

Yapılması gereken nefaset kesintisinin yapılmaması; geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa işin bu haliyle de kabul edilebileceği; ancak, yapılan işlerin boyutları, emeğin değeri ve malzemesi daha az ise bedelinin ona göre ödeneceği ve malzemesi

şartnameye uymayan işlerin bedellerinin hakedişlerden kesileceği (uygulamadaki adıyla nefaset kesintisi yapılacağı) hususu tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmuştur.

Kamu İdaresi Türü	Yüksek Öğretim Kurumları
Yılı	2013
Dairesi	2
Karar No	35289
İlam No	133
Tutanak Tarihi	5.2.2015
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar

Anahtar teslim götürü bedel yapım işinde teknik şartnameye aykırı malzeme kullanılması

..... A.ř. yüklenimindeki TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel “..... Yerleşkesi Rektörlük Binası Yapılması” işinde; dış cephede mineral dolgulu alüminyum kompozit yerine düşük yoğunluktaki polietilen + mineral dolgulu panel kullanıldığı görülmüştür.

İşe ait Alüminyum Kompozit Levha Teknik Şartnamesinde, alüminyum kompozitin, her biri 0,5 mm kalınlığında iki alüminyum levha arasında lamine edilmiş özel alev almaz mineral katmandan oluşması ve (B2) sınıfı yangına dayanıklılık sertifikasına sahip olması öngörülmüştür.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı rayiçlerinde, alüminyum kompozit için 04.715/3D poz nolu polietilen dolgulu ve yangın sınıfı en az "C-s3,d2" olan ve 04.715/3D/1 poz nolu mineral dolgulu yangın sınıfı "A2-s1, d0" olan iki farklı malzemeye yer verilmiştir. Buna göre polietilen dolgulu alüminyum kompozitler (C) yangın sınıfında olabilecekken mineral dolgulu alüminyum kompozitler (A2) yangın sınıfındadır.

Ancak Alüminyum Kompozit Levha Teknik Şartnamesinde bir yandan alüminyum kompozitin özel alev almaz mineral katmandan oluşacağı belirtilmişken diğer yandan da (B2) sınıfı yangına dayanıklılık sertifikasına sahip olması istenmiştir.

Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4 üncü maddesinde; (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

...

bbb) Yapı yüksekliği: Bodrum katlar, asma katlar ve çatı arası piyesler dâhil olmak üzere, yapının inşa edilen bütün katlarının toplam yüksekliğini,

ccc) Yüksek bina: Bina yüksekliği 21.50 m'den, yapı yüksekliği 30.50 m'den fazla olan binaları,

...

İfade eder." denilmektedir.

Aynı Yönetmeliğin "Cepheler" başlıklı değişik 27 nci maddesinde; "Dış cephelerin, yüksek binalarda zor yanıcı malzemeden ve diğer binalarda ise en az zor alevlenici malzemeden olması gerekir. ..." hükmüne yer verilmiştir.

Yine Yönetmeliğe ekli “Ek-2/Ç Yapı Malzemelerinin TS EN 13501-1 ve TS EN 13501-5’e Göre Yanıcılık Sınıfları” tablosunda “Zor Yanıcı” döşemeler dışındaki yapı malzemeleri için yanıcılık sınıfı “A2 – s1, d0” olarak belirlenmiştir.

Yapılan incelemede, söz konusu Rektörlük Binasının birbirinden dilatasyonlarla ayrılmış A, B, C, D olmak üzere (4) bloktan oluştuğu, bunlardan A bloğun bina yüksekliğinin 27,35 metre ve yapı yüksekliğinin 30,35 metre, B bloğun bina yüksekliğinin 23,85 metre ve yapı yüksekliğinin 30,35 metre olduklarından Yönetmeliğe göre yüksek bina tanımına uydukları ve bu bloklarda toplam 2.713,68 m² kompozit panel imalatı bulunduğu, diğer iki bloğun Yönetmeliğe göre yüksek bina tanımına girmedikleri, sorgudaki kamu zararının tüm blokların yüksek bina olarak değerlendirilerek hesaplandığı, yüklenici tarafından kullanılan panel düşük yoğunluktaki polietilen + mineral dolgulu olduğundan hesaplamalarda bu rayiçlerin kullanılmaması gerektiği, panel için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı rayiçlerinin kullanılmadığı, piyasa fiyatlarının kullanılmış olduğu, yaklaşık maliyetin hazırlandığı 2011 yılı rayiçlerinde mineral dolgulu kompozit panel kaplamasını tarifleyen 04.715/3D/1 pozu bulunmadığı, bu nedenlerle söz konusu imalatla ilgili yapılması gereken kesintide piyasa fiyatlarının kullanılması gerektiği, yüksek yapılar için kullanılacak A2 sınıfı tam mineral dolgulu kompozit panelin piyasa rayici ve yüklenicinin kullandığı mineral dolgu + düşük yoğunluklu polietilen dolgu kompozit panellere ait piyasa fiyatlarının proforma faturalarla tevsik edildiği, buna göre de tam mineral dolgulu kompozit panelin 33\$/m², mineral dolgu + düşük yoğunluklu polietilenin 22\$/m² olduğu, proforma faturalardaki fark olan 33-22=11\$/m² kullanılarak kamu zararının hesaplanmasının gerektiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, A.Ş. yüklenimindeki TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel “..... Yerleşkesi Rektörlük Binası Yapılması” işinde;

a) Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmeliğe göre, C

ve D bloklar yüksek bina tanımına girmediğinden ve kullanılan malzemenin teknik şartname gereklerini taşıdığından buralardaki sorgu konusu imalatlarla ilgili olarak yapılan ödemelerin yasal düzenlemelere uygun olduğuna,

b) A ve B bloklarda dış cephede mineral dolgulu alüminyum kompozit yerine düşük yoğunluktaki polietilen + mineral dolgulu panel kullanılması sonucu oluşan ve hesabı aşağıda gösterilen toplam TL'lik kamu zararının Harcama Yetkilisi (Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkan V.) ile Gerçekleştirme Görevlileri (Yapım Şube Müdürü), (İnşaat Mühendisi) 'na müştereken ve müteselsilen, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizi ile ödettirilmesine,

Sorgu konusu yapılan TL'den, yukarıda tazmin hükmolunan miktar dışında kalan TL için ilişik bulunmadığına,

Oybirliğiyle,

Kamu İdaresi Türü	Yüksek Öğretim Kurumları	
Yılı	2013	
Dairesi	2	
Dosya No	40196	
Tutanak No	42489	
Tutanak Tarihi	14.12.2016	
Kararın Konusu	İhale Mevzuatı ile İlgili Kararlar	

Yapılması gereken nefaset kesintisinin yapılmaması;

1- 133 sayılı İlamın 1. maddesiyle; ... yüklenimindeki ... TL sözleşme bedelli anahtar teslim götürü bedel sözleşme bedelli

“... Yerleşkesi Rektörlük Binası Yapılması” işinde; dış cephede mineral dolgulu alüminyum kompozit yerine polietilen dolgulu alüminyum kompozit kullanıldığı gerekçesiyle ... TL’nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

Sorumlu, temyiz dilekçesinde özetle; ihale eki özel teknik şartnamede yer alan YFA 27 Poz No.lu “Alüminyum Kompozit Panelden Cephe Kaplaması Yapılması” imalatı tarifinde:

“• Kompozit panel alt karkası düşey ve yatayda taşıyıcı ankraj elemanları olarak 30×40 mm. ebatlarında 1,5 mm. et kalınlığında galvaniz kutu profillerinden imalatı yapılacaktır.

• Her biri 0,5 mm. kalınlığında iki alüminyum levha arasında lamine edilmiş özel alev almaz mineral katmandan oluşan 4 mm. kalınlığında,

• Isı dayanımı -50 ile +80 C, genleşme değeri 2,4 mm/m/100 K, ses iletme kaybı 26 DB, 0,05 ses emme faktörü, esneme mukavemeti 4,5 kg/mm

• DİN 4102-B2 normunda yangına dayanıklılık sertifikası bulunan

• Görünür dış yüzü tekniğe uygun PVDF boyalı olan

• Alt yüzü en az 5 mikron astar boyalı ve burada üretim tarihi, kodlu yazılı olan

• Üreticisinin ISO 9001 kalite belgesi bulunan alüminyum kompozit panellerden oluşacaktır. ”

Denildiğini, yüklenicinin onaya sunduğu imalatta kullanılan malzemenin şartnamedeki bu değerleri karşıladığı gibi iki levha arasındaki malzemenin de mineral katkılı olduğu görülerek malzemeye onay verilmiş ve imalatta kullanılmış olduğunu, bu nedenle kompozit panelden cephe kaplaması yapılmasının, alüminyum kompozit levha teknik şartnamesindeki nitelikleri karşılamakta olduğunu, ayrıca idarece onaylanıp

uygulaması yaptırılan malzemenin şartnamedeki DİN 4102-B2 normunda bulunması sebebiyle kamu zararı da oluşmadığını, yüklenicinin söz konusu işi, sözleşme ve eki teknik şartnamelere uygun olarak yaptığını, takdir edileceği üzere; teknik şartnamelerde yer almayan işlerin yükleniciye yaptırılması imkânı olmadığı gibi, teknik şartnamelerde yer almayan başkaca mevzuatlarda düzenlenen hususlardan dolayı taraflarına bir mali sorumluluk doğmaması gerektiğini, 5018 sayılı Kanunda yer alan kamu zararı tarifine uyan bir kamu zararı oluşmadığını, sonuç olarak, teknik şartnamede yer verilmeyen bir husus ile imalat (ödemesi) arasında bir illiyet bağı kurma imkanı bulunmadığını, tazmin hükmünün kaldırılmasının hakkaniyete uygun olacağını, kaldı ki; söz konusu imalatların teknik şartnamede tarif edilen tüm niteliklere uygun olarak yaptırıldığını, diğer yandan, yüklenici ile yapılan şifahi görüşmelerde yüklenicinin, ihale tekliflerini teknik şartnameye göre verdiklerini, imalatın da teknik şartnamede tarif edildiği gibi yapıldığını belirtmekte olduklarını, şu halde anılan imalatın şartnamelere uygun olduğundan kamu zararı oluşmadığını, bu nedenlerle herhangi bir kamu zararı oluşmadığından; tazmin hükmünün kaldırılması gerektiğini dile getirmiştir.

Başsavcılık karşılamasında özetle; dilekçede; ... Yerleşkesi Rektörlük Binası Yapılması işinin mevzuatına uygun olarak yapıldığı, kullanılan malzemenin aynı evsafa olduğu ve yapılan işle ilgili olarak bir kamu zararının olmadığı belirtilerek, verilen tazmin hükmünün kaldırılmasının talep edildiği ifade edildikten sonra, ortaya konulanların Daire yargılaması aşamasında değerlendirildiği gerekçesiyle temyiz talebinin reddi ile verilen tazmin hükmünün tasdikine karar verilmesinin uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

Sorumlu, Başsavcılık karşılmasına yanıt olarak gönderdiği ikinci temyiz dilekçesinde özetle; birinci savunmasında da belirtildiği üzere; Rektörlük Binası Yapılması işinin mevzuatlara uygun olarak yapıldığını, kullanılan malzemenin

aynı evsafa olduğunu ve yapılan iş ile ilgili olarak bir kamu zararı olmadığını söylemek suretiyle tazmin hükmünün kaldırılması isteminde bulunmuştur.

Başsavcılık ikinci karşılamasında özetle; dilekçede adı geçen tarafından ileri sürülen hususların önceki mütalaada belirtilen görüşlerin değiştirilmesini sağlayacak bir mahiyet taşımaması hasebiyle yargılamanın söz konusu mütalaaya göre karara bağlanmasının uygun olacağı mütalaa edilmiştir.

İlamın bu maddesi ile ilgili olarak fer'i müdahil olarak duruşmaya katılma talebi bulunan ... adına ..., kendisine 28.11.2016 tarihli yazıyla duruşma tebligatı yapılmasına rağmen duruşmaya katılmamış olup, dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü:

İhale eki özel teknik şartnamede yer alan YFA 27 Poz No.lu "Alüminyum Kompozit Panelden Cephe Kaplaması Yapılması" imalatı tarifinde:

"• Kompozit panel alt karkası düşey ve yatayda taşıyıcı ankraj elemanları olarak 30×40 mm. ebatlarında 1,5 mm. et kalınlığında galvaniz kutu profillerinden imalatı yapılacaktır.

• Her biri 0,5 mm. kalınlığında iki alüminyum levha arasında lamine edilmiş özel alev almaz mineral katmandan oluşan 4 mm. kalınlığında,

• Isı dayanımı -50 ile +80 C, genleşme değeri 2,4 mm/m/100 K, ses iletme kaybı 26 DB, 0,05 ses emme faktörü, esneme mukavemeti 4,5 kg/mm

• DİN 4102-B2 normunda yangına dayanıklılık sertifikası bulunan

• Görünür dış yüzü tekniğe uygun PVDF boyalı olan

• Alt yüzü en az 5 mikron astar boyalı ve burada üretim tarihi, kodlu yazılı olan

- Üreticisinin ISO 9001 kalite belgesi bulunan alüminyum kompozit panellerden oluşacaktır. ”

Denilmekte olup, temyize esas ilamda; yapım işinin gerçekleştirildiği Rektörlük Binasının birbirinden dilatasyonlarla ayrılmış A, B, C, D olmak üzere (4) bloktan oluştuğu, bunlardan A bloğun bina yüksekliğinin 27,35 metre ve yapı yüksekliğinin 30,35 metre, B bloğun bina yüksekliğinin 23,85 metre ve yapı yüksekliğinin 30,35 metre olduklarından Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmeliğin ilgili maddelerine göre yüksek bina tanımına uydukları ve bu bloklarda toplam 2.713,68 m² kompozit panel imalatı bulunduğu, diğer iki bloğun yönetmeliğe göre yüksek bina tanımına girmedikleri, sorgudaki kamu zararının tüm blokların yüksek bina olarak değerlendirilerek hesaplandığı, yüklenici tarafından kullanılan panel düşük yoğunluktaki polietilen + mineral dolgulu olduğundan hesaplamalarda bu rayiçlerin kullanılmaması gerektiği, panel için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı rayiçlerinin kullanılmadığı, piyasa fiyatlarının kullanılmış olduğu, yaklaşık maliyetin hazırlandığı 2011 yılı rayiçlerinde mineral dolgulu kompozit panel kaplamasını tarifleyen 04.715/3D/1 pozu bulunmadığı, bu nedenlerle söz konusu imalatla ilgili yapılması gereken kesintide piyasa fiyatlarının kullanılması gerektiği, yüksek yapılar için kullanılacak A2 sınıfı tam mineral dolgulu kompozit panelin piyasa rayici ve yüklenicinin kullandığı mineral dolgu + düşük yoğunluklu polietilen dolgu kompozit panellere ait piyasa fiyatlarının proforma faturalarla tevsik edildiği, buna göre de tam mineral dolgulu kompozit panelin ... \$/m², mineral dolgu + düşük yoğunluklu polietilenin ... \$/m² olduğu, proforma faturalardaki fark olan ... - ... = ... \$/m² kullanılarak kamu zararının hesaplanmasının gerektiği belirtilmiş ve buna göre yapılan hesaplama sonucunda tazmin hükmü verilmiştir.

Görüleceği üzere, tazmin hükmüne esas ilamın ana konusu; yüksek bina tanımına giren A ve B bloklarda dış cephede mineral dolgulu alüminyum kompozit yerine düşük yoğunluktaki

polietilen + mineral dolgulu panel kullanılması olup, bu durumda, ihale dosyası ekinde yer alan teknik özelliklere uygun olarak yapılmayan imalat için ihale tarihinde yürürlükte olan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin ilgili maddeleri devreye girmektedir.

Bu maddeler; 'Sözleşme ve eklerine uymayan işler' başlıklı 23 üncü (Y.İ.G.Ş.'nin 05.03.2009 tarihi öncesinde 24 üncü), 'Hatalı, kusurlu ve eksik işler' başlıklı 24 üncü (Y.İ.G.Ş.'nin 05.03.2009 tarihi öncesinde 25 inci) ve 'Geçici kabul' başlıklı 41 inci (Y.İ.G.Ş.'nin 05.03.2009 tarihi öncesinde 42 nci) maddeleri devreye girmektedir. Adı geçen maddelerden 23 üncü maddede aynen:

“(1) Yüklenici projelerde kendiliğinden hiç bir değişiklik yapamaz. Proje ve şartnamelere uymayan, eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen işleri yüklenici, yapı denetim görevlisinin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya yıkp yeniden yapmak zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir. Bununla birlikte, yüklenici tarafından proje ve şartnameden farklı olarak yapılmış olan işlerin, fen ve sanat kurallarına ve istenen özelliklere uygun oldukları idarece tespit edilirse, bu işler yeni durumları ile de kabul edilebilir. Ancak bu takdirde yüklenici, daha büyük boyutta veya fazla miktarda malzeme kullandığını ve daha fazla emek harcadığını öne sürerek fazla bedel isteyemez. Bu gibi hallerde hakediş raporlarına, proje ve şartnamelerde gösterilen veya yazılı talimatla bildirilen boyutlara göre hesaplanmış miktarlar yazılır. Bu şekilde yapılan işlerin boyutları, emeğin değeri ve malzemesi daha az ise bedeli de ona göre ödenir.”

25 inci maddede:

“...

(2) Sorumluluğu yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu ve malzemesi şartnameye uymayan işlerin bedelleri, geçici hakedişlere girmiş olsa bile, yüklenicinin daha sonraki hakedişlerinden veya kesin hakedişinden ya da teminatından kesilir.”

41 inci maddede ise:

“...

(12) Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa yüklenicinin varsa hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.”

Denilmek suretiyle geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa işin bu haliyle de kabul edilebileceği; ancak, yapılan işlerin boyutları, emeğin değeri ve malzemesi daha az ise bedelinin ona göre ödeneceği ve malzemesi şartnameye uymayan işlerin bedellerinin hakedişlerden kesileceği (uygulamadaki adıyla nefaset kesintisi yapılacağı) hususu tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmuştur.

Nitekim iki imalattan doğan farkın hakedişlerden kesilmesi hususu, sorgu aşamasında sorumlularca da kabul edilmiş ve tevsik edilen proforma faturalar doğrultusunda buna göre bir

kesinti hesabı yapılmış, ilamda da kamu zararı tutarına bu hesap esas alınmıştır.

Bu bağlamda, iki levha arasındaki malzemenin de mineral katkılı olduğu görülerek onay verilen imalatın sorumluların ifade ettiği gibi teknik şartnamesinde belirtilen imalatla aynı evsafa olduğundan bahsetmek imkânsızdır. Çünkü, işe ait Alüminyum Kompozit Levha Teknik Şartnamesinde, alüminyum kompozitin, her biri 0,5 mm kalınlığında iki alüminyum levha arasında lamine edilmiş özel alev almaz mineral katmandan oluşması ve (B2) sınıfı yangına dayanıklılık sertifikasına sahip olması öngörülmüş olup, imalatın tamamında mineral dolgulu alüminyum panel kullanılması gerektiği açıktır. Kaldı ki, yapılan imalatların aynı evsafa olduğuna yönelik herhangi sübut bir delil de sunulmamıştır.

Tüm bu hususların yanı sıra, Kurulumuza duruşma günü öncesinde gönderilen dilekçe ile tazmin tutarının, -anapara + faizi ile birlikte (... + ...) ... TL olarak- belirtilen işe ait (idare uhdesinde tutulan) % 3 karşılıklardan mahsup edilmek suretiyle tahsilatının ve buna ilişkin gelir kaydının yapıldığı bildirilmekte ise de; hüküm tarihinden sonra yapılan söz konusu tahsilat ilam hükmünün infazı mahiyetinde olup, bu konuda Kurulumuzca yapılacak işlem bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin yukarıda belirtilen hükmü karşısında imalatta düşük yoğunluktaki polietilen + mineral dolgulu panel kullanılmasından doğan farkın (uygulamadaki adıyla nefaset kesintisi olarak) hakedişlerden kesilmesi gerektiğine yönelik Daire yargılaması aşamasında yapılan değerlendirmeler yerinde olduğundan; sorumlunun temyiz savunmasındaki iddialarının reddedilerek 133 sayılı İlâmın 1. maddesiyle verilen ... TL'nin tazminine ilişkin hükmün TASDİKİNE;

(Üyeler ..., ..., ..., ... ve ...'ın; "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki "aleyhte bozma yasağının" söz konusu somut olayda uygulanamayacağı düşüncesi temel alınmak suretiyle ilamdaki

‘Denetçi Görüşü’ kısmında da belirtildiği üzere; tazmine konu olan kamu zararının dayanağı Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik değil; bizzat işe ait teknik şartnamenin kendisidir. İşe ait teknik şartnamede imalatın alüminyum kompozit mineral katmandan oluşacağı açıkça belirtilmiştir. Sorgu aşamasında yapılan savunmada ise söz konusu malzemenin mineral dolgu+düşük yoğunluklu politetilen karışımından oluştuğu kabul edilmiş ve bunların piyasa fiyatlarının farklı olduğu proforma faturalarla tevsik edilmiştir. Dolayısıyla, kamu zararı hesabına esas alınacak metraj açısından iki bloğun yüksek bina sınıfına girmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, ilam aşamasında kamu zararı tutarından çıkarılan iki bloğa ait kaplamalara ilişkin kamu zararı tutarının da hesaba dahil edilerek toplam kamu zararı tutarının ... TL olmasını teminen tazmin hükmünün bozularak Dairesine gönderilmesi gerekmektedir.” ve

Üye ...’ın; temel olarak yukarıda belirtilen “bozma” görüşüne uymakla birlikte “bozma”nın nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin birtakım görüş farklılıklarım bulunmakta olup bunlar şu şekildedir;

“Türk hukukunda ‘aleyhe bozma yasağı’ na açık bir şekilde yer veren tek usul kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunudur. Adı geçen Kanunun 283 üncü maddesine göre, “İstinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.” Aleyhe değiştirme (bozma) yasağının, ceza yargılamasında aynı şekilde temyiz ve yargılamanın yenilenmesi yolları bakımından da geçerli olduğu yasal düzenlemelerde belirtilmiştir. Bu çerçevede, ceza muhakemesinde, temyize ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 307 nci maddesinin dördüncü fıkrasında; yargılamanın yenilenmesine ilişkin olarak ise, aynı Kanunun 323 üncü maddesinin ikinci fıkrasında; bu yollara sadece sanık veya hükümlü tarafından yahut onun lehine olarak başvurulmuş olması halinde, önceki hükümden daha ağır bir cezaya hükmolunamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Ancak, aynı Kanunun 302 nci maddesinde;

“... (2) Yargıtay, temyiz edilen hükmü, temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar. Bozma sebepleri ilamda ayrı ayrı gösterilir.

(3) Hüküm, temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık halleri de ilamda gösterilir.”

Denilmektedir.

Görüldüğü üzere, “aleyhe değiştirme (bozma) yasağı” maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayıp, yalnızca kanun yoluna baş-vuran sanığa daha fazla ceza verilmesine engel olmaktadır.

Diğer taraftan, hukuk yargılaması yönünden, ne 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, ne de 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda “aleyhe bozma yasağı” açık bir hükümle düzenlenmiş değildir.

Medeni usul hukukunda böyle bir yasağın mevcudiyetini açık şekilde düzenleyen hükümler değil, sadece bu yasağın kendilerinden sonuç olarak çıkarıldığı müesseseler ile bunlara ilişkin (dolaylı) düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin başında, esas itibarıyla mahkemenin tarafların talepleriyle bağlı olmasını öngören “taleple bağlılık” kuralı ve bunu öngören Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26 ncı maddesi yer alır. Bu maddede;

“(1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir

(2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.”

Denilmektedir.

Buna karşılık, taleple bağıllık ilkesinin temyiz incelemesi bakımından da geçerli olduğu sonucuna ulaşmak için bu kadar açık bir düzenleme yoktur. Hatta, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 369 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, ilk bakışta tam tersine bir sonucun öngörülmüş olduğu düşünülebilir.

Bu hükme göre Yargıtay, sanık ve müdafii temyiz dilekçesinde göstermese dahi, bozma sebebi ile bağlı olmamalı, dosya incelemesinden anlaşılan tüm hukuka aykırılıkları dikkate alıp bozma sebebi yapabilmelidir.

Ancak; Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarında; “hükmün temyiz edenin aleyhine bozulması halinde, hükmü temyiz etmemiş olan diğer taraf lehine karar verilmiş olacağı, bu durumun hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olduğu, talep dışı karar veremeyeceği ilkesine aykırı düşeceği (1086 s.H.U.M.K.m.74; 6100 s.HMK. m.25,26), usuli kazanılmış hakların zedeleneceği” yaklaşımı ile aleyhe bozma yasağının hukuk usulünde de geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Genel kural “aleyhe bozma yasağı” ise de, kamu düzenine dair hususlar hakkında aleyhe bozma yasağının uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Kamu düzenine dair hususları hâkim (ve Yargıtay) kendiliğinden gözetmek ile yükümlü olduğundan Yargıtay’ın, kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hükmü temyiz edenin aleyhine (temyiz etmemiş olan tarafın lehine) bozması mümkündür.

Konu, Sayıştay yargılaması açısından değerlendirildiğinde;

Sayıştay yargılamasının amacı, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu ile atıfta bulunulan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda ; “kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya

eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” şeklinde tanımlanan “kamu zararı”nın ortaya çıkarılması ve sorumlularından tazmini olup; bu işlev, kamu düzeni ile ilgili bir husustur. Yanlış veya farklı değerlendirmeler sonucunda Denetçi ve/veya Daire tarafından görülemeyen yasaya aykırılıkların Temyiz Kurulunca tespit edilmesi sonucunda kamu zararının mahiyetinde ve buna bağlı olarak miktarında artış meydana gelmesi durumunda “aleyhe bozma yasağı” olduğu gerekçesi ile bu hususların ortaya konulamaması, bizatihi kanuna aykırılık teşkil edecektir. 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 55 inci maddesinde sayılan temyiz sebeplerinden birisi de, “kanuna aykırılık”tır. Böyle bir durumda, 6085 sayılı Kanunun atıfta bulunduğu Hukuk Muhakemeleri Kanununun 369 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan; “Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, Temyiz Kurulunun temyiz olunan konuyla ilintili ve bağlantılı olarak Dairece görülemeyen ve değerlendirilemeyen kanuna aykırılıkları da re’sen değerlendirmesi ve gerekirse Daire kararını bu yönü ile bozması gerekmektedir.

Böyle bir durumda, “sorumlunun aleyhine sonuç doğuracağı endişesi ile kanun yoluna gitmekten çekinmesini önlemek” gibi bir gerekçeye sığınılarak aleyhe bozma yasağının kabul edilmesi yerinde değildir.

Sayıştay yargılamasında amaç; “sorumlunun durumunu güvence altına almak” olmayıp, adaletin gerçekleştirilmesi ve kamu zararının tazminidir. Eğer sorumlu kanun yoluna başvurmuş ise aleyhe sonuca da katlanmalıdır.

Öte yandan, Sayıştay Dairelerince ittihaz olunan kararların yargılamanın iadesi yolu ile görüşülmesi sonucu sorumlular hakkında verilen hükmün ağırlaştırılması yoluna gidilebilmesi Sayıştay’da yerleşmiş bulunan teamüle uygun görüldüğünden, kanuna aykırı bulunan bir kararın Temyiz Kurulunca temyiz

edenin aleyhine sonuç doğuracak şekilde bozulmasında ve Dairenin ise Temyiz Kurulu Kararına uygun şekilde karar vermesinde hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir.

Ancak, “aleyhe bozma”yı gerektirecek bir durum ortaya çıktığında, sorumlunun veya sorumluların yeniden savunmalarının alınması gerekir. Aksi halde, sorumlu veya sorumlular, savunması alınmadan daha ağır bir sonuç ile karşılaşmış olacaktır ki bu da “vicahilik ilkesine” aykırı olur.

Bu itibarla, “aleyhe bozma yasağı” kuralının söz konusu somut olayda uygulanamayacağı düşüncesi temel alınmak suretiyle; ilamdaki ‘Denetçi Görüşü’ kısmında da belirtildiği üzere, ilam aşamasında kamu zararı tutarından çıkarılan iki bloğa ait kaplamalara ilişkin kamu zararı tutarının da hesaba dahil edilerek, bu hususa ilişkin olarak gerekirse sorumluların savunmalarının alınmasını müteakip, yeniden yapılacak yargılama ile hüküm tesis edilmesini teminen Daire kararının bozulması gerekmektedir.”

Şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı) oy çokluğuyla,