¹⁵ Ayrıntılar için bkz. "İkinci Bölüm, IV., D. Yüklenicinin Süre Uzatımı İsteme Hakkı" ve "İkinci Bölüm, IV., E. Yüklenicinin İş Durdurma Hakkı".

³¹⁶ Demirboğa, s. 162; Zor, s. 175.

açısından kısaca değinilmiştir.

Yüklenicinin TBK m. 125'te düzenlenen bu haklarını kullanabilmesi için bedel ödeme borcunun ifası için TBK m. 123 uyarınca idareye uygun bir ek süre vermelidir. Verilecek uygun süre somut borç ile orantılı olmalıdır. İdarenin borcu bir miktar paranın ödenmesi olup, doktrinde para borcunun ifası için birkaç günlük sürenin yeterli olduğu belirtilmiştir³¹⁷. TBK m. 124'te ise ek süre verilmesini gerektirmeyen durumlara yer verilmiştir. Buna göre borçlunun içinde bulunduğu durum veya tutumundan süre verilmesinin yararsız olacağının anlaşılması, temerrüt sonucunda borcun ifasının alacaklı için yararsız kalacak olması ve sözleşmede kesin vade belirlenmiş olması halinde ek süre verilmesine gerek bulunmamaktadır³¹⁸.

İdare, borçlunun temerrüdüne düşmüş ve yüklenici uygun bir süre vermişse, bu durumda yüklenici kural olarak TBK m. 125'te kendisine tanınan; i- baştan beri devam eden aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını isteme, ii- borcun ifasından ve gecikme tazminatından vazgeçerek olumlu zararı talep etmek ve iii- sözleşmeden dönerek, idare temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlamadıkça, olumsuz zararı talep etme şeklindeki seçimlik hakları kullanabilir. Bu noktada belirtelim ki geçici hakedişlerin aylık olarak düzenlendiği KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, herhangi bir geçici hakedişin ödenmemesine bağlı olarak ortaya çıkan kısmi temerrüt hallerinde yüklenicinin TBK m. 125'te borcun ifasından vazgeçerek olumlu zarar veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararını istemesi seçeneklerinin kullanması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Kanaatimizce söz konusu hakların kullanılabilmesi için en az iki veya daha fazla geçici hakedişin ödenmesinde temerrüdün gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca bu

³¹⁷ Öz, İnşaat, s. 94; Gönen, s. 278.

³¹⁸ Öz, İnşaat, s. 93-94; Oğuzman/Öz, s. 534-539; Eren, Genel Hükümler, s. 1136-1142; Gönen, s. 277 – 278.

seçeneklerin kullanılabilmesi, odenmeyen geçici hakedişlerin, inşaat içine devam etmesinin yükleniciden beklenemeyecek seviyede ağır bir sonuç ortaya çıkarılması, diğeri bir ifadeyle sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmesi halinde mümkün olmalıdır³¹⁹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, aynen ifa ile gecikme tazminatının yerini, para borçlarında bedel, temerrüt faizi ile aşkın zarar almaktadır ve konumuz itibarıyla bunlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.

Yüklenicinin, şartların oluşması kaydıyla diğeri seçimlik hak olan borcun ifasından ve gecikme tazminatından vazgeçerek olumlu zararı³²⁰ isteme seçeneğini kullanması durumunda, doktrindeki bazı yazarlara göre, ortada bir para borcu olduğundan, olumlu zarar kapsamında istenebilecek tazminat miktarı sözleşme bedeli, temerrüt faizi ve aşkın zarar miktarı kadardır³²¹. Bu yazarlara göre, aynen ifa ve gecikme tazminatı seçeneğı ile olumlu zarar seçeneklerinin her ikisinde de istenebilecek tazminat miktarı aynı olup bu nedenle her iki seçeneğinin pratik bir farklılığı bulunmamaktadır³²². Öte yandan kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, sorumluluk hukukuna hâkim ilke gereğince, aynen ifa seçeneğinden farklı olarak, bu seçenekte idare temerrüde düşmede kusurlu olmadığını kanıtlayarak olumlu zarar tazmininden kurtulabilir³²³.

Yüklenicinin, şartların oluşması koşuluyla, başvurabileceğı son hak ise

³¹⁹ Aynı görüş için bkz. Seçer, s. 517 vd.

³²⁰ Olumlu zarar, borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarardır. Borç ifa edilseydi alacaklının malvarlığının göstereceğı durum ile borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığındaki mevcut durum arasındaki farktır (Eren, Genel Hükümler, s. 1082; Oğuzman/z, C.I, s. 408).

³²¹ z, İnşaat, s. 95; Gönen, s. 281.

³²² Kanaatimizce bedelin, eserin tamamının meydana getirilerek teslim edilmesi ile muaccel hale geldiğı inşaat sözleşmelerinde açısından belirtilen sonuca varılabilse de, sözleşme bedelinin eserin tesliminden önce geçici hakedişler ile dendiğı KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, olumlu zarar kapsamında istenebilecek tazminat değışkenlik gösterebilir.

³²³ Eren, Genel Hükümler, s. 1147; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 738; Oğuzman/z, C.I, s. 544.

sözleşmeden dönmedir. Sözleşmeden dönme durumunda sözleşme geçmişe etkili şekilde sona ermiş olur. Ancak, bizim kabul ettiğimiz görüşe göre KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri ani-sürekli edim karmaşığı olup, YİĞŞ m. 47 uyarınca, inşaatın geldiğı aşama ne olursa olsun yüklenici sözleşmeyi ileriye etkili bir şekilde sona erdirebilecektir. Bu noktada belirtelim ki, avans ödemesi yapılacağı belirtilen KİSK'e tabi sözleşmelerde, yüklenici avansı kural olarak inşaatla başlamadan önce talep etmeye hak kazandığından, avansı ödemede temerrüt durumunda, henüz yapımına başlanmış bir inşaat olmadığından, sözleşme geçmişe etkili bir şekilde sona erdirilmelidir³²⁴. Bu seçenekte TBK m. 125/III'te yer alan hüküm uyarınca idare temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlamadıkça, yüklenici olumsuz zararının giderilmesini talep edebilir^{325,326,327}.

³²⁴ TS m. 13.5'te "Avansın muhtelif sebeplerle öngörülenden geç ödenmesinden dolayı yüklenici İdareden hiçbir suretle süre uzatımı, tazminat ve benzeri taleplerde bulunmamayı taahhüt eder." düzenlemesi yer alsa da, söz konusu düzenlemenin yüklenicinin TBK m. 125'teki kullanabileceğı seçimlik hakları engellemediğı değerlendirilmektedir.

³²⁵ Gönen, s. 282-287.

³²⁶ Olumsuz zarar, sözleşmenin hüküm ifa etmemesi nedeniyle doğan zarardır. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin kurulmasına duyulan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarardır (Eren, Genel Hükümler, s. 1083; Oğuzman/Öz, C.I, s. 409).

³²⁷ KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin olumsuz zarar kapsamında isteyebileceğı zarar kalemleri ise fiili zarar (sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar) ile kaçırılmış olduğı fırsatlardır. Fili zarar kapsamında yüklenicinin sözleşmenin ifa edilmeyen kısmına karşılık gelen sözleşme damga vergisi, ihale karar pulu damga vergisi, sözleşme bedelinin on binde beşi oranında alınan Kamu İhale Kurumu payı, teminat masrafları, idareye bildirilen teknik personelin masrafları vb. gibi masraf kalemlerini isteyebilir. (Yargıtay 15. HD, 24.04.2018 T. 2016/5887 E., 2018/1691 K.; Yargıtay 15. HD, 23.05.2017 T. 2017/313 E., 2017/2183 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (ET:09.11.2021)).

B. Yüklenicinin Temerrüt Faizi İsteme Hakkı

1. Genel Olarak Faiz

Faiz, genel olarak alacaklının bir miktar paranın kullanımından belirli bir süre mahrum kalması nedeniyle ödenen bir karşılıktır. Anaparaya bağlı fer'i bir alacak olan faizin varlığı, asıl borcun doğumuna ve devamına bağlıdır. Asıl alacak son bulunduğunda TBK m. 131/I gereği faiz de son bulur. Anapara alacağı son bulunduğunda faiz de durur. Asıl alacak olan anapara zamanaşımına uğradığında faiz de zamanaşımına uğrar (TBK m. 152). İşlemiş faizin istenilmesi için asıl alacak son bulunduğunda sözleşmeyle ya da ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle bu hakkın saklı tutulması veya durumun gereğinden saklı tutulduğunun anlaşılması gerekir (TBK m. 131/II) ³²⁸. Faiz, asıl alacağı genişleten bir yan hak olup, doğmuş faiz alacağı asıl alacaktan bağımsız olarak talep ve dava edilebilir³²⁹.

2. Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, para borcunda temerrüde düşen borçlunun alacaklıya ödemek zorunda olduğu, ödeme yükümlülüğü kanundan doğan, temerrüt süresi boyunca işleyen bir faiz türüdür³³⁰. Temerrüt faizi, borcunu zamanında ödemeyerek avantaj sağlayan borçlunun bu avantajının geri alınması, alacaklının da zamanında alamadığı parayı değerlendirme imkânından yoksun kalmasından doğan zararının giderilmesi esasına dayanmaktadır³³¹.

³²⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1005; Oğuzman/Öz, s. 324; Arslan, Çetin/Kırmızı/Mustafa: Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Ankara, 2010, s. 34-35; Serozan, İfa Engelleri, s. 106 -108; Selimoğlu, s. 419.

³²⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1005.

³³⁰ Ayrancı, s. 67-70; Barlas, s. 127; Arslan/Kırmızı, s. 88; Duman, s. 999; Gönen, s. 272.

³³¹ Ayrancı s. 67; Eren, Genel Hükümler, s. 1127.

Temerrüt faizi, alacaklının bir zararının bulunup bulunmadığı koşuluna bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle alacaklının herhangi bir zararı bulunmasa bile borçlu, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altındadır. Borçlunun temerrüt faizi ödeme borcundan sorumlu tutulması için herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı önem teşkil etmez. Borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmasa bile temerrüt faizi ödeme borcu altındadır³³². Bu yönüyle kusursuz sorumluluk hali sayılır³³³.

Temerrüt faizi, para borçlarında doğrudan doğruya kanundan doğsa da, faizin ödenebilmesi için alacaklı tarafından talep edilmesi gerekir. Talep edilmeyen temerrüt faizi alacakları TBK m. 131 gereğince asıl borç sona erince kendiliğinden sona erer³³⁴. TBK m. 121/III gereğince temerrüt faizine, bazı ticari işler hariç, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez³³⁵.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, kabul ettiğimiz görüşe göre yüklenici tarafından hakedişin imzalanarak idareye verilmesini takip eden en geç yetmiş beşinci günde, idare herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Temerrüt faizi bu tarihten sonraki gün işlemeye başlar³³⁶. Ancak, hakedişlerin ödenmesine ilişkin YİĞŞ ve TS'deki düzenlemelerin hakedişlerin muacceliyet anına ilişkin olduğu, temerrüt için ihtar gerektiği görüşünde olan Yargıtay'a göre temerrüt faizi, ihtarda süre verilmemiş ise ihtar tarihini izleyen günden³³⁷, ihtarda bir süre verilmiş ise bu sürenin bitimini izleyen

³³² Ayrancı, s. 71; Eren, Genel Hükümler, s. 1128; Arslan/Kırmızı, s. 88; Serozan, s. 114; Özdemir, s. 96.

³³³ Eren, Genel Hükümler, s. 1128; Kocağa, s. 221.

³³⁴ Ayrancı, s. 72.

³³⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1011; Selimoğlu, s. 426.

³³⁶ TTK m. 1530'un uygulanabileceği KİSK'e tabi sözleşmeler bakımından da temerrüt faizi aynı tarihte işlemeye başlar.

³³⁷ Yargıtay 15. HD, 16.01.2020 T. 2019/2098 E., 2020/116 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET.31.10.2021).

günden³³⁸, herhangi bir ihtar çekilmeden dava açılmış ya da icra takibine başlanmış ise dava açıldığı³³⁹ veya icra takibine başlandığı³⁴⁰ günden başlar.

3. Temerrüt Faizi Oranı

Temerrüt faizinin miktarı, temerrüt faizinin oranı ile temerrüt süresine bağlı olarak hesaplanmaktadır. Bu itibarla uygulanacak temerrüt faizinin oranı, yüklenicinin tatmini açısından önemli bir unsurdur. TBK m. 120/I gereğince, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça uygulanacak faiz oranı, faizin doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre belirlenir. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde temerrüt faizi oranına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından, TBK'nın atıfta bulunduğu mevzuat hükümlerinin incelenerek uygulanacak faiz oranının tespiti gerekmektedir.

Türk Hukukunda uygulanacak faiz oranları FK³⁴¹ ile düzenlenmiştir. Kanun'un birinci maddesinde adi iş ve ticari iş ayrımı yapılmaksızın uygulanacak faiz oranı yıllık %12 olarak belirlenmiş, Cumhurbaşkanı'na³⁴² faiz oranını değiştirme yetkisi verilmiş, ikinci maddesinde ise temerrüt faizi oranına ilişkin olarak birinci maddede belirtilen oranın uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

FK'nın birinci ve ikinci maddelerinde tarafların sözleşmeyle faiz oranını

³³⁸ Yargıtay 13. HD, 10.06.2003 T. 2003/4045 E. 2003/7605 K. (Arslan/Kırmızı, s. 175 vd.).

³³⁹ Yargıtay 15. HD, 01.11.2018 T. 2018/3157 E., 2018/4223 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET.31.10.2021); Yargıtay 15. HD, 13.12.2010 T. 2010/4435 E. 2010/6860 K. (Öztürk/Gözütok, s. 770).

³⁴⁰ Yargıtay 15. HD, 22.06.2020 T. 2019/3625 E., 2020/1721 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET.31.10.2021).

³⁴¹ 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (09.12.1984 tarihli ve 18610 sayılı RG'de yayımlanmıştır.)

³⁴² Kanun'un ilk çıktığı halinde bu yetki Bakanlar Kurulu'na verilmiş olup, 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 94 üncü maddesiyle, "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

belirleme yetkisi saklı tutulmuş ise de adi işler bakımından TBK m. 120/II ile buna bir üst sınır getirilmiştir³⁴³. TBK m. 120/II'deki hükme göre, “sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüzden fazlasını aşamaz.”

Bakanlar Kurulu, FK'nın verdiği yetki çerçevesinde aldığı karar ile kanuni faiz oranını 1.1.2006 tarihinden sonra uygulanmak üzere yıllık %9'a indirmiştir³⁴⁴. Buna göre, adi işlerde taraflar sözleşme ile uygulanacak temerrüt faizi oranını en fazla %18 olacak şekilde belirleyebilirler.

Ticari işlerde uygulanacak faiz oranı adi işlere nazaran farklılık göstermektedir. KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri, idarenin tacir sıfatı yoksa TTK m. 19/II'de yer alan karine gereğince, idarenin tacir sıfatı varsa, TTK m. 3 gereğince ticari iş niteliğindedir^{345, 346}. Bu itibarla, ticari işlerde uygulanacak faiz oranının tespiti gerekir.

TTK m. 8/I uyarınca ticari işlerde taraflar, uygulanacak temerrüt faizi oranını belirlemekte serbesttir. TTK m.8/1'deki kural, TTK 120/2'ye göre özel hüküm olup, ticari işler bakımından TBK m. 120'deki sınırlamalar uygulama alanı bulmaz. TTK m. 8/1'deki kural temerrüt faizini de kapsar³⁴⁷. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde temerrüt faizi oranına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından, TTK m. 9 çerçevesinde temerrüt

³⁴³ Oğuzman/Öz, s. 523.

³⁴⁴ Bakanlar Kurulu'nun, 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı kararı.

³⁴⁵ Baygın, s. 209; Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri, s. 240; Selimoğlu, s.426; KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin tarafı olan yükleniciler tacir olup, sözleşmenin tarafı olan idareler (KİT'ler ve Belediye İktisadi Teşekkülleri vb. hariç) tacir değildir. Ancak TTK m. 19/2 uyarınca taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılmakta olduğundan, KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri ticari iş niteliğindedir.

³⁴⁶ Zor/Özdemir, s. 74-81; Duman, s. 1002.

³⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 524; Eren, s. 1008-1009; Ayan, Temerrüt, s. 779; Yargıtay 23. HD, 20.5.2014 T. 2014/586 E., 2014/3887 K., www.kazanci.com (ET: 20.04.2021); Yargıtay 19. HD, 05.06.2014 T. 2014/7312 E., 2014/10600 K., www.kazanci.com (ET: 20.04.2021).

faizi oranına ilişkin ilgili mevzuat (FK) hükümleri uygulanacaktır. Daha önce açıklandığı üzere kanuni temerrüt faiz oranı güncel durumda %9'dur. Ancak FK m. 2/II'de ticari işlerde uygulanacak faiz oranına ilişkin olarak ayrı bir hüküm sevk edilmiştir. Anılan hükme göre Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, %9 (m. 2/1'de, birinci maddeye yapılan atıf gereğince güncel temerrüt faizi oranı %9'dur.) oranından fazla ise, taraflar arasında sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizini bu oran üzerinden isteyebilirler³⁴⁸. Merkez Bankası'nın açıkladığı avans faiz oranı 19.12.2020 tarihinde itibaren %16,5 olup, buna göre yüklenicinin bu oran üzerinden temerrüt faizi isteme hakkı bulunmaktadır. Söz konusu faiz oranının uygulanabilmesi için yüklenicinin bu oranı ayrıca talep etmesi gerekir. Aksi takdirde adi işlerde uygulanacak faiz oranı üzerinden hesaplama yapılır³⁴⁹.

4. TTK m. 1530'a Göre Temerrüt Faizi Oranı

Maddenin uygulanabildiği KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, temerrüt faizi oranına ilişkin TTK m. 1530/VII'e göre belirlenecek temerrüt faizi oranı uygulama alanı bulacaktır. Zira TTK md. 1530/VII özel bir temerrüt faizi oranı getirmiştir. İlgili fıkra, alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faizi oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hâllerde uygulanacak faiz oranının ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarının, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın her yıl ocak ayında ilan edeceği faiz oranının, FK'da öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az %8 fazla olacağı

³⁴⁸ Arslan/Kırmızı, s. 124-125; Duman, s. 1002; Avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

³⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 523-524; Duman, s. 1002; Barlas, s. 154-156; Ayrancı, s. 92-95; Eren, 1127-1129; Selimoğlu, s. 426; Yıldız, Temerrüt, s. 129.

hükme bağlanmıştır. Söz konusu fıkra istinaden uygulanacak temerrüt faizi oranı Merkez Bankası tarafından her yıl belirlenerek yayımlanmaktadır. Bu oran 01.01.2021 tarihinden sonrası için 18,25³⁵⁰ olarak belirlenmiştir³⁵¹. Ticari işlerde, daha yüksek olan ticari temerrüt faizine hükmedilebilmesi için alacaklının talebi gerekmekte olduğundan, TTK m. 1530 kapsamına giren sözleşmeler bakımından da yüklenicinin uygulanacak bu faizi açıkça talep etmesi gerekir³⁵².

5. Yabancı Para Üzerinden Bağitlanan Sözleşmelerde Uygulanacak Temerrüt Faizi Oranı

Son olarak, yabancı para üzerinden bağitlanan sözleşmelerde uygulanacak temerrüt faizi oranına değinmek gerekir. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin sınırlı olarak yabancı para üzerinden kurulabileceği yukarıda açıklanmıştı³⁵³. Bu durumda, yabancı para üzerinden imzalanan sözleşmelerde, FK m. 4/a uyarınca "Sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en

³⁵⁰<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Piyasa+Verileri/TTK+Md.+1530>.

³⁵¹ Merkez Bankası tarafından belirleme yapılmadan önce, Kanundaki düzenlemenin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda iki görüş bulunmakta idi. Doktrinde çoğunlukta olan görüşe göre uygulanmakta olan temerrüt faizi oranına 8 puanlık ekleme yapılarak uygulanacak faiz oranı belirlenmelidir. Bu görüşün kabul edilmiş olsaydı, temerrüt faizi oranı %24,75 (güncel avans faizi oranı 16,75 +8) olarak belirlenmesi gerekirdi. Azınlıkta kalan diğer görüşe göre -ki Merkez Bankası'nın da bu görüşü tercih ettiği anlaşılmaktadır- ticari temerrüt faizinin % 8 fazlası hesaplanarak uygulanacak temerrüt faizi oranı kabul edilmelidir (Atamer/Okutan Nilsson, s. 56-57; Yücesoy Yılmaz, Yasemin: "Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması", TBB Dergisi 2019 (140), s. 326-327 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1823> (ET 02.05.2021)).

³⁵² Ayan, Temerrüt, s. 784.

³⁵³ Ayrıntılar için bkz. "Birinci Bölüm, V., D. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Bedelin Türk Parası Olarak Belirlenme Zorunluluğu".

yüksek faiz oranı uygulanır³⁵⁴.” Devlet bankaları farklı faiz oranları uyguluyorsa bunlardan en yüksek olanı uygulanacaktır³⁵⁵.

Öte yandan, TBK m. 99/III uyarınca, yabancı para borçlarında borçlu borcunu ödeme gününde ödemezse, alacaklının, yabancı para borcunun aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki kur üzerinden Türk parası ile ödenmesini isteme hususunda seçimlik yetkisi bulunmaktadır. Bu noktada alacaklının tercihinin uygulanacak temerrüt faizine etkisinin bulunup bulunmadığı belirlenmedir. Hemen belirtelim ki, alacağın seçimlik yetkisi, temerrüt faizi oranına ilişkin olmayıp, aynen ödeme ya da fiili ödeme günü veya vadedeki kur üzerinden yapılacak Türk parası ile ödemeye ilişkindir. Temerrüt faizi oranı her iki ihtimalde de FK m. 4/a gereğince hesaplanacak, sonuçta bulunan tutar alacaklının tercihinine göre ya aynen ödenecek (yabancı para cinsinden) ya da vade veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden Türk Lirasına çevrilerek ödenecektir³⁵⁶.

C. Yüklenicinin Aşkın Zararı İsteme Hakkı

1. Genel Olarak Aşkın Zarar

TBK’da borçlunun temerrüdünün para borcuna özgü sonuçları arasında sayılan aşkın (munzam) zarara ilişkin olarak m. 122/I’de “*Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.*” hükmüne yer verilmiştir. Doktrinde yapılan tanımlar dikkate alınarak aşkın zarar, para alacaklısının, borçlunun temerrüdü nedeniyle

³⁵⁴ Dayınlarlı, s.177; Eren, Genel Hükümler, s. 1010; Arslan/Kırmızı, s. 134-135; Barlas, s. 158

³⁵⁵ Ayrancı, s. 89; Oğuzman/Öz, s. 525; Duman, s. 1002; Yıldız, Temerrüt, s. 124; Yargıtay 12. HD, 24.12.2009 T. 2009/17661 E., 2009/26276 K. (Arslan/Kırmızı, s. 136).

³⁵⁶ Yıldız, Temerrüt, s. 127-129; Barlas, s. 156-158.

uğradığı zararın temerrüt faizini aşan kısmı olarak ifade edilebilir³⁵⁷. Yargıtay tarafından aşkın zarar, “*asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden zarar*” olarak tanımlanmıştır³⁵⁸.

Para borçlarında, borçlunun temerrüdüne bağlı olarak alacaklının uğradığı zarar ilke olarak temerrüt faizi ile telafi edilir. Ancak alacaklının katlandığı zarar temerrüt faizini aşabilir. Bu durum dikkate alınarak alacaklının temerrüt faizini aşan zararının da telafi edilmesi amacıyla aşkın zarar müessesesi öngörülmüştür³⁵⁹. *Ayrancı*’ya göre, alacaklının temerrüde bağlı olarak uğradığı zarar esasen tek çeşittir. Kanun koyucu tarafından, bu zararın bir kısmının götürü olarak kusur ve ispat şartı aranmaksızın temerrüt faizi ile karşılanması tercih edilmiş, kalan kısmı da aşkın zarar olarak adlandırılmıştır. Bu nedenle aşkın zarar niteliği itibarıyla alacaklının temerrüde bağlı olarak uğradığı asıl zarardır³⁶⁰.

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı paradır. Aşkın zarar, temerrüt faizi gibi sadece para borçlarında borçlunun temerrüdünde söz konusu olur. Öte yandan, KİSK, TS ve YİĞŞ’de aşkın zarara ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle olunca KİSK m. 36’da TBK’ya yapılan atıf uyarınca, KİSK’e tabi inşaat

³⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1134; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 707; Oğuzman/Öz, s. 530; Barlas, s. 177; Ayrancı, s. 115-118; Arslan/Kırmızı, s. 817; Öztürk/Gözütok, s. 679.

³⁵⁸ Yargıtay 15. HD, 25.04.2018 T. 2017/2736 E., 2018/1742 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:09.05.2021); Yargıtay 15. HD, 14.01.2015 T. 2014/1682 E., 2015/93 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:16.05.2021); Yargıtay 13. HD, 16.05.2002 T. 2001/10695 E., 2002/5690 K.; Yargıtay 11. HD, 09.06.2008 T. 2008/6405 E., 2008/75309 K.; Yargıtay 13. HD, 01.11.1999 T. 1999/9711 E., 1999/7773 K. (Arslan/Kırmızı, s. 819).

³⁵⁹ Barlas, s. 187; Kartal, Bilâl: “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)”, Yargıtay Dergisi, C.23, S.4, 1997, s. 506.

³⁶⁰ Ayrancı, s. 116; aynı yönde bkz. Kartal, s.508.

sözleşmelerinde yüklenicinin aşkın zararını isteyebileceği açıktır. Bu itibarla, çalışmamızın bu kısmında yüklenicinin aşkın zararı isteyebilme koşulları ile aşkın zararın hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

2. Yüklenicinin Aşkın Zararını İsteme Koşulları

Aşkın zarar istenilebilmesinin ön koşulu, idarenin para borcunda temerrüde düşmesidir. Bunun dışında yüklenicinin temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zararının bulunması, idarenin kusursuzluğunu kanıtlayamamış olması, idarenin para borcunda temerrüdü ile aşkın zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁶¹. Bu koşullardan, idarenin temerrüdü daha önce incelendiğinden, bu başlık kapsamında aşkın zarar için aranan diğer koşullar incelenmiştir.

a. Yüklenicinin Temerrüt Faizi ile Karşılanamayan Zararının Bulunması

Yüklenicinin aşkın zararı isteyebilmesinin en temel şartı, temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zararının bulunmasıdır. Temerrüt nedeniyle yüklenicinin uğradığı zarar, yüklenicinin mevcut mal varlığı ile temerrüt gerçekleşmeseydi sahip olacağı mal varlığı karşılaştırılarak bulunur. Bu anlamda aşkın zarar, olumlu zarar niteliğinde kabul edilmekte olup³⁶² bu nedenle fiili zarar ile yoksun kalınan kazanç da bu kapsamda talep edilebilir³⁶³.

³⁶¹ Barlas, s. 188-193; Ayrancı, s. 124-140; Arslan/Kırmızı; s. 827-840; Eren, Genel Hükümler, s. 1136; Dayınları, s 176-188; Öztürk/Gözütok, s. 680; Yargıtay 15. HD, 14.02.2017 T. 2016/4327 E., 2017/594 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 09.05.2021).

³⁶² Ayrancı, s. 143; Karadaş, s. 493; Önderi, Gökhan: “Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.2, 2013, s. 283.

³⁶³ Ayrancı, s. 115; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 713.

Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre aşkın zarar, hukuki niteliği itibarıyla maddi bir zarardır³⁶⁴. Ancak doktrinde Kılıçoğlu³⁶⁵ ve Domaniç³⁶⁶ manevi zararın da aşkın zarar kapsamında istenebileceği görüşündedir.

Aşkın zarar, idarenin temerrüde düştüğü andan (*borcun ne zaman muaccel olduğunun bir önemi bulunmamaktadır*) yükleniciye ödeme yaptığı ana kadar geçen süre zarfında meydana gelen zararın tamamını kapsar. Bu hesap sonucunda bulunan zarar, temerrüt faizi ile karşılanan zarardan fazla ise, fazla kısım, aşkın zarar olarak ifade edilir³⁶⁷. Aşkın zarar hesabı kapsamında, temerrüt faizi ile karşılanan kısmın tespitinde, yüklenicinin fiilen tahsil ettiği temerrüt faizi miktarı değil tahsil edilmesi gereken temerrüt faizi miktarının dikkate alınması gerekir. Daha açık bir anlatımla, yüklenici temerrüt faizi istememiş veya talep hakkını saklı tutmamış veyahut daha yüksek bir faiz oranı isteyebilecekken yasal faiz oranı üzerinden bir talepte bulunmuş ise, bu kısımlar için faiz talep etme hakkından vazgeçmiş olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kısımlara karşılık gelen tutarlar zarardan düşülerek aşkın zarar hesabı yapılmalıdır³⁶⁸.

Sözleşmede ifaya ekli cezai şart kararlaştırmışlarsa cezai şartın tutarı toplam zarar miktarından düşülmelidir³⁶⁹.

TBK m. 122’te, temerrüt faizinden farklı olarak zararın gideriminden bahsedilmiş olduğundan, sorumluluk hukukuna hâkim olan ilke gereğince yüklenicinin, temerrüt

³⁶⁴ Barlas, s. 190; Arslan/Kırmızı, s. 818; Öztürk/Gözütok, s. 680; Kartal, s. 507.

³⁶⁵ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 709.

³⁶⁶ Domaniç, Hayri: Faiz ile Karşılanamayan Zararların Giderilmesi Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, Ankara, 1998, s. 65.

³⁶⁷ Barlas, s. 188-191; Ayrancı, s. 141-143; Arslan/Kırmızı, s. 827-828; Duman, s. 1020; Altaş, Hüseyin: “Munzam Zararda İspat Sorunu”, AÜHFD, C.50, S.1, 2001, s. 122.

³⁶⁸ Öztürk/Gözütok, s. 681.

³⁶⁹ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 712; Barlas.223; Ayrancı, s.146; Domaniç, s.73; Kartal, s. 505.

faizini aşan zararının varlığını ve miktarını ispatlaması gerekir³⁷⁰. Aşkın zararın varlığı ve miktarının ispatında TBK m. 114'te haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere yapılan atıf uyarınca TBK m. 50-52'deki hükümler uygulanacaktır.

Öte yandan, faizi aşan zararın ne şekilde ispatlanacağı hususu gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında uzun yıllar tartışılmıştır. Doktrinde, baskın görüşe göre aşkın zararın varlığı ve miktarı somut olarak alacaklı tarafından ispatlanmalıdır. Alacaklı, uğradığı zararın temerrüt faizinden fazla olduğunu yüksek enflasyon, kur farkı, piyasadaki döviz fiyatlarının temerrüt faizinden fazla olduğu gibi genel nitelikli olguları ileri sürerek ispat yükünden kurtulamaz. Alacaklının geç ödemedi dolay bizzat katlandığı zararları somut vakıalar ve belgeler ile ispat etmesi gerekir³⁷¹. Buna karşın doktrinde bir kısım yazarlara göre, enflasyona bağlı olarak paranın değer kaybı halinde aşkın zararın varlığı karine olarak kabul edilmelidir³⁷².

Yargıtay 15. HD uzun yıllar boyunca verdiği kararlarda, aşkın zararın soyut olgular ile değil somut deliller ile ispatlanması gerektiğini belirtmiştir³⁷³. Yine Yargıtay 15. HD, KİSK'e tabi bir inşaat sözleşmesine ilişkin kararında hakediş alacaklarının teminat amacıyla bankaya temlik edilerek alınan kredi için ödenen masrafların aşkın zarar

³⁷⁰ Ayrancı, s. 142 vd. ; Önderi, s. 283; Öztürk/Gözütok, s. 680.

³⁷¹ Eren, s. 1134-1135; Öztürk/Gözütok, s. 682-684; Arslan/Kırmızı, s. 840 vd. ; Altaş, s. 126

³⁷² Barlas, s. 210-219; Kartal, s. 512. Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 725.

³⁷³Yargıtay 15. HD, 11.2.2008 T., ,2006/5953 E., 2008/780 K.; Yargıtay 15. HD, 17.9.2014 T., 2014/17 E., 2014/5253 K.; Yargıtay 15. HD, 2.7.2015 T., , 2014/4563 E., 2015/3899 K.; Yargıtay 15. HD, 12.5.2016 T., 2016/1049 E., 2016/2737 K. “... Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz.. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemedi dolay zarar gördüğü keyfiyetidir. Yargıtay 15. HD, 26.10.2016 T. 2016/3742 E. 2016/4383 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 21.05.2021).

kapsamında talep edilebileceğine hükmetmiştir³⁷⁴.

Öte yandan, Yargıtay HGK bazı kararlarında aşkın zararın somut olarak kanıtlanması gerektiğini belirtmekteyken³⁷⁵, bazı kararlarında ise aşkın zararın enflasyon ve para değerindeki düşüş gibi genel olgular ile ispat edilebileceğini belirtmiştir³⁷⁶.

Uygulamadaki görüş aykırılıkları YİBGK'nin gündemine gelmiş, Büyük Genel Kurul, enflasyondan ve paranın değer kaybından kaynaklı görüş farklılıklarına ilişkin içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir³⁷⁷.

Bu süreçte, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla yapılan bir başvuru üzerine Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir kararda³⁷⁸ “...81. Sonuç olarak, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklendiği kanaatine varılmıştır. Bu tespiti rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu değerlendirilmiştir...” gerekçesine yer verilerek, alacağın enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine

³⁷⁴ Yargıtay 15. HD, 14.02.2017 T., 2016/4327 E., 2017/594 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 21.05.2021).

³⁷⁵ Yargıtay HGK, 31.07.2007 T. 2007/11-668 E., 2007/798 K.; Yargıtay HGK 21.06.2006 T., 2006/353 E., 2006/462 K. ; Yargıtay HGK, 15.11.2000 T. 2000/5-1637 E., 2000/1692 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:21.05.2021).

³⁷⁶ Yargıtay HGK 13.06.2012 T., 2011/18-730 E. , 2012/373 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 21.05.2021).

³⁷⁷ Yargıtay İBGK, 08.10.1999 T., 1997/2 E., 1999/1 K. www.kazanci.com (ET.:30.10.2021).

³⁷⁸ 21.12.2017 tarihli ve 2014/2267 başvuru numaralı karar, 25.01.2018 tarihli RG’de yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180125-15.pdf> (ET: 22.05.2021).

karar verilmiş ve ihlalin ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında Yargıtay 15. HD tarafından verilen kararlar incelendiğinde, Daire tarafından Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda içtihat değişikliğine gidilerek, aşkın zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçildiği, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması, Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı gözönünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizinden fazla olması halinde aşkın zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi³⁷⁹ gerektiğinin benimsendiği görülmektedir.³⁸⁰

Yukarıda yer verilen yargı içtihatlar çerçevesinde, yüklenicinin hakediş alacaklarını zamanında alamaması nedeniyle uğradığı zararın temerrüt faizinden fazla

³⁷⁹ Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı ile bu karar sonrasında alınan Yargıtay 15. HD kararları karşısında doktrinde, aşkın zarar kalemleri arasında belirtilen; paranın alım gücünün azalması nedeniyle oluşan zararlar, döviz kurlarının değişikliği nedeniyle oluşan zararlar, kaçırılan anapara faizinden kaynaklı zararlar ile diğer yatırım araçlarının getirilerinden mahrum kalınması nedeniyle ortaya çıkan zararların ne şekilde kanıtlanabileceğine ilişkin tartışmalara girilmesine gerek görülmemiştir. Ayrıntılar için bkz. Ayrancı, s. 150 vd.; Barlas, s. 204 vd.

³⁸⁰ Yargıtay 15. HD, 06.12.2018 T., 2018/3765 E., 2018/4907 K.; Yargıtay 15. HD, 28.11.2018 T., 2018/3499 E., 2018/4739 K. ; Yargıtay 15. HD, 25.04.2018 T. 2017/2736 E. , 2018/1742 K. *“..Dairemizin, uzun süreden beri yerleşik uygulaması ve kararlarında munzam zararın davacı tarafından somut olarak ispatlanması kabul edilmekle birlikte gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkının hukukta korunması görüşü benimsenerek kararların bu yönde oluşması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı da gözönüne alındığında, genel ispat kuralından ayrılarak, enflasyon baskısı sürdüğü sürece maruf ve meşhur vakıa niteliğinde kabul edilerek alacaklının BK'nın 105/1. maddesi anlatımında munzam zararının varlığını kanıtlama zorunluluğundan vazgeçilmek zorunda kalınmıştır...”* <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 21.05.2021).

olduğunu somut deliller ile ispatlamasına gerek bulunmamaktadır. Temerrüt dönemindeki “enflasyon oranı, mevduat ve devlet tahvillerine uygulanan faiz oranları, döviz kurları ve diğer yatırım araçlarının” getirilerinin temerrüt faizinden fazla olması halinde, yüklenicinin aşkın zararın varlığını somut olarak kanıtlamasına gerek kalmaksızın, fazla olan kısmın aşkın zarar kapsamında talep etmesi mümkündür.

Paranın değer kaybı veya paranın getirisinden mahrum kalma dışında da yüklenici değişik şekillerde zarara uğrayabilir. KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinin konusu büyük inşaat yapıları olup bu işlerde başta alt yükleniciler olmak üzere birden fazla kişi ile sözleşmeler akdedilmektedir. Yüklenicinin hakediş alacağını alamadığı durumlarda bu kişilere ödemek zorunda kaldığı ceza, tazminat vb .giderleri de, ispat etmesi kaydıyla, aşkın zarar kapsamında talep etmesi mümkündür³⁸¹.

Aşkın zarar kapsamında istenebilecek diğer zarar kalemler ise, alacağın elde edilebilmesi için yapılacak masraflardır. Bu kapsamda yüklenici tarafından yapılmışsa noter aracılığıyla çekilen ihtar gideri, yargılamada giderleri ve icra giderleri gibi alacağa kavuşmak amacıyla yapılan giderler de aşkın zarar kalemi olarak talep edilebilir³⁸².

b. İdarenin Kusursuzluğunu Kanıtlamamış Olması

Yüklenicinin aşkın zararını isteyebilmesinin bir diğer koşulu, idarenin kusursuzluğunu kanıtlamamış olmasıdır. TBK m. 122/I’de “ *...borçlu hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe ... bu zararı gidermekle yükümlüdür..* ” denilerek zararın giderimi için borçlunun (somut olayda idarenin) kusurlu olma şartı aranmıştır. Aşkın zarar ile temerrüt faizi arasındaki en önemli farklardan biri de budur. Gerçekten de, temerrüt faizinde idarenin temerrüde düşmede kusurunun bulunup bulunmadığının hiçbir

³⁸¹ Ayrancı, s. 151; Barlas, s. 202 – 203.

³⁸² Barlas, s. 202; Ayrancı, s. 190-200; Kartal, s. 509.

önemi yoktur. Maddede geçen kusur, temerrüde düşmedeki kusur olup, ayrıca zararın doğmasına yol açan bir kusurunun bulunup bulunmadığı aranmaz³⁸³.

TBK m. 122'deki hükme göre idare her türlü kusurundan sorumludur. İdarenin kusurunun derecesinin önemi yoktur. İdare hafif ihmali nedeniyle temerrüde düşse bile aşkın zarardan sorumludur. Aşkın zararın tazmininde, yüklenici tarafından idarenin kusurunun bulunduğunu değil, idarenin kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekir. Haksız fiil sorumluluğunda zararın görenin karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekirken, burada ispat yükü tersine çevrilmiştir³⁸⁴. İdarenin kusursuzluğunun ispatına ilişkin kural, TBK m. 112'deki “...borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” şeklinde hükmün özel görünümü nitelindedir³⁸⁵.

İdarenin temerrüde düşmede hiçbir kusuru bulunmadığını kanıtlaması halinde sadece temerrüt faizinden sorumlu olur. İdare temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu her türlü delille kanıtlayabilir³⁸⁶. Bu anlamda beklenmeyen hal veya mücbir sebep teşkil eden bir olay nedeniyle temerrüde düştüğünü ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir³⁸⁷.

Öte yandan, KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri bakımından uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan biri, Hazine ve Maliye Bakanlığının ödenekleri serbest bırakmamasıdır. Ödenekler zamanında serbest bırakılmadığından, idarelerin hakedişleri

³⁸³ Ayrancı, s. 124-125; Barlas, s. 193; Altaş, s. 123; Arslan/Kırmızı, s. 830; Kartal, s. 508.

³⁸⁴ Ayrancı, s. 128 - 129; Kartal, s. 508.

³⁸⁵ Barlas, s. 194; Ayrancı, s. 125; Altaş, s. 123; Arslan/Kırmızı, s. 830; “...munzam zarar sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olması nedeniyle somut olayda öncelikle, davalının temerrüde düşmekte kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir...” Yargıtay HGK 28.11.2012 T. 2012/418 E., 2012/874 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 09.05.2021).

³⁸⁶ Kartal, s. 509.

³⁸⁷ Barlas, s. 194; Ayrancı, s. 130-132; Arslan/Kırmızı, s. 834-835.

zamanında ödeyememesi gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda idarenin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, bütçeden harcama yapabilmek için Hazine ve Maliye Bakanlığınca ödeneklerin serbest bırakılması şeklindeki uygulama, KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı olan idarelerden sadece 5018 sayılı Kanun’da tanımlanan genel ve özel bütçeli idareler açısından söz konusudur. Diğer idareler³⁸⁸ açısından böyle bir uygulama bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir sorun sadece genel ve özel bütçeli idareler açısından tartışılabilir. KİK m. 5’te yer verilen temel ilkeye göre ödeneği olmayan hiçbir için ihaleye çıkılamaz. Yine KİSK m. 62’ye göre “ihaleye çıkılırken yıllar itibarıyla ödeneğin bütçede bulunmasını sağlamak üzere bütçede programlamanın yapılmış olması zorunludur”. Aynı maddenin devamındaki hükme göre “ilk yıl için öngörülen ödenek proje maliyetinin %10’undan az olamaz³⁸⁹ ve ihaleye çıkılırken sonraki yıllar için belirlenen ödenek sonraki yıllarda azaltılamaz.” KİK’te yer alan söz konusu hükümler karşısında, genel ve özel bütçeli idareler açısından da ödeneklerin serbest bırakılmamasının hakedişlerin zamanında ödenmemesi için haklı bir gerekçe oluşturmayacağını değerlendirilmekteyiz. Kaldı ki, ödeneğin serbest bırakılmaması şeklindeki olgunun sözleşmede idarenin hakimiyet alanında gelişen bir durum olduğu, bu itibarla ödeneklerin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından serbest bırakılmamasının idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz.

³⁸⁸ Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar, Özerk Bütçeli Kurum ve Kuruluşlar (KİT’ler, BİT’ler), Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Sosyal Güvenlik Kurumları.

³⁸⁹ İlk yıl için öngörülen ödeneğin proje maliyetinin %10’undan az olamayacağına ilişkin kural, merkezî yönetim bütçe kanununda belirlenen stratejik öneme sahip yatırımlar veya projeler için aranmayabilir (KİK m. 62/a).

c. İdarenin Para Borcunu Ödemede Temerrüdü ile Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması

İdarenin aşkın zarardan sorumlu tutulabilmesi için bulunması için idarenin para borcunu ödemede temerrüdü ile yüklenicinin zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır³⁹⁰. Sorumluluk hukukunda illiyet bağı, fiil ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi olarak ifade edilir³⁹¹. İlliyet bağına ilişkin başlıca iki teori bulunmakta olup, bunlar mantiki (şart) illiyet³⁹² ve uygun illiyet bağı teorileridir. Uygun illiyet bağı teorisine göre, zararın doğumuna yol açan fiil belirlenirken, genel hayat tecrübelerine ve olayların akışına göre fiilin bu sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı değerlendirilir. Mantiki illiyet bağından farklı olarak uygun illiyet bağında, sonucu meydana getiren olmazsa olmaz fiiller tespit edildikten sonra bunlar arasında en uygun olanı ile illiyet bağı kurulur³⁹³. Önemle belirtelim ki, idare, geç ödeme niteliğindeki fiili ile mantiki bağ kurulabilen her türlü zarardan sorumlu olmayıp, yalnızca uygun illiyet bağı kurulabilen zararlardan sorumludur. Yüklenici, uğradığı zararın idarenin temerrüdünden kaynaklandığını ve temerrüt ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu

³⁹⁰ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 715; Altaş, s. 123; Arslan/Kırmızı, s. 835; Barlas, s. 192; Ayrancı, s. 138-139; Kartal, s. 508; Duman, s. 1012; Önderi, s. 283.

³⁹¹ Eren, Genel Hükümler, s. 563 vd.; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 306 vd.

³⁹² Mantiki illiyet bağı teorisinde, zararın doğmasına neden olan ve olmaz ise olmaz denilen her türlü fiil zarar ile sebep sonuç ilişkisi içindedir. Bu teoriye göre bir olayın gerçekleşmesi, bu olayı meydana getiren diğer olayların varlığına bağlıdır. Bu şartlardan birinin gerçekleşmez ise olay meydana gelmez. Sonuç olayın meydana gelmesine neden olan bütün olaylar eşit derece sonuç üzerinde etkilidir. Sonucun meydana gelmesine etki eden herhangi bir olayı meydana getiren kişi zarara neden olan sonuçtan sorumlu tutulmaktadır. Bu teori sorumluluğu olağanüstü derecede genişlettiği için, uygun illiyet bağı teorisi ortaya çıkmıştır (Eren, Genel Hükümler, s. 563-565; Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, 2020, s. 45 (Kısaltma: Oğuzman/Öz, C.II); Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.307).

³⁹³ Eren, Genel Hükümler, s. 566-568; Oğuzman, Kemal/Öz, C.II, s. 45-48; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.307.

kanıtlanmalıdır³⁹⁴.

Uygun illiyet bağının varlığının tespiti ve takdiri hakim tarafından hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübeleri dikkate alınarak yapılır³⁹⁵. İdarenin temerrüdünün sonucu olarak ortaya çıkmayan, bu anlamda başka nedenlerden kaynaklanan zararlar aşkın zarar kapsamında talep edilemez³⁹⁶. Nitekim, Yargıtay 15. HD tarafından verilen bir karara konu olan bir olayda³⁹⁷ hakediş alacağını zamanında alamayan bir yüklenici tarafından, hakediş tutarı kadar kullanılan kredilerin faiz ve masraflarının temerrüt faizini aşan kısmı aşkın zarar kapsamında talep edilmiştir. Yargıtay tarafından, bir ticari şirket olan davacının her zaman ticari işi sebebiyle kredi kullanabileceği, dolayısıyla kullanılan kredi ile idarenin temerrüdü arasında illiyet bağının bulunmadığı ifade edilmiştir.

3. Aşkın Zararın Hüküm ve Sonuçları

Yüklenicinin, idarenin para borcunu ödemedede temerrüdü dolayısıyla aşkın zararın varlığını ve miktarını yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde kanıtlaması durumunda, yüklenicinin bu zararının giderilmesini talep etmesi koşuluyla, idarenin bu zararı giderim yükümlülüğü ortaya çıkar. Ancak, belirlenen aşkın zarar miktarı, bu kapsamda istenebilecek tazminatın üst sınırını oluşturur. İlke olarak zararın tamamının giderilmesi gerekse de idarenin kusurunun derecesi (TBK m. 51), yüklenicinin rızası ve tarafların ortak

³⁹⁴ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 715; Altaş, s. 123; Arslan/Kırmızı, s. 835; Barlas, s. 192; Ayrancı, s. 138-139; Önderi, s. 283.

³⁹⁵ Barlas, s. 192; Ayrancı, s. 138; Kartal, s. 508.

³⁹⁶ Arslan/Kırmızı, s. 835.

³⁹⁷ Yargıtay 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 21.05.2021).

kusuru gibi tazminattan indirim nedenleri varsa daha düşük bir tazminata da hükmedilebilir (TBK m.52)³⁹⁸.

Yüklenici aşkın zararını, hakediş alacağı ile temerrüt faizini almak için açtığı davada talep edebileceği gibi aşkın zararın giderimi için ayrı bir davayla ya da takiple de talep edebilir³⁹⁹. Ayrıca bu zarar, hakediş alacağı ile bu alacağın fer'i niteliğindeki temerrüt faizinden farklı, bağımsız bir borç olduğundan, yüklenicinin hakediş alacaklarını tahsil ederken, aşkın zararın saklı tutulduğunu belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Yüklenicinin aşkın zararını, TBK m. 131'de öngörülen çekincenin ileri sürülmesine gerek kalmaksızın ayrı bir davayla talep edebilmesi mümkündür⁴⁰⁰.

Son olarak TBK md.122/II'de yer verilen aşkın zararın talebine ilişkin ayrıkısı düzenlemeye değinmek gerekir. Söz konusu düzenleme *“Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder.”* şeklindedir. Hükme göre, yüklenicinin talebi halinde hakim hakediş alacağına ilişkin davada karar verirken bu davada aşkın zarara ilişkin de karara hükmedebilir. *Kılıçoğlu*'na göre, söz konusu kanun hükmü ile, aşkın zarar belirlenirken temerrüde düşülen tarih ya da davanın açıldığı tarih yerine daha ileri bir tarih olan fiili ödeme tarihinin dikkate alınarak tazminat miktarının belirlenmesine imkan tanınması amaçlanmıştır. Bu düzenleme ile yüklenici aşkın zarar için yeni bir dava açma külfetinden kurtulmuş olmaktadır⁴⁰¹.

³⁹⁸ Ayrancı, s. 225 vd.; Barlas, s. 219; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 730.

³⁹⁹ Barlas, s. 223; Kartal, s. 513; Doğan, Öykü: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Para Borçlarında Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 108.

⁴⁰⁰ Arslan/Kırmızı, s. 818-823; Barlas, s.219 - 220; Ayrancı, s. 143; Yargıtay HGK 28.11.2012 T. 2012/418E., 2012/874 K. [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/(ET:09.05.2021)) (ET:09.05.2021).

⁴⁰¹ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 730-731.

D. Yüklenicinin Süre Uzatımı İsteme Hakkı

1. Süre Uzatımı İsteme

KİSK’e tabi sözleşmelerde süre uzatımı isteme hakkı, idareden kaynaklı nedenlerle işe devam edemeyen yüklenicinin isteyebileceği bir haktır⁴⁰². Yükleniciye süre uzatımı verildiği takdirde, uzatılan süreyi karşılayacak şekilde fiyat farkı ödemesi yapılmaktadır⁴⁰³. Ayrıca eserin teslim tarihi de uzatılacak süre kadar ertelenmektedir. Bu itibarla, süre uzatımının yükleniciye sağladığı söz konusu avantajlar dikkate alınarak, bu başlık kapsamında idarenin geçici hakedişleri ödemede temerrüdünün yükleniciye süre uzatımı isteme hakkı verip vermeyeceği incelenmiştir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki süre uzatımı, borçlunun temerrüdünün genel bir sonucu değildir. YİĞŞ’de düzenlenen bir kurumdur. Konuya ilişkin olarak, YİĞŞ m.29/IV’te yer alan düzenlemeye göre “İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır.”.

Söz konusu düzenlemede, geçici hakedişlerin geç ödenmesinin doğrudan süre

⁴⁰² KİSK’te mücbir sebepler nedeniyle de yüklenicinin süre uzatımı isteme hakkı bulunmaktadır.

⁴⁰³ TS m. 14.2’ye bağlı 16 numaralı dipnotta “...Ancak, mücbir sebepler veya idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esaslar dikkate alınarak fiyat farkı hesaplanacaktır.” düzenlemesi yer almaktadır.

uzatımı hakkı doğuracağı ifade edilmemektedir. Maddede, “ödenek yetersizliği gibi” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin geçici hakedişlerin ödenmesini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. YİĞŞ’nin ilgili maddesinde idareden kaynaklı olarak süre uzatımı verilebilmesi için söz konusu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması koşulları aranmaktadır.

KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, iş programına uygun olarak ilerleyebilmesi için belli bir tempoda çalışması gerekir. Yüklenicinin, iş programına uygun bir çalışma temposu tutturması zorunludur (YİĞŞ m. 17/VI).

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olan ve TBK m. 479’dan farklı olarak işsahibi idarenin bedel ödeme borcunun teslim ile değil kural olarak aylık olarak hakedişler ile yerine getirileceğine yönelik düzenlemelere yer verilen KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, geçici hakedişlerin ödenmesi ile iş programı ve yapılacak imalatlar arasında döngüsel bir ilişkinin bulunduğu tartışmasızdır. KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde her ne kadar yüklenicinin edimini önce ifa etmesi gerekse de, bu gereklilik işin bütününe yaygın değildir. YİĞŞ ve TS’de yer teslimi yapıldıktan sonra işe başlanacağı, uygulama ayında yapılan imalatların sonraki ayın ilk beş iş günü içinde hakedişe bağlanacağı, hakedişlerin yüklenici veya vekili tarafından imzalanıp idareye verildiği tarihten sonra kural olarak en geç yetmiş beş gün sonra ödeneceği düzenlenmiştir. Buna göre yüklenicinin işe başladıktan sonra kural olarak ilk geçici hakedişi alacağı tarihe kadar kendi imkânları ile çalışması gerekmektedir. Ancak bu süre geçmesine rağmen, geçici hakediş alacağı ödenmediği bir durumda, yüklenicinin yine de iş programına uygun olarak edimini yerine getirmesini beklemenin, KİSK’e hakim olan tarafların eşitliği ilkesine, sözleşmedeki hak ve menfaat dengesine ve hakkaniyete aykırı olacağını değerlendirmekteyiz.

Bu çerçevede geçici hakedişlerin geç ödenmesinin, yüklenicinin performansına

etkisi oranında YİĞŞ m. 29/IV kapsamında yükleniciye süre uzatımı isteme hakkı vereceği kanaatindeyiz⁴⁰⁴. Nitekim doktrinde, *Seçer*⁴⁰⁵ tarafından ara ödemelerin zamanında yapılmamasının inşaatı teslim süresinin uzamasına neden olacağı belirtilmektedir. Benzer şekilde *Ayan*⁴⁰⁶ da, geçici hakedişini zamanında almayan yüklenicinin işi yavaşlatılabileceği görüşündedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, süre uzatımı, yüklenicinin işi yavaşlatmasına imkân tanıyan bir müessese olarak kabul edilmektedir.

Ancak Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından verilen bir kararda, hakedişlerin geç ödenmesinin yükleniciye süre uzatımı hakkı vermediği, bu durumda yüklenicinin sadece TBK'ya göre gecikme faizi talep hakkının bulunduğu ifade edilmiştir⁴⁰⁷. Bu karara katılmamız mümkün değildir. Zira, geçici hakedişlerin zamanında ödenmemesinin yüklenicinin performansını olumsuz şekilde etkileyeceği muhakkaktır. Geçici hakedişlerin ödenmesinde temerrüt durumunda oluşan ekonomik kayıplar temerrüt faizi ve varsa aşkın zararın talep edilmesi ile karşılanması mümkünse de, zamansal kayıpların bu yolla telafi edilmesi mümkün değildir. Şöyle ki, zamanında hakedişini alamayan ve bu nedenle örneğin işte çalıştırdığı işçilerinin maaşını ödemeyen veya alt yüklenicilerin alacaklarını zamanında ödemeyen bir yüklenicinin, işçilerin veya alt yüklenicilerin çalışmamasına bağlı olarak işinin aksamış olması muhtemeldir. Bu aksamanın telafisi yalnızca süre uzatımı ile mümkün olabilir. Bu nedenle, geçici hakedişin geç ödenmesinin işin zamanında yapılmasına etki edebilecek nitelikte bir husus olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan, belirtilmelidir ki, idarenin geçici hakedişi ödemede temerrüdü

⁴⁰⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Şimşek, s. 207; Gök, s.252-260.

⁴⁰⁵ Seçer, s. 513-514.

⁴⁰⁶ Ayan, İnşaat, s. 119.

⁴⁰⁷ Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 06.06.2000 tarihli ve 24779 tutanak sayılı kararı (Gök, s. 256'dan naklen)

halinde, yüklenicinin temerrüt faizi ve aşkın zararı talep etmesi, işin süresinin uzatılmasını talep etmesine engel değildir. Daha açık bir ifadeyle, temerrüt faizi ile aşkın zarar talep hakkı, süre uzatımı hakkını ikame eden ya da bunu dışlayan hak değildir. Aksine, süre uzatımı isteme hakkı, geçici hakedişlerin geç ödenmesine bağlı olarak talep edilebilen temerrüt faizi ile aşkın zarar haklarına eklenen üçüncü bir hak olarak kabul edilmelidir.

Nitekim, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yayımlanan 29.06.2011 tarihli ve B.09.0YIG.0.14.02.00 3901 sayılı “Süre Uzatımı ve Ödenek Aktarma İşlemlerinde Dikkat Edilecek Hususlar” konulu Genelge’de⁴⁰⁸ hakedişlerin geç ödenmesinin yükleniciye süre uzatımı isteme hakkı vereceği belirtilmiştir. Benzer şekilde doktrinde Gök⁴⁰⁹ ve Şimşek⁴¹⁰ tarafından, geçici hakedişleri geç ödemenin taahhüde engel nitelikte olduğu, bu durumun yüklenici için ilave süre verilmesini gerektirir bir sebep olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁰⁸ “...Hakediş ödemelerindeki gecikmelerden dolayı işte bir gecikme olması durumunda, hakediş ödemelerindeki gecikmenin işe etki derecesi göz önünde bulundurularak gecikmeye tekabül eden ilave süre; hakedişin ödemesinin gecikmeye başladığı tarihte (kırkbeşinci günden bir sonraki gün) idare ve yüklenicinin hazır olduğu halde şantiye mahallinde yapılacak durum tespit tutanağı ile hakedişin tahakkuka bağlandığı gün yapılacak durum tespiti arasında sözleşme fiyatları ile yapılan imalatlar tutarının günlük harcama tutarına bölünmesi ile ortaya çıkan gün sayısının toplam gecikmiş gün (kırkbeşinci günden sonra hakedişin ödendiği güne kadar geçen süre)⁴⁰⁸ sayısından çıkarılması ile elde edilir. Bulunan süre uzatımı bir üst tamsayıya yuvarlanacaktır...” açıklamasına yer verilmiştir. Söz konusu Genelge’de hakediş ödemelerin gecikmeye başladığı süreye ilişkin olarak 45 günlük bir süreden bahsedilmişse de, 2019 yılında (08.08.2019 tarihli ve 30856 sayılı RG’de yayımlanmıştır) YİGŞ’de yapılan değişiklikle 45 günlük süre 75 güne çıkarılmış olup, bu durumda gecikmenin yüklenicinin idareye yazılı başvurusundan başlayarak 75’inci günden sonra başlayacağı kabul edilmelidir. https://webdosya.csb.gov.tr/db/yapiisleri/editordosya/sure_uzatimi_genelge.pdf (ET: 17.04.2021).

⁴⁰⁹ Gök, s.252 - 260.

⁴¹⁰ Şimşek, s. 207.

2. Süre Uzatımı İsteminin Hukuki Niteliği

Doktrinde, inşaat sözleşmelerinde, şartların bulunması halinde inşaatı teslim süresinin kendiliğinden uzayacağı, yüklenicinin süre uzatımı istemiyle işsahibine başvuruda bulunmasına veya onun onayını almasına gerek bulunmadığı kabul edilmektedir⁴¹¹. Ancak KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin süre uzatımı istemli başvurularının idareye yazılı olarak yapılması ve idarenin onayının alınması gerekmektedir (KİSK m. 10, YİĞŞ m. 29/VII). KİSK m. 10'da yer alan hükme göre, yüklenici tarafından mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı isteminde bulunulduğu takdirde, bu başvuru mücbir sebep hali teşkil eden olayın meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde idareye yazılı olarak yapılmalıdır. Zamanında yapılmayan yazılı bildirimler dikkate alınmaz ve yüklenici bu süreyi geçirdikten sonra süre uzatımı talebinde bulunamaz (YİĞŞ m 29/VIII). YİĞŞ'de yer alan söz konusu düzenlemelere göre mücbir sebep nedeniyle yapılacak başvurularda yirmi günlük bir hak düşürücü süre söz konusudur. Ancak mücbir sebep hallerinden kaynaklanan süre uzatımı istemlerinden farklı olarak, idareden kaynaklı nedenlere dayanan süre uzatımı istemlerinde, yirmi gün içinde idareye başvuru şartı aranmamaktadır (YİĞŞ m. 29/VII)⁴¹². Diğer bir anlatımla, süre uzatımı isteminin gerekçesi idareden kaynaklanan bir nedene dayanıyorsa, bu durumda yapılacak başvuru mücbir sebep başvurularında öngörülen yirmi günlük hak düşürücü süreye tabi değildir.

İdarenin geçici hakedişleri ödemede temerrüdü, yükleniciye süre uzatımı isteme hakkı verdiğini yukarıda belirtmiştik⁴¹³. Geçici hakedişlerin geç ödenmesi idareden kaynaklı bir neden olduğundan, bundan kaynaklı olarak yapılacak süre uzatım istemleri

⁴¹¹ Ayan, İnşaat, s. 105.

⁴¹² Gökyayla, s. 334.

⁴¹³ Ayrıntılar için bkz. "İkinci Bölüm, IV., D. Yüklenicinin Süre Uzatımı İsteme Hakkı".

idareye yazılı olarak yapılması gerekmekle birlikte, bu başvurular herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir.

Bu noktada, idareden kaynaklı nedenlerle yapılacak süre uzatımı istemli başvuruların hak düşürücü süreye tabi olmamasının bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek bir durum olan geç ödemenin meydana geldiği tarihten uzun bir süre sonra yapılacak başvuruların durumu üzerinde ayrıca durulmadır. Kanaatimizce, geçici hakedişin geç ödenmesinden kaynaklı süre uzatımı istemlerinin, geç ödemenin vuku bulduğu tarihten uzun bir süre sonra yapılması, bu başvuruların değerlendirilmeksizin doğrudan reddedilmesini gerektirmez. Böyle bir durumda, geç ödemenin yüklenicinin performansı üzerindeki etkisinin tespit edilebilmesi mümkündür. Geçici hakediş zamanında ödenmemesine rağmen yüklenici yapım işini, iş programına uygun olarak yürütmüşse, hakedişin zamanında ödenmemesinin yüklenicinin performansına bir etkisinin olmadığı sonucuna varılarak yüklenicinin süre uzatımı istemi reddedilmelidir. Buna karşın, geçici hakedişlerin zamanında ödenmediği ve yüklenicinin iş programına göre ilerleyemediği durumda ise, aksi idarece kanıtlanmadıkça, karine olarak geç ödemenin yüklenicinin performansını etkilediği kabul edilmeli ve yüklenicinin süre uzatımı istemi kabul edilmelidir.

3. Uzatılacak Sürenin Hesabı

Hakedişlerin geç ödenmesinden kaynaklı olarak süre uzatımı verilmesi durumunda verilecek sürenin uzunluğu üzerinde ayrıca durulmalıdır. YİĞŞ m. 29/IV'te gecikilen süre kadar süre uzatımı verileceği belirtilmiş ancak gecikilen sürenin hesabına ilişkin bir yöntem yer verilmemiştir. Hakedişin geç ödenmesinin işe etki derecesi göz önünde bulundurularak uzatılacak sürenin belirlenmesi gerekmektedir. Uygulamada Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yayımlanan ve yukarıda yer verilen Genelge'de belirtilen yöntem doğrultusunda hesaplama yapılmaktadır.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın bahse konu Genelge'sinde belirtilen yöntem incelendiğinde, geçici hakedişin ödenmesi gereken tarih ile fiilen ödendiği tarih arasında yapılan imalatlar ile aynı dönem iş programına göre yapılması gereken imalatlar karşılaştırılarak aradaki fark bulunmaktadır. Bu farkın iş programına göre karşılık geldiği süre, gecikilen süre olarak tespit edilmekte bu süre kadar süre uzatımı verilmektedir. Kanaatimizce bu şekilde bir yöntem her zaman doğru sonuç vermez. Verilecek sürenin, gecikilen hakediş tutarı, gecikilen süre vb. kriterler dikkate alınarak somut olayın koşullarına göre objektif olarak yüklenicinin performansına etki derecesi dikkate alınarak hesaplanmalıdır.

E. Yüklenicinin İşi Durdurma Hakkı

KİSK'te veya TS ve YİĞŞ'de hakedişin geç ödenmesi nedeniyle yüklenicinin işi durdurabilmesine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu itibarla KİSK m. 36 gereğince, yüklenicinin böyle bir hakkının bulunup bulunmadığı hususunun genel hükümler çerçevesinde ele alınması gerekir. Her şeyden önce hemen belirtelim ki, yüklenicinin işi durdurma hakkı, borçlunun temerrüdünün genel sonuçlarından değildir. Ancak geçici hakedişlerin muaccel olmasına rağmen idare tarafından ödeme yapılamaması durumunda yüklenicinin başvurabileceği bir haktır⁴¹⁴.

Yüklenicinin işi durdurabilmesinin yasal dayanağı, TBK m.97'de düzenleme altına alınan ödemelik def'idir. Anılan madde uyarınca, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Ödemelik def'i karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde,

⁴¹⁴ Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri, s. 241; Baygın, s. 212; Duman, s. 965; Kostakoğlu, s. 221; Karadaş, s. 333; Gönen, s. 261; Seçer, s. 514 vd.

taflardan birinin karşı bir hakka dayanarak ifadan kaçınma hakkı olarak ifade edilir⁴¹⁵.

Ödemezlik def'iinde bulunulabilmesi için edimler arasında bir değişim ilişkisi bulunmalı, karşılıklı edimler mevcut ve muaccel olmalı, ifa talebinde bulunan tarafın edimini öncelikle ifa yükümlülüğü bulunmamalıdır⁴¹⁶. Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre ödemezlik def'i bir itiraz olmayıp geciktirici bir def'idir. Dava sürecinde ilgili tarafça ileri sürülmezse hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınamaz⁴¹⁷. Ödemezlik def'ine ilişkin kural emredici bir kural olmadığından aksi kararlaştırılabilir⁴¹⁸.

Ödemezlik def'inde bulunan taraf sözleşmeyle bağlıdır. Sadece karşı edim yerine getirilene kadar edimini yerine getirmekten kaçınacağını karşı tarafa beyan etmiş olur. Bu sayede ödemezlik def'inde bulunan taraf karşı tarafa edimini yerine getirmesi için baskıda bulunmuş olur. Ödemezlik def'inin aynı zamanda bir nevi teminat işlevi de bulunmaktadır⁴¹⁹. Def'i ileri sürüldükten sonra borçlu ifaya zorlanamaz ve alacaklının talep hakkı bir ölçüde engellenmiş olur⁴²⁰. Doktrindeki baskın görüşe göre def'inin ileri sürülmesi borçlunun temerrüdünü engeller⁴²¹.

Ödemezlik def'i, dava içinde veya dava dışında kullanılabilir. Dava içinde ödemezlik def'ini ileri sürme usul hukuku kurallarına tabi olup⁴²², dava dışında kullanıldığı takdirde def'inin tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması gerekir⁴²³. Söz

⁴¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1012; Oğuzman/Öz, s. 358; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.603; Akıncı, s. 213; Ödemezlik def'inin ayrıntıları için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1012 vd.; Kocağa, s. 221-222; Gönen, s. 261.

⁴¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1012; Oğuzman/Öz, s. 358; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.603.

⁴¹⁷ Öz, İnşaat, s. 91.

⁴¹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1013-1019; Duman, s. 965-967.

⁴¹⁹ Pekmez, Cüneyt: Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi) , İstanbul, 2018, s. 38-40.

⁴²⁰ Pekmez, s. 341.

⁴²¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1021; Pekmez, s. 35.

⁴²² Eren, Genel Hükümler, s.1021;Oğuzman/Öz, s. 368; Pekmez s. 335.

⁴²³ Eren, Genel Hükümler, s. 1021; Oğuzman/Öz, s.368.

konusu irade beyanı herhangi bir şekil şartına bağlı değilse de ispat bakımından yazılı şekilde yapılması önem arz eder.

Eser sözleşmelerinde olduğu gibi KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin edimini önce ifa etmesi gerekir. Ancak TBK m. 479'dan farklı olarak, işsahibinin bedel ödeme borcu eserin nihai teslimi ile değil, eserin yapımı sürecinde dönemsel olarak muaccel hale gelmektedir. Geçici hakedişler ile yapılan ödemeler yüklenici açısından kazanılmış hak teşkil etmese de, bu durum idare açısından geçici hakedişlerin ödenmemesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Süre uzatımı başlığı kapsamında da değinildiği üzere⁴²⁴ YİĞŞ'de, hakedişlerin ödenmesi ile iş programı ve yapılacak imalatlar arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Bu durum karşısında, geçici hakedişler ile yapılacak imalatlar arasında doğrudan bir mübadele ilişkisinin varlığı tartışmasızdır.

Doktrinde geçici hakedişlerin ödenmemesi durumunda yüklenicinin ödemezlik def'inde bulunarak işi yapmaktan kaçınabileceği, diğer bir ifadeyle işi durdurabileceği ifade edilmiştir⁴²⁵. Kanaatimizce, böyle bir durumda, yüklenicinin işi durdurma hakkı bulunmakta ise de, bu hak gelişigüzel kullanılamaz. Bu hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerekir⁴²⁶. Hakedişlerin geç ödenmesine bağlı olarak ortaya çıkan yük, süre uzatımı verilerek bir ölçüde giderildiğinden, yüklenicinin hakedişin geç ödendiği her durumda geç ödemeyi ileri sürerek işi durdurması, hakkın kötüye

⁴²⁴ Ayrıntılar için bkz. "İkinci Bölüm, IV., D. Yüklenicinin Süre Uzatımı İsteme Hakkı".

⁴²⁵ Öz, İnşaat s. 92; Tandoğan, s. 314; Kaplan, Endüstri Sözleşmeler, s.241; Baygın, s. 212; Duman, 965; Ayan, İnşaat, s. 103; Ergezen, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007, s. 141; Kocaağa, s. 221-222; Gönen, s. 263; Seçer, s. 514 vd.; Doktrinde Eren, doğrudan hakedişler ifadesini kullanmasa da, yüklenicinin TBK m. 97'ye göre iş sahibi bedel ödeyinceye kadar ödemezlik def'ini kullanarak işin yürütmesini durdurabileceğini belirtmektedir (Eren, Özel Hükümler, s. 691).

⁴²⁶ Ergezen, s. 141; Seçer, s. 515.

kullanılması anlamına gelebilir. Nitekim, ihale aşamasında çeşitli kriterler üzerinden isteklilerin (*yüklenici bunlar arasından seçilmektedir*) ekonomik ve mali anlamda yeterliliği ölçülerek, belli yeterlikleri sağlayan isteklilerin teklifleri geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla idarenin geçici hakedişi geciktirdiği her durumda doğrudan yüklenicinin işi durdurması, kamu alım sürecinin niteliği ve sistematığı ile bağdaşmaz⁴²⁷. Bu konuda Yargıtay tarafından “tahammül gücü” kriteri geliştirilmiş olup, Yüksek Mahkemece geliştirilen bu kritere göre yapılmayan ödemenin yüklenicinin tahammül gücünü aşmış olması halinde yüklenicinin işe devam etmesi beklenemez⁴²⁸.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın geliştirdiği tahammül gücü kriteri bu konuda başvurulabilecek bir ölçü niteliğindedir. İhale sürecinde aranılan yeterlik kriterleri ile hakedişlerin geç ödenmesi durumunda sözleşme kapsamında yükleniciye verilmesi gereken süre uzatımı ile birlikte değerlendirildiğinde, birden fazla geçici hakediş ödemesinin yapılmaması ve yapılamayan ödemelerin yüklenicinin tahammül gücünü aşması durumunda, yüklenicinin makul bir süre işi durdurabileceği kabul edilmelidir⁴²⁹. Böylece yüklenicinin iş durdurması idareden kaynaklı bir sebebe dayanacağından, işin durdurulduğu süre kadar süre uzatımı verilmesi gerekecektir.

V. YÜKLENİCİNİN TALEPLERİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

A. Genel Olarak

Zamanaşımı, kanunda belirtilen sürenin geçmesi ile alacaklının talep hakkına

⁴²⁷ Gönen, s. 263.

⁴²⁸ Yargıtay 15. HD, 25.1.2005 T. 2004/2914 E., 2005/159 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 25.04.2021); aynı görüşte olan Duman’a göre de ödenmeyen kısmın yüklenicinin tahammül gücünü aşması durumunda yüklenicinin işe devamı beklenemez (bkz. Duman, s. 994).

⁴²⁹ Karadaş, s. 332-333; Duman, s. 995.

ilişkin dava ve takip yetkisinin kaybedilmesidir. Zamanaşımı TBK'da (m. 146-161 arası) borcu sona erdiren sebepler arasında sayılmakla birlikte, mutlak anlamda borcu sona erdirmez. Sadece borçluya geçici def'i hakkı verir. Borçlu def'i hakkını ileri sürdüğü takdirde, alacaklının açtığı dava reddedilir. Zamanaşımına uğramış olan borç eksik borç olarak devam eder. Ancak borcun bir şekilde ifa edilmesi halinde, ifa hukuka uygun olur ve sebepsiz zenginleşme davasına konu edilemez⁴³⁰.

Zamanaşımı hukuki niteliği itibarıyla bir def'i olduğundan, TBK m. 161 uyarınca hakim tarafından re'sen dikkate alınamaz, borçlunun usul hukuku kurallarına uygun olarak ileri sürmesi gerekir⁴³¹.

Bir alacağın zamanaşımına uğradığından bahsedilmesi için zamanaşımına tabi bir muaccel bir borcun bulunması ve kanunda öngörülen sürenin geçmesi şeklindeki iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Kural olarak her türlü alacak hakları zamanaşımına tabi ise de, bazı alacaklar hakkında (taşınmaz rehniyle güvence altına alınan alacaklar (TMK m. 864), gemi ipoteğiyle güvence altına alınan alacaklar, İcra ve İflas Kanunu m. 143'de göre aciz belgesi verilen borçlunun alacaklısının alacağı vb.) zamanaşımı işlemez. Zamanaşımı için gereken şart ise kanunda öngörülen sürenin geçmesidir. Kanunda öngörülen süreler kesin olup, sözleşme ile değiştirilemezler (TBK m. 148, TTK m. 6)⁴³².

⁴³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1314 vd. ; Oğuzman/Öz, C.I, s.618-622; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.872 vd.; Akıncı, s 298-299; Karadaş, s. 374-376; Demirboğa, s. 146-147; Tutumlu, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 24-30; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 652-654; Şenyüz s. 238-239 .

⁴³¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1314; Oğuzman/Öz, s.618-622; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s899-900; Akıncı, s 298-299; Karadaş, s. 374-376; Demirboğa, s. 146-147; Tutumlu, s. 24-30; Şenyüz s. 238-239.

⁴³² Eren, Genel Hükümler, s. 1315-1318; Oğuzman/Öz, C.I, s.622-624; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 877; Akıncı, s 229; Karadaş, s. 374-376; Tutumlu, s. 31-32; Öztürk/Gözütok, 553-554.

TBK m. 146'ya göre alacak haklarında zamanaşımı süresi kural olarak on yıldır. Ancak, TBK m. 147'de on yıllık süre kuralının istisnası olarak beş yıllık zamanaşımı süresine tabi alacaklara yer verilmiştir. Buna göre, eser sözleşmesinden kaynaklı alacaklarda zamanaşımı kural olarak beş yıldır (TBK m. 147/VI)⁴³³. Ayrıca, borcun kaynağına göre de farklı zamanaşımı süreleri bulunmaktadır⁴³⁴.

Zamanaşımına ilişkin üzerinde durulması en önemli konulardan biri de sürelerinin ne zaman işlemeye başlayacağıdır. Zira, TBK'da öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlerlik kazanabilmesi için zamanaşımının işlemeye başlaması gerekir. Bu konu TBK m. 149/I'de düzenlenmiştir. Hükme göre “zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.” Buna göre, özellikle sözleşmeden kaynaklı borçlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcında borçlunun ne zaman temerrüde düştüğünün bir önemi bulunmamaktadır. Öte yandan, alacağın muaccel hale gelmesinin bir bildirime bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar. Süreler hesaplanırken zamanaşımının başladığı gün sayılmaz ve sürenin son günü de hak kullanılmaksızın geçince zamanaşımı gerçekleşmiş olur (TBK m. 151)⁴³⁵.

Zamanaşımını durduran (TBK m.153) ile kesen (TBK m.154) sebepler kanunda düzenlenmiştir. Zamanaşımının kanunda öngörülen nedenlerin biri dolayısıyla hiç işlemeye başlamaması veya işlemekte olan sürenin durmasına zamanaşımının durması denir. İşlemeye başlamış zamanaşımı, zamanaşımını durduran nedenin ortadan kalkması ile tekrar kaldığı yerden işlemeye başlar. Buna karşın, zamanaşımının kesilmesi

⁴³³

⁴³⁴ Örneğin TBK m. 72'ye göre haksız fiilden kaynaklı tazminat davalarında zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren iki yıl, herhalde on yıldır. TBK m. 82'ye göre sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda da zamanaşımı süreleri iki ve on yıldır. Bunun dışında ayıptan doğan alacak haklarında da sözleşmenin hukuki niteliğine göre farklı zaman aşımı süreleri mevcuttur.

⁴³⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1315-1325; Oğuzman/Öz, C.I, s. 625-637; Akıncı, 299-302.

durumunda, kanunda öngörülen sebeplerden birinin ortaya çıkması halinde daha önce işlemiş süreler ortadan kalkar ve süre sanki hiç işlememiş gibi olur. Zamanaşımı bir kez kesildikten sonra sıfırdan işlemeye başlar⁴³⁶.

B. KİSK'e Tabi İnşaat Sözleşmelerinde Zamanaşımı

KİSK'te yüklenicinin alacağının tabi olduğu zamanaşımı sürelerine ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁴³⁷. Bu itibarla, yüklenicinin taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri genel hükümlere göre belirlenmelidir.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri hukuki niteliği itibarıyla eser sözleşmesi olduğundan, yüklenicinin hakediş alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi beş yıldır⁴³⁸. Zamanaşımı, hakediş alacağının muaccel olmasıyla işlemeye başlar (TBK m. 149/I). KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin para alacakları geçici ve kesin hakedişler yoluyla ödenmektedir. Bu durumda geçici ve kesin hakediş ödemelerinin muaccel olacağı zamana göre zamanaşımı başlangıç anı da değişmektedir. Esasen sorun da zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde geçici hakedişler bakımından zamanaşımının ne zaman başlayacağı hususunda iki ayrı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşteki yazarlara göre, geçici hakedişler ara ödeme niteliğinde olduğundan,

⁴³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1315-1325; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 884 vd.; Akıncı, 299-302; Oğuzman/Öz, C.I, s. 625-637; Gönen, s.288.

⁴³⁷ KİSK m. 30'da sadece yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 478'den farklı bir zamanaşımı rejimi öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre yüklenicinin, ayıp sebebiyle sorumluluğu kesin kabul onay tarihinden itibaren on beş yıldır (Özcan, s. 181).

⁴³⁸ Öztürk/Gözütok, s. 556; Demirboğa, s. 148 - 149; Yargıtay 15. HD, 28.10.2014 T. 2014/4977E., 2014/6122 K. [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\(ET:09.05.2021\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/(ET:09.05.2021)).

zamanaşımı süresi kesin kabul onay tarihinden başlar⁴³⁹. İkinci görüşteki yazarlara göre ise geçici hakedişler ara ödeme niteliğinde de olsa ödenmesi gereken tarihte muaccel hale geleceğinden zamanaşımı süresi geçici hakedişin muaccel olduğu tarihten başlayacaktır. İkinci görüşteki yazarlara göre geçici hakedişler ile yapılan ödemelerin kesin hesapta dikkate alınacağı hususu geçici hakedişin muacceliyet anına etki eden bir husus olmadığı gibi, zamanaşımını durduran veya kesen nedenlerden biri de değildir⁴⁴⁰. Yargıtay 15. HD'ye göre ise, yüklenicinin hakediş alacağına ilişkin zamanaşımı (geçici hakediş ve kesin hakediş ayırımına gitmeksizin), kesin hesap onayı ile ve kesin kabul onayı işlemlerinden sonraki olandan başlar⁴⁴¹.

Hemen belirtelim ki TS ve YİĞŞ'de geçici hakedişlerin ne zaman muaccel hale geleceği açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 149/I'de yer alan *“Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.”* hükmü karşısında, zamanaşımı süresinin her geçici hakedişin muaccel olacağı tarihten başlayacağı kanaatindeyiz. Geçici hakedişlerin kazanılmış hak teşkil etmemesi, idarenin fazla yapmış olduğu ödemeyi sonradan geri alabilmesine olanak sağlamak üzere idare lehine YİĞŞ'de yer verilen bir düzenlemedir. Bu husus hakedişin muacceliyetine etki eden bir unsur değildir. Bu itibarla geçici hakedişler için zamanaşımının kesin kabul onay tarihinden başladığını belirten ilk

⁴³⁹ Tandoğan, s. 316; Aydemir, s. 598; Demirboğa, s. 146-148; Öztürk/Gözütok, s. 571.

⁴⁴⁰ Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri, s. 243; Öz, İnşaat, s. 101; Baygın, s. 216; Kocağa, s. 224; Gönen, s. 289.

⁴⁴¹ Yargıtay 15. HD, 08.10.2019 T. 2019/257 E., 2019/3825 K. *“..Taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesi olup Kamu İhale sözleşmeleri Kanununa göre yapılan sözleşmelerde Dairemizin istikrarlı uygulamasına göre zamanaşımı kesin kabulün onay tarihi ile kesin hesabın onay tarihlerinden hangisi sonra ise o tarihten başlar ve 5 yıldır...”*; aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD, 06.04.2016 T., 2015/3148 E., 2016/2129 K.; Yargıtay 15. HD, 28.10.2014 T. 2014/4977 E., 2014/6122 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 09.05.2021).

görüşteki yazarlara ile kesin kabul onayı ile kesin hesabı onayı işlemlerinden sonraki onaydan başladığını belirtilen Yargıtay 15. HD'nin görüşüne katılmamaktayız.

Kesin hakedişler bakımından zamanaşımının kesin hesabın ne zaman başlayacağı hususunda doktrindeki yazarlar arasında fikir birliği bulunmaktadır. Doktrindeki yazarlara göre, kesin hakedişlere ilişkin zamanaşımı kesin kabul onay tarihinden başlar⁴⁴². Yargıtay ise esasen doktrindeki yazarlar ile aynı görüştedir. Zira kesin hesap onayı kural olarak kesin kabul onayından önce gerçekleşir. Dolayısıyla kesin hakediş alacağına ilişkin zamanaşımı daha geç bir tarih olan kesin kabulün onaylanmasıyla başlamış olur. Uygulamada kimi durumlarda, kesin hesap onayı, kesin kabul onayından sonraya sarkabilmektedir. Bu durum dikkate alınarak Yargıtay, zamanaşımı başlangıcını kesin kabul onayı ile kesin kabul onayından sonraki olandan başlatmaktadır.

Kesin hakedişler bakımından zamanaşımının başlangıcı konusunda doktrindeki yazarlar ile Yargıtay'dan farklı görüşte olduğumuzu belirtmek isteriz. Şöyle ki, kesin hakediş alacağı, kesin hesabın ve kesin kabulün idarece onaylanmasından sonra, bu onaylardan sonrakinden başlamak üzere yapı denetim görevlisince en geç otuz günlük süre içinde kesin hakedişin düzenlenmesinin ardından, geçici hakediş ödeme usulüne yapılan atıf gereğince (YİGŞ m. 40/X) en geç yetmiş beş günlük süre sonunda (30 günlük onaylama + 30 günlük tahakkuk + 15 günlük ödeme) muaccel hale gelmektedir. Görüldüğü üzere, kesin hakediş alacaklarının muaccel hale gelmesi için kesin hesabın ve kesin kabulün idarece onaylandığı tarihten yüz beş günü geçmemek üzere ek bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kesin hakediş alacağına ilişkin zamanaşımı, kesin hakediş alacağının muaccel hale geldiği söz konusu tarihten itibaren başlar. Bu itibarla, kesin hakedişler bakımından zamanaşımının başlangıç süresini kesin kabul onay

⁴⁴² Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri, s. 243; Öz, s. 101; Baygın, s. 216; Kocağa, s. 224; Tandoğan, s. 316; Aydemir, s. 598; Demirboğa, s. 146-148.

tarihinden başlatan görüşlere katılmamaktayız.

Öte yandan, kimi zaman kesin hesap ve kesin kabul işlemleri idareler tarafından sürüncemede bırakılarak ikincil mevzuatta belirlenen sürede yerine getirilmeyebilmektedir. Böyle durumlarda yükleniciler tarafından kesin kabul ve hesap alacağı için dava açılmaktadır. Kesin hesabın bu şekilde mahkeme kararı ile çıkarıldığı hallerde zamanaşımı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlar⁴⁴³.

TBK m. 152 uyarınca asıl alacağa bağlı faizlerde zamanaşımı süresi asıl alacağa bağlıdır. Buna göre eser sözleşmesinden kaynaklanan temerrüt faizinde zamanaşımı süresi beş yıl olup⁴⁴⁴, temerrüt tarihinden başlar⁴⁴⁵.

Aşkın zarar taleplerinin tabi olduğu zamanaşımına ilişkin TBK’da özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bundan dolayı doktrinde bu hususa ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre, aşkın zarar temerrüt sebebiyle doğmakla birlikte, asıl alacaktan bağımsız bir borç olduğundan temel ilişkinin kaynağı ne olursa olsun on yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁴⁴⁶. *Barlas*’a göre zamanaşımı, aşkın zararın doğduğu andan başlar⁴⁴⁷. Buna karşın *Ayrancı*’ya göre aşkın

⁴⁴³ Yargıtay 15. HD, 30.11.2010 T. 2010/6153 E., 2010/65/42/K. (Öztürk/Gözütok, s. 620’den naklen)

⁴⁴⁴ Öztürk/Gözütok, s. 566, s. 605.

⁴⁴⁵ Barlas, s. 186; Öztürk/Gözütok, s. 605; Yargıtay 15. HD, 22.06.2017 T., 2017/ 903E., 2017/2675 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 09.05.2021).

⁴⁴⁶ Barlas, s. 226; Ayrancı, s. 240-241; Arslan/Kırmızı, s. 908; Selimoğlu, s. 438; Öztürk/Gözütok, s. 567; Yargıtay 19. HD, 09.03.2015 T., 2014/6154 E., 2015/3225 K. ; Yargıtay 19. HD, 02.04.2019 T., 2018/1690 E., 2019/2185 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:09.05.2021).

⁴⁴⁷ Barlas, s. 226; aynı görüşte bkz. Öztürk/Gözütok, s. 567; Yargıtay 19. HD, 09.03.2015 T., 2014/6154 E., 2015/3225 K. ; Yargıtay 19. HD, 02.04.2019 T., 2018/1690 E., 2019/2185 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET:09.05.2021).

zararda zamanaşımı asıl alacağın muaccel olduğu tarihten başlar⁴⁴⁸.

Kılıçoğlu'na göre aşkın zarar talebinin tabi olduğu zamanaşımı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımıdır ve zamanaşımı asıl alacağın ve temerrüt faizinin tahsil edildiği tarihten başlar⁴⁴⁹. Buradan hareketle *Kılıçoğlu*'na göre KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin eser sözleşmesi olması nedeniyle yüklenicinin aşkın zarar talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi beş yıldır⁴⁵⁰.

Kartal'a göre aşkın zararın kaynağı haksız fiil olup, bu itibarla haksız fiillere uygulanan zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁴⁵¹.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri, KİK'te belirtilen ihale usullerden biri kullanılarak ihale yapılması neticesinde kurulabilmektedir. KİK'te belirtilen usuller uygulanmadan iş yaptırıldığında ortada bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilemeyeceği daha önce ifade edilmişti. Dolayısıyla böyle durumlarda yüklenici ifa ettiği edimlerin ücretini vekaletsiz işgörme hükümlerine göre talep edebilmektedir. Aynı şekilde KİSK'te iş artış limitlerine yer verilmiş olup ATBG sözleşmelerde sözleşme bedelinin %10'una kadar, birim fiyatlı sözleşmelerde kural olarak sözleşme bedelinin %20'sine⁴⁵² kadar iş artışı yapılabilir. İş artış limitlerinin üzerinde bir imalat yaptırıldığında, sözleşme fiyatlarına göre ödeme yapılması söz konusu olmadığından yüklenici ücretini vekâletsiz işgörme hükümlerine göre talep etmektedir. Her iki durumda da yüklenicinin ücret taleplerinin dayanağı eser sözleşmesi olmadığından, bu

⁴⁴⁸ Ayrancı, s. 242.

⁴⁴⁹ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.727.

⁴⁵⁰ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.727.

⁴⁵¹ Kartal, s. 514.

⁴⁵² Cumhurbaşkanı kararı ile bu oran % 40'a kadar artırılabilir.

taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 146 uyarınca on yıldır⁴⁵³.



⁴⁵³ Öztürk/Gözütok, s. 562; Yargıtay 15. HD, 17.03.2015 T., 2015/1031 E., 2015/1289 K.; 15. HD, 16.03.2017 T., 2016/4147 E., 2017/1154 K.; 15. HD, 05.04.2017 T., 2017/233 E., 2017/1560 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (ET: 09.05.2021).

SONUÇ

KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri, KİK'e göre gerçekleştirilen yapım işleri ihaleleri sonucunda kurulmakta ve bu sözleşmelerin tarafı idare olmakla birlikte KİSK'te yer alan tarafların eşitliği ilkesi çerçevesinde özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin TBK'daki sözleşme tipi bakımından hukuki niteliği ise eser sözleşmesidir.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin konusunu KİK'te yapım işi olarak tanımlanan işler, sözleşmenin kamu tarafını ise KİK'in kapsamında sayılan idareler oluşturmaktadır.

KİSK'te inşaat işlerine ilişkin olarak anahtar teslimi götürü bedel, birim fiyat ve karma sözleşmelerin düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu belirlemeler sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olmayıp sadece teklif alma türü bağlamında yapılan bir ayrımdır. Ancak teklif alma ve sözleşme türü ne olursa olsun bahse konu inşaat sözleşmelerinde sözleşme bedelinin, sözleşmenin imzalanması aşamasında kesin olarak belirlenmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerindeki bedel, TBK m. 480'de tanımlanan götürü bedele karşılık gelmektedir

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde bedel, teslim beklenmeksizin kural olarak aylık düzenlenen ancak kesin nitelikte olmayan geçici hakedişler ile ödenmektedir. İşin tesliminden sonra ise nihai iş miktarı kesin hesap ve kesin kabul ile belirlenmekte ve buna bağlı olarak kesin hakedişler ile ödeme yapılmaktadır. Bunun dışında sözleşme bedelinin bir kısmı, avans ödemesi adı altında işin başında yükleniciye ödenebilmektedir. Sözleşme bedelinin bir unsurunu da, ihale tarihi ile sözleşmenin ifa edildiği tarih arasında ortaya çıkan girdi maliyetlerindeki değişimin sözleşme bedeline yansıtılmasına imkan veren fiyat farkları oluşturmaktadır.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan tip sözleşmenin kullanılması zorunludur. Bu sözleşmeler, kural olarak

adi yazılı Şekle tabi olmakla birlikte ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla notere onaylattırılarak da düzenlenebilir.

Tip sözleşmenin eki niteliğinde olan YİĞŞ’de idarenin para borcunun ödenme zamanına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatlarında, hakediş ödemelerine ilişkin YİĞŞ’deki düzenlemelerin bedel borcunun muacceliyet anına ilişkin olduğu ve kesin vade içermediğı, bu nedenle temerrüt için ihtar gerektiğı belirtilmektedir. Sözleşme imzalandığı anda hakedişlerin ödeneceğı zaman kesin olarak belirli olmamakla birlikte, hakediş yüklenici tarafından imzalanarak idareye verildikten sonra onay, tahakkuk ve ödeme işlemlerinin en geç ne kadarlık sürede yapılacağıının mevzuatta açıkça düzenlendiğı ve bütün bu işlemlerin idare tarafından yapıldığı, bu konularda yüklenicinin herhangi bir etkisinin bulunmadığı, bu durumda yüklenicinin başvurusu ile birlikte herhangi bir hakedişin idare tarafında en geç ne zaman ödeneceğinin belirlenebilir olduğu dikkate alınarak, Yargıtay içtihatlarındaki görüşün aksine temerrüt için ihtar gerekmediğı kanaatindeyiz.

KİSK’e taraf olabilecek idarelerden tacir sıfatına sahip olanların taraf olduğu KİSK’e tabi inşaat sözleşmelerinde, TTK m. 1530’un uygulanabileceğı kanaatindeyiz.

İdarenin asli edim borcu temel olarak bir para borcu olduğundan, idarenin temerrüde düşmesi durumunda, yüklenicinin genel olarak temerrüt faizi isteme, yüklenicinin zararı şayet temerrüt faizini aşılırsa aşkın zararı isteme hakkı bulunmaktadır.

KİK’e tabi inşaat sözleşmeleri TTK m. 19/II’de yer alan karine gereğince ticari iş niteliğindedir. TS’de ise temerrüt faizine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, idarenin temerrüdüne bağılı olarak, yüklenici tarafından ticari işlerde uygulanan oran üzerinden, TTK m. 1530’un uygulanabileceğı değerlendirilen sözleşmelerde ise TTK m. 1530’da düzenlenen oran üzerinden temerrüt faizi istenebilecektir.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı para alacağı olduğundan ve aşkın zarara ilişkin KİSK'te veya TS ve YİĞŞ'de herhangi bir hüküm bulunmadığından yüklenicinin, aşkın zararı genel hükümlere göre isteyebileceği değerlendirilmektedir.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, genel ve özel bütçeli idareler açısından ödeneklerin zamanında serbest bırakılmaması, bu nedenle idarenin zamanında ödemede bulunmayarak temerrüde düşmesi durumunda, idarenin aşkın zarardan sorumlu tutulması gerektiği, zira ödeneğin serbest bırakılmamasının idarenin sorumluluk alanında gelişen bir durum olduğu, bu gerekçe ile aşkın zararın tazmininde idarenin kusursuzluğunu ispat etmesinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

KİSK'e tabi inşaat işlerinde süre uzatımı müessesinin, işin geç teslimine olanak tanıma dışında, fiyat farkı ödemesi yapılmasına olanak tanınması nedeniyle ayrı bir mali sonucu bulunmaktadır. İş sahibi idarenin bedel ödeme borcunun işin teslim ile değil kural olarak aylık olarak hakedişler ile yerine getirileceğine yönelik düzenlemelere yer verilen KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinde, hakedişlerin ödenmesi ile iş programı ve yapılacak imalatlar arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla YİĞŞ m. 29/IV kapsamında hakedişlerin geç ödenmesinin, temerrüt faizi ve aşkın zarar dışında, yüklenicinin performansına etkisi oranında yükleniciye süre uzatımı isteme hakkı vereceği kanaatindeyiz.

Geçici hakedişlerin ödenmemesi durumunda yüklenicinin ödemezlik def'inde bulunarak işi yapmaktan kaçınabileceği, diğer bir ifadeyle yüklenicinin işi durdurma hakkının bulunduğu; ancak hakedişlerin geç ödenmesine bağlı olarak ortaya çıkan olumsuz sonuçların süre uzatımı verilerek bir ölçüde giderildiği, dolayısıyla yüklenicinin hakedişin geç ödendiği her durumda geç ödemeyi ileri sürerek işi durdurmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği; zira ihale aşamasında çeşitli kriterler üzerinden yüklenicinin ekonomik ve mali anlamda yeterliliği ölçülerek, belli yeterlikleri sağlayan

isteklilerin teklifler ile sözleşme imzalandığı; ihale sürecinde aranan yeterlik kriterleri ile hakedişlerin geç ödenmesi durumunda sözleşme ile yükleniciye verilen süre uzatımı hakkı birlikte değerlendirildiğinde, birden fazla hakediş ödemesinin geciktirilmesi durumunda yapılamayan ödemelerin yüklenicinin tahammül gücünü aştığı hallerde, yüklenicinin makul bir süre işi durdurabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KİSK'e tabi inşaat sözleşmeleri hukuki niteliği itibarıyla eser sözleşmesi olduğundan, yüklenici alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu, geçici hakedişler bakımından bu sürenin geçici hakedişin muaccel hale geldiği tarihten başladığı; kesin hakediş bakımından zamanaşımı süresinin ise kesin kabul onay tarihinden sonraki bir tarih olan kesin hakedişin onaylanması gereken tarihten başladığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 8. Baskı, 2015

Akyılmaz, Bahtiyar / : Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2015

Sezginer, Murat / Kaya,

Cemil

Altaş, Hüseyin : “Munzam Zararda İspat Sorunu”, AÜHFD, C.50, S.1, 2001

Antalya, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2016

Aral, Fahrettin / Ayrancı, : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, **Hasan** Ankara, 2021

Arapgirli, Murat : Yapım İşleri Sözleşme Uygulamaları, Ankara, 2016

Arkan, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018

Arslan, Çetin / Kırmızı, : Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Ankara, **Mustafa** 2010

Arslan, Ramazan /Ejder, : Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2016

Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz,

Sema

Atamer, Yeşim : “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı
M./Okutan Nilsson, Gül Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi
ve Uygulama Alanı”, BATİDER. C. XXIX, S.3’ten
Ayrı Bası, 2013

Avcı, Ali : “Kamu Yapım Sözleşmelerinde Geçici Hakediş
Raporlarına İhtirazı Kayıt Ve Hukuka Aykırılık
Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.5,
2015

Ayan, Serkan : İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü,
Ankara, 2008 (Kısaltma: Ayan, İnşaat)

Ayan, Serkan : “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi
Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr.
Burhan Ceyhan’a Armağan Özel Sayısı), C.12, Yıl
2010 (Kısaltma: Ayan, Temerrüt)

Aydemir, Efrail : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3.
Baskı, Ankara, 2016

Ayrancı, Hasan : Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Ankara,
2006

- Barlas, Nami** : “Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992
- Baygın, Cem** : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999
- Bilir, Dilek** : Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011
- Buz, Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998 (Kısaltma: Buz, Sözleşmeden Dönme)
- Buz, Vedat** : Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007 (Kısaltma: Buz, İhale)
- Buz, Vedat** : “İdari Yargıda Verilen İptal Kararlarının Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, BATİDER, C. XXXVII, S. 2, 2021 (Kısaltma: Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri)
- Büyükay, Yusuf** : Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara, 2019
- Çağlayan, Pınar** : “Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç

Ödemenin Sonuçları (TTK MD. 1530)”, BATİDER, C
XXVII, S. 2

Dayınlarlı, Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin
Temerrüdü (Hüküm ve Sonuçları), 4. Baskı, Ankara,
2008

Demirboğa, Dursun Ali : Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Ankara, 2013

Doğan, Öykü : Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Para Borçlarında
Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları, 1. Baskı,
İstanbul, 2019

Domaniç, Hayri : Faiz ile Karşılanamayan Zararların Giderilmesi
Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, Ankara, 1998

Duman, İlker Hasan : İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, 2016

Erman, Hasan : Arsa Payı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş
3.Basım, İstanbul, 2010

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 23. Baskı,
2019 (Kısaltma: Eren, Genel Hükümler)

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara,
2019, (Kısaltma: Eren, Özel Hükümler)

Eren, Fikret: : “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”,
İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve
Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart

1996 2. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, (Kısaltma: Eren,
İnşaat Sözleşmeleri)

Ergezen, Muaz : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona
Eldirme Hakkı, Ankara, 2007

Gök, Yaşar : 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Kapsamında Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları,
2. Baskı, Ankara, 2013

Gökyayla, Emre : Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009

Gönen, Doruk : İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016.

Gözler, Kemal : İdare Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Bursa, 2008
(Kısaltma: Gözler, İdare Hukukuna Giriş)

Gözler, Kemal : İdare Hukuku, II Cilt, 2. Baskı, Bursa, 2009, s. 8 vd.
(Kısaltma: Gözler, İdare Hukuku)

Gözübüyük, A. Şeref/ : İdare Hukuku, C. I, 9. Bası, Ankara, 2017

Tan, Turgut

Gözübüyük, A. Şeref : Yönetim Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2008

Gümüş, Hülya : 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Hükümlerine Göre Düzenlenen Yapım
Sözleşmelerinde Kabul İşlemleri, Kamu İhale

Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008

Günday, Metin : İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2017

Kaplan, İbrahim : “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Ankara, 2001 (Kısaltma: Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri)

Kaplan, İbrahim : İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 2. Bası, Ankara, 2019 (Kısaltma: Kaplan, Endüstri Sözleşmeleri)

Karaca, Mehmet : Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Ankara, 2009

Karadaş, İzzet : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 4. Baskı, Ankara, 2016

Kartal, Bilâl : “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)”, Yargıtay Dergisi, C.23, S.4, 1997

- Kılıç, Osman** : “Covid-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi”, Kamu İhale Dünyası Dergisi, S.19, Temmuz-Ağustos-Eylül 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019 (Kısaltma: Kılıçoğlu, Özel Hükümler)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, 2014 (Kısaltma: Kılıçoğlu, Genel Hükümler)
- Kocağa, Köksal** : İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014
- Kurt, Leyla M.** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 46 (Kısaltma: Kurt, İmkansızlık)
- Kurt, Leyla M** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012 (Kısaltma, Temerrüt)
- Oğuzman, M. Kemal /** : Medeni Hukuk, 26. Bası, İstanbul, 2020
- Barlas, Nami**
- Oğuzman, M. Kemal /** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, 2019 (Kısaltma, Oğuzman/Öz, C.I)
- Öz, M. Turgut**

- Oğuzman, Kemal/Öz, M. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Turgut: Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, 2020 (Kısaltma: Oğuzman/Öz, C.II);
- Oktar, Hüseyin :** Türkiye’de ve Dünya’da Fiyat Farkı Uygulaması, Kamu İhale Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014
- Önderi, Gökhan :** “Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.2, 2013
- Öz, M. Turgut:** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2013 (Kısaltma: Öz, İnşaat)
- Öz, M. Turgut :** İşsahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989 (Kısaltma: Öz, Dönme)
- Özay, İl Han :** Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma, İstanbul, 2004
- Özcan, Zeynep :** Kamu İnşaat Sözleşmesinde yüklenicinin Ayıplı İfası ve Temerrüdü, Ankara, 2018
- Özçelik, Ş. Barış :** “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016

- Özdemir, Erkan** / : Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişim, Ankara, 2014
- Arapgirli, Murat**
- Özdemir, Harunnisa** : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul, 2018
- Öztürk, Muammer** / : Usul ve Esasları ile Eser Sözleşmesi Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2019
- Gözütok Zeki**
- Pekmez, Cüneyt** : Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi), İstanbul, 2018
- Pınar, Yunus Akşin** : Kamu İhale Sözleşmelerinin Türk Borçlar Hukukunda Yeri ve İhalenin Yargı Kararıyla İptali Karşısında Akıbetleri, İstanbul, 2019
- Sarı, Suat** : Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?, C. 2, On İki Levha, İstanbul, 2010
- Seçer, Öz** : İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, <https://www.academia.edu/36094418>, s. 483-521.
- Seliçi, Özer** : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976
- Selimoğlu, Yaşar Engin** : Eser Sözleşmeleri, 4. Baskı, Ankara, 2017

- Serozan, Rona** : İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul, 2016 (Kısaltma: Serozan, İfa Engelleri)
- Serozan, Rona:** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, (Kısaltma: Serozan, Dönme)
- Sezginer, Murat** : “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2
- Şahin, Musa Furkan** : “İfa Zamanı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018
- Şenyüz, Doğan** : Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa, 2016
- Şimşek, Edip** : “Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Ankara, 2001
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, CII, Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, 2010

- Tangör, Mehmet Ali** : Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC Bakımından Müteahhidin Borçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009
- Taşdelen, Aziz** : “Kamu Harcama sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ve Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, İÜHFM, CL’XIX, 2011
- Tuna, Mustafa Oğuz** : Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, Ankara, 2014
- Tutumlu, Mehmet Akif** : Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 2001
- Ulusoy, D. Ali** : Yeni Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019
- Uslu, Yusuf** : Kamu İhale Sözleşmelerinde Nefaset Kesintisi, Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019
- Uslu, Yusuf / Demirel, Salim** : Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2014

- Uz, Abdullah** : İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara, 2010
- Üzümcü, Rabia** : Kamu Tüzel Kişilerinin Tacir Sıfatı Alanında Yaşanan Gelişmeler, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2019
- Yağcı, Kürşad** : “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebirliliği Üzerine”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.77, S1, 2019.
- Yalçın, Recep / Yücel, Ali Rıza** : İnşaat Hukuku Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2018.
- Yatağan, Çiğdem** : 2011/7/EU Sayılı Topluluk Yönergesi ve 6102 Sayılı TTK’nın 1530. Maddesi Çerçevesinde Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011

- Yazalay, Sait** : Eşitlik İlkesi Çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması, Sunulması ve Değerlendirilmesi Usulü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010
- Yelmen, Adem** : Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014.
- Yıldız, Mustafa Göktürk** : Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, 1. Baskı, 2020, (Kısaltma: Yıldız, Temerrüt)
- Yıldız, Mustafa Göktürk** : “TBK m. 117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK m. 1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/1, 2018, (Kısaltma: Yıldız, TTK m. 1530)
- Yılmaz, Süha** : Eser Sözleşmesinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019
- Yüce, Melek Bilgin** : Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, 2015
- Yücesoy Yılmaz,** : “Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması”, TBB
- Yasemin** Dergisi 2019 (140),
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1823>,
ET: 02.05.2021

Zor, Ömer Tuğrul / : “Kamu İhale Mevzuatında Gerçekleştirilen Mal
Özdemir, Erkan Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları”, Terazi Hukuk
Dergisi, ISSN: 1306-9802, C8, S86, Ekim, 2013

Zor, Ömer Tuğrul: : Kamu İhale Sözleşmelerinde Kefalet Senetleri, Gazi
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 T., 1994/71E., 1995/23 K.

Anayasa Mahkemesi, 13.02.2002 T., 2001/293 E., 2002/28 K.

Anayasa Mahkemesi, 21.12.2017 T. 2014/2267 başvuru numaralı kararı

Yargıtay İBGK, 25.01.1984 T., 1983/3 E, 1984/1 K.

Yargıtay İBGK, 24.11.1986 T. 1986-2/E ve 1982-2/K.

Yargıtay İBGK, 8.10.1999 T. ve 1997/2 E., 1999/1 K.

Yargıtay HGK, 20.09.2006 T. ve 2006/11-525 E., 2006/554 K.

Yargıtay HGK, T. 14.06.2017, E.2017/1353, K. 2017/1193

Yargıtay HGK, 09.12.2015 T., E. 2015/2132, K. 2015/2906

Yargıtay HGK 28.11.2012 T. 2012/418E., 2012/874 K.

Yargıtay HGK, 31.07.2007 T. 2007/11-668 E., 2007/798 K.

Yargıtay HGK 13.06.2012 T., 2011/18-730 E. , 2012/373 K.

Yargıtay HGK 7.2.2007 T., 2007/11-55 E., 2007/53 K.

Yargıtay HGK 21.06.2006 T., 2006/353 E., 2006/462 K.

Yargıtay HGK, 15.11.2000 T. 2000/5-1637 E., 2000/1692 K.

Yargıtay HGK 28.11.2012 T. 2012/418 E., 2012/874 K.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.05.2005 T. 2005/16 E., 2005/36 K.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.12.2014 T. 2014/1097 E., 2014/1145 K.

Yargıtay 15. HD ,16.03.2017 T. 2016/4147 E., 2017/1154 K.

Yargıtay15. HD, 23.01.2019 T. 2017/170 E., 2019/301 K.

Yargıtay 15. HD, 15.03.2018 T. 2016/3340 E. , 2018/969 K. .

Yargıtay 15. HD, 27.01.2016 T. 2015/5200 E. 2016/459 K.

Yargıtay 15. HD, 17.01.2017 T. 2016/4914 E., 2017/192 K.

Yargıtay 15. HD, 07.07.2017 T.2017/551E., 2017/2803 K.;

Yargıtay 15. HD, 09.05.2017 T. 2015/5368E., 2017/1993 K.

Yargıtay 15. HD, 14.03.2017 T. 2016/148 E., 2017/1094 K.

Yargıtay 15. HD, 01.02.2017 T., 2016/4122 E. , 2017/417 K.

Yargıtay 15. HD, 11.01.2017 T. 2016/3526 E., 2017/114 K.

Yargıtay 15. HD, 24.11.2015 T., 2015/1739 E., 2015/5988 K.

Yargıtay 15. HD, 05.05.2016 T. 2015/3906 E., 2016/2596 K.

Yargıtay 15. HD, 16.01.2009 T. 2008/6935 E., 2009/86 K.

Yargıtay 15. HD, 12.02.2007 T. 2006/212 E., 20077822 K.

Yargıtay 15. HD, 21.06.2006 T. 2006/1310 E., 2006/3793 K.

Yargıtay 15. HD, 27.10.2014 T., 2014/3513 E., 2014/6069 K.

Yargıtay 15. HD, 03.06.2013 T., 2012/5740 E., 2013/3550 K.

Yargıtay 15. HD, 28.11.2007 T. 2006/7532 E., 2007/7619 K.

Yargıtay 15. HD, 19.11. 2007 T. 2007/5455 E., 2007/7281 K.

Yargıtay 15. HD, 30.09.2019 T., 2019/17 E., 2019/3701 K.

Yargıtay 15. HD, 18.05.2011 T., 2010/3235 E., 2011/3024 K.

Yargıtay 15. HD, 10.11.2015 T., 2015/1515 E. 2015/5645 K.

Yargıtay 15. HD, 09.07.2019 T., 2019/1839 E., 2019/3274 K.

Yargıtay 15. HD, 07.03.2016 T., 2015/5059 E., 2016/1463 K.

Yargıtay 15. HD, 04.02.2019 T., 2018/4998 E. , 2019/398 K.

Yargıtay 15. HD, 19.11.2009 T. 2008/6610 E., 2009/6266 K.

Yargıtay 15. HD, 31.05.2010 T. 2009/2501 E., 2010/3063 K.

Yargıtay 15. HD, 22.06.2017 T. 2017/887 E., 2017/2674 K.

Yargıtay 15. HD, 04.05.2017 T. 2017/356 E., 2017/1918 K.

Yargıtay 15. HD, 22.03.2017 T. 2016/6451 E., 2017/1264 K.

Yargıtay 15. HD, 31.01.2017 T. 2016/5859 E. , 2017/371 K.

Yargıtay 15. HD, 14.02.2017 T. 2016/4327 E., 2017/594 K.

Yargıtay 17. HD, 07.05.2018 T., 2017/5633 E., 2018/4709 K.

Yargıtay 3. HD, 03.09.2015 T. 2014/17232 E., 2015/13061 K.

Yargıtay 23. HD, 20.5.2014 T. 2014/586 E., 2014/3887 K.

Yargıtay 19. HD, 05.06.2014 T. E.2014/7312 E., 2014/10600 K.

Yargıtay 12. HD, 24.12.2009 T. 2009/17661 E., 2009/26276 K.

Yargıtay 15. HD, 25.04.2018 T. 2017/2736 E., 2018/1742 K.

Yargıtay 15. HD, 14.01.2015 T. 2014/1682 E., 2015/93 K.

Yargıtay 13. HD, 16.05.2002 T. 2001/10695 E., 2002/5690 K.

Yargıtay 11. HD, 09.06.2008 T. 2008/6405 E., 2008/75309 K.

Yargıtay 13. HD, 01.11.1999 T. 1999/9711 E., 1999/7773 K.

Yargıtay 15. HD, 14.02.2017 T. 2016/4327 E., 2017/594 K.

Yargıtay 15. HD, 11.2.2008 T. ,2006/5953 E., 2008/780 K.

Yargıtay 15. HD, 17.9.2014 T. 2014/17 E., 2014/5253 K.

Yargıtay 15. HD, 2.7.2015 T. 2014/4563 E., 2015/3899 K.

Yargıtay 15. HD, 06.12.2018 T., 2018/3765 E., 2018/4907 K.

Yargıtay 15. HD, 28.11.2018 T., 2018/3499 E., 2018/4739 K.

Yargıtay 15. HD, 25.04.2018 T. 2017/2736 E. , 2018/1742 K.

Yargıtay 15. HD, 12.5.2016 T. 2016/1049 E., 2016/2737 K

Yargıtay 15. HD, 26.10.2016 T. 2016/3742 E. 2016/4383 K.

Yargıtay 15. HD, 14.02.2017 T., 2016/4327 E., 2017/594 K.

Yargıtay 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.

Yargıtay 15. HD, 25.1.2005 T. 2004/2914 E., 2005/159 K.

Yargıtay 15. HD, 28.10.2014 T. 2014/4977E., 2014/6122 K.

Yargıtay 15. HD, 08.10.2019 T. 2019/257 E., 2019/3825 K.

Yargıtay 15. HD, 06.04.2016 T., 2015/3148 E., 2016/2129 K.

Yargıtay 15. HD, 28.10.2014 T. 2014/4977 E., 2014/6122 K.

Yargıtay 15. HD, 30.11.2010 T. 2010/6153 E., 2010/65/42/K.

Yargıtay 19. HD, 09.03.2015 T., 2014/6154 E., 2015/3225 K.

Yargıtay 19. HD, 02.04.2019 T., 2018/1690 E., 2019/2185 K.

Yargıtay 15. HD, 17.03.2015 T., 2015/1031 E. , 2015/1289 K.;

Yargıtay 15. HD, 16.03.2017 T., 2016/4147 E. , 2017/1154 K.

Yargıtay 15. HD, 05.04.2017 T., 2017/233 E. , 2017/1560 K.

Danıştay Onüçüncü Dairesi, 20.02.2019 T. 2018/3833 E., 2019/481K.

Danıştay Onuncu Dairesi, 29.04.1993 T. 1991/1 E., 1993/1752 K.

Ankara 9. İdare Mahkemesi, 11.03.2020 T. 2020/323 E., 2020/651 K.

Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 06.06.2000 tarihli ve 24779 Tutanak Sayılı Kararı

ÖZET

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda tarafların eşitliği temel ilke olarak kabul edilmekle birlikte, bu Kanun'da daha çok idareyi koruyan hükümlere yer verilmiş, yüklenicinin haklarına ilişkin hususlar düzenlenmeyerek genel hükümlere bırakılmıştır. Bu çalışmada, KİSK'e tabi inşaat sözleşmelerinin genel özellikleri incelendikten sonra, idarenin asli edim borcu olan para borcunun miktarı, ödeme şekli ile ne zaman muaccel olacağı ele alınmıştır. Çalışmada ayrıca idarenin para borcunu ifasında temerrüdü için gereken şartlar ile temerrüdün para borcuna özgü sonuçları incelenmiş, temerrüde bağlı olarak yüklenicinin süre uzatımı isteme hakkı ile işi durdurma hakkının bulunup bulunmadığı hususları üzerinde durulmuştur. Son olarak hakediş ödemeleri, temerrüt faizi ve aşkın zararın tabi olduğu zamanaşımı süreleri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhale, İnşaat Sözleşmeleri, Temerrüt, Hakediş, Para Borcu, Aşkın Zarar, Süre Uzatımı, İşin Durdurulması,

ABSTRACT

Although equality between parties is adopted as the main principle, the Public Procurement Contracts Law (PPCL) contains mostly provisions that safeguard the administration, and matters relating to the rights of the contractor are left to be dealt with under general provisions. This study first examines the general characteristics of construction contracts subject to PPCL, then moves on to discuss the amount of money owed by the administration as its main obligation under a contract, its method of payment, and when it falls due. The study also examines the conditions required for the default of the administration in performance of its monetary debt, as well as the consequences of the default specific to monetary debt; and explores the issue of whether the contractor has the right to request time extension or the right to suspend work in relation to the default. Lastly, the progress payments, the interest for default and the statute of limitations for the excess damage is discussed.

Keywords: Tender, Construction Contracts, Default, Money Debt, Progress Payment, Further Damage, Time Extension, Suspension of Work.