

**Davalı cezal  süre içinde
davacıya gönderdiği * tarihli
yazısında ise * takvim günü
cezal  sürenin devam ettiğini
seviyenin * olduğu yalnızca 5
i  iyle çalışıldığını diğer
* bölgesinde çalışan ekibin
olmadığını * ekibin
 cretlerini alamadıklarından
i i yarım bırakıp gittiğini
diğer köylerde de hiçbir
ekibin olmadığını bu çalışma
temposuyla cezal  süre sonu
olan * tarihine kadar i in
bitirilemeyeceğini belirterek
cezal  süre sonunda i 
bitirilmediği takdirde
sözleşme ve Kanun maddelerine**

göre sözleşmenin feshedileceğini bildirimi hk

T.C.

Yargıtay

15. Hukuk Dairesi

Esas No:2013/335

Karar No:2014/651

K. Tarihi:3.2.2014

Mahkemesi :Asliye Hukuk Hakimliği

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

– K A R A R –

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle mahkemece her ne kadar davalı ...'ın 08.02.2011 tarih ve B.02.2TED.101.02.17/823-02-38/1140 sayılı kararı ile tesis edilen işlemin iptâline karar verilmiş ise de davacı yüklenicinin dava dilekçesindeki ve aşamalarındaki beyanları nazara alındığında fesih işleminin haksızlığı ile yüklenici teminatlarına el atılmasına yönelik işlemin haksızlığına karar verildiğinin anlaşılmış olmasına göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 2.068,10 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 03.02.2014 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

-KARŞI OY YAZISI-

Davada, 19.07.2010 günlü eser sözleşmesinin davalı idarenin 04.02.2011 tarihli kararı ile sözleşmenin 17.1.1 ve 4735 sayılı Yasa'nın 20.b maddesine dayanılarak feshedildiği ve kesin teminatların gelir kaydedildiği, 08.02.2011 günlü yazıyla da durumun kendilerine bildirildiği, yapılan işlemlerin haksız ve kötü niyetli olduğu, takdir hakkının kötüye kullanıldığı, açıkça kanuna ve sözleşmeye aykırı davranıldığı iddia edilerek sözleşmenin feshine ve teminatların gelir kaydedilmesine yönelik işlemlerin iptali istenmiştir.

Davalı cevabında, yapılan işlemlerin kanuna ve sözleşmeye uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının sözleşmenin 17.1.1. maddesi uyarınca davacıya ihtar keşide ederek 30 takvim günü cezalı süre vermesi gerekirken bu yükümlülüğün yerine getirildiğine dair dosyaya bir delil sunulmadığı, işin süresi içinde bitirildiğine dair davacının 30.11.2010 tarihli başvurusuna da davalının gecikmeli olarak 04.02.2011 tarihinde cevap verdiği, yapımı gerçekleştirilen işlerin bedeli ile sözleşmebedeli oranlandığında işin yaklaşık %95 seviyede tamamlanmış olduğu gerekçeleri ile dava kabul edilmiş, davalı idarenin 08.02.2011 günlü kararı ile tesis edilen işlemin iptaline karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Tek taraflı irade açıklamasıyla bir hukuki ilişkinin kurulmasını, değiştirilmesini ya da sona erdirilmesini sağlayan, kayıt ve koşula bağlanması mümkün olmayan, kullanıldıktan sonra artık kendisinden dönülemeyen haklara yenilik doğurucu haklar denilmektedir.

Sözleşmeyi fesih hakkı, hukuksal niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih iradesi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu hak kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak dönülemez. Feshedilmiş sözleşmeye fesihten rücu edilmek veya dava açılmak suretiyle geçerlik ve yürürlük kazandırılmaz.

Somut olayda 04.02.2011 günlü fesih kararı davalıya 08.02.2011 günlü yazıyla tebliğ edilmiş, tebliğ tarihi itibariyle sözleşme ilişkisi sona ermiştir. Dava yoluyla feshe yönelik işlemlerin iptal edilmesi, dolayısıyla sözleşmeye geçerlik ve yürürlük kazandırılması mümkün değildir. Sayın çoğunlukla bu konuda bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.

Görüş ayrılığı “sözleşmenin feshi ve teminatların gelir kaydedilmesi işlemlerinin iptali istemiyle açılan eda davasının “sözleşmenin feshinde ve kesin teminatların gelir kaydedilmesinde davalının haksız olduğunun tespiti istemini kapsayıp kapsamadığı, kapsıyorsa davalının fesihte ve teminatların gelir kaydedilmesinde haksız olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Dava, 1086 Sayılı mülga HUMK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde açılmıştır. Mülga HUMK’nın 179. maddesinde dava dilekçesinin hangi hususları içereceği açıklanmış, “açık bir şekilde dava konusu dava dilekçesinin içereceği hususlar arasında sayılmış, 74. maddesinde de hakimin her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremeyeceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde 6100 Sayılı HMK’nın 119/ğ maddesinde “açık bir şekilde talep sonucunun dava dilekçesinde yer alması gerektiği, 26. maddesinde de hakimin tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduğu, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyeceği belirtilerek aynı ilkeler korunmuştur.

Somut olayda davacı talebini “sözleşmenin feshi ve teminatların gelir kaydedilmesi işlemlerinin iptali olarak açıklamıştır. Davacı, sözleşmenin feshine ve teminatların gelir kaydedilmesine ilişkin kararı dava yoluyla iptal ettirerek feshin sonuçlarından kurtulmayı amaçlamaktadır. Davacının, davalı idarenin fesihte ve teminatların gelir kaydedilmesinde haksız olduğunun tespitine dair açık bir tespit talebi bulunmamaktadır. Mahkemece davanın eda davası olduğu kabul edilerek davanın kabulüne, davalı tarafından sözleşmenin feshi ve kesin teminatların gelir kaydedilmesi yönünde tesis edilen işlemin iptaline karar verilmiştir. Kurulan hüküm “tespite değil “edaya yöneliktir.

Ortada fesihte ve teminatın gelir kaydedilmesinde davalının haksız olduğunun tespiti istemiyle açılmış bir tespit davası olmadığı halde, eda davasının tespit istemini de içerdiğinden bahisle, eda kararının tespit

kararına dönüştürülerek onanması isabetli olmamıştır. Davalının fesihte haklı olup olmadığı eldeki davada değil, davacı tarafından "gelir kaydedilen teminat mektuplarının iadesi ya da bedellerinin tahsili istemiyle açılacak eda davasında belirlenecektir. Dava yoluyla feshin iptali istenemeyeceğinden, ortada tespit istemiyle açılmış bir dava da bulunmadığından davanın tümünden reddi gerekir. Bu nedenle sayın çoğunluğun açıklamalı onama görüşüne katılmıyorum.

Diğer yandan sayın çoğunluk, yerel mahkemenin kusur yönünden ulaştığı sonucu aynen benimseyerek sözleşmeyi fesihte ve gelir kaydedilmek suretiyle teminatlara el atılmasında davalı idareyi haksız, diğer bir ifadeyle %100 kusurlu bulmuştur. Bu görüşe katılmak da mümkün değildir. Şöyle ki,

Taraflar arasında imzalanan 19.07.2010 günlü sözleşmenin 10.1 maddesinde sözleşme süresinin işe başlama tarihinden itibaren 80 takvim günü olduğu, 17.1.1 maddesinde de kabul edilen süre uzatılmasını gerektiren haller dışında bakım onarım işlerinin sözleşme ile saptanmış belirli süre içinde bitirilmemesi halinde gecikilen iş nedeniyle idare tarafından 30 takvim günü süreli ihtar çekilerek sözleşme bedelinin binde biri oranında gecikme cezası uygulanacağı, bu sürenin sonunda iş bitirilmediği takdirde 4735 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin feshedileceği kararlaştırılmıştır.

Sözleşmenin 10.1 maddesinde kararlaştırılan 80 takvim günlük sürenin 31.10.2010 tarihinde sona erdiği taraflar arasında çekişmesizdir. Cezalı süre sözleşme süresine dahil olduğundan bu tarihten itibaren verilecek 30 takvim günü cezalı süre de 30.11.2010 tarihinde sona ermiştir.

Sözleşmenin normal süresi sona ermeden 9 gün önce davalı davacıya 22.10.2010 tarihli yazıyı göndererek 20.10.2010 tarihinde yapılan kontrolde işin çok yavaş ilerlediğinin tespit edildiğini, iş programına göre seviyenin %90 olması

gerekirken %45 olduğunu, işin bu hızda devam ettirilmesi halinde sözleşmede kararlaştırılan 31.10.2010 tarihinde bitirilemeyeceğini belirterek işe hız verilmesini, aksi takdirde sözleşmenin ilgili maddelerinin uygulanacağını bildirmiştir.

Davalı cezalı süre içinde davacıya gönderdiği 23.11.2010 tarihli yazısında ise 30 takvim günü cezalı sürenin devam ettiğini, seviyenin %59 olduğunu, ... köyünde 5 trafo bölgesi olduğu halde yalnızca 5 işçiyle çalışıldığını, Taşpınar köyünde çalışan ekibin olmadığını, Kırmataş köyündeki ekibin ücretlerini alamadıklarından işi yarım bırakıp gittiğini, diğer köylerde de hiçbir ekibin olmadığını, bu çalışma temposuyla cezalı süre sonu olan 30.11.2010 tarihine kadar işin bitirilemeyeceğini belirterek cezalı süre sonunda iş bitirilmediği takdirde sözleşmenin 17.1.1 ve 4735 sayılı Kanun'un 20 (b) maddelerine göre sözleşmenin feshedileceğini bildirmiştir.

Cezalı süre dolduktan davalı elemanlarınca çalışma sahaları kontrol edilerek 18.01.2011 günlü tutanaklar tutulmuş, tutanaklarda bir kısım köylerde hiçbir çalışma yapılmadığı, çalışma yapılan köylerde ise direklerle boyanın iki kat olarak vurulmadığı, korkuluk ve topraklama imalatlarının yapılmadığı, yapılan işlerde eksik ve ayıpların bulunduğu tespit edilmiştir.

Yapılan kontrollerden sonra davalı iş sahibi 04.02.2011 tarihli olurla sözleşmeyi feshetmiş, kesin teminatı ve malzeme kesin teminatını gelir kaydetmiştir. Fesih, sözleşmenin 17.1.1 ve 4735 Sayılı Yasa'nın 20.(b) maddelerine dayandırılmıştır. Fesih nedeni olarak davacının cezalı süre sonuna kadar işi tamamlayamadığı, işte boya, korkuluk, topraklama vs. eksikler olup bu eksiklerin giderilmediği, demontaj malzemelerinin de tam olarak iade edilmediği, fesih koşullarının gerçekleştiği gösterilmiştir.

Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmadan davalı fesihte tam kusurlu kabul edilmiştir. Davalının 22.10.2010 ve 23.11.2010 tarihli yazıları karşısında davacıya 30 takvim günü cezalı süre verilmediği kabul edilemez. Mahkemece varılan

sonuç, teknik incelemeye ve uzman bilirkişi raporuna dayanmadığı gibi dosya kapsamına da uygun düşmemektedir. Davalı yanca gösterilen fesih nedenlerinin yerinde olup olmadığı, fesih tarihine kadar işin geçici kabule hazır hale getirilip getirilmediği, işte eksik ve ayıp bulunup bulunmadığı, yüklenici tarafından iade edilmeyen demontaj malzemesi olup olmadığı, feshin yasa ve sözleşme hükümlerine uygun bulunup bulunmadığı, varılacak sonuçlara göre davalının fesihle haklı olup olmadığı hukuk bilgisinden çok teknik bilgiyi ve incelemeyi gerektirdiğinden bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur. İş sözleşme süresi ve cezalı süre içinde tamamlamadığı, eksik ve ayıplı yaptığı, demontaj malzemelerini de tam olarak iade etmediği ileri sürülen davacı hakkındaki iddialar yasal delillerle çürütülmeden davacının kusursuz sayılması ve fesihteki tüm kusurun davalıya yükletilmesi doğru olmamıştır. Fesihle tarafların hangi oranda kusurlu olduklarının bilirkişi incelemesi yapılarak belirlenmesi gerekir. Bu yönden de sayın çoğunluğun görüşüne iştirak etmiyorum.