

**haksız fesih sonucu uğranılan
kâr kaybı ile inşaata yapılan
masrafların tahsiline
ilişkindir Kâr kaybı olumlu
zarar sözleşmenin ifa
olunacağına güvenilerek
yapılan masraflar ise menfi
zarar niteliğindedir Her iki
zararın bir arada
istenebilmesi için feshin
sözleşme tarihinde yürürlükte
bulunan BK madde uyarınca
yapılması gerekir Oysa davalı
idare Kamu İhale Kurulu
kararını gerekçe göstererek
fesih bildiriminde
bulunmuştur Bu durumda davalı
fesihte haksız olduğundan**

davacının zararını BK madde uyarınca gidermekle yükümlüdür Bu zarar da akdin ifası sonucu elde edilecek olumlu zararın kaybına ilişkin olmakla ve bu zararı elde etmek için diğer maliyet girdilerinin de kısaca menfi zararın da yapılması zorunlu olduğundan inşaatın kalan kısmından davacının elde etmesi gereken kâr tutarı davacının talebinin bağlayıcılığı da gözetilerek *maddedeki eksiltme yöntemi de dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır Mahkemece, belirtilen şekilde inceleme

ve değerlendirme yapılmaksızın karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir

15. Hukuk Dairesi

2016/4313 E. , 2016/4946 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Asliye Hukuk Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı bozmaya uyularak verilen hükmün temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünöldü:

– K A R A R –

Dava, ihaleye dayalı eser sözleşmesinin idarece feshi nedeniyle Borçlar Kanunu’nun 369. maddesine dayalı tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılar mahkemece uyulan bozma ilamı gereğince inceleme yapılıp hüküm verilmiş olmasına delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşğıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarına gelince;

Davacı yüklenici, “... Kabul ve Toplanma Merkezi İnşaatı” işinin yapılan ihale neticesinde taraflarınca üstlenildiğini, 4734 sayılı Kanun’un itirazın şikayet aşamasının ihaleye katılımı kabul edilmeyen bir şirket tarafından kullanılmasına rağmen Kamu İhale Kurulu tarafından mevzuata aykırılık bulunmadığı

tespitine karar verildiğini, bu nedenle idare ile tarafları arasında sözleşme imzalandığını, sonradan idarece inşaatın durdurularak sözleşmenin feshedildiğini ifade ederek 424.500,00 TL tazminatın davalı idareden tahsiline karar verilmesini talep etmiş, ıslah dilekçesiyle talebini 673.699,00 TL'ye yükseltmiştir. Davalı, sözleşmenin tasfiyesi amacıyla yapılan ve tarafların katılımlarının sağlandığı tespitite inşaat seviyesinin belirlenip bu seviyeye karşılık gelen iş bedelinin davacı yükleniciye ödendiğini ifade ederek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 395.212,75 TL alacağın dava tarihinden, 249.199,00 TL alacağın ise ıslah tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle tahsiline karar verilmiştir.

31.07.2008 günü yapılan ihale neticesinde ihalede en düşük bedeli teklif dava dışı Şti. olarak belirlendiği, ancak adı geçen şirketle iş deneyimi belgesinin yetersiz olduğundan bahisle sözleşme imzalanmaması kararı alındığı, anılan şirket tarafından 09.09.2008 tarihinde davalı idareye taraflarıyla sözleşme imzalanması

istemini içeren dilekçe verildiği, verilen bu dilekçenin reddi üzerine 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesi kapsamında anılan şirket tarafından 19.09.2008 günü itirazın şikayet başvurusu yapıldığı, Kamu İhale Kurulu'nun 27.10.2008 tarih ve 2008/UY.II-4330 sayılı kararıyla idarece anılan şirketle sözleşme imzalanmamasına ilişkin kararda mevzuata aykırılık bulunmadığı ve itirazın şikayet başvurusunun yerinde olmadığına dair karar verildiği, bunun üzerine taraflar arasında 05.12.2008 tarihinde sözleşme imzalandığı, dava dışı ... Üretim San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından bu kez ... 6. İdare Mahkemesi'nin 2008/1571 Esas sayılı dosyası üzerinden yürütmenin durdurulması istemli olarak Kamu İhale Kurulu kararının iptâlinin talep edildiği, mahkemece 23.01.2009 tarihli kararla Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararın yürütmesinin durdurulmasına, ... Bölge İdare Mahkemesi'nin 11.03.2009 tarih ve 2009/1125 YD sayılı kararı ile de karara vâki itirazın reddine karar verildiği, bu karar üzerine idarece 10.04.2009 tarihli yazı ile davacı yüklenicinin işten

el ektirildiği ve bu şekliyle idarenin sözleşmeyi feshettiği, 18.06.2009 tarihinde de taraflar arasında tasfiye kabul tutanağı düzenlendiği, son olarak ... 6. İdare Mahkemesi'nin 07.10.2009 Tarih ve 2008/1571-1425 Esas ve Karar sayılı ilâmı ile Kamu İhale Kurulu kararının iptâline karar verildiği, kararın dosyamız davacı ve davalısı tarafından temyiz edildiği, kararın yürütmesinin durdurulması isteminin Danıştay 13. Dairesi'nin 20.01.2010 tarih ve 2009/7075 Esas sayılı kararı ile reddedildiği sonrasında aynı Dairenin 12.02.2014 tarihli 2009/7075 Esas, 2014/374 Karar sayılı kararı ile bu kararın onandiğı bu karara karşı yapılan karar düzeltme isteminin 24.12.2015 tarihli 2014/3637 Esas, 2015/4745 Karar sayılı karar ile reddedildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmıştır.

Dairemizce idari yargıdaki davanın temyiz sonucunun beklenmesi için mahkeme kararı bozulmuş olup, uyulan bozma kararı gereğince sonucu beklenen davada verilen kararın kesinleşmesi üzerine bozma kararı öncesindeki karar verilmiştir.

Somut olayda sözleşme ve dava tarihine göre yürürlükte olan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. "Borçlar Yasası'nın 96. maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için alacaklının bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir. Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır: kuskusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi söz konusu olur (Prof. Dr. H. Tandoğan Türk Mesuliyet Hukuku 1961 s. 426 vd.).

Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi, sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır: Bunlar; her zaman için ifa gecikme tazminatı isteğinde bulunma, derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteme ya da ifadan vazgeçip akdi feshederek menfi zararını isteyebilmedir.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur: sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir.

Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (...., age., s. 427). Bu husus Borçlar Kanunu'nun 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır: burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır. Menfi zarar kavramına ise şunların gireceği kabul edilmektedir (... age., s. 427-428): Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler, sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla (gönderilen şeyin kaybolması gibi) uğranılan zarar, sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar, başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar ve dava masrafları.

Bu tür bir zarar ayrımı, sözleşme sorumluluğunda sözkonusu olmaktadır. Genel olarak menfi zarar: sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise,

ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, s.482). Örnek:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2006 tarihli 2006/13-499 esas, 2006/507 karar sayılı kararı) .

Yüklenicinin; iş sahibinin kusurlu olarak sözleşmeden dönmesi halinde isteyebileceği olumlu zarar (kâr kaybı) kesinti yöntemine göre hesaplanmalıdır. Kesinti yöntemi mülga 818 sayılı BK'nın 325. maddesinde (6098 sayılı TBK'nın 408. maddesi) düzenlenmiştir. Yargıtay'ın ve Dairemizin kabul ettiği bu yöneme göre, yüklenicinin işi tamamlayamaması nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler (malzeme ve işçilik giderlerinden yaptığı tasarruf) ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar, sözleşme bedelinden düşülmek suretiyle yüklenicinin olumlu zarar kapsamındaki kâr kaybı bulunmalıdır (Dairemizin 11.4.2007 gün ve 4955-2372 sayılı, 9.5.2013 gün ve 7521-3029 sayılı kararları).

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; dava haksız fesih sonucu uğranılan kâr kaybı ile inşaatı yapılan masrafların tahsiline ilişkindir. Kâr kaybı olumlu zarar sözleşmenin ifa olunacağına güvenilerek yapılan masraflar ise menfi zarar niteliğindedir. Her iki zararın bir arada istenebilmesi için feshin sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan BK 369. madde uyarınca yapılması gerekir. Oysa davalı idare, Kamu İhale Kurulu kararını gerekçe göstererek fesih bildiriminde bulunmuştur. Bu durumda davalı fesihte haksız olduğundan davacının zararını BK 96. madde uyarınca gidermekle yükümlüdür. Bu zarar da akdin ifası sonucu elde edilecek

olumlu zararın kaybına ilişkin olmakla ve bu zararı elde etmek için diğer maliyet girdilerinin de kısaca menfi zararın da yapılması zorunlu olduğundan inşaatın kalan kısmından davacının elde etmesi gereken kâr tutarı davacının talebinin bağlayıcılığı da gözetilerek 325. maddedeki eksiltme yöntemi de dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır. Mahkemece, belirtilen şekilde inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 01.12.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.