

# **İdare işin gerçekleştirilmesi için gerekli edimini yerine getirmediği takdirde, idarenin sözleşmenin feshinde kusurlu olduğu**

**Karar Özeti**

.

**Karar**

**– K A R A R –**

**Yargıtay 15.HD.**

**E: 2011/1338**

**K: 2011/8089**

**T: 01.04.2010**

Dava, davalıya verilen teminat mektubunun iadesi istemiyle açılmış; mahkemece, davanın reddine karar verilmiş ve verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, taraflar arasında; "Yıldızeli-Sivas ayrımı havaalanı yolu alttemel, temel yapılması, mıcır temini ve nakli işinin" yapımı için yanlar arasında 30.10.2007 tarihli sözleşme imzalandığını ve Şekerbank Kayseri Şubesi tarafından düzenlenen 25.10.2007 tarihli ve 2007/17002661 numaralı ve 93.000,00 TL tutarlı kesin teminat mektubunun davalıya verildiğini; ancak, yüklenilen işin davalı idarenin kusuru sonucu tamamlanamadığını, idarenin haksız olarak sözleşmeyi feshettiğini, ihtiyati tedbir kararı alınarak

teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlendiğini ileri sürerek teminat mektubunun davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili ise, savunmasında özetle; yanlar arasındaki sözleşmenin feshinde davalının haklı olduğunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine uygun şekilde sözleşmenin fesih olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yanlar arasında 30.10.2007 tarihli sözleşme yapılmıştır. Davacı yüklenici; davalı ise iş sahibidir. Yukarıda belirtilen ve sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işin yapımını davacı yüklenmiştir. Ancak, davalı iş sahibi, 16.12.2008 tarihli yazısı ile 08.10.2008 tarihinde gönderilip davacıya 16.10.2008 tarihinde tebliğ olunan ihtarnamede öngörülen 20 gün içinde işin tamamlanmaması ve ayrıca 06.11.2008 tarihinde yerinde yapılan tespite göre işyerinde yüklenicinin şantiyesinin ve konkasör tesisinin bulunmadığını gerekçe gösterilerek sözleşmenin feshini davacıya bildirmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi hükmü gereğince, yanlar arasındaki sözleşme, bir eser sözleşmesi olup, ekleri ise sözleşmenin 9.2. maddesinde gösterilmiştir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi de sözleşme eklerinin birinci sırasında yer almıştır.

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu sunulan 19.02.2010 tarihli bilirkişi kurulu raporunda; **davacı yüklenicinin, alttemelin yüklenici firma tarafından serilmeye başlayabilmesi için davalı idarenin, sanat yapılarının ve toprak işlerini alttemel seviyesinde bitirmiş olmasının, kot kontrolü ve ince reglaj yeni sıfırlama işini yapmasının ve ayrıca yolun kotunda maksimum (+ -) 2 cm fark olmasının zorunlu olduğu açıklanmıştır. Bu işlerin ise, yanlar arasındaki sözleşmenin konusu olmadığı, sözleşmenin 3. maddesi hükmünden açıklıkla anlaşılmaktadır. O halde, belirtilen bu işlerin davalı iş sahibi tarafından öncelikle yapılması**

gerekmektedir. Başka bir anlatımla bu işler, davalının öncelikli edimi kapsamında bulunmaktadır. Davalı iş sahibi tarafından, 18.01.2008 tarihli â€œolurâ€ ile 20.05.2008 tarihine; 20.05.2008 tarihli â€œolurâ€ ile de toprak işlerinin emanet olarak yapılmasına başlanmış olması sebebiyle 27.09.2008 tarihine kadar davacıya cezasız süre uzatımı verilmiştir. Bu işlerin yapımı için de dava dışı başka bir yüklenici ile 30.10.2008 tarihinde sözleşme yapılmıştır. Bu hususlar değerlendirildiğinde; davalı iş sahibinin önceki edimi kapsamındaki işleri davacının tüm ihtarlarına karşın yapmadığı açıklıkla anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi hükmü gereğince, öncelikli edimini ifa etmeyen sözleşmenin tarafı, sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça, karşı edimin ifasını sözleşmenin diğer tarafından isteyemez. Açıklanan bu hukuksal sebeplerle, davalının (idarenin) öncelikli ediminin ifasında â€œborçlu temerrüdüneâ€ düşürülmüş olduğu açıktır. Ancak, sözleşmenin davalı yanca feshinde tamamen haklı değildir ve fesihde davalının da kusuru vardır. Diğer yandan, davacı da ihtarına rağmen şantiyesini kurmadığı konkasör sistemini işyerinden kaldırdığı dinamit temini içinde idareye süresinde başvurmaması sebebiyle, fesihde ortak kusurludur. Buna göre, taraflar fesihde ortak kusurlu olduklarından davalı idare tarafından sözleşme hükümleri ile 4735 Sayılı Yasa'nın 22. ve Yapı İşleri Genel Şartnamesi'nin 48. maddeleri hükümleri uygulanarak, davacı tarafından verilen kesin teminat mektubu paraya çevrilip ceza koşulu olarak gelir kaydedilemez.

Açıklanan sebeplerle; mahkemece, davanın kabulüne ve teminat mektubunun davacıya iadesine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.