

ihale Sözleşmesinin ileriye doğru feshi halinde gecikme cezası kesilebileceği hakkında

Yargıay 15.HD.

E: 2011/192

K: 2011/328

T: 02.06.2011

Asıl dava, Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmesinin ve buna ek yapılan sözleşmenin feshinin tesbiti, davalıların inşaaata müdahalelerinin men'i ve muarazanın önlenmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, hükmüne uyulan Dairemizin bozma ilâmı uyarınca yaptırılan bilirkişi incelemesine göre, asıl ve ek sözleşmelerin 25.01.1984 gün ve 3/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince ileriye etkili feshine, 17.07.2009 tarihli bilirkişi kurulu raporuyla belirlenen 117.494,40 TL'nin davalı Er-Ba Ltd. ş ti.'nden alınarak tapudaki hisseleri oranında davacılara verilmesine karar verilmiş, karar, davacı arsa sahiplerinin temyizi üzerine Dairemizce, arsa sahiplerinin eksik işlerin giderim bedeli dışında başkaca zararları varsa ayrıca dava edebilecekleri gerekçesiyle onanmış, bu defa davacı arsa sahiplerinin karar düzeltme istemiyle dosya yeniden incelenmiştir.

Kural olarak, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi ifadan söz edilemez ise de, 25.01.1984 gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen

zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın BK'nın 106-108. maddelerine göre çözümleneceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin, gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları bu doğrultudadır. **Hemen belirtilmelidir ki, ileriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir.** Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tesbiti çok önem arz etmektedir. Kuşkusuz teknik bir konu olan seviye tesbiti HUMK'nın 275. madde hükmünce uzman bilirkişiler tarafından saptanacaktır. Yine ileriye etkili fesihte tasfiye sonucunun da kararda açık seçik gösterilmesi ve yeni uyuşmazlıklara neden olunmadan taraflara aidiyeti gereken payların (bağımsız bölümlerin) HUMK'nın 388 ve 389. maddeleri hükmünce infazda tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenmesi zorunludur.

Tüm bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönecek olursak;

Hükmüne uyulan bozma ilâmında, gerektiğinde bağımsız bölüm satın alan Sühendan Kürklü'nün yaptırmış olduğu tesbitten (2002/05 D.İş sayılı) de yararlanılarak uzman bilirkişiler aracılığıyla yüklenicinin işten el çekmiş olduğu tarih itibarıyla inşaatın seviyesinin kesin olarak belirlenmesi, davacıların fesih isteminin geriye veya ileriye etkili olarak gerçekleştirilmesi gereğine değinilmiştir. Mahkemece, bozma ilâmına uyularak yaptırılan bilirkişi incelemesinde, TC Toplu Konut İdaresinin (TOKİ) pursantaj oranları benimsenmiş ve arsa sahiplerine ait 1, 2, 4, 6 ve 9 nolu dairelerin toplam daireye

göre net alan oranının 0,52 olduğu, yükleniciye ait 3, 5, 7, 8 nolu dairelerin 0,48 bulunduğu belirtilerek, arsa sahiplerinin dairelerinde alçı sıva, ahşap kapı, pencere doğramalarının demir aksamı, mutfak tezgah ve dolaplarının, seramik ve mermer döşeme imalâtlarının, parke kaplama ile süpürgelik imalâtlarının, fayans ve seramik duvar kaplamasının, tavan ve duvar boyasının, kalorifer peteklerinin, duş teknesi, hela taşı vb. İmalâtların, vitrifiye ve armatürlerin montajının, anahtar, priz, armatür, hareket sensörlü armatür, buton vb. İmalâtların, daire sigorta kutusu, kaçak akım rölesi ve sigortaları ile zayıf akım tesisatı ile ilgili hiçbir imalâtın, intercom kapı kontrol cihazının, TV ve telefon tesisatı imalâtlarının yapılmadığı belirtilerek yükleniciye ait 4 adet dairedaki imalâtlara göre inşaatın %91,4 seviyesinde tamamlandığı saptanmış, 57.768,88 TL nefaset tutarı 175.013,28 TL eksik imalât bedelinden düşürülerek eksik iş bedeli 117.244,40 TL hesaplanmıştır. Görülüyor ki, arsa sahiplerinin bağımsız bölümleri adeta dört duvar halinde bırakılmış, yüklenici bağımsız bölümleri tamamlanmış, ortak yerlerde önemli miktarda eksikler bulunmasına karşın bilirkişiler inşaatın %91,4 seviyesine ulaştığını saptamıştır. Ayrıca yapımı kararlaştırılan inşaatın, kendine özgü projesi ve teknik şartnamesi bulunmasına göre seviyenin bu çerçevede tesbiti yerine TOKİ pursantajlarına atıfla tesbit yapılmasının da olayın özelliğine uygun düştüğü kabul edilemez. Bu haliyle bilirkişi raporunun hükme dayanak alınamayacağı açık seçik ortadadır. Yine ayıp (nefaset), mevcut imalâtın, kararlaştırılan koşullara uygun yapılmamış olması, koşul yok ise en az olması gereken ve amaca uygun unsurları taşımaması halini ifade eder. Kısaca, eserin kullanım amacı ve kalitesine uygun imâl edilmemesi durumunda ortaya çıkar. Eksik imalât ise, mevcut olmayan, hiç yapılmamış (yok) olanı ifade eder. Somut olayda bilirkişilerce saptanan eksik imalât ve nefaset (ayıp) bedelinin toplam davacı arsa sahiplerinin zararını oluşturmakta iken eksik imalât bedelinden nefaset tutarının mahsubuyla davacılar zararı bulunmuş ve bu miktara hükmedilmiştir. Bu hesaplama tarzı da raporun yetersiz

olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan mahkeme, inşaatın getirildiği seviyeye göre akdin ileriye etkili feshine karar vermekle yetinmiştir. Yukarıda değinildiği üzere ileriye etkili fesihte taraflara ait bağımsız bölümlerin ve bunların arsa paylarının tesbitiyle, yükleniciye hakettiği oranda tapu payı verilerek fazlası varsa bunların iadesi gerektiği belirtilerek tasfiyenin de yapılması zorunludur. Bu husus gözetilmeden uyuşmazlık ortada bırakılarak ileriye etkili fesih kararı verilmesi usul ve yasaya, Dairemizin yerleşen uygulamasına, İçtihadı Birleştirme kararına aykırı olmuştur.

0 halde mahkemece yapılması gereken iş, yeniden oluşturulacak, hukuki yorumda yardımcı olmak üzere aralarında hukukçunun da bulunduğu ikisi teknik uzman bilirkişilere, gerektiğinde mahallinde inceleme yaptırılarak, inşaat seviyesinin yüklenicinin el çektiği tarih itibarıyla (bağımsız bölüm satın alanların yaptığı imalât ayrık tutularak) kendi sözleşme ve teknik şartnamesine uygun gerçekleşen seviyesini hesaplattırmak, sözleşmenin ileriye veya geriye etkili feshini bunun sonucuna göre belirlemek, ileriye etkili feshine karar verilecek ise yüklenicinin bu seviyeye göre hakettiği tapu payını ve dolayısıyla yükleniciden pay satın alan davalılara yönelik davada sonuca göre hükme varmaktan ibarettir. Mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekirken yanlışlıkla onandığı yapılan incelemede anlaşıldığından davacıların karar düzeltme istemlerinin kabulüyle kararın bozulması uygun bulunmuştur