

ihale Şartnamesinin
*maddesinde de; “Yüklenici
teminat süresi veya
yukarıdaki fıkrada söz konusu
edilen süre sonunda, idarenin
kabul edebileceği gecikmeler
dışında, sözleşme ve şartname
hükümlerine göre işi kesin
kabule elverişli duruma
getirmeyerek bir gecikmeye
yol açmış ise, idare ya
yükleniciye *maddede
belirtilen şekilde ceza
uygulayarak eksik ve
kusurların giderilmesini
bekler, ya da gecikme otuz
günü geçerse ceza
uygulamasına devam etmekle

**birlikte kusur ve
eksiklikleri yüklenici
hesabına kendisi giderir.”
hükmü bulunmaktadır.
Şartname’nin *maddesi ise
“Kabul komisyonunun tespit
ettiği eksiklikler,
belirlenen sürede yüklenici
tarafından giderilmezse bu
sürenin bitiminden sonra
eksikliklerin giderilmesine
kadar geçecek her gün için,
giderilecek eksikliklerin
durumuna göre sözleşmesinde
“günlük gecikme cezası olarak
yazılan miktarın belli bir
oranında günlük ceza
uygulanır” ve geçici kabul**

tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ötelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ötelenir,” hükmü bulunmaktadır. Delil sözleşmesi olan şartnamedeki hükümde “eksikliklerin durumuna göre” ve “sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında

**günlük ceza uygulanır”
ifadeleri cezanın eksik kalan
imalât miktarı üzerinden
belirleneceği hk**

**ihale Şartnamesinin
*maddesinde de; “Yüklenici
teminat süresi veya
yukarıdaki fıkrada söz konusu
edilen süre sonunda, idarenin
kabul edebileceği gecikmeler
dışında, sözleşme ve şartname
hükümlerine göre işi kesin
kabule elverişli duruma
getirmeyerek bir gecikmeye
yol açmış ise, idare ya
yükleniciye *maddede
belirtilen şekilde ceza**

uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekler, ya da gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve eksiklikleri yüklenici hesabına kendisi giderir.” hükmü bulunmaktadır. Şartname’nin *maddesi ise “Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin

durumuna göre sözleşmesinde “günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır” ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ötelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ötelenir,” hükmü bulunmaktadır. Delil sözleşmesi olan şartnamedeki

**hükümde “eksikliklerin
durumuna göre” ve
“sözleşmesinde günlük gecikme
cezası olarak yazılan
miktarın belli bir oranında
günlük ceza uygulanır”
ifadeleri cezanın eksik kalan
imalât miktarı üzerinden
belirleneceği hk**

15. Hukuk Dairesi

2019/1958 E. , 2019/3957 K.

.

“İçtihat Metni”

Mahkemesi :Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı olan Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi’nce verilen kararın temyizen tetkiki taraf vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan menfi tespit talebine ilişkin olup ilk derece mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen karara karşı davalı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş, görevli ve yetkili Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi’nin istinaf başvurusunun kabulüne dair verilen karar, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya

uygun gerektirici nedenlere ve özellikle HMK 355. maddedeki kamu düzenine aykırılık halleri resen gözetilmek üzere istinaf incelemesinin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı kuralına uygun biçimde inceleme yapıp bir isabetsizlik bulunmaksızın karar verilmiş olmasına, dava şartları, delillerin toplanması ve hukukun uygulanması bakımından da hükmün bozulmasını gerektirir bir neden bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacı davasında Kahramanmaraş Büyükşehir Belediye Başkanlığı sınırlarında çalışacak olan tüm toplu taşıma araçlarında (otobüs, raylı sistem vb.) Toplu Taşıma Elektronik Ücret Toplama, Akıllı Durak Sistemi, Akıllı Kart ve araç içi bilgilendirme, güzergah ve araç takip sistemleri ve araç içini ve dışını görebilen kamera sistemlerinin kurulumu işinin 10 yıl boyunca işletme işinin davalı ... tarafından düzenlenen ihale sonrasında üstlendiklerini, davalı idare tarafından sözleşmeden kaynaklı olarak aleyhlerine 1.494.423,00 TL tutarında tahakkuk ettirilip tahsil aşamasına geçildiğini belirterek davalıya gecikme cezası borcunun olmadığına tespitine karar verilmesini istemiş, davalı savunmasında işin davacı tarafından sözleşmede belirtilen sürede tamamlanmadığını, cezanın sözleşmenin 26. maddesine göre belirlendiğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece taraflar arasında imzalanan sözleşmeye göre davalı belediyenin gecikme cezası uygulayabileceği gün sayısı 60 gün olarak sınırlandırılmış olduğundan ve iş zamanında yapılmadığı takdirde belediye tarafından sözleşmeyi fesih yetkisi varken belediyenin sözleşmeyi feshetmediği, cezai şartın talep edilebileceği ancak cezai şart miktarının kalan eksik miktar üzerinden tahsili gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacının davalı tarafa 38.605,92 TL (KDV hariç olmak üzere) gecikme cezası borçlusu olduğunun tespitine karar verilmiş, bu kararın davalı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi tarafından cezai şartın muhammen bedel esas alınmak suretiyle tespiti

gerekirken eksik kalan iş bedeli üzerinden cezai şart hesaplanması sözleşmenin 26.6 maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle davalının istinaf başvurusunun kabulüne, mahkeme kararının kaldırılarak ve davacının davalı belediyenin 11.02.2016 tarihli 23820879-858-E.430 sayılı yazısında belirtilen 1.494.423,00 TL gecikme cezası borcunun 1.138.608,00 TL'lik kısmından borçlu olmadığına tespitine karar verilmiştir.

Taraflar arasında Kahramanmaraş Büyükşehir Belediye Başkanlığı sınırlarında çalışacak olan tüm toplu taşıma araçlarında (otobüs, raylı sistem vb.) Toplu Taşıma Elektronik Ücret Toplama, Akıllı Durak Sistemi, Akıllı Kart ve araç içi bilgilendirme, güzergah ve araç takip sistemleri ve araç içini ve dışını görebilen kamera sistemlerinin kurulumu işi ile ilgili olarak 21.11.2014 tarihli sözleşmenin düzenlendiği ihtilafsız olup, bu sözleşmeye göre işin 01.03.2015 tarihinde bitirilmesi kabul edilmiş, süresinde bitirilmemesi halinde ise, sözleşmenin 26. maddesine göre "yükleniciye en fazla 60 günlük (cezalı) ek süre verilmesi, gecikilen her gün için "muhammen" bedel üzerinden onbinde üç tutarında ceza uygulanacağı kabul edilmiştir. Dosya kapsamına göre işin tamamlanmasının geciktiği, davacıya cezalı ek süre verilmesine rağmen işin bitirilmediği, bu nedenle davalı idare tarafından, davacı aleyhine sözleşme bedeli üzerinden günlük olarak hesaplanan 1.494.423,00 TL ceza tahakkuk ettirildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda öncelikle tahakkuk ettirilen cezanın ne kadarlık süre için kesileceğinin belirlenmesi, bundan sonra miktarının tüm sözleşme bedeli üzerinden mi kalan imalât miktarı üzerinden mi hesaplanacağı konusunun belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşmede işin bitirilmesi gereken tarih açıkça belirlenmiş olup, sürenin bitiminde iş sahibi sözleşmeyi feshetmek zorunda olmayıp yüklenicinin ediminin ifasıyla birlikte cezayı talep edebilecektir. Sözleşmede kararlaştırılan ve en fazla 60 gün olarak kararlaştırılan süre feshedilemeyen süre olup, bu süre içinde ve işin bitirilmemesi halinde teslimi kadar cezanın istenmesi mümkündür. (Emsal

Yargıtay HGK 1991/15-340 E 1991/467 K 09.10.1999 T karar) Bu nedenle ilk derece mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesinin sadece feshedilemeyen dönem için ceza istenebileceğine ilişkin gerekçeleri doğru olmamıştır. Sözleşmenin “Yasaklar ve Cezalar” başlıklı 26. maddesine göre, gecikme cezasının altmış gün ile sınırlı olarak uygulanabileceği, sözleşmede gecikme cezası olarak belirlenen “muhammen bedelin 0,0003 (On binde üç)’ü” olarak ceza kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmede süre yer tesliminden itibaren başlayacak olup 90 gün olarak belirlenmiştir. Davacı yüklenici tarafından yapılması gereken iş süre bitiminde, yani 01.03.2015 tarihinde devreye alınacak olup, bilirkişi raporuna göre işin % 96,5 oranında tamamlandığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 35. maddesinde, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun uygulanacağı kabul edilmiş, kanunun 4. maddesinde “Şartname : Yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri” olarak tanımlanmış, 8. maddede de “Cumhurbaşkanı : a) Tip şartnamelerin genel ve ortak esaslarını belirlemeye, b) Şartnamelere konulmak üzere 7. maddede sayılan hususlarla ilgili veya bunlar dışındaki konularda genel esaslar tespit etmeye, yetkilidir.” denilmiştir. Bu kanun kapsamında Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi düzenlenmiş, anılan şartnamenin 1. maddesinde şartnamenin idareler tarafından yaptırılan her türlü yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel hükümleri tespit ettiği açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre ve ihalenin 2886 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılmış olduğu da dikkate alındığında, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin sözleşmenin eki olarak kabulü gerekir. Bu Şartnamenin 44/6. maddesinde de; “Yüklenici teminat süresi veya yukarıdaki fıkrada söz konusu edilen süre sonunda, idarenin kabul edebileceği gecikmeler dışında, sözleşme ve şartname hükümlerine göre işi kesin kabule elverişli duruma getirmeyerek bir gecikmeye yol açmış ise, idare ya yükleniciye 41. maddede belirtilen şekilde ceza uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekler, ya da gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve

eksiklikleri yüklenici hesabına kendisi giderir.” hükmü bulunmaktadır. Şartname’nin 41. maddesi 6. paragrafta ise “Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde “günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır” ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ötelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksikliklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ötelenir,” hükmü bulunmaktadır. Delil sözleşmesi olan şartnamedeki hükümde “eksikliklerin durumuna göre” ve “sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır” ifadeleri cezanın eksik kalan imalât miktarı üzerinden belirleneceğini ortaya koymakta olup Dairemizin yerleşik uygulamaları da bu yöndedir. (Yargıtay 15. HD’nin 23.12.2004 gün 2004/2040 Esas 2004/6727 Karar, 16.10.2008 gün 2007/6731 Esas 2008/6047 Karar ve 15.06.2011 gün 2010/1876 Esas 2011/5348 Karar, 25.05.2017 gün 2017/841 E 2017/ 2298 Karar sayılı ilâmları) Benzer şekilde Yargıtay 13 HD’nin 25.11.2009 tarihli 2009/8975 E 2009/13832 K sayılı ilamında da “...iş zamanında bitirilmediği/mal teslim edilmediği takdirde geçen her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden %5 oranında gecikme cezası kesilecektir. Kesilecek toplam ceza tutarı hiçbir şekilde ihale bedelini aşamaz hükmü düzenlenmiştir. Maddede geçen “sözleşme bedeli” ifadesini, süresinde teslimi yapılan malzeme bedellerini de kapsayacak şekilde sözleşmenin tüm miktarı olarak değil, sadece sözleşmeye aykırı şekilde “teslimi geç yapılan malzemeye isabet eden bedel” olarak kabul etmek gerekir. “denilmek suretiyle Dairemizin kabulü şeklinde uygulama yapılmıştır. Açıklanan bu gerekçeye göre mahkemece kalan imalât miktarının bedeli üzerinden ve teslimi gereken tarihten teslimin yapıldığı tarihe kadar cezanın hesaplattırılıp sonucuna göre

karar verilmesi gerekirken hüküm altına alınması gerekirken cezayı feshedilemeyen 60 günle sınırlayarak ilk derece mahkemesince kalan imalât üzerinden Bölge Adliye Mahkemesi tarafından da tüm sözleşme bedeli üzerinden cezanın hüküm altına alınması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyize konu Bölge Adliye Mahkemesi kararının HMK 371. maddesi gereğince taraflar yararına BOZULMASINA, 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davacıdan, 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden taraflara iadesine, 6100 sayılı HMK 373. madde hükümleri gözetilerek dosyanın Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'ne, karardan bir örneğinin ise ilk derece mahkemesine gönderilmesine, 16.10.2019 gününde kesin olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.

-K A R Ş I O Y-

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan menfi tespit istemine ilişkin olup, ilk derece mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, davalı tarafından istinaf edilmesi üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi tarafından istinaf başvurusunun kabulüne karar verilmiş, verilen karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında 21.11.2014 tarihli sözleşme imzalanmış olup, sözleşmenin 26/6. maddesi gereğince, yükleniciye en fazla 60 günlük ek süre verilmesi, gecikilen her gün için muhammen bedel üzerinden onbindeüç tutarında ceza uygulanacağı kararlaştırılmıştır. İdare tarafından, yüklenicinin taahhüdünün süresinde ifa edilmemesi nedeniyle, gecikilen süre dikkate alınarak, sözleşmenin muhammen bedelinin 0,0003 bedelinin oranında toplam 1.494.423,00 TL para cezası kesilmiş, davacı yüklenici tarafından kesilen bu cezaya karşı menfi tespit isteminde bulunulmuştur.

Taraflar arasındaki sözleşme süresi dikkate alındığında, yüklenicinin işi 01.03.2015 tarihinde teslim etmesi gerekmekte olup 09.11.2015 tarihinde teslim gerçekleşmiştir. Bu tarihler

arasında gecikme olduğu ve sözleşme gereğince kararlaştırılan cezanın kesilebileceğı açıktır. Taraflar arasında eser sözleşmesi bulunmakta olup davacı tacirdir ve basiretli olarak hareket ettiğı ön kabulü söz konusudur. TBK'nın 26. maddesi gereğince taraflar, bir sözleşmenin içeriğini Kanun da öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Dava konusu olayda da taraflar aralarında düzenlemiş oldukları sözleşmenin içeriğini özgür iradeleri ile belirlemişlerdir. Yine sözleşme içeriğı dikkate alındığında TBK'nın 27. maddesindeki hükümsüzlük halleride söz konusu değildir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 26/6 maddesinde gecikme durumunda gecikilen her gün için muhammen bedel üzerinden 0,0003 tutarında ceza uygulanacağı

kararlaştırılmıştır. Sözleşmede kararlaştırılan muhammen bedel ise, 19.767.500,00 TL'dir. Sözleşmenin 26/6 maddesi gereğince bu bedel dikkate alınarak idare tarafından hesaplama yapılmış ve 1.494.423,00 TL ceza taahhuk ettirilmiştir. Sözleşme gereğince gecikmenin sabit olduğı, gecikilen süre gereğince sözleşmede kararlaştırılan oranda cezanın kesildiğı, hesaplamanın doğru olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerektiğı düşüncemle sayın çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmamaktayım.