

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Avrupa Birliği Anabilim Dalı

AVRUPA BİRLİĞİ KAMU ALIMLARINDA
SÖZLEŞME SONRASI İHTİLAFLARIN ÇÖZÜM
YOLLARI VE TÜRKİYE UYGULAMASI

Doktora Tezi

Muzaffer AKDOĞAN

2502090089

Danışman: Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul 2015



**DOKTORA
TEZ ONAYI**

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : MUZAFFER AKDOĞAN
Anabilim/Bilim Dalı : AVRUPA BİRLİĞİ
Danışman : PROF.DR.AYDIN GÜLAN

Numarası : 2502090089
Tez Savunma Tarihi : 06/01/2015
Tez Savunma Saati : 16:00

Tez Başlığı : AVRUPA BİRLİĞİ KAMU ALIMLARINDA SÖZLEŞME SONRASI İHTİLAFLARIN
ÇÖZÜM YOLLARI VE TÜRKİYE UYGULAMASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF.DR.SÜLEYMAN ÖZDEMİR		KABUL
PROF. DR. AYDIN GÜLAN		KABUL
PROF.DR.ERCÜMENT TEZCAN		KABUL
PROF.DR.CEMİL KAYA		KABUL
PROF.DR.NAGİHAN OKTAYER		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
DOÇ.DR.MELİKŞAH YASİN		
DOÇ.DR.MUSTAFA TAYYAR KARAYİĞİT		

ÖZ

“Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması”

MUZAFFER AKDOĞAN

Kamu alımı, devletlerin kamu harcamalarında bulunduğu en önemli ekonomik faaliyetlerden biridir. Kamu alımı, aynı zamanda kamunun özel sektör ile karşılaştığı ve piyasaya karıştığı çok hassas bir konudur. Kamu alımlarının taşıdığı bu önemden dolayı Avrupa Birliği, konuya ilişkin detaylı direktifler hazırlayarak kamu ihalelerinde izlenecek usulleri ve ihalelere yapılacak şikâyet prosedürünü düzenleme yoluna gitmiş ve üye devletlerin bu düzenlemeleri iç hukukuna aktarması zorunluluğu getirmiştir. Ancak, söz konusu direktifler ihale sürecine ilişkin olup, kamu alım sözleşmesi imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanması sürecine bu direktiflerin doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Çalışmada, kamu alımlarında sözleşme sonrası görülen ihtilaf konuları ve ihale süreciyle bağlantılı sorun alanları Türkiye uygulaması üzerinden, Avrupa Birliği ve üye devlet hukukları dikkate alınarak incelenmiştir. Bu bağlamda; çalışmanın birinci bölümünde kamu alım kavramının çerçevesi, ikinci bölümde Avrupa Birliği kamu alım hukuku, üçüncü bölümde Türkiye kamu alım hukuku rejimi, Türk yargısında öne çıkan belli başlı ihtilaf konuları ele alınmıştır. Dördüncü bölümde, kamu alım sözleşmelerinin temel kavram ve kurumlarının analizi yapılmıştır. Beşinci bölümde Türk kamu alımlarında sözleşme sonrası ihtilafların yargı denetimi ve Türk hukukunda getirilen çözümler incelenmiştir. Altıncı bölümde ise, ihale sürecinin sözleşmenin uygulanması aşamasına etkisi, yargı dışı dostane çözüm olanaklarının Türk kamu alımı uygulamasında uygulanabilirliği tartışılmıştır. Sonuç olarak, kamu alım sözleşmelerinde görülen ihtilaflar, Birlik üyesi devletlere kıyasla Türkiye uygulamasında, özel ve genel kanun hükümleriyle çözülmektedir. Ayrıca, idarenin ihale sürecinde sahip olduğu üstün ve ayrıcalıklı kamu gücü vasfının, sözleşmenin uygulanması aşamasında da devam ettiği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımı, kamu alım sözleşmeleri, ihale süreci, sözleşmenin uygulanması ihtilafları, yargı dışı dostane çözüm.

ABSTRACT

“The Remedies of Post-Contract Disputes in European Union’s Public Procurements and Turkey Application”

MUZAFFER AKDOĞAN

Public procurement is one of the most important economic activities in public expenditures of states. Moreover, public spending is a high sensitive matter due to public-private sectors relationships. By reason of the fact that the importance of public procurement, European Union (EU) prepared detailed directives regarding the subject and regulated the complaint be made to the tender procedure. The Union, also, imposed obligations to transfer this arrangements into domestic law of member states. However, the directives, related to the tender process, does not have a direct impact to the process of implementation of the public procurement contract after signing of the contract. In the presented study, conflict points encountered after signing the contract and problematic issues associated with the contract bidding process in public expenditures are taken into account via Turkish applications with also considerations of EU and its member states’ laws. Concordantly, it is discussed that scope of the notion of public procurement in the first section of the study, public procurement law regime of the EU in the second section, Turkey and prominent dispute issues in the Turkish judiciary in the third section. An analysis of the basic notions and institutions of public procurement contracts are performed in the fourth part. In the fifth section, the Turkish judicial review of public procurement contracts and post-conflict solutions introduced in Turkish law were examined. In the sixth section, the effect of implementation of the contract stage of the bidding process and viability of non-judicial amicable solutions in the Turkish public acquisitions were discussed. As a conclusion, controversions encountered in public procurement contracts can be figured out in Turkey, compared to EU states, using private and general provisions of law. Besides, superior and privileged features of public power that is holded by the administration proceeds also in the application phase.

Keywords: Public Procurement, public procurement contracts, procurement processes, implementation of contract disputes, non-judicial amicable settlement.

ÖNSÖZ

Kamu alımları, bünyesinde ihale süreci ve sözleşmenin uygulanması safhasını birlikte bulunduran son derece sorunlu ve tartışmalı bir alandır. Türk hukuk sisteminde kamu alımları, özel hukuk ve idare hukuku kural ve düzenlerinin karşılaştığı ve karıştığı büyüleyici ve aynı zamanda çetrefilli bir konudur. İki hukuk düzeninin kesiştiği bu duruma, Türk kamu alım hukukunda birbirini dışlamadan, birbirinden ayrılabilir bir özellik yüklenmeye özen gösterilmektedir. AB ve üye devletlerin kamu alım düzenleri incelendiğinde ise, Türkiye uygulamasına benzerlik gösterdiği kadar farklılıklar da içerdiği görülmektedir.

Çalışma, konu hakkında genel bir görünüm vermek ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca belirtmelidir ki, kamu alım sözleşmelerinde ihtilaf çözümüne ilişkin olarak karşılaşılan kavram ve kurumların analizini yapmak ve kamu alım sözleşmesinin imzalanması sonrasında görülen ihtilaf konularını, ihale süreci ile de bağlantılı görülen yönleri dikkate alınarak, Türkiye uygulaması üzerinden, AB ve üye devlet hukukları bakımından incelemek bu çalışmanın çıkış noktasıdır.

Bu konu üzerinde tez çalışması yapmamı öneren çok değerli danışmanım Sayın Prof. Dr. Aydın Gülan'a, yüksek lisanstan sonra doktora tezinde de beraber yürüme imkânını bana tanıdığı için özellikle teşekkür etmek isterim.

Uzunca bir zamana yayılan bu tez çalışmasında, maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen sevgili eşim Rabia Betül'e ne kadar şükranlarımı ifade etsem ve hayata acemice ama korkusuzca tutunma azmi gösterirken yeterince yanında bulunamadığım canım evladım Mahmut Tarık'a ne kadar özürlerimi dile getirsem kifayet etmez. Ayrıca, tezin yazım sürecinde motive edici söylemleriyle beni şevklendiren ve tezin tetkiklerini yaparak imla hatalarını tespit eden aziz dostlarım Av. Hasan Geniş'e, Dr. İlhan Aras'a, Dr. A. Sertaç Karakaş'a, Altuğ Günar'a ve Tugay Gün'e de teşekkür ederim.

Muzaffer AKDOĞAN

2015-İstanbul

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
TABLolar LİSTESİ	xii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

A. Kamu Alımı Kavramı ve Çerçevesi	8
B. Kamu Alım Hukuku Bağlamında Sözleşme	13
1. Kamu Alım Sözleşmelerinin Genel Özellikleri	14
2. Kamu Alım Sözleşmelerinde Yer Alan Temel İlke ve Kavramlar	20
a. Sözleşmelerde Bağlılık İlkesi ve Taahhüt İlişkisi	22
b. Sözleşme Serbestliği/Özgürlüğü	26
c. Sözleşme Kurma Zorunluluğu	28
d. Sözleşmelerde Dürüstlük İlkesi	32
e. Sözleşme Dengesi	33
f. Standart Sözleşmeler ve Genel İşlem Şartları	34
g. Sözleşme Yönetimi	40
h. Kamu Hizmeti	43

II. BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİ

A. AB Kamu Alımlarında Yasal Çerçeve	53
1. AB Kamu Alımları Direktifleri	54
a. Kapsamı ve Üye Devletler Üzerindeki Etkisi	55
b. Tarihi Gelişimi ve Modernizasyonu	57
c. Yeni Kamu Alım Direktiflerinde Öne Çıkan Hususlar ve Sözleşmenin İfasına İlişkin Hükümler	61
2. AB Kamu Alımları İhtilaf Direktifleri	63
a. İhtilaf Direktiflerinin Amacı	65

b. İhtilaf Direktiflerinin Özel Nitelikleri	66
c. Yeni İhtilaf Direktifi İle Sözleşmeye İlişkin Getirilen Düzenlemeler	67
(1) Bekleme Süresi	67
(2) Sözleşmenin Geçersizliği	69
d. Üye Devletlerin İhtilaf Direktiflerini Yüklenmesi	70
e. ABAD Kararlarında İhtilaf Direktifleri	73
2. AB Kamu Alımlarında Yasal İşlemler	76
B. Avrupa Ortak Sözleşme Hukuku Oluşturma Çabaları ve AB Kamu Alımları Sözleşme Hukukuna Yansımaları	79
1. Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Genel İlkeleri (PECL) ve Ortak Sözleşme Hukuku Oluşturmaya İlişkin AB'deki Gelişmeler	83
2. PECL'de Borcun İfa Edilmemesi Hâlinde Öngörülen Çözümler	87
C. AB Üyesi Devletlerde Kamu Alım Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi.....	91
1. Genel Olarak Kamu-Özel Hukuk Ayrışımı.....	92
2. AB Üyesi Devletlerde İdarenin Sözleşmeleri	94
a. İspanya, Portekiz ve Yunanistan.....	96
b. İtalya ve Belçika	97
c. Almanya ve İngiltere.....	99
d. Hollanda, Avusturya ve Polonya	100
3. AB Üyesi Devletlerde Kamu Alım Sözleşmeleri.....	101

III. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞME SONRASI İHTİLAF KONULARININ TESPİTİ

A. Türk Hukukunda Kamu Alım Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi.....	106
B. Türk Hukukunda Kamu Alım Sözleşmeleri ve Kurulması	121
C. Türkiye'de Kamu Alımlarında Uygulanan Sözleşme Türleri	129
1. Yapım İşleri Sözleşmeleri	129
2. Mal ve Hizmet Alımı Sözleşmeleri	132
3. Karma Sözleşmeler.....	132
D. Yargı Kararları Işığında Türk Kamu Alım Sözleşmelerinin Uygulamasında Görülen İhtilaf Konuları	133
1. İşin Süresi ve Süre Uzatımı	135
2. İş Artışı.....	143
3. Fiyat Farkı Uygulanması	146

4. Hak ediş Ödemeleri ve Teminatın Çözülmesi.....	152
5. Taahhüdün Yerine Getirilmemesi	163
6. İfa İmkânsızlığı.....	167
7. Sözleşmenin Feshi ve İki İhaleden Kaynaklanan Zarar	170
8. Gecikme Cezası Uygulanması.....	178
9. Öngörülemelik, Sözleşmede Değişen Koşullar ve Sözleşmenin Uyarlanması.....	179

IV. BÖLÜM

KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİNDE KARŞILAŞILAN KAVRAM VE KURUMLARIN ANALİZİ

A. Kamu Alım Sözleşmelerinde Hukuki Rejime Dair Kuramlar ve Avrupa İçindeki Farklı Yaklaşımlar	196
1. Kamu Hukuku Kuramı	196
2. Özel Hukuk Kuramı	197
3. Ayrılabilir İşlem Kuramı	199
4. İki Aşama Kuramı	203
B. Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu İlkesinin İdarenin Taraf Olduğu Kamu Alım Sözleşmelerinde Uygulanabilirliği	204
1. Kamu Alım Sözleşmeleri Bakımından İlkenin Önemi.....	207
2. Kamu Alımlarında Sorumluluk Şartları	209
a. İhale Sürecinin Başlatılmasında Sorumluluk.....	211
b. İhale Sürecinin Devamında Sorumluluk.....	212
3. İhale Sürecinin Sözleşmeler İçin Bir Görüşme Niteliği Taşınması	212
4. Sözleşme Görüşmelerine İlişkin Değerlendirmeler	214
a. Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bakımından Kamu Alımları.....	215
b. Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Kamu Alımları.....	217
C. Kamu Alım Sözleşmelerinde Tarafların Yetki ve Hakları	218
1. İdarenin Yetkileri	220
2. Özel Kişinin Hakları.....	226
a. Fait du Prince Kuramı	230
b. Emprevizyon Kuramı.....	231
c. Clausula Rebus Sic Stantibus Kuramı	235
D. Kamu Alım Sözleşmelerinde Değişiklik Yapılması	248
E. İhale Sürecinin Sözleşmeye Etkisi.....	250

1. İhale İptallerinin Etkisi.....	252
2. Tazminat Taleplerinin Etkisi.....	258

V. BÖLÜM

TÜRK KAMU ALIMLARINDA SÖZLEŞME SONRASI İHTİLAFLARIN YARGI DENETİMİ VE TÜRK HUKUKUNDA GETİRİLEN ÇÖZÜMLER

A. Kamu Alım Sözleşmelerinde Ayrılabilir İşlemlerin Yargı Denetimi	262
1. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları.....	265
2. Danıştay Kararları	268
3. Ayrılabilir İdari İşlemin İptalinin Sözleşmeye Etkisi.....	268
B. Kamu Alımlarında Sözleşmeden Kaynaklanan İhtilafların Yargı Denetimi.....	272
C. Kamu Alımlarında Sözleşmenin Sona Ermesi (Fesih).....	275
1. İhale Süreciyle Bağlantılı Sözleşmenin Sona Erme Hâlleri	281
a. İhalesiz Sözleşme Yapılması	282
b. İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme Yapılması	283
c. Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Sözleşme Yapılması.....	284
d. İfası İmkânsız Sözleşme Yapılması.....	285
e. Yetkisiz Temsil Kullanılarak Sözleşme Yapılması	289
2. Sözleşmenin Uygulanmasında Görülen Sona Erme Hâlleri.....	292
a. İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi.....	293
(1) İdarenin Tek Taraflı Sözleşmeyi Feshetmesi	296
(2) Sözleşmeden Önceki (İhale Aşaması) Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih.....	298
(3) Sözleşmenin Uygulanması Aşamasındaki Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih.....	305
(4) Sözleşmenin İzinsiz Devri Halinde Sözleşmenin Feshi	306
b. Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi.....	307
c. Yargı Kararıyla Sözleşmenin Feshi	310
3. Fesih Hakkının Kullanılması ve Sonuçları.....	311
D. Türk Borçlar Kanunu'nda Borcun İfa Edilmemesi.....	317
1. Borca Aykırılık ve Borcun İfa Edilmemesine Bağlanan Çözümler	319
a. Aynen İfa	322
b. Nama İfa	325
c. Tazminat	331
d. Sözleşmenin Feshi	335

2. Temerrüt	337
a. Alacaklının Temerrüdü	338
b. Borçlunun Temerrüdü.....	343
3. Alacağın Temlik Edilmesi.....	347
4. Zamanaşımı	348
E. Kamu Alımlarında İhtilafların Çözümünde Alternatif Arayışlar ve Tahkim Yolunun İncelenmesi.....	350
1. İhtilafların Çözümünde Alternatif Arayışlar	353
a. Müzakere Yolu İle Çözüm.....	354
b. Arabuluculuk	355
c. Hakem-Teknik Bilirkişi Yolu İle Çözüm	360
2. İhtilafların Çözümünde Tahkim	362
a. Tahkim Konusundaki Hukuki Düzenlemeler ve Kuralları	372
b. İdare Hukuku Bağlamında Uluslararası Tahkimin Eleştirisi.....	377
c. Uluslararası Tahkimin Türk Hukukundaki Yeri ve Etkisi.....	380
d. Tahkimin Kamu Alımı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	384

VI. BÖLÜM

İHTİLAFLARIN ÇÖZÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

A. Sözleşme Koşullarının Değişmesi Hâlinde Avrupa Boyutuyla Görülen İhtilafların Çözümü	389
1. Fransız Hukuku	390
2. İngiliz Hukuku.....	400
3. Alman Hukuku	404
B. Kamu Alım Sözleşmelerinde Görülen İhtilaf ve Çözümlerinin Fransa ve ABD Uygulaması Çerçevesinde Mukayeseli Analizi.....	416
1. Fransa ve ABD Kamu Alım Sözleşmelerinin Karşılaştırılması.....	421
2. Sözleşmelerde “Adil Uyarılma”	427
3. Değişen Sözleşme Uygulaması ve Sözleşmeye Bağlı Nitelendirilmesi.....	428
4. Tazmin Edilebilir Maliyetlerin Özellikleri.....	429
5. Fransa ve ABD’de Yüklenicinin Durumu.....	430
6. İki Devlet Yargısının Değerlendirilmesi	432
C. Kamu Alımlarında Sözleşmenin Uygulanmasında Görülen İhtilafların İdare ile Yüklenici Arasında Yargıya İntikal Etmeden Çözülebilme Olanığı	433

1. Kamu Alım Sözleşmelerinin Uygulanmasında Görülen İhtilafların Yargı Dışı Çözümüne Duyulan Gereklik.....	435
2. Fransız Kamu Alım Hukukunda Yargı Dışı Çözüm Yolları.....	438
3. Türk Kamu Alım Hukukunda Yargı Dışı Çözüm Yolları.....	442
a. Borçlar Kanunu ve KİSK Çerçevesindeki Düzenlemeler.....	443
b. Kamu Yapım Sözleşmelerinde İhtilafların Yargı Dışı Yollarla Çözümü... 448	
c. 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Düzenlemeleri	454
D. Kamu Alımlarında Sözleşmenin Uygulanması Aşamasında Görülen İhtilafların Çözümünde İhale Sürecinin Önemi ve Etkisi	457
1. Yapım Sözleşmeleri Üzerinden Konunun İncelenmesi.....	458
2. Türkiye Uygulamasında Kamu Alım Sözleşmelerinin Uygulanması Aşamasında Görülen İhtilaflarda İhale Sürecinin Etkisine Dair Değerlendirme	465
E. İdarelerin Taraf Olduğu Kamu Alım Sözleşmelerinde Çözüm Usullerine İlişkin Ortak Bir Hukuk Arayışı	470
1. Yargı Ayrımına İlişkin Çözüm Arayışı	473
2. Tahkime İlişkin Çözüm Arayışı	478
3. İhtilafların Çözümünde FIDIC Yaklaşımı.....	482
4. Kamu Alımlarında Sözleşme Taraflarının İnisyatifiyle Dostane Çözüme İlişkin Düzenlemelerin Uygulanabilirliğine İlişkin Durum.....	485
F. Türkiye Uygulamasında Kamu Alımı Sözleşme İhtilaflarının Yargıya Gidilmeden Çözülmesine Dair Öneriler.....	493
SONUÇ.....	499
KAYNAKÇA.....	513
ÖZGEÇMİŞ	534

TABLolar LİSTESİ

Tablo 6.1: İhtilaflı Sözleşme Türleri	421
Tablo 6.2: İhtilaf Nedenleri	422
Tablo 6.3: İhtilafın Ekonomik Yapısı	422
Tablo 6.4: İtiraz Edilen Sözleşme Yetkilisi Kararı	423
Tablo 6.5: Sözleşmede Öngörülemeyen Dış Olaylar	425
Tablo 6.6: Sözleşme Uygulamasında Değişiklikler	426
Tablo 6.7: Ülkelerin Nüfus Oranlarına Göre Mahkeme Sayıları	436
Tablo 6.8: Türk İnşaat Sektöründeki İhtilafların Çözüm Biçimleri	462

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Anlaşması
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADR	Alternative Dispute Resolution/Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AETA	Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması (Roma Antlaşması)
A.e.	Aynı eser
a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
a.g.r.	Adı geçen rapor
a.g.t.	Adı geçen tez
AP	Avrupa Parlamentosu
AT	Avrupa Topluluğu
ATA	Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAUM	Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİİA	Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma
ABKA	Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması
BİĞŞ	Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch/Alman Medeni Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
BM	Birleşmiş Milletler
CAA	Cours administrative d'appel/ Temyiz İdare Mahkemeleri (Fransa)
CE	Conseil d'Etat/Danıştay (Fransa)
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
ÇED	Çevresel Etki Değerlendirme
DİK	Devlet İhale Kanunu
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
E.	Esas
EC	European Commission
ECC	European Consumer Centres
ECU	European Currency Unit

EEC	European Economic Community
EKAP	Elektronik Kamu Alımları Platformu
EPPPL	European Public Private Partnership Law
EU	European Union
FAR	Federal Satın Alma Yönetmeliği (ABD)
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs Conceils
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade in Services
GPA	Government Procurement Agreement
GSBCA	General Services Board of Contract Appeals/ Genel Hizmetler Sözleşme Temyiz Kurulu (ABD)
GSMH	Gayri Safi Milli Hâsıla
GSYİH	Gayri Safi Yurtiçi Hâsıla
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschaenkungen/Rekabetin Korunmasına İlişkin Kanun
HİGŞ	Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	The International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
İİK	İcra İflas Kanunu
İSK	İhtilafları Sonuçlandırma Kurulu
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KİK	Kamu İhale Kurumu
KİK	Kamu İhale Kanunu
KİSK	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MURCEF	Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Économique et Financier
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OJEU	Official Journal of the European Union
PECL	Principles of European Contract Law

PICC	Principles of International Commercial Contracts
PPN	Public Procurement Network
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
SIGMA	Support for Improvement in Governance and Management
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
SSK	Sosyal Sigortalar Kurumu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMMMB	Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UDY	Uluslararası Dış Yatırım
UNIDROIT	The International Institute for the Unification of Private Law
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu- UN Commission on International Trade Law
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİĞŞ	Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Günümüzde kamu idareleri, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım türünden edimleri, kendisi karşılamaktan ziyade özel hukuk kişilerinden tedarik etme yolunu tercih etmektedir. İşlem ve eylemleri genel olarak kamu hukukuna tabi idarenin bu ihtiyaçları, kendi olanakları dâhilinde karşılaması ve/veya üretmesi günümüz şartlarında çoğu zaman mümkün de değildir. Bu bakımdan idareler ihtiyaçlarını, özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilerle yapacağı sözleşmeler aracılığıyla gidermeye çalışmaktadır. Kamu alımının gerçekleştiği bu hukuki süreç içinde, sözleşme taraflarının karşılıklı hak ve yetkilerinden doğan birtakım ihtilafların yaşanması pek tabiidir. Dolayısıyla, kamu alımlarında uygulanan ihale yöntemi ile idarenin sözleşme tarafını belirlediği kamu alım sözleşmeleri, hem Avrupa Birliği (AB) üyesi devletlerde hem de Türkiye uygulamasında hukuki ihtilafların ortaya çıktığı kritik bir konudur.

AB hukukunda kamu alımları alanı ihale süreci üzerinden, ikincil düzeyde fakat etkili bir biçimde düzenlenerek kamu alım müktesebatı oluşturulmuştur. AB kamu alımı sisteminin temellerini, AB Kurucu Antlaşması ve AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın, Birlik içinde Ortak Pazarın fonksiyonel bir şekilde işlemesini sağlamaya yönelik amaç ihtiva eden, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına, ikamet özgürlüğüne, işgücünün serbest dolaşımı ve ayrımcılık yasağına dair hükümlerinde bulmak mümkündür. Ortak Pazar amacının gerçekleştirilebilmesi için, sadece Birlik üyesi bir devletin sınırları içinde ikamet eden gerçek veya tüzel kişinin Birlik üyesi başka bir devletin yapacağı ihaleye katılabilmesinin tek başına yeterli olmadığı görülünce, üye devletlerde kamu alım hukukunun ortak temel esaslara dayanması gereği/ihtiyacı doğmuş ve buradan hareketle AB kamu alımlarına, konuya ilişkin detaylı düzenlemeler içeren direktifler aracılığıyla yeknesak bir görünüm vermeye çalışılmıştır. Dolayısıyla, Kurucu Antlaşmalarda yer alan ve Ortak Pazarı hedefleyen hükümler kamu alımları için bir üst norm niteliğinde olup, kamu ihale sürecine ilişkin detay düzenlemeler direktiflerle sağlanmıştır.

AB'de kamu alım mevzuatı, 1970'li yıllarda oluşmaya başlamıştır. İlk başlarda klasik sektör denilen mal, hizmet ve yapım işleri ayrı ayrı direktiflerle düzenlenmişken, 2000'li yıllardan sonra çıkarılan direktiflerde reformist bir yaklaşım

görülmektedir. 2000 yılı Mayıs ayında Avrupa Parlamentosu'na (AP) klasik sektör ve altyapı sektörüne ilişkin direktiflerde bir takım değişiklikler öngören reform paketi sunulmuş ve bunun sonucunda da ayrı ayrı düzenlenen klasik sektörlerdeki direktifler konsolide edilerek iki yeni direktif (2004/17/EC ve 2004/18/EC) hâlinde 29 Ocak 2004 tarihinde AP'nin onayından geçerek yürürlüğe girmiştir. Ancak, zamanla bu direktiflerde de düzenleme ve değişiklik ihtiyacı belirmiş ve klasik sektörlerdeki alımları düzenleyen 2004/18/EC sayılı temel Direktif, 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/24/EU sayılı yeni Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı şekilde, istisna sektörlerindeki alımları düzenleyen 2004/17/EC sayılı Direktif de, 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/25/EU sayılı yeni Direktif ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni direktifler, önceki direktiflere göre kamu alımlarında önemli değişiklikler içermekte ve sözleşmenin ifasına ilişkin yeni düzenlemeler getirmektedir. AB, 2014 yılındaki bu revizyon metinlerinin yanında, iki yeni direktif de kamu alım mevzuatına dâhil edilmiştir: İmtiyaz sözleşmelerinin ihale edilmesine ilişkin olarak 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/23/EU sayılı Direktif ile mevsimlik işçi olarak istihdam amacıyla üçüncü ülke vatandaşlarının giriş ve kalma koşullarını düzenleyen 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/36/EU sayılı Direktif.

AB kamu alım hukukunda, sadece ihale esasları ve ihalede takip edilmesi gereken usulleri belirleyen direktiflerin çıkarılması ile yetinilmemiş, ayrıca ihaleye katılacak kişi ve kurumların haklarını korumak üzere, ihtilafların çözümüne ilişkin iki ayrı direktif daha çıkarılmıştır. Bunlardan birincisi 21.12.1989 tarih 89/665 sayılı Direktif klasik sektörlerle (mal, hizmet ve yapım işleri), 25.02.1992 tarih 92/13 sayılı Direktif ise istisna sektörlerle (su, enerji, ulaşım ve posta hizmetleri) ilişkindir. AB Konseyi 2007 yılında ihtilaf direktifini revize eden bir düzenlemeyi üye devletlerin dikkatine sunmuştur. İhtilafların çözümüne yönelik 2007/66 sayılı Direktif ile klasik kamu alımlarında ihtilafların çözümüne ilişkin 89/665 sayılı Direktif'te köklü değişiklikler yapılmıştır. 2007/66 sayılı Direktif hem kuralı koyan hem de bu kurala uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımları öngören bir direktif olması bakımından üye devletlerde uygulama birliğini sağlayacak nitelikte olup, bu direktifle üye devletler, ihale usullerine uyulmasını denetleyecek bir mekanizma oluşturmakla yükümlü tutulmaktadır. Nitekim, Birlik hukukunun uygulanması, esas

olarak üye devletlerin yükümlülüğündedir. Ulusal prosedür ve hukuk yolu prensibi olarak bilinen ve ihtilafların çözümünü amaçlayan bu alanın düzenlenmesi, üye devletlerin iç hukuk düzenlerine ve hukuk yollarına bırakılmıştır. İhtilafların çözümüne ilişkin bu direktiflerin genel amacı, etkin ve hızlı denetim ile hukuka aykırılıkların ivedi giderilmesi mekanizmalarının oluşturulmasıdır. Bu Direktif ile asgari standart olarak, menfaati ihlal edilen isteklilerin ihtiyati tedbirlerle korunması, hukuka aykırı ihale kararlarının iptali ve tazminat talep etme hakkının tanınması öngörülmüştür.

AB'nin kamu alım düzenlemelerine ilişkin olarak üye devletlerin iç hukukunu şekillendiren bu kapsamlı ve detaylı yaklaşımı, ihale süreciyle sınırlı olup, sözleşmenin imzalanması ile birlikte uygulama aşamasında görülmemektedir. Birlik direktifleri, kamu ihale sürecini detaylı kural ve ilkelerle bir mevzuat setine bağlarken, sözleşme sonrası ve sözleşmenin uygulanması aşamasında görülecek ihtilafların çözümünü üye devletlerin iç hukuk düzenlerine bırakmıştır. Öyle ki, kamu ihale sürecinde ihaleye katılan ve hak kaybına uğradığını düşünen isteklilerin şikâyet ve başvurularına çare olması amacıyla hazırlanmış bir ihtilaf prosedürü mevcutken, sözleşme sonrası için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun nedeni olarak, kamu ihale süreci ile sözleşme uygulaması aşamasına dair üye devletlerin farklı hukuk düzenlerine sahip olması gösterilebilir. Çalışmada, kamu alım sözleşmelerinde uygulamaya ilişkin ihtilaflar için AB'de ortak bir hukuk rejiminin olmayışı durumu incelenecek ve AB'nin köklü hukuk geleneğine sahip üye devletleri üzerinden bakılarak, konu anlaşılmaya çalışılacaktır.

Türkiye uygulamasında ise, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri incelenirken ağırlıklı olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (KİK) göre ihalesi sonuçlandırılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na (KİSK) göre akdedilen sözleşmeler esas alınmaktadır. Kanun koyucu, KİSK'i kanunlaştırarak, kamu alım sözleşmelerinin yürütülmesinde karşılaşılabilecek ihtilafların doğrudan Borçlar hukukuna havale edilmesinin önünü almış görünmektedir. Bir başka anlatımla, özel bir sözleşme kanunu oluşturularak, kamu alım sözleşmelerinin *kamu* olma niteliği ve idarenin üstün ve ayrıcalıklı konumu devam ettirilmeye çalışılmaktadır. Böyle bir Kanuna gerek olup olmadığı tartışması bir yana, kamu alım

sözleşmelerine ilişkin olarak özel ve genel kanunların hükümleri çerçevesinde konunun incelenmesi gereği doğmaktadır. Ayrıca, doktriner bir tartışma alanı yaratan kamu alım sözleşmeleri, bir görüşe göre tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olmayıp, bazı öğeleri yönünden kamu hukuku kayıt ve şartlarına sahiptir. İdarenin özel kişilerle girdiği sözleşme ilişkisi, ilke olarak özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte, bu tür sözleşmelere özel hukuku aşan hükümler konulursa, bunların da idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerekeceği iddia edilmektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, KİK'e uygun akdedilen sözleşmelerde, taraflar özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi eşit de değildir. Bununla birlikte, KİK'in bazı maddeleri idareye özel hukuku aşan yetkiler vermekte ve yükleniciye de özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyecek yükler yüklemektedir.

Diğer taraftan KİK'in 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında tartışmayı sonlandırır nitelikte bir düzenleme söz konusudur: *“Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulamasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”* Kanun koyucunun getirdiği bu sarif düzenleme çerçevesinde, KİK kapsamındaki ihaleler neticesinde kurulan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı hususundaki olası tereddütler giderilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, bir bütün olarak ihale ilanı ile başlayan ve sözleşmenin ifası ya da ifa edilmemesi ile sona eren sürecin tabi olduğu hukuk kurallarının tespiti, özellikle ilgililerin hak ihlalleri karşısında hangi hukuk düzeninin imkânlarından yararlanacağı sorunu bakımından önem taşımaktadır.

Literatürde kamu alım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin muhtelif görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden bir kısmı yürürlükte olan hukuki çözümleri izah etmeye çalışırken, bir kısmı olması gereken hukuka dair değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bazı görüşler ise kamu alım sözleşmesinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıması yönünde argümanlar sunarken, bazıları da tüm sürecin kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğunu irdelemektedir. Bu çalışmada, kamu alımlarında sözleşme sonrası ihtilafların çözüm yolları tartışılırken, sözleşmeye yüklenen hukuki tasnif önem arz

etmektedir. Bu nedenle, AB hukukunda, üye devletlerin iç hukukunda ve Türk hukukunda uygulanan kamu alım sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelenmesi, konunun anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

Kamu hukukunun sınırları dâhilinde başlayan ve yine bu hukukun kurallarına tabi olan ihale süreci, bir dizi idari işlemler silsilesidir. Dolayısıyla bu sürece ilişkin ihtilafların yargı mercii idari yargıdır. Fakat ihaleyi sonuca bağlayan sözleşmenin imzalanması ile hukuki hüviyetini değiştiren kamu alımı, özel hukukun yetki alanında kendini bulmakta ve bu hukuk kurallarına tabi olarak adli yargının görev alanına girmektedir. Uygulamada görülen bu iki aşamalı işlem karşısında kamu alımı olgusu; ihale süreci ve sözleşme ile başlayan sözleşme konusu işin uygulanma süreci şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu sayede bir tarafta idarenin hukukunu işleten diğer tarafta özel kişilerin hukukunu gözetken iki farklı hukuk disiplininin uygulama alanı, kamu alım sözleşmeleri üzerinde kesişmektedir. Bu kesişim noktasının bir çatışmayı mı yoksa birbirini bütünleyen bir uzlaşmayı mı beraberinde getirdiği bu çalışmanın konuya açıklık getirmek adına amaçladığı bir hedeftir. Zira, kamu alımlarında sözleşme sonrası, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin karşılaşılan ihtilafların, sözleşme öncesi gerçekleşen ihale sürecinden bağımsız olduğunu düşünmek sağlıklı bir çıkarım değildir. Bu noktadan hareketle, kamu alımlarında ihale sürecinde alınacak birtakım önlemlerin, sözleşmenin uygulanması aşamasında çıkabilecek muhtemel ihtilafların önlenmesine sunacağı katkı çalışma içinde değerlendirilecektir. Ayrıca bu çalışmada, özel hukuk ve idare hukuku düzenlerinin karşılaştığı ve sözleşme öncesi ve sonrası olarak ayrılabilirdiği Türk kamu alımlarında görülen durumun, AB üyesi devletlerin hukuk düzenleri ile benzerlikleri ve farklılıkları gösterilmeye çalışılacaktır.

Çalışmada, AB ve Türkiye’de kamu alımı uygulamalarında kamu alım sözleşmeleri sonrasında ortaya çıkan ihtilafların çözümünde, AB’nin lokomotifi sayılan devletlerde ve Türkiye’de izlenen hukuki uygulamalar incelenecek ve müzakere süreci devam eden Türkiye’nin kamu alımlarında karşılaştığı ihtilaflara ilişkin izlediği hukuk yollarına yönelik tespitlerde bulunulacaktır. Bu itibarla çalışmanın amacı, kamu alımlarında sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan ihtilaflara AB üyesi devletlerin getirdiği çözüm yaklaşımlarını görmek ve

Türkiye uygulamasına bu çözüm ve yöntemlerin olası katkısını değerlendirmek şeklinde belirlenmiştir. Bu çerçevede, konu altı bölüm hâlinde ele alınacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, kamu alımı ile kamu alım sözleşmesi çalışmanın temel kavramları olduğundan öncelikli olarak incelenecek ve kamu alımı kavramı ve çerçevesi ile birlikte sözleşme hukukunun içinde düşünülmesi gereken kamu alım sözleşmesinin önemli ilke ve kavramları ortaya konulacaktır. İkinci bölümde, AB kamu alım sözleşmelerinin yasal çerçevesi ele alınacaktır. AB’de kamu alımlarında sözleşme sonrasına ilişkin belirgin bir yasal düzenleme bulunmadığından, AB kamu alımlarında ihale süreci ve sözleşme sonrası hukuk düzeni, köklü hukuk geleneğine sahip üye devletler üzerinden değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde, Türk kamu alım sözleşmelerinin hukuki rejimi ile Türk kamu alım hukukunda sözleşme sonrası görülen ve yargıya taşınan ihtilaf konuları tespit edilmeye çalışılacaktır. Çalışmanın dördüncü bölümünde, Avrupa ve Türk hukuk düzenlerinde kamu alım sözleşmelerinde karşılaşılan kavram ve kurumların analizi yapılacaktır. Bölüm içinde, *culpa in contrahendo* (sözleşme öncesi sorumluluk) gibi özel hukuk kurumlarından kabul edilen sorumluluğun, kamu alım sözleşmelerinde uygulanabilirliği irdelenmeye çalışılacaktır. Ayrıca, *fait du prince*, *clausula rebus sic stantibus*, *emprevizyon* kuramları ışığında, kamu alım sözleşmelerinde kamu idaresinin yetkileri ve özel kişinin hakları ele alınacaktır. Beşinci bölümde, Türk kamu alımlarında sözleşme sonrası ihtilafın yargı denetimi ve Türk hukukunda getirilen çözümlere yer verilecektir. Çalışmanın son bölümünde, ihtilaf çözümleri çerçevesinde kamu alım sözleşmeleri ve Türkiye uygulaması bakımından katkı sağlayacağı düşünülen öneriler değerlendirilecektir. Bu çerçevede, Birliğin üç önemli üyesi devletin (Fransa, İngiltere ve Almanya) hukuklarında kamu alım sözleşmelerinde sözleşme koşullarının değişmesine ilişkin çözüm yaklaşımları ile birlikte, iki hukuk düzenini temsilen, Fransa ve Amerika’nın kamu alım sözleşmelerinde görülen ihtilaf ile çözüm yaklaşımlarına, çalışmaya katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu son bölümde yer verilecektir. Yine bu bölümde, kamu alım sözleşmelerinde görülen anlaşmazlıkların bir ihtilafa dönüşmeden ve yargıya taşınmadan dostane bir tutumla ve/veya yargı dışı alternatif çözüm yöntemleri ile çözülebile olanağı ile birlikte ihale sürecinin, kamu alımlarında sözleşmenin

uygulanması aşamasında görülen ihtilafların çözümünde önemi ve etkisi tartışılacaktır.

Çalışmanın sınırları, kamu alımlarında uygulanan ihale süreci sonrasında taraflarca imzalanan sözleşme ve sonrası oluşan ihtilaflara ilişkin olarak belirlenmiştir. Genel hatları ile sözleşme öncesi ihale süreci değerlendirilecek ve sözleşme sonrası durumla alakalı olduğu düşünülen konularda ve gerek görüldüğü ölçüde incelenmeye çalışılacaktır. AB kamu alımlarında sözleşme sonrası çıkan ihtilaflar, AB birincil hukuku ve ikincil hukuku, örnek üye devletlerin kamu alımı hakları ve ABAD kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Türkiye uygulamasında kamu alım sözleşmeleri sonrasında karşılaşılan ihtilaflar ise, mevcut ihale mevzuatı, idari ve adli yargı mercileri, Danıştay, Yargıtay, Sayıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları kapsamında analiz edilecektir. Bu sayede, Türkiye’de uygulanan kamu alım sözleşmeleri sonrasında yaşanan ihtilaflar ve çözüm yollarına ilişkin hukuki çare ve yaptırımların, AB hukukunda ve üye devletlerde uygulananlarla benzerlikleri yahut ayrılan yönleri daha net görülebilecektir.

I. BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

A. Kamu Alımı Kavramı ve Çerçevesi

Kamu alımı denildiğinde, idarenin mal ve hizmet alımı ile yapım işleri akla gelmektedir. Bunlar, esas itibariyle ihale usulüne tabi idarelerin harcama kalemleridir. İhale usulü ile bir ödeneğin harcanabilmesi için, ihale aşamasının sözleşme yapılarak tamamlanması gerekmektedir. Bu bakımdan, ihale usulü kullanılarak mal ve hizmet alımı ile yapım işi gerçekleştirilirken, diğer bir ifadeyle kamu ödenekleri harcanırken, mutlaka bir *ihale aşaması* ve bir de *sözleşme aşaması* yaşanmaktadır.¹ Sözleşmenin hazırlık aşamasında başvuru olarak ihale, sözleşmeyi yerine getirmeye uygun olan isteklinin belirlenmesi için yapılmaktadır. Bir başka anlatımla, ihale aşamasındaki seçim kriterleri bir isteklinin sözkonusu sözleşmeyi yerine getirme kapasitesiyle ilgilidir. Dolayısıyla, ihale seçim kriterleri sözleşmenin konusuyla ilgili ve orantılı olmalıdır.² Ayrıca, kamu gücünün egemen olduğu ihale aşamasında idareler, yasal mevzuat dâhilinde hareket etmek mecburiyetinde olup, özel hukuk kişisi gibi davranış serbestliğine sahip değildir.³

¹ Aziz Taşdelen, “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1-2, 2011, s.44-45. Sözleşme öncesi ve sonrası durumda çıkabilecek ihtilaflar farklı hukuk kurumları ile çözüme kavuşturulur. Bundan dolayıdır ki, sözleşmenin kuruluşu esnasında var olan durumların sözleşmeye etkisi irade bozukluklarının uygulama alanına girer. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri ise imkânsızlık, haksız zenginleşme veya işlem temelinin çökmesinin alanına girebilir. Durum değişikliği, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkarsa işlem temelinin çökmesine yol açarken, sözleşmenin kurulması anında mevcut bir durumun sözleşmeye etkisi irade bozuklukları veya gabin hükümleri çerçevesinde değerlendirilir. Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul, On İki Levha, 2009, s.115.

² 2014/24/EU sayılı Klasik Alımlar Direktifi'nin 58 ila 64'üncü maddeleri seçim aşamasıyla ilgilidir. 58'inci madde bir önceki Direktifte (2004/18/EC) yer almayan yeni bazı hükümler getirmiştir. Bunlar: Müteşebbisten talep edilebilecek asgari ciro seviyesi; yıllık hesaplara ilişkin talep edilebilecek bilgiler; ihale parçaları ve çerçeve anlaşmalar bağlamında ekonomik ve mali seçim kriterlerinin uygulanması; sözleşmenin ifasını olumsuz yönde etkileyebilecek bir çıkar çatışması olması halinde, zorunlu mesleki yeterliklerle ilgilidir.

³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.441. İdarenin ihtiyaç duyduğu malları alması, bir tesisi ya da hizmet binasını yaptırması, onartması özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü faaliyetler olmasına karşılık, bu tür faaliyetlerde de kamu yararı ve kamu parası söz konusu olduğundan, idarenin bir özel kişi gibi hareket etmesi mümkün değildir. Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2011, s.25. İdare, özel hukuk tüzel kişilerinin sahip bulunduğu mutlak takdir yetkisine sahip olmayıp, alımlarını özel mevzuatlarına, ihale hukukunun temel ilkelerine ve önceden ilan etmiş bulunduğu ihale dokümanına bağlı olarak yapmak zorundadır. Mutlak takdir yetkisi hatta keyfilik idarenin faaliyetlerinde kabul edilemez bir durumdur. İdareye tanınan hiçbir yetki mutlak ve sınırsız değildir ve

Yine de idareler, ihale aşamasında, ihaleye katılanların haklarını etkileyen birçok idari eylem ve işlem gerçekleştirmektedir.

Günümüzde kamu alımı, büyük oranda kamu harcamaları ve tedarik giderleri üzerinden faaliyet yürüten kamu idareleri için çok karmaşık bir fonksiyon hâline gelmiştir. Öyle ki, devletlerin alımdan sorumlu yetkilileri, sadece ulusal yasa ve yönetmeliklere değil, aynı zamanda uluslararası ticaret anlaşmalarına ve kamu alım ilkelerine uymak zorundadır. Küreselleşme hareketinin getirdiği bu zorlayıcı etkiyle birlikte, idarelerin kamu alım faaliyetlerinin daha da girift bir hâl aldığı ortadadır.⁴ Bununla birlikte kamu kurumları, bir proje doğrultusunda hizmeti sağlamak istedikleri zaman, kurumun hedeflerini büyük oranda karşılamak için bir alım mekanizması bulmak gibi zor bir görevle de karşı karşıyadır.⁵ Nitekim, kamu kurumları sınırlı bir bütçeye sahip olduğundan, hedeflerinden ödün vermeden maliyetleri azaltmak yönünde artan bir baskı altındadır. Bu nedenle, özel şirketlerin doğasındaki verimlilikten yararlanan kamu kurumları, maliyeti azaltan önemli bir mekanizma olarak tedarikçiler arasında rekabeti kolaylaştıran *ihale* uygulamalarını kullanmaktadır.⁶ Genellikle devlet, belirli ürünler ve hizmetler için sadece müşteri durumundadır ki, bu tür ürünler için doğal bir pazar da bulunmamaktadır. Bu gibi

keyfi şekilde kullanılamaz. Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin, 2013, s.27-28.

⁴ Kamu alımlarında görülen bu zorluk ve karmaşıklık artışı yanında, Dünya Bankası'nın pek çok raporuna göre de kamu alımları, toplam kamu harcamalarının yaklaşık % 70'ine ulaşmıştır. Khi. V. Thai, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.xv. AB müktesebatı kapsamında yapılan kamu alımlarının miktarının yalnızca 420 milyar Avro ile toplam AB kamu harcamasının yüzde yirmisi (%20) olduğu ve Direktiflerin AB iç pazarında kapsadığı işlem ve ihale miktarına bakıldığında ise, mal, hizmet ve yapım işleri için yapılan kamu harcamasının miktarının 2009 yılında 2 trilyon Avro'nun üzerinde olduğu, bu tutarın 27 üye devletin 250 binden fazla ihale birimi tarafından çok sayıda farklı usuller izlenerek harcandığı kaydedilmektedir. AB Komisyonu, EU Public Procurement Legislation Evaluation Report, Executive Summary, 24.06.2011, s. 6.

⁵ Sander Onderstal, Flóra Felsö, "Procurement Design: Lessons from Economic Theory and Illustrations from the Dutch Procurement of Welfare-to-Work Projects", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.780.

⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 23 Aralık 2009 tarih ve C-305/08 sayılı CoNISMa davasında, sözleşmeyi yerine getireceğine inanan her tür kişi veya kuruluşun kamu ihalelerine teklif verebileceğini belirtmiştir. Ekabeti genişleten ABAD'ın bu kararına göre, üniversite ve bakanlıklardan oluşan grupların teklif vermesine engel olan ulusal mevzuat ilgili Direktife aykırı bulunmuştur. SİGMA, **Avrupa Birliği Adalet Divanının Kamu Alımlarına İlişkin Kararlarından Seçmeler (2006-2014)**, s.73. (Çevrimiçi) <http://www.sigmaxweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>, 17 Kasım 2014.

durumlarda, devletin firmalarla hareket etmesi ve kuralları tanımlayarak bir piyasa yapısı oluşturması gerekmektedir.⁷

Kamu alımı alanı, son derece organize bir meslek olma yönünde devamlı bir gelişme göstermektedir.⁸ Bu itibarla kamu alımı, hem kavram hem de organizasyon yönüyle evrilmeye devam eden dinamik bir olgudur. Bu evrim, kamu idareleri üzerinde görülen az ya da çok baskılarla, 1990'larda hızlanmaya başlamıştır. Nitekim, bütün devletlerde idari kuruluşlar, bütçe kısıtlamaları karşısında büyük bir mücadele vermekte; kamuyu daraltma, kamu alımında şeffaflığı artırma, verimlilik, adalet ve eşitlik konularında büyük endişeler taşımaktadır. Buna ilave olarak, kamu alım uzmanları, sürekli değişen bir ortamda ürün seçimi, çevre kaygıları, uluslararası ve bölgesel ticaret anlaşmalarından kaynaklı artan karmaşıklık, hızla gelişmekte olan teknolojilerin tek tipleşmesiyle yüzleşmek durumunda kalmışlardır. Ayrıca, politika yapıcıların artan sosyo-ekonomik hedeflere ulaşmak için kamu alımlarını bir araç olarak kullanmaları da ayrı bir sorundur. Böyle bir ortamda, kamu alımı, zamanla daha karmaşık bir hâle gelmiş ve kamu alım yetkilileri geniş bir yelpazede bu konularla ilgilenmek zorunda kalmıştır.⁹

Kamu alımı, güçlü bir yasal çerçeve tarafından belirlenen örgütsel bir karar verme sürecidir.¹⁰ Genellikle kamu alımına, lojistik, proje yönetimi ile onayları ve satın alma süreçleri ile ilgili bir dizi görev ve kararlar olarak bakılmaktadır. Bu itibarla ilgili konular çoğunlukla kamu politikası, siyaset bilimi veya ekonomi bağlamında tartışılmaktadır.¹¹ Kamu alım sistemi; *yasal çerçeve, kurumsal çerçeve ve kapasite, ihale işlemleri ve uygulama ile tedarik sisteminin bütünlüğü* şeklinde sıralanabilecek dört unsurdan ibarettir. Bu unsurlar, temel kuralları veya devlet tedarik yapılarının kalitesini ve performansını değerlendirmek için bir kıyaslama

⁷ Jeffrey M. Keisler, William A. Buehring, "How Many Vendors Does It Take to Screw Down a Price? A Primer on Competition in Procurement", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.213.

⁸ Csaba Csáki, Péter Gelléri, "Decision Technological Foundations of Public Procurement Processes", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.674.

⁹ Khi. V. Thai, "International Public Procurement: Concepts and Practices", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.2.

¹⁰ Csáki, Gelléri, **a.g.m.**, s.687.

¹¹ **A.e.**, s.674.

aracı niteliğindedir. Bu dört unsur kapsamında kalan ayrıntılı alanlar ise şöyledir: Yasal çerçeve, kurumsal çerçeve, tedarik yürütme kapasitesi, ihale prosedürleri/araçları, kontrol sistemi, yolsuzlukla mücadele girişimleri, özel sektör katılımı, sözleşme yönetimi ve şikâyetleri ele alma sistemi.¹² Görüldüğü üzere, kamu alım süreci sadece ihaleye indirgenemeyecek kadar kapsamlı bir süreç olup bütünlük içinde ele alınması gerekmektedir.

Organizasyon yapısı itibarıyla bakıldığında kamu alımı, devlet idari sistemi tarafından belirlenmektedir. Genelde, üniter ve federal olmak üzere iki büyük devlet sistemi bulunmaktadır. Üniter sistemde, il veya yerel yönetimler olarak çeşitli devletlerde merkezi hükümet, yerel yönetimler üzerinde çeşitli düzeylerde kontrol uygulayarak, yerel yönetimlerin kamu alım yapısını ve sürecini düzenlemektedir. Federal sistemde ise, devlet ve yerel sistemlerin yüksek düzeyde özerkliği benimsediğini söylemek mümkündür. Her devlet ve yerel yönetim kendi alım yapısını, yöntemlerini ve süreçlerini oluşturmakta serbesttir. Bu nedenle, federal sistemde kamu alımları oldukça parçalıdır ve alımın organizasyon yapısı, yöntemleri ve süreçleri açısından büyük farklılıklar söz konusudur.¹³ Federal alım sistemi, genellikle, ya çok sıkı ve zahmetli kontrollere tabidir ya da gevşek mevzuat hükümlerinden oluşmaktadır. Dolayısıyla bu sistem, bu iki uç arasında işleyen bir sistem olarak karakterize edilmektedir.¹⁴

Krüger'e göre alım hukuku; kamu idare hukuku, rekabet hukuku, sözleşme hukuku, usul hukuku ve haksız fiil hukuku arasında bulunan kavşak noktasında, büyüleyici bir hukuk alanıdır.¹⁵ Bununla birlikte kamu alımı, bütçe hukukunu

¹² Thai, **a.g.m.**, s.4.

¹³ **A.e.**, s.5.

¹⁴ Kristi D. Caravella Robinson, "U.S. Federal Government Procurement: Organizational Structure, Process, and Current Issues", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.295.

¹⁵ Kai Krüger, "Ban-on-Negotiations in Tender Procedures: Undermining the Best Value for Money", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.651. Kamu alım hukuku; sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar yapılan her işlemin idari işlem niteliğinde olması sebebiyle idare hukuku ile, idare ile yüklenici firmalar arasında yapılan sözleşmelerin ticari nitelikte olması sebebiyle ticaret-borçlar hukuku ile, Türk Ceza Kanunu'nda ihale sürecine ilişkin suçların açık bir şekilde düzenlenmiş olması sebebiyle ceza hukuku ile, kamu alım hukukunun en önemli ilke olarak "rekabetin sağlanmasını" belirlemiş olması sebebiyle rekabet hukuku ile ve son olarak, Kamu İhale Kanunu çerçevesinde çok sayıda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalesi gerçekleştirildiğinden ve on binlerce işçi bu şekilde istihdam edildiğinden iş hukuku ile yakın ilişki içerisindedir. Seyyid Ahmet Hakkakul, Kamu

ilgilendiren ve kamu kaynaklarının kullanıldığı hassas bir zemin üzerine oturmaktadır. Yasal çerçeve denildiğinde, kamu alım düzenlemeleri ve kurallarından farklı olarak, araştırma ve geliştirme, imalat, finans, pazarlama, personel ve sözleşme hukukunun dâhil olduğu bütün ticaret faaliyetlerini yöneten bir yasal çerçeve aklı gelmektedir. Nitekim, sözleşme gerekleri, ihtilaflar ve sözleşmenin ihlali gibi sözleşmelerin -kamu ya da özel- çoğu yönleri aynı sözleşme hukukuna tabidir. Gelişmekte olan ve özellikle geçiş aşamasındaki devletlerde, yasal sistemler kapsamlı değildir. Bundan dolayı, idarenin sözleşmelerinde başvurulacak temel ilkelerin tanımlanmasında ayrıntılı hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁶

Sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin yargı kararları incelendiğinde, ihtilaf konusu sözleşmelerin neredeyse bir yarısını devletin taraf olduğu sözleşmeler ile ticari sözleşmelerin, diğer yarısını ise tüketici sözleşmeleri, hizmet ve kira sözleşmeleri gibi taraflardan birinin özel olarak korunduğu ve Borçlar Kanunu'na değil de tamamen veya kısmen konuyla ilgili düzenlenen özel bir mevzuata tabi sözleşmelerin oluşturduğu görülmektedir. Dolayısıyla, neo-liberal politikaların da etkisiyle özel hukuk alanındaki kamu faaliyetlerinin sayısı ve bu sayıya bağlı olarak hacmi giderek artan bir seyir izlemektedir.¹⁷ Kuramsal açıdan iktisadi aktörlerin yaptıkları sözleşmelere uymalarını sağlamak ve reel dünyada dengesizliğin regülasyonu açısından bir üst denetim gerekmektedir. Çünkü, sistem içindeki aktörler arasında hâkemlik yapılması ve genel çerçevenin düzenlenmesi karşılığında devlet, en güçlü iktisadi aktör olarak temayüz etmektedir.¹⁸ Avrupa Birliği (AB) ve üyesi devletler de dünyada görülen bu eğilimin ve olgunun dışında düşünülmemelidir.

İhale Hukuku Enstitüsü, (Çevrimiçi) <http://kamuihalehukuku.org.tr/vitrin-15/1.-kamu-ihale-hukuku-kongresi.html>, 7 Ocak 2014. Diğer bir anlatımla kamu alım hukuku, sözleşme safhası da dikkate alındığında, bir ayağı kamu hukuku diğer ayağı özel hukuk sahasında bulunan bir hukuk dalıdır. Sezginer, **a.g.e.**, s.29.

¹⁶ Thai, **a.g.m.**, s.6.

¹⁷ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin, 2007, s.7.

¹⁸ Etyen Mahçupyan, “Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm”, **Doğu/Batı**, Yıl 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 23. Bununla birlikte kamu alımları, devletlerin ekonomiye müdahale etmesinin en önemli araçlarındandır. ABD merkezli ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkileyen 2008 ekonomik krizini devletlerin ekonomideki para arzını artırmak suretiyle kamu harcamalarında bulunarak aşmak istediği bilinmektedir. 1929 dünya ekonomik krizinde de ABD, krizi aşmak adına otoyol yapımına ağırlık vererek büyük alt yapı projelerini gerçekleştirdiği kamu alım faaliyetlerinde bulunmuştur. Dursun Ali Demirboğa, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.37-38.

Son zamanlarda bazı devletlerde ve Türkiye’de gözlenen özelleştirme eğilimleri doğrultusunda birtakım kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yoluna gidilmesi ve bu amaçla sözleşmeler yapılması yönünde yaşanan gelişmelerin etkisi altında yargı organları, klasik idari sözleşme kuramı ile kamu hizmetlerinin yeni gereklere uygun/uyumlu hâle getirilmesi gibi zor bir görevle karşı karşıya kalmaktadır. Ayrıca, Ortak Pazarı kurmayı hedefleyen AB’nin, en azından kamu alımlarında getirmek istediği yeni düzen sonucu çıkardığı direktifler de üye devletlerin iç hukuklarında yeni hukuki düzenlemelere yol açmaktadır.¹⁹

B. Kamu Alım Hukuku Bağlamında Sözleşme

Kamu alım hukuku dediğimiz nitelemenin içinde, hem alıma konu işin yüklenicisinin arandığı ihale süreci²⁰, diğer bir ifadeyle sözleşme hazırlık aşaması, hem de sözleşmenin imzalanması ile başlayan uygulama aşaması birlikte bulunmaktadır.²¹ Kamu alım ihaleleri ve buna bağlı olarak düzenlenen kamu alım sözleşmeleri, idarenin kamu hizmeti fonksiyonunu yürütmek amacıyla, özel hukuk

¹⁹ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1995, C.50, S.3, s.291.

²⁰ Bu süreç, ihale onayı ile başlayıp sözleşmenin imzalanması ile tamamlanır. İhale onayını ilan veya davet prosedürü izlemektedir. Tekliflerin idare tarafından değerlendirilmesi, kesinleşen ihale kararının tebliği, şikâyet/itiraz süresinin beklenmesi ve sözleşmeye davet idarenin sonraki işlemleridir. Sözleşmenin imzalanması ile ihale süreci sona ermektedir.

²¹ Öğretide kullanımı tercih edilen *kamu ihale hukuku* nitelemesi, kamu alımının ihale aşamasına karşılık geldiği ve sınırlı bir alanı tarif ettiği için çalışma içinde tercih edilmemiştir. *Kamu alım hukuku*, ihale, sözleşme ve sözleşme sonrası uygulamayı da kapsadığı için daha geniş ve kuşatıcı bir kavramdır. Ayrıca, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun dışında bir alana işaret edildiğini göstermek adına da “alım” nitelemesi daha yerinde bir seçimdir. Aynı şekilde *kamu ihale sözleşmesi* de hatalı bir kullanımdır. Zira, burada sözleşmenin konusu ihale değildir. Nasıl ki Türk Borçlar Kanunu’nda satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi, yayım sözleşmesi gibi sözleşmeler, konusu ile birlikte anılmakta iken, ihale sözleşmesi denildiğinde sözleşme tarafları arasında sözleşmenin konusu ihale olmamaktadır. İdarenin taraf olduğu bu ilişkide sözleşmenin konusu mal alımı, hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı veyahut yapım işi olmaktadır. Sözleşme, bu alım türlerinden biri üzerine kurulmaktadır. İhale ise bu alımın gerçekleştirilmesi için idarenin zorunlu olarak kullandığı bir idari işlemler silsilesidir (ilan, ihale komisyon çalışmaları, tebligatlar vb.). Bu hususu biraz daha açarsak; kamu alımlarında sözleşmenin taraflarından birisi kısaca idare dediğimiz kamu kurum ve kuruluşlarıdır. İdare, sözleşme tarafını seçerken kanun ve alt mevzuatlarla hareket etmek durumunda olup, sözleşme tarafının seçimi idarenin iradesine bırakılmamış ve bu konuda idareye bir keyfiyet tanınmamıştır. Bundan dolayıdır ki, idare, ihale yöntemini kullanarak sözleşme yapacağı muhatabını belirlemekte ve ihtiyaç konusu alımı gerçekleştirmektedir. Bir başka anlatımla ihaleler, idarelerin sözleşmenin karşı tarafını ve/veya sözleşmeyi ifa yeterliliğine sahip kişisini seçme aracıdır. Ayrıca, Kamu İhale Kurumu’nun kamu alımlarına ilişkin periyodik olarak hazırladığı istatistik raporlarında da “kamu alımları” nitelemesini kullanmasına karşılık, Kurumun adı başta olmak üzere ilgili kanun adlarında da “ihale” kullanımının tercih edilmesi çelişkili ve özensiz bir durum olup, kavram karışıklığına sebebiyet vermektedir. Bu düşünceler eşliğinde çalışma içerisinde *kamu ihale sözleşmesi* kullanımı değil, *kamu alım sözleşmesi* kavramının kullanımı daha isabetli görülmüştür.

kişisi gibi hareket ederek piyasadan, piyasa fiyatlarını da kullanarak, ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerini temin/tedarik ettiği bir olgudur. Bu itibarla, kamu alımına ilişkin sözleşmelerin kamu alım hukuku ilke ve kuralları ile birlikte, sözleşme hukukunun temel kavramları ve genel ilkeleri çerçevesinde de incelenmesi gerekmektedir.²²

Sözleşme, hukuki işlemin bir çeşidi olup,²³ genel olarak hukuk düzenince korunan bir sonucu doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır.²⁴ Bu irade açıklaması bir tek kişinin (tek taraflı hukuki işlem) ya da çok kişinin (iki taraflı hukuki işlem) hukuki bir sonuca yönelmesi şeklinde tezahür etmektedir. Buradaki hukuki sonuç borç ilişkisidir. Dolayısıyla, sözleşmede bulunması gereken iki taraf, borçlu ve alacaklı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla sözleşme, alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş hukuki bir işlemdir.²⁵ Bu anlamda bütün sözleşmeler, borç ilişkisi meydana getirirler.²⁶ Günümüzde birçok borç ilişkisi sözleşmelerle kurulmakta ve bu sözleşmeler, en önemli borç kaynağını teşkil etmektedir.²⁷

1. Kamu Alım Sözleşmelerinin Genel Özellikleri

²² Burada şu hususu belirtmekte fayda var. 4734 sayılı Kanununun *Tanımlar* başlıklı 4'üncü maddesinde ihalenin tanımı yapılırken, sözleşmenin imzalanması işlemi de ihale sürecinin bir parçası kabul edilmiş, sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan ihale süreci kapsamına dâhil olarak düşünülmüştür. Kanunun 45'inci maddesi uyarınca da idare, 42 ve 44'üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla, ihale dokümanının hazırlanması, ilan yapılması, ihalenin gerçekleştirilmesi ve sözleşmenin yapılması ihale süreci içinde ele alınmalı ve bu kapsamda kabul edilmelidir. Ancak bu düşünce 2886 sayılı Kanun için geçerli değildir. Zira, Kanunun 4'üncü maddesinde ihalenin; “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri*” ifade edeceği belirtilmek suretiyle, 4734 sayılı Kanundaki ihale tanımından oldukça farklı olarak ve açıkça sözleşme, ihale sürecinin dışında bırakılarak bir tanım getirilmiştir. Bu durum, kanun koyucunun iki kanunda ihale olgusunu süreçleri itibarıyla farklı yorumladığını ve algıladığını ya da özensiz bir kanun çalışmasını akla getirmektedir.

²³ Sözleşme, hukuki işleme nazaran daha dar olup, hukuki işlem çatısı içinde yer alan bir kavramdır. Erzan Erzurumoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s.23.

²⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.43-44. Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul, Beta, 2012, s.21.

²⁵ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.1-2.

²⁶ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.3.

²⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.36. Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nda da, kanunun hemen başında, borç kaynağı olarak sözleşmeler düzenlenmiştir (m.1-48).

Kamu alım sözleşmeleri niteliği gereği, her iki tarafın da hem borçlu hem de alacaklı olduğu, *iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler* safında yer almaktadır.²⁸ Zira, taraflardan biri ötekinden borcun (edimin) ifasını isterken, diğeri de öbürüne karşı bir borç ödeme yükümü altındadır. Ayrıca kamu alım sözleşmelerini, *iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler* ayrımının alt ayrımında yer alan *tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme* olduğunun kabulü gerekir. Kamu alım sözleşmelerinde de taraflardan birinin edimi, öteki tarafın ediminin karşılığını oluşturmaktadır.²⁹ Örneğin, idarenin mal alımı için kurduğu bir sözleşmede, tedarikçi malı teslim etme, alıcı (idare) da bunun karşılığı olan bedeli (para) ödeme borcu altındadır.³⁰ Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde her iki taraf hem alacaklı hem de borçlu konumundadır. Tedarikçi alacaklıdır; çünkü, alıcıdan (idare) tedarik bedelini talep etme hakkına sahiptir. Aynı zamanda borçludur; çünkü, tedarik konusu malın mülkiyetini alıcıya (idare) devretme borcu altına girmiştir. Aynı sözleşmede alıcı (idare) alacaklıdır; çünkü, tedarik konusu malın mülkiyetinin kendisine devrini isteme hakkına sahiptir. Aynı zamanda borçludur; çünkü, tedarik konusu malın bedelini alacaklıya ödemekle yükümlüdür. Bu çerçevede, karşılıklı sözleşmelerde her bir edim, karşı edim uğruna borçlanılır ve ifa edilir. Karşılıklı edimler arasında genetik ve fonksiyonel bir bağıllık

²⁸ KİK'in sözleşme tanımında ifade edilen *idare ile yüklenici arasında yapılan* ibaresinden, kamu alım sözleşmelerinde iki tarafın olduğu açıkça anlaşılmaktadır (m.4). KİSK'in bazı maddelerinde de bu iki taraftan, idare ile yüklenici şeklinde bahsedilmektedir (m.6/e, m.15).

²⁹ İki taraflı sözleşmelerde taraflardan her birinin borcu diğeri tarafın borcunun karşılığını teşkil eder. Bir edim değişimi söz konusudur. Bu sözleşmelere *tam iki taraflı sözleşmeler* veya *karşılıklı* (sinallagmatik) *sözleşmeler* denir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.46. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, maddi edim ile para ediminin dengede bulunduğu, aynı değerinde kabul edildiği düşüncesinden hareketle yapılır. Seçkin Topuz, **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara, Yetkin, 2009, s.49. İş sahibine ait arsa üzerine taşınmaz bir yapının inşasını konu alan inşaat (eser) sözleşmeleri de tam iki tarafa borç yükleyen, geçerlilik şekline bağlı ve tipik bir sözleşmedir. İş sahibine ait bir yapı üzerindeki tamirat ve tadilat türü işler de eser sözleşmesi niteliğindedir. Fakat, bu tür işleri, bazı durumlarda satış sözleşmesinden ayırt edebilmek kolay değildir. Örneğin, yüklenicinin ölçüye göre imal edip iş sahibinin binasına monte edeceği PVC pencere montajı işinde, satış sözleşmesinin mi yoksa eser sözleşmesinin mi bulunduğu kolaylıkla söylenemez. Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008, s.39.

³⁰ *Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye* satış sözleşmesi de örnek olarak verilebilir. Sözleşmenin her iki tarafı da diğeri bir edimde bulunma yükümü altında olmakla birlikte, tarafların edimleri arasında zorunlu bir karşılıklılık ilişkisi yoksa, bu çeşit sözleşmeye de öğretilde *eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme* denilmektedir. Ücretsiz vekalet bu sözleşme türüne verilebilecek bir örnektir. Zevkililer, Gökyayla, **a.g.e.**, s.2.

ve bağımlılık mevcut olup, birinin geçerliliği ötekinin geçerliliğine, birinin ifası ötekinin ifasına ihtiyaç duyar.³¹

Kamu alım sözleşmeleri de, görüldüğü üzere bir borç ilişkisidir. Bir hukuki münasebetin borç ilişkisi sayılabilmesi için iki unsurun bulunması gerekir. Bunlar; borcun tarafları ve konusudur. Borç ilişkisinin taraflarını *alacaklı* ve *borçlu* oluştururken, konusunu *edim* belirlemektedir. Dolayısıyla bir borç ilişkisinde bu üç unsur aranmalıdır. *Alacaklı*, borç ilişkisinin aktif tarafı olup, borç konusunun ifasını talep yetkisine sahiptir. *Borçlu* ise, borç ilişkisinin pasif tarafına karşılık gelir ve borç ilişkisinden doğan edimi ifayla yükümlü kişidir. *Edim* de alacaklının ifasını talep ettiği, borçlunun ifa yükümlülüğü altına girdiği borcun konusudur.³² Bu itibarla *edim*, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır.³³ Bir başka anlatımla, borçlunun alacaklı yararına, borca uygun davranışdır. Bu niteliğiyle, borç ilişkisinin kurucu ögesi ve konusudur. Ayrıca, ifa amacına yönelik bilinçli ve amaçlı bir eyleme karşılık gelir.³⁴

Borçlar hukuku kitaplarında ayrımı yapılan *edim* türleri, kamu alım sözleşmeleri açısından da değinilmesi gereken bir konudur. Roma hukukundan bu yana borç ilişkisinin konusunu oluşturan *edim*; *verme*, *yapma* ve *yapmama* şeklinde tasnif edilmektedir. Klasik sektörlere ilişkin kamu alım türlerine baktığımızda ise, kamu alım sözleşmelerinin konusunu; *mal alımı*, *hizmet alımı* ve *yapım işleri* şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz.³⁵ Kamu alım türlerini, borçlar hukukunda ayrımı yapılan *edim*ler çerçevesinde değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varmak mümkündür. Borçlunun alacaklıya bir şey vermeyi borçlandığı *verme edimleri*, kamu alımları içinde yer alan mal alımlarına karşılık gelmektedir.

³¹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm III (İfa, İfa engelleri, Haksız zenginleşme)**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.63.

³² Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış)**, 16. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s.1-3. Serozan'a göre de *edim* ifanın konusudur; alacaklının borçludan istediği, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu *edim* olmaksızın (kendiliğinden) ifa söz konusu değildir. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.21.

³³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.6.

³⁴ Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.9.

³⁵ Danışmanlık hizmet alımları, esas itibarıyla hizmet alımları içinde değerlendirilebilecek özel bir tür olup, sözleşmeye karakteristiğini veren *edim*in şekline göre nitelik kazanmaktadır. Dolayısıyla, çalışma içinde danışmanlık hizmet alımları, hizmet alımı kapsamında düşünülmüş ve ayrı bir başlıkta değerlendirilmemiştir.

Satım, trampa, bağış sözleşmelerinde de borçlunun edimi vermeye yöneliktir.³⁶ Yapma edimlerinde ise borçlunun bedeni ve fikri çabası ön planda olup, yapma borcu, ilke olarak iş görme edimlerine ilişkindir.³⁷ Bu edim türünde borçlu iş yapmayı borçlanmaktadır. Kamu alım türlerinden hizmet alımı ve yapım işleri bu edim türünün sınırları içindedir. Eser (inşaat), hizmet, vekalet sözleşmelerinde de borçlunun edimi yapmaya yöneliktir.³⁸ Hizmet alımı denildiğinde TBK'deki hizmet sözleşmesi anlaşılmalıdır. Hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi dışındaki tüm iş görmeleri hizmet alımı kapsamında bu kanun içerisinde mütalaa edilmektedir.³⁹

Kamu alım sözleşmeleri bakımından önem arz eden edime ilişkin bir diğer husus ani ve sürekli edim ayrımıdır. Ani edimlerde borçlu borç konusunu bir kez yerine getirmektedir. Sürekli edimlerde ise borçlu borç konusunu bir kez yerine getirmekle borçtan kurtul(a)mamakta, borç ilişkisi devam ettiği süre içinde edim yükümlülüğü devam etmektedir.⁴⁰ Bu itibarla kamu alımlarının, genel olarak ani edim içeren bir borç ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan kamu alım türlerinden yapım işlerinde, edimin ifası için borçluya düşen davranış yükümü bir süreye yaygın olmaktadır. Buna karşılık, alacaklı açısından ifa ancak her şeyin tamamlandığı son bir eylemle (veya işlemle) gerçekleştiği durumu dikkate alındığında bu borç ilişkisinin de ani edimli sayılması gerekir. Zira, yüklenicinin yapım işini idareye teslim etme borcu (anahtar teslim) bulunmaktadır,⁴¹ ki bu iş

³⁶ Verme borçları sadece sözleşmelerden doğmaz. Haksız fiilden doğan borçlarda, sorumlu kişinin edimi de vermedir. Çünkü, burada zarardan sorumlu kişi (borçlu) zarar görenin (alacaklı) uğradığı zararı gidermek üzere genellikle parayla tazmin adı verilen bir edimi ifa etmek zorundadır. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.4.

³⁷ Eren, **a.g.e.**, s.1033.

³⁸ Yapmama edimlerinde borçlu ne bir *verme* ne de *yapma* yükümlülüğü altındadır. Borçlunun borcu, yapmama şeklinde bir kaçınma veya katlanma borcudur. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.5.

³⁹ Seçkin Topuz, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.282.

⁴⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.6. Sürekli edimli ilişkiler, her zaman ve yalnız fesihle sona erdirilebilir; ayrıca, taraflarca veya kanunda öngörülen belirli sürenin dolmasıyla sona erer. Sürekli edimli sözleşme ilişkilerinde; taraflar arasındaki güven ilişkisinin ve yükümler listesinin yoğunluğu, beklenmeyen gelişmeler karşısında sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya feshedilmesi yolundaki yetkilerin sık tanınması dikkat çeker. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.14.

⁴¹ Yüklenici, uhdesindeki inşaatı sadece meydana getirmekle (çalışma borcu) değil, tamamlanınca söz konusu işi yapı sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Yapımın teslimi ile ilgili kanun hükümleri (TBK m.474 – Borçlar Kanunu (BK) m.359/I; TBK m.477/I – BK m.362/I; TBK m. 473 – BK m.358/I) gereğince, önemli hukuki sonuçlar doğmaktadır. Yapım işinin yüklenici tarafından teslimi ve yapı sahibi (idare) tarafından kabulü için, sözleşmede üstlenilen inşaatın tamamlanmış olması şarttır. Tamamlanmamış yapının, tamamının teslimi mümkün değildir. *Tamamlanmış yapının teslimi ilkesi*

yüklenici açısından belirlenen bir zaman süresince çalışmayı gerektirse de bu işler idare için teslim anına kadar ifa değeri taşımayacağından, ani edimli borç ilişkisi yaratmaktadır.⁴²

TBK⁴³'nin özellikle borç ilişkisinin sona ermesine ilişkin hükümleri, ani edimli borç ilişkileri düşünülerek hazırlanmıştır. Diğer taraftan, icrasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkilerinde sona erme, kural olarak ileriye yönelik etkiler doğurur. Bu çerçevede, kamu alım sözleşmelerinin sona ermesi durumunda borç ilişkisinin *geçmişe etkili* olarak mı, yoksa *ileriye etkili* olarak mı ortadan kalkacağı sorununa açıklık getirme ihtiyacı belirmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde kural olarak *dönme* kavramına yer yoktur. Bu tip sözleşmeler, sadece haklı sebeplerle ve *ileriye etkili* olarak ortadan kaldırılabilir.⁴⁴ Kamu alım sözleşmelerinin büyük bir kısmı ani edim yükümü içeren sözleşmelerden oluşur. Sürekli edim yükümü içeren kamu alım sözleşmeleri genellikle hizmet alımlarında (temizlik, güvenlik, yemek, vb) söz konusudur. Bunun dışında mal alımı ve yapım işleri sonucunda imzalanan kamu alım sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşmelerdir.⁴⁵ Bu sözleşmeler her ne kadar ani edimli sözleşme olarak görülse de, özellikle yapım işleri bakımından sözleşmenin feshi hâlinde, sürekli edimli borç ilişkisinde görülen *ileriye etkili* bir

gereğince, yüklenici üstlendiği inşaatı, bütün işler bitmiş olarak teslim etmekle yükümlüdür. İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.75.

⁴² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.11. Öğretide, eser (istisna) sözleşmesinin ani ve sürekli edim içeren sözleşme tiplerinin bir bileşimi olduğu, her iki özelliği de taşıdığı görüşüne rastlanmaktadır. Ayrıca, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 25.01.1984, E.1983/3, K.1984/1 (Resmi Gazete Sayısı: 18325, 3/1) sayılı kararının gerekçesinde belirtildiği üzere "...iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda müatalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yüzünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır.." Nitekim, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan iş görme borcu esas itibarıyla edim sonucuna yönelik olmakla birlikte, iş görme faaliyetinin uzun bir zamana yayılmış olması sebebiyle sürekli borç ilişkilerine de benzemektedir. Şirin Aydınçık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.50. Bundan sonra çalışma içinde yer verilen Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Sayıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay gibi yüksek yargı kararlarına, herhangi bir kaynak belirtilmedikçe, www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir.

⁴³ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete. (Kanun Kabul Tarihi 11.01.2011)

⁴⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁵ Demirboğa, **a.g.e.**, s.82-83.

sonuç meydana gelmektedir. Bu yönüyle de kamu alım sözleşmelerinde, borçlar hukukunun genel yaklaşımından farklı bir yol izlendiği gözlenmektedir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, öğretide eser sözleşmelerinin, ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi mi olduğu tartışması sürerken,⁴⁶ kamu alımlarında yapım işleri sözleşmelerinin sona ermesi durumunda, bu sözleşmeleri sürekli edimli borç ilişkisi olarak kabul etmiş ve *ileriye etkili* sonuçlarını düzenlemiştir.⁴⁷

Bir yapma borcunun sürekli borç ya da ani edimli borç niteliği taşıdığını tespit etmek için alacaklının ifaya olan menfaatinin gerçekleştiği zamanı dikkate almak gerekir. Sadece alacaklının edime olan menfaatinin belirli bir süre içerisinde

⁴⁶ İş görme sözleşmeleri arasında yer alan eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, eser sözleşmesinde yüklenici sadece bir sonucun meydana getirilmesini taahhüt etmez, aynı zamanda bu sonucu gerçekleştirme doğrultusunda faaliyet gösterme borcu altına da girmiştir. Söz konusu iş görme borcu doğası gereği bir süreye yaygın olduğundan, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunu ani edimli olarak nitelendirmek doğru değildir, bunun sürekli borç niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Hasan Erman, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri, **İBD**, 1984, s.212., Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s.166. Diğer görüşe göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin yükümlendiği edimin belirleyici ögesi bir işin görülmesi değil, bir sonucun meydana getirilmesidir. Bu durum yüklenicinin ediminin ani edimli olması sonucunu doğurmaktadır. Özer Seliçi, **Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, s.26., M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte**, İstanbul, Kazancı, 1989, s.20. Genel olarak eser ve özel olarak da inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin zaman içinde hazırlanmasından dolayı, bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi kurduğu ileri sürülmektedir. *Serozan*’a göre, eser sözleşmesinde bedel, sadece teslim için değil, işin yürütümü için de taahhüt edilmektedir. Bu nedenle, eser sözleşmelerinin daima sürekli borç ilişkisi doğuran bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Aksi görüşte olan *Seliçi* ve *Öz*’e göre, eser sözleşmesi temelde ani edimli olmakla birlikte, yüklenicinin edim sonucunu sağlamak için giriştiği edim fiili niteliğindeki davranışlarının kanunda özel olarak düzenlenmiş olması, taraflar arasında kurulan sıkı güven ilişkisinden doğar. Edim sonucunun gerçekleşmesi daima edim fiiline bağlı olduğundan, kanunda sürekli borç ilişkilerine dair hükümler de dikkate alınmıştır. Dolayısıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istisnaen sürekli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmeleri de kurulabilir. Öğretide yer alan bu görüşleri irdeleyen *Ayan*’a göre, hâkim görüş gereğince, eser sözleşmesiyle, taraflar arasında ani edimli mi yoksa sürekli edimli bir borç ilişkisinin mi kurulduğu belirlenirken, alacaklının ifaya olan menfaati göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla, yükleniciye ait arsa üzerine bir taşınmaz inşasının ve daha sonra bu taşınmazın iş sahibine (alacaklı) teslim edileceği inşaat sözleşmelerinin ani edimli olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, bu tip sözleşmelerde iş sahibinin ifaya olan menfaati, yapının tamamlanıp iş sahibine teslim edildiği anda gerçekleşmektedir. *Ayan*, **a.g.e.**, s.42-46. Benzer görüşe yaklaşan *Aydıncık*’a göre de, eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu esas itibarıyla, bir eseri meydana getirme şeklinde edim sonucuna yönelmiş olduğundan ve alacaklının menfaati de ancak bu sonucun gerçekleşmesiyle sağlanmış olduğundan söz konusu sözleşmeyi kural olarak ani edimli bir sözleşme saymak gerekecektir. *Aydıncık*, **a.g.e.**, s.25.

⁴⁷ Feshin geriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirememesinin sebebi, sürekli sözleşme ilişkisindeki ifa edilen edimlerin geriye dönük olarak çözümlenimin çok zaman imkânsız olmasıdır. Diğer taraftan, böylesi bir uygulama dürüstlük kuralı ile de bağdaşmaz. *Demirboğa*, *KİSK*’in *Sözleşmede Değişiklik, Sözleşmenin Devri ve Feshi* başlığını taşıyan üçüncü bölümünde, başlığın *Sözleşmede Değişiklik Yapılması ve Sözleşmenin Sona Ermesi* olarak değiştirilmesini önermektedir. *Demirboğa*, **a.g.e.**, s.82-83.

gerçekleştiği durumlarda, bu edimin sürekli borç niteliği taşıması söz konusu olur. Buna karşılık borçlunun ediminin bir sonuca yönelmiş olduğu ve ancak bu sonucun gerçekleşmesiyle borcun ifasının sağlandığı durumlarda ise sürekli borç ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir.⁴⁸ Zira, sürekli borç ilişkileri, kural olarak ifayla değil, zamanın dolmasıyla sona ererken, eser sözleşmesinde borç ilişkisi, kural olarak inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp teslimi ve sözleşme bedelinin ödenmesiyle sonlanmaktadır. Sözleşme bedelinin para olduğu ve 4734 sayılı Kanun, 4735 sayılı Kanun ve bu kanunların alt mevzuat hükümlerine tabi yapım işi sözleşmelerde, yapılan işe karşılık gelen miktar/tutarda aylık periyotlarla düzenlenen ve yükleniciye avans niteliği taşıyan ara (geçici) hak ediş ödemelerinde bulunulması sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği kazandırmaz.⁴⁹

Borç doğuran sözleşmeler bir müzakere (görüşme) sonucu yapılabileceği gibi, esasları bir tarafça tespit edilmiş sözleşme hükümlerini diğer tarafın kabul etmesi tarzında da yapılması mümkündür. Katılınan (iltihaki) sözleşmeler ve genel işlem şartları ile yapılan sözleşmeler böyledir.⁵⁰ Kamu alım sözleşmelerinde de, idarenin tespit ettiği sözleşme hükümlerini diğer tarafın kabul etmesi ile sözleşme kurulmaktadır. Bu tarz sözleşmelerde *tip sözleşme*, sözleşme ilişkisini belirleyen en önemli enstrümandır.⁵¹

2. Kamu Alım Sözleşmelerinde Yer Alan Temel İlke ve Kavramlar

Türk kamu alım hukukunda, kamu alımı sözleşme ilkelerinin hüküm altına alındığı KİSK'in 4'üncü maddesinde; *"Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe*

⁴⁸ Aydıncık, **a.g.e.**, s.23.

⁴⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.47.

⁵⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.45.

⁵¹ Uygulama içinden bir yüklenici ile yazarın yapmış olduğu görüşmede yüklenicinin dile getirdiği şu yaklaşım, kamu alımlarında idare ile yüklenici arasında kurulan ilişkinin, ne derece tek yönlü algılandığını göstermesi bakımından önemlidir. Söz konusu yüklenici, *esaret hükümleri* diye adlandırdığı bu sözleşmeler (tip/standart sözleşme) ile yüklenicinin eline bir ip verilerek, yükleniciye idam sehpasını hazırla denildiğini iddia ediyordu. Eğer sehpayı sağlam hazırlarsa (sehpa itildiğinde sağlam durursa) yüklenici borçtan kurtulur. Aksine sağlam değil de sarsılır ve yüklenicinin düşmesine neden olursa ipte asılır. Belki yüklenicinin bir idam mahkûmuna benzetilmesi abartı olarak görülebilir, fakat eşitlik esasına göre kurulan kamu alım sözleşmelerinin, uygulamada bu esastan çok uzak bir ilişki ve algı doğurduğu yadsınmamalıdır.

aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur” denilmek suretiyle, sözleşmenin uygulanmasında tarafların eşitliği esası gözetilmiş ve sözleşme hukukunda idari işlemlerden farklı olarak idareye bir üstünlük ve ayrıcalık tanınmamıştır. İdari işlemlerde idarenin tek taraflı işlemi söz konusu olup, hukuka uygunluk karinesi mevcuttur. Buna karşılık TBK’de olduğu gibi 4735 sayılı Kanuna göre de bağitlanan kamu alım sözleşmelerinde idare ile yüklenici eşit statüde olup, tarafların eşitliği ilkesi geçerlidir.⁵²

Yine KİSK’in 4’üncü maddesinden çıkarılan ihale dokümanına uygun sözleşme yapılması ilkesi, kamu alım sözleşmelerine hâkim olan bir başka ilkedir. Zira, ihale sürecinden bağımsız düşünölemeyen kamu alım sözleşmelerinde ihale dokümanı tek ölçüt olup, hem tekliflerin değerlendirilmesinde hem de sözleşmenin uygulanmasında dikkate alınması gereken yegane referanstır. Dolayısıyla, ihalenin ve ihale sonrası akdedilen kamu alım sözleşmesinin de ihale dokümanına uygun olması bir zorunluluktur. Emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını düzenleyen TBK’nin 27’nci maddesi (BK m.19-20), yapılan aykırılığın niteliğine göre kısmi hükümsüzlüğü, ancak bu hüküm olmaksızın sözleşme kurulamayacaksa, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüzlüğünü kurala bağlamıştır.

Kamu alım sözleşmelerinde değinilmesi gereken diğeri bir ilke, bu sözleşmelerin yazılı şekle tabi olmasıdır. Her kamu alım ihalesi mutlaka yazılı sözleşmeye bağlanması kuraldır (KİK m.46). TBK’den bu yönüyle ayrılan kamu alım sözleşmeleri, idarelerce hazırlanan ve taraflarca imzalanan yazılı metinlerdir. İradi şekilden farklı olarak şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Çünkü, kanun koyucu tarafından öngörölen şekil şartı emredicidir ve kamu düzenine ilişkindir.⁵³

AB kamu alım direktiflerinde de, bir sözleşmenin direktif kapsamına girmesi için bu sözleşmenin üç kriteri karşılması gerekmektedir. Bu kriterler: 1) Sözleşmenin maddi çıkar doğrultusunda, başka bir deyişle, maddi karşılık, para veya

⁵² Ateş, **a.g.e.**, s.95.

⁵³ Demirboğa, **a.g.e.**, s.58.

parasal karşılık doğrultusunda yapılması, 2) Sözleşmenin yazılı olması, 3) Sözleşmenin iki taraf (yüklenici ve idare) arasında yapılması.⁵⁴

Kamu alım sözleşmelerine hâkim olan, fakat KİSK’de yer almayan önemli bir ilke TBK’nin tamamlayıcı bir ilke olmasıdır. 2886 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeler hakkında, kamu alımlarında olduğu gibi ayrıca bir sözleşme kanunu düzenlenmemiştir. Sözleşmeye ilişkin hükümler Kanunun kendi içinde yer almakla beraber, TBK hükümleri sözleşmeden doğan ihtilaflarda uygulama alanı bulmaktadır (DİK m.92). KİSK, TBK’nin sadece sürece ilişkin hükümlerini değil, sözleşmenin kurulmasından, sözleşmenin sona ermesine kadar geçen süreçte söz konusu Kanunda hüküm bulunmaması hâlinde TBK’nin uygulanmasını öngörmektedir (KİSK m.36).

Kamu alım sözleşmelerinde ihale kararı verilmesinin en önemli sonucu idare ile taraflar arasında sözleşme kurma borcu ve yükümlülüğünün doğmasıdır. Kamu alım sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi kabul edildiğinden; dürüstlük ilkesi, sözleşmenin geçerlilik kuralları, özel hukuk hükümleri, hukukun genel ilkeleri kamu alım hukukunda da geçerlidir.⁵⁵ Bu bakımdan, kamu alım sözleşmeleri ile ilişkili bazı ilke ve kavramların incelenmesi önemlidir.

a. Sözleşmelerde Bağlılık İlkesi ve Taahhüt İlişkisi

Kamu hukukunda sözleşme, idarenin tek başına yaptığı işlemlerden farklı olarak, tarafların rızasıyla ortaya çıkan ve hukuki sonuç doğuran bir hukuki ilişkidir.⁵⁶ *Gözler* de bu yönde bir tanımlı benimsemektedir; “Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmak amacıyla idare ile ilgili özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır.” Dolayısıyla, sözleşme, idarenin işlemlerinden “iki yanlı işlemler” kategorisine girer. İdarenin iki taraflı hukuki işlemlerinde, yapılan işlemin hukuki sonuç doğurabilmesi için sadece idare tarafından bir iradenin açıklanması yeterli değildir; bu iradenin, idarenin karşısındaki

⁵⁴ SİGMA, a.g.e., s.18.

⁵⁵ Oğuz Sancakdar, “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.18.

⁵⁶ Sedat Çal, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010, s.226.

özel kişi tarafından da kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle de sözleşme, idarenin tek taraflı hukuki işlemlerinden hâliyle farklı bir hukuki rejime tabidir.⁵⁷

Sözleşmelerin ortaya çıkışının, irade beyanı olarak bilinen icap-kabul ilişkisi içinde şekilleneceği açıktır. Taraflar irade beyanlarına farklı anlamlar veriyorsa sorun kaçınılmaz olmaktadır. Bir irade açıklaması olarak ortaya çıkan sözleşmenin söz veren tarafı, aslında sözünü yerine getirmeyi kendisi istemektedir. Yükümlülükleri kendisi istemiş ve/veya seçmiş olduğu için taahhütlerinin zorunlulukları/sonuçları ile bağlıdır. Söz veren, eylemiyle sonuçları açısından bir katlanma külfetini de üstleneceğini bilmekte ve kendi iradesiyle ortaya koyduğu külfete uyacağını vaat etmektedir. Bu vaadine uymaması elbette hukuki zorlamayı ortaya çıkartır. Çünkü kendisine karşı böyle bir zorlamanın olabileceğini, söz verirken de bilmektedir. Bu bilme hâli, hukuki bir yaptırımla karşılaşacak kişi için bir taahhüttür.⁵⁸

Taraflar arasında hukuki ihtilaflar ortaya çıksa da verilen sözde durulmalı, sözleşmede kararlaştırılan edimler ifa edilmelidir. Bu gereklilik, sözleşme hukukunun en önemli ilkesi olan sözleşmeye bağlılık ilkesinin gereğidir.⁵⁹ Bununla birlikte sözleşmelerin, verilmiş sözler olarak yerine getirilmesi ve ahlaki bağlayıcılıklarının hukuki olarak da desteklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmelerin, her ne şekilde ortaya çıkmış olurlarsa olsunlar kendiliğinden zorlayıcı bir yükümlülük oluşturmadığı seçeneği baştan reddedilmelidir. Ayrıca, sözleşmeden doğan yükümlülükler alanının veya sözleşmeye bağlılığın hukuk açısından takip edilebilirliğinde, kendiliğinden bazı sınırların varlığı da temel hak ve özgürlükler alanına bağlanabilir.⁶⁰ Bu itibarla, sözleşmeye bağlılık ilkesine göre, kanundan ve sözleşmenin kendisinden kaynaklanan hükümler dışında, sözleşmenin tek taraflı olarak sonlandırılması, taraflar arasında tesis edilen taahhüt ilişkisi ve sözleşme sadakati bakımından kabul edilemesi zor bir durumdur.

⁵⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, II. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2009, s.2.

⁵⁸ Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s.276-277.

⁵⁹ Baysal, **a.g.e.**, 2009, s.1.

⁶⁰ Işıktaç, **a.g.e.**, s.272. Sözleşmeye bağlılık ilkesi gibi köklü bir ilkenin delineceği ve/veya erozyona uğrayacağı endişesi, başka ilke ve kuramların işletilmesine kuşkuyla bakılmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede, sözleşmenin dar anlamda uyarlanması irade özgürlüğüne aykırı sayılmıştır. Sözleşme taraflarının özgür iradesinin sonucu olmayan bu değişikliğin, sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmadığı düşünülmektedir. Fransız yaklaşımı olan bu düşüncenin temelinde, hâkime duyulan güvensizlik yatmaktadır.

Pozitif hukukta düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olarak kabul edilen sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşme hukukuna hâkim olan bir ilkedir. Sözleşmeye bağlılık salt ahlaki bir ilke olarak görülemez, zira hukuk güvenliği bakımından aynı zamanda hukuki bir zorunluluktur. Dolayısıyla, devlet hukuk sistemlerinde, dozajı değişken olsa da, genel olarak sözleşmede ahde vefa aranan bir ilkedir. Amerikan hukuk sisteminde, sözleşme gibi temel hukuk alanlarında emsal mahkeme kararlarını içeren açıklamaların yer aldığı, ancak bağlayıcı olmayan hukuk eseri *Restatement (Second) of Contracts*'a göre, sözleşme yükümlülüğü kesin bir yükümlülüktür. Ahde vefa (pacta sunt servanda), sözleşmenin uygulanması ve/veya sözlerin tutulmasında kabul edilen bir düsturdur. Hatta, tarafların hatası bulunmasa ve koşullar, sözleşmeyi daha külfetli ya da beklediklerinden daha az tercih edilebilir bir duruma getirirse, yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf sözleşmenin ihlalinden dolayı tazminatla sorumludur.⁶¹ Sözleşmeye bağlılığın, Fransız hukukunda da güçlü bir karşılığı vardır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1134/I maddesi, sözleşme hükümlerinin taraflar arasında kanun hükmünde olduğunu yasal güvenceye almıştır.⁶² Dolayısıyla, sözleşmeye bağlılık ilkesi Fransız hukukunda kendine çok güçlü bir yer bulmuştur. Bu hükmün katı yorumlanması sonucunda da, Fransız hukukunda sözleşmeye bağlılık ilkesinden ödün verilmemektedir.⁶³ Bu itibarla, iki hukuk düzeni arasında, sözleşmeye bağlılık ilkesinde benzer bir katılık göze çarpmaktadır.

Türk hukukunda da genel kural TBK madde 112'de ifade edildiği üzere; *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle*

⁶¹ Restatement (Second) of Contracts, 309'uncu madde. (Çevrimiçi) <http://home.comcast.net/~rnhauck/BusLaw/201RestConts.pdf>, 07 Kasım 2014.

⁶² Taraflar arasında kurulmuş sözleşmelere kanun gücü (contrat-loi) tanıyan bu hükmün etkisi Fransız hukuku ile sınırlı kalmamıştır. 1804 tarihli *Code Napoléon*'u takip eden birçok devlet benzer hükümlere Medeni Kanununda yer vermiştir. Örneğin: İtalyan MK m. 1372 *“Sözleşme taraflar arasında kanun hükmündedir.”*; İspanyol MK m. 1091 *“Sözleşmeden doğan borçlar, sözleşmenin tarafları arasında kanun hükmündedir ve onlara aynı şekilde uyulması gerekmektedir.”*; Belçika MK m. 1134 *“Hukuka uygun olarak kurulmuş olan anlaşmalar, tarafları arasında kanun hükmündedir.”* Baysal, **a.g.e.**, s.21.

⁶³ İngiliz hukukunda ise sözleşmeye bağlılık, irade özgürlüğü ilkesi bağlamında değerlendirilmemektedir. İngiliz hukukunda, Fransız devriminde gelişen bireyin iradesinin üstünlüğü, Kıta Avrupası hukukunda algılandığı hassasiyetle algılanmamıştır. Hamed Zaki, **L'imprévision en droit anglais**, Paris, Librairie A. Rousseau, 1930, s.167. Nakleden Baysal, **a.g.e.**, s.50.

yükümlüdür.” Bazı hâllerde (örneğin TBK m.85/BK m.69) kanun koyucu kusursuz sorumluluk esasını da kabul etmiştir.⁶⁴ Bununla birlikte, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesinin, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturduğu, Alman ve Türk hukukunda ve içtihatlarında kabul edilmektedir.⁶⁵

Genel olarak bakıldığında hukuk sistemlerinde, bağlayıcı bir taahhüdün, diğer bir deyişle sözleşme ilişkisinin meydana gelebilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gereği aranır. Bağlayıcı bir sözleşmenin⁶⁶ doğabilmesi için, tarafların iradelerinin birbirine uygun olmasının yanı sıra, modern hukuk sistemlerinde ilave kriterler de getirilmiştir. Örneğin, Roma hukukundan büyük ölçüde etkilenen Fransız Medeni Kanunu’nda “sebepe-cause”, Alman Medeni Kanunu’nda ise “niyet-wille” kavramları bir sözleşme ilişkisinin kurulmasında varlığı gereken unsurlar olarak öne çıkmaktadır. İngiliz hukukunda ise, bağlayıcı bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için, resmî veya damgalı bir sözleşmenin var olması ya da taraflar arasındaki ilişkide bir “consideration” bulunması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, Roma hukukunda ve onun etkisiyle Kıta Avrupası hukukunda *causa*, Anglo-Amerikan hukukunda ise

⁶⁴ Kusursuz sorumluluk paradigması, klasik sözleşme hukukunun içine nüfuz etmiş bir kavramdır. Ancak, tam sorumluluğun açık tasnifi çok zaman sadece ihlal ve uygulama nazariyeleri ile bağlantılı olarak görünür. Bu nazariyeler altında, bir sözleşmenin uygulanması sırasında herhangi bir şekilde başarısız olma durumunda veya hatadan kaynaklı sözleşme ihlallerinde, ne olursa olsun ihlali yapmaktan sorumlu olan taraf konu edilmektedir. Tam sorumluluk, sözleşmenin kesin bir sonuç sağladığı anlamına gelir. Kısacası, sözleşmenin uygulanmamasına bağlı bir neden önemli değildir. Yaygın kanaat şudur ki, sözleşme hukuku esasen kusura dayalı bir sorumluluk sistemidir. Hal böyle olunca, kusursuz sorumluluk için ortaya konan teorik gerekçeler; kasıt ve kusur arasındaki ilişki, sözleşmeden doğan kusurun tabiatı sözleşmeye dayalı kasti basite indirgemektedir. Dolayısıyla kusur, sözleşme hukuku içinde paha biçilmez, doğal ve kaçınılmaz bir rol oynar. George M. Cohen, “The Fault That Lies Within Our Contract Law”, **Michigan Law Review**, Vol. 107, June 2009, s.1445-1446. Dolayısıyla, sözleşme hukuku sözleşme taraflarının karşılıklı rızasına dayanır ve sorumluluk üzerinden zemin bulur. Kusur ise rızadan farklı sosyal bir neticedir.

⁶⁵ Topuz’un savına göre, böyle durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Topuz, **a.g.e.**, s.351.

⁶⁶ Sözleşmenin bağlayıcılığının kökeninin ne olduğu sorusu, bağlayıcılığı belirsiz olan basit bir taahhüt ifadesi ile yasal olarak kalıplaşmış sözlü ifade geleneği arasında ayırım yapılarak da belirlenebilir. Sözlü ifade geleneği, örneğin Roma hukukundaki *stipulatio*, Kıta Avrupası hukukunun *causası* bir diğer deyişle hukuki sebebin dayanağıdır. İngiliz hukuku içinse *God’s Peny* bir çeşit *sözünü tutmayı unutmama sözü* şeklinde betimlenir. William Pietz, “Material Considerations: On the Historical Forensics of Contract”, **Theory, Culture and Society**, Vol: 19(5/6), 2002, s.11. Nakleden Işıkaç, **a.g.e.**, s.310. Kıta Avrupası sisteminde Roma hukukunun etkisi açısından bu farklılık son derece önemlidir. Belirli bir biçimde formüle edilmiş sözlü ifade olmaksızın Roma hukukunun erken dönemlerinde bir sözleşmenin hiçbir icra kabiliyeti yoktur. Işıkaç, **a.g.e.**, s.310.

consideration enstrümanı geliştirilmiş ve bu şekilde bağlayıcı ve uygulanabilir bir sözleşme olgusu yerleştirilmeye çalışılmıştır.⁶⁷

b. Sözleşme Serbestliği/Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü 19. yüzyıl ekonomik ve felsefi liberalizm anlayışının bir ürünü olup, çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşmenin tabi olacağı şekli belirleme sözleşme özgürlüğü denildiğinde akla gelebilecek durumlardır.⁶⁸ Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestliğini ifade eder. Dolayısıyla, sözleşme dediğimiz borç kaynağı ancak kişinin kendi serbest iradesi varsa hak veya borç doğurabilir.⁶⁹

TBK’de hâkim olan ilke, *irade özerkliği/özgürlüğü ilkesinin* bir yansıması olan sözleşme özgürlüğüdür.⁷⁰ Borçlar hukuku penceresinden bakıldığında sözleşme özgürlüğü ile kastedilen aynı zamanda irade özerkliğidir.⁷¹ İrade özgürlüğüne işlerlik sağlayan en önemli hukuki araç, sözleşmedir. Taraflar, özgür iradeleriyle yaptıkları sözleşmelerle sınırlı da olsa kendilerini hem bağlayan/borç altına sokan hem de hak sahibi yapan ve böylece bizzat uymak zorunda oldukları hukuk kuralları koyarlar.

⁶⁷ Çağdaş Evrim Ergün, “Sözleşmeler Hukukunda Consideration/Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi”, **AÜHF**, C.53, S.4, 2004, s.85-86.

⁶⁸ Hasan Ayrancı, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, **AÜHF**, C.52, S.3, 2003, s.229. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Arzu Küçükyağcı, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **AÜHF**, C.53, S.4, 2004, s.101.

⁶⁹ Türk hukukunda Anayasa, sözleşme özgürlüğünün kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden biri olduğunu kabul ederek, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*” hükmünü getirmiştir. (m. 48) Alman hukukunda ise sözleşme özgürlüğünün Anayasal temeli, Alman Anayasası’nın *kişiliğin serbestçe geliştirilmesi* hakkını öngören 2’nci maddesinin birinci fıkrasına dayandırılmaktadır. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.73.

⁷⁰ Yargıtay bir kararında bu ilkeyi teyit ederek şu ifadelerle yer vermektedir: “*Türk Hukuk Sisteminde akit serbestisi (=sözleşme özgürlüğü) asıldır. Bu kural dayanağını Anayasa’nın 13 ve 48. maddelerinden alır. Kişinin temel haklarından olan sözleşme özgürlüğü ile kastedilen ise, tarafların yapacakları sözleşmelerinde içerik ve koşullarını diledikleri biçimde saptamada serbest olmalarıdır. Kuşku yok ki, bu özgürlük de yasaların gösterdiği sınırlar içinde kullanılabilir.*” 15. Hukuk Dairesi 2006/4345 E., 2007/5425 K. Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin içeriğini serbestçe düzenleme ve buna bağlı olarak edimler arasındaki denge ilişkisini de belirleme özgürlüğünü içerir. Topuz, **a.g.e.**, s.52.

⁷¹ Bu kavramların eş anlamlı olarak kullanılma sebebi de budur. Söz konusu kavramlar borçlar hukukçuları arasında eş anlamlı olarak kullanılsa da, felsefeciler ve hukuk felsefecileri tarafından eş anlamlı olarak kullanılmamaktadır. Akın Ünal, **Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması**, Ankara, Adalet, 2012, s.37.

İrade özgürlüğü ilkesi, kişilerin kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devletin baskısından korunmasını amaçlar.⁷² Bu çerçevede ilke, sözleşme hukukunda iki önemli misyonu yüklenmektedir: Kimse iradesi dışında borç altına alınamaz ve özgür irade ile kurulan her sözleşme adildir.⁷³

Bu ilke, TBK'nin 26-27'nci maddelerinde kısmen de 12'nci maddesinde düzenlenmiştir. Taraflar bu özgürlüğü kullanırken TBK'nin 27/I maddesinde düzenlendiği üzere sözleşmenin, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmamasına dikkat etmelidir. Aksi takdirde sözleşme kesin olarak hükümsüzdür.

Fransız hukuk sisteminde sözleşmeler, tarafların kanunu hükmünde görülmektedir. Sözleşmelere kanun niteliği veren Fransız Medeni Kanunu, 1134/I madde hükmünde *“hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar”* demek suretiyle özgür iradeyle doğan sözleşmeleri, taraflar ve hâkim nezdinde önemli bir metin konumuna taşımaktadır. Fransız hukukundaki sözleşmeye tanınan kanun gücü mutlaklığı ve kişiye sözleşme ile kendi kanununu yaratma imkânı veren irade özgürlüğü, Fransız İhtilali'nin bir başka önemli ayağı olan eşitlik ilkesi çerçevesinde, özellikle sözleşme taraflarının ve sözleşme edimlerinin eşitliği bağlamında değerlendirilmelidir.⁷⁴ Türk hukukunda Yargıtay'ın yaklaşımı da bu yönde olup, sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir.⁷⁵ Diğer taraftan, Alman ve Türk hukukunda, edimlerin sözleşme kurulduğu zaman dengede olması gerektiğine ilişkin içerik düzenlemesini öngören genel nitelikte bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bunun nedeni, her iki hukuk sisteminde de sözleşme özgürlüğü ilkesinin hâkim olmasıdır.⁷⁶

Sözleşme özgürlüğü, kendi içinde dört alt türe ayrılır. Bunlar; herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve nihayet kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan

⁷² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.16.

⁷³ Baysal, **a.g.e.**, s.7.

⁷⁴ **A.e.**, s.9.

⁷⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.2003, E.2003/13-599, K.2003/599.

⁷⁶ Topuz, **a.g.e.**, s.351.

kaldırma. Bu ilke uyarınca taraflar her şeyden önce, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, yapmak istedikleri bir sözleşmeyi, hukuk düzeninin sınırları içinde diledikleri tip ve muhtevada yapma hususunda özgürdürler.⁷⁷

Sözleşme özgürlüğü ilkesinde, ekonomik gelişmelere paralel olarak, devletin piyasaya önemli bir aktör olarak girmesi ile yaşanan dönüşümün etkisiyle de eskisinden farklı bir değerlendirme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Ayrıca, sosyal hayatta meydana gelen değişimler özel hukuku ve buna bağlı olarak *irade serbestliği ilkesini* etkilemekte ve dönüştürmektedir.⁷⁸ Bunun sonucunda da, *sözleşme özgürlüğü ilkesinin* uygulanmasında bazı istisnalar ortaya çıkmaktadır. Devlet kamu menfaatini korumak amacıyla, bazı ekonomik sektörleri rekabete açık olan alanlardan muaf tutabilir. Bu durumu açıklayan en iyi örnek, bir kamu kurumunun tekel biçiminde sahip olduğu mal ve hizmet sağlama yetkisini, olanakları dâhilinde kullanarak, belli ölçülerde istediği kişilerle sözleşme akdetmesi hâlidir. Bu durum, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına iyi bir örnektir.⁷⁹ Ayrıca, UNIDROIT⁸⁰ İlkeleri 14'üncü madde *Emredici Hükümler* başlıklı hükmünde, devlet tarafından yürürlüğe konan kamu veya özel hukuk karakterli emredici yasal düzenlemeler; anti-tröst yasağı, haksız sözleşme şartlarına ilişkin kanunlar, fiyat ve döviz kontrolü uygulamaları gibi düzenlemelerle, sözleşme taraflarının iradelerinin *sözleşme özgürlüğü ilkesi* çerçevesinde emredici hükümlerle sınırlanması söz konusudur.⁸¹

c. Sözleşme Kurma Zorunluluğu

Sözleşme özgürlüğü her şeyden önce, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü ifade eder. Kural olarak, kimse sözleşme yapmaya zorlanamaz. Diğer taraftan bu kuralın dürüstlük ilkesinden, kanundan veya anlaşmadan doğan istisnaları vardır. Ayrıca sözleşme özgürlüğü ilkesi; sözleşmenin tarafını seçmeyi, bir diğer ifadeyle

⁷⁷ Eren, **a.g.e.**, s.17.

⁷⁸ Ayrancı, **a.g.m.**, s.230.

⁷⁹ Sözleşme özgürlüğünün sınırlandığı ve/veya sınırlama hükümlerinin bulunduğu sözleşmeler hakkında detaylı bir inceleme için ayrıca bkz.: Ünal, **a.g.e.**, s.168-198.

⁸⁰ Institut international pour l'unification du droit privé/International institute for the unification of private law. Merkezi Roma'dadır. 1926 yılında yalnızca özel hukukun birleştirilmesi amacıyla Milletler Cemiyeti'nin bir yardımcı organı olarak kurulan Enstitü, Cemiyetin sona ermesinin ardından çok taraflı bir anlaşma temelinde 1940'ta yeniden kurulmuştur. 2012 yılı itibarıyla 63 devletin üye olduğu Enstitü, hükümetlerarası bir örgüt olarak misyonunu devam ettirmektedir. (Çevrimiçi) <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103283>, 18 Ekim 2014.

⁸¹ Küçükyağcı, **a.g.m.**, s. 117-118.

kişiyi seçme özgürlüğü ile birlikte taraflara, yapmış oldukları bir sözleşmeyi dilerlerse değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisini de beraberinde getirmektedir. Ancak, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünde olduğu gibi, sözleşme yapma/kurma zorunluluğu bulunan kişilerin taraf seçme özgürlüğü de bulunmamaktadır.⁸² Dolayısıyla, sözleşme yapma zorunluluğu, borçlar hukukunda istisnadır.⁸³

Sözleşme özgürlüğünün bir istisnası olarak karşımıza çıkan sözleşme kurma zorunluluğu, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlayan bir özellik taşımaktadır. Bahse konu zorunluluk hâli, piyasada hâkim ve/veya tekel durumda bulunan kişinin istenen sözleşmeyi kurması yükümlülüğünü ifade eder. Bu durumda, sözleşmenin kurulması talebinde bulunan kişi hak sahibi konumunda iken, bu talebin muhatabı yükümlü konumundadır. Dolayısıyla, sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu hâllerde, ya yükümlü kendisi ile kurulmak istenen bir sözleşmeyi reddedememekte ya da sözleşmenin muhtevasını dilediği gibi düzenleyememektedir.⁸⁴

Sözleşme kurma zorunluluğu, piyasada hâkim ve/veya tekel durumda bulunan teşebbüsler ile organize menfaat grupları bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu tür kişi veya kişiler topluluğu karşısında sözleşme kurmak isteyenler, çerçeve anlaşmaları, toplu sözleşmeler ve genel işlem şartları içeren sözleşmelerle iradelerini sözleşmeye tam olarak yansıtamamakta, kendi dışında belirlenen sözleşmelere sadece rızasını beyan edebilmektedir.⁸⁵ Genel işlem şartları ise, genellikle yazılı sözleşmelerde gündeme gelmektedir. Burada, hâkim durumda olan taraf *genel işlem şartları* niteliği taşıyan sözleşmeyi, yazılı hazırlamakta ve diğer tarafın imzasına pazarlık ve tartışmaya/itiraza imkân tanımadan sunmaktadır.⁸⁶ Bu tip zorunluluk hâlleri, güçlü ekonomik veya politik etkilerin altında bulunan piyasalarda görülmekte ve daha çok enerji temini sözleşmeleri, ulaşım sözleşmeleri ve sübvansede edilmiş hizmet edimleri gibi alanlarda ortaya çıkmaktadır.⁸⁷

⁸² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.76-77.

⁸³ Eren, **a.g.e.**, s.17.

⁸⁴ Ayrancı, **a.g.m.**, s.231.

⁸⁵ Wolfgang Kilian, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980) 47, s.50. Nakleden Ayrancı, **a.g.m.**, s. 230.

⁸⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.76.

⁸⁷ Ayrancı, **a.g.m.**, s.234.

Sözleşme kurma zorunluluğunun kaynağı bir kanun ya da sözleşmenin kendisidir.⁸⁸ Çok sayıda örneği bulunan kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğu kamu hukukuna veya özel hukuka ilişkin kanunlardan doğabilir. Genellikle kamu hukukuna dair kanunlardan meydana gelmektedir. Doğrudan kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğunda çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Kanunla bir kamu kuruluşu, bir özel hukuk kişisi ile sözleşme kurmaya zorlanabilir. Kanun, bir özel hukuk kişisi ile başka bir özel hukuk kişisi arasında sözleşme kurma zorunluluğu öngörebilir veya bu tür bir sözleşmenin muhtevası kanunla belirlenmiş olabilir. Diğer yandan, kanunla getirilen sözleşme kurma zorunluluğu sadece kamu hukukuna; kamu hukuku ile özel hukuka veya özel hukuka ilişkin olabilir. Sadece kamu hukukuna ilişkin olan sözleşme kurma zorunluluğunda bu zorunluluk, bir kamu kuruluşu için öngörülmüş olabilir. Bu ihtimalde kamu kuruluşu özel hukuka ilişkin bir edimi, kanunla kendisine verilmiş bulunan bir görev nedeniyle sağlamakla yükümlü iken hak sahibi de ihtiyacını veya talebini münhasıran kamu hukukuna ait

⁸⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 08.02.2006 tarih ve 2005/2513 Esas, 2006/587 Karar No'lu içtihadında, sözleşme kurma zorunluluğu üzerine değerlendirmeleri mevcuttur. Dava konusu ihtilaf; davacının, davalı banka tarafından ihalesi yapılan temizlik işinin kendisine ihale edildiği, fakat sözleşme imzalanmadan ihalenin iptali üzerine maddi ve manevi tazminatın davalıdan talebi üzerindedir. Davalı banka ise, ihtilaf konusu işle ilgili şartname hükümlerine göre; ihalenin yapılması ve yapılan ihalenin yetkili makamlarca onaylanmasının taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmadığını; çünkü Bankanın 2886 sayılı Devlet İhale Yasası uygulanmasına tabi olmadığını ve ihale yapılmış ve onaylanmış olsa da, ihaleyi iptale yetkili olduğunu, yazılı sözleşme yapılmadıkça taraflar arasında akdi ilişkinin kurulmuş sayılmayacağını savunarak davanın reddini istemiştir. İhale konusu işle ilgili olarak taraflar arasında bir "yazılı" sözleşme yapılmamıştır. Yanlarca yapılan işlemlerin tümü, ihale işlemleridir. Söz konusu davaya ilişkin olarak Yargıtay şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: *"Kural olarak, karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen tam iki yanlı sözleşme olan "eser" sözleşmesi yasaca yazılı biçim koşuluna bağlı değildir. Buna göre, Borçlar Yasasının 1 ve 3.maddeleri uyarınca, iki taraf karşılıklı ve birbirlerine uygun onaylarını bildirince, sözleşme yapılmış olur ise de; aynı Kanununun 13 ve 16. maddeleri gereğince taraflarınca "yazılı şekilde" yapılması kararlaştırılan sözleşme, yazılı olarak yapılmadıkça yanlar arasında akdi ilişki kurulmaz. Somut olayda da, ihale şartnamesinde sözleşmenin yazılı ve noterden onaylı olarak yapılacağı bildirilmiş ve davacı tarafından da önerilen bu şart kabul edilmiştir. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; yanlar arasında yazılı sözleşme yapılmadığından ve dolayısıyla akdi ilişki kurulmadığından, sözleşmenin haklı ya da haksız fesih olunduğundan söz edilemeyeceği gibi, Borçlar Kanununun 96 ve 97. maddeleri hükümleriyle 106. maddesinin uygulanmasına ve bu maddede de düzenlenen seçimlik haklarında kullanılmasına hukuksal olanak bulunmamaktadır. O halde, davacı ihaleden dönülmesi ve yazılı sözleşme yapılmaması sebebiyle davalıdan olumlu zarar kapsamında gelir ya da kâr kaybı isteyemez.*

Ancak, davalının kusurlu tutum ve davranışları yahut işlemleri sonucu yanlar arasında sözleşme kurulamamışsa, kurulmasına güvenilen sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğradığı menfi zararı davacının davalıdan isteyebilmesi gerekir. Çünkü, yüklenici davacının, davalı iş sahibine karşı gösterdiği güven, olumsuz zararın kaynağını teşkil etmektedir.

Bu itibarla, sözleşmenin yapılmasına hazırlık aşaması sayılan ihale sebebiyle ve sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan davacı masrafları sorumluluk koşulları oluşmuş ise menfi zarar kapsamında istenebilir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25.05.1981 İ.E.:1981(825 ve K.:1981/1234)."

araçlarla giderebilmelidir. Bu tür durumlarda kamu kuruluşları kendisine kanunla verilen bir görevi yerine getirmek amacıyla kişilerle sözleşme kurmaktadır. Kanundan kaynaklanan ve bir kamu kuruluşunun bir özel hukuk kişisi ile sözleşme kurma zorunluluğunu öngören hâllerde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü ve sözleşmenin muhtevasını belirleme özgürlüğü kaldırılmaktadır. Kanundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğunun özel hukukta hâkim olan sözleşme anlayışına her ne kadar aykırı görünse de ortada bir sözleşmenin var olduğu bir gerçektir.⁸⁹

Hem kamu hukukuna hem de özel hukuka ilişkin sözleşme kurma zorunluluğunda sözleşme konusunun yerine getirilmesi bir yönüyle kamu hukukuna temas ederken diğer yönüyle özel hukuka temas etmektedir. Bu itibarla hizmet, kamu hukukuna ait araçlarla sağlanmaktadır. Ancak, talebin yerine getirilmemesi hâlinde hak sahibi hukuk mahkemelerinde ifa veya tazminat davası açabilir.⁹⁰ Diğer taraftan, sözleşmenin idare tarafından imzalanmaması, idari yargıda iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idari işlemdir. Bir başka anlatımla, sözleşmenin imzalanmasının reddi, sözleşmeden ayrılabilen ve idari yargıda iptal davasına konu olabilen tek taraflı bir işlem olup, yapılması reddedilen sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme olmasının hiçbir önemi yoktur. Söz konusu sözleşme özel hukuk sözleşmesi de olsa, sözleşme yapılmasının reddi kararı idari yargının denetimine tabidir.⁹¹

Kamu kuruluşlarının kanunla kendisine yüklenmiş bir ödevi yerine getirmesi dışında kişilerin emredici bir hükümlerle kamu kuruluşları veya diğer özel kişilerle sözleşme kurma zorunluluğu konmuş olabilir. Bu gibi durumlarda sözleşme ilişkisi özel hukuk kurallarına değil kamu hukuku kurallarına tabidir. Ancak, kamu kuruluşunun sözleşme kurmaması hâlinde özel hukuka ilişkin davalar açılabilir. Zira,

⁸⁹ Ayrancı, **a.g.m.**, s.235-236.

⁹⁰ Schöenberger/Jaggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bnd V, 3. Auflage, Zürich, 1968, Art.1 N.239, s.541. Nakleden Ayrancı, **a.g.m.**, s.237.

⁹¹ Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin 15.01.2009 tarih ve E.2008/1161 sayılı kararında, sözleşmenin imzalanmaması ve 2886 sayılı Kanunun 60'ncü maddesine göre ferağ yapılmaması yönündeki davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan bir davaya ilişkin olarak şu ifadelere yer vermektedir: "...idarenin tek taraflı kamu gücünü kullanarak sözleşmenin imzalanmaması ve ferağ yapılmaması yönünde tesis ettiği uyuşmazlığın kaynağını oluşturan işlemler; idare hukukunun uygulanması sonucu kamu gücüne dayanılarak tesis edilmiş idari işlemler niteliğinde olduğundan davanın görüm ve çözümü idari yargının görev alanına girmektedir." Sezginer, **a.g.e.**, s.802-804.

sözleşme kurma yükümlüsü bir kamu kuruluşu olsa da karşılıklı olarak iradenin beyan edilmesi gereklidir. Kamu kuruluşu özel hukuk düzenine tabi işlemleri bakımından borçlar hukuku sözleşmeleri yapmaktadır.⁹² Münhasıran kamu hukukuna ait sözleşme kurma zorunluluğu hâllerinde, sözleşme kurma zorunluluğunu yerine getirmeyen idare aleyhine idare hukuku ilkelerine göre iptal davası veya tam yargı davası açılabilir. Bunun dışında yetkili bir kurulun bulunması hâlinde bu konuda yapılan şikâyetler üzerine kurul, idareye nasıl davranması gerektiğini ve bu anlamda hizmetin sağlanması talimatını verebilir.⁹³

d. Sözleşmelerde Dürüstlük İlkesi

Borçlar hukukuna hâkim olan ilkelere biri olan dürüstlük ilkesi, TBK’de hükme bağlanmış değildir. Medeni Kanunun 2’nci maddesinde yer alan bu ilke borçlar hukukunda da geçerlidir. Kanunun 2/I hükmüne göre; “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” Bu ilke uyarınca borç ilişkisinin taraflarını oluşturan alacaklı ve borçlu, dürüstlük kuralını gözetmek zorundadır. Alacaklı, borçludan alacağını talep ederken, borçlu da borcunu ifa ederken doğru ve dürüst bir kişi gibi hareket etmelidir. Bu ilke çerçevesinde borç ilişkisinin, taraflar arasında güven duygusuna dayalı olduğu hiç bir zaman unutulmamalı ve gözden uzak tutulmamalıdır.⁹⁴

Türk hukukunda her ne kadar sözleşmeye bağlılık ilkesi hâkim olsa da, bu ilkenin de üzerinde olan dürüstlük ilkesine göre; hâkim, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının neden olduğu *beklenilmezlik* durumlarında sözleşmeye müdahale etmelidir.⁹⁵

Dürüstlük ilkesi başlıca dört fonksiyona sahiptir: Somutlaştırma, tamamlama, sınırlama ve düzeltme fonksiyonu. Somutlaştırma, borç ilişkisinde tarafların

⁹² Ayrancı, **a.g.m.**, s.237-238.

⁹³ **A.e.**, s.247-248.

⁹⁴ Eren, **a.g.e.**, s.19.

⁹⁵ Topuz, **a.g.e.**, s.134 vd. Yargıtay, şartların değişmesi nedeniyle ortaya çıkan denge bozulması durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini, sadece dürüstlük ilkesine dayandırmamaktadır. Bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağını da sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak kabul etmektedir. Söz konusu kararda şu ifadeler yer verilmektedir: “...*Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK madde 2/II hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir...*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.07.1992, E.1992/13-360, K.1992/425.

yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesi ve netleştirilmesi amacını güder. Tamamlama fonksiyonunda borç ilişkisindeki çeşitli yan yükümler söz konusudur. Sınırlama fonksiyonu, her hakkın özünde bir sınır olduğu gerçeğine dikkat çekmektedir. Düzeltme fonksiyonunda ise, borç ilişkisinin temelinden çökmesi hâlinde, sözleşme yeni duruma uyarlanmalı ve gereken düzeltmeler yapılmalıdır. Ayrıca dürüstlük ilkesi, irade beyanlarının ve dolayısıyla sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında da hâkimin göz önünde tutacağı temel ilkelerden biridir.⁹⁶

e. Sözleşme Dengesi

Adil şartlar taşımayan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, tarafların edim ve yükümlülükleri arasında bir dengesizliğin olduğu ve/veya taraflardan biri lehine aşırı faydalanmanın görüldüğü durumlar üzerine mümkündür. 19. yüzyıl başında yürürlüğe giren medeni kanunlarda, sözleşme tarafları arasında edim ve yükümlülüklerde dengenin gözetilmesi ilkesi geniş ölçüde dikkate alınmıştır. Avusturya Medeni Kanunu, bu ilkeye etraflıca yer vermiştir. Söz konusu Kanunun 934'üncü maddesi, sözleşmenin her iki tarafına, bir edimin karşı tarafın ediminin değerinin yarısından az olması hâlinde, sözleşmeyi feshetme imkânı tanımıştır.⁹⁷ Gerek Alman hukukunda ve gerekse Türk hukukunda edimlerin, sözleşme kurulduğu sırada dengede olması gerektiğine ilişkin içerik düzenlemesini öngören genel nitelikte bir kanun hükmü bulunmamaktadır.⁹⁸ Her iki hukuk sisteminde de sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkim olup, bu ilke sözleşmenin içeriğini tarafların serbestçe düzenleme ve buna bağlı olarak edimler arasındaki denge ilişkisini de belirleme özgürlüğünü içerir.⁹⁹

⁹⁶ Eren, **a.g.e.**, s.19. Dolayısıyla, dürüstlük ilkesinin fonksiyonlarından biri, tüm hukuki işlemlerin (sözleşmeler) ve kanunun yorumlanmasında yardımcı bir araç olmasıdır. Topuz, **a.g.e.**, s.142. Yargıtay, sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temelini, dürüstlük ilkesi olarak kabul etmektedir. Yüksek mahkeme kararında, dürüstlük ilkesine hem *yorumlayıcı* hem de *tamamlayıcı* bir fonksiyon yüklemektedir. Dolayısıyla Yargıtay, dürüstlük ilkesinin hem *yorumlayıcı* hem de *tamamlayıcı* bir fonksiyonu olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 12.02.1981, E.1981/137, K.1981/932.

⁹⁷ Küçükyağcı, **a.g.m.**, s.109.

⁹⁸ Buna karşılık kanunlarda, hukuken önemli kabul edilen gabin halinde, bundan olumsuz etkilenen tarafın sözleşmeyi iptal ettirme hakkına ilişkin hükümler vardır (BGB § 138, TBK m.28/BK m.21). Ancak, söz konusu hükümler, hiçbir şekilde edimler arasında objektif ve genel geçer bir denklik ilişkisini şart koşan bir içerik düzenlemesi öngörmemektedir. Topuz, **a.g.e.**, s.51, dn.17.

⁹⁹ Topuz, **a.g.e.**, s.51-52.

Kamu alımlarında olduğu gibi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, maddi edim ile para ediminin dengede bulunduğu düşüncesinden hareketle kurulur. Buradaki denge kavramından anlaşılması gereken, edimlerin tüm yönleriyle eşitliği değil, aynı değerde kabul edilmesidir. Bu anlamda edimlerin birbirine denk olması düşüncesi objektif denge ile ilgilidir. Objektif denge, her bir tarafın kendi edimi için uygun miktarda karşı edimi elde etmesi anlamında olup, adil fiyat kavramı ile ilintilidir. Bununla birlikte, edimler arasında ister objektif isterse sübjektif dengeden hareket edilsin, bu dengenin tespit edilebilmesi için, öncelikli olarak bir değer ölçüsünden yararlanma ihtiyacı vardır. Bu değer ölçüsü ise, söz konusu edimlerin *değişim* değeridir. Değişim değeriyle, hem para edimi hem de maddi edim arasındaki denge ilişkisi karşılaştırılır. Para ediminin değişim değeri, onun satın alma gücüdür. Maddi edimin değişim değeri ise, onun piyasa değeridir.¹⁰⁰

Bir sözleşme tarafının zaruri durumundan faydalanılması hâli ile ilgili düzenlemeler, yeni medeni kanunlarda pek fazla kabul görmemiş olsa da, Avrupa medeni kanunlarının kahir ekseriyetinde şu şekilde bir çözüm tarzı benimsenmiştir: Bir sözleşmenin akdedilmesinde veya sözleşmenin bir şartının yerine getirilmesinde, akit taraflardan birine haksız bir şekilde fazlaca bir avantaj sağlayan sözleşme veya şart geçersiz kabul edilmelidir.¹⁰¹

f. Standart Sözleşmeler ve Genel İşlem Şartları

20. yüzyılda sözleşmelerin kurulmasında esaslı surette değişimler görülmeye başlamıştır. Yüksek üretimin, ekonominin ayrılmaz bir parçası hâline gelmesi, mal ve hizmet üretiminin yüksek boyutlara ulaşması, mal ve hizmet sunan kişilerin işletme kârlılığını sağlayabilme endişesi gibi sebeplerle çağdaş hukuk düzenleri, ticaret hayatının gereklerini de yerine getirmek amacıyla, sözleşmelerin giderek artan bir biçimde önceden formüle edilmiş standart sözleşmelere dönüşmesine yol açan düzenlemelerde bulunmuştur. Ayrıca, sözleşme özgürlüğü ilkesinin hukuk

¹⁰⁰ A.e., s.49-50.

¹⁰¹ Küçükyalçın, a.g.m., s.109.

düzenlerinde yerini almasıyla birlikte, standart biçimde yapılan sözleşmeler kendisine dayanak bularak yaygınlaşmıştır.¹⁰²

Hukukun kendisi kaçınılmaz bir şekilde biçimcidir. Hukukta biçimcilik, öncelikle hukuki işlemde, diğer bir ifadeyle sözleşmede önem taşır. Sözleşme hukukuna ilişkin olarak taraflar, ilkeler ve usuller açısından yapılan değerlendirmelerde biçimcilik ön plandadır. Özel hukukun kurucu karakteri olan biçimcilik, keyfiliği dışarıda bırakarak eşitlik ve özgürlük yönüyle hukuk uygulamasının garantisidir.¹⁰³ Bundan dolayı, standart sözleşmelerde nicelik bakımından giderek artan bir eğilim görülmekte olup, bu eğilim, idarenin taraf olduğu sözleşmelere doğru da genişlemektedir.

Standart sözleşmeler, yazılı ve önceden hazırlanmış sözleşmeler olup genel olarak; model ve katılma sözleşmeleri (iltihakı sözleşmeler-tip sözleşmeler/contracts of adhesion) şeklinde genel işlem şartlarıyla yapılarak oluşturulmaktadır. Genel işlem şartlarıyla yapılan bu sözleşmeler, sadece kamusal bir makamla akdedilen sözleşmeler için kullanılmaktadır. Katılma sözleşmesi olarak da adlandırılan ve bir tarafın, sözleşmenin şartlarını tek taraflı olarak, karşı akidin ihtiyaç ve özelliklerini dikkate almadan tespit ettiği, sözleşmenin niteliği ne olursa olsun aynı tür sözleşmeleri mutad olarak hep belirli bir şekilde yaptığı ve bu tipten hemen hiç ayrılmadığı standart sözleşmelerdir.¹⁰⁴

Genel işlem şartlarının unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları,
- Sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmeleri,
- Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmeleri,

¹⁰² Hein Köst, Europäisches Vertragsrecht, Band I, Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996, s.211. Nakleden Küçükyağın, **a.g.m.**, s.110.

¹⁰³ Işıkaç, **a.g.e.**,s.299-300. 19. yüzyıl Alman düşünürlerinden Rudolf Von JHERING şeklin önemini “*şekil keyfiliğin can düşmanı, hürriyetin ikiz kardeşidir*” biçiminde ifade etmiştir. Şekle/usule verilen önemin günümüzdeki yansıması, şeklin/usulün hak ve özgürlüklerle yakından ilgili bir kavram olarak kabul edilmesidir. Hatta idari usul kapsamındaki hakların, üçüncü kuşak kamu haklarından olduğu kabul edilmektedir. Gürsel Özkan, **Demokratik Yönetime Geçiş**, Ankara, Tutubay Yayınları, 2001, s.148.

¹⁰⁴ Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, Yetkin, 2000, s.37-38.

- Genel işlem şartlarını kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı akide sunulmalarıdır.¹⁰⁵

Genel işlem şartları terimi; taraflar arasında müzakere ve pazarlık konusu olmayan sözleşme kuralları için geçerlidir. Birçok sözleşmede, ödeme ve teslim şartları tek tarafça hazırlanır ve diğer tarafa önceden hazırlanmış, çoğu kez basılı genel işlem şartları sunulur.¹⁰⁶ Genel işlem şartlarına ilişkin çok çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Alman hukuku öğretisinde ağırlığı olan birkaç yazarın konuya ilişkin tanımlamaları şöyledir: *Raisefc*'e göre, genel işlem şartı benzer nitelikte hukuki işlemler için formüle edilmiş soyut ifadelerle kaleme alınmış şartlar; *Lukes*'e göre, sözleşme içeriğinin önceden formüle edilmesine yarayan kayıtlar; *Schumann*'a göre, normlaştırılmış sözleşme hükümleri; *Salzer*'e göre ise, sözleşmenin tali noktalarını düzenlemek amacıyla sözleşme metninin dışında önceden hazırlanıp atıfta sözleşme içine alınan kayıtlardır. İsviçre hukukunda yapılan tanımlamalara değinmek gerekirse; *Schönenberger*, *Kramer*, *Bühler* ve *Bauer* gibi yazarlara göre, standart sözleşme içinde yer alan önceden hazırlanmış şartlar, *Merz*'e göre, çok sayıda yapılacak sözleşmelerin standart hâle getirilmesi amacıyla metin içine alınan şartlar; *Neaglfy*'e göre ise, bir tek sözleşme ilişkisini düzenlemek için düşünülmeeyen aksine çok sayıda sözleşme ilişkisini standart hâle getirmek üzere hazırlanan şartlar, genel işlem şartlarıdır.¹⁰⁷

Alman hukukunda, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanununun 1.1 maddesinde yer alan tanıma göre; “*Genel işlem şartları, taraflarından, şartları kullanan tarafın, diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması anında sunduğu sözleşme şartlarıdır. Bu şartların, sözleşmenin haricen ayrı bir bölümünü oluşturması veya doğrudan sözleşme belgesinde bunlara yer verilmiş olması, kapsamı, hangi yazı şekli kullanılarak kaleme alınmış oldukları veya sözleşmenin şekli önemsizdir.*”¹⁰⁸

¹⁰⁵ Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 2001, s.62.

¹⁰⁶ Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.61.

¹⁰⁷ Nihat Yavuz, “Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, 1999, C.25, S.4, s.578.

¹⁰⁸ Küçükyağın, **a.g.m.**, s.111-112.

Bir sözleşmede genel işlem şartları kullanımının ve içeriğinin özellikle vurgulanması ve hükümlerin açık bir şekilde kaleme alınmış olması hâlinde hâkimin müdahalesine imkân bulunmamaktadır. Ancak, istediği koşullarda sözleşmeyi akdetme ya da sözleşme akdetmekten vazgeçme olanağı olmayan bir kişi, kendisi için elverişsiz koşullar taşıyan sözleşmeyi, bu elverişsiz koşulların varlığına rağmen, akdetmek durumunda kalabilmektedir. Böyle bir durumda, bu kişinin kendisi için elverişsiz olan koşullara karşı korunması gerekçesiyle, sözleşmenin içerik denetimi devreye girmektedir. Bir kez kurulmuş bir sözleşmeye müdahale edilmemesi yaklaşımına sahip olan liberal düşünce temeline sahip hukuk düzenleri, hâkime sözleşmenin içeriğini denetleyebilmesi için genel bir kural getirmediği gibi, genel işlem şartlarının denetlenmesine özgü özel bir norm da belirlememiştir.¹⁰⁹

Alman hukukunda daha önce özel bir kanunla düzenlenmiş olan genel işlem şartları, belirtilen hükümler de göz önünde tutularak, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305 ve devamı maddelerinde genel hüküm niteliği kazandırılarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalması önlenmiştir.¹¹⁰ Bu itibarla, Alman hukukunda, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanun, genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmelerin tümünü; iş, miras, aile ve şirketler hukuku alanlarında akdedilen sözleşmeler hariç olmak üzere, konu edinmektedir. Kanun, genel işlem şartının sözleşmenin bir parçası olarak geçerli kabul edilebilmesini, şartın sözleşmenin yapıldığı sırada açık bir şekilde diğer akidin dikkatine sunulması (m.2/1 b.1); karşı akide genel işlem şartının içeriğinin anlaşılması için gerekli olan süre ve imkânın verilmiş olması (m.2/1 b.2) ile karşı akidin genel işlem şartının uygulanmasını kabul etmesi şartlarına bağlamıştır. Dolayısıyla, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları aranmış, uygunluk bulunmayan hâllerde, ilgili şart sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmemiştir.¹¹¹

¹⁰⁹ Atamer, **a.g.e.**, s.143-144.

¹¹⁰ Mutlu Dinç, **Yeni Türk Borçlar Kanunu**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012, s.80. Alman hukukunda *Genel İşlem Şartları Kanunu* 1977'de yürürlüğe girmiştir. 2002 Borçlar Hukuku reformu ile Alman *Genel İşlem Şartları Kanunu* yürürlükten kaldırılmış ve genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler Medenî Kanun (BGB) içerisinde yerini almıştır. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.61.

¹¹¹ Atamer, **a.g.e.**, s.41-42.

Avusturya hukukunda ise, kanun koyucu genel olarak tüketici sözleşmelerinde yer alan adil olmayan hükümleri engellemeyi hedeflemiştir. 1979 yılında yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 6'ncı paragraf tüketici ile akdedilen sözleşmelerde geçersiz sayılacak sözleşme hükümlerini düzenlemiştir. Bu kanunda, Avusturya Medeni Kanunu ile bir değişiklik yapılmış ve genel olarak sözleşmelerde butlanı düzenleyen 879'uncu maddeye eklenen bir fıkra ile genel işlem şartları içinde yer alan hükümlerin, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, taraflardan birini aşırı derecede mağdur etmesi hâlinde batıl sayılacağı öngörülmüştür. Avusturya hukukunda sorun, salt genel işlem sorunu olarak görülmemiştir.¹¹²

Fransa'da, 10.01.1978 tarihli yasa ile kurulmuş olan komisyon, dürüst olmayan ticari faaliyetlere ilişkin olarak satıcıların kullandıkları sözleşme tiplerinin araştırılması ve dürüst olmayan sözleşme koşullarının iptalini ya da yeniden düzenlenmesini önerme yetkisine sahiptir.¹¹³

AB mevzuatında, Komisyon tarafından Avrupa Parlamentosu (AP)'na sunulan Avrupa Sözleşme Hukukuna yönelik 2003/C 63/01 sayılı Eylem Planı'nın 4.2 maddesinde genel işlem koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. 5 Nisan 1993 tarihinde Lüksemburg'da toplanan AB üyesi devletler, gerçek kişi tüketicilerin korunması ve bu konuda AB'de yüksek bir koruma standardının sağlanması amacıyla, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız sözleşme şartlarına ilişkin olarak üye devletlerin iç hukuklarının uyumlaştırılmasını öngören 93/13/ECC sayılı "*Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktif*"i hazırlamıştır (m.1/1).¹¹⁴ Üye devletlerin tüketici lehine, direktifin öngördüğü korumadan daha yüksek düzeyde koruma sağlayan düzenlemeler sevk edebilmesi de öngörülmüştür (m.8). Direktif, tarafların pazarlık gücünün eşit olmamasıyla değil, mal ve hizmetleri üreten ya da tedarik eden kişinin tüketiciye nazaran sahip olduğu yüksek ekonomik gücü kötüye kullanması ile ilgilenmiştir. Direktifin kabul ettiği

¹¹² A.e., s.43.

¹¹³ Yavuz, a.g.m., s.585.

¹¹⁴ AB, üye devletlere en geç 31 Aralık 1994 tarihine kadar, direktifi iç hukuklarına aktarmaları için süre tanımıştır. OJEU, L 93/13, 21.4.1993

kriter, sözleşme şartının *haksız* (unfair) olmasıdır.¹¹⁵ Direktifte yer alan hükümler, Avusturya hukukundaki düzenlemeler gibi sadece içerik denetimine ilişkindir, pazarlık konusu yapılmayan hükümlerin özellikle genel işlem şartlarının sözleşmenin parçası hâline gelip gelmediği sorununa ilişkin olarak direktifte herhangi bir açık düzenleme yer almamaktadır. İçerik denetimi ise, tek tek pazarlık konusu yapılmamış hükümler açısından söz konusudur. Bu hükümlerin tek bir sözleşmede kullanılmak üzere mi yoksa birden fazla kullanım niyetiyle mi kaleme alındığı direktif açısından önem taşımamaktadır. Direktifin ekinde, üye devletler tarafından batıl sayılabilecek hükümlerin bir listesi yer almaktadır.¹¹⁶

Türk borçlar hukukunda genel işlem koşulları, 818 sayılı Kanunda müstakil bir düzenleme olarak yer almazken, yeni 6098 sayılı Kanunda *E. Genel İşlem Koşulları/I.Genel Olarak* kenar başlığı altında ihdas edilmiştir. Kanunun dört fıkradan oluşan 20'nci maddesinde, genel işlem koşulları düzenlenmiştir.¹¹⁷

TBK'ye göre sözleşmenin geçerliliği kural olarak, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı tutulmazken (m.12), Türk kamu alım mevzuatında KİSK'in 6'ncı maddesinde sözleşme türleri belirlenmiş, 5'inci maddesinde de, kapsama dâhil kurum ve kuruluşlarda uygulama birliğini sağlamak üzere, iş türlerine göre farklı tip sözleşmelerin hazırlanacağını ve idarelerce yapılacak sözleşmelerde tip sözleşmelerin esas alınacağını hükme bağlamıştır.¹¹⁸

¹¹⁵ Güngör, **a.g.e.**, s.50-51.

¹¹⁶ Atamer, **a.g.e.**, s.50-51.

¹¹⁷ Kanunun 20'nci madde hükmü şöyledir: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

¹¹⁸ İdareler sözleşme türlerinin hazırlanmasında tip sözleşmelerden uygun olanını esas alır. Tip sözleşmelerde boş bırakılan yerler, işin özelliğine göre Kanunun ve diğer emredici mevzuat hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla idarelerce düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak koşuluyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutat olan sözleşmeler kullanılabilir. Muhittin Abacıoğlu, Ali Abacıoğlu, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s.596.

KİSK 4/I maddesinde; “*Bu kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez*” hükmü yer almaktadır. İhale dokümanı içinde yer alan tip sözleşme idarece hazırlandığına göre, bu hüküm sözleşmenin idare tarafından önceden kaleme alınmış standart bir sözleşme metni olduğunu ispatlar niteliktedir.¹¹⁹ Bu itibarla, TBK’nin 20’nci maddesi 4’üncü fıkrası hükmü gereğince, genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler kamu alım sözleşmelerine de uygulanacaktır.

TBK madde 20 genel işlem koşullarını genel olarak ortaya koyarken takip eden maddelerde genel işlem koşullarının kapsamını (m.21-22); yorumlanmasını (m.23); değiştirme yasağını (m.24) ve içerik denetimini (m.25) düzenlemiştir. Bu çerçevede; TBK madde 21 gereğince, sözleşmeyi düzenleyen taraf genel işlem koşullarının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verip, içeriklerini öğrenme imkânı sağlamamışsa ve bu genel işlem koşulları karşı tarafın menfaatine aykırılık içeriyorsa yazılmamış sayılır. Ayrıca müphem (belirsiz/anlamı açık olmayan) koşullar karşı tarafın lehine yorumlanır (m.23).¹²⁰ Düzenleyene, tek taraflı olarak yeni düzenleme yetkisi veren sözleşme kuralları da yazılmamış sayılır (m.24). Genel işlem koşulları arasında dürüstlük kurallarına açıkça aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz (m.25).

g. Sözleşme Yönetimi

Herhangi bir sözleşmenin temelinde, genellikle belirli bir süre içinde, belirli bir fiyat üzerinden belirli bir ürünün şartlarının veya belirli bir hizmetin yerine getirilmesi için iki tarafı bağlayıcı bir anlaşma olması durumu vardır.¹²¹ Dolayısıyla, devlet bir tedarikçi ile sözleşme ilişkisine girdikten sonra sözleşme tamamlanmış olmaz, sözleşmenin süresi kadar da yönetilmesi gerekir. Bu süreç, sözleşme yönetimi aşaması olarak kabul edilmektedir.

¹¹⁹ Kaplan, **a.g.e.**, s.364.

¹²⁰ Sözleşmenin sıhhati konusunda değil de açık içeriği konusunda taraflar arasında yorum ihtilafı çıkmış ve taraflar sözleşmedeki ibare ve ifadelerle aynı anlamı vermiyor iseler, bu takdirde güven kuramına göre yorum yapılır. Sözleşme adaleti ilkesi de gözden uzak tutulmaz. Taraflar arasındaki âdil denge gözetilir. Nitekim Alman Medeni Kanunu’ndaki yorum kuralı bu anlamda ele alınabilir: *Genel işlem şartlarının yorumlanmasındaki tereddütler, kullanan (düzenleyen) aleyhine dikkate alınır* (BGB § 305c/II – TBK m.23). Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.65.

¹²¹ Phillip J. Cooper, “Government contracts in public administration: The role and environment of the contracting officer”, **Public Administration Review**, 40(5), September–October, 1980, s.462.

Sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan ve genellikle sözleşme ihtilafları olarak adlandırılan aşamada, ihtilaflara karşı şikâyetlerin nedenleri ve olası etkilerinin karşılaştırılması, özellikle uygulayıcılar için aydınlatıcı ve ihtilafları izale edici bir sonuç doğurabilir. Bundan dolayıdır ki, sözleşme yönetimi, sözleşme uygulaması başladıktan sonra sürecin idaresinde ve çıkması muhtemel sorunların önceden analizinde yararlıdır.

Bir ihalenin sonuçlanması sonrasında sözleşme yapılacak yüklenicinin belirlenmesi ile sözleşme makamı idare, sözleşme yönetimini başlatmak üzere bir bildirimde bulunur. Birçok kamu kuruluşu, resmî sözleşme yönetim planı yapmak zorunda olmamasına rağmen, kamu alım yetkilileri, tarafların sözleşmenin tüm hüküm ve şartlarına uygun hareket etmesinden sorumludur. En azından, muayene kabulünün (standart ticari ürünlerin teslim ve donanımında) yapılması, hizmetin yürütülmesi ya da sözleşme kapsamında ödemenin takip edilmesi alım yetkilisi tarafından izlenmelidir.¹²² Bu noktada sözleşme yönetimi, idare ve yüklenici arasındaki tüm ilişkilerde, tarafların yasal hak ve görevlerini kapsadığı için en uygun eylem rotasını belirlemek adına önemli bir rol üstlenmektedir.¹²³

Sözleşme yönetimi aşamasında görüşme, ihtiyacın isteğe göre düzenlenme derecesinin yanı sıra büyük ölçüde ürün ve hizmetin karmaşıklığına bağlıdır. Eğer teklif vermeye davet yapılırsa, görüşme gerekli değildir. Ayrıca, rutin olan hizmetler için (atık yönetimi gibi), hizmet sunumu ile ilgili sorunlar olmadıkça görüşme pek mümkün değildir. İdeal olan, sözleşme biçimlenirken oluşturulan görüşme ekibinin sözleşme yönetimi süresince de var olması ve sözleşme kapsamında ortaya çıkan ve değişiklik gerektiren sorunların üstesinden gelinmesidir. Alternatif olarak proje yönetimi, herhangi bir görüşme gerektiğinde teknik, mali ve hukuki uzmanları içerecek şekilde oluşturulmalıdır.¹²⁴

Sözleşmenin uygulanması aşamasında, sözleşmenin her iki tarafından personelin katıldığı toplantıların tertip edilmesi oldukça yararlıdır. Bu sayede, sözleşme yürütülmektedir ve sözleşme yönetim ekibiyle sözleşme performans

¹²² Thai, **a.g.m.**, s.19.

¹²³ **A.e.**, s.6.

¹²⁴ Lawther, **a.g.m.**, s.571.

beklentilerini tartışmak için fırsat yakalanmaktadır. Sözleşme yönetim ekibi ve yüklenici muadillerine ilişkin üyelerin hepsini içeren katılımcılar, toplantılarda yer almalıdır. Bu toplantılar, genel olarak etkili bir sözleşme başarısı için temel sağlar ve yüklenicinin beklentilerinin anlaşılmasında ve buna göre gerçekleştirilmesinde kayda değer bir yardımcıdır. Bir ihale verildikten sonra, yüklenicinin; teknik şartnamenin ve sözleşmenin kapsamının veya her iki tarafın hak ve yükümlülüklerinin açıkça farkında olmaması hâlinde, idarenin ihale tamamlandıktan sonra herhangi bir belirsizliği açıklığa kavuşturmak ve yanlış anlamaları gidermek için yönlendirme eyleminde bulunması gereklidir.¹²⁵

Sözleşmenin içeriğinin anlaşılması ve bilinmesi, görüşme içeriği ve stratejisinin yanında görüşme takımına ait sorumluluk ve rolleri belirlemek adına anahtar bir öneme sahiptir. Başka faktörler de bulunmaktadır; diğer alımlarla ilgili önceki deneyim, uygun yasa ve devlet düzenlemelerinin anlaşılması, örgüt kültürü ve rol beklentileri.¹²⁶

Sözleşmenin karmaşıklığına/anlaşılmazlığına bağlı olarak, aşağıdaki personelin bir kısmı veya tamamı sözleşme yönetimi faaliyetlerinde yer alabilir:

- Sözleşme yetkilisi (alım uzmanı, alım yöneticisi/amiri); işin yapılması aşamasında bir danışman olmaktan, ihale teklif süreci boyunca bir karar vericiye, sözleşme yönetimi ekibinde bir takım oyuncusu ve koordinatör olmaya kadar değişen bir rol skalası mevcuttur,

¹²⁵ Thai, **a.g.m.**, s.19. Sözleşme öncesi ihale aşamasında, ihale dokümanında yer alan teknik şartnamenin dikkatli hazırlanması ve anlaşılır olması sözleşmenin yürütülmesinde de son derece önemli bir katkı sunmaktadır. AB uygulamasında da teknik şartname önemsenen bir durumdur. İhale öncesinde teknik şartnameler, bütün isteklilerin ihalenin konusunu ve idarenin talep ettiği bütün koşulları anlamasına yetecek kadar açık ve net olmalıdır. Aynı zamanda, teknik şartnameler isteklilere eşit erişim olanağı sağlamalı ve ihalenin rekabete açılmasının önüne açıklanamayan engeller çıkarmamalıdır. C-225/98 sayılı Komisyon-Fransa davasında, ABAD, eşit muamele ilkesinin, sadece milliyete bağlı ayrımcılığı değil, aynı etkiyi gösteren bütün üstü kapalı ayrımcılık biçimlerini yasakladığını belirtmektedir. Komisyon-Fransa davasına konu olan durumda, idare bir Fransız standardına uygunluk koşulu getirmiştir. ABAD, idare tarafından hazırlanan şartnamenin çok spesifik ve karmaşık olduğunu ve sadece o ülkede bulunan istekliler tarafından anlaşılabilceğini belirtmiştir. ABAD'ın bir başka kararına göre, kamu alımları direktifleri uyarınca idareler, teknik şartnamede öngörülen zorunlu koşullara uymayan teklifler üzerinde pazarlık yapamaz (5 Aralık 2012 tarih ve C-561/12 sayılı Nordecon ve Ramboll Eesti dava). SİGMA, **a.g.e.**, s.113-114. 2014/24/EU sayılı AB Klasik Alımlar Direktifinin 42'nci maddesi "teknik şartnameler" hakkındadır. Aynı hükümler, 2014/25/EU sayılı Sektörel Alımlar Direktifinin 60'ıncı maddesinde yer almaktadır. 2014 Klasik Alımlar Direktifinin 42'nci maddesi uyarınca, idareler, belirli standartlara, performans/işleve dayalı koşullara veya her ikisine birden atıfta bulunmak suretiyle teknik şartname hazırlayabilir.

¹²⁶ Lawther, **a.g.m.**, s.567.

- Sözleşme personeli (alım uzmanları),
- Teknik proje personeli/sözleşme yöneticisi,
- Mali denetçiler (danışman olarak hizmet verir),
- Hukuk müşaviri (danışman olarak hizmet verir).

Sözleşme yönetimi aşamasında, çözülmesi gereken bazı ihtilaflar olabilir. Normalde ihale kanun ve yönetmeliklerinde, sözleşme ihtilafları ile nasıl başa çıkılacağına dair çareler mevcuttur. Fakat, alımın bütünlüğünü korumak için alım personeli ve proje personeli arasındaki görev ayrımının belirlenmesine ve sürdürülmesine ihtiyaç vardır.¹²⁷ Bunun yanında, işbirlikçi kamu yönetiminin giderek arttığı bir dönemde, kamu kurumlarının örgütsel hedeflere ulaşmasında daha iyi yardımcı olacak örgütler arası ilişkilere girdiği ve geçmişe oranla müzakere becerilerinin çok daha gerekli bir hâle geldiği unutulmamalıdır.¹²⁸

Sözleşme yönetim aşaması içinde pek çok durumda, ihaleye davet ve tedarikçi seçiminin var olduğu basit alımlarda da aynı müzakere becerilerine ihtiyaç duyulmaktadır. Sözleşme sonrasında bir problemi çözmek, nihai ürün özelliklerinin ve bilinmeyen gereksinimler nedeniyle sürenin değiştirilmesi gibi, genellikle çok daha fazla esneklik gerektirmektedir. İlkeli bir müzakere yaklaşımı; güven, şeffaflık ve kamu güvenilirliğine güçlü bağlılıkla beraber başarılı sonuçlara ulaşabilir ve sorunların çözümünde tarafların memnuniyetini sağlayabilir.¹²⁹

h. Kamu Hizmeti

Kamu, büyük ölçüde, hizmetlerin dış kaynaklardan temin edildiği bir hizmet sektörüdür. Avrupa'da yerel yönetimlerde, dışarıdan alınan hizmetlerin toplamının % 50 civarında olduğu tahmin edilmektedir. Bu hizmetleri; inşaat işleri, bakım çalışmaları, toplu taşıma araçları, çöp toplama, sosyal hizmetler ve danışmanlık hizmetleri¹³⁰ şeklinde sıralamak mümkündür. Gelişmekte olan hizmet sektörü bağlamında, hem özel hem de kamu sektörlerinin serbestleşmesi ve dışarıdan teminde görülen genel artış eğilimi sayesinde, kamu sektörünün alımları giderek

¹²⁷ Thai, **a.g.m.**, s.19.

¹²⁸ Lawther, **a.g.m.**, s.576.

¹²⁹ **A.e.**, s.577.

¹³⁰ Gaz, elektrik, ulaşım, posta, telekomünikasyon vb. hizmetler.

önemli bir konu hâline gelmiştir.¹³¹ Öyle ki, kamu alımı olmadan bir devleti yönetmek veya hizmet sunmak olanaklı değildir. Buna ilaveten, bir devlet için kamu alımının büyük bir bölümünü, savunma silah ve malzemelerin satın alınması oluşturduğundan hayati önem taşımaktadır. Birçok pazarda mevcut olmayan bu stratejik ürünler tedarik edilmeden, bir devletin kendini savunması, bekasını sağlaması ve vatandaşlarını koruması mümkün değildir.¹³²

Bununla birlikte, ölçülebilir bir şekilde hizmetleri belirlemenin zorluğundan dolayı, kamu hizmetleri için sözleşme yönetiminin takip edilmesi büyük bir problemdir. Kamu hizmet tesisleri, kanallar, çevre temizliği gibi devamlılık isteyen altyapı hizmetlerinde, ilgisizlik sonucunda uygun bakımların yapılmaması durumu, uzun vadede daha büyük sorunlara sebebiyet vermektedir.¹³³ Ayrıca, hizmet sözleşmelerinin yerine getirilmesini sağlarken ve hizmet sağlayıcıların performansını değerlendirirken açıkça belirlenmiş bir görev de bulunmamaktadır. Bundan dolayı, sürekli tartışmalar yaşanmakta ve taraflardan birinin mahkemeye gitmesi kaçınılmaz olmaktadır.¹³⁴ Bu çerçevede, kamu sektöründe üretilen ya da kullanıcı veya müşterilere teslim edilen ürünün, genellikle çöp toplama, posta dağıtımı, park ve kamu binalarının bakım ve onarımı gibi fiziksel olarak somut bir ürün olmayıp bir “hizmet” olduğu¹³⁵ düşünüldüğünde konunun ehemmiyeti daha iyi anlaşılmaktadır.

Kamu hizmetlerinin temel özelliklerinden birisi ekonomik doğasıdır. Kamu hizmetinin finansmanı; bir sözleşme kapsamında ödeme ya da ücret, yıllık devlet yardımları ödemesi, tercihli mali işlem, düşük sosyal güvenlik primi gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir.¹³⁶ Bu durum, kamu hizmetlerinin bir maliyeti olduğunu ve bu hizmetlere bağlı bir değerinin bulunduğunu ifade eder. Bu çerçevede, sağlık

¹³¹ Alessandro Ancarani, “Service Sourcing”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.187.

¹³² Robinson, **a.g.m.**, s.292.

¹³³ Ancarani, **a.g.m.**, s.203.

¹³⁴ Csáki, Gelléri, **a.g.m.**, s.683.

¹³⁵ Ralph G. Kauffman, Philip G. Lightfoot, “Controlling Service Process Performance with Statistical Process Control”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.580.

¹³⁶ ABAD, bir kuruluşun kamu hukukuna tabi bir kuruluş olarak sınıflandırılması için devlet tarafından doğrudan finansman sağlama gereğinin olmadığını belirtmiştir. C-300/07 sayılı Hans ve Christophorus Oymanns davası, Almanya’da geçerli olan yasal hastalık sigortası fonuyla ilgilidir. AD, Direktifte belirtilen finansman koşulunun, bir kuruluşun üyelerinden alacağı katkı miktarını kendisinin belirlediği durumlarda da geçerli olabileceğini teyit etmiştir. SİGMA, **a.g.e.**, s.38.

hizmetleri, sosyal güvenlik, istihdam hizmetleri gibi hizmetlerde kamu hizmetinin ekonomik karakterli olduğu değerlendirilmesi isabetlidir. Ancak, kamu hizmetleri sınai veya ticari karakterden yoksundur. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) bir hizmetin ticari veya sınai karakterinin olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasında, kamu yararının gerekli bir kriter olduğu yönünde karar vermiştir.¹³⁷ Divan, sınai ve ticari karaktere sahip olanın kamu yararı gözetebileceğini kabul ettiği gibi sınai ve ticari karaktere sahip olmayan özel işletmelerin de kamu yararı gereksinimini karşılayabilmesini mümkün görmektedir.¹³⁸

Kamunun iktisadi kuruluşlarının dış ilişkilerde özel hukuk kural ve usullerine, iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı buldukları kabul edilmektedir. Ancak, özel hukuk kural ve kurumları esas olarak serbest ekonominin mantığına uygun olarak geliştiğinden, örgütlenme ve işleyişin bu kurallara uyması ihtiyacı doğmakta ve bu uyum sorunu da klasik kamu hukuku kurallarını zorlamaktadır. Diğer taraftan, kamu hizmeti kuramının kurucusu olan Fransız Anayasa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve ABAD'ın yeni geliştirdiği eğilim, kamu hizmetlerini ve kamu hukukuna bağlanan kamu hukuku sonuçlarını sadece klasik idari kamu hizmetlerinin de gerisinde kalacak şekilde

¹³⁷ Case C-360/96, Gemeente Arnhem Gemeente Rheden v. BFI Holding BV. Sınai veya ticari nitelik taşımayan ve esasen kamu yararına yönelik ihtiyaçlar genellikle i) piyasadaki mevcut mal ve hizmetlerin dışındakilerle karşılananlardır ve ii) kamunun çıkarları gözetilerek devlet tarafından veya devletin karar verme yetkisini elinde bulundurduğu bir düzenleme aracılığıyla sağlanırlar. Bu iki etken her zaman belirleyici olmayabilir (bkz.: 10 Nisan 2008 tarih ve C-393/06 sayılı Ing. Ainger davası). SİGMA, a.g.e., s.37.

¹³⁸ Christopher Bovis, "Public Procurement, Public-Private Partnerships and Public Services in the EU", **EPPPL**, 2/2010, s.87-88. ABAD, aşağıdaki faaliyetlerin kamu yararına yönelik ihtiyaçları karşılayan faaliyetler olduğunu kabul etmektedir:

- Bir üniversite işletmek (C -380/98 sayılı Cambridge Üniversitesi davası)
- Fuar ve sergi organize etmek (C- 223/99 ve C-260/99 sayılı Agorà ve Excelsior ortak davaları)
- Cenaze levazımatçılığı faaliyetlerini yerine getirmek (C-373/00 sayılı Adolf Truley davası)
- Belediyede ekonomik büyümeyi tetiklemek için ticari firmaların kullanımına yönelik gayrimenkul inşa etmek ve edinmek (C-18/01 sayılı Korhonen ve Diğerleri davası)
- Resmî belge basmak (C-44/96 sayılı Mannesmann davası)
- Atık toplamak ve bertaraf etmek (C-360/96 sayılı Gemeente Arnhem ve Gemeente Rheden-BFI Holding davası)
- Ulusal ormanları ve ormancılık sanayini yönetmek (C-353/96 sayılı Komisyon-İrlanda ve C-306/97 sayılı Connemara Machine Turf davaları)
- Kira bedeli düşük mesken temin etmek (C-237/99 sayılı Komisyon-Fransa davası)
- Cezaevlerinin maliyetlerini belirlemek ve geri ödemek (C-283/00 sayılı Komisyon-İspanya davası)
- Radyo ve televizyon yayıncılığı faaliyetlerinde bulunmak (C-337/06 sayılı Bayerischer Rundfunk ve Diğerleri davası)
- Çevreci işlemlerle kentsel bölgelere ısıtma hizmeti tedarik etmek (C-393/06 sayılı Ing. Aigner davası) SİGMA, a.g.e., s.37-38.

egemenliğin kullanılmasına ilişkin hizmetlere hasretme yönündedir.¹³⁹ Bu çerçevede, serbest rekabet kurallarının kamu hizmeti alanlarına hâkim olduğu yönündeki düşünce ve özellikle Fransa'dan gelen tepkiler, AB merkezinde de yankı bulmuş ve kamu hizmeti anlayışı ile serbest rekabet kuralları arasında bir uzlaşma noktası olarak Anglo-Sakson kökenli *evrensel hizmet* kavramı benimsenmiştir.¹⁴⁰ *Evrensel hizmet* kavramının kabulü ve diğer kamu hizmetlerinin serbestleştirilmesi sonucunda minimalist bir kamu hizmeti anlayışının yerleşmeye başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca, AB tarafından *evrensel hizmet* kavramı içinde yer alan son derece teknik bir tanımlamayla *temel hizmet* ve *katma değerli hizmet* kavramları¹⁴¹ da itibar görmüştür.¹⁴²

AB hukukunda kamu hizmeti alanına ilişkin olarak yeni tanımlar tecrübe edilmekte ve kimi yazarlara göre tuhaf hukuk melezlerinin doğumuna tanık olunmaktadır. Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti üzerindeki etkileri incelenirken görülen durum, kamu hizmetinin klasik kavramlarındaki farklılaşma ve/veya başkalaşmadır. Bu başkalaşım ilk planda kamu hizmeti literatürüne birtakım yeni terimlerin girmesi ile başlamakta ve kamu hizmetinin temel kriter ve ilkelerinde çeşitlenme ve değişim ile devam etmektedir.¹⁴³ Esasında bu kavramsal dönüşüm sadece kamu hukukuna veya idare hukukuna özgü değildir. Avrupa özel hukukunda da ideolojik bir farklılaşma göze çarpmaktadır. Bu bağlamda yeni Avrupa özel hukuku da daha az dogmatik ve didaktik olarak nitelendirilmektedir.¹⁴⁴ Dolayısıyla, AB kamu hizmetlerinde uygulanan rejimde öngörülen bu değişim ve başkalaşım ile, ekonomik yaklaşımdan hareketle, öncelikle sektörel bazda kamu hizmetleri ele alınarak, tüm hizmetlerin tabi tutulacağı tek tip (yeknesak) bir hukuk rejimi yerine, her sektörün gereklerine uygun ve kendine özgü hukuk kurallarına tabi tutulmasına

¹³⁹ Orak, **a.g.m.**, s.215-216.

¹⁴⁰ Eser Us, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, İstanbul, XII Levha, 2012, s.49.

¹⁴¹ Temel hizmetler evrensel hizmet alanı içinde kalmakta olup, tamamen maliyeti yüksek altyapı kurulmasını ya da aynı şekilde yüksek maliyetli yatırımlar yapılmasını gerektiren hizmetlerdir. Katma değerli hizmetler ise, temel ya da evrensel hizmetin kapsamını aşan ve bu hizmetten yararlananların fazladan ücret ödemek suretiyle yüksek tarifelenilmeye hazır oldukları ek hizmetleri ifade eder ve bu hizmetler evrensel hizmet ve/veya temel hizmetin sağlanmasını garanti ettiği sürece tamamen serbest rekabet kurallarına tabidir. Us, **a.g.e.**, s.50.

¹⁴² Us, **a.g.e.**, s.50.

¹⁴³ Orak, **a.g.m.**, s.178.

¹⁴⁴ Martijn Willem Hesselink, **The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe**, Kluwer Law International, Vol. 3, 2002, s. 65.

yönelik bir hukuk rejimi yerleştirilmeye çalışılmaktadır. Bunun sonucunda, birtakım sosyal, hukuki ya da ekonomik riskleri bertaraf etmek amacıyla birleştirici olmak yerine ayrıştırıcı yöntemin tercih edilmesi ve “çok vitesli” bir kamu hizmeti hukukunun ortaya çıkması muhtemel görünmektedir.¹⁴⁵

AB'nin 1957 tarihli Roma Anlaşması'nda “kamu hizmetinden” belirgin bir biçimde söz edilmemiştir. Sadece Roma Anlaşması'nın 73'üncü maddesinde ulaşım sektörüne ilişkin olarak kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. O dönemde esas amaç malların serbest dolaşımına imkân tanıyacak bir serbest pazarın oluşturulmasıdır. Bu anlamda farklı kamu hizmeti nosyonuna sahip olan devletlerin kamu hizmeti anlayışlarının yeknesak hâle getirilmesi gibi bir çaba söz konusu olmamıştır. Daha sonra Komisyon'un sırasıyla, 26 Haziran 1969 tarih ve 1191/69 sayılı, 20 Haziran 1991 tarihli ve 1893/91 sayılı, 23 Temmuz 1992 tarih ve 2408/92 sayılı direktiflerinde ulaşım sektörü ile ilgili konularda kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. Bu dönemde dikkati çeken husus, AB'nin kamu hizmeti kavramına ihtiyatlı yaklaştığı ve kavramın ulusal niteliğine öncelik tanıdığıdır. 1986 tarihi Avrupa Tek Senedi ile beraber her alanda liberalizasyon, rekabete açıklık gibi kavramlar ön plana çıkmış; posta ve telekomünikasyon hizmetlerinde evrensel hizmet kavramı ortaya atılmış; kamu hizmeti kavramı ise enerji ve ulaşım sektörlerinde sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Günümüzde ise AB hukukunda kamu hizmetlerinin görülüş usulleri bakımından, devletin kamu hizmetlerini, mutlak surette gerekli olmadıkça bizzat işletmemesi, sadece regülatör (düzenleyici-denetleyici) olması empoze edilmektedir.¹⁴⁶

Birçok Avrupa devleti, idare hukuklarındaki düzenlemelerle güçlü bir kamu hizmeti anlayışını benimsemiştir. Fransa gibi AB devletlerinde, uzun yıllara dayanan ve idari geleneğin bir ürünü olan idari ilke ve kurallar varlığını sürdürmektedir. Napolyon modeli olarak da bilinen Fransız idari sisteminde, devlet genel kamu çıkarını gözetmek ve kollamakla yükümlüdür.¹⁴⁷ Fransa'da kamu hizmeti adı verilen

¹⁴⁵ Us, **a.g.e.**, s.46-47.

¹⁴⁶ Orak, **a.g.m.**, s.180-181.

¹⁴⁷ Fransız hukuk tarihine baktığımızda idare korumacılığı o kadar belirgindir ki, Fransız İhtilali'nden sonra 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla *idari ve adli makamların ayrılığı ilkesi* kabul edilmiş ve hâkimlerin idareye karşı açılmış davalara bakmaları, idari işler hakkında karar vermeleri cezai müeyyideye bağlanarak yasaklanmıştır. İdareyle ilgili ihtilaflar hakkında mahkemelere dava açılması

kavram, devletin meşruiyetini sağlar. Türk idari sistemi de, merkeziyetçi, hiyerarşik, homojen, depolitize, denetime açık olma gibi özellikleriyle Fransız idari sistemine benzerlik göstermektedir. Almanya’da da hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlet ve güçlü bir bürokrasi geleneği sürmektedir. Bürokrasinin idari usul ve işlemlerinin belirlenmesinde idare hukukçuları etkilidir.¹⁴⁸

Fransız idare hukuku, kamu hizmeti kavramının oluşumunu ve krizini yaşamış, bunlarla birlikte biçimlenmiştir. Günümüzde kamu hizmeti krizinden söz edildiğinde, kamu hizmeti alanının daral(tıl)masına atıf yapılır. Fransız yargı organlarının idari sözleşmeye ilişkin kararlarının gelişimi, kamu hizmetinin tabi olacağı rejimin ve dolayısıyla idare hukukunun alanının saptanması eksenine oturmuştur. Bu çerçevede, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararı¹⁴⁹, 6 Şubat 1903 tarihli Terrier kararı¹⁵⁰, Conseil d’Etat’nın 4 Mart

yasaklanması üzerine, idarenin işlem ve eylemlerinden zarar gören kişiler, mahkemelere gidemedikleri için, doğrudan idareye başvurmak zorunda kalmışlardır. Dolayısıyla, idare ile ihtilaf yaşayan kişiler hakkında yine kararı idare vermek durumunda kalmıştır. *Kimse kendi davasında hâkim olamaz* (nemo debet esse iudex in propria causa) genel hukuk ilkesine aykırılık teşkil eden bu durum, 13 Aralık 1799 tarihli Anayasa ile Devlet Şurası’nın (Danıştay/Conseil d’Etat) kurulması ve devlet ile bireyler arasındaki ihtilafların yeni kurulan bu merciye verilmesi ile çözülmüştür. Halil Kalabalık, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2014, s.14-15.

¹⁴⁸ A. Argun Akdoğan, **Türk Kamu Yönetimi ve Avrupa Birliği: Karşılaştırmalı Eleştirel Bir İnceleme**, Ankara, TODAİE, 2008, s.250-251.

¹⁴⁹ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Blanco kararı ile birlikte hâkimiyet tasarrufları-temşiyet tasarrufları teorisi terkedilmiş ve kamu hizmeti idare hukukunun alanının saptanmasında kullanılmaya başlanmıştır. İdarenin sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme biçiminde ayrılması bu içtihadattan kaynaklanır. Önceki dönemde idarenin tüm sözleşmeleri herhangi bir ayırım yapılmaksızın tek bir rejime, temşiyet tasarrufları rejimine tabi tutulmuştur. Sözleşmenin temşiyet tasarrufu olarak değerlendirilmesi, bir yandan bunun idarenin otoritesi kullanılarak oluşturulmadığını gösterirken bir yandan da sözleşmeye uygulanacak rejimin idare hukukunun ilgi alanı dışına çıkarılmasına yol açar. Temşiyet tasarrufu olmak itibarıyla idarenin sözleşmeleri arasında herhangi bir ayırımın yapılması anlamlı sayılmaz. Özellikle idare hukukunun ve idari yargının oluşum aşamasındaki yaklaşım dikkate alındığında, idarenin adliyeden bağımsız olmasını, idari yargı alanında kalma imtiyazını kullanmasını gerektirecek bir ilişki söz konusu değildir. Tekinsoy, **a.g.m.**, s.198. İdari faaliyetler arasında hâkimiyet-temşiyet tasarrufları ayırımına yol açan ölçüt, Fransa’da 19. yüzyıl sonlarına kadar, Türkiye’de 1950’ye kadar özellikle mahkemelerin uygulama ve içtihatlarında kullanılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, ilk yıllarda, eski Fransız uygulamasından etkilenecek, idari yargının görev alanının belirlenmesinde hâkimiyet-temşiyet ayırımından yararlanmış. İdarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlerine hâkimiyet tasarrufu denilmiş ve idari yargının görev alanına dâhil edilmiş; kamu gücüne dayanmadan yaptığı işlemlere temşiyet tasarrufu kabul edilerek adli yargının görev alanında kabul edilmiştir. Kalabalık, **a.g.e.**, s.18.

¹⁵⁰ Dava, engereklerle mücadele amacıyla, ötürülen yılan başına ödül vaat edilmesinden kaynaklanmıştır. Bu kararda, ortada bir hâkimiyet tasarrufu bulunmadığına, faaliyetin kamu hizmeti olduğuna ve sözleşmenin de idari sözleşme niteliği taşıdığına karar verilmiştir. Faaliyetin, kamu hizmeti amacıyla yapılmış olmasının sözleşmenin niteliği üzerinde mutlak bir etkisi bulunmamaktadır; ayrıca idarenin bu yoldaki iradesi de dikkate alınmalıdır. İdare ister hâkimiyet

1910 tarihli Thérond kararı¹⁵¹, 31 Temmuz 1912 tarihli Granits des Vosges kararı¹⁵², 20 Nisan 1956 tarihli Epoux Bertin kararı ve bu kararı a contrario (aksiyle kanıtlayarak) doğrulayan 11 Mayıs 1956 tarihli Gondrand kararı¹⁵³ kamu hizmetinin yorumlanmasında ve uygulanmasında referans olmuş kararlardan öne çıkanlarıdır.¹⁵⁴ Bununla birlikte, yeni *kamu işletmeciliği* anlayışının etkisinin artması ve *Avrupa idari alanının* yaygınlaşmasıyla, kamu yararı ya da kamu hizmeti gibi kavramların hâkimiyetini yitireceği görüşü, Fransız Danıştayı tarafından da kabul edilmektedir. Fransız Danıştayı, kamu hizmetinin devletin denetimi altında kalmak koşuluyla özel hukuk kişileri tarafından kamu yararına yürütülmesi ilkesini giderek daha fazla benimsemektedir.¹⁵⁵

tasarrufu yoluyla ister sözleşme yoluyla hareket etsin, kamu hizmetinin örgütlenişi ve işleyişiyle ilgili her faaliyet idari nitelik taşır ve niteliği gereği idari yargının görev alanına girer. Karar, kamu hizmetinin yürütülmesinde iki farklı biçimin olduğunu kabul etmektedir: Kamusal yürütüm ve özel yürütüm. Kamusal yürütümde idare hukuku kuralları uygulanacak ve idari yargı görevli olacaktır. Özel yürütümde ise idare, bir kamu hizmetiyle ilgili olsa da özel hukuk alanında kalacak ve ihtilaf özel hukuk kurallarına göre çözülecektir. Tekinsoy, **a.g.m.**, s.199.

¹⁵¹ Bu kararla, başıboş köpeklerin yakalanarak hayvan barınağına konulması ve hayvan ölümlerinin toplanması işinin bir özel kişiye verilmesi için yapılan sözleşme, idari sözleşme olarak nitelenmiştir. Kararda benimsenen çözüm basit ve doğrudandır: Kamu hizmetinin yürütülmesi kamu hukuku kurallarına tabi olacaktır. Bu yaklaşım, idarenin kamu hizmeti faaliyetinin bütünüyle kamu hukuku kurallarınca düzenlenmesini zorunlu kılmakta, kamu hizmeti alanında özel hukuka açılmayı engellemektedir. Tekinsoy, **a.g.m.**, s.200.

¹⁵² Granits des Vosges kararı, kamu hizmetinin idari sözleşmelerin ölçütü olarak kullanılmasında farklı bir durum yaratmıştır. Dava, konusu Lille şehir yollarına kaldırım yapılması için gereken taşların sağlanması olan levazım sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin bir ihtilaftan kaynaklanmıştır. Karar öz olarak, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için kamu hizmeti amacıyla yapılmasının yeterli olmadığı, ayrıca özel hukuku aşan şartlar içermesi gerektiği yönündedir. Bu kararla birlikte kamu hizmetinin sözleşmenin niteliği üzerindeki etkisinin zayıfladığı kabul edilmektedir. Ancak bu karar çerçevesinde de kamu hizmeti kavramı özel bir biçimde idari sözleşme ölçütü olarak kullanılmaya elverişlidir. Tekinsoy, **a.g.m.**, s.200-201.

¹⁵³ Conseil d'Etat'nın Epoux Bertin kararı ve Gondrand kararı, kamu hizmetinin idari sözleşme ölçütü olarak yeniden ön plana geçmesine ve kamu hizmetiyle sözleşme arasında yeterince açık bir bağın olması durumunda kamu hizmetinin sözleşmeye idari nitelik vermeye yeterli kabul edilmesine yol açmıştır. Bertin kararı kamu hizmetinin görülme usulüne ilişkin bir başka yaklaşımı ortaya koyar: Kamu hizmeti, kamusal usullere eşitlenmemektedir ancak kamusal usulün vazgeçilmez olduğu bir çekirdek alan vardır. Bu çekirdek alanı, özel kişinin kamu hizmetinin yürütülmesini bizzat üstlenmesi ya da hizmetin yürütülmesine katılması oluşturmaktadır. Tekinsoy, **a.g.m.**, s.201.

¹⁵⁴ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.197-198.

¹⁵⁵ Fransız Danıştayı, kendisini ulusal idare hukukunun bir koruyucusu olarak görmüş ve uzun yıllar idare hukukunun *Avrupalılılaşmasına* direnç göstermiştir. Bu direncin özellikle, 1990'lardan sonra azalmasındaki temel neden, *Avrupa idari alanının* ya da yönetim ilkelerinin hakimiyet kazanmasından çok, Birliğin müktesebat hacminin hızla genişlemesidir. Fransız Danıştayı, Avrupa entegrasyonunun ulusal idari sisteme etkisini azaltmak amacıyla strateji değiştirerek bu entegrasyona karşı çıkmak yerine, Avrupa normlarının Fransa'da idari bütünlük içerisinde uygulanmasını sağlamaya çalışmıştır. Ayrıca, bu normların Fransız kamu personeli tarafından anlaşılması için hükümetin daha fazla çaba harcamasını istemiştir. Fransız Danıştayı, Birlik normlarının Fransız yasal düzenine daha dikkatli ve sistematik eklenmesi gereğini de vurgulamıştır. Fransız Danıştayı, bu

Günümüz AB hukuku, hangi faaliyetin kamu hizmeti olacağına ilişkin olarak o faaliyetin niteliğini değil, o faaliyetin yürütüldüğü sektörü esas almaktadır. İdare hukukunun kuruluş döneminde kamu hizmetinin tanımlanmasında kamunun faaliyeti ve kamu hukuku unsurlarının birlikteliği ilke olarak benimsenmiştir. Devlet faaliyetlerinin piyasaya doğru genişlemesi, piyasa yöntemlerinin de kamuya yaklaşması sonucunu doğurmuştur. Serbest pazar ve devlet kontrolü arasında bir denge kurulması amacı ve bunun gerçekleştirilebilmesinin ancak her sektörün özelliklerinin ayrı ayrı dikkate alındığı bir yaklaşımla mümkün olabileceği vurgulanırken, klasik kamu hizmetlerinin büyük bölümünde gerçekleştirilmeye çalışılan liberalizasyon sırasında bir sarsıntıya meydan vermemek için kapsayıcı değil her sektöre ayrı önem ve öncelik veren ayrıştırıcı bir yöntem tercih edilmiştir. Ne var ki, AB bu ayrıştırıcı yaklaşımını bazı sektörlerde yadsıma eğilimindedir. Örneğin Elektronik Haberleşme Ağları ve Hizmetlerinin Yetkilendirilmesine İlişkin 7 Mart 2002 tarih ve 2002/20/EC sayılı AP ve Konsey Direktifinde (Yetkilendirme Direktifi) -kamusal amacı olsun veya olmasın- elektronik haberleşmeye ilişkin tüm hizmetler bakımından özel kişilerin yetkilendirilmesi ilkesi getirilmiştir. AB içinde ortak bir faaliyet sahasının gelişimine katkıda bulunacağına inanıldığı için telekomünikasyon sektörü ayrı ve öncelikli olarak görülmekte ve bu alanda ayrık olarak ortak bir kamu hizmeti politikasına doğru gidilmektedir. Ancak burada

sayede Avrupa müktesebatının Fransa'da zamanında ve tutarlı uygulanmasını daha kolay denetleyebilme imkânına kavuştuğu gibi, ulusal idari usul ve uygulamalara en az zarar verecek şekilde AB normlarının aktarılmasını ve uygulanmasını sağlamıştır. Dolayısıyla Fransız Danıştay, idare hukukunu AB'nin etkisinden uzak tutarak korumak yerine, belli bir ölçüde AB etkisine açarak, Fransız idare hukukunu Avrupa düzeyine taşımaya amaçlamıştır. Bir diğer ifadeyle, rekabete dayalı bir evrilme modeline sahip Birliğin *Avrupa idari alanı* geliştirme çabalarına, Fransa kendi idare hukuku ilkeleriyle katılarak, Anglo-Sakson ilkelerinin hâkimiyetini kırmaya ve kendi idare hukuku sisteminin en azından bazı özelliklerinin *Avrupa idari alanında* yer almasına çalışmaktadır. Akdoğan (2008), **a.g.e.**, s.252-256. Zira, *ortak hukuk, adli idare, adli rejim* olarak adlandırılan Anglo Sakson sistemi, kamulaştırma, millileştirme gibi belli ve sayılı konulardaki ayrık ve özel usuller dışında idareye ve onun faaliyetlerine, herkesin bağlı olduğu genel hukuk kurallarının uygulandığı bir sistemdir. Bu sistemde, kimi idari faaliyetlere ilişkin değişik hukuk kuralları varsa da, tüm idareye ve fonksiyonlarına mahsus ve bir bütün teşkil edecek nitelikte ayrı bir hukuk rejimi ve yargı düzeni bulunmamaktadır. Aksine Kıta Avrupası sisteminde, idareye ve onun faaliyetlerine, genel hukuk niteliğinde kendi kendine yeten, hiçbir konuda özel hukuka başvurma gereğini duymayan ilke ve kurallardan oluşmuş ayrı ve özerk bir hukuki rejim uygulanmaktadır. İdari yargı sistemi denilen Kıta Avrupası sisteminin en vazgeçilmez özelliği, idarenin işlem ve eylemlerinin adli yarıdan bağımsız olmasıdır. Türkiye'nin de içinde bulunduğu bu sistem, başta Fransa olmak üzere Kıta Avrupası devletlerinde geçerli bulunmaktadır. Sistemin uygulandığı devletlerde iki ayrı hukuk, iki ayrı hukuk rejimi ve iki ayrı yargı düzeni bulunmaktadır. Kalabalık, **a.g.e.**, s.13.

unutulmaması gereken husus, bu kamu hizmeti anlayışının da liberal taleplerle beslenmiş olduğudur.¹⁵⁶

Kamu yönetimi alanında genel kanı, genel geçer bir Avrupa hukuku mevzuatının olmadığı ve üye devletlerin kendi idarelerini uygun gördükleri şekilde oluşturdukları yönündedir. Zira, günümüz idare hukuku, hâlâ üye devletlerin münhasır egemenlik alanı olarak değerlendirilmektedir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) kurulmasından günümüze bir tartışma konusu olan ortak idare hukuku oluşturulması konusunda henüz sonuca ulaşamamıştır. ABAD, farklı üye devletlerdeki farklı anayasal geleneklerden, siyasî ideolojilerden ve siyasî kültürlerden yararlanarak genel kabul görececek bir idare hukuku kural ve ilkelerini tanımlama gayreti içinde olmamıştır. Diğer taraftan AB, bürokratik işlemleri azaltmayı hedefleyerek; Ortak Pazarın daha serbest ve rekabetçi olmasını sağlamaya çalışmakta, Komisyon'un da etkisiyle, daha önceleri birçok Avrupa devletinde kamu hizmeti niteliği taşıdığı için devlet tekeli oluşturan sektörler rekabete açılmakta ve kamu hizmetleri dış tedarikçilere gördürülmektedir.¹⁵⁷

Türk hukukunda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi anlamında pozitif hukuka ilişkin reform niteliğinde gelişme, 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile gündeme gelmiştir. Bu tarihten önce bir kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülebilmesi için sözleşme ile yetkilendirme ancak idari sözleşme (imtiyaz sözleşmesi) ile mümkün olabilmekteyken, Anayasa'nın 47'nci maddesine eklenen hükümlerle¹⁵⁸ kamu hizmetini yürütmeye özel kişilerin özel hukuk sözleşmesi ile de yetkilendirilmesine olanak tanınmıştır.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Orak, **a.g.m.**, s.184-185.

¹⁵⁷ Akdoğan (2008), **a.g.e.**, s.261-262.

¹⁵⁸ “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

¹⁵⁹ Ulusoy'a göre, aslında idari sözleşmelere oranla idare için daha dezavantajlı olan ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkesiyle bağdaştırılması her zaman kolay olmayan özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi yöntemine genel ve asli bir yöntem olarak değil, istisnai ve tali bir yöntem olarak başvurmak ve sadece idare için finansmanı güç olabilecek önemli alt yapı yatırımları ve ulusal güvenlikle bağlantılı olmayan kamu hizmetlerinin bu yöntemle özel kişilere gördürülmesinin tercih edilmesi daha uygun görünmektedir. Ali Ulusoy, “Anayasa Mahkemesi ve Kamu Hizmeti”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, 26 Mart 2004, s. 68. Zira, Anayasanın Genel İlkeler başlıklı 128'inci maddesi gereğince; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel

kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Dolayısıyla, Anayasanın 47 ve 128’inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Ulusoy’un vardığı sonuca ulaşmak mümkün ve yerindedir.

II. BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA

KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİ

A. AB Kamu Alımlarında Yasal Çerçeve

Birçok devlet, ticaret üzerinde önemli bir etkiye sahip olan kamu alımlarını geleneksel olarak korumacı uygulamalarla (ulusal tedarikçilerle sözleşmeye varma eğilimi şeklinde) yürütmektedir. AB kamu alım düzenlemelerinin amacı, kamu alımlarını üye devletler arasındaki ticarete açmak için bu tür uygulamaları ortadan kaldırmaktır.¹ Bu itibarla, AB mevzuatı içerisinde kamu alımlarına önemli bir yer verilmektedir.

AB mevzuatı denildiğinde AB'yi ilgilendiren hukuki çerçeve anlaşılmaktadır. AB mevzuatı, eski Avrupa Topluluğu'nun AB'ye aktarılmış mevzuatını da tümüyle içermektedir. Bununla birlikte AB mevzuatı, AB üyesi devletlerin ulusal mevzuatından da önce gelmektedir.² AB hukuk düzeni genel olarak iki bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde *AB müktesebatı*, ikinci bölümde *AB politika dokümanları* yer almaktadır. AB müktesebatı; AB'nin bağlayıcı nitelikteki tüzük, yönetmelik, direktif ve kararlarını kapsamaktadır. AB politika dokümanları ise daha çok eylem planları, yeşil ve beyaz kitaplardan (*Green and White Papers*) oluşmaktadır. Bunlar daha sonra müktesebata dönüşebilmekle birlikte daha çok yönlendirici politika dokümanlarıdır.³

Kamu alımları, esas olarak AB müktesebatının birinci bölümünde yer alan iki kaynaktan türetilmektedir: AB kurucu antlaşmalarının getirdiği ilke ve kurallar, tüm ihaleler için geçerlidir; kamu alım direktifleri ise, belli bir mali eşik üzerindeki ihalelerin ihale usullerini düzenlemektedir.⁴ Dolayısıyla, AB kamu alımlarında yasal

¹ Sue Arrowsmith, "EC Regime on Public Procurement", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.252.

² SIGMA, **a.g.e.**, s.7.

³ DPT 9. Kalkınma Planı (2007-2013), **İnşaat, Mühendislik-Mimarlık, Teknik Müşavirlik ve Müteahhitlik Hizmetleri**, Özel İhtisas Komisyonu Nihai Raporu (Nisan 2006), s.81. (Çevrimiçi) http://plan9.dpt.gov.tr/oik56_insaat/56insaate.pdf, 05 Kasım 2013.

⁴ Arrowsmith, **a.g.m.**, s.254.

çerçeve, AB Antlaşması'ndan türetilen birincil mevzuatın yanı sıra direktifler gibi ikincil mevzuat hükümleri ile kurulmaktadır.

Ortak Avrupa iç pazarının işlerliğinin sağlanması amacıyla, sadece Birlik üyesi bir devlet içinde ikamet eden gerçek veya tüzel bir kişinin Birlik üyesi başka bir devlet tarafından yapılacak ihaleye katılabilme serbestisinin tek başına yeterli gelmeyeceğinin anlaşılması ve kamu alım hukukunun ortak temel esaslara dayanmasının gerekliliğinin fark edilmesi üzerine bu alanı düzenlemek üzere çeşitli direktifler çıkarılmıştır.⁵ AB kamu alımları hukuku, mal ve hizmetlerin üye devletler arasında serbestçe dolaşımını sağlayacak bir Ortak Pazar ve/veya iç piyasa yaratılması hedefinin kamu alımları alanında da uygulanmasını sağlamak üzere gelişen ilkeler ve kurallar bütününden oluşmaktadır. Bu hukukun temel bileşenleri ise 1957 yılında imzalanan Roma Antlaşması'ndan (Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması) 2009 yılında kabul edilen Lizbon Antlaşması'na (birbirine üstünlüğü olmayan iki antlaşma: Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması (ABKA) ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (ABİİA)) kadar gelen kurucu metin hükümleri, ilgili direktifler, ABAD'ın kararları ve bu kararlarda esas alınan genel hukuk ilkeleridir.

1. AB Kamu Alımları Direktifleri

Birlik içinde kamu alımları denildiğinde, akla AB kamu alımları direktifleri gelmektedir. Kamu alım sözleşmelerinin hazırlık aşaması olarak kabul edilen ihale aşaması, bu direktiflerin hükümleri dikkate alınarak düzenlenmektedir. Üye devletler, AB Komisyonu tarafından belirlenen mali eşikleri de gözeterek, gerçekleştirecekleri ihalelerde direktif hükümlerini dikkate alarak kamu alım sürecini tamamlamak durumundadırlar. İhale aşamasındaki idari işlem ve eylemlerin, sözleşmenin ifasına da tesiri bulunduğu düşüncesinden hareketle AB kamu alım direktiflerinin kapsamı, gelişimi ve sözleşmeye ilişkin hükümlerinin incelenmesi önemlidir.

⁵ Buz, **a.g.e.**, s.40. Direktifler, AB Konseyi'nin kendi başına veya Avrupa Parlamentosu ile kooperasyon içinde çalışması sonucunda çıkarılmaktadır. Kamu alımlarıyla ilgili güncel Direktifler de bu iki AB kurumunun ortak çalışmalarının ürünüdür. Murat R. Özsunay, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Kamu İhale Hukukuna Genel Bakış", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.52.

a. Kapsamı ve Üye Devletler Üzerindeki Etkisi

AB kamu alımları direktifleri AB mali eşik değerlerini geçen yapım işleri, mal ve hizmet alım ihaleleri sözleşmeleri ile yapım işi imtiyazlarını kapsamaktadır.⁶ Eşik değerinin altında kalan sözleşmeler Direktif kapsamına girmese de ihalenin düzenlendiği üye devletin dışındaki üye devletlerde yer alan işletmelerin ilgisini çekebileceklerinden (sınır ötesi ilgi) Antlaşma ilkelerine tabidir.⁷

AB kamu alımları direktifleri kamu idareleri için geçerlidir. Bir başka anlatımla, direktif ancak bir kamu idaresinin alım gerçekleştirmesi hâlinde uygulanmaktadır. Ancak, bir kamu idaresi, kamu yararına yönelik ihtiyaçları karşılamak için kendisine verilen görevleri kendi imkânları dâhilinde idari, teknik ve diğer kaynaklarını kullanarak yerine getirebilir. Bu durumda, kamu alımlarına dair kuralların uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, AB kamu alımları direktifleri, kamu idarelerini kendi sağlamak istedikleri hizmetleri sözleşmeyle dışarıya yaptırmaya zorlayamaz. İdarelerin belli görevleri kendi kaynaklarını kullanarak yerine getirmeyi tercih ettiği durumlarda kamu alımı gerçekleşmez. Kamu alımlarına yönelik kurallar, idarenin kendi yerine getiremeyeceği veya getirmek istemediği mal, hizmet veya yapım işi tedarikini üçüncü bir tarafa verdiği durumlarda geçerlidir. Burada geçerli olan genel kural, bir kamu idaresinin ayrı bir tüzel kişiyle alım sözleşmesi gerçekleştirdiğinde, bu alım, kamu alımları direktiflerine tabidir.⁸

AB kamu alımlarında idareden ne anlaşılması gerektiği önemli bir konudur. İdarenin (ihale makamı) tanımı Direktifin 2'nci maddesinde yapılmaktadır: “*İhale makamı, devlet, bölgesel veya yerel yönetimler, kamu hukukuna tabi kuruluşlar, bir veya daha fazla bölgesel veya yerel yönetim ya da kamu hukukuna tabi kuruluş tarafından oluşturulmuş birlikleri ifade eder.*” (2014/24/EU m.2/1-1). Bu tanımdan

⁶ Klasik alımlar direktifinde belirtilen ve 2014-2015 dönemi için geçerli olan eşik değerler şunlardır: Merkezi idareler tarafından yapılan mal ve hizmet ihalelerinde 134.000 Avro; Diğer idareler tarafından yapılan mal ve hizmet ihalelerinde 207.000 Avro; Yapım işleri ihalelerinde 5.186.000 Avro; Ek XIV'de listelenen sosyal ve diğer özel hizmetler için uygulanan kamu hizmet sözleşmelerinde 750.000 Avro. Sektörel alımlar direktifi kapsamındaki eşik değerler: Yapım işleri için Direktifte belirtilenlerle aynıdır; mal ve hizmet ihalelerinde mali eşik değer (414.000 Avro) Direktifteki eşik değerlerden daha yüksektir. 2014/24/EU bölüm 2 madde 4.

⁷ SİGMA, a.g.e., s.18.

⁸ A.e., s.50.

da görüldüğü üzere idareler başlıca iki sınıfa ayrılmaktadır: Kamu kurumları (örneğin devlet kurumları, bölgesel veya yerel idareler) ve kamu hukukuna tabi kuruluşlar.⁹

ABAD'ın Klasik Alımlar Direktifi ile Sektörel Alımlar Direktifi arasındaki kapsam farkına değindiği bir kararında, Klasik Alımlar Direktifi'nin idareler (contracting authority) için geçerliken, Sektörel Alımlar Direktifi'nin kuruluşlar (contracting entity) için geçerli olduğunu ifade etmiştir. Kuruluş kavramı hem idareyi hem de kamu işletmeleri ile bir üye devlet yetkili mercii tarafından verilmiş özel veya münhasır hakları kullanarak faaliyet gösteren işletmeleri kapsamaktadır. Sektörel Alımlar Direktifi bütün ekonomik faaliyet alanları için geçerli olmayıp, direktifin geçerli olduğu “sektörler” özel olarak tanımlanmıştır. Klasik Alımlar

⁹ 2014/24/EU sayılı Direktifin 2/1-4 madde hükmüne göre kamu hukukuna tabi kuruluşlar: (a) sınai veya ticari nitelik taşımayan ve esasen kamu yararına yönelik ihtiyaçların karşılanması için kurulmuş olan, (b) tüzel kişiliği haiz, (c) büyük oranda devlet, bölgesel veya yerel yönetimler ya da kamu hukukuna tabi diğer kuruluşlarca finanse edilen veya yönetimleri bu kuruluşların denetimine tabi olan veya ihale makamı, yönetim ya da denetim kurulu üyelerinin yarısından çoğu bu kuruluşlar tarafından atanmış kuruluşları ifade eder. Bir kuruluşun kamu hukukuna tabi kuruluş olarak sınıflandırılması için, (a) ve (b) bentlerindeki koşullar ile (c) bendinde belirtilen koşulların en az birini karşılaması gerekir. ABAD, kamu hukukuna tabi kuruluş tanımının bir AB hukuk kavramı olduğunu ve AB mevzuatının hükümleri ışığında yorumlanması gerektiğini teyit etmiştir (bkz.: C-84/03 sayılı Komisyon – İspanya davası). Aynı anda karşılanması gereken üç koşul bulunmaktadır: Tüzel kişiliği haiz olmak; esasen kamu yararına yönelik ihtiyaçların karşılanması için ticari olmayan görevler yerine getirmek; büyük oranda bir kamu kurumuna bağlı olmak (bkz.: C-44/96 sayılı Mannesmann, C-353/96 sayılı Komisyon-İrlanda ve C-328/96 sayılı Komisyon-Avusturya davaları). Bu koşulların her birinin işlevsel açıdan yorumlanması gerekir, bir başka deyişle, her bir koşul, kendisiyle ilgili resmi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu tür bir yaklaşım, kuruluşun ilgili kamu idaresine bağlılığını sağlayan bir yöntem olarak görülmelidir (C-526/11 sayılı IVD davası). Özel bir kuruluşun “kamu hukukuna tabi” olup olmadığını tespit etmek için, kuruluşun yukarıdaki üç koşulu karşılayıp karşılamadığına bakmak yeterlidir. Bir kuruluşun özel hukuk önündeki statüsü, bu kuruluşun Direktif uyarınca bir ihale makamı olarak sınıflandırılmasına engel teşkil etmez (bkz.: C-84/03 sayılı Komisyon-İspanya davası). SİGMA, a.g.e., s.36-37. 2014/24/EU sayılı AB Klasik Alımlar Direktifi, önsözünde ABAD kararlarına yoğun olarak atıfta bulunmaktadır. Gerekçeler bölümünün 10'uncu maddesi uyarınca: “İdare/ihale makamı ve özellikle kamu hukukuna tabi kuruluş kavramı, Adalet Divanında görülen davalarda sıklıkla incelenmektedir. İşbu Direktifin kapsamının şahsa göre değiştirilemeyeceğini net bir şekilde yerleştirmek için, Adalet Divanının esas aldığı tanımları takip etmek ve tanımların daha iyi anlaşılması için herhangi bir değiştirme maksadı gütmeksizin Adalet Divanı tarafından dava kararlarında yapılan açıklamaları dikkate almak önemlidir. Bu amaçla, normal piyasa koşullarında faaliyet gösteren, kâr amacı güden ve faaliyetlerinden kaynaklanan maddi kayba kendisi katlanan kuruluşlar, kamu hukukuna tabi kuruluş olarak değerlendirilemez çünkü bu tür kuruluşların karşılamakla görevlendirildiği kamu yararına yönelik ihtiyaçlar, bu durumda, sınai veya ticari niteliğe sahiptir. Benzer şekilde, sözkonusu kuruluşun gelirlerinin kaynağına ilişkin koşul da Adalet Divanında görülen davalarda sıklıkla incelenmiştir. Divan, büyük oranda...finanse edilmek kavramının yarından fazla anlamına geldiğini belirtmiş ve bu finansmanın, kullanıcıların ödediği ve kamu hukuku kuralları uyarınca dayatılan, hesaplanan veya tahsil edilen ücretleri içerebileceğinin altını çizmiştir.”

Direktifi ise neredeyse bütün ekonomik faaliyet alanlarını kapsamaktadır. Bu nedenle “genel direktif” olarak da anılır.¹⁰

Üye devletlerin, kendi ulusal mevzuatlarını AB direktiflerinin detaylı düzenlemelerine uyum sağlayacak biçimde düzenlemeleri zorunludur.¹¹ Bu itibarla, üye devletler ulusal mevzuatlarına direktifleri aktarıırken, kendi ülkelerinde ilgili makamlar ile direktiflerin hükümlerini incelemek durumundadır. Ancak, direktiflerin düzenledikleri konularda devletlere takdir yetkisi bırakan hükümlerin bulunduğu da kabul edilmektedir.¹² Diğer yandan, direktifler, üye devletlerin kamu alımları konusundaki tüm mevzuat ve uygulamalarını kapsamayı değil, AB iç piyasasındaki ticareti etkileyecek derecede olduğu kabul edilen işlemleri düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle, direktifler ancak belli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımı sözleşmelerini kapsamakta ve istisnai bazı alanlara uygulanmamaktadırlar. Ancak, ABAD içtihatlarında, direktiflerin kapsamadığı alanlarda da Roma Anlaşması'nın “milliyet temelinde ayrımcılık yapmama”, “malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı”, “kuruluş ve faaliyet serbestisi” ilkelerinin ve “eşit muamele”, “şeffaflık”, “karşılıklı tanıma” ve “oransallık” gibi genel hukuk ilkelerinin tüm üye devletlerin kamu alımları uygulamalarında esas alınması gerektiği kuralı yerleşmiş durumdadır.¹³ Zira Antlaşma, açıkça iç piyasada kamu alımlarından söz etmez. Antlaşma; firmalara, ürünlere ve diğer AB'ye üye devletlerin hizmetlerine karşı ayırım getiren devlet uygulamalarını yasaklayan bazı genel hükümler ve serbest dolaşım hükümleri içermektedir.¹⁴

b. Tarihi Gelişimi ve Modernizasyonu

AB kamu alımları direktiflerinin tarihi gelişimi incelendiğinde, 1971 yılına kadar, AB ölçeğinde kamu alımlarını konu edinen özel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu alan yukarıda da değinildiği üzere, Topluluğu kuran Roma Antlaşması metninde yer alan birtakım ilke ve kurallara dayanarak hukuki bir

¹⁰ 10 Nisan 2008 tarih ve C-393/06 sayılı Ing. Aigner kararı, madde 26.

¹¹ Yeni direktifler için üye devletlere (17 Nisan 2014 tarihinden itibaren) iki yıllık bir süre verilmiştir.

¹² AB Komisyonu (2011), **a.g.r.**, s.8.

¹³ Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2014, s.37-38.

¹⁴ Arrowsmith, **a.g.m.**, s.254.

çerçeve bulmuştur.¹⁵ Dolayısıyla, kamu alımlarına ilişkin olarak mevzuat oluşturma çalışmaları, 1970'li yıllarda, yapım işlerinin düzenlenmesine dair iki direktifin çıkarılmasıyla daha somut hâle gelmiştir.¹⁶ 1990'lı yıllarda bu direktifler daha belirgin ve açık hükümlerle revize edilmiştir.¹⁷ Yine bu dönemde hizmet ihalelerini düzenleyen bir direktif¹⁸ kamu alımı mevzuat setine dâhil olmuştur.

AB'de kamu alım mevzuatı, 1970'li yıllarda oluşmaya başlamıştır. İlk başlarda klasik sektör denilen mal, hizmet ve yapım işleri ayrı ayrı direktiflerle düzenlenmişken, 2000'li yıllardan sonra çıkarılan direktiflerde reformist bir yaklaşım görülmektedir. 2000 yılı Mayıs ayında AP mevcut direktiflerde muhtelif değişikliklerin yapılmasını öngören bir paket sunmuştur. Bu çabanın sonucu olarak da iki yeni direktif 29 Ocak 2004 tarihinde AP'de onaylanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁹ Bu direktifler, AB kamu alım mevzuatının temel hükümleri; rekabet ve şeffaflığı artırmak, alım prosedürlerini basitleştirmek ve modernize etmek amacıyla, AP ve AB Konseyi tarafından onaylanan, kamu alımı yasama paketi olarak da bilinen konsolide 2004/17/EC²⁰ ve 2004/18/EC²¹ Direktifleridir.²² Bu direktifler, bazı değişikliklere

¹⁵ Muzaffer Akdoğan, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, İstanbul, XII Levha, 2010, s.125.

¹⁶ Yetmişli yıllarda çıkarılan söz konusu Direktifler şunlardır: 26 Temmuz 1971 tarih ve 71/305/EEC sayılı *Yapım İşlerinde Kamu İhale Usulünün Koordinasyonuna İlişkin Konsey Direktifi* ve 16 Ağustos 1977 tarih ve 77/62/EEC sayılı *Kamu Alımlarında İhale Usulünün Koordinasyonuna İlişkin Konsey Direktifidir*.

¹⁷ Bu Direktifler sıra ve tarihleriyle şöyledir: 14 Haziran 1993 tarih ve 93/36/EEC sayılı (OJEU, L199, 1993) *Kamunun Mal Alımı Sözleşmelerinin Yapılmasına İlişkin Usullerin Koordinasyonunu Konu Alan Konsey Direktifi* ve 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37/EEC sayılı (OJEU, L199, 1993) *Kamu İş Sözleşmelerinin Yapılmasına İlişkin Usullerin Koordinasyonunu Konu Alan Konsey Direktifidir*. 93/36/EEC sayılı Direktif, daha önceki 70/32/EEC ve 77/62/EEC sayılı Direktifler ile bunları değiştiren 80/767/EEC ve 88/295/EEC sayılı Direktiflerin yerini almıştır. 93/37/EEC sayılı Direktif ise 71/304/EEC ve 71/305/EEC sayılı Direktifleri değiştiren 89/440/EEC sayılı Direktifin yerini almıştır.

¹⁸ 18 Haziran 1992 tarih 92/50/EEC sayılı *Kamu Hizmet Sözleşmelerinin Yapılmasına İlişkin Usullerin Koordinasyonunu Konu Alan Konsey Direktifi*. Bu Direktif daha sonra 97/52/EEC sayılı (OJEU, L328, 13.10.1997) Direktif ile değiştirilmiştir.

¹⁹ Buz, **a.g.e.**, s.42.

²⁰ 90/351/EEC sayılı eski Utilities Direktifinin yerini almıştır. Bu yeni Direktif; su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektöründe yer alan kuruluşlara ilişkin ihaleleri düzenlemektedir. Bir önceki direktifte yer alan telekomünikasyon sektörü yeni direktifte kapsam dışında bırakılırken, bu sektöre dair ihaleler yeni Direktifin uygulama alanına dâhil edilmemiştir.

²¹ Bu konsolide Direktif, klasik sektörler de denilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ayrı ayrı düzenlenen üç eski direktifi (92/50/EEC, 93/36/EEC ve 93/37/EEC) tek bir direktif halinde düzenlemiştir.

²² Direktiflerin üye devlet hukuklarında doğrudan uygulanmadığı gerçeğine rağmen bu durum, üye devletlerin kamu alım kuruluşlarının direktif kurallarını takip etmek zorunda olmadığı anlamına gelmez. AB hukukunun *doğrudan etki ilkesi* temelinde, uygulanması için verilen süre limiti doluncaya

rağmen, orijinal direktiflerdeki aynı temel yaklaşımı izlemektedir. Ayrıca, elektronik alım gibi yeni konularla ilgili hükümler içermektedir.²³ 2004/18/EC sayılı Direktif, klasik sektör olarak da adlandırılan, devlet ve belediye işletmelerinin yanı sıra bakanlıklar, merkezi yönetim ve belediye idareleri gibi birçok ihale makamını kapsar. 2004/17/EC sayılı Direktif, utilities (altyapı) sektörü olarak da adlandırılan su arıtımı, enerji, liman yönetimi ve hava limanı tesisleri gibi spesifik alanlarda işlem yürüten kamu kurumlarına ilişkindir.²⁴

Avrupa kurumlarının 2004/17 ve 2004/18 sayılı Direktifleri kabulü ile kamu alımı ve kamu alım sözleşmelerine ilişkin hukukun rasyonelleştirilmesi ve basitleştirilmesi yönünde önemli bir adım atılmıştır, fakat bu hedeflere tümüyle ulaşıldığı söylenemez. Nitekim, hem Komisyon hem de AP yakın zamanda söz konusu hukukun modernizasyonu ve basitleştirilmesi için bu alanlarda yeni bir müdahalenin gerekliliğini vurgulamışlardır. Bu konuda, Komisyon'un 27 Ocak 2011 tarihinde Yeşil Kitabı kabul etmesi önemli bir gelişmedir. Belgenin hedefi, Avrupa politikalarının daha geniş ölçekte yaygınlığını sağlamak adına bunların kullanımını mümkün kılmak ve ihale karar işlemlerini daha esnek hâle getirmek amacıyla kamu alımı hukukunu güncellemek olmuştur.²⁵ Bu çerçevede, klasik sektörlerdeki alımları düzenleyen 2004/18/EC sayılı temel Direktif, 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/24/EU sayılı yeni Direktif²⁶ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı şekilde, istisna sektörlerindeki alımları düzenleyen 2004/17/EC sayılı Direktif de, 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/25/EU sayılı yeni Direktif²⁷ ile yürürlükten kaldırılmıştır. AB, 2014 yılındaki bu revizyon metinlerinin yanında, iki yeni direktifi de kamu alım mevzuatına dâhil etmiştir: İmtiyaz sözleşmelerinin ihale edilmesine ilişkin olarak 26

kadar direktif hükümlerine uyulmalıdır ve bu hükümler, uygulanmaya konulmamış olsa bile, her durumda net, kesin ve koşulsuz olarak zorunlu olabilmektedir. Arrowsmith, **a.g.m.**, s.258.

²³ Arrowsmith, **a.g.m.**, s.258.

²⁴ Tiziana Bianchi, Valentina Guidi, **The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems Across the PPN**, Roma, Authority for the Supervision of Public Contracts Department for the co-ordination of European Union Policies, PPN Presidency, December 2010, s.XI.

²⁵ Andrea Mozatti, Giorgia Afferni, "Recent Developments in the European Law of Public Contracts" **ERCL**, 04.2011, s.552.

²⁶ 28 Mart 2014 tarihli OJEU, L 94/65-242. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2014:094:FULL&from=EN>, 12 Kasım 2014.

²⁷ 28 Mart 2014 tarihli OJEU, L 94/243-374. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2014:094:FULL&from=EN>, 12 Kasım 2014.

Şubat 2014 tarih ve 2014/23/EU sayılı Direktif²⁸ ile mevsimlik işçi olarak istihdam amacıyla üçüncü ülke vatandaşlarının giriş ve kalma koşullarını düzenleyen 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/36/EU sayılı Direktif.²⁹

AB kamu alım mevzuatında görülen bu düzenlemelerin bir nedeni olarak, yakın zamanda Lizbon Antlaşması ile resmîleşen AB'nin yetkilerindeki genişlemenin bir sonucu olarak Avrupa kamu alımı hukukunun giderek yeni boyutlar kazanması gösterilebilir. Avrupa kurumları tarafından düşünülen revizyon çabalarının gerçek nedeni ise, 2004/17 ve 2004/18 sayılı Direktiflerin eskidiği ve kullanılamaz olduğu kanaatinin artmasıdır.³⁰ Bununla birlikte, kamu alımına, Avrupa 2020 stratejisinde de anahtar bir rol yüklenmiştir. 3 Mart 2010 tarihinde *akıllı, sürdürülebilir ve kapsayıcı bir büyüme için Avrupa 2020 stratejisi* başlıklı Komisyon Bildiriminde, kamu alımı, kamu fonlarının en verimli şekilde kullanılmasını sağlarken akıllı, sürdürülebilir ve kapsayıcı büyüme için piyasa temelli araçlardan biri olarak kullanılacağı öngörülmüştür. Bu amaçla, kamu alım kurallarının kabul edilmesi söz konusu olmuştur. Yeni direktif düzenlemeleri ile küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ) katılımının kolaylaştırmak, kamu harcamalarının etkinliğini artırmak ve ortak toplumsal hedefleri desteklemek için kamu alımlarının modernize edilmesine ihtiyaç duyulmuştur.³¹

Avrupa kamu alımı hukuku kapsamında bahsedilmesi gereken ve özel bir alanı düzenleyen bir düzenleme de 2009/81/EC sayılı Direktiftir. Direktif, savunma ve güvenlik alımı konularında, yapım ve hizmet dâhil silah, cephane ve savaş malzemelerinin alımına ilişkin kurallar getirmek amacıyla, 2009 yılında özel bir

²⁸ 28 Mart 2014 tarihli OJEU, L 94/1-64. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2014:094:FULL&from=EN>, 12 Kasım 2014. Direktif, değeri AB eşik değerlerinin üzerinde olan kamu alım sözleşmeleri ile yapım işi imtiyazlarını kapsar. Bu itibarla, 2014/23/EU sayılı AB İmtiyazlar Direktifi, 5.186.000 Avroluk AB mali eşik değerinin üzerinde kalan yapım işi imtiyazlarını ve hizmet imtiyazlarını düzenlemektedir. Yapım işi imtiyazları, ödemelerle ilgili farklılıkların dışında, aynen yapım işi sözleşmeleri gibi tanımlanmaktadır. Yapım işi imtiyaz sözleşmesi kapsamında müteşebbise yapılan ödeme ya i) yapım işlerini kullanma hakkı ya da ii) kullanma hakkı ile birlikte ödeme şeklinde gerçekleşir. Riskin transferi de önemli bir unsurdur. Yapım işi imtiyazları Direktifin sınırlı sayıda hükmüne tabidir. Hizmet imtiyazları da yapım işi imtiyazları gibi tanımlanmaktadır ancak direktif hükümlerinden tamamen muaftır. Direktifte belirtilen eşik değerlerin altında kalan yapım işi imtiyazları ile hizmet imtiyazları ihaleye sınır ötesi katılım söz konusu olduğunda Antlaşma ilkelerine tabidir. SİGMA, **a.g.e.**, s.19.

²⁹ 28 Mart 2014 tarihli OJEU, L 94/375-390. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2014:094:FULL&from=EN>, 12 Kasım 2014.

³⁰ Mozzati , Afferini, **a.g.m.**, s.553.

³¹ 2014/24/EU sayılı Direktif, L 94/65 (2), (23 Mart 2014 tarihli OJEU).

düzenleme olarak yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme, askeri olmayan güvenlik gerekçeli hassas mal, yapım ve hizmet alımları için de geçerlidir. Bu alımlarda istihbarat güvenliği, güvenliğin sağlanması ve işlemlerde gerekli esnekliğin gösterilmesi gibi özel gereksinimlerin göz önünde bulundurulduğu; savunma ve güvenlik alanlarında hassas kamu alımları için ihalenin verilebilmesini uygun hâle getiren yeni bir Avrupa mevzuat çerçevesi oluşturulması amaçlanmıştır.³²

c. Yeni Kamu Alım Direktiflerinde Öne Çıkan Hususlar ve Sözleşmenin İfasına İlişkin Hükümler

15 Ocak 2014 tarihinde, AP, büyük ölçüde AB'nin tüm üye devletlerinde kamu alımlarını modernize eden, biri yeni olmak üzere üç direktif kabul etmiştir. Bu yeni direktifler ile on yıldır yürürlükte kalan önceki direktifler yürürlükten kaldırılmıştır. Bu on yılda ortaya çıkan sorunlar ve sürdürülebilir kalkınma zorlukları kamu politikaları için çok önemli hâle gelmiştir. Bu bakımdan, yeni direktif hükümleri; akıllı, sürdürülebilir ve kapsayıcı bir büyüme adına, Avrupa 2020 stratejisi ile tutarlı bir görünüm vermektedir. Bununla birlikte, yeni direktiflerde inovasyon, kamu alımlarının bir hedefi olarak belirirken; sürdürülebilir kalkınma, kamu alımları reformunun adeta omurgasını teşkil etmektedir. Öyleki, kamu alımları direktiflerinin, sürdürülebilir kalkınma terimi üzerine inşa edildiği söylenebilir.³³

2014/24/EU ve 2014/25/EU sayılı Direktiflerin 4'üncü bölümü "Sözleşmenin ifası" başlığını taşımakta olup, idarelere sözleşmenin ifasına ilişkin özel koşullar koyma özgürlüğü tanımaktadır. Sözleşmenin ifa koşullarını düzenleyen Direktif maddesine göre, idareler (ihale makamı) sözleşmenin ifasıyla ilgili olarak, sözleşme konusuyla bağlantılı, ihale ilanı veya şartnamelerde belirtilmesi kaydıyla özel şartlar öngörebilir. Bu koşullar; ekonomik, sosyal, çevresel, inovasyon ve istihdamla ilgili hususları içerebilir (2014/24/EU m.70 - 2014/25/EU m.87).

Sözleşmenin ifasında önemli bir konu olan alt yüklenici, önceki direktiflere göre yeni direktiflerde daha detaylı düzenlenmiştir. İhale dokümanında ihale

³² Mozzati, Afferini, **a.g.m.**, s.553.

³³ EFCA (European Federation of Engineering Consultancy Associations), "Issues on implementation of the new directive on public procurement (2014/24/EU)", Mayıs 2014, s.1. (Çevrimiçi) http://www.efcanet.org/Portals/EFCA/ELOKET/12866/Issues%20on%20implementation_Directive%202014-24_May%202014.pdf, 21 Kasım 2014.

makamı, kendiliğinden veya bir üye devletin zorunlu kılması üzerine, istekliden işin, alt yüklenicilik yoluyla üçüncü kişilere vermeyi amaçladığı kısımlarını ve önerilen her alt yükleniciyi teklifinde belirtmesini isteyebilir (2014/24/EU m.71/2 - 2014/25/EU m.88/2). Yeni direktiflerde, alt yüklenici konusu etraflıca düzenlenmiş olup, ödemeler dâhil bir dizi hak ve yükümlülüklerin gözetilmesi yanında birtakım görev ve sorumluluklara yer verilmiştir.

Yeni direktiflerde yeni olan ve öne çıkan önemli düzenlemelerden biri de sözleşmelerde değişiklik konusudur. Direktifler, sözleşmenin genel doğasını baştanbaşa değiştirmedeği sürece, bazı durumlarda sözleşmelerin değiştirilebileceğini öngörmektedir (2014/24/EU m.72/1 - 2014/25/EU m.89/1). Değişiklikler, başlangıçtaki ihale dokümanında açık, kesin ve anlaşılır hükümlerle öngörülmüş olmalıdır. Sözleşmenin parasal değerine bakılmaksızın bu değişiklikler şunları içerebilir: Fiyat farkı hükümleri veya ilave iş seçenekleri.

Bir değişikliğin hangi durumlarda “önemli” addedileceği de direktiflerde belirtilmiştir. Bu durumlar şunlardır: Değişikliğin, ihale sürecinin başında belirtilmiş olsaydı, ilk etapta değerlendirmeye alınanlardan farklı isteklilerin değerlendirmeye alınmasına veya ilk etapta kabul edilenden farklı bir teklifin kabul edilmesine neden olabilecek koşullar getirmesi; ekonomik dengeyi ana sözleşmenin şartlarında öngörülmeyen bir biçimde yüklenici lehine çevirmesi; sözleşmenin kapsamını ilk etapta kapsama girmeyen hizmetleri de içine alacak şekilde önemli ölçüde genişletmesi (2014/24/EU m.72/4 - 2014/25/EU m.89/4).

Önceki direktiflerde olmayan yeni bir düzenleme de sözleşmelerin feshedilmesidir. Üye devletler idarelere, en azından aşağıdaki koşullarda ve yürürlükteki ulusal hukuk tarafından belirlenen şartlarda, bir kamu sözleşmesini feshetme imkânını sağlayacaktır. Direktiflerde yer alan ve sözleşmenin feshine olanak tanıyan koşullar şunlardır: a) Sözleşme, madde 72 (2014/25/EU m.89) uyarınca yeni bir ihale prosedürünü gerektirecek önemli bir değişiklik durumunda; b) Yüklenicinin ihale aşamasında madde 57/1'de belirtilen durumlardan birini bulundurması ve bu nedenle ihale prosedürünün dışında kalması gerektiği durumlarda; c) ABİİA'nın 258'inci maddesi uyarınca ABAD tarafından kabul edilen bir usulde Direktif ve Antlaşmaların yükümlülüklerinden birinin ciddi ihlalden

dolayı yükleniciye sözleşmenin verilmemesi durumunda (2014/24/EU m.73 - 2014/25/EU m.89).

2. AB Kamu Alımları İhtilaf Direktifleri

AB müktesebatında,³⁴ sadece ihale esasları ve ihalede takip edilmesi gereken usulleri belirleyen ve yukarıda izah edilen direktiflerin çıkarılması ile yetinilmemiş, ayrıca ihaleye katılacak kişi ve kurumların haklarını korumak üzere, ihtilafların çözümüne (itiraz ve şikâyet başvurularına) ilişkin iki direktif çıkarılmıştır. Bir başka anlatımla, ihtilaf çözümüyle ilgili AB yasal çerçevesi bu iki direktifle belirlenmiştir. 21 Aralık 1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı Direktif, mal, hizmet ve yapım işlerine (klasik sektörler); 25 Şubat 1992 tarih ve 92/13/EEC sayılı Direktif ise su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetlerine (istisnai sektörler) ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Bu direktiflerin her ikisi de 2007/66 sayılı direktifle değişikliğe uğratılmıştır. İhtilaf Direktifleri olarak da ifade edilen bu direktifler, üye devletleri ihale usullerine uyulmasını denetleyecek bir mekanizma oluşturmakla yükümlü kılmaktadır.³⁵ Bu yükümlülük sadece üye devletler için değil, üyelik süreci devam eden devletler için de gözetilmesi gereken bir husustur. AB Komisyonu'nun Türkiye İlerleme Raporlarında, kamu alımı bölümünde altını çizdiği önemli eleştirilerden biri, Türk kamu alım mevzuatında ihtilaf direktifindeki düzenlemelerin benzeri bir şikâyet prosedürünün bulunmayışıdır. Hemen hemen her raporda yinelenen bu eleştiriye, henüz bir yasal düzenleme getirilerek cevap verilmiş değildir.³⁶

³⁴ AB Müktesebatı, AB Hukuk sistemine verilen addır. Yaklaşık 120 bin sayfadan oluşmaktadır. AB'yi kuran ve daha sonra değişikliğe uğrayan antlaşmaları, aday devletlerin AB'ye katılırken imzaladıkları katılım antlaşmalarını, Konsey, Komisyon, ABAD gibi topluluk organlarının çıkardıkları tüm mevzuatı, yardımcı hukuk kaynaklarında (tüzük, karar, yönerge vs.) yer alan kural ve kurumlar bütünü ifade etmektedir. (Çevrimiçi) <http://www.abgs.gov.tr/tarama/Ozet.htm>, 14 Eylül 2012.

³⁵ Buz, a.g.e., s.43.

³⁶ Daha detaylı bir değerlendirme için bkz.: Muzaffer Akdoğan, "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, ss.683-703. Bu eleştiri haklı olarak yapılmaktadır. Çalışma içinde de tartışılacağı üzere, kamu alımlarında sözleşme öncesinde idari işlemlerden dolayı ortaya çıkan anlaşmazlıkların ivedilikle çözülmesi bu şikâyet prosedürünün iç hukuka aktarılması ile alakalı bir durumdur. Sözleşmenin imzalanmasından sonra idari yargıya taşınan şikâyet ve anlaşmazlık konularında hak arayışı, sonuca etkili bir netice vermemekte ve hak kaybına neden olmaktadır. Bu itibarla, ihtilaf direktifinin Türk kamu alım mevzuatına aktarımı önemli bir husustur.

Kamu alım hükümleri çerçevesinde ulusal inceleme prosedürlerinin etkililiğini artırmak için, Kamu Alımı İhtilaf Direktifleri (89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı Direktifler) gözden geçirilerek yenilenmiştir. İhtilafların çözümüne yönelik 11 Aralık 2007 tarih ve 2007/66/EC sayılı Direktif, her iki direktifte de köklü değişiklikler getirmiştir.³⁷ 2007/66/EC sayılı Direktif ile revize edilen kamu alımı ihtilaf direktifleri, ihalenin haksız ve adaletsiz bir şekilde sonuçlandığını düşünen teklif sahiplerinin (isteklilerin) tazminat talebini düzenlemek amacıyla açık ve etkili prosedürlerle kurallar getirmiştir. Direktifin getirdiği hükümler, değerlendirme dışı kalan isteklilere zamanında etkili bir inceleme işlemi başlatmaları için fırsat vermektedir. Adil olmayan ihale kararları ve hatta AB kamu alım hukukunun çok ciddi ihlal edildiğinin düşünüldüğü doğrudan mevzuata aykırı ihale hükümleri bu sayede zamanında düzeltilebilmektedir.³⁸

Kamu alım ihaleleri alanında AB'nin müdahale alanlarının genişletilmesinin bir başka kanıtı olarak, Avrupa kurumlarının sadece ihale verme işlemlerini değil aynı zamanda kamu sözleşmelerinin performansını (sözleşmede değişiklik, altyüklenici, vb.) aleni bir şekilde yönetme eğilimi içinde olması gösterilebilir.³⁹ Ayrıca, ihtilaf ve yargı işlemlerini düzenleyen 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı Direktifler, 2007/66/EC sayılı Direktifle konsolide edilmesi sonucunda bu yeni Direktif, üye devletler için hukuk yollarının ve usul kurallarının bağlayıcı olmasına ve neredeyse bütünüyle bir kamu alımı ihtilafları inceleme setinin benimsenmesine yol açmıştır.⁴⁰ Genelde, ihtilaf direktiflerinin getirdiği yükümlülüklerle müdahale etmedikleri müddetçe, yargı sürecine katılma ve temsil edilmeye ilişkin ulusal mevzuat uygulanmaktadır. İhtilaf direktifleri üye devletlerin üç tür ihtilaf çözüm mekanizmasını hazır bulundurmasını gerektirir: Geçici tedbirler, kararın iptali ve zararların tazmini. Dolayısıyla, kamu alımlarına ilişkin direktifler, ihtilaf direktifleri tarafından, mevzuata aykırı alınan kararların iptali sağlanarak ve ihlallerden dolayı

³⁷ Kadir Akbulut, "Kamu Alımlarına İlişkin Avrupa Topluluğu İhtilaf Direktifleri", (Çevrimiçi) <http://fenafil.com/2008/09/19/kamu-alimlarina-iliskin-avrupa-toplulugu-ihtilaf-direktifleri/>, 05 Kasım 2012.

³⁸ Bianchi, Guidi, **a.g.e.**, s.XII.

³⁹ Ulusal inceleme ve ihtilaf çözümü sisteminin başlıca amacı, idareler tarafından alınan kararlar sonucu ortaya çıkabilecek ihtilaflara karşı hızlı ve etkin çözümlerin hazır bulunmasını sağlamaktır, ancak bu amaç sadece ihale süreci boyunca değil, sözleşme imzalandıktan sonra da geçerliliğini sürdürmektedir. SİGMA, **a.g.e.**, s.135-136.

⁴⁰ Mozzati, Afferini, **a.g.m.**, s.553.

zarar gören kişilere tazminat hakkı ve geçici tedbir imkânı sunularak desteklenmektedir.⁴¹

İhtilaf direktiflerinde usule ilişkin bazı kurallar belirlense de bu kuralların ayrıntılarına ulusal mevzuatta değinilmektedir. Bir başka anlatımla, ihtilaf çözümü mekanizmalarının türlerine ilişkin detaylı hükümler genellikle ulusal mevzuata tabidir. Ulusal seviyede ihtilaf çözümü için belirlenen bütün usuller:

- Açık, net ve anlaşılır olmalıdır;
- Bir ihaleye özellikle milliyet nedeniyle ayrımcılığa uğramaksızın katılmak isteyen bütün isteklilerin erişimine açık olmalıdır;
- İsteklilerin ve/veya idarelerin neden olduğu veya olabileceği hukuka aykırı hususların düzeltilmesi veya engellenmesini etkin bir şekilde sağlamalıdır.

AB üye devletleri, ihtilaf çözümü direktiflerinin uygulanmasında, ayrımcılık yapmama, etkinlik ve şeffaflık gibi genel ilkeleri gözetmekle yükümlüdür. Bu ilkeler aynı zamanda üye devletlerdeki inceleme kurumları ve ihale gerçekleştiren idareler tarafından da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, ihtilaf çözüm mekanizmaları: Şu an veya geçmişte belli bir alım sözleşmesinin kazanılmasında doğrudan çıkarı bulunan ve kamu ihale kurallarının sözde ihlali nedeniyle zarara uğramış veya zarara uğrama riskine maruz kalan tüm isteklilere açık olması gerekir.⁴²

a. İhtilaf Direktiflerinin Amacı

AB Kamu Alımları Direktifleri, kamu alımlarının Avrupa çapında rekabete açık olmasının sağlanmasını ve herhangi bir üye devlet içindeki isteklilere ve hizmet sunuculara ihalelere katılmak ve sözleşme yapmaya hak kazanmak konusunda eşit fırsat tanınmasını genel olarak amaçlamaktadır. Bu bakımdan ihtilaf direktifleri, *Ortak Pazar Programı*'nın önemli bir parçasını oluşturmaktadır.⁴³ İhtilaf direktiflerinin asıl amacı ise, ihalelerin gerçekleştirilmesi sırasında meydana gelen usulsüzlüklere karşı bir an önce itiraz başvurularının yapılması ve usulsüzlüğün giderilmesini sağlamaktır.

⁴¹ SIGMA, **a.g.e.**, s.135.

⁴² SIGMA, "İhtilaf Çözümleri", Kamu Alımları Politikası 12. Bilgi Notu, Ocak 2011, s.2. (Çevrimiçi) http://www.sigmaxweb.org/publications/Remedies_Public_Procurement_2011.pdf, 19 Kasım 2014.

⁴³ SIGMA Rapor No:30, "Kamu Alımları İnceleme Usulleri", Çev. Pelin Kuzey, **OECD**, 2000, s.3.

İnceleme sistemlerinin şekillenmesinde önemli bir rol oynayan İhtilaf Direktifleri için kısaca üç amaçtan söz edilebilir:

1. Kamu alımlarını düzenleyen yasaların etkin bir şekilde uygulanması: Mal ve hizmet alımları konusundaki AB direktiflerinin ulusal hukuklara aktarılmasının ardından anlaşılmıştır ki her üye devlette etkin bir kontrol sistemi oluşturulmadığı takdirde kamu alımlarına ilişkin direktifler pekâlâ etkisiz kalabilmektedir. AB direktifleri, sözleşmede öngörülen mal ve hizmetlerin sağlanmasında yüklenicilerin gösterdikleri performansa ilişkin olarak doğabilecek sorunlarla ilgilenmez. Odak noktası, kamu alım usullerine uygunluktur.

2. İnceleme sistemini harekete geçirecek girişimin, kamu alımlarına ilişkin AB ilkelerine riayet edilmesinde doğrudan çıkarı bulunan en az iki oyuncuya bırakılması:

- AB direktiflerine tabi olan kamu alım sözleşmelerine taraf olabilecek şirketler (İhale sürecinden haksız bir şekilde dışlanan bir şirket, direktiflerin uygulanmasında doğrudan bir çıkarı olduğunu düşünüyorsa, inceleme sürecini harekete geçirebilir. Ekonomik aktörlerin kamu alımlarına katılabilme hususunda sahip oldukları haklarını savunabilmeleri, ekonomik demokrasinin fiiliyattaki bir örneğidir.),
- Direktiflerin tam olarak uygulanmasını gözetmekle görevli olan Avrupa Komisyonu.

3. Karar yetkisinin idareden bağımsız bir denetim organına verilmesi ve özellikle inceleme faaliyetinin bir mahkemeye bırakılması.⁴⁴

b. İhtilaf Direktiflerinin Özel Nitelikleri

Bir ihale süreci çoğunlukla bir alım sözleşmesinin imzalanmasıyla sonuçlanır. Böylece sözleşmeciler, ihtilafların çözümüne ilişkin usullerin kapsamı dışında kalan hak ve yükümlülüklerle sahip olurlar.

Pek çok üye devlette kamu alım sözleşmeleri, imzalandıktan sonra taraflar açısından bağlayıcı hâle gelir ve imzadan önceki kimi işlemler kanuna uygun olmasa da artık tartışma konusu yapılmaz. Bu nedenle ihtilaf direktifleriyle, alım

⁴⁴ 30 No'lu SIGMA Raporu, s.5.

sözleşmeleri imzalanmadan önce müdahale edebilen ve aşağıdaki nitelikleri haiz bir inceleme mekanizmasının üye devletlerde tesisi gerekli görülmüştür. Bu tip bir sistemde;

- İhale sürecini durduracak geçici önlemler alınabilmelidir,
- Kararlar, ihale sürecindeki kesintilerin minimum düzeyde tutulması amacıyla hızlı şekilde verilebilmelidir,
- Kanuna aykırı işlem ve eylemler, ihale sürecinin AB Direktiflerine uygun şekilde devam etmesi ve usulsüzlüklerin ortadan kaldırılabilmesi amacıyla düzeltilebilmelidir.

Bu nedenle AB düzenlemeleri, yasaya aykırılığı düzeltme yetkisinin, gücünü AT Antlaşması'nın 234'üncü maddesinden⁴⁵ alan ve ihaleyi açan kurum ve onun bağlı olduğu organdan bağımsız durumdaki mahkemelere ait olması üzerine odaklanmıştır.⁴⁶

c. Yeni İhtilaf Direktifi İle Sözleşmeye İlişkin Getirilen Düzenlemeler

2007/66/EC sayılı Direktifin gerekçesinde; ihalelerde ortaya çıkan ihtilaflar sözleşme imzalanmadan önce kısa sürede ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturacak bağımsız idari otoritenin kurulması, sözleşme imzalanmadan önce aday veya isteklinin başvuru yollarını kullanabilmesini teminen minimum bekleme süresinin öngörülmesi, bekleme sürelerine uyulmaması hâlinde sözleşmelerin geçersiz sayılması gibi hususlar özellikle vurgulanmıştır.

(1) Bekleme Süresi

Direktifle getiren en önemli yeniliklerden bir tanesi minimum bekleme süresidir. Bu süre içerisinde ihale işlemleri kendiliğinden geçici olarak askıya alındığından idarece sözleşme imzalanamamaktadır. Bu yeni düzenleme öncesinde, Birlik üyesi devletlerin kamu alım uygulamalarında, sözleşmelerin imzalanmasında görülen aceleci tutum nedeniyle sorunlar yaşanmıştır. AB Komisyonu tarafından

⁴⁵ Ön karar prosedürünü düzenleyen Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın (ABİİA) 267'inci maddesine karşılık gelmektedir.

⁴⁶ 30 No'lu SIGMA Raporu, s.5-6.

kamu alımı alanındaki ihtilaflara ilişkin hazırlanan *Etki Değerlendirme Raporu*⁴⁷nda bu konunun altı önemle çizilmiştir.⁴⁸

Söz konusu raporda sözleşme bekleme süresine ilişkin üç somut probleme dikkat çekilmiştir. Bunlar:

1. Kesinleşen ihale kararının duyurulması ile sözleşmenin imzalanması arasında zaman sınırlaması/bekleme süresi olmaması,⁴⁹
2. Mağdur olan isteklinin herhangi bir hukuki itiraza gitmeden önce ihaleyi yapan idareye bildirme zorunluluğunun bulunması,
3. Sorumlu inceleme organının, ihtilaf konusu eylemden dolayı sözleşme imzalanıncaya kadar, sözleşmenin imzalanmasının askıya alınması için bir emir verme zamanına sahip olmamasıdır.⁵⁰

İhtilaf direktiflerinin kapsamına giren birçok ihalede, idareler, isteklilere ve/veya adaylara ihale sonucunu yazılı olarak bildirmek zorundadır. İhaleyi kazanan istekli ile sözleşmeyi imzalamadan önce idarenin en az on gün beklemesi gerekmektedir. Direktife göre minimum bekleme süresi, kullanılan iletişim aracına ve devletlerin kendi ulusal mevzuatlarına göre değişiklik gösterebilir. Üye devletler, direktifte öngörülen asgari sürelerin üstünde minimum bekleme süresi öngörebilirler, ancak öngörülen sürelerin altında minimum bekleme süresi düzenleyemezler. Minimum bekleme süresi, aday veya istekliye kesinleşen ihale kararının faks veya elektronik araçlarla gönderilmesi hâlinde on gün, diğer iletişim araçlarıyla gönderilmesi hâlinde on beş gün veya kararın tebliğinden itibaren on gündür. Bu süreler, kararın muhataba gönderildiği veya tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu bekleme süresi zarfında, ilgili istekliler ve/veya adaylar ihale sonucuna

⁴⁷ Impact Assessment Report-Remedies in the Field of Public Procurement, European Commission, COM/2006/195, 4.5.2006.

⁴⁸ Constant De Koninck, Peter Flamey, **European Public Procurement Law Part II – Remedies**, Wolters Kluwer, 2009, s.5.

⁴⁹ Bu problemin tespitinde, Alcatel (case C-81/98) ve Commission vs. Austria (case C-212/02) davaları yol gösterici olmuştur. İhale sonucunun duyurulması ile sözleşmenin imzalanması arasında makul bir zaman süresinin olması gereğine işaret eden AB Adalet Divanı, kamu alım direktifleri kapsamı içinde tümüyle etkili bekleme süresini (standstill period) belirleyen hükümlerin birçok üye devlette bulunmadığı, bütün üye devletlerde dikkate alınmadığını ortaya koymuştur. Komisyonun Etki Değerlendirme Raporu'nda bu sorun ele alınmış ve 2007/66/EC sayılı Direktif'te çözüme kavuşturulmuştur.

⁵⁰ Koninck, Flamey, **a.g.e.**, s.5-6.

ilişkin kararın incelenmesi için başvuru yapabilir. Geçici tedbir talebinde bulunabilecekleri gibi, ihale sonuç kararının iptali için de başvuru yapabilirler.⁵¹

Bekleme süresi içerisinde ihaleyi yapan idareye veya özerk idari otoriteye veya yargı merciine herhangi bir şikâyet olmuşsa, bekleme süresi bağımsız idari otorite veya yargı merci tarafından sözleşmenin imzalanabileceği yönünde karar verilmesine veya şikâyetin sona erdirilerek sonuçlandırılmasına kadar uzayabilecektir. İhale işlemlerine karşı bir şikâyet başvurusu olması hâlinde minimum bekleme süresinin otomatik olarak uzadığını söylemek mümkündür.

(2) Sözleşmenin Geçersizliği

Sözleşmenin geçersizliği iddiası istisnai bir başvuru yöntemi olarak; (1) İhale sonuç ilanının Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanmasından itibaren otuz gün içerisinde, (2) her halükârda sözleşmenin imzalanmasından itibaren altı ay içerisinde ileri sürülebilir.

Direktifte sözleşmenin geçersizliğine veya alternatif cezaların uygulanmasına karar verme yetkisinin özerk idari otorite dışında yargı merciine⁵² de verilebileceği öngörülmektedir. Burada uyulması gereken esas kural, sözleşmenin geçersizliğine veya alternatif cezaların uygulanmasına karar verecek merciin aynı merci olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin geçersizliğine karar verecek olan merciinin, geçersiz bir sözleşme imzalayan idare hakkında uygulanması gereken alternatif cezaya da hükmetmesi gerekir.

Başvuru sürelerinin dışında istisnai başvuru yöntemine göre bir inceleme başlatılması durumunda inceleme merciinin yetkisi (bu aşamada ihalenin veya sözleşmenin iptaline karar verilmesi mümkün olmadığından), ihlal nedeniyle zarara uğrayan kişinin zarar ve ziyanının tazminine, sözleşmenin geçersizliğine veya idari para cezası uygulanmasına karar vermekle sınırlıdır. Özerk idari otoritenin yargısal niteliği haiz olup olmaması, ihtilafın değerlendirilmesi sırasında ABAD'a ön

⁵¹ SİGMA, a.g.e., s.135.

⁵² ABAD'ın C-54/96 *Dorcsch ve C-178/99 C-178/99 Saltzmann* kararlarına göre bir organın Antlaşmanın 234 üncü maddesi anlamında yargısal niteliğe sahip olabilmesi için aşağıdaki niteliğe sahip olması gerekir: (a) Organ kanunla kurulmuş olmalı (b) Organ daimi olmalı (c) Organın kararları taraflar için bağlayıcı olmalı (d) Taraflar arasında uygulanacak usul hükümleri bulunmalı (e) Organ hukuk kurallarını uygulamalı (f) Organ bağımsız olmalı.

inceleme başvurusunda bulunulabilmesi bakımından önemlidir. Çünkü, incelenmekte olan bir ihtilafta topluluk hukukunun yorumlanması konusunda tereddüt oluşması hâlinde, yalnızca yerel mahkemelerce veya yargısal niteliği haiz kuruluşlarca topluluk hukukunun yorumlanması için doğrudan ABAD'a başvuruda bulunulabilmektedir.⁵³

İlan yapılması gereken hâllerde ilanın yapılmaması, minimum bekleme sürelerine uyulmadan sözleşmenin imzalanması, ihale sürecinin durdurulması kararına rağmen idarece sözleşmenin imzalanması, ileri sürülen hukuka aykırılığın başvuru sahibinin ihaleyi alma şansını ortadan kaldırması hâllerinde sözleşme geçersiz kılınabilecektir. Ancak, genel kamu menfaatinin ağır bastığı durumlarda sözleşmenin geçersiz sayılması yerine alternatif cezaların uygulanmasına karar verilebilir. Sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesi tek başına bir yaptırım olmadığından, sözleşmenin geçersizliğine karar verilen hâllerde alternatif cezaların da uygulanmasına karar verilmelidir. Alternatif cezalar etkin, orantılı ve caydırıcı olmak zorundadır. Alternatif cezalar, idareye para cezası şeklinde olabileceği gibi ihale süresinin kısaltılması şeklinde de olabilir. Bununla birlikte, başvuru sahibinin zarar ve ziyanının tazminine karar verilmesi alternatif ceza olarak nitelendirilemez.⁵⁴

d. Üye Devletlerin İhtilaf Direktiflerini Yüklenmesi

Bugün, kamu alım sözleşmesi yapmak isteyen tüm Avrupalı işletmeler arasında etkin rekabetin sağlanması amacıyla, kamu alımlarının sonuçlandırılması kurallarını içeren AB direktifleri bulunmaktadır.⁵⁵ Başka bir anlatımla, Avrupa'daki kamu alım ihaleleri AB direktiflerine uygun yapılmak zorundadır. Ayrıca, üye devletler, sözleşme hazırlık aşamasındaki ihale sürecinde vuku bulan ihtilafların çözümüne ilişkin düzenlemelerini AB direktiflerine uygun şekilde yapmalıdırlar. Bununla birlikte, kendi yasal sistemlerini de göz önünde tutarak, ihtilafların çözümünde takip edecekleri yolu saptamada özgürdürler. Bundan dolayıdır ki, kamu alım ihalelerine karşı başvuru yolları, her üye devletin idari ve/veya yargı düzenine

⁵³ Akbulut, **a.g.m.**

⁵⁴ **A.e.**

⁵⁵ Michel Fromont, **Droit Administratif des États Européens**, Puf, 2006, s.303.

bağlı olarak tek tip olmayıp; çeşitlilik göstermekte, değişik yapı ve biçimlerde meydana gelmektedir.

İhtilaf Direktifleri, üye devletler açısından temel olarak iki zorunluluk getirmektedir:

- a. Kamu alımlarında doğabilecek ihtilafların çözümüne ilişkin ulusal düzenlemelerin, AB'nin bu konudaki direktiflerinin gereklerini karşılayacak şekilde hazırlanıp uygulanması,
- b. İnceleme organlarının kurulması.

Ayrıca bir diğer önemli nokta, kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrım, kamu alımlarından kaynaklanan ihtilafların çözümüne ilişkin sistem üzerinde temel bir etkiye sahiptir. Bu sistem, birbirine paralel iki yol içermektedir:

1. İhale süreci devam ederken, yasalara aykırı olduğu iddia edilen bir işlemin iptali için idari yargı organlarına başvuru olanağı tanınması,
2. Kanuna uygun olmayan bir fiil ya da karar sonucu mağdur duruma düşen istekliye, uğradığı zararın tazmini için adli yargıya başvuru olanağı tanınması.⁵⁶

Bu çerçevede bazı AB üyesi devletlerde, kamu alım ihalelerine ilişkin başvuru denetiminin ana hatları ile incelenmesi faydalı olacaktır. *Almanya*'da, kamu alım sözleşmeleri ve ihale işlemlerine ilişkin ihtilaflar hukuk mahkemeleri ile Vergabepflichtstelle⁵⁷ denilen inceleme birimlerinde görülmektedir.⁵⁸ *Belçika*'da, ikili bir yargı sistemi olup, şikâyet mekanizması yargı yerleri tarafından yürütülmektedir. İstekli, ihaleden haksız yere değerlendirme dışı bırakılmışsa ve idarenin bu işleminden dolayı zarara uğramışsa, bu zararın talebi genel hukuk mahkemelerinde mümkündür. Şayet istekli bir ihaleye katılmamışsa ya da ihalede yapılan bir işlemin düzeltilmesini istiyorsa, idari yargı yeri olan Council of State'de talebini

⁵⁶ 30 No'lu SIGMA Raporu, s.5.

⁵⁷ Kamu alım ihalelerini incelemekten sorumlu kamu otoritesi. Kelimenin sözlük karşılığına bakıldığında, *vergabe*: ihale, alım; *prüfstelle*: denetim organı, inceleme komitesi/otoritesi anlamlarıyla açıklandığı görülmektedir. Özetle bu birime, ihale inceleme yeri denilebilir.

⁵⁸ Andrea Niedzela, Reinhard Engshuber, "Enforcing the Public Procurement Rules in Germany", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.368-370.

götürebilir.⁵⁹ *Danimarka*'da, Appeal Board for Public Procurement adında özerk bir otorite ihale işlemlerini incelemek üzere oluşturulmuştur. Mahkeme olarak nitelendirilen bu oluşumun başkanı yüksek yargı üyelerinden, üç başkan yardımcısı hâkimler arasından seçilir ve ayrıca ihale konusunda teknik bilgi vermek ve AB hukukuna ilişkin destek sunmak üzere on altı ihale uzmanı oluşum içinde yer almaktadır. Sanayi Bakanı tarafından dört yıllığına seçilen bu kişilerin tekrar atanması mümkündür. Bu kurum, aykırı ihale işlemleri üzerinde iptal etme, düzeltme ve idarenin işlemini onama şeklinde üç türlü karar verme yetkisine sahiptir.⁶⁰ *Fransa*'da, kamu alım sözleşmeleri idari sözleşme kabul edildiğinden, alım sözleşmesine ilişkin meydana gelen ihtilaflara idari yargıda ve tek hâkemli mahkemelerde çözüm aranmaktadır.⁶¹ *Hollanda*'da, ihale işlemlerinden doğan ihtilaflara tahkim yoluyla ve sınırlı olarak da hukuk mahkemelerinde çözüm aranmaktadır. Bu nedenle, devlet içinde çok sayıda tahkim kurumu bulunmakta olup, *Raad van Arbitrage* bunların başında gelmektedir. Bu tahkim kurumu, şikâyete konu edilen ihalenin ölçeğine göre hakem kurulları oluşturarak ihtilafı çözüme kavuşturmaya çalışır. Hakem kararları nihai olmayıp temyiz yolu açıktır.⁶² *İngiltere*'de, İngiliz hukuk düzeninde yargı birliği olduğundan, idarenin ihale işlemlerinden kaynaklanan ihtilafları, hukuk mahkemelerinde çözüme konu edilmektedir.⁶³ İngiliz hukuk sisteminin etkisi altındaki *İrlanda*'da da ayrı bir idari yargı düzeni bulunmadığından, ihale işlemlerinden kaynaklanan ihtilaflar *High Court*'ta çözümlenir. Bununla birlikte, ihale sorunlarına ilişkin uzmanlaşmış

⁵⁹ David D'Hooghe, "Enforcing the Public Procurement Rules in Belgium", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.93.

⁶⁰ Kirsten Hee Larsen, "Enforcing the Public Procurement Rules in Denmark", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.112-113.

⁶¹ Patrice Valadou, "Enforcing the Public Procurement Rules in France", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.330.

⁶² Gert-Wim A. Van de Meet, "Enforcing the Public Procurement Rules in the Netherlands", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.199-205.

⁶³ Stephen Weatherill, "Enforcing the Public Procurement Rules in the United Kingdom", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.277.

mahkemeler de çözüm mercii olarak sistem içinde yer almaktadır.⁶⁴ Fransız hukuk sisteminin etkisinde kaldığı görülen *İspanya*'da, kamu alım sözleşmeleri idari sözleşmeler alanında değerlendirilmekte ve meydana gelen ihtilaflar idari denetim ve idari yargı yoluyla çözümlenmektedir.⁶⁵ *İtalya*'da, ihaleye yapılan şikâyetlerin incelenmesi konusunda, şikâyet sahibine dört başvuru seçeneği sunulmaktadır. Bunlardan ilki, şikâyetin ihale makamı idareye yapılmasıdır. İkinci seçenek idari denetim yoludur. Yargı yolu üçüncü bir seçenek olup, son olarak da idari işlemin suç unsuru içermesi hâlinde ceza yargısına başvuru imkânı şikâyetçiye tanınmıştır.⁶⁶

e. ABAD Kararlarında İhtilaf Direktifleri

ABAD'ın ihtilaf çözümlerine ilişkin bir dizi ihtilafta değerlendirmeleri, ihtilaf direktiflerinin anlaşılmasında önemlidir. Bu ihtilaf konularından biri olan itiraz için yargıya başvurma konusunda ABAD, 4 Temmuz 2013 tarih ve C-100/12 sayılı *Fastweb* davasında, isteklilerin itiraz için yargıya başvurma hakkını incelemiştir. Bu davada ABAD, kamu ihaleleri çerçevesinde yapılan şikâyetlere ilişkin duruşmalarda İtalyan mahkemelerinin uyguladığı usullerin ihtilaf direktiflerine uygun olup olmadığını mülhaza etmiştir. Ulusal (İtalyan) mevzuat gereği, mahkeme tarafından daha sonra verilen bir karar uyarınca bir isteklinin yargıya başvuru hakkı reddedilebilmektedir. ABAD, ihtilaf direktifleri kapsamında bu tür bir başvurunun reddedilemeyeceğine hüküm vermiştir. Bu hüküm gereğince, istekliye mahkeme kararına itiraz etme fırsatının tanınması gerekmektedir. Bununla birlikte ABAD, mahkemeye başvuru hakkını başka bir bağlamda, idarenin yargı yetkisine sahip olmayan bir organın kararına itiraz ettiği durumlar açısından da incelemiştir. 21 Ekim 2010 tarih ve C-570/08 sayılı *Simvoulio Apokhetefseon Lefkosias* davasında, ABAD, üye devletlerin, idarelere, yargı yetkisine sahip olmayan organlar tarafından verilen kararların yargısal incelemeye tabi tutulması için başvuruda bulunma hakkı

⁶⁴ Kieran McCourt, "Enforcing the Public Procurement Rules in Ireland", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.306.

⁶⁵ José M. Fernandez Martin, "Enforcing the Public Procurement Rules in Spain", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.246.

⁶⁶ Franco Mastragostino, "Enforcing the Public Procurement Rules in Italy", Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.120-132.

vermek zorunda olmadığını belirtmiştir. Ancak bir üye devlet, idareye böyle bir hakkı vermeyi tercih etmekte serbesttir.

Sürelere ilişkin davalarda ABAD, ulusal mevzuatın itiraz başvurusu yapmak için belli süreler dayatabileceğini belirtmiştir. Ancak ulusal mevzuat tarafından belirlenen bu süreler, ilgili kişiler tarafından bu haktan yararlanmayı *“imkânsız veya çok zor”* kılacak şekilde düzenlenemez. Ayrıca, *“bireylerin haklarından ve yükümlülüklerinden haberdar olmasını sağlayacak şekilde, açık, net ve öngörülebilir”* olmaları gerekir. Aynı kararda ABAD, ihtilaf direktifleri uyarınca üye devletlerin idareler tarafından alınan hukuka aykırı kararların mümkün olduğunca hızlı bir şekilde etkin bir incelemeye tabi tutulması için gereken mekanizmaları temin etmelerinin gerekli olduğunu vurgulamıştır. Bir istekli veya adayın (davacı), verdiği teklifin reddedildiğini öğrenmesi, bu istekli veya adaya yargı yoluna başvurma imkânı vermez. Zira, teklifinin reddedilmiş olması, itiraz başvurusunu yapan isteklinin bir usulsüzlük olduğuna dair karar vermesi için yeterli bir gerekçe değildir. İtirazda bulunan isteklinin bu tespiti yapabilmesi için en azından teklifinin neden reddedildiğine dair gerekçeler konusunda bilgilendirilmiş olması gerekir. Bununla birlikte, ABAD’a göre, ihtilaf direktifleri uyarınca ulusal mahkemenin başvuru süresini uzatma konusunda takdir yetkisini kullanması gerekmektedir. Mahkeme bu süreyi, itiraz başvurusunu yapan tarafın kamu alımları kurallarının ihlalinin farkına vardığı veya varması gerektiği tarihi kapsayacak şekilde uzatmalıdır. Eğer ulusal hükümler ihtilaf direktiflerine uygun bir yorumlamaya izin vermiyorsa, ulusal mahkeme ulusal hükümleri uygulamaktan çekinmelidir. AB mevzuatının tam anlamıyla uygulanması ve AB mevzuatıyla bireylere verilen hakların korunması için, ulusal mahkemenin bu kurala riayet etmesi gerekmektedir (28 Ocak 2010 tarih ve C-406/08 Uniplex UK).

Bekleme süresine ilişkin olarak birden fazla davada ABAD, ilgili üye devletlerin ihtilaf direktiflerinde öngörülen bekleme sürelerine uymadıklarını tespit etmiştir. Ulusal mevzuatta, ihalenin sonuç kararına sözleşme imzalanmadan önce itiraz edilebilmesi için gerçek ve etkili bir fırsatın temin edilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda ihale sonuç kararının iptali olasılık dâhilinde olsa da, bu kural

uygulanmak zorundadır (3 Nisan 2008 tarih ve C-444/06 sayılı Komisyon-İspanya⁶⁷; 11 Haziran 2009 tarih ve C-327/08 sayılı Commission-France⁶⁸ davaları). Adayların ve isteklilerin ihale sonuç kararının gerekçeleri hakkında tam anlamıyla bilgilendirilmeleri de önem taşımaktadır (23 Aralık 2009 tarih ve C-455/08 sayılı Komisyon-İrlanda davası).

İhtilaf çözümleri ve ara tedbirleri konusunda ABAD'ın 9 Aralık 2010 tarih ve C-568/08 sayılı *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie ve Diğerleri* davasında aldığı karar, temel ilkelere uygun olduğu sürece ihtilaf çözümü ve ara tedbir sisteminin nasıl işleyeceğine dair karar vermede üye devletlerin kayda değer ölçüde takdir yetkisine sahip olduğunu teyit etmiştir. Ancak, zararların tazminini idarenin hatasına bağlama hususunda herhangi bir takdir yetkileri bulunmamaktadır. 30 Eylül 2010 tarih ve C-314/09 sayılı *Strabag* davasında ABAD, zarar tazmini için bir kusur şartı kesinlikle aranmayacağını hükme bağlamıştır.⁶⁹

⁶⁷ Avrupa Komisyonu tarafından açılan bu davada ABAD, İspanya'da yürürlükte olan yasal düzenlemelerin, ilgili taraflara, sözleşmenin imzalanmasından önce ihalenin sonuç kararına dair etkin bir şekilde inceleme başvurusu yapma imkânını tanımadığına karar vermiştir. Söz konusu yasal düzenleme, kamu alım sözleşmelerinin ihalenin sonuç kararının açıklanmasından itibaren 30 gün içerisinde imzalanmasını öngörmektedir. Sözleşmeler imzalanmadan uygulanmaya başlanamaz. İspanya mevzuatı, idarelerin ihalenin karara bağlanmasından önceki eylemleri hakkında inceleme başvurusu yapılmasına izin vermektedir. Mevzuat uyarınca, idare, ihale sonuç kararını isteklilere bildirmek zorundadır. İstekliler usule ilişkin hususlarda yargı yoluna başvurabilmekte ve bu hususların askıya alınması da dâhil olmak üzere, geçici tedbir talebinde bulunabilmektedirler. ABAD, İspanya mevzuatı kapsamında, sözleşmenin bütün bildirimleri tamamlanmadan önce de imzalanıp uygulanmaya başlayabileceğini dikkate almıştır. Sonuç olarak, bazı durumlarda, sözleşme uygulanmaya başlamadan önce ihalenin sonuç kararına ilişkin etkin bir inceleme süreci başlatılamamaktadır. SİGMA, **a.g.e.**, s.141-142.

⁶⁸ Söz konusu davada, Fransız İhale Kanunu'nda yer alan sözkonusu hükümler, ihale sonucunun duyurulması ile ihalenin imzalanması arasında 10 günlük bir bekleme süresi öngörmektedir. Ancak, bu hükümler uyarınca, yasal itirazda bulunmak isteyen tarafların idareye bir niyet mektubu göndermesi gerekmektedir. İdarenin alınan mektuba ilişkin mülahazada bulunmak için 10 günü vardır. Ancak bu ikinci 10 günlük dönem için herhangi bir resmi bekleme süresi sözkonusu değildir. Bu nedenle, bir niyet mektubu almış da olsa, idare, bu süre içinde sözleşmeyi imzalayabilir. Kanun gereği asgari 10 günlük bekleme süresi acil durumlarda daha da kısaltılabilmektedir. ABAD, Fransa Kamu İhale Kanunu'nun ihtilaf direktiflerini uygulayan belli hükümlerinin, bu direktiflerdeki koşulları karşılamadığını tespit etmiştir. SİGMA, **a.g.e.**, s.142.

⁶⁹ Söz konusu davada, Strabag ve ihaleyi kazanamayan diğer isteklilerden bazıları, kamu alımları inceleme merciine inceleme başvurusunda bulunmuştur. Başvuruyu yapan firmalar, sözleşmenin gerçekleştirilmesi için gereken tesise sahip olmadığı için HFB'nin teklifinin ihale dışı bırakılması gerektiğini iddia etmiştir. Aynı zamanda, Strabag ve diğerleri, kamu alımları inceleme merciine geçici tedbir başvurusu da yapmıştır. İnceleme merciinden, iddianın esasına ilişkin karar beklenirken, idarenin sözleşmeyi imzalamasını engelleyecek bir karar almasını talep etmişlerdir. Kamu alımları inceleme merci, inceleme başvurusunu ve geçici tedbir başvurusunu 10 Haziran 1999 tarihinde reddetmiştir. Dört gün sonra, idare sözleşmeyi HFB'ye vermiştir. Ekim 2002 tarihinde, yüksek mahkeme, HFB'nin teklifinin ihaleye teklif çağrısına uygun olmadığı gerekçesiyle kamu alımları

AB mevzuatının ihlalden kaynaklanan zararlara ilişkin devletin sorumluluğu konusunda, AB mevzuatının ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın bireyleri etkilemesi halinde, zarara uğrayan bireyler:

- İhlal edilen AB mevzuatının kendilerine haklar tanıdığı ve
- Bu hakları tanıyan hükümlerin ciddi ölçüde ihlal edildiği ve
- İhlal ile bireylerin maruz kaldığı zarar arasında doğrudan bir neden sonuç ilişkisinin bulunduğu durumlarda

tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir. AB mevzuatında buna ilişkin bir hüküm yer almaması durumunda, AB kamu alımları mevzuatının ihlalden doğan zararların tazminine dair kriterler her bir üye devletin kendi yasal sistemi içinde belirlenir. Zararların tazmini, yukarıda özetle belirtilen koşulların karşılanmasına ve eşitlik ve etkinlik ilkelerinin yerine getirilmesine bağlıdır.⁷⁰

2. AB Kamu Alımlarında Yasal İşlemler

Kamu alımlarına ilişkin konularda genellikle iki tür yasal işlem uygulanmaktadır: ABİİA'nın 258'inci maddesi⁷¹ hükümlerinde yer alan

inceleme merciinin kararını iptal etmiştir. Yüksek mahkemeye göre, sözleşmenin gerçekleştirileceği sürenin yarısına kadar HFB'nin asfalt karıştırma tesisi olmayacağı için, HFB'nin teklifi uygunluk göstermemektedir. Yüksek mahkeme 2003'te verdiği bir diğer kararında, HFB'ye verilen ihalenin hukuka aykırı olduğuna hüküm vermiştir. Strabag ve diğerleri bunun üzerine idareye 300.000 Avro değerinde bir tazminat davası açmıştır. Davayı açan tarafa göre, HFB'nin teklifinin, telafisi mümkün olmayan bir kusura yol açtığı gerekçesiyle baştan ihale dışı bırakılması ve aslında Strabag'ın teklifinin kabul edilmiş olması gerekirken, HFB'nin teklifinin ihale davetindeki koşullara uygun olmadığı gerekçesiyle reddetmeyen idare hataya düşmüştür. Kamu alımları inceleme merciinin verdiği karar da, riski göze alarak hareket eden idareyi haklı çıkarmaz. İdare ise, kamu alımları inceleme merciinin verdiği kararın bağlayıcı olduğunu, dolayısıyla burada kusurlu bir davranışı bulunmadığını iddia etmiştir. Ulusal mevzuat gereği, devlet ancak idarenin bir kusuru olduğunda tazminat ödemektedir. Ancak aynı mevzuat kapsamında, sorumluluktan kurtulmak için kusurlu olmadığını ispat yükü de idare üzerindedir. Bu dava Avusturya mahkemeleri aracılığıyla temyize ulaşmıştır. Avusturya Yargıtay'ının ABAD'a "İdarenin AB kamu alımları mevzuatını ihlali nedeniyle talep edilen tazminat, idarenin kusurlu olması koşuluna bağlayan ulusal hükümler, İhtilaf Direktifleri kapsamında geçerli midir?" sorusunu yöneltmiştir. ABAD, tazminat talebinin kusur koşuluna bağlanamayacağına hüküm vermiştir. İhtilaf Direktifleri, ulusal mevzuatın tazmin hakkının doğması için idarenin kusurlu olmasını şart koşmasını engellemektedir. Bu kural, kusurun varsayıma dayandığı durumlarda da geçerlidir. Kusur şartının aranmaması, başka ihtilaf çözüm mekanizmalarının işletilemediği durumlarda, etkin bir ihtilaf çözümü sağlamaktadır. İtiraz başvurusu için süre kısıtlamasının olduğu veya başvurunun yapıldığı zaman dilimi nedeniyle geriye kalan tek çözüm seçeneğinin karşılıklı anlaşma olduğu durumlar, bunun geçerli olduğu durumlardır. SİGMA, a.g.e., s.144-145.

⁷⁰ SİGMA, a.g.e., s.144.

⁷¹ ABİİA 258'inci maddesi şöyledir: "Komisyon bir üye devletin Antlaşmalardan doğan herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmediğini düşünürse, ilgili devlete görüşlerini sunma fırsatını tanıdıktan sonra konuyla ilgili gerekçeli görüşünü hazırlar. İlgili devletin Komisyon tarafından belirlenen süre

yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden doğan davalar (ihlal prosedürleri); ABİİA'nın 267'nci maddesi kapsamında ön karar başvuruları.⁷²

Avrupa Komisyonu ABİİA'nın 258'inci maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesine karşı aşağıdaki gerekçelerle dava açabilir:

- Antlaşmaların, AB ikincil mevzuatının veya genel hukuk ilkelerinin ihlali;
- Eylemsizlik (gerekli hükümlerin yerine getirilmemesi);
- Antlaşmalara, AB ikincil mevzuatına veya genel hukuk ilkelerine aykırı eylemler.

ABİİA'nın 258'inci maddesi kapsamındaki ihlal prosedürü, Komisyon tarafından bir üye devletin münferit bir merciine karşı değil üye devletin kendisine karşı başlatılabilir. İhlal prosedürü genellikle Komisyon'a yöneltilen münferit şikâyet ile tetiklenir. Örneğin, bir kamu ihalesine katılan bir şirket veya bir vatandaş belli bir usulle ilgili Komisyon'a şikâyet başvurusu yapabilir. Komisyon AB mevzuatına aykırı herhangi bir veri veya uygulama tespit ettiğinde ABİİA'nın 258'inci maddesi uyarınca kendi girişimiyle de yasal işlem başlatabilir. Kamu alımları direktifleri zamanında uygulanmaz veya yanlış bir şekilde uygulanırsa bu AB kamu alımları mevzuatının ihlali olarak değerlendirilir. İhale gerçekleştiren bir idarenin AB kamu alımları kurallarına uymaması durumunda da ihlal gerçekleşmiş sayılır. Bu durumda bu idarenin eylemlerinden üye devlet sorumludur.⁷³

İhlal prosedürünü başlatma veya sonlandırma konusunda Komisyon herhangi bir süre sınırlamasıyla karşı karşıya değildir. Komisyon, 21 Ocak 2010 tarih ve C-17/09 sayılı Komisyon - Almanya davasını, iddia edilen AB mevzuatı ihlalinin gerçekleşmesinden on yıl sonra açmıştır. İddia edilen ihlal, *Bonn* belediyesinin herhangi bir ihale ilanı yayınlamadan ihale vermesiyle ilgilidir. Almanya, Komisyon'un iddia edilen ihlali fark ettiği tarih ile yasal işlemlerin başlatıldığı tarih arasında çok uzun bir süre geçtiği için Komisyonun talebinin kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür (karar metni madde 13). Adalet Divanı yasal işlemleri

zarfında bu görüşe uymaması durumunda, Komisyon konuyu Avrupa Birliği Adalet Divanına taşıyabilir.”

⁷² SİGMA, a.g.e., s.8.

⁷³ A.e., s.9.

başlatmanın uygun olup olmayacağına Antlaşmanın koruyucusu olan Komisyonun karar vermesi gerektiği hükmünü vermiştir (karar metni madde 20).⁷⁴

ABAD, AB mevzuatını koruyan en üst düzey makamdır fakat AB mevzuatını uygulamakla yetkili veya zorunlu tek yargı merci değildir. Bu görev üye devletlerin ulusal mahkemelerine de verilmiştir. ABAD ve ulusal mahkemelerin işbirliği yapmasını sağlayan usuller ABİİA'nın 267'nci maddesinde belirtilmektedir. Bu usule "ön karar" usulü adı verilir. Bir ulusal mahkemede görülen bir davada AB mevzuatının yorumlanması gerekirse, mahkeme davayı durdurur, sorulması gereken soruyu veya soruları hazırlar, soruları ABAD'a yöneltir ve Divanın cevabını bekler. Ulusal mahkeme tarafından sorulan sorular AB mevzuatının yorumlanmasını ilgilendirmelidir. Soru AB mevzuatının yorumlanmasıyla ilgili değilse kabul edilmez.⁷⁵

Ulusal mahkemenin sorularına karşı ABAD tarafından verilen karar, geriye etkili (ex tunc) etkiye sahiptir, bir başka deyişle ABAD'ın kararları her zaman doğru yorum olarak değerlendirilir. Üye devletler, ABAD kararlarından etkilenen hükümleri varsa, ABAD'ın yorumlamasına uygun olmayan bu hükümleri değiştirmekle yükümlüdür. Örneğin, 28 Ocak 2010 tarih ve C-406/08 sayılı *Uniplex* davasında, ABAD, kamu alımlarına ilişkin dava açma süresiyle ilgili Birleşik Krallık'taki cari kanunu ele almış ve bu davada söz konusu kanunun belirsiz ifadeler içerdiği sonucuna varmıştır. Bunun üzerine Birleşik Krallık, ABAD tarafından tespit edilen bu belirsizliği gidermek üzere birincil mevzuatında değişiklik yapmak zorunda kalmıştır.⁷⁶

⁷⁴ A.e., s.10.

⁷⁵ A.e., s.11.

⁷⁶ A.e., s.12. ABAD kararları AB üye devletleri için bağlayıcıdır ve üye devletlerin bu kararları uygulaması zorunludur. Bir üye devletin ABAD kararına uymaması halinde, ABİİA'nın 260'ıncı maddesi uygulanır. Bu madde hükmü şöyledir: "1. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir üye devletin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmede tespit edilirse, bu devlet Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almak zorundadır. 2. Komisyon, ilgili üye devletin Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almadığı kanısına varırsa, bu üye devlete görüşlerini sunma imkânı tanıdıktan sonra meseleyi Divan'a götürebilir. Komisyon, ilgili üye devlet tarafından defaten ödenmesi gereken miktarı veya gecikmeye bağlı para cezasının miktarını durumun gereklerine göre belirtir. Divan, ilgili üye devletin kararına uymadığını tespit edilirse bu devlet tarafından defaten ödeme veya gecikmeye bağlı para cezası ödemesi yapılmasına karar verebilir." ABAD kararının uygulanmadığı her gün için günlük sabit ücret uygulanır. Mevcut sabit ücret günlük 650 Avrodur (Haziran 2014 itibarıyla). Sabit ücret enflasyon oranına bağlı olarak güncellenir. Bu sabit ücret, ilgili

ABAD, Antlaşmanın ilgili hükümlerini dikkate alarak kamu alımlarındaki birçok ihtilaf konusunu karara bağlamakta ve bu sayede üye devlet iç hukuklarını denetlemektedir.⁷⁷ AB hukuki koruma sisteminde iki farklı temel yargılama biçimi dikkat çekmektedir. Birincisi, ihlal, iptal ve hareketsizlik/eylemsizlik davalarının örnek verilebileceği ihtilafa (çekişmeye) dayalı yargılamadır (doğrudan davalar). Diğeri ise ihtilafa dayanmayan yargılama olup, ön karar ve görüş alma usulü bu yargılamaya örnek verilebilir.⁷⁸ Birlik hukuku bağlamında, bu iki tür yargılama davalarında Birlik kurumlarının tasarrufları ile üye devlet uygulamasında meydana getirdiği sonuçları önem taşır. Kamu alımlarında sözleşme sonrası ihtilafları düzenleyen tüzük, direktif ve karara rastlanmadığından, ön karar başvurusu kamu alım sözleşmelerinde görülen ihtilaf davalarında önemli bir araçtır. Zira, üye devlet mahkemesinde görülmekte olan davanın türünün bir önemi yoktur. Eda, tespit ya da inşai dava olması, özel hukuk alanında bir dava ya da iş davası, idari dava, ceza davası ön karara konu olabilir.⁷⁹

B. Avrupa Ortak Sözleşme Hukuku Oluşturma Çabaları ve AB Kamu Alımları Sözleşme Hukukuna Yansımaları

Direktiflerle düzenlenen AB kamu alımı ikincil mevzuatı, dikkat edilirse ihale sürecine karşılık gelen bir yasal çerçeve sunmaktadır. Bir diğer ifadeyle, kamu alımının sözleşmeyle sonuçlandığı ya da sözleşmeye kadar olan süreci kapsayan AB kamu alımı hukukuna dair ihale uygulama hükümleri bulunmaktadır. Bu cümleden olmak üzere, AB kamu alım direktiflerinde sözleşmenin uygulanmasına ilişkin hiç hüküm bulunmadığı düşünülmemelidir. 2014/24/EU sayılı Klasik Kamu Alımları Direktifi'nde Sözleşmenin ifası başlıklı bir bölüm (IV) bulunmaktadır. Bu bölüm altında 70'den 73'e dört maddede sözleşmenin uygulanması aşamasına karşılık gelen

üye devletin (GSYİH'sine bağlı olarak) ödeme gücüne ve AB Konseyi'ndeki sandalye sayısına göre belirlenen bir "özel çarpan" ile çarpılır. Örneğin, şu an için Almanya'nın özel çarpanı 21,29, Fransa'nın 18,65, Polonya'nın 7,75 ve Malta'nın 0,35'tir. SİGMA, **a.g.e.**, s.15-16.

⁷⁷ Komisyon ve İtalya arasındaki C-360/89 sayılı dava örnek verilebilir. Bu davada ABAD, İtalyan mevzuatının Madde 49'a aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yapım işi yüklenicisinin taahhüt işlerinin bir kısmını yaptıracağı altyüklenicinin, işin yapılacağı bölgede kayıtlı bir ofisinin bulunması gerektiği hükmü, sözleşme işinin yürütülmesi için gerekli imkâna sahip İtalya dışındaki firmalara karşı bunun bir ayrımcılık olduğuna Divan karar vermiştir.

⁷⁸ Meral Sungurtekin Özkan, **Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.28.

⁷⁹ A. Füsün Arsava, **Roma Antlaşması'nda Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar**, ATAUM Dizisi, Yayın No:5, Ankara, 1989, s.51-52.

düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddeler şöyledir: Sözleşmenin ifasına ilişkin şartlar (m.70); altyüklenici (m.71); sözleşmede değişiklik (m.72); sözleşmelerin sona ermesi (m.73). Aynı hükümler, 2014/25/EU sayılı Sektörel Kamu Alımları Direktifi'nde de görülmektedir (Bölüm IV, m.87-90). Yeni direktifler ile önceki direktiflerdeki sözleşmenin ifasına ilişkin dağılımın giderildiğini ve müstakil bir bölüm altında konu bütünlüğünün kurulmaya çalışıldığını söylemek mümkündür. Ayrıca yeni direktiflerin gerekçeler metninde, sözleşmenin ifasına ilişkin fazlaca açıklamaya rastlanmaktadır.⁸⁰ Bu itibarla, yeni kamu alım direktifleri ile sözleşme sonrasına biraz daha girildiği ve söz konusu direktiflerin alanının bu yönde genişletildiği söylenebilir.

Çalışmamızın temel konusunu teşkil eden ve kamu alımlarında sözleşme sonrası karşılaşılan, sözleşmenin uygulanmasından ya da uygulanmamasından kaynaklı ihtilaflara ilişkin AB hukukunda belirgin bir düzenleme yoktur. Bundan dolayıdır ki, kamu alım sözleşmelerinin yürütülmesi ile ilgili kurallar büyük ölçüde ulusal kalmakta ve fazlasıyla içtihadı açık olmaktadır. Bu durum, hem idarenin ayrıcalıklarının önemini hem de özel yüklenici için sözleşmenin mali dengesine riayet etme hakkını ifade etmektedir. İdarenin imtiyazı/yetkisi, yönetme ve kontrol gücündedir. Bu itibarla idare, tek taraflı değişiklik yapma (kamu yararının gerektirdiği hâllerde) ve hatta fesih gücüne (ya ceza olarak ya da kamu yararı nedenleriyle icra edilebilir) sahip olabilmektedir. Bu bakımdan, devletler kendi hukuk sistemini daha özgün düşündüklerinden, hukuk sistemlerinde idarelere tanınan imtiyaz, özel bir yer tutmaktadır. Bu çerçevede, sözleşmenin bazı terimleri bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olduğundan, düzenleyici bir karaktere sahip olduğu kabul edilmektedir.⁸¹

⁸⁰ 2014/24/EU sayılı Direktifin gerekçeleri için bkz.: 3, 15, 32, 36, 37, 90, 74, 94, 97, 98, 99, 104.

⁸¹ Fransız hukukunda, dava görme/ihtilafı çözüme tamamen idari mahkemelere aittir. Bu davalar/ihtilaflar ya sözleşmenin geçerliliği veya yürütülmesi ile ilgili herhangi bir konuya ilişkin olabilir ya da tam yetki kullanımı yoluyla, sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldıran karara karşı yöneltilen gücün kötüye kullanılması eylemi için olabilir. Tahkim yolu, normalde çözüm arayışında dışarda bırakılmıştır (Medeni Kanununun 2060'ıncı maddesi, birinci paragrafı). Sözleşme anlaşmazlıkları ile ilgili olarak yasama, yabancı firmalar ile yapılan sözleşmelerde, sınai ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerini yürüten kamu kurumu lehine, birkaç istisna öngörmüştür. (İdari Yargı Kanunu'nun L. 311-6). Fromont, **a.g.e.**, s.303-304.

Birliğin her yerinde belirli bir standardın geçerli olduğu düşünülse de, üye devletlerdeki ilgili hukuku bulmak ve onun gerçek anlamını saptamak her şeye rağmen zor ve yorucudur. Üye devletler çoğunlukla farklı hukuki anlayışlara, ilkelere ve ilgili hukuk sisteminin sistematik yapısına bağlı kalarak Birlik hukukunu üstlenmektedir.⁸² Başka bir anlatımla, devletlerin kendilerine özgü siyasal, toplumsal, ekonomik ve kültürel yapılarıyla ilişkili olarak, ulusal yargı sistemleri birbirinden farklılıklar göstermektedir.⁸³ Bununla birlikte, AB'nin kendi içinde ortak bir hukuk oluşturma çabası içinde olduğu da belirtilmesi gereken bir husustur. Fakat, bu çabadan önce Birlik hukukunun genel yapısına ve yeknesak bir ortak hukuk oluşturulamamasının sebeplerine kısaca değinmek faydalı olacaktır.

Birlik hukuk düzeni yakından incelendiğinde bilinenin dışında farklı bir yapıya sahiptir. Roma Antlaşması'ndan Lizbon Antlaşması'na kadar gelen birincil hukuk antlaşmalar silsilesinde de açıkça görülmektedir ki, Birlik tüm üye devletlerde uyulması zorunlu kurallar getirmektedir.⁸⁴ AB, kendi hukuk diliyle “tüzük” olarak nitelediği maddi kurallar oluşturmaktadır. Tüzükler genel kapsamlı düzenlemeler olup, bütün unsurlarıyla bağlayıcı ve tüm üye devletlerde doğrudan

⁸² Örnek olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanma Klozu Hakkındaki 93/13/EEC sayılı Direktifin uygulanmasını vermek mümkündür. Bu Direktif üye devletlerde farklı şekillerde uyarlanmıştır. Alman, İtalyan ve Hollanda ulusal medeni kanunlarına, Avusturya, Fransa, Yunanistan ve kısmen Finlandiya ve İspanya'daki özel tüketicinin korunması kanunlarına, Danimarka, Finlandiya ve İsveç'de genel nitelikteki sözleşmeler hakkındaki kanuna, Belçika'da ticaret uygulamasına dair özel kanunlara, İsveç'de tüketici sözleşmelerine dair özel kanuna, Portekiz ve İspanya'da genel işlem şartlarına dair özel kanunlara, son olarak İngiltere ve İrlanda'da hemen hemen aynı sözcüklerle direktifi alan bir hukuki araca alınmıştır. Bu uyarlama kanunlarının bir kısmı aynı direktifte olduğu gibi uygulama alanlarını tüketici sözleşmeleri ile sınırlı tutarlarken (Fransa, İtalya), diğerleri ticari sözleşmelere de uygulanabilir kılınmıştır (Almanya, Hollanda). Jürgen Basedow, “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, Çev. Arzu Oğuz, **AÜHFD**, C.52, S.3, 2003, s.12.

⁸³ ABAD'ın 29 Mart 2012 tarih ve C-599/10 sayılı SAG ELV Slovensko ve Diğerleri davasından anlaşıldığı üzere, Slovakya Devletinin düzenlediği belli istekliler arasında gerçekleştirdiği kamu ihalesinde, idare, her iki istekliden i) teklif ettiği aşırı düşük fiyatı açıklamasını ve ii) teklife özel teknik hususlarla ilgili soruları cevaplamasını istemiş ve sonrasında bu istekliler ihale sürecinin dışında bırakılmıştır. Bunun üzerine yetkili idari merci olan Kamu İhale Kurumu'na (Úrad) itiraz başvurusu yapılmıştır. Daha sonra iki istekli Úrad tarafından verilen bu karara da itiraz etmiş ve dava nihayetinde Slovakya Cumhuriyeti Yargıtayına intikal etmiştir. Yargıtay, davayı askıya alarak ABAD'a bazı sorular yöneltmiş ve ön karar başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu dava ihale sürecine ait idari işlemlerden kaynaklı olmasına karşılık, ilgili Kurumdan sonra adli yargı mercii olan Yargıtaya ihtilafın götürülmesi, AB üye devletlerinin ulusal yargılarında ciddi farklılıklar olduğunun bariz bir örneğidir.

⁸⁴ Örneğin AETA'nın 85'inci maddesi ile getirilen kartel yasağı. Lizbon Antlaşması diye adlandırılan Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (ABİİA)'nın rekabet kuralları çerçevesinde işletmelere uygulanan kuralları düzenleyen 101'inci maddesinde kartele dair yasaklamaları görmekteyiz.

uygulanmaktadır.⁸⁵ AB, tüzükten başka üye devlet iç hukuklarının uyumlaştırılması amacıyla direktifler çıkarabilmektedir. Direktifler, üye devletlere ulusal hukuklarını direktiflerle uyumlu hâle getirme yükümlülüğü yüklemektedir. Bir diğer ifadeyle direktif, sonuçları açısından her muhatap üye devleti bağlar, ancak şekil ve yöntem seçimini ulusal makamlara bırakır.⁸⁶ Ayrıca, ABAD, direktiflerin tüzüklerden farklı olarak yatay ilişkide doğrudan etki sağlamadığını, ancak özel hukukta daha karakteristik olduğunu⁸⁷ düşünmektedir.⁸⁸

Direktifler, ulusal kanun koyucunun seçim yapabileceği çözümler sunmakta olup, münferit hukuki sorunlar için çıkarılmakta ve fakat genel kural getirmemektedir. Her şeyden önce direktifler; sözleşmeler, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil gibi özel hukukun bazı temel konularına dokunmamaktadır. AB kurumlarının bu konuda yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedendir ki, temel bazı konularda direktifler aracılığıyla, kapsamlı ve sistematik ortak kurallar getiril(e)memiştir. Zira, direktiflerle, hukukun klasik konularında bir uyumlaştırmayı amaçlamak, ulusal hukukun değiştirilmesi anlamına gelecektir.⁸⁹

AB hukuku literatürde ayrı bir disiplin olarak görülmekte ve klasik hukuk öğretisinin dışında değerlendirilmektedir. Bunun sebebi, AB hukukunun bütüncül bir görünüm vermemesi ve Birlik hukuku ile ulusal hukuklar arasında ahenkli bir uyumun aksine parçalı geçişlerin görülmesidir. Hukukun ulusal niteliğini koruma direnci karşısında AB hukukunun sorunu tam olarak çözemeyişinde yatan sebepleri kısaca şu şekilde özetlemek mümkündür;

Bu sebeplerden ilki ve belki de en önemlisi, AB kurumları tarafından kabul edilen kuralların ve/veya direktiflerin her devlet tarafından farklı yorumlanmasıdır. Bunun yanında, AB’de çıkarılan direktifler, genellikle tek bir hukuki soruna yönelik olduğundan, üye devlet iç hukukları tarafından doldurulması gereken boşluklar içerir. Bu sebeplere ilave edilecek bir diğer husus da, Avrupa hukukunun sadece kanunlar üzerinden işlemesi ve genel kabul görececek hukuk teorisinden, içtihatlardan yeterince

⁸⁵ ABİİA, Birliğin Hukuki İşlemleri Madde 288, ikinci paragraf.

⁸⁶ ABİİA, Birliğin Hukuki İşlemleri Madde 288, üçüncü paragraf.

⁸⁷ C-91/92, Paola Faccini Dori vs. Recreb Srl, 14.07.1994

⁸⁸ Basedow, **a.g.m.**, s.12.

⁸⁹ Arzu Oğuz, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, **AÜHFD**, S I, 2000, s.38.

beslenmemesidir. AB direktiflerinin objektif olarak uygulama alanının sınırlı olması, sorunların, özellikle ticari ilişkilerden doğan ihtilafların büyük ölçüde ulusal hukuklar tarafından çözülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun bir karmaşaya neden olduğu da ortadadır.⁹⁰

1. Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Genel İlkeleri (PECL) ve Ortak Sözleşme Hukuku Oluşturmaya İlişkin AB'deki Gelişmeler

AB kurumlarınca, Avrupa sözleşme hukukunun tüm üye devletlerde tek tip bir düzene kavuşması için özel hukuk alanında birtakım ikincil mevzuat çalışmaları yapılmaktadır. AP, 26 Mayıs 1989 ve 6 Mayıs 1994 tarihlerinde Avrupa özel hukuku konusunda bir kanun yapılması için gerekli çalışmalara başlamıştır. Benzer şekilde Avrupa Komisyonu'nun da girişimleri söz konusudur. Komisyon, bazı özel sponsorların desteğiyle Danimarkalı hukukçu Ole Lando başkanlığında oluşturulan Komisyon'un⁹¹ on dört yıllık çalışmasının sonucunda *Avrupa Sözleşme Hukukunun İlkeleri*'ni⁹² yayımlamıştır. Bu çalışma, sözleşmelerle ilgili bir dizi genel kuralın yanı sıra, sözleşmelerin ifa edilmesi ve edilmemesi ile ilgili olarak birçok kural içermektedir. Bu kurallar, Avrupa özel hukukunun yeknesaklaştırılmasına yönelik çalışmaların başlangıç noktasına borçlar hukukunu, özelde sözleşmeler hukukunu getirmektedir.⁹³ Çalışmanın, Amerikan hukukundaki *restatement* düzenlemelerinden esinlendiğini ve benzer bir şekilde Avrupa özel hukukunun kanunlaştırması ve yeknesaklaştırılması konusunda bir deneme olduğu söylenebilir. Aynı amaca yönelik bir diğer çalışma, UNIDROIT tarafından *uluslararası ticari sözleşmeler için hazırlanan ilkeler*⁹⁴ üzerine olmuştur.⁹⁵ Burada vurgulanması gereken husus,

⁹⁰ Oğuz, **a.g.m.**, s.39.

⁹¹ Commission on European Contract Law-Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu

⁹² *The Principles of European Contract Law (PECL), Part I, Performance, Non Performance and Remedies (Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, Bölüm I, İfa, İfa etmeme ve Çözümler)* adlı kitabı yayınlamıştır. 1999 yılında Lando Komisyonu olarak adlandırılan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu ilkelere ilişkin birinci bölümün yeniden gözden geçirilmesi ve ikinci bölümden oluşan ve ilk bölüme 73 yeni madde ekleyen yeni bir kitap daha yayınlamıştır. 2003 yılında ise nihayet 69 madde daha eklenerek ilkelerin üçüncü bölümü yayınlanmıştır. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts-PICC)'de olduğu gibi PECL'de de her kuralın altında bunun şerhi yer almaktadır. Meryem Kübra Ersin, "Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s.56-57.

⁹³ Ersin, **a.g.t.**, s.135.

⁹⁴ Principles for International Commercial Contracts.

⁹⁵ Oğuz, **a.g.m.**, s.34-35.

PECL'in, UNIDROIT kurallarının hazırlanması fikrine paralel olarak Viyana Konvansiyonu'nun⁹⁶ etkisi altında AB içinde bir borçlar kanununa duyulan ihtiyacın ifade edilmeye başlanması ve 1980 yılında özel bir inisiyatif içinde gerçekleşen çalışmalar neticesinde ortaya çıkmasıdır.

Komisyon'un 11 Temmuz 2001 yılında, Birliğin gelecekte Avrupa sözleşme hukuku yaratması konusunu ve bunun nasıl olacağını açıklayan bildirisi⁹⁷, Avrupa ortak sözleşme hukukunun oluşumu yönünde önemli bir gelişmedir. Bu bildiri ile Komisyon, Avrupa sözleşme hukuku alanında bir uyumlaştırma ihtiyacı olup olmadığını gündeme getirmekle kalmamış, hâlihazırda var olan mevzuat ve yeknesak hukuk konvansiyonları hakkında kısa bir bilgi vererek, sözleşme hukuku hakkında gelecekteki AB inisiyatifi için dört olanak tasarlamaktadır. İlk seçenek, özel bir AB aracı öngörmemektedir. Bununla daha çok *business as usual* (olağan genel durumlar) kastedilmekte olup, ortaya çıkan somut gereksinime cevap olarak parçalanmış hukuktan bir yanıt aranmasına devam edilmektedir. İkinci seçenek, Komisyon'a, ulusal hukuk düzenlerinin birbirine yakınlaşmasını amaçlayan, sözleşme hukukunun ortak genel ilkelerini oluşturma çalışmalarının desteklenmesini öngörmektedir. Üçüncü yol, hâlihazırda var olan kuralların kalitesinin yükseltilmesini hedeflemektedir. Dördüncü bir seçenek olarak, Komisyon, AB düzeyinde, hem genel olarak sözleşme hukuku düzenlemeleri hem de çeşitli özel sözleşme tiplerini içerecek, yeni ve kapsamlı hukuk kurallarını öngörmektedir.⁹⁸

Bu çerçevede, 2003 yılı Şubat ayında AB Komisyonu, Avrupa sözleşme hukuku konusunda bir eylem planı (Ortak Çerçeve Belgesi) yayımlamıştır.⁹⁹ Bu

⁹⁶ Uluslararası akademik literatürde Viyana Konvansiyonu olarak geçen söz konusu antlaşma, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Convention on Contracts for the International Sale of Goods- CISG) şeklinde adlandırılmaktadır.

⁹⁷ KOM 2001, C 255/1

⁹⁸ Basedow, **a.g.m.**, s.16-17.

⁹⁹ Komisyon'un yeknesak Avrupa sözleşme hukukuna dair eylem planı, somut bir biçimde mevcut mevzuatın farklı yorumuna işaret etmekte ve sözleşme hukukuna ilişkin ulusal hükümlerin, örneğin sigorta hukukunun, iç pazarı engellediği konusunda birçok örnek vermektedir. Komisyon bu konudaki iradesini ortaya koyarak, ortaklık müktesebatının sözleşme hukuku alanında güçlü bir bağlantıya sahip olmasını talep etmekle beraber, "sözleşme" veya "zarar" gibi genel kavramları tanımlamayan, onun yerine Avrupa sözleşme hukukunun genel ilkelerini yazılı hale getiren, genel bir çerçevenin hazırlanmasının da önemine işaret etmektedir. Basedow, **a.g.m.**, s.18.

plan, *Avrupa Medeni Hukuku* yolunda önemli bir adım olarak görülmüştür.¹⁰⁰ Avrupa Konseyi'nin coşkuyla katıldığı bir Avrupa sözleşme kodu fikrini AP de uzun zaman desteklemiştir.¹⁰¹ Ancak, bu kurumların aksine Komisyon daha ihtiyatlı hareket etmeyi seçmiştir.¹⁰² Kod, başlangıçta uluslararası ticari işlemler için geçerlidir. Sözleşme hukuku ve borçlar hukuku ile ilgili kısmen tazminat, iade/telafi ve mülkiyet (özellikle menkullerin güvenliği) kanunları gibi konular kodun içeriğini oluşturmaktadır. Komisyon, Avrupa sözleşme hukuku için teknokratik bir yaklaşım benimsemiştir. Bundan dolayıdır ki, Ortak Çerçeve Belgesi'ni hazırlarken bir grup akademik uzmana sorarak kodifikasyon sürecini depolitize etmeye çalışmıştır.¹⁰³ Ortak Çerçeve Belgesi'nin hazırlanmasına başlamadan önce Komisyon, Avrupa özel hukukunun temel sorunlarına dair izlenecek harekât tarzına ilişkin bir sorular listesini, AP, Avrupa Konseyi ve diğer ana paydaşlara sunmuştur.¹⁰⁴

AB'nin mevcut ve gelecekteki sözleşme mevzuatını geliştirmek üzere, Ortak Çerçeve Belgesi taslağının hazırlanması için bir Çalışma Grubu oluşturulmuştur.¹⁰⁵ Bu Çalışma Grubu'nun amacı, tek tip bir Avrupa sözleşme kodu hazırlamak şeklinde tayin edilmiştir. Ortak Çerçeve Belgesi taslağının 2008 yılında ilk hâli yayımlanmış, 2009'da taslak metin ve daha sonra aynı yıl karşılaştırmalı notlarla detaylandırılmış tam metin bunu takip etmiştir.

¹⁰⁰ Martijn W. Hesselink, "The Politics of a European Civil Code", **European Law Journal**, Vol. 10, No. 6, November 2004, s.675.

¹⁰¹ Avrupa Parlamentosu sık sık sözleşme hukuku, hatta genel olarak özel hukuk alanında kapsamlı bir ortaklık kanununu desteklerken, böyle bir kanun çıkarma inisiyatifi sadece Komisyon'un uhdesindedir. Ancak Avrupa Komisyonu geçmişte uzun zaman özel hukukta yatay düzeyde etki yapan her tür kanunlaştırmaya karşı şüpheli yaklaşmış ve hatta Birliğin böyle hukuki bir eylem konusunda yetkisi olup olmadığından emin olamamıştır. Bundan dolayıdır ki, Komisyon'un 2001 yılında Avrupa sözleşme hukuku için Birliğin gelecekte Avrupa sözleşme hukuku yaratması konusunu ve bunun nasıl olacağını ilk kez açık olarak soran bir bildiri yayınlaması şaşırtan bir girişim olarak yorumlanmıştır. Basedow, **a.g.m.**, s.16.

¹⁰² Simon James, "European Contract Law: Coming Out", **Law and Financial Markets Review**, September 2010, s.485.

¹⁰³ Hesselink, **a.g.m.**, s.675.

¹⁰⁴ **A.e.**, s.676.

¹⁰⁵ Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu bu çalışmayla büyük bir adım atmakla birlikte, genel ilke yaratma konusunda görevli olan tek grup değildir. Haksız fiil hukuku(The European Group on Tort Law/Tilburg Group), sigorta sözleşme hukuku (Restatement of European Insurance Contract Law), Trust hukuku (Principles of European Trust Law) ve milletlerarası özel hukuk konularında çalışan başka gruplar da vardır. Bu hareketin en genç şubesi Avrupa aile hukuku için kurulan komisyondur. Basedow, **a.g.m.**, s15-16.

Bu taslak kodla Komisyon ne yapacağını bilememiş ve aynı zamanda mevcut mevzuatı geliştirmede kullanılacak bu çalışmanın faydasına da pek inanmamıştır. Bu sebeple Nisan 2010'da Komisyon, Ortak Çerçeve Belgesi'nin sözleşme hukuku ile doğrudan ya da dolaylı ilgisi bulunan parçalarını seçmek ve bu parçaları gözden geçirmek, ilaveler yapmak ve yeniden yapılandırmak için uzman bir grup kurmaya karar vermiştir. Birçok özgün çalışmanın dâhil edildiği ve büyük oranda akademisyenlerden oluşan bu gruba, görevini tamamlamak için bir yıl süre verilmiştir. Bu akademik grup çalışmalarına devam ederken, Komisyon "*Tüketiciler ve İşletmeler için Avrupa Sözleşme Hukuku Yönünde İlerlemeye Uygun Politika Seçenekleri*" üzerine bir Yeşil Kitap yayınlamıştır. Yeşil Kitap bu ilerlemenin gerçekleşmeme ihtimaline değinse de Komisyon'un niyetini göstermesi bakımından önemlidir.¹⁰⁶

Bazıları, Avrupa'da sözleşme hukukunun tümüyle uyumlaştırılması projesine doğal olarak şüpheli yaklaşmaktadır. Bazılarının Avrupa Medeni Kanunu'nu onaylamasına karşılık, böyle bir kanunun nihai gelişimi için kimilerince bu gerçekçi bir olasılığı yansıtmamaktadır.¹⁰⁷ Yine de, hukukun birleştirilmesi ve/veya ortak bir hukuk biliminin yaratılması konusu Avrupa düzeyinde ele alındığında, AB gibi uluslar üstü bir siyasi mekanizmanın mevcudiyetinin, maddi hukukun yeknesaklaştırılması önündeki ulusal siyasi engelleri büyük ölçüde bertaraf ettiğini söylemek mümkündür. Bu durum, özellikle AB içerisinde ticari hayatı etkileyen birçok özel hukuk düzenlemesinin, üye devletlerin iç hukuklarına aktarmaları şeklinde bir uyumlaştırmaya sebep olması ile ilgilidir.¹⁰⁸ Ayrıca, sözleşme hukukunun Avrupa düzeyinde uyumlaştırılması meselesi ele alınırken AB'nin

¹⁰⁶ James, **a.g.m.**, s.485.

¹⁰⁷ Geraint Howells, "European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes", **ERCL**, 2/2011, s.177.

¹⁰⁸ Burada kastedilen *kamu hukuku* düzeyinde bir yeknesaklaştırma değil, daha ziyade *özel hukuk* düzeyinde yeknesaklaştırmadır. Bu noktada AB ile Avrupa düzeyinde ortak bir siyasi oluşumu destekleyen AB üyelerinin, ortak bir AB Anayasası'na verdikleri tepkiyi hatırlamakta fayda vardır. AB kurumlarının kamu hukukunda, hukukun bir anlamda uyumlaştırılması sonucunu doğuran birçok kararına rağmen Avrupa devletlerinin henüz ortak bir Anayasa fikrine hazır olmadıkları görülmektedir. Bunun gibi, hukukun kamu hukuku düzeyinde yeknesaklaştırılmasında olduğu kadar özel hukuk düzeyinde yeknesaklaştırılması da *ulus devlet* fikrinin menfaatleri ile çatışmaktadır. Ancak yine de özel hukukta benimsenen yasama dışı yollarla hukukun yeknesaklaştırılması metodunun bu anlamda daha yumuşak bir geçiş sağlayacağı ve siyasi olarak kamu hukukundaki yeknesaklaştırmadan farklı olarak daha çabuk kabul göreceği düşünülmektedir. Ersin, **a.g.t.**, s.39-40.

örgütlü yapısı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu örgütlü yapı içinde, Birlik mevzuatının yapılandırılması ve ortak bir zemine çekilmesi nihai amaçların gerçekleştirilmesi noktasında önemli bir aşama teşkil eder.¹⁰⁹ Bu itibarla, gerek AB çerçevesinde mevcut mevzuatın yeniden gözden geçirilmesi suretiyle olsun; gerek bağlayıcı bir sözleşme hukuku düzenlemesinin yürürlüğe sokulmasıyla olsun; gerekse de bağlayıcı olmayan model kanunlar veya örnek kuralların kabul edilerek iç hukuka aktarılması yoluyla olsun, bugün, Avrupa hukuku içindeki en önemli gelişme, AB bünyesinde ortak özel hukukun kabul edilmeye başlanmasıdır.¹¹⁰

2. PECL’de Borcun İfa Edilmemesi Hâlinde Öngörülen Çözümler

PECL’in sözleşmelerin ifa edilmemesine ilişkin temel sistematığı *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması-CISG* ve *Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler-PICC* düzenlemelerinde olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışına dayanmaktadır. Borcun ifa edilmemesi diğer bir ifadeyle *ademi ifa* kavramı, sözleşmeden doğan her türlü borç (asli borçlar, yan edim yükümleri v.s.) için ve her türlü *ifa etmeme* davranışını (eksik, geç, ayıplı veya hiç ifa etmeme) kapsayacak bir anlam ifade eder. Yine borcun ifa edilmemesini kavramlaştırırken PICC’de olduğu gibi *non-performance* kavramı kullanılmaktadır.¹¹¹

PECL ifa etmeme durumunu iki temel başlık altında incelemektedir. PECL Bölüm 8’de ifa etmemeyi genel olarak incelenmekte; bölüm 9’da ise ifa etmeme durumunda özel başvuru yolları ele alınmaktadır. PECL 8/101’e göre, “*Bir taraf sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemezse ve bu yerine getirmeme Madde 8:108 hükmüne göre mazur görülemezse, zarara uğrayan taraf Bölüm 9’da öngörülen yollardan herhangi birine başvurabilir.*” Bu madde genel anlamı ile ifa etmemeden dolayı söz konusu olacak başvuru yollarını teminat altına almaktadır. Bu bağlamda, ifa etmeme her türlü sözleşmeye dair yükümlülüğün (asli veya tali ayrımı yapılmaksızın) ihlal edilmesini ifade etmektedir. İfa etmeme sonucunda ortaya çıkan sonuçlar, *borçlu bakımından söz konusu olan başvuru yolları* adı altında, söz konusu

¹⁰⁹ Ersin, **a.g.t.**, s.58.

¹¹⁰ **A.e.**, s.42.

¹¹¹ **A.e.**, s.135.

İfa etmeme davranışlarının mazur görülüp görülemeyeceğine dayanılarak ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre mazur görülemeyen İfa etmeme davranışları zarar gören tarafa, aynen İfa, tazminat, edimi askıya alma, sözleşmeyi sona erdirmeye ve fiyat indirimi hakkı tanımaktadır. Bu durum, alacaklı tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda da söz konusu olmaktadır (m.7/110-111). Bunun dışında mazur görülebilen İfa etmeme durumları ise zarar gören tarafa, aynen İfa ve tazminat talepleri dışında bölüm 9’da sayılan diğer hakları sağlamaktadır. İfa etmeme durumunun alacaklının kendi fiilinden dolayı ortaya çıkması hâlinde, bölüm 9’da bahsedilen hakları kullanamayacağı hususu da düzenlenmiştir. Bu durum için verilebilecek en tipik örnek alacaklı temerrüdüdür. Ancak bunun dışında bazı hâllerde de alacaklının davranışları İfa etmeme sonucuna etki edebilir. Örneğin, vermesi gereken bir bilgiyi eksik veya yanlış vermesi durumlarında İfanın eksik olmasına alacaklının fiili katkıda bulunmuştur. Alacaklının fiili ile İfa etmemeye ne derecede etkili olduğu somut olaya göre değerlendirilecektir.¹¹²

Sözleşmenin esaslı ihlali kavramını PECL Art. 8/103’de düzenlemiştir. Söz konusu madde hükmüne göre: *“Sözleşmeye dair bir borcu İfa etmeme eğer; (a) Borca sıkı sıkıya uyma, sözleşmenin esasını teşkil ederse; veya (b) Borçlunun bu sonucu öngöremediği veya haklı olarak öngöremediği durum dışında, İfa etmeme alacaklıyı sözleşmeden beklediği haktan mahrum bırakırsa; veya (c) İfa etmeme kasıtlı olur ve alacaklıya diğer tarafın gelecekte İfasına güvenemeyeceği inancını veririse; esaslıdır.”* Mevcut İfa etmeme veya beklenen bir İfa etmeme durumu esaslı ise, zarar gören taraf, diğer İfa etmeme türlerinden daha geniş bir başvuru imkânına sahip olacaktır. Zarar gören taraf buna göre, gecikmiş İfa düzeltmesini reddedebilir (m. 8/104), sözleşmenin İfası için yeterli bir teminat talep edebilir (m. 8/105) ya da sözleşmeyi sona erdirebilir (m. 9/301-302-304).¹¹³

¹¹² A.e., s.136-137.

¹¹³ İfa etmemenin esaslı olup olmadığının tespiti hususunda getirilen kıstaslara bakıldığında, madde 8/103(a) ile İfa etmemenin esaslı sayılması için aranan unsur, sözleşme ihlalinin ağırlığı değil; taraflar arasındaki anlaşmaya sadık kalmanın esaslı olması ve bu yükümlülüklerden birinin ihlalinin, doğrudan sözleşmenin özüne etki ediyor olması ve diğer tarafın sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmekten azat edilmesini sonucunu doğurması aranmaktadır. Madde 8/103(b) ise, İfaya yönelik edimin zorunluluğuna değil de İfa etmemenin neticesinin ağırlığına bakmaktadır. İfa etmemenin sonucu zarar gören tarafı sözleşmeden olan beklentilerini sözleşmeyi İfa etmekteki menfaatini kaybedecek şekilde karşılamıyorsa, genel olarak bu durumda İfa etmeme esaslı sayılmaktadır. Ancak İfa etmemede bulunan taraf İfa etmeden doğan bu sonucu öngörmemiş ve öngörebilecek de değilse

İfanın alacaklı tarafından bir nev'i garanti altına alınması anlamına gelen ve henüz ifa zamanı gelmeden başvurulabilecek bir yöntem olarak karşımıza çıkan madde 8/105'deki düzenleme, taraflardan birinin karşı tarafın edimini ifa etmeyeceğine ilişkin makul gerekçelere dayanan bir kanaatinin varlığı hâlinde taraf menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte bu maddeyi, 9/304 maddesi ile beraber değerlendirmekte fayda vardır. Buna göre, *“Bir tarafça ifa için gereken zamandan önce, onun tarafından esaslı bir ifa etmemenin olacağı açıkça belli ise, diğer taraf sözleşmeyi feshedebilir”*. Bu iki madde bir arada düşünüldüğünde, taraflardan birinde, karşı tarafın edimini ifa etmeyeceğine yönelik makul gerekçelere dayanan bir kanaatin oluşması ilk durumu, ifa etmemenin kanaatten öteye geçerek açıkça belli olması ikinci durumu ifade etmektedir. Bu iki maddede öngörülen çözümlerin de birbirinden farklı olduğunu görmek mümkündür. Zira ilk maddede ifa etmemenin gerçekleşeceğine yönelik bir kanaat olduğundan doğrudan sözleşmenin feshi değil; zarar görecekt olan tarafın teminat talep etmesi, ancak teminatın süresi içinde sağlanamaması hâlinde feshin söz konusu olması, sözleşmenin devamlılığı anlayışı ile de uyum içindedir.¹¹⁴

Ayrıca, PECL'nin temelde sözleşmenin devamlılığından yana olan tutumunu yansıtan, borçluya ek süre verilmesi hâlinde, bu ek sürenin ne anlama geldiği ve ne gibi sonuçlar getirdiğini düzenleyen madde 8/106, PECL'nin borcun ifa edilmemesine ilişkin temel yaklaşımının anlaşılması için üzerinde durulması gereken bir nitelik taşımaktadır. Bu maddeye göre, *“(1) Her ifa etmeme hâlinde mağdur taraf diğer tarafa bir bildiriyle ifa için ilave süre verebilir. (2) Mağdur taraf ilave süre boyunca, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir ve tazminat isteyebilir fakat başka herhangi bir yola müracaat edemez. Eğer diğer taraftan bu süre içinde ifa etmeyeceğine dair bir bildiri alırsa veya bu süre sonunda gereken ifa yerine getirilmemişse, mağdur taraf Bölüm 9'da mevcut olan yollardan herhangi birine başvurabilir. (3) İfada esaslı olmayan bir gecikme hâlinde, mağdur taraf makul uzunlukta ilave bir süre tespit eden bir bildiri vermiş ise, bildiri süresinin sonunda*

bu durumda esaslı ifa etmemeden bahsedilemeyecektir. Burada öngörülebilirlik ölçüsünün, makul düzeyde birisi aynı durumda olsaydı söz konusu sonucu öngörebilir miydi sorusuna göre belirlendiği ifade edilmektedir. Ole Lando, Hugh Beale, **The Principles of European Contract Law, Parts I and II**, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, s.364-365.

¹¹⁴ Ersin, **a.g.t.**, s.139-140.

sözleşmeye son verebilir. Mağdur taraf bildirisinde diğer taraf bildiriyle tespit edilen süre içinde ifayı yerine getirmemezse sözleşmenin kendiliğinden son bulacağını şart koşabilir. Belirtilen bu süre çok kısa ise, mağdur taraf sözleşmeyi feshedebilir veya duruma göre sadece bildiri anından belli bir süre geçtikten sonra sözleşme kendiliğinden son bulabilir.” Bu madde, muhtevasında iki temel kuralı barındırmaktadır. İlki, zarar gören tarafın, sözleşmenin ifa edilmemesinden hemen sonra sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı varken, karşı tarafa ifayı kabul edeceğini bildirmişse, artık bildirimde bulunmaksızın fikrini değiştiremeyecektir. İkincisi, ifada gecikme olmuş ve fakat bu gecikme esaslı bir ifa etmeme durumu teşkil etmiyorsa, zarar gören taraf sözleşmeyi, karşı tarafa makul bir bildirimde bulunduktan sonra sona erdirebilir.¹¹⁵

PECL'nin borcun ifa edilmemesi sorununa ilişkin getirdiği çözümlerin anlaşılmasında, borçlunun borcuna dair garanti sorumluluğunun hangi durumlarda sınırlandırıldığı konusu önemli bir noktadır. Bu hususta madde 8/108 yol gösterici niteliktedir. Madde şu hükümlere yer vermektedir: “(1) Bir taraf, ifa etmemenin kendi kontrolü dışında bir engel nedeniyle meydana geldiğini ve sözleşmenin yapılma zamanında haklı olarak bu engeli öngöremediğini veya önleyemediğini veya engelin ve sonuçlarının üstesinden gelemediğini ispat ederse ifa etmeme mazur görülür. (2) Engel sadece geçici ise engelin mevcut olduğu süre esnasında, bu maddede öngörülen mazeret kabul edilir. (3) İfayı yerine getirmeyen taraf ifa engelini ve onun kendi ifa kabiliyetine etkisini, bu hâl ve şartları bildiği veya bilmesi gerektiği makul bir süre içinde diğer tarafa bildirmek zorundadır. Diğer taraf böyle bir bildirin yapılması nedeniyle meydana gelen herhangi bir zarardan tazmine hak kazanır.”

Bu madde borcun ifa edilmemesinden sorumlu tarafın, esasında sorumlu tutulamayacağı olaylardan bahisle, dışarıdan gelen bir engelin ifayı önlediği ve/veya imkânsız kıldığı durumlara uygulanır. Engel (impediment) kavramı doğal olaylar,

¹¹⁵ Bununla birlikte, bu madde yorumlanırken öncelikle iki durum göz önünde bulundurulmalıdır. İlk olarak, zarar gören tarafın ifa etmeme davranışında bulunan tarafı ifa etmeme dolaylı sorumlu tutması için herhangi bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. İkinci olarak ise, sözleşmenin sona erdirilmesi zarar gören tarafın iradesi ile oluşmaktadır; bir mahkemenin ya da hakemin müdahalesini gerektirmez. İfa etmemenin esaslı olması veya feshin diğer koşullarının gerçekleşmesi durumlarında zarar gören taraf, fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Lando, Beale, **a.g.e.**, s.374-375.

üçüncü kişilerin eylemleri gibi her türlü olayı kapsamaktadır. Bu maddenin uygulanması için gerekli olan şartlar geleneksel anlamıyla mücbir sebep (force majeure) için aranan koşullardır. Bunlar genel olarak uygulanacakları somut olaya göre çeşitlilik arz eder ve ifa etmeme durumunda bulunan tarafın, sorumluluktan kurtulabilmek için bu koşulların gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir.¹¹⁶ Madde hükmünden de sarahatle görüldüğü üzere, söz konusu koşullar içinde kalan engel hâli, borçlunun dışında mücbir bir sebepten kaynaklanmalı, borçlunun imkânları içinde önlenemez ve üstesinden gelinemez olmalı ve sözleşmenin kurulduğu anda bu durum öngörülebilir olmamalıdır.

C. AB Üyesi Devletlerde Kamu Alım Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi

İdare, tek taraflı hukuki işlemleri ile hukuk dünyasında değişiklik yapma etki ve yetkisine sahip olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sözleşme olarak bilinen iradelerin uyuşması yolunu da tercih edebilir. Kimi durumlarda bu tercih bir zorunluluk olarak idarenin önüne gelir. Zira, devlet, ekonomik hayatın en büyük alıcısı/tüketicisi olduğundan, kamu hizmetlerini yürütebilmek için birtakım gereksinimlerini karşılaması ve de halkın kamu hizmetlerinden yararlanması, tek taraflı işlemlerle her zaman olanaklı değildir. Bundan dolayıdır ki idare, özel hukuk kişileri benzeri, özel hukuk hükümleri çerçevesinde alım, satım, kira, taşıma gibi konularda sözleşme yapabilmektedir.¹¹⁷ Diğer taraftan, kamu hizmeti kavramı artık klasik anlamından uzaklaşmış; özel sektörün de dâhil olduğu bir kavram hâline gelmiştir. Devletin son dönemlerde görevlerini adalet, savunma gibi temel ve geleneksel kamu hizmetlerini görmeye indirgemesi, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetlerin özel sektöre devrine neden olmuştur.¹¹⁸ Bu bağlamda devletin yeniden yapılanması, devlet aygıtının belirlenmiş

¹¹⁶ Lando, Beale, **a.g.e.**, s.379.

¹¹⁷ İdare genel olarak işlemlerini, kamu gücü kullanarak tek taraflı irade açıklamasıyla yapar. İlk bakışta sözleşmelerin, tek taraflı hukuki tasarruflar, icraî kararlar ve statüler hukuku olan idare hukukunun yapısıyla bağdaşmadığı zannedilse de, gelişmeler farklı bir seyir göstermiştir. İdare yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini sözleşme imzalamış olduğu özel kişilere yaptırdığı gibi, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri de sözleşme yoluyla elde etmek durumunda kalmıştır. Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin, 2000, s.117-118.

¹¹⁸ Bayram Keskin, **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, İstanbul, Arıkan, 2008, s.1.

iktisadi ve siyasi hedefleri doğrultusunda konum ve işlevleri bakımından yeniden tanımlanarak örgütlenmesi durumu ortaya çıkmıştır.¹¹⁹

Devletin mali yönünü gelirleri, harcamaları ve malvarlığı oluşturmaktadır.¹²⁰ Devlet bu mali konularda faaliyette bulunurken, bir yandan kamu hukukuna tabi fiil ve eylemlerinde kamu gücü ile donatılmış üstün bir konum sergilemekte, diğer yandan özel hukuka tabi işlemlerinde özel hukuk kişileri ile eşit konumda bir pozisyon almaktadır. Bu farklılık, literatürde sıklıkla tartışma alanı bulan kamu-özel hukuk ayırımına temel teşkil etmekte olup, idarenin girdiği sözleşme ilişkilerinde de önemli bir rol oynamaktadır.

1. Genel Olarak Kamu-Özel Hukuk Ayırımı

Geleneksel olarak sözleşmeler, *özel hukuk sözleşmeleri* ve *idari sözleşmeler* şeklinde bir ayırıma tabi tutulmakla birlikte, bu ayırımın esasları ile uyuşmayan karma nitelikte sözleşmeler de mevcuttur. İdare, daha doğrusu kamu idare, kurum ve kuruluşları tüzel kişiliğe sahip olmak koşuluyla sözleşmeler yapabilirse de, ne “özel hukuk sözleşmesi” ile “idari sözleşme” arasında bir seçenek olanağına ne de bunlardan hangisini yapması yasal olarak gerekirse gereksin, izleyeceği usul, bağlı kalacağı yöntem ve şekil bakımından herhangi bir sınırsız takdir yetkisine sahip bulunmamaktadır. Ayrıca, idarenin ne tür bir sözleşme yapması gerektiği kural olarak ilgili yasal düzenlemelerde belirlenmiş bulunduğu gibi bunu yaparken izleyeceği yol ve aşamalar da birçok genel düzenleyici işlem ile saptanmıştır.¹²¹ Bu itibarla, kamu alım sözleşmeleri değerlendirilirken taraflardan birinin her zaman idare olduğu unutulmamalıdır.

İdare, âdeta bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek özel hukuk sözleşmeleri yapmakla birlikte, kamu gücü yetki ve ayrıcalıklarını kullanarak idari sözleşmeler de yapmaktadır.¹²² Kural olarak, tek taraflı hukuki işlemlerde bulunan idarenin,

¹¹⁹ Fatih Kaymakçıoğlu, **Uluslararası Tahkim ve Enerji Politikaları**, Ankara, Paragraf Yayınevi, 2005, s.29.

¹²⁰ Esasen, bu tür olaylar mali hukukun konusu olmakla birlikte, bu hukuk alanına özgü bağımsız bir yargılamadan söz edebilmek mümkün olmadığından, ihtilaflar farklı yargı yolları içerisinde çözüme kavuşturulmaktadır. Taşdelen, **a.g.m.**, s.44.

¹²¹ İl Han Özay, “İhale Usulleri ya da “İskambilden Şato” ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım, 2007, s.871.

¹²² Tan, **a.g.m.**, s.291.

sözleşme ile iki taraflı hukuki bir işlemde bulunması her ne kadar istisna denilse de günümüzde, özellikle belediyeler gibi kamu idareleri ya da bazı kamu kurumları kendi artan gelirleriyle orantılı büyük girişimler içinde olduklarından, bu istisna sayısal bakımdan eskisi kadar az rastlanan bir durum olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle, idarenin kategorik olarak yaptığı sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine göre *olağan* sözleşmeler ile tamamen idare hukuku ilke ve kurallarıyla belirlenmiş *idari* sözleşmeler şeklinde iki çeşit¹²³ olduğu öğretilde kabul edilir olmuştur.

Kamunun özel sektörle girdiği işbirliği, fikir olarak ne yenidir ne de eski. Tarih boyunca devletler, özellikle de kriz zamanlarında, destek için sıklıkla özel sektöre başvurmuştur.¹²⁴ Dolayısıyla, idarenin gerçek veya tüzel özel hukuk kişileri ile sözleşme üzerinden girdiği bu hukuki münasebetin, idareyi tanımlayan üstün güç ve yetkilerle donanımlı olma hâlini aşındıran bir durum yaratıp yaratmadığı tartışmalıdır. Bugün gelinen noktada, kamu kurumlarının özel hukuk kişilerine gördürdüğü işlerin giderek artması ve ihtiyaçlarını ihale yöntemlerini kullanarak gerçek veya tüzel kişilerden tedarik etme tercihlerinin yaygınlaşması, kamu hukukunun “üstün/ayrıcılık olma” özelliğini bahsettiği “idare”yi, özel hukukun önemli bir aktörü hâline getirmiştir. Ayrıca, özel hukukun en önemli enstrümanı olan sözleşmeler¹²⁵, artık yoğun bir şekilde idarelerce de kullanılır olmuştur. Dolayısıyla, sözleşmelerin idareler tarafından kullanıldığı, bir diğer ifadeyle idarenin taraf olduğu sözleşmelerin uygulamada çoğaldığı, hukuki tartışmaların ötesinde bir gerçekliğe işaret etmektedir.

Özay’a göre; özel hukuk sözleşmeleri, bu alanda herhangi bir kişi ile diğeri ya da iki tüzel kişi arasında yapılmış olanlar gibi, medeni hukuk, borçlar hukuku ya da ticaret hukukunun genel ilkeleri uyarınca gerçekleştirildiğinden, sözleşmenin kendisi, adı geçen hukuk dallarında incelenenlerden farklı değildir ve üzerinde uzun boylu

¹²³ İl Han Özay, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 1996, s.411.

¹²⁴ Lawrence L. Martin, Corey T. Stutte, “Public-Private Partnerships”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.705.

¹²⁵ Sözleşme kavramının özel hukuk açısından taşıdığı önem, hem özel hukukun dokusunu oluşturmada, onun temel felsefesini belirlemekte hem de ona yön vermektedir. Özel hukuk alanının, mülkiyet, sözleşme ve haksız fiil halleri konularının belirlenmesi yanında sınırlandırılmasında da kurucu etkisi vardır. Sözleşmeler, özel hukuk alanının temel kriterlerinin gerçekleştiği en yaygın ve somut alana dönüşmüştür. Işıқтаç, **a.g.e.**, s.270.

durmaya gerek yoktur.¹²⁶ Zira, birçok kamu sözleşmesi, bir alıcı/satıcı ilişkisinin varlığı üzerine kurulur. İşveren/temsilci kuramında; kamu işveren, özel sektör yüklenicisi temsilcidir. Temsilcinin görevi işverenin buyruğunu yerine getirmek olup, ayrıca, işverenin yararına olan kararları almak adına güvене dayalı bir sorumluluğa da sahiptir.¹²⁷

Kamu alımı sözleşmeleri yukarıda yapılan açıklamaların dışında değerlendirilmemektedir. Bu nedenle, kamu-özel hukuk ayrımının kamu alımları sözleşmeleri için de net ifadelerle bir sonuca bağlanması pek mümkün görünmemektedir. Konunun uluslararası literatürde de yeterince aydınlatıl(ma)maması, sorunun bünyesinde taşıdığı zorluktan ileri gelmektedir. Bu konudaki devlet uygulamaları ve bu uygulamaların dayandığı mevzuat ve yargı kararları, özellikle son yıllarda başta AB üyesi devletlerde olmak üzere bazı değişimlere maruz kalarak, üye devletlerin Avrupa hukukuna uyumu sürecinde büyük ölçüde uyumlaştırma sağlandığı söylenmekle birlikte, her devletin bu alanda benimsemiş olduğu hukuki rejimin diğerlerinden farklılıklar gösterdiği de açıkça gözlenmektedir.¹²⁸

2. AB Üyesi Devletlerde İdarenin Sözleşmeleri

19. yüzyılda Avrupa'daki kamu idarelerinin, ağırlıklı olarak tek taraflı hareket ettiği kabul edilmektedir. Ancak, yakın zamanda idare, kendi için fayda elde etmek veya belirli temel kamu hizmeti işlerini özel hükümlerle emanet etmek için özel kişiler ile sözleşme yapmaya başlamıştır. İdari yargının gelişmemiş olduğu ve sözleşmenin medeni hukuka tabi yasal düzenlemenin arketipi olarak ortaya çıktığı bir yüzyılda, medeni hukuk sözleşmeleri gibi idari sözleşmelerin de bulunması doğaldır. Hemen hemen tüm Avrupa devletlerinde bu yaklaşım konumunu devam ettirmektedir. Fakat bu yaklaşımın istisnaları vardır. Bu istisnalar, kamu kurumları arasındaki sözleşmeler ve kamu hukuku kişisi ile özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmeler arasında ayırım için gereklidir. Kamu kurumları arasındaki sözleşmeler,

¹²⁶ Özay, **a.g.m.**, s.879. Özel hukukun bütüncül yapısına bakıldığında, iç ve dış sistematik ayrımı anlaşılabilir bir ayrımdır. Örneğin, borçlar hukuku ya da eşya hukuku medeni hukukun özgün dalları olarak ele alındığında bir bütünlük kurulmakla beraber kendilerine özgü ilkelere de sahiptirler. Dolayısıyla, bir bütünlük içinde ele alındığında, özel hukukun iç sistematığının doğru olarak ortaya konulması ve anlaşılması önem taşımaktadır. Işıktaç, **a.g.e.**, s.293-294.

¹²⁷ Martin, Stutte, **a.g.m.**, s.708.

¹²⁸ Abdullah Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.11-12.

kamu hukukuna tabi sözleşmeler olarak kabul edilmiştir. Kamu hukuku ve özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmelerin temelde üç türü vardır: Kamu idaresinin, özel kişilerin mal veya hizmetlerini satın aldığı sözleşmeler (genellikle kamu alımı olarak adlandırılır), idarenin kamu yararı görevini özel bir kişiye emanet ettiği sözleşmeler (işbirliği anlaşmaları) ve nihayet idarenin özel kişilere hizmet verme imkânı sağladığı sözleşmeler (dağıtım sözleşmeleri). Bu sözleşmelerin hukuki statüsü, farklı devletlerde, farklı bir gelişme göstermiştir.¹²⁹

Nitekim, Fransa'da idari yargı, idari makamlara, özellikle devlet yetkililerine, ayrıcalıklı bir yargı sağlamak için çok önceden teşekkül etmiştir. Bundan dolayı, Napolyon döneminde, en çok yapım sözleşmeleri ve devletin tedarik davalarında, Danıştay tarafından yavaş yavaş medeni hukukun farklı kurallarını bilmek zorunda kaldığı sözleşmelere atıfla bir içtihat geliştirilmiştir. Böylece bir idari sözleşme hukuku doğmuş ve bu örneği Fransız kamu hukuku etkisinde bulunan birçok devlet izlemiştir. Ancak kimi devlet bu etkiye direnerek, idari sözleşme davalarının, aslında hukuk mahkemelerinin yetkisine girdiğini, hatta bir anayasal kural altında bulunması gerektiğini savunmaktadır (Belçika ve İtalya). Diğerleri (Almanya, Avusturya, İsviçre) belli idari kararlar yerine sadece sözleşmelerin, medeni hukuka aykırı sözleşmeler olabileceği tezini benimsemektedir. Diğer bazıları (Büyük Britanya) ise hâlâ, idari makamlar lehine bazı ayrıcalıkların varlığını kabul ederken, prensipte özel hukuk uygulama ilkesine tamamen bağlı kalmaktadır.¹³⁰

Fransa'da temelde iki tür idari sözleşme vardır; kamu idaresinin mal veya hizmet alımı veya yapım işleri sağlayan sözleşmeler ve kamu otoritesinin özel bir şirkete, kamu mal veya hizmet sağlama görevi emanet ettiği sözleşmeler. Sözleşmelerin birinci türü öncelikle kamu piyasasına¹³¹ ilişkindir ve Kamu Alım

¹²⁹ Fromont, **a.g.e.**, s.297.

¹³⁰ Kamu hukukunun uygulanmasında sözleşmelere bağlılık ilkesi, Fransız idari hukuku tarafından öncelikle uygulanmış ve idari sözleşmelerin hüküm ve icrasında çok ayrıntılı bir teorinin gelişmesine yol açmıştır. İspanya, Portekiz ve Yunanistan görece önemsiz farklar olsa da neredeyse Fransız modelini benimsemiştir. Buna karşılık, İtalya ve Belçika oldukça kapsamlı bir şekilde Fransız idari sözleşme teorisini tümüyle almış, ancak hukuk mahkemelerinin idarenin sözleşmeleri üzerinde oldukça geniş bir yetkiye sahip olduğu gerçeğine adapte olmak zorunda kalmıştır. Fromont, **a.g.e.**, s.298-299.

¹³¹ Fransız kamu alım hukukunda kamu piyasası, kamu hukukunda kişinin iş, mal veya bir şirket tarafından sağlanan hizmetlere karşı bir bedel öder gerçeği ile karakterize edilmektedir.

Kanunu (du Code des marchés publics) ile uygulama imkânı bulmaktadır.¹³² Fransız Kamu Alım Kanunu, orijini ne olursa olsun çeşitli kamu alımlarını gruplayan, idari sözleşmelere uygulanan, ancak akdi bir doküman sayılmayan kamu alım hukukunun en temel kaynağıdır.¹³³

a. İspanya, Portekiz ve Yunanistan

İspanya, Portekiz ve Yunanistan'da, idari sözleşmelerin hukuki rejimi Fransız hukuk örneğine benzemektedir. İspanyol hukuku çok büyük ölçüde Fransız idari sözleşmeler kavramını, aynı tip hukuk sistemini ve dava yöntemini benimsemiştir. Fransız hukuku ile farkı, İspanyol kanun koyucunun çok doğru müdahalesi sonucunda basitleştirilmiş ve aynı zamanda Fransız sistemine göre bazı değişiklikler getirilmiştir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri de öncelikle konusuna göre tanımlanır. Sözleşmeler Kanunu'nun 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca idare tarafından imzalanan diğer sözleşmeler özel sözleşmelerdir ve bunlar; özellikle satış, bağış, döviz, kira sözleşmeleri ve binalar, fikri mülkiyet veya menkul kıymet sözleşmeleri ile sanatsal yaratma, yorumlama ve edebi performanslara ilişkin diğer sözleşmelerdir. İdari sözleşmelerin hukuki rejimi Fransız hukukuna çok yakındır. Yargı sistemi gibi, o da Fransa'da uygulanan ile aynıdır: İdari mahkemeler sözleşme ihtilaflarına bakmak için münhasır yargı yetkisine sahiptir (Sözleşmeler Kanunu madde 7, Bölüm 2). İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin hukuki rejimi ise Fransız hukuku ile çok benzer değildir. Nitekim, sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması işlemleri kamu sözleşmeleri için geçerli olup, hâlâ idari mahkemelerin yetkisi altındaki kurallara tabidir. Hâlbuki, Fransa'da bu eylemler, sadece AB direktiflerinin rekabet kurallarının uygulanmasını gerektiren durumlarda söz konusudur. Ancak, Fransa'da olduğu gibi, özel sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin kurallar Medeni

¹³² Fromont, **a.g.e.**, s.300.

¹³³ Fransız kamu alım hukuku, ana kanun yanı sıra, bir modernizasyon kanunu ve değişiklik yapan sekiz kararname ile desteklenmiştir. 1 Ağustos 2006 tarihinde yürürlüğe giren 2006-975 sayılı Kamu Alım Kanunu, dokuz kez değişikliğe uğramıştır. Özlem Tüzüner, "Kamu İhale Hukukunda Fransa Örneği", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.203. Türk kamu alım hukukunda, 01 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu günümüze kadar on iki yıllık bir sürede, gerek kanun ve kanun hükmünde kararname gerekse de Anayasa Mahkemesi kararları ile toplamda otuz dört defa değişikliğe uğramıştır.

Kanunu'na aittir ve adli yargı uygulamada görülen anlaşmazlığa bakmak için yetkilidir (İdari Sözleşmeler Kanunu madde 8, paragraf 3).¹³⁴

Portekiz'de idari sözleşme kavramı, İspanyol yasalarına oldukça benzemektedir. İdari sözleşmelerin hukuki rejimi de oldukça örtüşmektedir. Özel hukuk sözleşmeleri ise, tümüyle Medeni Kanunu'nun kurallarına tabidir ve dava adli yargıya aittir.¹³⁵

Fransız idari sözleşme kuramının, Yunan hukukunda çok önceden beri uygulanmasına karşılık, Danıştay, kamu hukukuna tabi kurallara göre sözleşme öncesi eylemlere karşı temyiz kabul edilebilirliğini çok yakın zamanda kabul etmiştir. Ancak, idari sözleşmelerin yürütülmesinden ve ihtilafların yorumlanmasından sorumlu olan Yargıtay, bu sözleşmelerin bazısının kamu hukukuna tabi olduğunu kabul etmeyi reddetmektedir. Ama 1406/1983 sayılı Kanun, Anayasa'nın 94'üncü maddesi 3'üncü paragrafı uyarınca kabul edilen, bu nedenle idari sözleşmelere ilişkin ihtilaflar da dâhil olmak üzere idare mahkemelerinde tüm ihtilaflara sınırsız yargı yetkisi atfedilir. Bugün, Fransız idari sözleşmeler kuramı tümüyle Yunanistan'da cari olmakla birlikte aslında, Yunan hukuku zaten Fransız hukukuna çok yakın bir hukuktur. Ayrıca, içtihat da pratikte idari sözleşme kriterlerini benimsemiştir. Ancak, mevzuat, çeşitli sözleşme türlerine ilişkin birçok metin arasında dağınıklık göstermektedir ve idarenin yetkileri henüz gelişmiş değildir.¹³⁶

b. İtalya ve Belçika

Fransız sistemi/modeli büyük ölçüde, her iki devlette de kamu sözleşmeleri ihtilaflarının çözümünde ilham olmuştur. İki devletin de yürürlükte bulunan mevzuatı, idari sözleşmenin kapsamlı bir tanımını vermemektedir. Bu aslında, geçerli yasaların konuyu farklı belirleyebileceğinin iki devlet tarafından da kabul edildiğini göstermektedir.¹³⁷

¹³⁴ Fromont, **a.g.e.**, s.305-307.

¹³⁵ **A.e.**, s.307-308.

¹³⁶ **A.e.**, s.308.

¹³⁷ **A.e.**, s.309.

Her iki devlette de, ilke olarak, adli yargı bireysel haklarla ilgili ihtilaflara bakmada münhasır yargı yetkisine sahiptir. Bunda, bu devletlerin sözleşmeyi tam olarak bireysel hakların kaynağı olarak görmesinin etkisi büyüktür. İdari mahkemeler, Belçika'da 1946 ve İtalya'da 1889 yılında Danıştay olarak ortaya çıkmış ve bu mahkemeler Fransız kuramındaki sözleşmenin tek taraflı sonlandırılması eylemlerini çok hızlı bir şekilde onaylamıştır. Günümüz uygulamasında, idari sözleşme davaları idari mahkemelerin yetkisi dâhilinde ve olağan mahkemelerin yetki alanı içinde yürütülmeye çalışılmaktadır. Ancak, sonuç ve uygulama arasında bir sınır çizmek oldukça zordur. Zira, sözleşme yapma eylemi bir idari işlemdir ve öncesinde çeşitli hazırlık eylemleri olduğu kabul edilir (ihale ilanı, aday seçimi, idari otoritenin onayı, vb.). İtalya'da, AB direktiflerinden bu yana idari yargı ile mahkeme iptal etme yetkisini kullanamamaktadır, ancak bazı durumlarda önceki duruma geri döndürme başvurularını değerlendirebilmektedir. Diğer taraftan, adli yargının idarenin sözleşme öncesi yükümlülüklerini yargılamasının kabul edildiği durumlarda ihalenin sonuçlanması için gereken hazırlık eylemlerinin değerlendirilmesine müdahale etmesi mümkündür.¹³⁸

Buna karşılık, hem İtalya hem de Belçika'da adli yargı, ortada açık bir hüküm bulunduğu -örneğin zorunluluğun sadece idari bir otoriteye karşı sınırlı bir ölçüde mümkün olduğu- durumlar hariç, o idarenin diğer taraf ile eşit konumda hareket ettiği ve Medeni Kanunu'nun kurallarının uygulanacağı inancıyla, idari sözleşmede bireysel haklar üzerinde karar verir. Burada, İtalyan Medeni Kanunu'nun (1942) Fransız Kanunu (Belçika Kanununa çok yakındır) kadar sert olmadığı ve ayrıca kamu hukuku kuralları ile farklılıkların düşünüldüğü kadar büyük olmadığı not edilmesi gerekmektedir. Örneğin, öngörü teorisi İtalyan Medeni Kanunu'nda özel bir öneme sahiptir (m.1664). Ayrıca, eğer sözleşme tarafları uzlaşmada başarısız olursa, hâkim belli sınırlar içinde kalarak, sözleşme konusu işi değiştirmek için izin vermeye yetkilidir (m.1661).¹³⁹

¹³⁸ A.e., s.311.

¹³⁹ A.e., s.312.

İtalya¹⁴⁰ ve Belçika'da, kamu alım sözleşmeleri için geçerli yasal çerçeve oldukça karışıktır. Sözleşmenin sonuçlanmasına kadar kamu yararı çok fazla gözetilmektedir. Buna karşılık, hemen hemen bir kaç istisna dışında, sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel hukuk hâkimdir.¹⁴¹

c. Almanya ve İngiltere

Alman hukuku, idari görevlerin tamamlanmasında hizmet veya mal tedarikini sağlayan özel hukuk kişilerinin işbirliğini kabul ettiği tüm sözleşmeler sistemini kapsayan Fransa'dakine benzer bir idari sözleşmeye sahip olmaktan uzaktır. Aslında, idari sözleşme süreci, yapım ve hizmet işleri tedarik sözleşmeleri ve hatta imtiyazlar için hiç kullanılmamıştır. Buna karşılık, özel hukuk sözleşmeleri kamu alım kuralları üzerine AB direktiflerinin aktarımının da bulunduğu özel kurallara tabidir, ancak bu kurallar Alman hukuku içinde birleştirilmiş olup, kamu hukuku kuralları şeklinde değil de, rekabet ile ilgili kurallar altında yer almıştır. Buna ek olarak, Alman yargısı, iki aşama olarak bilinen teoriyi (Zwei Stufen Teorisi) geliştirmiştir. Bu teoriye göre, ilk adım olarak idare, sözleşme yapmak üzere bir karar alır ve ikinci aşamada, kararın yararlanıcısı ile bir özel sözleşme ilişkisine girer. Bu kuram, Fransız kuramındaki ayrılabilir eylemleri hatırlatmaktadır.¹⁴²

İngiliz hukukunda tüm idari sözleşmeler, büyük ölçüde yazılmamış genel hukukun konusudur.¹⁴³ Ancak, İngiliz hukuku, kamunun kısmen bazı ayrıcalıklara sahip olduğunun ve kamu yararı hedeflerinin gerektiğinin bilincindedir. Gerçekte, kamu otoriteleri veya bunların ajanları veya kamu hizmeti çalışanları arasında sözleşmenin üçüncü bir türü vardır. Bu türde sözleşme, diğer Avrupa devletlerinde de bulunmaktadır, fakat İtalya dışında, genellikle çok daha küçük bir yer tutar.

¹⁴⁰ İtalyan hukuku kamu alım sözleşmesinin üç ana tipini şu şekilde düzenlemiştir: 358/1992 sayılı Kanun (m.2), bir tedarikçi ve idare arasında yazılı sonucuna bağlanan sözleşmeler ile satın alma, kiralama sonucu bir alım seçeneğinin kullanımı ile ilgili olan kamu mal alım sözleşmelerini; 157/1995 sayılı Kanun (m.3) bir hizmet sağlayıcı ve sözleşme makamı idare arasında ve Ekleri 1'de listelenen hizmetleri sağlamak için düzenlenmiş olan hizmet sözleşmeleri; 406/1991 sayılı Kanun (m.4) ile düzenlenen kamu yapım işleri sözleşmeleri. **A.e.**, s.309-310.

¹⁴¹ **A.e.**, s.312.

¹⁴² **A.e.**, s.313-315.

¹⁴³ İrlanda da kamu sözleşmeleri, İrlanda özel hukukuna tabidir ki, öncelikle genel hukuk kuralları işaret edilmektedir. Avrupa'daki kamu alımları AB direktiflerine uymak zorunda olduğundan; İrlanda'da bu yükümlülük Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan "Kamu İhale Kuralları Rekabetçi Süreci, 2004" adlı bir bakanlık yönergesi ile uygulanmıştır. **A.e.**, s.324.

Bugün, hemen hemen tüm yetkililer özel hukuk kapsamında istihdam edilmektedir. Bu tür sözleşmelerin sonuçlandırılması ve yürütülmesi özel hukuka tabidir.¹⁴⁴

d. Hollanda, Avusturya ve Polonya

Hollanda çok geniş ölçüde Alman bakış açısını benimsemiştir. Sözleşme, ilke olarak, özel hukuk ilişkilerinin olduğu özel hukuk eylemidir. Özel hukuk, her şeyden önce, mal veya hizmetleri tedarik eden idareler ile ayrıca elektrik veya su gibi ürünleri sunan idarelerin altında yapılan sözleşmelere uygulanır. Tüm bu sözleşmeler özel hukuka tabidir ve Genel İdare Kanunu açıkça bir sözleşme sonucuna yönelik hazırlık eylemine karşı idari hâkime yöneltilmiş herhangi bir müracaatın dışında (md. awb 8:3), tamamen adli mahkemelerin yargı yetkisindedir. Muhtemelen acil durum prosedürünün bir parçası olarak mal, hizmet ve yapım işleri ihalelerinin verilmesini yöneten kurallarla uyumun sağlanması amacıyla adli mahkemede bu yargılama yapılmaktadır. Ancak, idari sözleşmelerin özel hukuka uyması ilkesi, birkaç istisna dışında Alman hukukuna oldukça yakındır. Nitekim, idari sözleşme, özel tarafça taahhüt karşılığında idari makamın belli bir kararı ile üstlendiği bir sözleşmedir. Sözleşme, özel hukuk kapsamında bir sözleşme olduğundan adli mahkemeler yetkilidir. Bununla birlikte sözleşme, sadece Medeni Kanun'un 3.12 hükmünce belirlenen akılcılık ve adalet ilkesine dâhil olmak üzere medeni hukuk kurallarına uymayı değil, aynı zamanda “iyi idare genel ilkeleri” ile ilgilinin çıkarlarını da dikkate alma yükümlülüğü taşımaktadır.¹⁴⁵

Avusturya hukuku, sözleşmelerin uygulanmasının normalde özel hukuk sözleşmeleri olduğu fikrini ayrıca dile getirmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin hazırlık eylemlerinin ayrılabilir eylemler olduğu fikri, geniş ölçüde Alman hukukundakine benzemektedir. Alman hukukunda olduğu gibi, aday firmaların idareye karşı yöneltilmiş başvuruları *İhale Bürosu* adında bir özerk idari başvuru makamı önüne getirilmektedir. Bu özerk otoritenin kararları idari karar niteliğindedir. Ancak, Avusturya hukuku, kamu hukuku sözleşmelerinin varlığını kabul etmede çok isteksiz görünmektedir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ A.e., s.321-322.

¹⁴⁵ A.e., s.318-319.

¹⁴⁶ A.e., s.319.

Polonya hukukunda prensip olarak, kamu kurumları arasındaki sözleşmeler sadece kamu hukuku sözleşmeleridir. Aksine, bir kamu hukuku ve özel kişi arasındaki tüm sözleşmeler medeni hukuka tabidir. Birlik hukuku anlamında bir kamu alım ihalesinin verilmesine ilişkin kurallar bile, özel hukuk kuralları olarak kabul edilmektedir. Böylece, uygulamada ihtilaf durumunda, Kanun sadece ihale makamına itiraz ile bir protesto imkânı sağlanmakta ve ayrıca bir karara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile tahkim uyarınca üç hakemden oluşan bir heyete başvuru olağan bir araç olabilmektedir. Kamu alım sözleşmesi imzalanır imzalanmaz piyasa, Kanunun 72'nci maddesine göre, tümüyle özel hukuk kurallarına tabidir: “*Bu Kanun aksini öngörmediği takdirde Medeni Kanun ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri kamu piyasasına uygulanır.*” Sözleşme, bu Kanun ile getirilen kurallara aykırılık veya koşullarda beklenmedik değişikliklerin gerçekleşmesi durumu içine girdiyse, idari merci tarafından sözleşme sona erdirilebilir.¹⁴⁷

3. AB Üyesi Devletlerde Kamu Alım Sözleşmeleri

AB üye devlet hukuklarına baktığımızda, üye devletlerden kimisinde kamu alımı sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu devletlere; Almanya, Yunanistan, Hollanda, Lüksemburg, Finlandiya, İngiltere, Danimarka örnek verilebilir. Diğer yandan, idare hukukumuzun şekillenmesinde büyük ölçüde kaynaklık eden Fransa'nın, kamu alımı sözleşmelerinin sözleşme öncesi bir süreçten öte bir taahhüt sözleşmesi olarak görülen ve *contrats des marchés publics* olarak ifade edilen ihale sözleşmelerinin niteliği hakkında, 12 Aralık 2001 tarihinde çıkartılan ve Acil Ekonomik Reformlar Yasası¹⁴⁸ olarak adlandırılabilen düzenleme ile açık bir hüküm getirilmiştir.¹⁴⁹ Yasanın konuyu düzenleyen 2'nci maddesinde Kamu Alım Kanunu kapsamında imzalanan kamu alımları sözleşmelerinin idari nitelik taşıdığı belirtilmiş ve kamu alımları sözleşmeleri yasa ile idari sözleşme sayılmıştır. Conseil d'Etat da vermiş olduğu kararlarında, söz konusu düzenlemeye atıfta bulunarak kamu alımları sözleşmelerinin

¹⁴⁷ A.e., s.321.

¹⁴⁸ LOI n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier-MURCEF.

¹⁴⁹ 11 Aralık 2001 yasa, İhale Kanunu'na atıfta bulunduğu sözleşmelerin, idari sözleşme karakterine sahip olduğunu açıkça belirtmiştir. Fromont, a.g.e., s.300.

idari sözleşme niteliğine vurgu yapmıştır.¹⁵⁰ Prensipte olarak, özel hukuk sözleşmeleri tamamen özel hukuka tabidir, daha spesifik olarak da borçlar hukukunun hükümleri uygulanır. Eğer sözleşmenin konusunun, mal, hizmet veya yapım işi alımlarından birisinin olması durumunda, sözleşme ister istemez idari bir sözleşme olur. Zira, kamu alımı sözleşmeleri ihalenin verilmesi için kurallar getirdiğinden, özel sözleşmelere uygulanamaz. 11 Aralık 2001 tarihli kanundan beri, Kamu Alım Kanunu kapsamındaki kamu alımlarının idari sözleşme karakteri bulunmaktadır.¹⁵¹

Diğer AB üye devletlerinden farklı olarak Fransa'da, idarenin taraf olduğu kamu alım sözleşmelerinin yanı sıra, bir kamu tüzel kişisinin nam ve hesabına özel hukuk kişilerinin tarafı olduğu kamu alım sözleşmeleri de idari sözleşme olarak değerlendirilebilmektedir. *Société D'Equipment de la Région montpellieraine* kararında Conseil d'Etat bu yaklaşımdan hareketle, imtiyaz sahibinin özel kişilerle imtiyaza konu yol yapımına ilişkin ihale sonrasında yapmış olduğu sözleşmeden doğan ihtilafın, idari yargının görevine girdiğine hükmetmiştir.¹⁵² Benzer şekilde, loi du 28 pluviöse an VII'in 4'üncü maddesi uyarınca, bayındırlık işleri sözleşmeleri de, yasanın nitelendirdiği idari sözleşmeler arasında olup, sözleşmenin konusu bayındırlık işi olması hâlinde, yasa gereği söz konusu sözleşme idari sözleşme addedilmektedir.¹⁵³

İdari sözleşmelerin hukuki rejimi büyük ölçüde yargı kararları ile geliştirilmiştir.¹⁵⁴ İdari rejimi benimseyen devletler arasında da idarenin sözleşmelerinin hukuki rejimi konusunda dikkat çeken farklılıklar görülmektedir. Fransa'da bayındırlık sözleşmeleri (marchés de travaux public), levazım sözleşmeleri (marchés de fournitures), taşıma sözleşmeleri (marchés de transport) ile kamu malı kullanım sözleşmeleri (contrat comportant du domaine public) idari sözleşme

¹⁵⁰ Uz, **a.g.e.**, s.12-13. Fransız kanun koyucusu, kamu alım hukukundan doğan ihtilafı idari yargılama altında birleştirmiştir. Dolayısıyla, Fransız alım kanununda geçen bütün sözleşmeler idari yargı hâkiminin denetimine tabidir. Tüzener, **a.g.m.**, s.212.

¹⁵¹ Özel hukuk sözleşmeleri davaları normalde adalet mahkemelerinin yargılama yetkisindedir, ancak idari hâkim, sözleşme sonuçlandırılması işlemi sırasında idare tarafından alınan bazı kararlara karşı yöneltilen temyiz talebini, ihtiyaç duyulması halinde kabul eder. Fromont, **a.g.e.**, s.304-305.

¹⁵² Uz, **a.g.e.**, s.13.

¹⁵³ **A.e.**, s.33.

¹⁵⁴ İdari sözleşmelerin hukuki rejimi yaygın olarak Fransız Danıştay'ının içtihatları tarafından geliştirilen ve kamu sözleşmeleri ile ilgili olanlar dahil olmak üzere Kamu Alım Kanunu'nda toplanmış ve çeşitli metinlerde korunmuştur. Fromont, **a.g.e.**, s.303.

sayılırken, Türk hukukunda özel hukuk sözleşmesi sayılmakta; buna karşılık Fransa’da tipik idari sözleşme sayılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi¹⁵⁵ ise Alman hukukunda, Fransa’dan örnek alınmasına karşın, özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görevine dâhil edilmektedir.¹⁵⁶

Gözler’e göre, KİK ve KİSK uyarınca akdedilen sözleşmelerin “idari sözleşme” olarak kabul edilmeleri de imkân dâhilindedir. Zira, bu sözleşmelerin taraflarından birisi idaredir ve bunların konuları çoğunlukla bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkindir. Bu sözleşmelerde, idarenin birtakım kamu gücü ayrıcalığı niteliğindeki yetkilerle donatılması da söz konusudur. Dolayısıyla, KİK ve KİSK’e göre akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu kategorik olarak söylenemez. Bir diğer deyişle, bu sözleşmelerin blok hâlinde özel hukuka hasredilmesi durumu doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca, KİK ve KİSK

¹⁵⁵ AB’de kamu alım sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmeleri arasındaki fark, yerine getirilen yapım işleri veya hizmetler karşılığında yüklenicinin ödemesinin nasıl yapıldığına bağlıdır. Kamu alım sözleşmesi sözkonusu olduğunda, idare ödemeyi kendisi yapmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinde ise, ödeme, gerçekleştirilen yapım işlerinin veya hizmetin kullanım hakkının verilmesiyle ilgilidir. Yüklenici bu yapım işlerini veya hizmetleri kullanan tarafları değiştirebilir. Böylece ödemenin tamamı veya bir kısmı idare dışında başka bir kaynaktan temin edilir. ABAD, hizmet sözleşmelerinde hizmet sağlayıcısının ödeme karşılığı kendi sağladığı hizmeti kullanma hakkını elde etmesi durumunda, bu sözleşmenin hizmet imtiyazı olduğu hükmünü vermiştir (C-382/05 sayılı Komisyon-İtalya davası). ABAD bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olup olmadığına karar verirken başka bir kilit unsura daha dikkat etmektedir. İmtiyaz sözleşmesinin esas özelliklerinden biri, işletme riskinin büyük veya önemli bir kısmının imtiyaz sahibinin üzerinde olmasıdır (C-274/09 sayılı Privater Rettungsdienst ve Krankentransport Stadler davası, C-348/10 sayılı Norma-A ve Dekom davası ve C-206/08 sayılı Eurawasser davası). Burada bahsedilen risk, piyasadaki belirsizliklere maruz kalma riskidir. Bu belirsizlikler arasında aşağıdakiler yer alabilir: Diğer müteşebbislerle rekabet; hizmet arzının talebi karşılamaya yetmemesi; sağlanan hizmetlerden yararlananların ödeme yapamaması; hizmetlerin işletme maliyetlerini karşılamaya yetecek gelir elde edilememesi; hizmetlerin yetersizliğinden doğan hasar veya zararlara ilişkin sorumluluklar. Müteşebbislerin kötü yönetimi veya hatalarıyla ilişkili riskler hizmet imtiyazı sınıflandırması yapılırken belirleyici değildir. Bu riskler, ister kamu alım sözleşmesi ister imtiyaz sözleşmesi olsun, her sözleşmede yer alan yapısal risklerdir. Ulusal mahkeme, işlemle ilgili bütün özellikleri dikkate alarak işlemin kamu alım sözleşmesi mi yoksa imtiyaz sözleşmesi mi olduğunu değerlendirir. SİGMA, **a.g.e.**, s.20. 2014/23/EU sayılı AB İmtiyazlar Direktifi, 5’inci maddesinde imtiyaz kavramını tanımlarken, işletme riskinin müteşebbise devrini de tanım kapsamına almıştır: “*Yapım işleri veya hizmet imtiyazları verilirken imtiyaz sahibine sözkonusu yapım işi veya hizmetin işletilmesinden kaynaklanan ve talep riski, arz riski veya her ikisini birden içerebilecek işletme riskleri de devredilir. Normal işletme koşulları altında, yapılan yatırımın veya imtiyaz sözleşmesinin konusu olan yapım işi veya hizmetlerin işletilmesi sırasında ortaya çıkan maliyetlerin karşılanmasının garanti edilmediği durumlarda, imtiyaz sahibinin işletme riskini üstlendiği kabul edilir. İmtiyaz sahibine devredilen risklerin bir kısmı, örneğin imtiyaz sahibinin karşılaştığı olası tahmini kaybın nominal veya göz ardı edilebilir olmadığı durumlar gibi piyasanın belirsizliklerine maruz kalma riskleridir.*”

¹⁵⁶ Gérard Marcou, “Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l’ouverture à la concurrence”, Revue française de Droit administratif, n°3, 1995, s.479. Nakleden Tan, **a.g.m.**, s.292. Ayrıca bkz.:Gözler (2009), **a.g.e.**, s.87-89.

kanunlarınca akdedilen sözleşmelerin bir özel hukuk sözleşmesi olduklarına ilişkin bir hüküm de yoktur. O nedenle, bu kanunlar uyarınca akdedilen sözleşmeler, idari sözleşme kriterlerini taşıyorlarsa, idari sözleşme olarak kabul edilmeleri gerekir.¹⁵⁷

Türk hukuku bakımından konu incelendiğinde, yüksek mahkemelerin kararlarında da farklılıklar görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, vergi dairelerine ait çay ocağı işletme hakkını ihale ile alan kişi ile idare arasında yapılmış olan kira sözleşmesini, “...sözleşmenin konusu bir kamu hizmeti ya da doğrudan kamu yararı olmayıp memurların çay, kahve ve diğer meşrubat gereksinimlerinin karşılanması amaçlanmıştır” gerekçesine dayandırarak özel hukuk sözleşmesi olarak nitelerken;¹⁵⁸ Yargıtay, “...yurtdışı temsilciliklerindeki aşçılık hizmetinin, dışişleri personelinin sağlık ve güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğu açıktır. Davacı da uzun yıllar sözleşmeli personel statüsünde görev yapmış ve bu çerçevede hak ve yetkiler kullanmıştır” diyerek¹⁵⁹ sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶⁰

Fransa’da bayındırlık hizmetlerinin idari yargıya bağlı kılınması yaklaşımına benzer şekilde idari rejimi benimseyen kimi devlette olduğu gibi, öğretide sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin ifasına yönelik olması hâllerinde, örneğin bir baraj yapımının gecikmesi genel kamu zararına yol açacağı gerekçesiyle bu tür sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü savunanlar bulunmaktadır.¹⁶¹ *Derbil*, Türk hukukunda sonraları değişerek adli yargıya bırakılan bayındırlık yapım sözleşmeleri ile idarenin mal alımlarını açıkça idari sözleşme şeklinde tanımlamaya giderken,¹⁶² *Gözler* de, bayındırlık yapım işlerinde özel hukuku aşan nitelikte hükümlere yer vermesi veya –karayolu yapım işlerinin taahhüt şirketlerine ihaleyle verilmesine yönelik sözleşmelerde olduğu gibi- konusunun bir kamu hizmetinin ifasını amaçlayan hâllerde, bunların idari sözleşme olarak kabul

¹⁵⁷ Gözler (2009), **a.g.e.**, s.89-90.

¹⁵⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi; 18.11.1991. E. 991/41-K.991/42. RG; 13.1.1992, sayı: 21110, s.29 vd.

¹⁵⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; 20.12.1993; E. 993/9709-K. 993/19056, YKO.; C.20. Sayı:5, Mayıs 1994. s.749 vd.

¹⁶⁰ Tan, **a.g.m.**, s.294.

¹⁶¹ Çal, **a.g.m.**, s.245.

¹⁶² Süheyp Derbil, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, Ankara, AÜHF Yayını, 1959, s.588-593.

edilmeleri gerektiğini savunmaktadır.¹⁶³ *Onar* ise, idarenin kamu hizmetinde kullanmak üzere satın aldığı mallarda genellikle özel hukuka bağlı kılınma özelliğinin görüldüğüne değinmekte, ancak sözgelimi ordunun gereksinim duyduğu silahların alınmasına yönelik, milli savunma gibi kamu menfaati bakımından hayati önem taşıyan konularda, idari yargıya bağlı kılınması gereken özellikli hususların bulunabildiğine değinmektedir.¹⁶⁴

Tekinsoy'a göre özel hukuk kişinin kamu hizmetini bizzat görmesi ya da hizmetin görülmesine katılması konulu sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir. İdarenin, kamu hizmetinin örgütleniş ve işleyişine ilişkin kuralları belirleme yetkisi, sözleşmeyle kaldırılamayacağından, idarenin hizmetle ilgili kararları, doğrudan sözleşme üzerinde de sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla, kurulan ilişki, kamu hukuku ilişkisi; rejim, kamu hukuku rejimi olacaktır. Bu aşamada, idari kamu hizmetlerine ya da sını ve ticari nitelikli kamu hizmetlerine uygulanacak kamu hukuku rejiminin yoğunluğu, sözleşme ilişkisini de belirleyecektir. Sözleşmede, idarenin kamu gücü kaynaklı yetkilerini özel kişi lehine kullanmasını gerektiren hükümlerin bulunması durumunda yine sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Özel kişiye tanınan ayrıcalıklar, ancak kamu hukuku işlemleriyle gerçekleştirilebilir ve bu nedenle de kamu hukuku rejiminin uygulanması gerekir. Özel kişi lehine kamulaştırma yapılabilmesi, özel kişinin bazı vergi ve harçlardan muaf tutulması ve benzeri ayrıcalıklar sözleşmenin uygulanmasıyla doğrudan bağlantılıdır ve bunların tabi olduğu kamu hukuku rejimi, sözleşmenin yorum ve uygulanmasında da kaçınılmaz olarak kendini gösterecektir.¹⁶⁵

¹⁶³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2007, s.470-473. *Özel hukuku aşan hükümler ile özel hukuku aşan rejim* arasındaki farklılık, ikincisinde özel hukuku aşan kuralların sözleşme içinde değil, sözleşme için zorunlu bir çerçeve oluşturan önceden düzenlenmiş kurallar içinde bulunmasından kaynaklıdır. Sezginer, **a.g.e.**, s.928.

¹⁶⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1609.

¹⁶⁵ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.224.

III. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞME SONRASI İHTİLAF KONULARININ TESPİTİ

A. Türk Hukukunda Kamu Alım Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi

Günümüzde idarenin sıklıkla sözleşme yoluna başvurmasından kaynaklanan kavram kargaşası, kamu alım sözleşmelerinin hukuki rejimine dair tartışmaların da önünü açan bir nitelik taşımaktadır. Bu noktada *idarenin sözleşmeleri* ile *idari sözleşmeleri* birbirinden ayırmak, meselenin hallinde önemli bir rol oynamaktadır. İdarenin yaptığı her sözleşmeyi, idari sözleşme görme eğilimi, yanlış olduğu kadar, özel sektörde etkili bir aktör olma yönünde ivme kazanan idareyi dar kalıplara mahkûm ederek hareket alanını sınırlama anlamına da gelmektedir.

İdarenin, eşit iradesiyle katıldığı ve özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı sözleşmeler yapabileceği konusunda kuşku bulunmamaktadır. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerdir. Ancak bu sözleşmelerde idarenin, özel kişiler gibi tam bir serbestliğe sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. İdarenin bir özel hukuk sözleşmesi imzalarken uyacağı pek çok usul kuralı vardır. İdare, özel hukuk sözleşmelerindeki gibi sözleşme konusunu, sözleşme yapacağı kişiyi tam bir serbestlik ve keyfiyet içinde belirleyemez.¹ Bununla birlikte, idare görevlerini yerine getirirken, esas itibariyle kamu hukuku rejimi uyarınca hareket etmekle beraber, kimi işlerini elverişli olduğu yerde ve ölçüde özel hukuk usullerine göre yürütebilir. Birinci hâlde *kamusal yürütme*, ikinci hâlde *özel yürütme* şekli söz konusudur. İdare, özel hukuk rejiminden yararlandığı faaliyetlerinde tamamen özel kişilerin durumunda olmayıp, kamunun temsilcisi ve yararlarının takipçisidir. İdarenin bu misyonu dolayısıyla hemen her konuda ve yürütme şeklinde az veya çok kamu gücünden kaynaklı usul ve kuralları izlemesi gerekir.²

¹ Esasen, sözleşmenin oluşumundan önce sözleşme yapılacak kişinin belirlenmesi ve sözleşmenin sonuçlandırılması süreçleri bakımından idarenin *özel hukuk* ve *idari* sözleşmeleri arasında kural olarak bir fark bulunmamaktadır. İhale mevzuatı hükümleri, idarenin özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme farklılığı olmadan, genel nitelikli hükümler olarak uygulanacaktır. Sezginer, **a.g.e.**, s.33.

² Kalabalık, **a.g.e.**, s.20.

İdare, birbirinden çok farklı iki sözleşme yolundan yararlanır.³ *İdari sözleşmeler* ve *özel hukuk sözleşmeleri* şeklinde ayrılan bu sözleşmelerin pratikte iki açıdan önemi bulunmaktadır. Birincisi, idari sözleşmeler nedeniyle taraflar arasında çıkacak ihtilaflara ilişkin davalar idari yargıda çözümlenir. Özel hukuk sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözüm yeri ise adli yargıdır.⁴ Dolayısıyla, her iki sözleşmeden doğan ihtilafların yargı yerleri ayrıdır. İkincisi, özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması sırasında çıkacak ihtilafların çözüm yeri kural olarak adli yargı ve tabi olacakları hukuk; medenî hukuk, borçlar hukuku ve ticaret hukuku gibi özel hukuk kurallarıdır. İdari sözleşmeler ise, bir bölümü kanunlara dayanan ve mahkeme kararları ile oluşan idare hukuku kurallarına bağlıdır. Bu kurallardan, mahkeme kararları ile oluşan ve tüm idari sözleşmelere uygulanan bir bölümü (genel ilkeler) de, idari sözleşmeler genel kuramını oluşturmaktadır.⁵

³ İdari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin arasındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuki eşitlik vardır. İdari sözleşmelerde ise yönetime üstünlük tanınmıştır.
- Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar yasaların öngördüğü sınırlar içinde sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık idari sözleşmelerde yasalar yönetimin hareket serbestliğini sınırlamıştır.
- Özel hukuk sözleşmelerinden doğan ihtilaflar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan ihtilaflar ise yönetsel yargıda giderilir.
- Özel hukuk sözleşmeleri, statü olarak tamamen Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'na tabidir. İdari sözleşmeler ise kısmen kanunlarla ve kısmen de içtihatlarla oluşmuş olan İdare Hukuku esaslarına tabidir. Önder Ayhan, "İdari Sözleşmeler", **Danıştay Dergisi**, S.32-33, 1979, s.94.

Bu çerçevede, idarenin akdettiği her sözleşme idari sözleşme sayılmaz. İdarenin sözleşmelerinden bir kısmı, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerdir. İdarenin araç-gereç alma, ihtiyaç duymadığı malları satma, taşıma, kiralama ve her çeşit yaptırma konularındaki sözleşmeleri ve hatta bayındırlık işleri yüklenim sözleşmeleri, idari uygulamalarda ve yerleşik mahkeme kararlarında *idari sözleşme* olarak değil, idarenin *özel hukuk sözleşmeleri* olarak kabul edilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre, ihale yoluyla gerçekleştirilen özelleştirme sonucunda taraflarca imzalanan *hisse satış sözleşmesi*, ihale sonucunda imzalanan *arsa payı karşılığında inşaat yapımı ve satış vaadi sözleşmesi* idarenin özel hukuk sözleşmelerine örnek verilebilir. Kalabalık, **a.g.e.**, s.420.

⁴ Adından da anlaşılacağı gibi, özel hukuk sözleşmesi, tamamen özel hukuk kurallarına tabidir. Bu ilke tam olarak bu sözleşmelerin yürütülmesi için de geçerlidir, dava görme yetkisi doğal olarak adli yargıya aittir. Fromont, **a.g.e.**, s.314.

⁵ İsmail Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s.1088. Son yıllarda idari sözleşmelerin uygulama alanı çok daraltılmış, neredeyse kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine inhisar ettirilmiş olduğu düşüncesi ağırlık kazansa da, idare hukukunun idari sözleşmeler ile sınırlı bir hareket alanından bahsetmek doğru değildir. Zira, idarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin bütün ihtilaflar adli yargıda görülmez. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin hazırlanması aşamasında da idare hukuku hükümleri uygulanır. Bu sebeple, idarenin özel hukuk sözleşmesi imzalamasından uygulama başlayıncaya kadar geçen süreçte karşılaşılan ihtilaflar ile alakalı davaların çözüm yeri idari yargı olacaktır. O halde idare hukuku kuralları, sadece idari sözleşmelere değil, imzalanıp tatbik edilinceye kadar idarenin özel hukuk sözleşmelerine de uygulanmaktadır. Buna bağlı olarak idari yargı yerleri de sadece idari sözleşmelerden doğan ihtilaflara

Kamu alım sözleşmelerinde idari işlem ile özel hukuk işlemleri iç içe bir görünüm vermektedir. Özel hukuk ile idare hukukunun bu derece birbiri ile karıştığı bir alan, kamu alım sözleşmeleri dışında zor rastlanır bir durumdur. Dolayısıyla, salt özel hukuk alanından ihtilafları değerlendirmek, idare hukukunun alanını daralttığı gerekçesiyle doğru sonuçlara ulaşılmasını zorlaştırırken, aksi bir tutumla salt idare hukuku merkezinden ihtilafları değerlendirmek de sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi ve sonuçları açısından isabetli kararlara varılmasını engelleyecektir. Bu nedenle, özel hukuk ilişkisi dışındaki ayrılabilir ve tek başına hukuki sonuç doğuran işlemleri idare hukuku alanında bırakarak, tarafların eşit olduğu sözleşme ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre yürütülmesini sağlamak yerinde bir yaklaşımdır. Nitekim, sözleşmenin yürütülmesinde ve feshinde, sözleşme ilişkisinden ayrılabilen idari işlemler idare hukuku alanında etki doğururken, bazı işlemler özel hukuk alanında görülmektedir. Örneğin, feshin sonucu olarak kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama idare hukuku alanında yer alırken, kesin teminatın gelir kaydedilmesi özel hukuk alanında kalmaktadır.⁶

İhale süreçleri sonucunda akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmesi, kamu alım hukukunun önemli sorun alanlarından birini teşkil etmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin hazırlanması aşamasında da idare hukuku hükümleri uygulanır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmasına kadar süren ihale süreci, idare hukuku kurallarına göre yürütülmektedir. Bu itibarla, idarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin bütün ihtilaflar adli yargıda görülmez. Dolayısıyla, idarenin özel hukuk sözleşmesi imzalanıp uygulanmaya başlayıncaya kadar karşılaşılan ihtilaflardan doğan davaların çözüm yeri idari yargıdır. Bununla birlikte, sözleşme sonrasında ortaya çıkabilecek bir kısım ihtilafların idari yargının görev alanına girmesi de mümkündür.⁷ Örneğin, 4735 sayılı

değil; idarenin özel hukuk sözleşmeleri imzalayıp uygulamaya başlanıncaya kadar meydana gelecek bütün ihtilaflara bakmaktadır. Sezginer, **a.g.e.**, s.32.

⁶ Demirboğa, **a.g.e.**, s.167-168. Kesin teminatın gelir kaydedileceği sözleşmenin feshi hâlleri KİSK'ın 16, 17/b, 17/c, 18, 19, 20 ve 21'inci maddelerde yer almaktadır. 19, 20 ve 21'inci maddelere göre gerçekleşen fesihlerde, kesin teminatlar Türk İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan TEFE endeksine göre güncellenerek gelir kaydedilir.

⁷ Yıllardır yargı kararlarında ve öğretide yoğun olarak tartışılmakla beraber, yargı yerlerinin son dönemlerdeki genel yaklaşımı, bir ihtilafın çözüm yerini belirlemede kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğu yönündedir. Böyle bir belirleme bulunmaması hâlinde hâkim, söz konusu ihtilafın çözümünün kendi görev alanına girip girmediğini belirleyebilir. Bu noktada hâkimin başvuracağı

KİSK'in 25'inci maddesinde ifade edilen yasak fiil veya davranışlar söz konusu ise Kanunun 20'nci maddesi uyarınca sözleşme feshedilir ve 26'ncı madde hükmü uygulanarak bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Sözleşmenin feshine ilişkin ihtilaf adli yargıda; kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesine ilişkin ihtilaf ise idari yargıda çözümlenecektir.⁸ Sözleşmenin feshi, idarenin yasaklama kararı ile gerçekleştirdiği idari işleminin sebep unsurunu oluşturmasına karşılık, bu ihtilafta iki farklı hukuk sisteminin karşılaştığı sorunlu bir alan meydana gelmektedir.⁹ Bu nedenle, kamu alım sözleşmelerinden ayrılabilir nitelikteki idari işlemler, idari yargıda dava edilirken, bu idari işlemlerin sözleşmenin feshinin sonucunda ortaya çıkması, iki yargı yerinden farklı kararların verilmesi riski doğmaktadır.¹⁰ Bu noktada, idari yargıda açılan davanın adli yargıda açılan dava

kriter önündeki ihtilafın idare hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait bir ihtilaf olduğunu saptamaktır. İhtilafın ait olduğu hukuk dalını bulmak hem idare hukuku hem de özel hukuk kurallarının gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla, idari hâkim önüne gelen bir işlemin kendi görev alanına girip girmediğini saptayabilmek için idari işlemler olduğu kadar Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin düzenlemelerini de dikkate almak zorundadır. Dilşat Yılmaz, "İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2013, s.171.

⁸ Söz konusu yasaklama kararının hukuka uygun olup olmadığının idari yargı tarafından denetlenebilmesi için, idari hâkimin öncelikle bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu alım sözleşmesinin feshinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında bir sonuca varması gerekmektedir. Yılmaz (2013), **a.g.m.**, s.172

⁹ Sözleşme öncesindeki ihale sürecine ilişkin ihtilaflarda, idari yargı yerleri tarafından verilen kararların, kurulan sözleşme üzerindeki etkisi konusu da tartışmalara yol açabilmektedir. İhale işleminin yargı kararıyla iptal edilmesi veya ihalede değerlendirme dışı bırakılan istekli tarafından yapılan başvuru sonucunda işlemin iptal edilmesi durumunda, bir diğer istekli ile kurulan sözleşmenin akıbeti, adalet yönüyle sıhhati ne olacaktır. Danıştay'ın pek çok kararında ifade edildiği üzere, iptal kararları geçmişe yürür. İptal kararlarının geçmişe yürümesi, dava konusu idari işlemin, tesis edildiği/yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere geriye etkili olarak ortadan kalkmasına, hukuk âleminde hiç doğmamış sayılmasına yol açar. Danıştay'ın yaklaşımıyla soruna yaklaşıldığında ihale sürecine dönülmüş olacaktır. Bu durumda, kurulan özel hukuk sözleşmesinin geçersizliği özel hukuk kurallarına tabi olarak belirlenmeyip, idari yargı tarafından mı karara bağlanacaktır? Bunun yanında, genellikle, sözleşme öncesindeki işlemin iptal edilmiş olması durumunda, bu iptal hükmünün sözleşme üzerindeki etkisinin sözleşme hâkimi tarafından değerlendirileceği ifade edilmektedir. Sezginer, **a.g.e.**, s.29-30.

¹⁰ Bu noktada da sorun çeşitli olasılıklar kapsamında ele alınmalıdır. Birinci olasılık, idari yargıda açılmış dava öncesinde aynı konuda daha önce adli yargı yerinde açılmış olan, bir diğer ifadeyle derdest bir dava bulunmasıdır. İdari hâkim, yasaklama kararının hukukiliğine ilişkin yaptığı denetim sırasında, sözleşmenin feshini hukuka aykırı bularak, yasaklama kararını iptal etmiş olabilir. Bu arada adli yargıda devam eden sözleşmenin feshine ilişkin dava sırasında adli hâkim ise, söz konusu feshi hukuka uygun bulmuş olabilir. Görülüyor ki, aynı sebepten kaynaklanan ihtilafta adli ve idari yargı yerlerinin farklı çözümlere ulaşma durumu az bir ihtimal değildir. Yılmaz (2013), **a.g.m.**, s.172

sonucunu beklemesi isabetli bir tutum olacaktır. Aksi takdirde, yargı kararları arasında ayrılık ve/veya çelişki kaçınılmazdır.¹¹

İdarenin özel hukuk alanındaki işlemlerinin belirlenmesinde sağlam bir ölçüt bulmak olanaksızdır.¹² Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilmesi dışında, sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması şartıyla sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin/kamu gücü ayrıcalık veya yükümlülüklerinin bulunması gerekir.¹³ Bu şartları sağlamayan sözleşmeler, idare tarafından akdedilse bile, idari sözleşme değil, idarenin özel hukuk sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler kural olarak genel hükümler içinde kalır, idarenin ayrıcalık ve üstünlüğünü gerektirmez, ayrıca bu sözleşmelere özel hukuk uygulanır ve bunlardan kaynaklanan ihtilaflara adli yargıda bakılır. Bu çerçevede, Türkiye’de kamu alım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu ve sözleşmenin akdedilmesinden sonra doğan ihtilafların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir. Ancak, kamu alım sözleşmelerinin, özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmelerden tek farkı, idare ile özel kişi arasındaki karar verme sürecinin kamu alım mevzuatında düzenlenmiş olması ve katı şekil koşullarına tabi tutulmasıdır.¹⁴ Bu yönüyle de kamu alım sözleşmeleri *karma* bir özellik gösterir.

¹¹ Demirboğa, **a.g.e.**, s.225.

¹² Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt 1 Genel Esaslar**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.364.

¹³ Gözler, **a.g.e.**, s.49-50. *Bilgen* de idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi ayrımını kabul etmekte ve idari sözleşmeleri ayırt etmeye yarayan ölçütleri; sözleşme taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması ve sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkili bulunması ile sözleşmenin özel hukuku aşan koşullar taşıması olarak saptamaktadır. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, **a.g.e.**, s.1090. *Kaplan*’a göre, 4735 sayılı KİSK’in 4/I-II hükümleri, kamu alım sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olduğu yönündeki görüşü destekler niteliktedir. Ayrıca, Kamu idareleri tarafından yapılan alım sözleşmelerinde, hangi konuların yer alması yönündeki emredici nitelikteki madde 7 hükmü de, kamu alım sözleşmelerine idari sözleşme niteliği verebilecek bir zorunluluk getirmektedir. Ancak, bu hükümler, kamu alım sözleşmelerinin taraflar açısından eşit haklar ve borçlar öngören kanunun 4/III hükmü, 4’üncü madde I ve II. fıkrası ve 7’nci madde hükümlerine göre yapılan tespitteki idari sözleşme niteliğinin aksini düzenlemektedir. III. fıkrası hükmü, kamu alım sözleşmelerinin, bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu öngörmektedir. Kaplan, **a.g.e.**, 364-366. 4735 sayılı Kanun’da sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olup olmadığı açıkça yazılmamasına karşılık; Sağlık Bakanlığı’nın yapım, yenileme ve hizmet alımı işlerini düzenleyen 6428 sayılı Kanunun 4/I maddesinde “*Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup...*” demek suretiyle kanun koyucu tarafından tereddütlerin önü alınmıştır.

¹⁴ Duygu Kılıç, **Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet, 2010, s.9. Ayrıca, kamu alım sözleşmelerinde, ihale süreci sonrasında tespit edilen sözleşmenin karşı tarafına, sözleşme konusunun yerine getirilmesi karşılığında idare tarafından bir bedel ödenmektedir. Fransız hukukunda, bedelin ödenme şekli (*rémunération*), kamu alım sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayırt etmede

Kimi hükümleriyle sübjektif hukuki bir durum ortaya çıkarken, kimi hükümleri ile de sözleşmeye taraf özel kişiye, daha önce var olan kanun ve düzenleyici işlemlerle belirlenen bir hukuki durum uygulanır.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, kişiler arasında yapılan sözleşmeler gibidir. Sözleşmenin tarafları eşit durumdadır. İdarenin, karşı tarafa üstünlüğü söz konusu değildir.¹⁵ İdarenin özel hukuk sözleşmeleri esas itibariyle, özel hukuk rejimine tabi olmakla birlikte, bunun gerçekleşme anına kadar geçen hazırlık aşamalarında, uygulanmasında ve sözleşmenin sona ermesinde yapılan işlemler, idari niteliktedir ve bazı kamu hukuku kurallarının göz önünde tutulması zorunluluğunu gerektirmektedir.¹⁶ Medeni Kanun ve TBK'den farklı olarak KİK, sözleşme tarafını seçerken idarenin uymakla yükümlü olduğu şartları içermektedir. Bunun nedeni, idare özel hukuk rejimine tabi olsa da, idarenin sözleşmelerinde kamu menfaatinin ve kaynağının ve/veya parasının söz konusu olması ve bu yönde doğabilecek suistimallerin önlenmesidir.¹⁷ Bu noktadan bakıldığında idare, özel hukuk sözleşmesi

kullanılan bir unsurdur. Kamu alım sözleşmelerinde diğerlerinden farklı olarak hizmetten yararlananlardan bir bedel alınması söz konusu olmayıp, işin bedeli idare tarafından karşı tarafa doğrudan ödenmektedir. Bu kapsamda, sözleşmenin bedelinin idare tarafından ödenmesinin, yargı organlarının içtihatlarında kamu alım sözleşmelerinin tanımı için gerekli ve yeterli bir şart olarak görülmektedir. Kutlu, **a.g.e.**, s.63. Bu bağlamda Fransız Danıştay, çöplerin toplanması ve kullanılmış suların arıtılması ile ilgili olarak vermiş olduğu kararında, bu işleri bayındırlık işinin işletilmesi (marché d'entreprise de travaux) olarak nitelendirmiştir. Söz konusu kararlara konu olaylarda, idare işin karşılığı olan bedeli bizzat ve doğrudan kendisi ödemiş olduğu için, burada bir imtiyaz olmadığı ve sözleşmenin kamu alım sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır. C.E., 01.12.1963, Ville de Colombe; C.E., 26.11.1971, S.I.M.A. Nakleden Uz, **a.g.e.**, s.103.

¹⁵ Her ne kadar, idari uygulamalarda ve yerleşik yargı kararlarında, idarenin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, sınırlı aynî hak tesisi ve taşıma işlerine ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri sayılsa da, iki tarafın eşit iradelerine dayanan öteki özel hukuk sözleşmelerine oranla kimi farklı niteliklere sahip olduğu da bir gerçektir. İdarenin KİK'de sayılan işlere ilişkin olarak yapacağı sözleşmeler özel hukuk hükümleri yanında, bazı unsurları yönünden kamu hukuku kayıt ve şartlarına tabidir. Kalabalık, **a.g.e.**, s.461.

¹⁶ İl Han Özay, **Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, C.1, İstanbul, 1986, s.168. Bu itibarla, idareye birtakım üstünlük ve ayrıcalık tanınmaktadır. İdareye tanınan söz konusu üstünlük ve ayrıcalıklara örnek olarak, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında idarenin önceden ve tek taraflı olarak hazırladığı genel şartnameler, bu şartnamelerin karşı tarafça değiştirilmeden ve tamamen kabul edilmesi zorunluluğu ya da sözleşmenin uygulanması sırasında idarenin yapılan işi devamlı denetlemesi, tek taraflı olarak sözleşmenin özellikle düzenleyici kısmı üzerinde değişiklik yapabilmesi, sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla feshedebilmesi vb. verilebilir. Keskin, **a.g.e.**, s.69, 240 nolu dipnot. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bir takım üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmış olması, idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereğidir. İdare, idari sözleşmelerde karşı tarafa bulunmayan tek taraflı değiştirme, tek taraflı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma, satın alma gibi yetkilerle donatılabilir. Kalabalık, **a.g.e.**, s.426.

¹⁷ Lütfi Duran, "Türk Hukukunda İdari Mukaveleler", **İÜHFİM**, C.XXXII, S.1-2, 1964, s.447. İdarenin özel hukuka tabi sözleşmelerinden sayılan kamu alım hukukunda öngörülen kısıtlama ve usûller çerçevesinde, idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri de belli ölçüde idare hukuku kurallarına

ile girdiği ilişkide özel hukuku kendi içinde eritmekte ve bir anlamda dönüştürmektedir.¹⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da konuya ilişkin açıklama yapma gereksinimi gördüğü bir kararında¹⁹ yapmış olduğu şu değerlendirmeler yukarıdaki açıklamaları teyit eder nitelikte olup, hem Yargıtay'ın konuya yaklaşımını anlamak bakımından hem de yargı cephesinden konunun anlaşılması açısından önemlidir:

uymak zorundadır. Bu düşüncenin temelinde idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de kamu kaynaklarının kullanılması ve kamu yararının bulunmasıdır. Zira; 4734 sayılı Kanunun amacını düzenleyen 1'inci maddesinde; *"Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir."* denilmek suretiyle bu düşünce teyit edilmektedir. Kalabalık, **a.g.e.**, s.438.

¹⁸ Sözleşme, esas itibarıyla bir özel hukuk kavramı olarak ortaya çıkmış ve gelişme göstermiştir. Bir özel hukuk kavramı olan sözleşme, idare hukuku sahasında uygulandığında ise, idare hukukunun özelliklerinden etkilenecek kendine özgü bir yapıya kavuşmuştur. Sezginer, **a.g.e.**, s.31. Benzer görüş için bkz.: Onar, **a.g.e.**, s.1591.

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.02.2007, E.2007/4-81, K.2007/78. Söz konusu dava, taraflar arasındaki sözleşmenin uyarlanması istemine ilişkin olup; hakem sıfatı ile bakılıp sonuçlandırılmıştır. Somut olayda davacı belediye, Hazine'ye olan vadesi geçmiş borçlarının yeniden yapılandırılması ve tahsili konusunda 15/10/2002 tarihli protokolün düzenlendiğini; ancak, daha sonra çıkarılan Bütçe Yasası ile belediye gelirlerinde önemli düşüşler olduğunu ve sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinde kusuru dışında zorluklarla karşılaştığını belirterek, sözleşmenin uyarlanması isteminde bulunmuştur. Davayı Yargıtay şu açıklamalarda bulunarak sonuçlandırmıştır:

"Dayanak Yasa maddeleri, protokol ve eki tutanak birlikte ele alındığında; idarenin üstünlüğüne, bir diğer ifadeyle; açık olarak kamu gücüne yer verilmekte, doğan alacağın kamusal hizmet ve ilişkiden doğmuş sayılacağı belirtilmekte olup, anılan sözleşmede özel hukuku aşan koşulların varlığının kabulü zorunlu bulunmaktadır. Bu itibarla somut uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğu sonucuna varılmalıdır.

Mecburi tahkim, 3533 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kuruluşlarının, özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanmaktadır.

3533 sayılı Kanun uyarınca idari yargının görev alanına giren konularda kural olarak tahkim yolu öngörülmemiştir. 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Yasa" uyarınca, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumu istisna teşkil etmekte ise de, anılan uyuşmazlıklarda, 4501 sayılı Kanun ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar, bunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanmaktadır.

Yukarıda belirtilen olgular gözetildiğinde, taraflar arasında yapılmış bulunan sözleşmenin "idari sözleşme" niteliğinde bulunduğu belirlenmesi, anılan sözleşmenin uyarlanması istemlerinin de bu kapsamda ele alınmasının gerekmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-c maddesinde, idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların "idari dava" olarak nitelendirilmesi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5/c maddesi ile anılan uyuşmazlıklarda idari yargının görevli bulunduğu belirtilmiş olması karşısında, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

“İdare, özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı sözleşmeler de yapabilir. Kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşlarının idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları bu sözleşmeler, “idari sözleşme” olarak adlandırılmaktadır.

...İdarenin taraf olduğu bazı sözleşmelerin konusu dikkate alındığında idareye özgü bir düzenlemeye gereksinim göstereceğinin kabulü zorunludur.

Bir sözleşmenin “idari sözleşme” sayılabilmesi; sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması, sözleşmede idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınmasına bağlıdır.

İdarenin, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğini gözeterek gerçekleştirdiği sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Kanunun idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere “genel hizmetlerden birinin yürütülmesi” amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde ise, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.

Yargı yolu sorununun çözümlenebilmesi, “idari sözleşme”ler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin çerçevesinin belirlenmesini gerekli kılmaktadır.²⁰

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı

²⁰ Yargıtay aynı kararda iki sözleşme türünün mukayesesini yaparak farklılıklarını göstermektedir: “Özel hukuk sözleşmelerinde, taraflar arasında sözleşmenin oluşumu ve yürütümü aşamasında eşitlik varken, idari sözleşmelerde kamu yararını sağlamak zorunda olan idare, sözleşmeye taraf diğer kişiye göre üstün bir konum kazanır, bir takım imtiyazlardan yararlanır. Özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin konusu, amacı, biçimi serbestçe belirlenirken, idari sözleşmelerde, idarenin iradesi hiçbir zaman bağımsız olmayıp, yasaların öngördüğü, kamu yararı düşüncesi ile belirlenen sınırlar içerisinde kalır. Burada, hukukça birbirine eşit olmayan iradelerin uyuşması söz konusudur. İdari sözleşmeler, idareye özgü düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı ile kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla tek yanlı iradesiyle sözleşme ilişkisini etkileyebilir. İdarenin bir sözleşmesinde, idareye özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır.”

taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle, sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde düşünülmesi imkânsız bile olan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmeleri ötekilerden ayıran en temel, en belirgin özelliktir.

Bu durum, idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması, ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareketle imtiyaza el koyma gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur; özel hukuku aşan koşulların varlığının işareti olarak; sözleşmede kamu gücünün belirtilmiş olması, tek taraflı hareket yetkisinin ve zora dayanan önlemler alma gücünün mevcut bulunması aranır.

İdarenin üstünlüğünün ve otoritesinin tanınması, yani sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi gibi durumlarda, sözleşmede özel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir.”

Diğer taraftan, Anayasa'nın 47'nci maddesine 1999 yılında eklenen dördüncü fıkra değişikliğinin, sözleşmenin niteliğinin kanunla belirlenmesi açısından önceki döneme göre bir farklılık yarattığı açıktır. Bu düzenlemeye göre, “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir”. Bu değişiklik ile idarenin sorumluluğunda olan bir kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisine gördürülme yöntemi ihdas edilmiş ve bu konuda özel hukuk ile düzenleme yolunu kanun koyucuya açarak yeni ve istisnai bir kamu hizmeti görme yöntemi yaratılmıştır.²¹ Ayrıca, bu düzenleme ile kanun koyucuya, konusu kamu hizmeti olan

²¹ Aydın Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s.142.

sözleşmelerin hukuki rejiminin yanı sıra, tabi olacağı yargı düzenini de kanunla değiştirebilme yetkisi verilmiştir.²²

Kamu hizmetlerinin maddede yer alan *yatırım ve hizmetler* ifadesi kapsamında düşünülmesi durumunda, bunların asıl hukuki rejiminin kamu hukuku rejimi olduğunun teyidi niteliğindedir. Bu Anayasa hükmü dolayısıyla, yasalarda açıkça düzenlenmediği sürece, kamu hizmetlerinin hatta her türlü yatırım ve hizmetin olağan rejimi kamu hukuku rejimi olacaktır. Bu durumda da düzenleme, kamu alım ihalelerine ilişkin olarak yargı organlarınca geliştirilen hukuki rejimi bütünüyle değiştirecek niteliktedir. Örneğin, kamu alım ihalelerine ilişkin 2886 sayılı Kanunda ve 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kanunda, bu sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olduğu açıkça öngörülmediğinden bunların, yerleşik içtihat aksi yönde olsa da, artık idari sözleşme sayılması gerektiği düşünülebilir.²³

²² Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.338. Ancak bu değişikliğin, anlam ve kapsamı itibarıyla Türk idare hukukunun geleneksel anlayışına esaslı bir farklılık getirip getirmediği tartışmalıdır. Sorunun farklı boyutları ve değişikliğin yapılaş amacı dikkate alındığında bu hükmün, çözmeye çalıştığı sorunu daha da derinleştirdiği görülebilir. Söz konusu düzenleme ile güdülen amaç, özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde karşılaşılan Danıştay incelemesi engelini aşmak ve üçüncü kişilerin sözleşmeye karşı açtıkları iptal davalarını engellemektir. Bunun bir aracı olarak *yatırım ve hizmetlerin* özel hukuk sözleşmelerine konu kılınabilmesi ise bazı soruları beraberinde getirmektedir. Öncelikle, *yatırım ve hizmetlerin* ne anlama geldiği tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları kamu hizmeti ile kamu hukuku rejimi arasında doğrudan bir bağlantı kurduğundan, maddede yer alan *yatırım ve hizmetlerin* kamu hizmeti niteliği taşıması durumunda özel hukuk sözleşmelerine konu edilemeyeceği yönünde bir içtihadın gelişmesi sürpriz sayılamaz. Yargı organları, bazı yatırımların öteden beri özel hukuk sözleşmesine konu olduğunu kabul etmektedir. Ancak hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi söz konusu olduğunda, kamu hizmetinin negatif etkisinin devreye sokularak, kamu hizmetinin ancak kamu hukuku rejimi çerçevesinde özel kişilere gördürülebileceği ve dolayısıyla özel hukuk sözleşmesine konu edilebilecek hizmetlerin çok sınırlı olabileceği düşünülebilir: Maddede açıkça kamu hizmetlerinin, hâlihazırda kabul edilen niteliğinin elvermesi ölçüsünde özel hukuk rejimine bağlanabilmesi dışında, bütünüyle özel hukuk rejimine tabi kılınabileceği yönünde bir kural yer almamaktadır. Tekinsoy, **a.g.m.**, s.190-191.

²³ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.191. Bu konu ile bağlantılı olarak, *Uz*'a göre kamu borçlanma (istikraz) sözleşmeleri ile kamu alım sözleşmeleri arasında bir karşılaştırma yapılarak sermaye unsuru yönünden yeni bir yoruma gitmek mümkündür. Zira, kamu borçlanma sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmayıp, devlet veya kamu tüzel kişilerin piyasalardan ya da gerçek kişilerden belli miktarlarda paranın ödünç alınması olup, kamu borçlanma sözleşmeleri hukukumuzda “karakterleri (kurdukları ilişkinin niteliği)” itibari ile idari sayılmaktadır. Bu bağlamda sadece mal alımları örneğinden hareketle, kamu borçlanma sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmasını gerektirecek unsurların mal alımları sözleşmelerinde de mevcut olduğu söylenebilir. Kamu alımları da özel bir kanunla ve belli usüller çerçevesinde, sözleşme yapabilme yetkisi olan idareler tarafından kamu yararı gözetilerek ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılmaktadır. Bu noktada *Uz*, kamu hizmetlerinin gerektirdiği mali kaynakları temin etmek için idarenin (Hazine Müsteşarlığı) ihaleye çıkarak piyasadan belli bir vade için belli bir faiz üzerinden borç para alması ile, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin satın alınması arasında esasta bir farklılık olmadığı kanısındadır. Özel kişi, taraf olduğu sözleşmenin konusunun para olması halinde idari bir sözleşmenin

Tekinsoy'un yukarıda getirdiği bakış açısı yerleşik içtihattan ayrılırken, yüksek mahkeme kararlarında ise, kamu alım sözleşmelerinin akdedilmesinden sonra doğan ihtilaflar için adli yargıda çözüm aranması yönünde ortak bir tutum dikkat çekmektedir. Danıştay'ın bu minvaldeki kararları incelendiğinde; “2490 sayılı Yasaya göre imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olacağından, sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan ve sözleşmenin feshi, işin tasfiyesi ile ilgili olan uyuşmazlıkların sözleşmeden hareket edilmek suretiyle ve sözleşme esasları içinde özel hukuk hükümlerine göre çözümleneceği, bu çözümlenmenin ise idari yargı mercilerince değil, adli yargı mercilerince yapılacağı açıktır.”²⁴ değerlendirmesi, Danıştay'ın konuya bakışını vermesi bakımından önemlidir. 2490 sayılı Kanun zamanında Danıştay tarafından alınan bu kararın, sonraki dönemlerde de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

AB üyesi devletlerde kamu alım sözleşmelerinin farklı hukuki rejimlere tabi olması, Türk hukukunda da kamu alım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi etkilemiş, karma bir sistemin benimsenmesine sebep olmuştur.²⁵ Türk hukukunda kamu alım sözleşmesi olarak adlandırılan bir idari sözleşme grubu yoktur. Gerek 2886 sayılı DİK ve gerekse 4734 sayılı KİK hükümleri uyarınca yapılacak sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilir.²⁶ O hâlde söz konusu

tarafı olurken, sözleşmenin konusu mal olduğu takdirde ve istikraza konu para ile aldığı malı, ihalesini kazandığı idareye satarken özel hukuk sözleşmesine taraf olmaktadır. Aynı şekilde idare de, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti satın almak için gereken parayı borçlanma yoluyla elde ederken idari sözleşmenin tarafı olarak kabul edildiği halde, aynı idare, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet için açmış olduğu ihaleyi kazanan aynı özel kişiden mal ve hizmet satın alması halinde ise özel hukuk sözleşmesinin tarafı olmaktadır. Tarafları ve dolayısıyla konusu aynı olmasına karşılık, sözleşme ilişkisi farklı hukuki rejimlere tabi tutulabilmekte ve farklı yargı düzenlerinin görev alanına girebilmektedir. Aslında idarenin ihtiyaç duyduğu malı özel kişiden satın alması ile, ihtiyaç duyduğu malı temin edebilmek için kamu borçlanma sözleşmesine taraf olması arasında özü itibarıyla bir fark bulunmamaktadır. Uz, **a.g.e.**, s.106-109.

²⁴ Danıştay 12. Daire, 18 Nisan 1979 tarih ve E.1979/1427, K. 1979/1461 sayılı karar.

²⁵ Demirboğa, **a.g.e.**, s.37.

²⁶ Danıştayca 4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi gereğince Kanun kapsamının dışında tutulan istisna alımlara ilişkin sözleşmeler de özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir: “...*Dava dosyasının incelenmesinden; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/g maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamı dışında TEİŞ 8. İletim Tesis ve İşletme Grup Müdürlüğü tarafından; Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin açık ihale yöntemine göre ihalenin 01.05.2007 tarihinde yapıldığı, ihaleyi kazanan yüklenici firma ile davalı idare arasında iptali istenen sözleşmenin 29.05.2007 tarihinde imzalandığı, bu haliyle ihalenin 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmadığı, davaya konu sözleşmenin de 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulmadığı anlaşılmaktadır. ...Diğer yandan, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın süre gelen içtihatlarında; 2886 ve 4734 sayılı Kanunların kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içerisinde, idarelerce tesis olunacak*

Kanun hükümleri çerçevesinde idare tarafından alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlemlerinin gördürülmesi şeklindeki harcama sonucunu doğuracak sözleşmeler ve satım, kiraya verme gibi kamuya gelir sağlama sonucunu doğuracak sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Bu aşamada önemle belirtmek gerekir ki, bu sözleşmelerin imzalanmasına kadar geçecek olan ihale süreci, kamu hukuku içinde kabul edilir ve bu aşamada idare tarafından yapılan ve idari işlem niteliği tartışmasız olan işlemler idari yargı denetimine tabidir. Bu çerçevede; ihalenin yapılmaması kararı,²⁷ ihale kararının feshi kararı,²⁸ ihale kararının onaylanması veya onaylanmaması kararı²⁹ idari yargı denetimine tabidir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflar ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenir.³⁰

Danıştay'ın idare ile yüklenici arasında akdedilen alım sözleşmesini idari sözleşme değil de özel hukuk sözleşmesi kabul ettiği bir başka kararında; idare ile yaptığı alım sözleşmesi uyarınca laboratuvar ve kömürlük binası yapan yükleniciye hak ediş tutanağında tespit edilen tutarın ödenmemesine karar verilmiş, yüklenici bu kararın iptali ve kendisine söz konusu tutarın ödenmesine karar verilmesi talebiyle idare mahkemesinde dava açmış, idare mahkemesi hak edişlerin ödenmemesine ilişkin kararı iptal etmiş ve yükleniciye hak edişlerin ödenmesine karar vermiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay, bu kararı bozmuş ve bu ihtilafın özel hukuk ilişkisinden kaynaklandığına ve “...ihale safhasından değil, yapılmış ihalelerden

işlemlerin 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetime tabi olduğu, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında imzalanan sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemlerin ise anılan yasalarla düzenlenmediği, bu alanın özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabi olduğu vurgulanmıştır. ...Bu hâliyle ihale safhasında değil, ihale kararı kesinleşip ihale gereği sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmenin uygulanması safhasında, sözleşmenin iptali isteminden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri adli yargının görevine girdiğinden, temyize konu idare mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır.”

²⁷ Danıştay 10. Daire, 16 Ekim 1991 tarih ve E.1989/764, K.1991/2870 sayılı karar.

²⁸ Danıştay 10. Daire, 9 Mart 1983 tarih ve E.1982/189, K.1983/473; Danıştay 10. Daire, 1 Mayıs 1984 tarih ve E.1982/4581, K.1984/909; Danıştay 10. Daire, 30 Eylül 1992 tarih ve E.1990/3463, K.1992/3360; Danıştay 10. Daire, 5 Nisan 1993 tarih ve E.1992/1166, K.1993/1305; Danıştay 10. Daire, 24 Mayıs 1995 tarih ve E.1991/2389, K.1993/2134.

²⁹ Danıştay 10. Daire, 25 Mayıs 1983 tarih ve E.1982/2686, K.1983/1246; Danıştay 10. Daire, 9 Mayıs 1994 tarih ve E.1994/420, K.1994/2038.

³⁰ Akyılmaz v.d., a.g.e., s.458.

sonra kurulan özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargının görev alanına” girdiğine karar vermiştir.³¹

Danıştay 6. Dairesi'nin 17 Haziran 1997 tarih ve E.1996/3976, K. 1997/3037 sayılı kararına konu teşkil eden davada, bir belediye ile özel kişi arasında harita alımı ve imar planı yaptırma işi ile ilgili olarak yapılan ihalenin neticesinde sözleşme imzalanmıştır. Yüklenici sözleşmede öngörülen süre zarfında imar planını yapıp, haritaları teslim edememiş, ancak işin süresinin bitiminden sonra teslimi gerçekleştirmiştir. Daha sonra yapılan incelemede harita ve imar planlarının sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olmadığı gerekçesiyle söz konusu idare sözleşmeyi feshetmiştir. Yüklenici idarenin bu işlemine karşı idare mahkemesinde dava açmıştır. Bu davanın temyiz incelemesinde anılan Danıştay Dairesi, ihale safhası tamamlanıp, taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra, bu sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan ihtilafların, özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceğine karar vermiştir.³²

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin muhtelif kararlarında da durum benzerdir. Yüksek mahkeme bir kararında; “...*anlaşmazlığın ihalenin kesinleşmesinden sonraki safhada şartname hükümlerine uygun olarak düzenlenen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması aşamasında doğmasına, bu safhada tesis olunan işlemlerin (olayda olduğu gibi fesih işleminin) özel hukuk alanına ilişkin bulunmasına, sözleşmenin feshi koşullarının oluşup oluşmadığının ve feshi gerekip gerekmediğinin, anılan sözleşme incelenerek özel hukuk hükümlerini uygulayacak adli yargı yerinde görülmesi*”ne hükmetmiştir.³³

³¹ Danıştay 10. Daire, 9 Haziran 1988 tarih ve E.1986/469, K.1988/1048 sayılı karar. Benzer Danıştay kararları için bkz.: Danıştay 12. Daire, 14 Aralık 1978 tarih ve E.1977/2640, K.1978/4743; Danıştay 12. Daire, 18 Nisan 1979 tarih ve E.1979/1427, K.1979/1461; Danıştay 10. Daire, 9 Mart 1983 tarih ve E.1982/189, K.1983/473; Danıştay 10. Daire, 30 Eylül 1992 tarih ve E.1990/3463, K.1992/3660; Danıştay 6. Daire, 13 Şubat 1996 tarih ve E.1995/4800, K.1996/846; Danıştay 6. Daire, 19 Aralık 1996 tarih ve E.1996/431, K.1996/5949; Danıştay 6. Daire, 26 Ekim 1998 tarih ve E.1997/4868, K.1998/4866; Danıştay 8. Daire, 20 Haziran 2000 tarih ve E.1998/1941, K.2000/4827; Danıştay 10. Daire, 5 Şubat 2003 tarih ve E.2001/5105, K.2003/358; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07 Mart 2003, E.2002/725, K.2003/88.

³² Gözler, **a.g.e.**, s.50-51.

³³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 2 Mart 1987 tarih ve E.1987/2, K. 1987/7 sayılı karar. RG, 3 Haziran 1987.

Uyuşmazlık Mahkemesi başka kararlarında da aynı tutumunu sürdürmüş;³⁴ sözleşme akdedildikten sonra meydana gelen ihtilaflara ilişkin görevli yargı yerini adli yargı olarak göstermiş ve bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğine işaret etmiştir. Her iki yüksek mahkeme de sözleşmenin yapılması ve sonrasındaki safhada çıkacak ihtilafların özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenmesi gerekeceği sonucuna ulaşmaktadır. Sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada çıkacak ihtilafların ise idari yargıda görülmesi gerekecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin imzalanmasından sonraki işlemler, özellikle de sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan ihtilaflar, adli yargıda çözümlenmesi gerekeceğinden, idari yargıda yürütmenin durdurulması talepli iptal davasının açılması da doğru olmayacaktır.³⁵

Görüldüğü üzere, 2886 sayılı DİK ve 4734 sayılı KİK'e göre yapılan ihaleler sonrası akdedilen sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilir. Buna göre, 2886 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılmak suretiyle sözleşme tarafının seçildiği; satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisine yönelik sözleşmeler ile 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan mal ve hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmesidir. Bu itibarla, Türk kamu alım mevzuatına göre akdedilen sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu saptamadan doğan zorunlu sonuçlar; sözleşmenin kurulması aşaması ile imzalanmasından sonraki döneme ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde bir ihtilaf çıkarsa hem iş sahibi idare hem de yükleniciler hak ve hukuklarının korunmasını özel hukuk hükümlerine göre, adli yargılama hukuku kuralları doğrultusunda adli yargı mercilerinden talep edeceklerdir. Ancak, sözleşmenin kurulmasından ayrılabilen işlemler (sözleşmenin imzalanmasından önceki idarenin işlemleri), idari işlem olma özelliklerini koruduğundan taraflar

³⁴ 2886 sayılı DİK'e dayanılarak yapılan sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi sonucu uğranılan zararın tazmin edilmesi talebiyle açılan dava kararı (Uyuşmazlık Mahkemesi, 18 Kasım 1991 tarih ve E.1990/41, K. 1991/42, RG, 13 Ocak 1992, S. 21110); bir ihalenin ek sözleşmesine uyulmaması nedeniyle açılan alacak dava kararı (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 11 Aralık 1995 tarih ve E.1995/69, K. 1995/55, RG, 30 Ocak 1996, S. 22539); İstanbul Orman İşletmesi ile ilgili bir ihalenin kesinleşmesi üzerine, idarece satış şartnamesinden doğan hakların kullanılması ve takibine ilişkin işlemlerden doğan dava kararı (Uyuşmazlık Mahkemesi, 3 Temmuz 2000 tarih ve E.2000/22, K. 2000/30, RG, 27 Temmuz 2000, S. 24122).

³⁵ Karaca, **a.g.e.**, s.102.

arasında bu aşamada çıkacak ihtilafların çözümü idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı mercilerinde olacaktır.³⁶

AB üyesi devletlere bakıldığında, Türk kamu alım hukukunda görülen bütüncül/kategorik yaklaşım görülmemektedir. Örneğin, Türkiye uygulamasında idarenin bayındırlık işleri konusunda yaptığı sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi sayılmakta ve gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında adli yargının görevine girdiği kabul edilmektedir. İspanya, Portekiz ve Fransa'da bayındırlık işleri sözleşmelerinin yasa ile idari sözleşme sayıldığı gözlenmektedir. Hatta Fransa'da, loi du 28 pluviose an VIII'in 4'üncü maddesi uyarınca, bayındırlık işleri sözleşmeleri, yasanın nitelendirdiği idari sözleşmelerdir. Dolayısıyla, bayındırlık işleri sözleşmelerinin, idare hukuku kurallarına tabi olduğu ve idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir.³⁷ Aynı şekilde, Almanya'da da Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, yol inşaatına ilişkin olarak idarenin özel kişilerle yapmış olduğu sözleşmeler, yasal düzenlemeler gereği idari sözleşme olarak kabul

³⁶ Karaca, **a.g.e.**, s.161-162. Öğreti ve yargı kararlarında görülen bu yaklaşımdan farklı olarak, bazen bir yargı yeri, önüne gelen ihtilafta, ihtilafı çözmek için, başka bir yargı düzeninin görev alanına giren bir hususun değerlendirmesini yapmak zorunda kalabilir. Bir özel hukuk ihtilafının çözümünde, idari yargının görev alanına giren bir işlem veya eylemin hukukiliği değerlendirmesi öncelikle yapılabilir. Türk hukukunda, idari işlemin geri alınmasına ilişkin olarak, ilk içtihadı birleştirme kararı Yargıtay tarafından verilmiştir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 27 Ocak 1973, E.1972/6, K.1973/2, 04.04.1973 tarih ve 14497 sayılı Resmi Gazete). Kararda ihtilafın çözümü için idare hukuku kurallarından yararlanılması gerektiği, bu kuralların uygulanması suretiyle ihtilafın çözümleneceği ifade edilmiştir. İdari yargının bir özel hukuk müessesesini, adli yargının da bir kamu hukuku müessesesini, önüne gelen ihtilafı çözmek bakımından değerlendirmesi mecburiyetinde kalması, ihtilafın çözümsüz bırakılması riskini ortadan kaldırmak adına kaçınılmazdır. Dolayısıyla, her iki yargı düzeninin karşılıklı olarak ihtilaf konusu davaya bakmaması sebebiyle, yargının denetimi dışında, kabulü mümkün olmayan, bir işlem kesiminin ortaya çıkması söz konusu olabilir. Bununla birlikte, farklı yargı düzeninin görev alanında bulunan bir ihtilafın, o yargı düzeninde karara bağlanmasına rağmen, diğer yargı düzeninde yeniden farklı bir değerlendirme ile karara bağlanması, yargı düzenlerinin görev alanının ihlali anlamını taşır ve bu durum hukuken kabul edilemez. Sezginer, **a.g.e.**, s.1542-1544.

³⁷ Kutlu, **a.g.e.**, s.16. Fransa'da yargı kararlarında, artık kamu hizmeti ölçütü ile birlikte sözleşmede özel hukuku aşan koşulların bulunması şartı aranmamaktadır. Üstelik bir sözleşmede özel hukuku aşan koşullar varsa, sadece bu koşul da, sözleşmenin idari sayılması için yeterli olmaktadır. Sadece tecimsel ve endüstriyel nitelikli kamu hizmeti kuruluşlarında çalışanlarla yapılan sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmeye devam olunmaktadır. Ayrıca, özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerin idari sözleşme kabul edilemeyeceği koşulu olmasına rağmen, Fransa'da bu koşula önemli bir istisna getirilmiş; bayındırlık işi yapmakla görevlendirilmiş ve özel hukuk tüzelkişisi statüsünde kurulmuş bir ortaklığın, bayındırlık işleri konusunda müteahhitlerle yaptığı sözleşme, idari sözleşme olarak kabul edilmiştir. İlgili Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kararı için bkz.: Gözler, **a.g.e.**, s.21-22., Sezginer, **a.g.e.**, s.928. Bu istisna dışında, taraflardan birinin *kamu tüzelkişisi olması*, sözleşmenin idari olması için gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. Bundan başka, sözleşmenin *bir kamu hizmetinin işlemlerini sağlamak amacıyla yapılması ve özel hukuku aşan koşullar* içermesi aranmalıdır. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, **a.g.e.**, s.1090-1093.

edilmektedir.³⁸ Türkiye’de bayındırlık işinin yapımı ile ilgili ihtilaflara adli yargıda bakılırken, Fransa’da olduğu gibi, bayındırlık işlerinden ve bu hizmetlerin işleyişinden doğan zararlara ilişkin ihtilaflar idari yargının görevine girmektedir.³⁹

B. Türk Hukukunda Kamu Alım Sözleşmeleri ve Kurulması

Türk hukukunda kamu alımlarının genel çerçevesini, KİK ve KİSK ile bu kanunların alt mevzuatı oluşturmaktadır. Bu yasal çerçevenin doğrudan içinde olmasa da 6428 sayılı Kanun⁴⁰ da kamu alımları bakımından önemlidir. Kamu-özel işbirliği modeli ile tesis yaptırılması, yenilenmesi ve hizmet alınması üzerine temellendirilen bu Kanunun, Sağlık Bakanlığı ile sınırlı bir kullanımı bulunmaktadır. Daha çok İngiltere ve Fransa’da uygulama alanı bulan⁴¹ ve üzerinde değerlendirmeler yapılan kamu-özel işbirliği modeli,⁴² Türkiye’de Sağlık Bakanlığı tarafından yaptırılması planlanan *Şehir Hastaneleri Projelerinde* uygulanmaktadır.⁴³

³⁸ Ali Ülkü Azrak, “İdari Mukavele Kavramının Teorisi ve Tatbiki”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 29, Sayı 3, 1963, s.532.

³⁹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt 1 Genel Esaslar**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.542.

⁴⁰ Kanunun tam adı; “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”dur. Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

⁴¹ AB rakamlarına bakıldığında ise, AB’de 1990-2011 dönemini kapsayan son 22 yılda gerçekleşen kamu-özel işbirliği projelerinin sayısının 1.536’ya, toplam proje büyüklüğünün ise 290 milyar Avro’ya ulaştığı bildirilmektedir. Yıllık ortalama proje sayısı 70, ortalama proje büyüklüğü ise 189 milyon Avro olarak gerçekleşmiştir. 2011 yılından önce kamu-özel işbirliği alanındaki faaliyeti AB piyasasının ancak %5’ine karşılık gelen Fransa, 2011 yılı faaliyetleriyle, yıllık yatırım bazında tarihsel olarak AB piyasasının 2/3’üne sahip Birleşik Krallık’ın önüne geçmiştir. Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), **a.g.r.**, s.18-19.

⁴² Buradaki işbirliği ile hukuki anlamda bir ortaklık kastedilmemektedir. Gerçekte işbirliği deyimi, altyapı hizmetlerinin mali açıdan geri dönüşünün gerektirdiği uzun sözleşme dönemleri boyunca sürecek kamu kurumları ile özel sektör girişimcileri arasındaki ilişkinin, kamunun doğrudan alım sözleşmelerindeki benzer şekilde, ticari bir özel hukuk sözleşmesinin denk tarafları arasındaki ilişki niteliğinde olmasını temsil etmektedir. Bu ortaklığın, Anglo Saxon hukukunda “Arm’s Length” ilkesi olarak bilinen, “her iki tarafın denk sayılıp birbirine hâkim olmadan, ‘mesafeli’ bir iş ilişkisini sürdürmesi” olarak çevrilebilecek ilkeye uygun sürdürülmesi kamu-özel işbirliği modelinin başarısı için sembol bir yaklaşıma işaret etmektedir. Türk hukuku açısından konuya bakıldığında, bu tür bir denkler arası özel hukuk sözleşmesi ilişkisine, Anayasa’nın 47’nci maddesine 1999 yılında yapılan değişiklikle imkân sağlandığı görülmektedir. Söz konusu maddede, kamu tarafından görülen yatırım ve hizmetlerin “özel hukuk” sözleşmeleri ile özel sektöre yaptırılacağı düzenlenmektedir. Ancak,

KİK ve alt mevzuatı, DİK ve alt mevzuatını tamamen yürürlükten kaldırmamıştır. Özellikle AB müzakere sürecinde, Türkiye'nin kamu alım mevzuatını AB müktesebatıyla uyumlu hâle getirme çabaları yanında, uluslararası kuruluşların ihale sistemleriyle yeknesak kurallar oluşturma amacı sonucunda, gelir nitelikli ihaleler ile gider nitelikli ihalelerin farklı ihale sistemlerine tabi kılınması durumu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, gider nitelikli mal ve hizmet alımları, yapım işleri ve danışmanlık hizmet alımlarında uygulanmak üzere özel hükümler getiren ve 01.01.2003 tarihinden itibaren geçerli ve mer'î olan 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK ile alt mevzuatlarına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısıyla, KİK, KİSK ve alt mevzuatı, DİK ve alt mevzuatının uygulama alanını büyük ölçüde sınırlandırmış ve alım düzenlemelerinin yerine geçmiştir.⁴⁴

bu denklemler arası ilişkinin sözleşme imza aşamasından itibaren geçerli olabileceğinde kuşku yoktur. Sözleşme imza aşamasına kadar geçen ihale ve görevlendirme döneminin kamu-idare hukuku kapsamına gireceği açıktır. Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), **a.g.r.**, s.9. AB düzeyinde kamu-özel işbirliği konusunda herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Marta Andrecka, "Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU", **EPPPL**, 3/2014, s.174.

⁴³ Söz konusu Kanun ve uygulaması dar bir alanı ilgilendirdiğinden, çalışma içerisinde sadece amaç ve kapsamından bahisle yetinilmiştir. Burada, AB'nin konuya özellikle kamu-özel işbirliğinin bir "kamu alımı" yöntemi olması açısından yaklaştığını, böylece kamu-özel işbirliği yöntemlerinin de diğer kamu alımları gibi AB müktesebatının kamu alımlarına ilişkin direktiflerine tabi olacağına vurgu yaptığını belirtmek gereklidir. Nitekim, AB Komisyonu, 2011 sonu itibarıyla özel bir imtiyazlar direktifi taslağı hazırlayıp yürürlüğe girmesi için süreci başlatmıştır. 26 Şubat 2014 tarih ve 2014/23/EU sayılı Direktifin kabulü ile de bu süreç tamamlanmıştır. European Parliament, COM(2011) 897 final, 2011/0437 (COD). Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda da dikkat çekildiği üzere, kamu kurum ve kuruluşlarının bizzat kendilerinin yapmak veya yaptırmakla görevli oldukları yatırım ve hizmetleri özel sektör eliyle yaptırıp gördürmeleri de AB Hukuku açısından Kamu Alımlarının bir parçası olarak nitelendirilmektedir. Türk hukukunda bu kavram Kamu İhale Hukuku olarak kamu alımı sürecinin ilk aşaması olan ihale aşamasına atıfla adlandırılrsa da, aslında, ihale aşaması dışında 4735 sayılı Kanunla düzenlenen kamu ihale sözleşmeleri aşamasının da Kamu İhale Hukuku'nun kapsamına girdiği bilinmektedir. AB ile müzakereler de Kamu Alımları başlığı altında yürütülmekte olup, gelecekte Kamu İhale Hukuku ifadesinin yerini Kamu Alımları hukukunun alması beklenebilir. Bu anlamda, kamu-özel işbirliğinin, kamu hukuku açısından, uzun süreli bir sözleşme ilişkisine dayanan bir kamu alımı yöntemi olduğu belirtilmelidir. Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), **a.g.r.**, s.10.

⁴⁴ Mehmet Karaca, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin, 2009, s.15. Devletin gelir ve gider ilişkilerinin 2886 sayılı Kanunla düzenlenmesinden kaynaklanan dağınıklığın, 4734 sayılı KİK ile uygulamada giderilemediği görülmektedir. *Sezginer*'e göre bunun başlıca sebebi, birçok kamu kurum ve kuruluşunun ilgili Kanun kapsamına girmemek için gösterdiği çabadır. Gerçekten de çok sayıda kamu alımı 4734 sayılı Kanunun istisnası olarak kapsam dışında tutulmuştur. Aynı durum 2886 sayılı DİK bakımından da geçerlidir. Örneğin, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ)'nin yapacağı arsa satışları 2886 sayılı Kanun kapsamında değildir. TOKİ arsa satış ihalelerini, 5273 sayılı Kanunla değişik 1164 sayılı *Arsa Üretim ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanunu*'nun 6/1 madde hükmünde yer alan "*Arsa alımı ve satımı... 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir.*" ibaresinden hareketle kendi mevzuatı çerçevesinde gerçekleştirmektedir. Benzer şekilde, *Köylere Hizmet Götürme Birliklerinin*

DİK hem sözleşmenin imzalanmasından önceki döneme (ihalenin yapılmasına ve sonuçlanmasına) hem de sözleşmenin imzalanmasından sonraki döneme (sözleşmenin uygulanması aşamasında tarafların hak ve yükümlülüklerine, sözleşmenin sona ermesine ve tasfiyesine) ilişkin hükümler öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle, DİK'te hem ihalenin yapılmasına hem de sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Buna karşılık KİK, sadece sözleşmenin imzalanmasından önceki döneme ilişkin hükümler getirmiştir. KİK'e tabi olarak yapılan ihaleler sonucu sözleşmeye bağlanan hukuki ilişkinin düzenlenmesi ise KİSK'e ve alt mevzuata bırakılmıştır.

Kamu alım sözleşmeleri; 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK hükümleri doğrultusunda idare adına ihale komisyonlarınca, ihale karara bağlandıktan ve ihale yetkilisi tarafından karar onaylandıktan sonra, idarece hazırlanan sözleşme, ihale yetkilisi ve yüklenicinin imzasına sunulur. İmza altına alınan sözleşme, idarenin denetim görevlilerince uygulanır/yürütülür ve işin hak ediş istenen kısmı ya da tamamı üzerinden gerçekleştirme görevlilerince ödeme belgeleri düzenlenir ve gerekli kontroller yapılarak muhasebe yetkililerince borç tahakkuk edilmek üzere

yapmış olduğu alım ihaleleri de 4734 sayılı Kanuna tabi değildir. Bu ihalelerin yasal dayanağı 5355 sayılı *Mahalli İdare Birlikleri Kanunu*'nun 18'inci maddesi ve bu hükme dayanılarak 28.04.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan *Köylere Hizmet Götürme Birliği İhale Yönetmeliği*'dir. 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun* çerçevesinde yapılan özelleştirme uygulamalarındaki ihale usulleri de kendi mevzuatına tabidir. 4734 ve 2886 sayılı Kanunlara tabi olmama eğilimi, kamu kurum ve kuruluşlarının kendileri açısından sınırlandırıcı, geciktirici etki yaptıklarını düşündükleri kurallardan kurtulma ve serbest hareket etme isteklerinin bir sonucudur. Ancak, söz konusu Kanunlara tabi olmama durumu, ihalelerin tamamen keyfi, idarenin mutlak takdiri ile yapılması anlamına gelmemektedir. Sezginer, **a.g.e.**, s.16-27. Aday devletlerin Birlik standartlarına uyumunun izlendiği ve AB Komisyonu tarafından hazırlanan İlerleme Raporları, Türkiye'nin kamu alımları karnesi bakımından ciddi eleştirilerin getirildiği önemli bir parametredir. AB Komisyonu, yukarıda değinilen Kanunun istisna hükmünü (m.3) ve başkaca kanunlar ile birçok kamu alımının kapsam dışında bırakılarak istisnaların genişletilmesi çabasını, âdeta nakarat halinde her yıl ilerleme raporlarında 5 numaralı kamu alımları müzakere faslı içinde tenkit etmektedir. Gerçekten, KİK'in 3'üncü maddesi, 20 ayrı alanı (a-u istisna bentleri) istisna olarak, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, 4734 sayılı KİK'in kontrol ve denetimi dışında bırakmıştır. Kanunun ilk hâlinde istisna sayısının 8 olduğu düşünüldüğünde, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile kamu alımlarına genel bir standart getirmek ve uygulamada birliği sağlamak amaçlanmış olmasına karşılık; kamu kurum ve kuruluşlarının söz konusu kanunların kapsamı dışına çıkma yönünde bir kaçış çabası açıkça görülmekte ve hemen dikkat çekmektedir. Bu itibarla, gerek KİK'in getirmiş olduğu istisna düzenlemeler ve gerekse ayrı Kanunlar ile KİK kapsamı dışında bırakılan alımlar, kamu alım hukukunun standart uygulamalardan uzaklaşması sonucunu doğurmakta ve bu durum AB ilerleme raporlarında sıklıkla eleştirilmektedir. *Tüzüner*'in verdiği bilgilere göre; Fransız Kamu Alım Kanunu'nun İstisnalar (Exclusions) başlıklı hükmünde on dört istisnaya yer verilmiştir. Bu istisnalar öncelikle Kanuna tabi olmayan özel hukuk tüzel kişileri ve AB'nin fonksiyon anlaşmalarında ayırık tutulan kurumların satın almaları dışarıda tutulmuştur. *Tüzüner*, **a.g.m.**, s.204.

ödeme gerçekleşir. Böylece, sözleşme hükümleri yerine getirilmiş ve işin bedeli ödenmiş olur ve kesin kabulle sözleşme son bulur.

Türk hukukunda kural olarak sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olup, taraflar kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla diledikleri şekilde sözleşme yapabilirler. Tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerine *edim* adı verilmektedir. Sözleşmenin yerine getirilmesi aşamasında şayet bir ihtilaf söz konusu olursa öncelikle sözleşme hükümleri çerçevesinde giderilmeye çalışılır, sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda genel hükümlere göre çözüme kavuşturulur. Kamu adına yapılan sözleşmelerde ise durum biraz daha farklıdır. Zira, KİK'e göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller KİSK ile düzenlenmiştir. KİSK'in 4'üncü maddesinde sözleşme yapılırken geçerli olacak temel ilkelere yer verilmiştir. Buna göre; sözleşmede ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemeyecek, Kanunda belirtilen hâller dışında sözleşmede değişiklik veya ek sözleşme yapılamayacak ve sözleşmenin uygulanmasında taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olacaktır.⁴⁵

Kanunun 5'inci maddesinde *Tip Sözleşmeler* başlığı altında; “*Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmî Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.*” KİSK'in 7'nci maddesine göre; bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, idare ile teklifi uygun bulunan yükleniciye ait belirtilmesi gerekli bilgi ve hususların bulunması zorunludur. Kaplan'ın görüşüne göre Kanunun 7'nci maddesinde düzenlenmiş hususlar, Kanunun 5'inci maddesi ile sağlandığından, ayrıca Kanunda düzenlenmesine gerek olmayan konulardır.⁴⁶ 7'nci madde; kanun koyucunun, idarelerde uygulama birliğini sağlamak adına düzenlediği, idarenin sözleşme tasarısını hazırlarken maddedeki hususları göz önünde bulundurmasını kanun düzeyinde hükme bağladığı ve 5'inci maddede geçen tip sözleşmelerin içeriğini detaylandırarak teyit ettiği bir hususiyet

⁴⁵ Hatice Sarıtaş, “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 73, Nisan-Haziran 2009, s.61.

⁴⁶ Kaplan, **a.g.e.**, s.366.

göstermektedir. Bu itibarla, Kanunun idarelerce uygulanmasında hataya sebebiyet vermemek için, ilgili madde hükmü açıklayıcı ve yerindedir.

KİK ve KİSK'in hükümleri içerisinde, sözleşmenin uygulanması sırasında ihtilaf çıkması hâlinde sözleşme ve eklerinin öncelik sırasına veyahut sözleşmenin ekleriyle bütünlüğüne ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu eksiklik, yapım işlerine ait tip sözleşmenin 8'inci maddesi birinci fıkrasında; "*Sözleşme, ekindeki ihale dokümanı ve diğer belgelerle bir bütündür, idareyi ve yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki veya farklılık olması hâlinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır*" denilmek suretiyle, 8.2.1'de de ihale dokümanını oluşturan belgelere öncelik verilmiştir.⁴⁷ Bu husus; esas olanın taraflar arasında imzalanmış sözleşme metni olduğu, sonradan düzenlenen zeyilnameler de sözleşme değişikliği niteliğinde olup sözleşme metni gibi işlem görmesi gerektiği, bu sebeple önceliğin her zaman sözleşme metnine verilmesinin doğru olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁴⁸

Sözleşmenin nasıl uygulanacağı ve yüklenicilerin edimini nasıl yerine getireceği konusunda ilk başvurulacak hükümler sözleşmenin eki olan ve sözleşmeye göre önceliğe sahip ihale dokümanında yer alan hükümler olmakla birlikte, ihale dokümanının idarelerce gerekli titizlik ve hassasiyette hazırlanmadığı bilinen bir gerçektir. Özellikle yapım işlerinde projelerdeki yetersizlikler veya projelerle diğer teknik belgeler arasındaki çelişkiler uygulama aşamasında sözleşmenin tarafları arasında en fazla ihtilafa düşülen konular olmaktadır.⁴⁹

Kamu idaresi tarafından açılan ihaleye katılan isteklilerin verdiği teklifler üzerinde yapılan değerlendirmeler sonucunda, ihale üzerinde bırakılan yüklenici ile idare arasındaki irade beyanlarının hukuki niteliğini belirlemek gerekmektedir. Sözleşme, Borçlar Kanunu'nun 1'inci maddesi gereği bir hukuki sonuç doğurmak üzere iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması ile kurulur. İhaleye davet niteliğinde olan idarenin ihale ilanı; herkese açık veya belli isteklilere

⁴⁷ Hizmet alımlarına ait tip sözleşme ile mal alımlarına ait tip sözleşmenin 8.1 maddelerinde de ihale dokümanının, sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olduğuna dikkat çekilmiş ve yapım işlerine ait tip sözleşmesindeki hükümlere yer verilmiştir.

⁴⁸ Kaplan, **a.g.e.**, s.367.

⁴⁹ M. Okan Ateş, **4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Çerçevesinde Sözleşme Hukuku**, Ankara, İzden Yayıncılık, 2012, Önsözden.

yapılmış, bir *icaba davet* niteliğinde olup,⁵⁰ sözleşme konusunu müzakere etmek üzere idarenin sözleşme yapma arzusunu ifade eder. İsteklilerin, ihale ilanı ve davet üzerine hazırlayıp idareye sundukları teklifler, birer *icap* niteliğindedir.⁵¹ Kamu alım sözleşmesinin kurulmasında teklif, hukuki tanımıyla *icap/öneri*, kurucu etkiye sahip yenilik doğuran bir hak olup, beyanın geçerlik süresi kadar etkilidir.⁵² İdarenin bu beyanlardan en uygun olanını seçme yönündeki beyanı *kabul* niteliğindedir. Taraflar arasındaki sözleşme müzakerelerinde, *kabul beyanı* ile sözleşme kurulmuş olur.⁵³ 4734 sayılı Kanun ile öngörülen müzakere aşamasını oluşturan ihale süreci, idare açısından ihale onayı ile başlar. Bununla birlikte, istekliler ilan (açık ihale usulü) veya davet (belli istekliler arasında ve pazarlık usulü) yolu ile yapılan ihalelerde davetin kendisine ulaşması ile yöneltilen irade beyanını öğrenir.⁵⁴

TBK’de sözleşmenin kurulma zamanı konusunda hazır olanlar ve olmayanlar ayrımı dikkate alınmaktadır. KİK’e göre yapılan alım ihalelerinde hazır olmayanlar arasında *icap* ve *kabul* durumu söz konusudur. İdare iradesini üç aşamada beyan etmektedir. Bunlardan birincisi kesinleşen ihale kararının bildirilmesi, ikincisi ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi ve son olarak da sözleşmenin imzalanmasıdır. Birinci ve ikinci beyanlar *kabul* anlamı taşımamaktadır. Zira, kesinleşen ihale kararı ve sözleşmeye davet, ihalenin kimin üzerinde kaldığını gösteren aynı zamanda idarenin sözleşme akdetme iradesini gösteren belgeler olup, kamu alım sözleşmesinin imzalanacağına dair bir garantiyi içermemektedir.

⁵⁰ *İcaba davetin en önemli özelliği, beyan sahibinin iradesinde, sözleşme kurma iradesinin bulunmamasıdır. Sözleşme bu iradeye uygun verilen kabul beyanıyla kurulamaz. Karşı taraftan yöneltilen irade beyanı ancak icap olarak kabul edilebilir. Demirboğa, a.g.e., s.31.*

⁵¹ *İcapta bulunma yetkisine sözleşmeyi kurma ehliyetini taşıyan taraflardan her biri sahipken, 4734 sayılı Kanun, icap ve kabulün hangi tarafça beyan edileceğine dair kesin ve zorunlu kurallar öngörmektedir. Kamu alım sözleşmelerinde icap, teklif adını almakta olup, kamu alım sözleşmelerinin kurulmasında umuma yöneltilmiş bir ilan bulunmaka birlikte, bu ilanı icap olarak değerlendirmek doğru değildir. Demirboğa, a.g.e., s.31. Kurul bir kararında konuya açıklık getirmektedir: “İdare tarafından ihalenin ilanı Borçlar Kanunu anlamında icaba davettir. Çünkü ihalenin duyurulması Borçlar Kanununa göre icap niteliğinde değildir. İhaleye katılanların teklifleri ise icap niteliğindedir. İdare tarafından incelenen tekliflerden en uygun teklifin belirlenmesi ve bu kararın yetkilisince onaylanması kabul niteliğinde değildir. Burada sadece karşılıklı olarak sözleşme yapma borcu doğmakta, fakat idarenin bu işlemleri, sözleşmenin kurulmuş olması için yeterli değildir.” Kamu İhale Kurul Kararı, 2004/UK.Z-837. 01.09.200 tarih ve 25570 sayılı Resmi Gazete.*

⁵² Demirboğa, a.g.e., s.31.

⁵³ *Kamu alım ihalelerine sunulan tekliflerin değerlendirilmesi sırasında ihale komisyonu herhangi bir aşırı düşük fiyat sorgulaması veya ek bilgi istenmesi sonundaki; doğrudan teklif üzerindeki kararı bir kabul beyanı niteliğindedir. Kaplan, a.g.e., s.363.*

⁵⁴ Demirboğa, a.g.e., s.61.

Dolayısıyla, yazılı şekil şartı yerine gelmeden ve taraflarca imza altına alınmadan kamu alım sözleşmesinin kurulmasından söz edilemez.⁵⁵ Kamu İhale Kurulu da bir kararı⁵⁶ nda; “...İhale sürecinin, ihale kararının onaylanması aşamasında sözleşmenin kurucu unsurları tamamlanmış olmakla birlikte, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilecek şekilde teşekkülü için, öngörülen şekil kurallarına uygun olarak imzalanması gerekir” değerlendirmesinde bulunarak bu hususa açıklık getirmektedir.

Kamu alım sözleşmelerinin kurulma zamanının tespiti, işleme veya eyleme uygulanacak hukuk rejiminin belirlenmesi bakımından da önem taşımaktadır. Sözleşmenin geçersizliği hâlinde özel hukuk alanında ihtilaflar çözümlenirken, sözleşmenin kurulmadığının kabulü durumlarında idari yargı yerinde ihtilaflar çözümlenmektedir.⁵⁷

4734 sayılı KİK’de kamu alım sözleşmelerinin kurulmasına dair birtakım düzenlemeler bulunmaktadır.⁵⁸ Bununla birlikte KİK, sözleşmenin yapılmasında tarafların görev ve sorumluluklarını da ayrı ayrı belirtmiştir. Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu Kanununun 44’üncü maddesinde düzenlenmiştir:

“İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43’üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır.

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince

⁵⁵ A.e., s.80-81.

⁵⁶ Kamu İhale Kurul Kararı, 2004/UK.Z-837. 01.09.200 tarih ve 25570 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷ Öğretide, sözleşmenin meydana gelme zamanını açıklayan çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bunlar; açıklama teorisi, gönderme teorisi, varma teorisi ve öğrenme teorisi. Demirboğa, a.g.e., s.79.

⁵⁸ Kanununun 37 ve 38’inci maddelerine göre yapılan değerlendirmeler sonucunda, ihalenin karara bağlanması ve akabinde onaylanması ile ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır (m. 40). İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21’inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hâllerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz (m. 41). 41’inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hâllerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir. Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit edilmesi zorunludur (m. 42).

uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir.”⁵⁹

Sözleşme yapılmasında idarenin görev ve sorumluluğu Kanunun 45’inci maddesinde düzenlenmiştir:

“İdare, 42 ve 44’üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi hâlinde, istekli sürenin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır. Bu zarar, sebep olanlara tazmin ettirilir ve ayrıca haklarında 60’ıncı madde hükümleri uygulanır.”

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, idareye yüklenmeyen ihbarname yükümlülüğü istekliye yüklenmiştir. Daha da önemlisi, 45’inci maddenin gerekçesinde, ihtiyacın karşılanmasında gecikmelere neden olunmaması için, ihale kararının tebliğinden sonra yükleniciye karşı idare tarafından yerine getirilmesi gereken görev ve sorumlulukların gerçekleştirilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde isteklinin mağdur olmaması için değil, ihtiyacın karşılanmamasında gecikmelere neden olunmaması için idarenin sözleşme imzalanmasındaki yükümlülüğünü yerine getirmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir.⁶⁰

İhalenin sözleşmeye bağlanması noktasında Kanunun 46’ncı madde hükümleri kesin kabul edilecek düzenlemeler getirmiştir: *“Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması hâlinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi*

⁵⁹ Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

⁶⁰ İstekli, koşullara uygun olarak taahhüdünden vazgeçtiği takdirde, sadece teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanmaktadır. Bu durum, idare ile sözleşme imzalayacak istekli arasında külfetlerin denk olmadığını göstermektedir. İdare, geçici teminatı gelir kaydettiği halde, istekli sadece belgelendirebildiği takdirde teminat vermek için yaptığı giderleri isteyebilir. İhaleye katılmak için yapmış olduğu masrafları ve diğer zararlarını talep edememektedir. Uz, **a.g.e.**, s.83-84.

belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylaturulması zorunlu değildir. İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez.”

C. Türkiye’de Kamu Alımlarında Uygulanan Sözleşme Türleri

KİK’in 6’ncı maddesinde söz konusu Kanuna göre yapılan ihaleler sonucunda gerçekleşen sözleşme türleri belirtilmiştir. Bunlar kısa başlıklarla şöyledir; Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme (m.6/a), götürü bedel sözleşme (m.6/b), birim fiyat sözleşme (m.6/c), karma sözleşme (m.6/d) ve münferit sözleşme (m.6/e).

İşlerin özelliği göz önünde bulundurularak, anahtar teslimi götürü bedel, götürü bedel ve birim fiyat sözleşmelere, sözleşme türleri arasında yer verilmesinin amacı, uluslararası uygulamalara paralellik sağlamaktır.⁶¹ Bu sözleşmelerden anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyat sözleşmeler yapım işleri için tasarlanmıştır. Götürü bedel sözleşmeler ise mal ve hizmet alımı işler için düşünülmüştür. Bir başka anlatımla, yapım işlerinde idare tarafından anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ve/veya birim fiyat sözleşmeler yapılması kural iken, mal ve hizmet alımlarında bu yönde bir zorunluluk yoktur.

1. Yapım İşleri Sözleşmeleri

Yapım işleri sözleşmeleri, anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyat sözleşmeler olmak üzere iki türdür (KİK m.6/a-c). Yapımdan kasıt; “*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*” dir (KİK m.4).

KİK’in 6’ncı maddesinde yapım işleri sözleşmeleri, iki farklı biçimde düzenlenmekte ve tanımlanmaktadır:

⁶¹ Abacıoğlu, Abacıoğlu, **a.g.e.**, s.598.

“Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme.”

KİSK’in yapım sözleşmeleri olarak nitelediği sözleşmeler, esasında Fransa’nın *bayındırlık sözleşmelerinden* farklı mahiyet taşımaz. Bir diğer ifadeyle, köprü, yol, baraj, bina inşaatı nev’inden bayındırlık işleri, özel bir kişi aracılığıyla belli bir bedel karşılığı gerçekleşir. Fransız hukuk sisteminde bu sözleşmeler kanun gereği idari sözleşme addedilir. Bu itibarla, Türk hukuk sisteminden ayrılmaktadır. Zira, Türk hukukunda bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi kabul edilmektedir.⁶²

Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hâllerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamamaktadır. Arsa temini, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, baraj ve büyük sulama, içme suyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğalgaz boru hattı projelerinde aranmaz.⁶³ Ayrıca, ihale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği yapım işleri ile doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir.⁶⁴

⁶² Gözler, **a.g.e.**, s.91.

⁶³ Kamu İhale Genel Tebliği, Madde 46.1. (25.10.2014 tarih ve 29156 sayılı Resmi Gazete)

⁶⁴ Kamu İhale Genel Tebliği, Madde 46.2.

Anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyat sözleşmeler arasında farklılık arz eden hususlardan biri, sözleşme bedeline dâhil giderlere ilişkindir. Birim fiyat sözleşmeli bir işte, birim fiyat tariflerinde ve cetvelde yer almayan bir imalatın yaptırılmasına ihtiyaç duyulması hâlinde, bedelin iş artışı kapsamında ödenmesi gerekmektedir. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmede ise, yüklenici ihale dokümanında niteliği tüm detaylarıyla belli edilen işi tek bir fiyatla yapmayı kabul ettiğinden, imalatın yapılması için zorunlu olan yardımcı elemanlara teknik şartnamede değinilmemiş olsa da bunlar için ilave bedel ödenmez. Bununla birlikte yüklenici, proje ve diğer teknik dokümanlarda görülmeyen ancak işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak tamamlanması için zorunlu olan imatları da teklif bedeli kapsamında yapmakla yükümlüdür.⁶⁵

Sözleşmenin yürütülmesinde esneklik sunması ve teslim yeri ile şartlarının kısmi olarak belirlenmesine olanak tanınması yönüyle birim fiyat sözleşmeler, idarelerce daha çok tercih edilmektedir. İş artışında artış miktarının birim fiyatlı kamu alım sözleşmelerinde yüksek oranda olması da bu tercihte etkili bir amildir. Birim fiyatlı kamu alım sözleşmelerinin yapılmasındaki asıl neden ise, idarelerce

⁶⁵ Proje ve teknik belgelerde imalatın cinsi yazmakla birlikte niteliğine dair başkaca bir belirleme yapılmamışsa, yüklenici asgari imalatı yapmakla sorumludur. Ateş, **a.g.e.**, s.99-100. Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 17.05.2011 tarih ve 33232 tutanak nolu kararında şu ifadelerle konuya açıklık getirilmektedir: “*Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmede yüklenicinin, ihaleden önce zemin yapısını, arazi şartlarını, ulaşım imkânlarını, projeyi, mahal listesini ve teknik şartnameyi en ince ayrıntısına kadar incelediği ve kendi şartları çerçevesinde en uygun fiyat teklifini verdiği kabul edilir ve imzalanan sözleşme tutarı bütün kâr veya zarar risklerini bünyesinde taşır. Zira, anahtar teslimi götürü bedel teklif ve sözleşme türü uygulanan bir ihalede, yüklenici işin tamamı için tek bir fiyat vermekte ve verdiği bu fiyatla ihale konusu işi uygulama projesine, mahal listelerine ve teknik şartnameye uygun olarak gerçekleştirmeyi üstlenmiş olmaktadır.*” Sayıştay bir başka kararında, teklif birim fiyatlı bir ihalede istekliler idarenin başlangıçta tespit etmiş olduğu iş kalemlerine teklif verirler ve sözleşme sonrası işin gerçekleştirilmesi sırasında uygulama projelerinin gereği olarak bir kısım iş kalemlerinin niteliğinde değişiklik olur veya yeni iş kalemleri gündeme gelirse idare ile yüklenicinin mutabakatı ile oluşturulan yeni birim fiyatlar çerçevesinde yapılan işlerin bedellerin yükleniciye ödeneceğini belirtmiş ve şöyle devam etmiştir: “*Elde uygulama projesi bulunmamasına rağmen anahtar teslimi götürü bedel ihaleye çıkılması ise hem idare hem de istekli açısından ciddi riziko alanı oluşturmaktadır. Zira, ihale dokümanı kapsamında her bir maliyet unsurunun hesaba katılmasına ve teklife yansıtılmasına imkân veren teknik belgeler bulunmadığı için istekliler en olumsuz ihtimali dikkate alarak tekliflerini hazırlayacaklar, bir başka ifadeyle muhtemel riskleri başlangıçta işverene yansıtma gayreti içinde bulunacaklardır. Mevcut uygulamada idare ihale dokümanı kapsamında isteklilere her hangi bir proje vermemekte, sadece amaç ve işlev yönüyle yapılması gereken işi tarif etmektedir. Söz konusu amaç ve işlevi sağlamak kaydıyla istenen eserin tasarımı, uygun çözümlerin bulunması, işin imal ve inşası, işlerin yapılması için gerekli her türlü yardımcı unsurların temini yükleniciye ait bulunmaktadır.*” Sayıştay 2. Dairesi, 08.02.2011 tarih ve 1409 sayılı ilamı.

ihale dokümanının yeterli nitelikte ve uygulama kesinliği düzeyinde hazırlanamamasıdır.⁶⁶

2. Mal ve Hizmet Alımı Sözleşmeleri

Mal ve hizmet alımı sözleşmeleri, mal ve hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen malın tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşmelerdir. KİK madde 4’de mal; “*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar*” olarak tanımlanırken, hizmet; “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler*” şeklinde ifade edilmiştir.

Gözler’e göre, KİSK’in mal alımı sözleşmeleri, Fransa’nın *levazım sözleşmeleri* (marchés de fournitures); hizmet alımı sözleşmeleri de *hizmet satın alınması sözleşmeleri* (marchés de service)’nden başka bir şey değildir. Fakat, Fransız idare hukukunda bu tür sözleşmeler idari sözleşme sayılırken, Türk hukukunda bunlar özel hukuk sözleşmesidir. Örneğin, idare bir hastane binasının temizliği hizmetini bir özel kişi ile sözleşme yaparak satın aldığı anda, bu sözleşme Fransa’da idari sözleşme olarak kabul edilmektedir. Türk hukuku bakımından ise, bu sözleşme tipik bir özel hukuk sözleşmesi olarak görülmektedir.⁶⁷

3. Karma Sözleşmeler

4734 sayılı Kanununun 62’nci maddesinin (c) bendi uyarınca; ihale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği işler ile doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerektirmesi nedeniyle ihaleden önce uygulama

⁶⁶ Demirboğa, a.g.e., s.50.

⁶⁷ Gözler, a.g.e., s.92-93.

projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje ile ihaleye çıkılabilmesi ve bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarında ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilmesi mümkündür. Bu şekilde gerçekleştirilen ihaleler sonucunda da 4735 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinin (d) bendi uyarınca karma sözleşme düzenlenebilir. Karma sözleşme yapılması öngörülen söz konusu işlerin ihale edilmesinde Tebliğin ilgili hükmünde yer alan açıklamalara uygun hareket edilmesi gerekmektedir.⁶⁸

D. Yargı Kararları Işığında Türk Kamu Alım Sözleşmelerinin Uygulamasında Görülen İhtilaf Konuları

Kamu alım sözleşmelerine genel olarak bakıldığında, sözleşme ihtilafı olarak nitelendirilen ve çeşitli değişkenlere göre davaların tasnifi sonucunda öngörülen ana hatları şu şekilde sıralamak mümkündür: Sözleşme türü (örneğin, yapım sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, tedarik sözleşmesi, vb); maddi açıdan aranan çözüm yolunun mahiyeti (örneğin, beklenmedik olaylar için tazminat, sözleşmenin ihlali durumunda tazminat miktarı, sözleşme bedelinin revizyonu, vb); bir yargı/hâkim kararından önce itiraz edilen idarenin kararının mahiyeti (örneğin, ek maliyetlerin ya da gecikmelerin varlığının kabulünün reddi, sözleşmenin feshi, vb); yükleniciye karşı idarenin şikâyeti (örneğin, yetersiz çalışma, uygulamada gecikmeler, vb) ve karar türleri (örneğin, kabul, ret, yasal adımlar atılmadan önce uzmana danışma, vb).⁶⁹

Türk kamu alım sözleşmelerinin uygulama aşamasını düzenleyen 4735 sayılı KİSK, 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Doğaldır ki, Kanunun ve ilgili

⁶⁸ Kamu İhale Genel Tebliği, Madde 47.1.

“İdari şartnamenin “*Teklif ve sözleşme türü*” başlıklı maddesi ile sözleşme tasarısı, dipnotlarında yer alan açıklamalara uygun olarak oluşturulacaktır.” (47.1.1)

“İstekliler tekliflerinde karma teklif mektubunu (Standart Form-KİK015.4/Y) sunacaklar, karma teklif mektubunda, işin anahtar teslim götürü bedel teklif alınan bölümü için teklif ettikleri bedel ile birim fiyat teklif alınan bölümü için teklif ettikleri bedeli ayrı ayrı belirtmek suretiyle, işin tamamı için teklif ettikleri bedeli yazacaklar ve teminatlarını teklif ettikleri toplam tutar üzerinden vereceklerdir. Aşırı düşük teklif değerlendirmesi dahil tekliflerin değerlendirilmesi ise toplam teklif tutarı üzerinden yapılacaktır.” (47.1.2)

“İhaleyi kazanan istekli ile karma sözleşme imzalanacak, sözleşmenin türü ve bedeline ilişkin maddeye; dipnotta belirtildiği üzere, işin anahtar teslim götürü bedel teklif alınan bölümünün, birim fiyat teklif alınan bölümünün ve işin tamamının sözleşme bedeli ayrı ayrı yazılacaktır.” (47.1.3)

⁶⁹ Thierry Kirat, Laurent Vidal, “Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.157.

mevzuatın her konuyu düzenlemesi ve karşılaşılabilecek her türlü soruna önceden cevap verecek şekilde hazırlanması mümkün olmadığından, sözleşmenin uygulanması aşamasında fazlaca sorun/ihtilaf görülmektedir. Şüphesiz, KİSK'in getirdiği en önemli yeniliklerden biri, sözleşmenin uygulanmasında tarafların eşitliği ilkesidir. Bununla birlikte ihale dokümanını oluşturan belgelerde, özellikle Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGS) ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesi (HİGS)'nde, tarafların eşitliği ilkesine uymayan ve açık bir şekilde idare lehine olan ve yüklenicilerin mağduriyetine yol açacak düzenlemeler yer almaktadır. İdarelerin ve yüklenicilerin ihtilafların çözümünde ihale dokümanındaki hükümlerle birlikte tarafların eşitliği ilkesini de gözeterek hareket etmeleri gerekmektedir.⁷⁰

Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak meydana gelen ihtilaf konularının biri veya birkaçı anlaşmazlık konusu olabilmektedir. Kamu alımı kapsamındaki ihtilaf konularını; öngörülemezlik, sözleşme şartlarının değişmesi, iş miktarında artma veya eksilme, süre uzatımı, fiyat farkı uygulanması, yer teslimi, projelerin hazırlanması, taahhüdün yerine getirilmemesi, ifa imkânsızlığı, sözleşmenin feshi, hak ediş raporlarının düzenlenmesi ve ödemenin yapılması, kabul işlemleri, teminatların iadesi vb. şeklinde sıralamak mümkündür. Bu konulara ait ihtilafların önemli bir bölümü, bir sözleşme rehberi olan ve kapsamında birçok çözümü de içeren KİK alt mevzuatının ilgili hükümleri çerçevesinde çözümlenebilmektedir. İhtilafın çözülememesi hâlinde ise idareler, çözümlenemeyen ihtilaflar için idarenin bulunduğu yer mahkemesini sözleşmede çözüm yeri olarak göstermektedirler.

Uygulamada sıkça rastlanan yüklenicinin işe hiç başlamaması, işi geciktirmesi, yüklenicinin temerrüdü, sözleşmedeki diğer şartlar ve işteki ayıplar ile ilgili ihtilaflarda davacı taraf iş sahibi (idare) iken, yüklenici davalı konumdadır. İdarenin ifa konusu edimin bedel borcunu ödemediği temerrüdü, ilave işler ile değişik işlerin bedellerinin ödenmesi, banka teminat mektuplarının iadesi ile ilgili ihtilaflarda davacı yüklenici, idare ise davalı sıfatına haizdir.⁷¹

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, ihtilafın tarafı olan ve sözleşme hukukuna göre eşit kabul edilen idare, nasılkı sözleşme öncesinde birtakım üstünlük

⁷⁰ Ateş, **a.g.e.**, önsözden.

⁷¹ Kaplan, **a.g.e.**, s.266.

ve ayrıcalıklarını dikkate alarak davranmakta ve yetki kullanmakta ise, sözleşmenin uygulanmasında görülen bahse konu ihtilaf alanlarında da yetki ve ayrıcalıklarını korumaya çalışmakta ve ihale sürecine benzer refleksler göstermektedir.⁷² Zira, KİK mevzuatı ve ihale dokümanlarına bakıldığında, idareye tanınan üstünlükler, sözleşmenin imzalanmasından önce başlamakta, sözleşmenin uygulanması ve sona erdirilmesi safhasına kadar devam etmektedir. Bu durum da, ilgili düzenlemeler ve tip ihale dokümanları esas alındığında, kamu gücü ayrıcalıklarının ön planda olduğu bir özel hukuku aşan rejimin varlığına açıkça işaret etmektedir.⁷³

1. İşin Süresi ve Süre Uzatımı

Süre, sözleşmenin yapıldığı tarihten başlamak üzere belli bir takvim günü olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla, işin süresi, işin başlangıcı ile bitirilmesi gereken tarih arasında kalan dönemdir. Sürenin tayininde; alıma duyulan ihtiyaç, ödenek durumu, yasal süreler, çalışılmayan günler vb. unsurlar belirleyici olmaktadır.⁷⁴ Bu itibarla, olası ihtilafları önceden önlemek ve alım konusu işin

⁷² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/4-693 E., 2003/740 K. sayılı kararında yer verilen, idarenin idari sözleşmelerde sahip olduğu yetki ve ayrıcalıklarının, idarenin tüm sözleşmelerinde de geçerli olduğu algısı/yanılgısı, idarenin eylemlerinde idareyi yanlış tutumlara sevk edebilmektedir. Söz konusu kararda Yargıtay: “İdari sözleşmeler idarenin, kamusal yetkisine dayanarak, kamu hizmetleri gereği ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı, üstün hak ve yetkilerini içerirler, idare bunlarda tek taraflı değişiklikler yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir, tarafların serbest iradelerine dayanmazlar” demek suretiyle idari yargının muhkem surları içinde korunan idari sözleşmeleri, idarenin de taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinden ayırmıştır.

⁷³ Uz, a.g.e., s.67.

⁷⁴ Sürenin tespiti idarenin takdirinde olup, idare işin yapılabileceği süreyi tespit ederken havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan dönemi ile resmi tatil günlerini de dikkate almak zorundadır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 51'inci maddesi, *Yapım işlerinde çalışılmayacak günler* başlığı altında idarelerin dikkate alması gereken açıklamalarda bulunmaktadır:

“51.1. Yapım işlerine ilişkin tip sözleşmenin 9 uncu maddesindeki havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı günlerin tespitinde İdare; Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın 07/07/1982 tarih ve B-01/İh.İş.Md.Gr.3/99-2/101156-B sayı ile yayımladığı genelgesi uyarınca, kamu inşaatlarının sözleşme sürelerinin belirlenmesinde, iş programlarının hazırlanmasında ve süre uzatımlarında göz önünde bulundurulmak üzere tespit edilen, il ve ilçelere göre çalışmaya müsait olmayan günleri esas alabilir.

51.2. Kuruma yapılan başvurulardan, bazı idarelerin yapım işlerine ilişkin sürelerin hesabında çalışılmayacak günleri hesaba katmadıkları, isteklilerin de bu durumu dikkate almadan teklif verdikleri, sözleşme imzalandıktan sonra yüklenici ile idareler arasında bu konuda ihtilaflar yaşandığı görülmüştür. Bilindiği gibi, 4734 sayılı Kanununun 24 üncü maddesine göre işin başlangıç ve bitiş tarihinin ilanda belirtilmesi, 4735 sayılı Kanununun 7 nci maddesine göre de işin süresinin sözleşmede belirtilmiş olması zorunludur. Anılan hükümler çerçevesinde Kurumca yapım işlerine ilişkin Kurumca hazırlanan tip idari şartnamenin 49 uncu maddesinde işin başlama ve bitiş tarihine ilişkin düzenleme bulunduğu gibi, aynı şartnamenin 50 nci maddesinde ihale konusu işe ilişkin fen noktasından çalışılmayacak günlerin belirtilmesine yönelik düzenleme de bulunmaktadır. Aynı şekilde, yapım işlerine ilişkin tip sözleşmenin 9 uncu maddesinde işin fen noktasında çalışılmayacak sürelerin belirtileceği bölümler bulunmakta ve bu maddelerde, işin süresinin hesabında bu sürelerin hesaba

amacına uygun olarak zamanında bitirilmesi için, sürenin teknik ve hukuki esaslar göz önüne alınarak tespiti ve tayini önemli bir husustur. Ancak, uygulamada işin süresi hesaplanırken gereken özenin gösterilmediği görülmektedir. Bundan dolayı da, sözleşme tarafları arasında ihtilaflar kaçınılmaz olmaktadır.

Anglo-Amerikan hukukunda imzalanan inşaat sözleşmelerinin kahir ekseriyetinde, *time is of the essence of the contract* (süre sözleşmenin esasıdır) cümlesi vurgulanmaktadır. Bu cümleden de açıkça görülmektedir ki, süre sözleşmenin bedeli kadar önemli bir unsurdur. Bir işin bitirilmesi için belirlenen sürenin, diğer bir ifadeyle işin ne zaman tamamlanacağı, sözleşmenin tarafları açısından son derece önemli bir husustur. İşin ne zaman bitirileceği kadar, işe ne zaman başlanacağına da bilinmesi gerekir. Zira, işe zamanında başlanması, söz konusu işin zamanında bitirilmesi ile de doğrudan ilişkilidir.⁷⁵

Kamu alım sözleşmelerinde işin teslim süresi, idare tarafından hazırlanan sözleşme metninde belirtilmektedir. Örneğin; bir yapım işinde, işin teslim süresi⁷⁶ ve tarihi sözleşmede “*Yüklenici taahhüdün tümünü, işyeri teslim tarihinden itibaren ... (...) gün içinde tamamlayarak geçici kabule hazır hâle getirmek zorundadır.*” şeklinde belirli bir takvim günü olarak kayıt altındadır. Teslim süresinin sonunda, işin teslim borcu muaccel hâle gelmektedir. Bu tarihten itibaren, yüklenicinin temerrüdünün *muacceliyet* şartı gerçekleşmiş olur. İşin teslim tarihi, belirli bir

katılmış olduğu ve çalışılmayacak günler için süre uzatımı verilmeyeceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle işin süresinin hesabında bu hususun idarelerce dikkate alınması, idari şartnamede ve sözleşme tasarısında bu konu ile ilgili hükümlerin de isteklilerce iyi incelenerek teklif verilmesi gerekmektedir.”

⁷⁵ Sözleşmede öngörülen işe başlama ve tamamlanma süreleri yüklenici açısından da hayati öneme haizdir. Örneğin; bir yapım işinde, üstlenilen inşaat çalışmaları ile ilgili malzeme siparişlerinin verilmesi, çalışacak kişilerin temini, şantiyenin kurulması, makine ve teçhizatın tertip edilmesi gibi durumlar, yapım işinin süresi ile yakından ilgilidir. Ayrıca, işin süresi, işin bedelinin belirlenmesi bakımından da önemlidir. Yapım işine ait maliyet ve giderlerin büyük bir kısmı doğrudan süreyle bağlantılıdır. Zira, inşaat için yapılan ve kurulan tesisler, alet ve makineler, çalıştırılan teknik eleman ve işçiler ne kadar uzun süre inşaatla kalırsa yüklenicinin giderleri o derece artar. Bundan dolayı yüklenicinin, işin süresine riayet etmesi kendisi açısından önem arz etmektedir. Aksi takdirde, teklif bedelinin tespitinde göz önünde bulundurulmayan sürenin uzamasına ilişkin masraflara, yüklenici katlanmak durumunda kalabilir. Kaplan, **a.g.e.**, s.76-78.

⁷⁶ 4734 sayılı KİK’e tabi yapım sözleşmelerinin 9’uncu maddesi ile YİĞŞ’nin 6’ncı maddesine dayanılarak, sözleşme imzalandıktan sonra, yer teslimi yapılmakta ve yer teslim tutanağı taraflarca imzalanmaktadır. Yer teslim tarihi ile birlikte de sözleşmede belirlenen işin süresi başlamaktadır.

takvim günü ise veya bu tarih kesin olarak tespit edilebiliyorsa, TBK madde 117'ye göre bu tarihin geçmesiyle borçlu temerrüde düşmektedir.⁷⁷

Edimin tam zamanında yerine getirilmesi şart değildir. Gününden önce gerçekleşen ifa, borçluyu borcundan kurtarır. Diğer taraftan, borcun geç ifası da borcu sonlandırmaktadır. Bu itibarla, edimin zamanında sunul(a)maması durumunda, her zaman borçlu temerrüdünden bahsedilmez.⁷⁸ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü konusunda, genel koşulların yanında özel koşul olarak süre (mehil) verilmesi söz konusudur.⁷⁹ Ancak buradaki süre, alacaklının borçluya verdiği herhangi bir süre olmayıp, son süredir. Alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK'nin 123'üncü maddesi hükmünden, yararlanmak istiyorsa, temerrüde düşen borçluya süre vermiş olmalıdır. Kanun koyucunun süre verilmesini düzenlemekteki amacı, borçluya borcu ifa etmek suretiyle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulması için son bir imkân vermektir. Dolayısıyla, belirlenecek süre bu amaca hizmet edecek nitelikte olmalıdır. Diğer bir ifadeyle alacaklı, borçluya borcunu ifa edebilmesi için uygun bir süre vermelidir. Verilen süre somut olayın niteliğine ve özelliğine göre değişiklik gösterebilir. Örneğin; büyük bir yapım işine ilişkin sözleşmenin uygulanmasında, borçlunun eksiklikleri tamamlaması için altı ay gibi bir süre uygun olabileceken, alacaklı tarafından kullanılan makinelerle ait yüzlerce parçanın temini için verilecek bir aylık süre yeterli gelecektir. Burada alacaklının borçluya ifasını tamamlaması için vereceği sürenin uygun olup olmadığının tayininde dürüstlük kuralları (MK m.2) belirleyici rol oynayacaktır.⁸⁰

TBK madde 123'te borçluya verilecek süre konusunda genel bir ölçü getirilmiş olmasına karşılık, kanun koyucu bazı borç ilişkilerinde tereddütleri gidermek amacıyla özel hükümlerle açık bir süreye yer vermiştir. 4734 sayılı Kanun

⁷⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s.78. İfa zamanı (günü) gelmiş borç, alacaklı tarafından ifası talep edilebilir *muaccel* borç demektir; aynı zamanda borçlu tarafından *ifa edilebilir* borç anlamına da gelir. Gün gelmiş (muaccel) borç ifa edilmezse borçlu temerrüdü, ifa edilebilir borcun ifası kabul edilmezse alacaklı temerrüdü oluşabilir. Bu durumda muacceliyet, borçlu temerrüdünün; ifa edilebilirlik, alacaklı temerrüdünün ön koşuludur. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.54.

⁷⁸ Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.52.

⁷⁹ TBK madde 123'te *süre* teriminin kullanımı kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir. Bir önceki Kanun'un 106'nci maddesinde ise *mehil* kullanılmıştır.

⁸⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.686-687. Zira, işin ifa süresi, yıl kadar uzun olabileceği gibi saat kadar kısa bir zaman diliminde de mümkün olabilir.

kapsamına giren işlerde, sözleşme ve sözleşmenin uygulamasına ilişkin düzenlemeler getiren 4735 sayılı Kanun'un 20'nci maddesi buna ilişkin bir hükümdür. Madde hükmüne göre, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli⁸¹ ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi hâlinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Alacaklı, temerrüdün genel koşulları gerçekleştiğinde, her zaman gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. Alacaklı TBK madde 125'te tanınmış olan gecikmiş ifayı ret ve müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmak isterse, borçluya süre tayin etme yolunu seçmelidir. Alacaklı borçluya her zaman için süre vermek suretiyle, bu süre sonunda borçlu ifada bulunmazsa bu seçimlik hakkını kullanabilir.⁸²

Kural olarak işin sözleşmede öngörülen sürede bitirilmesi gerekmele birlikte, yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle süre uzatımına ihtiyaç duyulabilmektedir. Süre uzatımı verilebilecek hâlleri; mücbir sebepler⁸³, idareden kaynaklı sebepler ve iş artışı olarak tasnif etmek mümkündür. Dikkat edileceği üzere, bu üç hâl, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplere dayanır. Aksi takdirde, yükleniciden kaynaklanan bir sebep için süre uzatımına gitmek mümkün

⁸¹ 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanununun 34'üncü maddesiyle; bu bentte yer alan "yirmi gün" ibaresi, "on gün" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

⁸² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.688.

⁸³ Mücbir sebep kavramının sözlük anlamı; herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşın, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylardır. Özellikle borçlar hukuku açısından önem taşıyan bu kavram, vergi hukuku, iş hukuku, ... gibi hukuk alanlarında da önemli bir terimdir. Kanunlarda mücbir sebebin bütün unsurlarını taşıyan bir tanım yapılmamıştır. Ancak yerleşmiş literatür ve Yargıtay içtihatlarında kusurdan uzak, sezilmeyen, karşı konulamayan gerçek bir olay olarak tanımlanır. Bu tanıma göre mücbir sebebin unsurlarını: Kusursuzluk, sezilemezlik (öngörülemezlik), karşı konulamazlık (önlenebilirlik), gerçeklik şeklinde sıralanan özellikler oluşturur. Mücbir sebebin en önemli unsurları bunlar olmasına karşılık Kamu İhale Kurulu kararlarında özellikle kaçınılmazlık ve öngörülemezlik ilkesine atıf yapıldığı görülmektedir. M. Rasih Altınkülçe, H. Bahadır Barçın, **Soru ve Cevaplarla Kamu Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012, s.116-127. Diğer taraftan, mücbir sebep halinin unsurları arasında illiyet bağının da bulunması gereklidir. A. Pulat Gözübüyük, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, Ankara, Kazancı Yayınları, 1977, s.75.

değildir.⁸⁴ Diğer taraftan, hem idarenin hem de yüklenicinin kusuru olmaksızın işin süresinde görülen gecikme, başka bir idari işlem sonucuna bağlı olarak gerçekleşebilir. Bu durumda da yüklenicinin sorumlu tutulması adil olmaz.⁸⁵

İhale edilen bir alım işinin sözleşmede belirlenen sürede bitirilmesi esastır. İşin belirlenen sürede bitirilmemesi durumunda, yükleniciye sözleşmede tespit edilen oranda ceza uygulanır. Sözleşmede belirtilen ve sorumluluğu yükleniciye ait olmayan zorunlu gecikme sebeplerinin meydana gelmesi hâlinde ise, durum idarece incelenerek, işi engelleyici sebeplere bakılarak ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatımı verilir.⁸⁶

Bazen de işin bitirilmesinde görülen gecikme idarenin kendisinden kaynaklanabilir.⁸⁷ Örneğin; bir yapım işinde, işin süresine riayet etme, sadece

⁸⁴ Ateş, **a.g.e.**, s.378.

⁸⁵ Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “*Taraflar arasındaki sözleşme davalının yapımını üstlendiği inşaatın süresi, temel üstü ruhsatının alındığı tarihten itibaren 36 aydır. Her ne kadar sözleşmede anılan ruhsatın ... tarihine kadar alınması öngörülmüş ise de, bu tarihin temerrüt için yeterli bir sebep sayılması olanaksızdır. Çünkü inşaat ruhsatı imar mevzuatı gereğince idari işlem sonucuna bağlı olduğundan bunun belli bir süre içinde alınması zorunluluğu yükleniciye yükletilemez. Başka bir anlatımla, yapı izni alınması idari formaliteler ve imar mevzuatından kaynaklanan gecikmelere uğraması olanaklıdır. Bundan yüklenicinin sorumlu tutulması düşünülemez.*” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 07.03.1989, 2231/1062 sayılı karar. Yüklenicinin mal teslimini sözleşmede öngörülen süreler içerisinde yerine getirmediği halde idare tarafından gecikme cezasının tahsil edilmemesi sonucu fazla ödemeye sebebiyet verildiği gerekçesiyle tazmin hükmü verilen 977 sayılı ilama ilişkin olarak Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 20.09.2011 tarih ve 33643 tutanak nolu kararında gümrük işlerinin uzamasında yüklenicinin kusuru dışında bir duruma işaret edilmektedir. Tazmin hükmü, yüklenicinin gümrükteki işlemleri gerekçe gösterilerek mal teslim tarihinin uzatılması talebinin idarece kabul edilmesinin sözleşmeye aykırılık taşıdığı iddiasıyla verilmiştir. Kararında Sayıştay; “...yüklenicinin herhangi bir kusuru olmadan yurtdışından ithal edilen cihazın gümrük işlemlerinin uzaması nedeniyle firmanın cihazı zamanında verememesi yüklenici açısından idareye karşı yüklendiği edimin ifasını mümkün kılmamaktadır. Bu durumda Borçlar Kanunu hükümlerine göre, yüklenicinin üstlendiği edimini zamanında yerine getirmesi imkânsız olduğundan süre uzatım talebinde bulunması ve idarenin bu talebi uygun bulması sonucu malın tesliminde bir gecikmeden bahsedilmesi mümkün olmadığından... tazmin hükmünün kaldırılmasına” hükmetmiştir. Benzer Sayıştay kararı için bkz.: Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 13.02.2007 tarih ve 29109 tutanak nolu kararı.

⁸⁶ Nedim Uyanık, **İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi**, İstanbul, Beta, 2004, s.47.

⁸⁷ YİĞŞ'nin *İşin süresi ve sürenin uzatılması* başlıklı 29'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında idareden kaynaklı sebeplerle süre uzatımı verilmesine ilişkin hüküm bulunmaktadır: “*İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini Yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple sorumluluğu Yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır.*” HİĞŞ'nin *İşin süresi ve uzatılması* başlıklı 35'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında: “*İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin olarak bu Genel Şartnamede ve sözleşmesinde yer alan yükümlülüklerini, yüklenicinin kusuru olmaksızın, öngörülen süreler içinde yerine getirmemesi (yer tesliminin, projelerin ve iş programının onaylanmasının, izin,*

yüklenicinin inşaat çalışmalarına değil, ayrıca yapı sahibinin (idare) işbirliği yapma yükümlülüklerini zamanında yerine getirmesine bağlıdır. Bu nedenle uygulamada, yapım sözleşmelerinde iş sahibi idarenin, söz konusu inşaat işinin plan ve projelerini yükleniciye ne zaman teslim etmesi gerektiği, işin yer tesliminin ne zaman gerçekleşeceği öngörülmüştür. Yapı/iş sahibinin (idare) üstlendiği işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, yüklenicinin süre uzatımını talep etme hakkı doğacaktır.⁸⁸ İş sahibinin, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğan vecibelerini yerine getirmemesi yükleniciye işin icrasında engel bir durum çıkarıyorsa, ilke olarak yüklenicinin işin tamamlanması için verilen sürenin uzatılmasını, süre uzatımını, isteme hakkı vardır.⁸⁹

Süre uzatımının da konu edildiği bir kararda Yargıtay, yüklenicinin sözleşmede belirtilen koşullarda çok büyük bir değişiklik olması hâlinde süre uzatımı isteyebileceğini belirtmektedir.⁹⁰

Süre uzatımı verilebilecek hâller ve şartlar, KİK mevzuatının alım türlerine göre oluşturulan tip sözleşme hükümlerinde düzenlenmiştir.⁹¹ Buna göre;

ruhsat ve olurların gecikmesi, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple işin süresi içinde bitirilmesinin mümkün olmaması halinde, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli kaldırmaya gücünün yetmemesi kaydıyla, yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre gereği kadar uzatılır.” denilerek idareden kaynaklanan sebeplere ilişkin olarak süre uzatımına izin verilmiştir. Mal alımlarında konuya ilişkin olarak düzenleme, tip sözleşmenin 25.2.1. maddesinde yapılmıştır: “*İdarenin sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın, öngörülen süreler içinde yerine getirmemesi ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır.”*

⁸⁸ Kaplan, **a.g.e.**, s.78.

⁸⁹ İş sahibinin sorumluluklarını zamanında yerine getirmemesinin hukuki sonucu, sadece yükleniciye süre uzatımı vermekle çözümlenmiş sayılamaz. Bu gecikme ve engellerin, yüklenici açısından maddi mal varlığının eksilmesine, mali kayıplara uğramasına sebep olabilir. Bu sorun, ekonomik açıdan göz ardı edilmesi mümkün olmayan hayati bir önem taşımaktadır. Zira, işin süresi açısından, idarenin sorumluluğunu yerine getirmemesinden kaynaklanan ve işin olağan akışını engelleyen veya geciktiren olgular, işin zamanında bitirilip tamamlanmasında yüklenici aleyhine maliyet unsurunu artıran durumlar meydana getirir. Almanya’da yapılan bir araştırmada, inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan fazla ödemelerin; planlanan ödemenin % 30 ila % 50 arasına tekabül ettiği, bazen de bu yüzdenin üstüne çıktığı tespit edilmiştir. Kaplan, **a.g.e.**, s.81-82.

⁹⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08.06.2004, E.2003/6272, K.2004/3184.

⁹¹ Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin 18’inci maddesi, *süre uzatımıyla ilgili hususlarda Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri uygulanır* demek suretiyle ilgili şartnamenin *İşin süresi ve sürenin uzatılması* başlıklı 29’uncu maddesine gönderme yapmaktadır. Mal Alımı Tip Sözleşmesinin 25’inci maddesi *Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları* başlığı altında düzenlenmiştir. Hizmet

yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş ve taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve bu durumun yetkili mercii tarafından belgelendirilmesi kaydıyla, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ile gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâlleri idarenin mücbir sebep olarak kabul edeceği belirtilmiş, ancak yüklenici tarafından zamanında yapılmayan başvuruların dikkate alınmayacağı ve yüklenicinin, başvuru süresini geçirdikten sonra süre uzatımı isteğinde bulunamayacağı belirtilmiştir.⁹²

Diğer taraftan, projelerin hazırlanması, onaylanması ve değişiklik yapılmasından kaynaklanan gecikmelerden dolayı yapı sahibi idare, yükleniciye sözleşmede öngörülen inşaat süresine ek olarak süre uzatımı vermesi ve yüklenicinin mali kayıplarını da karşılaması gerekmektedir. YİĞŞ'nin 13'üncü maddesinde; *"İş için gerekli olan projelerle diğer teknik belgelerin yükleniciye tesliminde gecikme olması veya uygulanmak üzere yükleniciye verilen proje ve teknik belgelerde, yeni proje veya belge hazırlanmasını gerektirecek ve dolayısıyla zamana ihtiyaç gösterecek şekilde değişiklik yapılması hâllerinde yüklenici hiçbir itiraz öne süremeyecektir. Ancak bu gecikme, işin bir kısmının veya hepsinin zamanında bitirilmesini geciktirirse sözleşmedeki iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır"* hükmü yer almaktadır.

Yüklenicinin temerrüdü ve kusurlu davranışından kaynaklanan süre gecikmeleri dışında kalan, özellikle yapı sahibinin (idare) üstlendiği işbirliği borçlarını zamanında yerine getirmemesi ve işyeri teslimindeki gecikmeler ile proje değişikliğinden, iş artışından,⁹³ hak edişlerin geç ödenmesinden kaynaklanan

Alımlarına Ait Tip Sözleşme ve Danışmanlık Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 17'inci maddesinde aynı düzenleme görülmektedir.

⁹² Yüklenici bildiriminde, iş üzerinde gecikmeye yol açtığını düşündüğü sebeplerin ayrıntılarını, iş süresinin ne kadar uzatılması gerektiğini belirtecektir. Uzatılacak sürenin tespiti o anda mümkün değilse bunun da sebeplerini ayrıca belirtecek, durumun netlik kazanmasından sonra istediği süre uzatımını da ayrı bir yazı ile derhal bildirecektir. Zamanında yapılmayan yazılı bildirimler dikkate alınmaz ve yüklenici müracaat süresini geçirdikten sonra süre uzatımı talebinde bulunamaz. Ateş, **a.g.e.**, s.393.

⁹³ İş artışına ilişkin hüküm 4735 sayılı Kanununun 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmünde iş artışının süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde

gecikmelerde, yükleniciye cezasız süre uzatımı verilmesi ve bu süre içinde ortaya çıkan mali zarar ve kayıpların yapı sahibi tarafından karşılanması gerekir.⁹⁴ Ayrıca, sözleşmede belirlenen ödeme sürelerine, ödenek veya nakit yetersizliği nedeniyle idarece uyulmadığı takdirde yükleniciye süre uzatımı verilmesi gerekmektedir.⁹⁵

Süre uzatımını gerektiren hâller, idareden kaynaklı⁹⁶ olabileceği gibi doğal afetler⁹⁷ sebebiyle de olabilir. Mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hâllerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi hâlinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır. İdareden kaynaklanan sebeplerle sürenin uzatılabilmesi için, idarenin söz konusu hâli gecikme nedeni olarak kabul etmesi gerekmektedir. Kendinden kaynaklanan bir gecikme hâlini yine idarenin kendisinin incelemesini ve takdir etmesini, yüklenici karşısında idareye tanınan bir ayrıcalık olarak yorumlamak mümkündür. Zira, idarenin kendisinden kaynaklanan nedenlerle işin süresinde bitirilememesi hâlini, süre uzatımı için gecikme nedeni olarak kabul etmediği takdirde, idare yükleniciye gecikme cezası verilmesi, sözleşmenin feshi ve kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın iradı gibi

yaptırılacağı belirtildiğinden, iş artışı halinde gerekli süre uzatımının yükleniciye verilmesi gerekecektir. YİGŞ'nin 29'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında "*Öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde ilave işin gerektirdiği ek süre Yükleniciye verilir*" denilmektedir. Bu noktada ortaya çıkan problem, iş artışı halinde ilave süre verilmesi değil, verilecek sürenin tespitine ilişkindir. Bu tespit nasıl yapılacağına dair bir hüküm bulunmadığından, idarenin yapım işlerinde ilave süreyi tespit ederken dürüstlük ilkesi gereğince hareket etmesi gerekecektir. Ayrıca, yükleniciye süre uzatımı verilmesi durumunda, verilecek sürenin çalışılmayacak günler de dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Mal ve hizmet alımlarında yapım işlerinden farklı olarak iş artışlarında süre uzatımının ilave işin gerektirdiği ek süre kadar uzatılması usulü benimsenmemiş, işin süresinin iş artışıyla orantılı olarak belirlenmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, mal ve hizmet alımları için iş artış oranının işin sözleşmede belirlenen süresine uygulanması ve bulunan rakam kadar süre uzatımı verilmesi gerekmektedir. Ateş, **a.g.e.**, s.425.

⁹⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s.88.

⁹⁵ Ateş, **a.g.e.**, s.417.

⁹⁶ İdareden kaynaklı haller: İşyerinin teslim edilmesindeki gecikme; idare tarafından verilmesi gereken projelerin gecikmesi; ödenek yokluğundan veya başka sebeplerden dolayı hak edişin zamanında ödenmemesi; inşaatın veya imalatın tamamının ya da bir kısmının idarenin yazılı emri ile durdurulması; ihalenin yapıldığı tarih ile sözleşmenin tamamlanarak yükleniciye tebliğ edildiği tarih arasında yasal olarak geçmesi gereken süreden daha fazla bir sürenin geçmesi.

⁹⁷ İşin yapıldığı yerde normalin üstünde meydana gelen tabiat olaylarının görülmesi; tabiat olayları sebebiyle taşıma yollarının kapanması ve gerekli araç, gereç ve malzemenin nakledilememesi; infilak, yangın vb. tahribat nedeniyle meydana gelen durumlar doğal afetler nev'inden sayılabilir.

idari işlemlere yönelebilecektir.⁹⁸ Bu durumda da, bir ihtilafın yaşanmaması ve/veya bir hakkın ihlal edilmemesi neredeyse imkânsızdır.

İşin türüne ve özelliğine göre süre uzatımı gerektirecek diğer sebepler için, yapılacak sözleşmelerde, *Diğer Hususlar* başlığı altında, süre uzatımı ile ilgili hükümler eklenmesi, ihtilafların önlenmesi bakımından faydalı olacaktır.⁹⁹ Özellikle yapım işleri sözleşmelerinde, taraflar arasında yapım işine ilişkin meydana gelen gecikmelerden dolayı ortaya çıkan ve çıkması muhtemel ihtilafları önlemek için, bu tür sözleşmelerde süre uzatımını gerektirecek durumlara, açıkça ve nizaya mahal vermeden belirlenerek sözleşmede yer verilmesi, bu sebepten çıkabilecek ihtilafların önceden önünü almada katkısı olacaktır.

Süre uzatım kararının bir tutanakla tespit edilerek kayıt altına alınması gerekmektedir. Süre uzatım kararının alınma zamanına ilişkin olarak mevzuatta amir bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle süre uzatım kararının işin sözleşmeye göre bitim tarihinden sonraki bir tarihte alınması mümkündür. Diğer bir husus olarak, süre uzatımının hatalı bir şekilde verilmesi hâlinde, idare ilgili kamu görevlilerine rücu ederek uğradığı zararı giderebilir. Bu itibarla, süre uzatım kararları verilirken idarece bu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹⁰⁰

2. İş Artışı

İş artışı, taahhüdün başlangıçta belirlenen sözleşme bedeli ile tamamlanmasının mümkün olmadığı hâllerde, hem sözleşme bedelinde hem de

⁹⁸ Uz, **a.g.e.**, s.75.

⁹⁹ Uyanık, **a.g.e.**, s.48.

¹⁰⁰ Ateş, **a.g.e.**, s.434. Davalı idarece davacı yükleniciye 47 gün süre uzatımının hataen verildiği ileri sürülerek ceza uygulamasına gidildiği bir ihtilafta Yargıtay; BK'nin 158'inci maddesi (TBK m.179) uyarınca eseri teslim alırken ihtirazi kayıt ileri sürmeyen iş sahibi ceza istemek hakkını kaybedeceğinden bahisle kararında şu ifadelerle yer vermektedir: “ *davacıya verilen 47 günlük süre davalı idare elemanlarının serbest iradeleriyle verilmiş olup, davacı taraf da buna güvenerek iş programını düzenlediğine göre bundan sonra sürenin hataen verildiğinin ileri sürülmesi MK 2'nci maddesi uyarınca iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Davalının süre yönünden bir zararı var ise bu konuda yetkili elemanlarına rücu etmek hakkı saklıdır.*” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 09.04.1992, E. 1992/1003, K.1992/1753.

yapılacak iş miktarında meydana gelen artış olarak tanımlanır. TBK'nin 480'inci madde hükmü¹⁰¹, kamu alım sözleşmelerinde iş artışının temelini oluşturmaktadır.¹⁰²

Kamu sektörüne dâhil kuruluşların ihale yoluyla üstlendikleri inşaat (yapım) sözleşmelerinde kararlaştırılan götürü bedel (anahtar teslimi) veya birim fiyatlarla belirlenecek bedel, Türkiye'deki ekonomik şartların önceden tahmin edilmesinin güçlüğü ve önceki dönemlerde görülen en üst düzeydeki enflasyon oranları nedeniyle, kamu yapım işlerini üstlenen yüklenicilerin sözleşmelerindeki fiyatlarla işe devamını aşırı derecede güçleştirmekte olduğu bilinen bir gerçektir.¹⁰³

Ekseriyetle yapım işlerinde görülen iş artışı, mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması hâlinde mümkündür. İki şarta bağlanmıştır:

- Sözleşmeye esas proje içinde kalması,
- İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması.¹⁰⁴

Burada iki şartın birlikte oluşması iş artışını gerektirmektedir. Şartlardan ilkinde göre, artışa konu olan iş sözleşmeye esas proje yapılmaksızın işin tamamlanmasını sağlamalıdır. Sözleşmeye esas proje içinde olmayan ve yeni bir projeye ihtiyaç gösteren işlerin iş artışı olarak düşünülmesi ve yükleniciye

¹⁰¹ "Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez." TBK m. 480 (BK m. 365).

¹⁰² Demirboğa, **a.g.e.**, s.157.

¹⁰³ Kaplan, **a.g.e.**, s.209.

¹⁰⁴ KİSK m.24. Maddenin devamı şöyledir: "Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dâhilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir."

yaptırılması mümkün değildir.¹⁰⁵ Diğer şartın bir gereği olarak, artışa konu olan iş, asıl işin tamamlanmasını zorunlu kılacak şekilde, idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılması teknik veya ekonomik olarak mümkün olmamalıdır. İşin projesine uygun yürütüldüğü sırada ortaya çıkan ilave işin, asıl işten ayrı tutularak ayrıca ihale edilmesi hâlinde; ihale aşamaları için geçecek süre ve asıl işin yüklenicisinin ilave işin tamamlanmasını beklemesi gibi durumlar meydana gelecektir. Bu durumda da, asıl işin yüklenicisine ilave işin tamamlanmasını beklediğinden dolayı süre uzatımı verilmesi gerekecektir. İlave iş tamamlanmadan asıl projenin uygulanması mümkün olmadığından, sözleşmenin yerine getirilebilmesi için, ilave işlerin de aynı yükleniciye yaptırılmasında idarenin menfaati olduğu açıktır.¹⁰⁶

Diğer taraftan, KİSK madde 24'te *yaptırılabilir* denildiğinden, iş artışı yapılması tamamıyla idarenin takdirinde olup, yüklenicinin bu durumda bir inisiyatifi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, uygulamada karşılaşılan bir sorun olması bakımından, yüklenicilerin düşük fiyat teklifi ile ihale aldıkları gerekçesiyle iş artışına yanaşmamaları hukuki dayanaktan yoksundur. İş artışı yapılabilmesinin en önemli şartı *öngörülemeyen* durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olmasıdır. Ancak uygulamada, yapım işlerinde iş artışına gidilmeyen iş oldukça azdır.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Yüksek Fen Kurulu 18.05.2012 tarih ve 2012/27 nolu kararında: İhaleye esas uygulama projelerindeki depolara ilave olarak, aynı tip ve ebatlarda bir adet depo binası yapılması işinin; sözleşmeye esas proje içinde kalan ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılması teknik ve ekonomik olarak mümkün olmayan nitelikte bir iş olmadığı, bir başka ifade ile sözleşme muhtevasına yeni iş alma mahiyetinde olduğu, dolayısıyla yukarıda belirtilen kanun, sözleşme ve ekleri hükümleri gereği, % 20 iş artışı kapsamında aynı yükleniciye yaptırılma imkânının bulunmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz.: M. Rasih Altinkülçe, **Yapım İşleri İhale Rehberi**, İzden yayıncılık, İzmir, 2013, s.972.

¹⁰⁶ Uyanık, **a.g.e.**, s.75.

¹⁰⁷ Ateş, **a.g.e.**, s.352-353. Buna karşılık, Yüksek Fen Kurulu iş artışı konusunda titiz bir tutum sergilemektedir. 11.08.2006 tarih ve 2006/053 sayılı kararında Kurul şu ifadelerle idarenin istemini değerlendirmiştir: *“Yapılan zemin iyileştirmesi ve istinat duvarı proje tadilatı sonucu oluşan imalatların, Sözleşmenin 28, YİGŞ'nin 22 ve 48'inci, İdari Şartnamenin 52'nci maddeleri dikkate alındığında imalatların öngörülemeyen bir durum kapsamında değerlendirilebileceği, ...su deposunda bulunan bölme duvar imalatının öngörülemeyen bir durum olarak değerlendirilemeyeceği dolayısıyla su deposundaki bölme duvar imalatının B.A. perde olarak yaptırılmasının yüklenicinin teklifi içinde düşünülmesi gerektiği...”* Kurulun benzer kararları için bkz.: 05.09.2006 tarih ve 2006/055 sayılı karar; 07.09.2005 tarih ve 2005/090 sayılı karar; 01.06.2005 tarih ve 2005/057 sayılı karar; 14.09.2005 tarih ve 2005/093 sayılı karar; 15.09.2004 tarih ve 2004/083 sayılı karar. Sayıştay da iş artışı konusunda oldukça hassastır. Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 08.06.2010 tarih ve 31570 tutanak nolu kararında, 508 sayılı ilama ilişkin olarak, proje kapsamı dışında ve yasal sınırın üzerinde iş artışına gidilerek kamu zararı olduğu yönündeki tazmin hükmünü tasdik etmiştir. Söz konusu kararda Sayıştay; usulsüz olarak verilen iş artışının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkeleri olan saydamlık, serbest rekabet ve uygun bedel gibi unsurları da ortadan kaldırdığına dikkat çekmiştir.

Taraflarca imzalanan standart (tip) sözleşmelerde öngörülmüş ve yapım işinin yüklenicilerce yapılması karşılığı ödenecek tutar sözleşme bedelidir. Diğer bir anlatımla sözleşme bedeli, idare tarafından ihale dosyasına konulan yaklaşık (tahmini) maliyet üzerinden ihalenin gerçekleştirilmesi sonrasında sözleşmenin tarafı olarak belirlenen yüklenicinin verdiği teklif bedelinden ibarettir. İş artışının kaynağını ise, yapım işinin icrası sırasında sözleşme bedelinde revizyon gerektiren ve idare tarafından yapılması emredilen ilave ve değişik işler oluşturmaktadır.¹⁰⁸

3. Fiyat Farkı Uygulanması

İhaleli işlerde, idarelerin fiyat farkı verebilmesi için, söz konusu işin idari şartname ve sözleşmesine bu esaslara ilişkin hükümleri mutlaka koyması gerekir. Genel işlem koşulları niteliği taşıyan kamu alım sözleşmelerinde, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler TBK'nin 25'inci maddesi uyarınca konulamayacağından, yüklenicilerin aleyhine fiyat farkı uygulaması hukuka aykırıdır.¹⁰⁹ Bu itibarla, yüklenicilere fiyat farkı ödenmesinin taşıdığı önemi, ekonomik şartlarda oluşan artışlardan dolayı, yüklenicilerin yaptıkları işlerde zarar ve ziyanla karşılaşmalarını önlemek ve/veya mali kayıplarını gidermek şeklinde ifade etmek mümkündür.

¹⁰⁸ Edirne Fatih Sultan Mehmet Kapalı Yüzme Havuzu Bakım ve Onarım İnşaat işine ait 3.11.2006 tarihli sözleşmeden kaynaklanan ve %10 keşif artışı dışında yapımı gerçekleştirilen imalat bedelinin tahsiline ilişkin ihtilafın söz konusu olduğu davada Yargıtay; Mahkemenin 25.11.2008 tarihli bilirkişi kurulu raporu esas alınarak davacının sözleşme dışı işler sebebiyle alacaklı olduğu miktar 2007 yılı piyasa rayiçleriyle 121.704,41 TL + KDV = 143.611,20 TL olarak kabul edilmiş, taleple bağlı kalınarak 113.053,74 TL + 20.349.67 TL KDV = 133.403,41 TL'nin tahsili yönünde verdiği kararını bozarak, şu sonuca varmıştır: "...mahkemece yapılacak işlem; bilirkişi kurulundan alınacak ek raporla uygun bulunan 12 kalem sözleşme dışı imalatın bedelini davacı yüklenici tarafından tanzim olunan %10 dışı imalatlara ait keşif icmalindeki metrajlar ve birim fiyatlar aşılmamak suretiyle ve ihale tenzilatı uygulanmaksızın işin yapıldığı 2007 yılındaki mahalli rayiçlerle belirlemek, mahalli rayiçlerin KDV'yi de kapsadığı gözetilerek bulunan rakama ayrıca KDV eklememek, varılan sonuca göre saptanan alacağı hüküm altına almak, mükerrer talep edilen KDV alacağını ise reddetmekten ibarettir." Yargıtay, 15. Hukuk Dairesi, 12.04.2011, E.2009/7098, K.2011/2213.

¹⁰⁹ Yargıtay, belediyelere ait bazı inşaat sözleşmelerindeki; hak edişlerin geç ödenmesinden dolayı yüklenicinin, süre uzatımı dışında herhangi bir talepte bulunamayacağı yönündeki 38.6 ve 31.2 ve 39'uncu maddedeki kayıtları, MK madde 2'ye ve BK madde 99 (TBK m.101) uyarınca, hâkim tarafından fiyat farkı verilmek suretiyle, geçersiz saymıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 20.11.1978, E.2122, K.2198. Önceden tek tarafça kaleme alınmış ve yüklenici aleyhine ağırlaştırılmış hükümler taşıyan bu tür sözleşme kayıtları, TBK madde 25'e göre değerlendirilip hükümsüz bırakılması gerekmektedir. Genellikle yüklenilen yapım işinin uygulanmasında ortaya çıkan durumlar, inşaatın sözleşmede öngörülen sürede bitirilmesine engel teşkil etmekle birlikte gecikmelere de yol açar. Hak edişlerin geç ödenmesi de yükleniciye mali olumsuzluklar getirmektedir. Bu durumlar, sadece süre uzatımını gerektiren sonuçlar doğurmaz, aynı zamanda fiyat farkına ilişkin idarenin katlanması gereken maliyetlere de neden olur.

4735 sayılı Kanununun 8'inci maddesi uyarınca; “Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumu'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.” Bu hükme istinaden yapım işleri ile mal ve hizmet alımları için fiyat farkı esas ve usullerini belirleyen kararname Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulmuştur. Yürürlükteki fiyat farkı kararname idareler açısından bağlayıcı olup, bu kararlmalere aykırı şekilde fiyat farkı verilmesi mümkün değildir.¹¹⁰ Fiyat farkı kararlmlerinde ortak hüküm olarak idareler, 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirecekleri alımlarında fiyat farkı verebilmeleri için, alıma konu işlerin idari şartname ve sözleşmelerine yürürlükteki kararname esaslarında yer alan hükümleri koymaları zorunludur.

30.7.2008 tarih ve 5794 sayılı Kanunla yapılan düzenleme öncesinde uygulanan tip sözleşmenin 15'inci maddesinde, fiyat farkına ilişkin olarak, yüklenicinin, varsa süre uzatımı da dâhil olmak üzere sözleşme süresince, sözleşmenin tamamen ifasına kadar vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde artışa gidilmesi veya yeni mali yükümlülüklerin ihdası gibi nedenlerle fiyat farkı verilmesi talebinde bulunamayacağı,¹¹¹ sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacağı belirtilmiştir.¹¹² Söz konusu Kanunla eklenen Geçici 2'nci madde ile

¹¹⁰ Ateş, a.g.e., s.728.

¹¹¹ Yargıtay, SSK prim tabanı artışından kaynaklanan ek ödemelerin istemine ilişkin bir kararında bu hususu teyit etmektedir: “Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin eki niteliğinde olduğu kabul edilen idari şartname hükümleri incelendiğinde, ödemelere ilişkin düzenlemenin yer aldığı 8.3 maddesinde, asgari ücretin artırılması halinde eski ve yeni asgari ücret arasındaki fark ile bu farktan doğan ve işverence karşılanması gereken sosyal sigorta primleri ve tasarruf teşvik kesintilerinde meydana gelecek artış farkının da PTT tarafından ödeneceği, hiçbir şekilde belirtilen bu miktarlar dışında ödeme yapılmayacağı açıkça kararlaştırıldığı anlaşılmıştır. Bu maddenin açık hükmü karşısında mahkemece asgari ücret farklarının tahsiline ilişkin talep yönünden davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir. İdari Şartnamenin anılan maddesinde asgari ücret farkı ile bu farktan doğan prim ve kesintiler dışında ödeme yapılmayacağı kesin şekilde kararlaştırılmış olması nedeniyle davacıların talep ettiği “SSK Prim Tabanı” artışından kaynaklanan ek ödemelerin davalıdan istenmesi mümkün değildir.” Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 09.06.2005, E.2004/9305, K.2005/5961.

¹¹² En son değişiklik yapılmış hâli ile fiyat farkına ilişkin hükümler, mal ve hizmet alımı ile yapım işleri tip sözleşmelerinin her üçünde de 14'üncü maddede düzenlenmiştir. Yapım işleri tip sözleşmesinin 14'üncü maddesinde, fiyat farkı ödenmesi ve hesaplanması şartları başlığı altında 14.1 maddesinde; “Yüklenici, gerek sözleşme süresi gerekse uzatılan süre içinde, sözleşmenin tamamen ifasına kadar, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde artışa gidilmesi veya yeni mali yükümlülüklerin ihdası gibi nedenlerle fiyat farkı verilmesi talebinde bulunamaz” hükmü yer

yapım işlerinde fiyat farkı yeniden düzenlenmiş olup, bu düzenlemeye göre; “31.5.2008 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre ihalesi yapılmış yapım işlerinde, iş kalemleri veya iş gruplarının imalatında kullanılan malzemelerin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına veya ihalenin yabancı para üzerinden sözleşmeye bağlanıp bağlanmadığına bakılmaksızın 01.01.2008 tarihinden sonra yapılan ve yapılacak olan imalatlar için fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Şu an, 27.06.2013 tarih ve 2013/5217 karar sayılı (31.08.2013 tarih ve 28751 sayılı Resmî Gazete), 4735 sayılı KİSK kapsamındaki yapım işlerinde beklenmeyen fiyat artışları nedeniyle uygulanacak ilave fiyat farkları esasları hakkındaki karar uygulanmaktadır. Söz konusu karar; “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar”ın yürürlüğe konulması; Maliye Bakanlığı’nın 24/6/2013 tarihli ve 5838 sayılı yazısı üzerine, 4735 sayılı KİSK’in 8’inci maddesine göre, Bakanlar Kurulu tarafından 27/6/2013 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Bu fiyat farkı kararları, TBK 480/II (BK m.365/II) hükmünün uygulanmasını çabuklaştırmak ve bu tür davaların açılmasını önlemek için çıkarılmaktadır. Böylece bütçede ödenek yetersizliği nedeniyle gecikmiş olan kamu inşaatlarının, bir an önce bitirilmesi amacına ulaşılmak istenmiştir. Bu kararlar idare için bağlayıcıdır, idare ancak hangi yolun seçileceği hususunda bir takdir hakkı varsa bunu kullanabilmektedir.¹¹³

almaktadır. 14.2 maddesinde ise idarenin karşısına seçimlik iki durum çıkmaktadır. Buna göre: (1) İdare, sözleşmenin yürütülmesi sırasında fiyat farkı hesaplanmasını öngörmüyor ise madde metnine “14.2. Fiyat farkı hesaplanmayacaktır.” yazacaktır. Ancak, mücbir sebepler veya idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde fiyat farkı hesaplanması öngörülecek ise yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esasların “Fiyat farkı hesaplanması öngörülmemiş işler” başlıklı maddesindeki hükümler dikkate alınarak bu maddede düzenleme yapılacaktır. (2) İdare, sözleşmenin yürütülmesi sırasında fiyat farkı hesaplanmasını öngörüyor ise madde metnine “14.2. Fiyat farkı hesaplanacaktır.” yazacaktır. Ayrıca İdare tarafından yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esaslar dikkate alınarak fiyat farkı düzenlemesi bu maddede yapılacaktır. 14.3. maddesinde ise “Sözleşmede yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz” ifadesi yer almaktadır.

¹¹³ Kaplan, a.g.e., s.210.

Yargıtay bir kararında,¹¹⁴ fiyat farkı uygulamasını dürüst davranma kuralı ile ilişkilendirerek özetle şu ifadelerle yer vermiştir: “Yüklenicileri fiyat artışlarından korumak için çıkarılan Bakanlar Kurulu kararlarından yararlanılıp yararlanılmayacağı, her olayın özelliğine göre dürüst davranma kuralı dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.” 24.11.1986 tarih ve 1986/2-2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, yüklenicinin 2001/2862 sayılı Kararname fiyatlarından yararlanıp yararlanamayacağı hususu tartışılmış ve sonuç uyarınca; Kararnamenin uygulanmasının mutlak olmadığı, Kararname uygulama koşullarının oluşup oluşmadığına, olayların özelliğine bakarak hâkimin karar vereceği tespiti yapılmıştır.¹¹⁵ Ayrıca, Yargıtay aynı kararında sözleşme özgürlüğü

¹¹⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.9.2007, E.2006/4345, K.2007/5425. Söz konusu dava, 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi uyarınca fiyat farkı alacağının tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında imzalanan ve 11.05.2001 tarihinde onaylanarak yürürlüğe giren sözleşmenin 2’nci maddesinde işin götürü bedelle yapılacağı, 5’inci maddesinde 02.07.2001 tarihinde bitirilip teslim edileceği, 7’nci maddesinde taşeronun malzeme fiyatları, resim, vergi, sosyal sigortalar primleri, taşınmaz ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplerle fiyat farkı ve süre uzatımı talebinde bulunamayacağı, götürü bedelin hiçbir şekilde değişmeyeceği, hiçbir malzemeye de ne şekilde olursa olsun fiyat farkı ödenmeyeceği kararlaştırılmıştır. Somut olayda Yargıtay’ın görüşü: “...davacının mutlak şekilde kararnameden istifadesi mümkün olmayıp, yararlanabilmesi için sözleşme gereği ödenen bedel dışında yapılan işten dolayı fazlasıyla mağdur olduğunun belirlenmesi ve bu hususun hâkim tarafından takdir olunması gerekir. Davada hâkimin takdir hakkını kullanabileceği derecede bir inceleme yapılmamış, alınan bilirkişi raporunda sadece kararnameye göre fiyat farkı hesabı yapılmıştır. Oysa işin nevi, zorluk derecesi, mahiyetini etkileyecek unsurlar, fiyat farkı verilmemesi halinde işin baliğ olacağı miktar, işin süresi gibi hakkaniyetin takdirine yeterli diğer bulgular bilirkişilere açıklattırılıp, davacının yaptığı iş nedeniyle aldığı bedel ile alınacak bedelin kararlaştırılması yapılmalı ve davacının fiyat farkına hak kazanıp kazanamayacağı MK’nın 2. maddesi de gözetilip dava buna göre sonuçlandırılmalıdır.”

¹¹⁵ Yargıtay bu kararında, kararname hükümlerinin, yüklenicilerin açtıkları fiyat artırımını veya işin tasfiyesi davalarında uygulanacağına, ancak koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, idarenin değil, hâkimin takdirine bağlı olduğuna, hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, sözleşmede önceden bu haktan feragat edilip edilmediği, feragat edilmiş olsa da bu feragate dayanmanın MK’nın 2’nci maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını göz önünde bulunduracağına karar verilmiştir. Kaplan, **a.g.e.**, s.209-210. Taşıma hizmet sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin bir başka Yargıtay incelemesinde dava konusu ihtilaf, sözleşmenin 15. maddesi uyarınca davacıya fiyat farkı verilip verilmeyeceği noktasında toplanmakta olup, davalı (idare) tarafça, 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılacak olan hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esasların 7’nci maddesinde öngörülen sabit katsayıların belirlenmediği, bu durumda fiyat farkı hesabı yapılamayacağından davanın reddinin gerektiği savunulmuş, mahkemece de bu savunma doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay, mahkeme kararının MK’nın 2’nci maddesi ile bağdaşmadığı düşüncesiyle bozulmasına hükmettiği kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “Taraflar arasında taşıma hizmet sözleşmesi düzenlendiği, bu sözleşme kapsamında davacının davalıya taşıma hizmeti verdiği uyumsuzluk konusu değildir. Uyumsuzluk, sözleşmenin 15. maddesi uyarınca davacıya fiyat farkı verilip verilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davalı tarafça, 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılacak olan hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esasların 7. maddesinde öngörülen sabit katsayıların belirlenmediği, bu durumda fiyat farkı hesabı yapılamayacağından davanın reddinin gerektiği savunulmuş, mahkemece de bu savunma doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, taraflar arasındaki sözleşmenin 15.2. maddesinde açıkça davacıya fiyat farkı verileceği düzenlenmiş olup davacı tarafça da davalıya taşıma

ilkesi ile de ilinti kurarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Eğer sözleşmede işin bedeli için bir fiyat şekli kararlaştırılmış ve bu fiyata başkaca fark verilemeyeceği hükme bağlanmışsa, yüklenici eseri bu fiyatla yapmak zorundadır. Aksi takdirde, sözleşmeden beklenen yarar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Sözleşmede böyle bir hüküm varken de tek taraflı olarak fiyat farkı istemek sözleşme özgürlüğü prensibine uygun düşmez ve Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüst davranma kavramıyla bağdaşmaz.”

İhale sonucunda düzenlenen sözleşme çerçevesinde yapılan işten dolayı oluştuğu ileri sürülen, fiyat farkı alacağının tahsili istemine ilişkin davada Yargıtay, Mahkemenin hükmünü isabetsiz bulmuş ve Bakanlar Kurulu'nun 2001/2862 sayılı Kararnamesinin 5'inci maddesi hükmü karşısında taraflar arasındaki sözleşmenin 6'ncı maddesinde malzeme ve girdi fiyat artışlarından dolayı yüklenicinin fiyat değişikliği talebinde bulunamayacağı yolundaki düzenlemeden hareketle davacının anılan Kararname uyarınca fiyat farkı talep edemeyeceği sonucuna varılamayacağına dikkat çekmiştir.¹¹⁶ Bir başka kararında ise, 2001/2862 Fiyat Farkı Kararnamesi

hizmetinin verildiği çekişmesiz olduğuna göre yukarıda belirtilen katsayıların taraflar arasındaki sözleşmede gösterilmemiş olmasına dayanarak fiyat farkının davalı tarafça ödenmemesi MK'nin 2. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla mahkemece, taraf delilleri toplanarak yeni bir bilirkişi heyetinden somut olayın özelliğine göre davacının isteyebileceği fiyat farkı hususunda rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.07.2012, E.2011/4622, K.2012/11732.

¹¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.9.2006, E.2006/11-525, K.2006/554. İhale sonucunda idareler ile yükleniciler arasında düzenlenen sözleşmelerdeki, yüklenicinin fiyat farkı isteyemeyeceğine ilişkin kararlaştırmaların aksini öngören Kararname (Bakanlar Kurulu Kararı) hükümlerinin, bu tür sözleşmeler yönünden etki ve değerleri konusunda, Yargıtay Özel Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararlılık kazanmış uygulaması ve görüşleri şöyledir:

“Eser sözleşmelerinin en önemli unsuru iş bedelidir. İş bedeli, taraflarca götürü olarak, birim fiyat esasına göre ya da başka bir şekilde kararlaştırılabilir. Taraflarca sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak sözleşme düzenlenip, işe başlandıktan sonra, bazı istisnalar dışında, sözleşmenin bedel dahil tüm hükümleriyle birlikte, işin başlangıcından, bitimine (teslime) kadar uygulanması zorunludur. Sözleşmede veya eklerinde, sözleşmede kararlaştırılan bedele fiyat farkı kararnamelerinin uygulanacağına dair bir hüküm varsa, fiyat farklarının yükleniciye ödenmesi gerekir.

İmzalanan bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan şartlara göre değiştirilebilmesi için, sözleşmede buna imkân veren bir hükmün bulunması gerekir.

...yüklenici işi sözleşmede kararlaştırılan bedelle yapmak ve teslim etmek yükümlüğü altındadır. İş bitmediği takdirde, yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak ve işin tamamlanması için başkasına yaptırılmasından doğacak zararları da karşılamak zorundadır.

Bakanlar Kurulu'nun kararname çıkarma yetkisi mevcut yasalardan kaynaklanmaktadır. Bir yasadan yetki almaksızın, sözleşmelere müdahale eder şekilde kararname çıkartılması mümkün değildir...

13181 sayılı Kararnamenin eki ve devamı durumunda olup bu kararname hükümlerinin sadece 88/13181 sayılı Kararname'nin sözleşmelerin eki olduğu ihtilaflar hakkında uygulanacağına hükmetmiş ve dava konusu sözleşme ve eklerinde 88/13181 sayılı Kararname hükümlerinin sözleşmenin eki olduğuna dair bir hükme yer verilmediğinden, davanın kabul edilmesini yerinde bir karar olarak görmemiş ve kararın bozulmasını uygun bulmuştur.¹¹⁷

Yükleniciye, 4735 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde belirtilen mücbir sebeplerle veya sözleşmenin ifasının gecikmesine idarenin kusurunun sebep olduğu durumlarda süre uzatımı verilmesi hâlinde,¹¹⁸ uzatılan süreye göre yüklenici tarafından hazırlanan ve idarece onaylanan revize iş programına uygun olarak yapılan işler için fiyat farkı hesaplanır. Bununla birlikte, sözleşme makamı bir idarenin, sözleşmenin mali dengesini etkileyecek düzeyde tek taraflı sözleşmede değişikliğe gitmesi ve bir yıl süre için geçerli olan sözleşmeyi feshetmeyip aynı şartlarla bir yıl daha uzatması sonucunda taraflar arasında görülen ihtilafın konu edildiği bir davada Yargıtay'ın yaklaşımı ise şu şekilde olmuştur:

Bakanlar Kurulu'nun yetkisi sadece fiyat farkı verileceği kabul edilen sözleşmelere konu işlere uygulanacak fiyat farkları içindir. Bu nedenle, sözleşmede ileride çıkartılacak kararnamelerin uygulanmayacağı veya yüklenicinin fiyat farkı istemeyeceği yönünde hüküm bulunan hallerde, Bakanlar Kurulu'nun bu sözleşmelere müdahale edecek nitelikte kararname çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

Nihayet, Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile sözleşmelere müdahale edilmesi; ihale şartnamesinde fiyat farkı alınmayacağı yazılı olan ihalelere, fiyat farkı alamayacağını düşünerek teklif vermeyenler ile, ihaleye girenler arasındaki fırsat eşitliğini de zedeleyici niteliktedir. sözleşmenin imzalanmasından sonra fiyat farkı alamayacağını bilen yükleniciye istemediği bir bedelin verilmesi yükleniciler arasında haksız rekabete yol açabilecek bir sonuç yaratabilecektir."

¹¹⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 01.10.2003, E.2003/771, K.2003/4485.

¹¹⁸ Düzenlemede, sözleşmede fiyat farkı verilmesinin öngörülüp öngörülmemesi şeklinde bir ayırım yapılmısa da, düzenlemenin ancak sözleşmede fiyat farkı verilmesi öngörülmemen alımlar için uygulanması mümkündür. Aksi takdirde, sözleşmede fiyat farkı verilmesi öngörülmediği halde idarenin kusurundan kaynaklanan sebeplerle süre uzatılması verilmesi halinde fiyat farkı ödenmemesi, 4735 sayılı Kanunun 4'üncü maddesindeki; "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmüne aykırılık teşkil eder. Ayrıca, bu düzenlemenin hem fiyat farkı verilen hem de verilmeyen sözleşmeleri kapsadığını düşünmek, bir ihalede fiyat farkı verilmesiyle verilmemesi arasında bir fark olmadığını kabul etmek demektir ki, bu da doğru bir düşünce olamaz. Bununla birlikte, iş artışının da idareden kaynaklanan bir sebep olduğu göz önüne alındığında, sözleşmede fiyat farkı verileceği hükmü varken iş artışı kapsamında alınan mallara da fiyat farkı verilebilmesi için sözleşmede ayrıca bir hüküm olması gerektiği şeklinde bir yaklaşımın, hiçbir hukuk sisteminde kabul görmesi mümkün değildir. Ateş, **a.g.e.**, s.807.

“... taraflar arasında düzenlenen sözleşme özel hukuk kurallarına tabi olup, her iki tarafa da hak ve vazifeler yüklemektedir. Davalının kamu kurumu olması, özel hukuk hükümlerine tabi olan ve tarafları bağlayan sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirilmesine olanak sağlamaz. Bir yıl için yapılan sözleşme, sözleşme uyarınca fesih hakkı kullanılmadığı için aynı şartlarla bir yıl daha uzamış olup, sözleşmedeki şartlara uygun olmak kaydıyla fesih etme hakkı bulunan davalı sözleşmeyi de feshetmemiştir. Sözleşmeyi uzatan ve ayakta tutan davalının bu sözleşme hükümleri ile bağlı bulunduğu duraksama bulunmamalıdır.¹¹⁹

4. Hak Ediş Ödemeleri ve Teminatın Çözülmesi

Kamu alım türlerinden biri olan yapım işlerinde iki çeşit hak ediş raporu vardır: Geçici (ara) hak ediş raporu¹²⁰ ve kesin hak ediş raporu.¹²¹ Yüklenici tarafından yapılan işlerin bedellerinde de iki tür ödeme uygulanır: Teklif birim fiyat esasına göre yaptırılan işlerde ödeme ve anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yaptırılan işlerde ödeme.¹²²

Taraflar arasındaki ihtilafın konusunu teşkil eden yapım işi sözleşmelerinde, taraflardan yapı sahibinin (idare) inşaat bedelini ödeme borcu; yüklenicinin ise üstlendiği işi yapıp, yapı sahibine teslim etme borcu, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, TBK madde 479/I hükmünde kural olarak yüklenicinin ücretinin, eserin büyüklüğüne ve imalat süresine bakılmaksızın teslim zamanında ödeneceği; 2’nci fıkrasında ise yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedelin

¹¹⁹ Söz konusu dava, mahkemece, davalının sözleşmenin 5’inci maddesini değiştirdiğini davacının bayisi olduğu firmalara ve davacının da üyesi olduğu meslek kuruluşuna bildirdiği, davacının faturalarının bu duyurulardan sonraki sarflara ilişkin olduğu, davacının sözleşmenin tek taraflı değişikliğinden haberdar olmasına rağmen itiraz etmediği ve niza çıkarmadığı, yapılan ödemeleri de benimseyip ödeme esnasında da itiraz etmediği, ödemenin davalı kurumun koyduğu kurallar çerçevesinde yapılması gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilerek Yargıtay önüne gelmiştir. Yargıtay, mahkemece, davalının uygulamasının sözleşmeye aykırılık taşıdığını kabul edilerek, davacının belirlenecek alacağının tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olmasını usul ve yasaya aykırı bulmuş ve kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 22.01.2007, E.2006/12524, K.2007/422.

¹²⁰ Geçici hak ediş raporlarına ilişkin düzenlemeler YİĞŞ’nin 39’uncu maddesinde yapılmıştır.

¹²¹ Kesin hak ediş raporları ve hesap kesilmesine ilişkin düzenlemeler YİĞŞ’nin 40’inci maddesinde yapılmıştır.

¹²² HİĞŞ’de götürü bedel sözleşmelerde geçici hak ediş bedellerinin nasıl tespit edileceğine dair bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, sürekli tekrarlanan nitelikteki alımlarda (yemek, temizlik, güvenlik, vb), toplam sözleşme bedeli işin süresine bölünerek aylar itibarıyla ödenecek bedellerin tespiti mümkündür. (m. 34)

ödenmesi sözleşmede kararlaştırılmış ise, her kısmın bedelinin o kısmın teslimi zamanında ödeneceği öngörülmüştür.¹²³ TBK'nin ifanın zamanını düzenleyen 91'inci maddesindeki kuralı tekrarlayan TBK 479/I hükmü *tamamlayıcı hukuk kuralı* niteliğindedir. Bu sebeple tarafların inşaat sözleşmesinde de, inşaat bedelinin ödenmesi zamanını, serbestçe kararlaştırmaları hukuken mümkündür.¹²⁴

Yapım işlerinde hak ediş ödemeleri, yüklenicinin sözleşmeye göre, belirli dönemlerde (genellikle ayda bir defa)¹²⁵ yaptığı imalat ve ihzarat bedelleri¹²⁶ için yapılan ve kesin hak edişte mahsubu gereken ödemelerdir.¹²⁷ Bu itibarla geçici hak edişler, ileride kesin hesap aşamasında hesaplaşma için yaklaşık ölçümlere dayanır.¹²⁸ Kesin hesap ise, kesin hak ediş raporunun düzenlenmesine temel teşkil

¹²³ Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay; eser sözleşmesinden doğan ihtilaflarda da genel ispat kuralının geçerli olacağına, işin yapıp teslim edildiğini kanıtlamak yükleniciye, iş bedelinin ödendiğini kanıtlamak ise iş sahibine ait bir yükümlülük olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu kararda şu ifadeler yer almaktadır: "...eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın istenebilirlik (muacceliyet) kazanması ile bunun ödenmesi durumunu birbiriyle karıştırmamak gerekir. ...eser bedelinin ödenebilirliği BK 364'üncü madde (TBK m.479) hükmü doğrultusunda saptanmalı, ödemenin yapıldığının kanıtlanması ise MK 6'ncı maddesinde düzenlenen genel ispat kurallarına göre çözümlenmelidir. Bilindiği gibi anılan maddede, yasa aksini emretmedikçe iki taraftan her biri iddiasını ispatla yükümlü tutulmuştur." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.06.2003, E.2003/2551, K.2003/3302. Diğer taraftan, idare 4734 sayılı Kanuna göre ihale ederek ve 4735 sayılı Kanuna göre sözleşme yaparak alması gereken mal veya hizmet alımı ile yapım işini anılan Kanunlara aykırı olarak ihale ve sözleşme yapmaksızın temin etmiş olsa bile, bedelini ödemek zorundadır. Aksi takdirde idare lehine sebepsiz zenginleşme söz konusu olacaktır. Ancak, bu durumda ilgili idare görevlilerinin idari, mali ve cezai sorumlulukları söz konusu olacağı tartışmasızdır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.02.1992 tarih ve E.1991/3392, K.1992/708 nolu kararında; yasaya aykırı sözleşmelerde yüklenicinin ancak işin maliyetini isteyebileceğine, kâr talep edemeyeceğine karar vermiştir. Söz konusu kararda Yargıtay şu ifadelerle yer vermektedir: "*Taraflar arasındaki sözleşme yasaya aykırılığı nedeniyle geçersiz olmakla beraber, davacının geçersiz bu sözleşme ile üstlendiği onarım işini tamamladığı ve davalı idareye teslim ettiği de sabittir. O halde hukuki muamele geçersiz olduğuna göre davacı ancak sebepsiz iktisap hükümlerine göre davalıdan talepte bulunabilecektir.*" Ateş, **a.g.e.**, s.47-48.

¹²⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s.211.

¹²⁵ YİĞŞ'nin 40'ıncı maddesinin son fıkrasında, hak edişlerin, sözleşmede başka bir hüküm yoksa otuz gün içinde tahakkuka bağlanacağı ve bu tarihten başlamak üzere on beş gün içinde ödeneceği öngörülmüştür.

¹²⁶ İhzarat, herhangi bir imalat için gerekli olan malzemenin idarenin onayı ile şantiyede veya iş mahallinde depolanması işidir. İhzarat bir taraftan yapım işinin kesintisiz olarak devam etmesine olanak tanırken, diğer taraftan fiyat dalgalanmalarının sözleşmedeki taraflar arasındaki dengenin bozulmasını engeller. İhzarat ödenmesi gereken işlerde, iş programları imalat ve ihzarat iş programı olarak düzenlenir. İhzarat iş programına uygun yapılır ve iş programında gösterilen miktardan fazla yapılan ihzaratın bedeli hak ediş hesaplamasında dikkate alınmaz. Demirboğa, **a.g.e.**, s.108.

¹²⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s.85-86.

¹²⁸ Ara hak ediş de denilen geçici hak edişler; yapı bedelinin keşif özeti veya keşif cetvelleri, bunların eki birim fiyat listelerine göre belirlenmesinin kararlaştırıldığı yapım sözleşmelerinde, yapı sahibi (idare) ile yüklenici arasında yapılan sözleşme gereği, inşaatın tamamlanıp tesliminden önce, diğer bir ifadeyle inşaatın devamı sırasında muayyen aralıklarla (genellikle bir ay) tamamlanmış işlerin ve ihzaratı yapılmış olan malzemelerin metraj ve miktarları tespit edilerek, bunların sözleşmenin eki veya

eder. Kesin hesap, yapımı tamamlanan inşaatın kesin maliyetinin bulunması için yapılan metraj (miktar) çalışmasıdır. Mühendislik disiplini içinde ayrı bir uzmanlık alanı olan kesin hesap, dikkatli ve özenli bir şekilde çalışmayı gerektirir. Ayrıca proje, şantiye bilgisi ve tecrübesi yanında, teknik ve hukuki mevzuat bilgisine de ihtiyaç gösterir.

Geçici kabul işleminden sonra yapılan kesin hesap sonucunda elde edilen bilgiler, doküman niteliği taşımakta olup her zaman başvurulabilir kaynaklardır. Öyle ki, kesin hesaba ait ihtilaf konuları, sorun-çözüm ilişkisi içerisinde sınıflandırılmalı; benzer işlerde idare ve yüklenici arasında ihtilaf yaşanmaması için bu deneyimlerden yararlanılmalıdır. Zira, idare ile yüklenici arasındaki ihtilaf konularının müzakerelerinde başarılı olmanın yolu, her iki taraf içinde geçerli olan bilgi ve deneyimi gerektiği gibi kullanmaktan geçmektedir. Esasında, ilgili mevzuat, idare ve yüklenici açısından görev ve sorumluluklar çerçevesinde, kesin hesabın yapılması ve kesin hak ediş raporunun düzenlenmesi hususunda, gerekli uyarı ve yönlendirmeleri yapmaktadır. Bunların dikkate alınması hâlinde, ihtilaflar büyük oranda ortadan kalkacak, idare ve yüklenici kesin hesap dosyaları ile uzun süre meşgul olmayacaktır. Uygulamada ise bunun aksi bir durum görülmekte, kesin hesapların yapılması ve dosyanın kapatılması işlemi uzun zamana yayılmakta ve bunun tabii sonucu olarak da ihtilaflar kaçınılmaz olmaktadır. İhtilaf üzerinde müzakere ile uzlaşmaya varılamaması hâlinde de, tahkim ve yargı yolu ile ihtilafların çözümünü beklemek, zaman, para ve itibar kaybına sebep olmaktadır.¹²⁹

Hak edişlerin yükleniciye ödenmesinde karşılaşılan gecikmelerin, bazı hukuki sonuçları bulunmaktadır. Yükleniciye süre uzatımı verilmesini gerekli kılan geç ödeme bu sonuçlardan biridir. Bu husus hem yüklenicinin TBK'nin 97'nci maddesindeki (BK m.81) *ifa edilmezlik def'i* hakkını kullanmasının hem de hakkaniyet ve objektif iyi niyet kurallarının bir gereğidir. Ödenek yokluğu ve idare işleminin düzeltilmesi gibi nedenlerle sürede görülen gecikmeler, yükleniciye süre

sonradan onaylanmış birim fiyat cetvellerindeki birim fiyatlarla çarpılması sonucu ortaya çıkan bedelin ödenmesi için yüklenici ve yapı denetim görevlileri tarafından düzenlenmiş, imzalanmış, onaylanmış ve idare tarafından tasdik edilmiş bir rapor ve/veya belgedir. Bu haliyle ara hak edişler, yüklenicinin çalışma borcunun ifası sırasında tutulan ve düzenlenen geçici ödeme belgeleridir. Kaplan, **a.g.e.**, s.212.

¹²⁹ Uyanık, **a.g.e.**, s.89-90.

uzatımı verilmesini gerektirmektedir. Ödenek yokluğu, hak edişlerin zamanında ödenmemesine neden olduğundan, hak ediş ödemelerinin geç yapılması, yükleniciye ek süre tanınmasını haklı göstermektedir. Diğer taraftan, hak ediş bedellerinin zamanında ödenmesi idarenin sözleşmeden doğan borcu olduğundan, bu borcun ifasında yaşanan gecikmeden dolayı, yüklenicinin karşılaşıcağı mali kayıplar giderilmelidir.¹³⁰

Kamu alımı gerçekleştiren bir idarenin özel hukuk kişisi ile ödemeye ilişkin yaşadığı ihtilafta, Yargıtay'ın isabetsiz bularak yerel mahkemenin kararını bozan içtihadı, kamu alımlarında ödeme konusunu açıklaması bakımından öneme sahiptir. Söz konusu davada Yargıtay şu hükme varmaktadır: *“Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmenin ödeme koşulları ve zamanı başlıklı 11/2 maddesinde; teslim edilen ilaç karşılığı kesilen fatura 2003 yılı ilaç tertibinden itibaren 30 gün içinde ödemesi yapılacaktır hükmü bulunmaktadır. Bu ödeme süresi kesin bir vadeyi ihtiva etmemektedir. ...davalı borçlunun icra takibinin yapıldığı 4.12.2003 tarihinde tüm borcunu tamamen ödediği ve davacıya borcu kalmadığı anlaşıldığından mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”*¹³¹

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin, 18.10.2007 tarih ve E.2006/4673, K.2007/6413 sayılı kararına mahkemece direnilmiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulduğu ve bu nedenle direnme kararının bozulmasına hükmettiği bir başka davada; davacı yüklenici şirket, 22.12.2000 tarihli sözleşme ile yapımını yüklediği *“İstanbul*

¹³⁰ Kaplan, **a.g.e.**, s.86-87.

¹³¹ Yargıtay, 13. Hukuk Dairesi, 26.03.2007, E.2006/13374, K.2007/4196. Söz konusu davada; Davacı, ihale ile teslimini yükümlendiği ilaçları fatura karşılığı teslim ettiği halde, bedelinin ödenmediğinden alacağının tahsili için yaptığı icra takibine vaki itirazın iptali istemi ile bu davayı açmıştır. Davacı yüklenici ve davalı idare (Çankırı Devlet Hastanesi) arasında 21.7.2003 tarihli "Mal Alım ihalelerine Ait Tıp sözleşme" imzalanmıştır sözleşmenin 4. maddesine göre sözleşme bedeli KDV hariç 111.841.800.000 TL olarak kararlaştırılmıştır. Davacı borcun ödenmediği talebi ile davalı aleyhine Şişli 1.İcra Müdürlüğünün 2003/15601 esas sayılı dosyası ile 4.12.2003 günlü takip talebiyle icra takibine girişmiş, faturaya dayalı olarak 111.490.182.000 TL asıl alacak, 15.425.187.254 TL işlemiş faiz olmak üzere 126.915.369.254 TL üzerinden icra takibi başlatmış, takip borçlularından eldeki davanın davalısı süresi içerisindeki 22.12.2003 günlü dilekçesiyle borca itiraz etmiştir. Dosyaya sunulan muavin defter dökümleri ile ödeme belgelerine göre faturalara karşılık, 21.10.2003, 18.11.2003, 2.12.2003 tarihlerinde toplam 31.476.020.000 TL; 4.12.2003 takip tarihinde 100.325.500.000 TL ki, toplam 132.851.952.000 TL takip dosyası haricinde davacı tarafından tahsil edilmiştir. İhtilaf, icra takibinden sonra ve davadan önce yapılan ödemelerin borçtan düşülmesi gerekip, gerekmediği hususuna ilişkindir.

Gaziosmanpaşa 300 Yataklı Devlet Hastanesi” inşaatı işinde ödenmediğini iddia ettiği hak ediş bedellerinin tahsilini talep etmiş, davalı idarece davacının taleplerinin sözleşme dışı olduğu beyan edilerek davanın reddi istenmiştir.

Söz konusu davada Yargıtay Özel Dairesi ihtilafın ortaya çıktığı bazı hususlarda, Hukuk Genel Kurulu’na da benimsenen şu sonuçlara varmıştır: *“Davacı yükleniciye, C blok kat betonlarının atılabilmesi için ara hak edişlerle ödenen geçici dolgu kazı bedelleri, hatalı ödendiğinden bahsedilerek davalı idarece kesilmiştir. Davacı bu ödemenin haklı olduğunu ispat yönünde bir ataşmana dayanmışsa da, anılan belgede sadece yüklenici yetkilisinin imzasının bulunduğu, bu itibarla davalı idareyi bağlamayacağı ortadadır.*

Davacı yüklenici tarafından hak edişlerine dâhil edilmesi talep edilen ve YFA.04 pozuna ilişkin bulunan soğuk derz önleme imalâtının bedeli, tüm beton imalâtını içeren ara hak edişlerin içinde bulunmasına rağmen itiraz edilmeyerek kesinleştiğinden ve ayrıca dosyada, anılan poza ilişkin fiyat tutanağı bulunmadığından istemin reddi yerine kabulü de doğru görülmemiştir.”¹³²

¹³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.11.2008, E.2008/15-677, K.2008/716. Eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olan benzer bir davada, davacı yüklenici iş bedelinden haksız şekilde yapılan indirimin istirdadını talep etmiştir. Davacı, eksik işler nedeniyle ödenmeyen hak ediş bedeli farkının tahsili isteminden kaynaklandığından, Yargıtay; yüklenicinin düzenlenen hak edişlere şartnamede açıklanan biçimde itirazının olup olmadığının tespitinin bu davada önem kazandığına dikkat çekerek kararında şu sonuçlara yer vermiştir: *“...anahtar teslimi götürü bedele dâhil olan ve yapılması akdedilmiş bulunan ikinci kat tavan alçı imalatı, davacı yüklenicinin teklifi ve davalı idarenin onayı ile yapılmamıştır. Bu durumda, davacının kendisine sözleşme ekinde verilen proje ve eki detay projeyi davalı idarenin onayı ile de olsa eksik uyguladığı ve bu nedenle teklif bedeline dahil olan ancak yapılmayan imalatın bedelinin kendisinden kesilmesi gerektiği konusunda, yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bozma ve direnme kararlarının kapsamı itibarı ile Özel Daire ile yerel mahkeme arasında çıkan uyumsuzluk; davacı yüklenicinin ara ve kesin hak edişlere “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin 40 ve 41. maddelerine uygun şekilde itiraz edip etmediği, buradan hareketle davaya konu hak edişlerin kesinleşip kesinleşmediği; varılacak sonuca göre de davacının talebinin dinlenebilir olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır. Davacı yüklenici ile davalı idare arasındaki Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme anahtar teslimi götürü bedel üzerinden olup, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na göre akdedilmiş; ihale de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılmıştır. Taraflar arasında imzalanan 15.04.2004 tarihli eser sözleşmesinin 9.2 maddesi uyarınca “Yapım İşleri Genel Şartnamesi” sözleşmenin eki olarak kararlaştırılmıştır. “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin 40 ve 41. maddelerinde ise hak edişlere itirazın usul ve yöntemlerinin ne olacağı hüküm altına alınmıştır. Sözleşmenin anılan hükmü ile şartname hükümlerinin delil sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespiti uyumsuzluğun çözümünde yararlı olacaktır. Delil sözleşmesinin konusu ispattır. Bu nedenle delil sözleşmesi ile ispat şartı olan yazılı şekil öngörülebilir veya var olan yazılı şekil (senet) ile ispat zorunluluğuna istisna (mesela, senetle ispatı gereken bir hukuki işlemin tanıkla ispat edilebileceği) kabul edilebilir. Buna karşılık, delil sözleşmesi ile geçerlilik (sıhhat) şartı olan yazılı şekil yerine başka bir şekil kararlaştırılmaz. İncelenen hak ediş belgesinin içeriğinden, yüklenicinin hak ediş raporunu ihtirazi kayıtlı imzaladığı*

Yüklenicinin hak edişle ilişkin bir itirazı varsa, bunu idareye bildirmekle mesuldür.¹³³ Bu vecibesini kendisine tanınan yasal süreler¹³⁴ içinde yapmadığı takdirde alacak isteminde bulunması Yargıtay tarafından haklı görülmemiştir. Yargıtay bir başka kararında, hak edişlere usulen itiraz edilmemiş ise davanın tümünden reddedilmesi gerektiğine vurgu yaparak kararda şu açıklamaları yapmaktadır: “Müteahhidin hak ediş raporunu imzalamasından sonra tahakkuk işlemi yapıluncaya kadar yetkililer tarafından hak ediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hak edişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok 10 gün içinde bu itirazı dilekçe ile idareye bildirmek zorundadır. HUMK’un 287’nci maddesi uyarınca itirazlar bu şekilde bildirilmediği takdirde hak edişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.”¹³⁵

ancak, itirazının gerekçelerini belirttiği bir dilekçeye atf yapmadığı; iş sahibi ile aralarında imzaladıkları sözleşmenin eki olarak kabul edilen Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 40 ve 41. maddelerinde açıklanan şekilde bu itirazının dayanaklarına ilişkin yeni bir dilekçe de vermediği belirgindir. Yüklenici tarafından yanlar arasında düzenlenen münhasır delil sözleşmesine uygun bir şekilde hak ediş raporlarına itiraz edilmediği ve bu nedenle yüklenicinin hak ediş raporlarının içeriğini olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.12.2010, E.2010/15-609, K.2010/634.

¹³³ YİGŞ’ye göre; “Yüklenicinin geçici hak edişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerçekleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hak ediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hak ediş raporunun “idareye verilen tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıta” cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hak ediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapıluncaya kadar, yetkililer tarafından hak ediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hak edişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmede hak edişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.” (m.39/e) Bu hükümde şekil şartları, özellikle ihtilafların yargısal çözümünde, önem arz etmektedir. Yüklenici, itirazını gerekçeleriyle birlikte hak ediş raporuna yazmış olsa bile, eğer ortada bir dilekçe yoksa, itiraz usulüne uygun olmadığından geriye dönük hak talebinde bulunamaz. Yüklenicinin yazmış olduğu dilekçe dışında başka bir belge delil olarak kabul edilemez. Örneğin, ödenek yetersizliği nedeniyle fiyat farkı alacağını ödenemeyeceğine ilişkin idare tarafından yazılmış resmi bir yazı olmasına rağmen, yüklenicinin kendisi dilekçe yazmamışsa, idarenin resmi yazısı delil olarak dikkate alınmayacaktır. Dilekçede her bir itiraz konusu ayrı ayrı belirtilmeli ve itirazın gerekçeleri açıklanmış olmalıdır. Örneğin, yüklenici sadece kesilen cezaya itiraz etmişse, başka hususlardaki talepleri kayda alınmayacaktır. İtiraz konusu yalnızca dilekçedeki gerekçeyle sınırlı olarak değerlendirilmektedir. Dilekçe olmakla birlikte, dilekçede hak edişle itiraz kaydı düşülmemişse, usulüne uygun bir itirazdan bahsedilemez. Bu açıklamalar yüklenicinin itirazına ilişkin olup, idare aleyhine ortaya çıkan hatalarda herhangi bir itiraz kaydı aranmaksızın her zaman düzeltilmesi mümkündür. Ateş, **a.g.e.**, s.203.

¹³⁴ Yüklenici itirazını; hak ediş ödemesinden sonra en çok on gün içinde (YİGŞ 39/e), kesin hesapların çıkarılması esnasında altmış gün içinde bildirmesi gerekmektedir (YİGŞ 40/4).

¹³⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 13.11.2003, E.2003/2474, K.2003/5468 sayılı karar. “Davalı iş sahibi temerrüde düşen yükleniciden gecikme cezası kesmekte haklı olduğu gibi esasen YİGŞ’nin az yukarıda değinilen hükümlerine uygun biçimde ceza kesintisi yapılan hak edişlere usulüne uygun itirazı kaydı bulunmadığından cezanın iadesine karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.02.2013, E.2012/1471, K.2013/1058; “Hak edişle giren imalata davacının usulüne uygun bir şekilde itirazı olmamışsa artık bu davayla da olsa istemde bulunması mümkün değildir.” Yargıtay

Geçici (ara) hak ediş ödemelerinde karşılaşılan bir diğer sorun; fazla veya mükerrer ödemelerdir. Fazla ödeme, sözleşme ve kanun hükümleri dışında yapılan ödemeyi açıklarken; mükerrer ödeme, daha önce hesaba girmiş ve bedeli ödenmiş iş, mal, hizmet ve imalat bedelinin tekraren ödenmesini ifade etmektedir. Bu iki ödemede de birer *haksız ödeme* niteliği bulunmaktadır. Bu haksız ödemelerin ise, sözleşme veya özel kanun hükümlerine göre iadesi gerekir. Burada fazla ödeme veya mükerrer ödeme, ilave ödeme ile karıştırılmamalıdır. İlave ödeme, sözleşme bedeli işin temel fiyatı yanında ilave iş veya değişik işlerle ilgili olarak yükleniciye ödenmesi gereken ücrettir. İlave ücrette alacaklı yüklenicidir. Fazla ödeme veya mükerrer ödemede ise alacaklı idaredir, yüklenici borçludur. Yargıtay, geçici (ara) hak edişlerle yapılan fazla veya mükerrer ödemelerin kesin hesapta düzeltilebileceği görüşündedir.¹³⁶

15. Hukuk Dairesi, 26.12.2005, E.2004/7330, K.2005/7190; “*Dosyada yer alan akaryakıt fiyat farkının hesaplandığı 4 numaralı hak ediş davacı yüklenici tarafından itirazsız imzalanmıştır. Şu halde hak ediş olduğu gibi kabul edildiğinden artık davacı akaryakıt fiyat farkından dolayı her hangi bir istekte bulunamaz.*” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 13.04.1994, E.1993/5119, K.1994/2322. Benzer Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 06.05.1991, E.1990/4733, K.1991/2296; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.03.1993, E.1993/1310, K.1993/1346; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 02.06.1994, E.1993/4961, K.1994/3496; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08.07.2004, E.2003/4572, K.2004/3831; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 03.12.2003, E.2003/2397, K.2003/5773.

¹³⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25.03.1974, 165/272 sayılı karar. Kaplan, **a.g.e.**, s.216. Yargıtay’ın incelediği bir başka ihtilafta, dava, ihale sonucu yüklenilen lise inşaatı işine ait sözleşme ile aynı okulun ikmal inşaatı işine ait sözleşmeden kaynaklanmış ve her iki işten dolayı davalı şirkete fazla ödeme yapıldığı iddia edilerek bu miktar alacağın davalı şirketten ve sorumluluğu bulunan idare elemanlarından müştereken ve müteselsilen tahsili istenmiştir. Söz konusu davada Yargıtay’ın tespit ve kararı şöyledir: “*İnşaat işinin 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35/a maddesi uyarınca kapalı teklif usulüyle ihaleye çıkarıldığı; İl Özel İdaresi adına Ankara Valiliği ile yüklenici M... İnş. Turz. Mob. ve İhr. Ltd. Şti. arasında Ankara 35. Noterliği'nin 19.01.2001 günlü 3066 sayılı sözleşmesinin imzalandığı; bu sözleşmeyle davalı şirketin 800.000,00 TL keşif bedelli yapım işini %10,12 tenzilatla üstlendiği; sözleşmede bitiş tarihinin 30.11.2001 olarak kararlaştırıldığı; Ankara Valiliği İl Daimi Encümeni'nin 31.07.2002 tarihli 637 esas ve karar sayılı kararı ile %30 oranında keşif artışı verilmesine ve %30 artışa tekabül eden işler tamamlandıktan sonra işin tasfiye edilmesine karar verildiği; Encümenin 11.09.2002 tarih 800 esas ve karar sayılı kararıyla ödenek diliminin 2001 yılı için 364.382, 01 TL, 2002 yılı için 675.617,98 TL olarak revize edildiği, 63 gün süre uzatımı verilerek işin bitiş tarihinin 14.10.2002 olarak belirlendiği; Encümenin 20.11.2002 tarih 1130 esas ve karar sayılı kararı ile de ödenek yetersizliğinden 39 gün süre uzatımı verildiği ve işin bitiş tarihinin 22.11.2002 olarak belirlendiği; işin verilen ek sürede bitirilerek 21.11.2002 tarihinden itibaren itibar edilmek üzere tasfiye kabulünün yapıldığı ve tasfiye kabul tutanağının 28.11.2002 tarihinde onaylandığı; sözleşme konusu işlerle ilgili 9 adet ara hak ediş ile 09.12.2002 tarihli ve 10 nolu bir adet kesin hak ediş düzenlendiği, %30 keşif artışının dışında işler de yapılmış olduğundan bu işlerle ilgili ek sözleşme (sulhname) imzalandığı ve 09.12.2002 tarihli ve 10 nolu bir adet sulhname hak edişi düzenlendiği; davacı şirkete kesin hak edişle 5.157,65 TL (KDV dâhil), sulhname hak edişiyile 53.487,41 TL (KDV dâhil) ödeme yapılmasının kararlaştırıldığı; hak edişlerin itirazsız imzalanarak onaylandığı, kesin hesap fişinin de 27.12.2002 tarihinde onaylandığı ve bu şekilde kesin hesabın kapatıldığı,*

Sayıştay'a göre; 4734 sayılı Kanun hükümleri ile ihale edilip sözleşmeye bağlanan bir işte, sonradan teklif fiyatının ihale dosyasında yer almayan bir fiyatla değiştirilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.¹³⁷ İhale konusu işin keşfinde yer alıyorsa ve yüklenici teklifini buna göre vermiş ise sonradan sözleşme kapsamındaki bir iş için yapılan ödemede fazla ödemedi bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, ihale dokümanında yer alan ve bu hâliyle sözleşmesi kurulan ve tüm katılımcıların bilip tekliflerini buna göre verdikleri bir analiz veya yardımcı analizin değiştirilmesi adalete ve hakkaniyete uygun düşmez.¹³⁸

Kesin teminat ve kesin teminatın geri verilmesine ilişkin olarak, işin sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı idarece tespit edilmesi üzerine, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)'ndan alınan ilişiksiz belgesinin idareye verilmesinin ardından yükleniciye iade edilmesi mümkündür (KİSK m.13/1). Bu nedenle işin, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı idarece tespit edilse bile, SGK ilişiksiz belgesi verilmediği takdirde, kesin teminat ve ek kesin teminatın tümüyle iadesi söz konusu olmayacak ve dolayısıyla mahsup işlemi yapılacaktır. Benzer durum, hak edişlerin ödenmesi bakımından da geçerlidir.¹³⁹

İkmal inşaatı işinin ise; 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18/a maddesi uyarınca açık ihale usulüyle ihaleye çıkarıldığı; Bayındırlık ve İskân Müdürlüğü adına Ankara Valiliği ile yüklenici M... İnş. Turz. M. ve İhr. Ltd. Şti. arasında Ankara 35. Noterliği'nin 17.12.2003 günlü 26488 sayılı sözleşmesinin imzalandığı; sözleşmeyle davalı şirketin ikmal inşaatını anahtar teslimi götürü bedel esasıyla 590.000,00 TL + KDV'ye üstlendiği; sözleşmede işin bitiş tarihinin 29.12.2003 olarak kararlaştırıldığı; Ankara ili Bayındırlık ve İskân Müdürlüğü Süre Uzatım Komisyonu'nun 09.01.2004 tarihli kararıyla 01.04.2004 tarihinden itibaren 4 gün süre uzatımı verilerek işin bitiş tarihinin 04.04.2004 olarak belirlendiği; verilen ek sürede işin tamamlanarak 04.04.2004 tarihinden itibaren edilmek üzere geçici kabulün yapıldığı ve geçici kabul tutanağının 14.04.2004 tarihinde onaylandığı; işle ilgili 2 adet ara hak ediş düzenlendiği, kesin hak ediş düzenlenmediği anlaşılmaktadır.

...fazla ödeme yapılmasına sebebiyet veren belgeleri imzalayanlar, ihmal ve kusurlarının bulunması halinde yapılan fazla ödemeden sorumlu olacaklardır. Sorumluluğun tespiti için; öncelikle imzalanan belgelerin fazla ödemeye sebebiyet veren belgelerden olup olmadığı belirlenmesi gerekir."

¹³⁷ Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 23.10.2007 tarih ve 29576 tutanak sayılı kararı.

¹³⁸ Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 27.03.2012 tarih ve 34676 tutanak sayılı kararı.

¹³⁹ SGK tarafından çıkartılan konu ile ilgili düzenleme; *Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Borçlarının Hak Edişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik*'tir. Yönetmeliğin birinci maddesi; "İdarece işverenlerin hak edişleri, Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenir" demek suretiyle, idarelerin hak ediş ödemelerinde bu hususu dikkate alması gerektiğinin altını çizmiştir.

Teminat, ihale konusu işin farklı aşamalarında ve değişik sebeplerle alınmaktadır. İlki, geçici olarak ihale aşamasında alınan teminat olup, isteklileri ihaleden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak ve böylece ihale işleminden dolayı idareyi meydana gelebilecek zararlardan kısmen de olsa korumak amacıyla alınır. Diğer teminat ise, yüklenicinin SGK'ya ilişkin her türlü prim ile gecikme zammı borçlarının güvence altına alınması ile işin daha güvenli yapılabilmesini sağlamak amacını taşır. Dolayısıyla, teminatların çözülebilmesi için, işin sözleşme ve şartname hükümlerine göre bitirilmesi yanında, diğer yasal yükümlülüklerin de yüklenici tarafından yerine getirilmesi gerekir.¹⁴⁰

Banka kesin teminat mektubunda teminatın sona ermesi durumlarını şu şekilde sıralamak mümkündür: İfa, ibra, sonraki imkânsızlık, takas, süre öngörülen garantilerde sürenin dolması, ödeme talebinin *hakkın kötüye kullanılması* ve *garantinin amacına aykırılık* niteliği taşıması.¹⁴¹ Ödeme talebinin garantinin kapsamında değerlendirilemeyecek bir duruma ilişkin olması üzerinde durulması gereken bir sorun alanıdır. Uygulamada karşılaşılan bu taleplerin garanti edilen riskin kapsamı dışında kaldığına ve ayrıca garanti verenin onayı olmaksızın sözleşmedeki koşulların borçlu aleyhine ağırlaşması veya borçlunun yeni yükümler üstlenmesi durumlarının garanti edilen riskin kapsamı dışında kalacağına Yargıtay hükmetmiştir.¹⁴² Garanti konusu edimin gerçekleşmediği durumlarda garanti verenin yükümünden kurtulacağına ilişkin bir başka kararında ise Yargıtay, teminat mektubu ile garanti altına alınan ilişkinin hiç doğmadığının ileri sürülebileceğini, bir diğer deyişle garanti konusu işin gerçekleşmediği savunmasının yapılabileceğini kabul etmektedir.¹⁴³

¹⁴⁰ Uyanık, **a.g.e.**, s.116-117. YİGS'nin 43'üncü maddesine göre: "(1) Yüklenici işlerin, teminat süresi içindeki bakımını yapmak ve tümünü iyi bir şekilde korumak ve çıkabilecek kusur ve aksaklıkları gidermek zorundadır. (2) İdareler, işin önem ve niteliğini göz önünde bulundurarak, teminat süresi içinde yüklenicilerin bakımlarını yapmakla yükümlü oldukları hususlarda sözleşme ve eklerine özel hükümler koyarlar. (3) Bitirilmiş yapıların idare tarafından kullanılma ve işletilmesinden kaynaklanan veya yüklenicinin kusurları dışındaki hallerin gerektiği onarımlar bakım yükümlülüğünün dışındadır. (4) Kullanma ve işletme sonucu olmaksızın ortaya çıkan kusur ve aksaklıkların giderilmesi ve teminat süresince işlerin bakım giderleri yükleniciye aittir."

¹⁴¹ Ferhat Canbolat, "Kamu İhale Hukukuna Göre Banka Teminat Mektuplarında Teminatın Sona Ermesi ve Teminat Mektubunun İadesi", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.265.

¹⁴² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 14.12.1999, E.1999/4793, K.1999/7676.

¹⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.03.1990, E.1989/5896, K.1990/2664.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu hükme varmaktadır: “Sözleşmenin feshi hâlinde gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcundan mahsup edilemeyeceğine; bu amir hüküm, taraflar arasındaki sözleşmede de öngörüldüğüne; davacı kurum vekilinin, vazgeçme yetkisi bulunmadığından tazminattan, gelir kaydedilen kesin teminatın mahsubu talebinin, davacı idareyi bağlamayacağı gibi, daha sonra davacı vekili, ıslah yolu ile tazminattan mahsup ettiğini bildirdiği kesin teminatı da istediğine ve ıslah yoluyla müddeabih artırılabilmesine göre, davacı tarafın bu talebinin de kabulüne karar verilmelidir.”¹⁴⁴

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin, kesin teminatın sözleşmenin feshi hâlinde irad kaydedilmesi konusunda verdiği bir kararda, İdari Şartnamenin 1’inci maddesinin (a) bendine dayanarak, aksi kararlaştırılmadığından teminatın iki ihale arasındaki fiyat farkı alacağından mahsup edilebileceğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda Yargıtay; kesin teminat mektubunun irad kaydedilip kaydedilmediği araştırılarak paraya çevrildiğinin anlaşılması hâlinde iki ihale arasındaki farktan doğan zararın mahsubuyla hükme varılmasını uygun görmüştür.¹⁴⁵

Yüklenicinin sözleşme konusu iş nedeniyle idareye ve SGK’ya olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin, malın kesin kabul tarihine/garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi hâlinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin ve ek kesin teminatların paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edileceği, varsa kalanının yükleniciye iade edileceği belirtilmiştir. Mahsup işleminin bu şekilde yapılmasına gerek bulunmayan hâllerde, işin kabul tarihinden veya varsa garanti süresinin bitim tarihinden itibaren 2 yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi nedeniyle iade

¹⁴⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 01.06.2004, E.2003/17123, K.2004/8397. Söz konusu davada; davacı, 13 kalem protez araç ve gereçlerinin temini için davalı ile 19.10.2000 tarihli sözleşme yaptıklarını, davalının sadece 2 kalem malzemeyi teslim ederek, 11 kalemini teslim etmediğini, teslim edilmeyen malzemelerin temini için yüklenici nam ve hesabına yapılan ihaleler sonucu kurum aleyhine 6.116.709.400 TL fark ortaya çıktığını, bu miktardan davalının yatırdığı kesin teminat miktarı olan 1.282.000.000 TL’nin düşülerek, 142.272.000 TL ihale ilan bedelinin eklenmesi sonucu bulunan 4.976.981.400 TL kurum zararının fazlası saklı kalmak kaydıyla faiziyle tahsilini istemiş, 31.3.2003 tarihli ıslah dilekçesi ile her ne kadar kesin teminat miktarı kurum zararından düşülmek suretiyle dava açılmış ise de sözleşmenin 8’inci maddesi gereğince sözleşmenin feshi halinde kesin teminatın irat kaydedileceğinin belirlendiğini, zarardan mahsubunun doğru olmadığını ileri sürerek, müddeabihin 6.258.981.400 TL olarak kabul edilmesini istemiştir.

¹⁴⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 16.10.2013, E.2003/3985, K.2003/4857.

edilmeyen kesin teminat mektuplarının hükümsüz kalacağı ve düzenleyen banka veya özel finans kurumuna iade edileceği, teminat mektubu dışındaki teminatların ise sürenin bitiminde Hazineye gelir kaydedileceği belirtilmekte olup, bu da idareye tanınan bir ayrıcalığa işaret etmektedir.¹⁴⁶

Yargıtay bir başka içtihadında, idarenin kesin teminatı irad kaydettiği bir ihtilafa ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: *“İhale üzerinde kalan yüklenicinin, ihale sürecinde KİK’e göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu, ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra tespit edilirse; taraflar arasında akdedilen ihale sözleşmesi hükümleri de değerlendirilmek suretiyle; kesin teminat ve ek kesin teminatların irad kaydedilebilmesi için sözleşmenin feshedilmesi gerekir. İhale sözleşmesinin feshedilmeyip idarece, yükleniciye işin tamamlattırılarak kesin kabulünün de yapılmış olması ve yüklenicinin bu aşamada idareye herhangi bir borcunun da olmaması hâlinde paraya çevrilen teminat mektupları toplamının yükleniciye iadesi gerekir.”*¹⁴⁷ Söz konusu olayda idare, sözleşmeyi feshetmek yerine işi tamamlatma eğilimi göstermiştir. İdarenin, yüklenicinin ihale sürecinde KİK’e göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit etmesi hâlinde, kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı gelir kaydetmesi ve sözleşmeyi feshederek hesabı genel hükümlere göre tasfiye etmesi gerekirken; davacı şirketin ihaleye katılmayacak durumda olduğu, sözleşmeden sonra belirlendiği hâlde, bu nedenle sözleşmeyi feshetmediğinden teminatı gelir kaydetmesi mümkün değildir. Yargıtay; dosyadaki geçici kabule ilişkin 28.11.2000 tarihli tutanak ve eklerinde davacı yüklenici şirket tarafından yapılan ve teslim edilen işte kusur ve noksan olmadığını belirterek, bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, kesin kabulde de yüklenici şirketin borcu çıkmamışsa paraya çevrilen teminat mektupları toplamının davacı şirkete iadesi gerekeceğine hükmetmiştir.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Uz, **a.g.e.**, s.71. Yargıtay’ın avans teminat mektubunun iş sahibinin diğer alacaklarını karşılamak fonksiyonunun bulunmadığına, yüklenicinin ödemesi gereken SSK primlerinin avans teminat mektubundan mahsubu yoluna gidilemeyeceğine ilişkin kararı için bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 23.06.1988, E.1988/2318, K.1988/2412.

¹⁴⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 26.02.2007, E.2006/7494, K.2007/1172.

¹⁴⁸ Alacak istemiyle açılan başka bir davada Yargıtay, yüklenicilerin % 20 fazla eşofman imalatını yapıp teslim etmemekle sözleşmeye aykırı davrandıklarına hükmederek, davacı Bakanlık tarafından sözleşmede kararlaştırılan iş karşılığı alınan teminat ile % 20 fazla iş karşılığı alınan teminatın irad kaydedilmesine karar vermiştir. Davada, irad kaydedilen teminatların tamamı yönünden hesaplanacak güncelleme nedeniyle alacak isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece taraflar

Teminat mektubunun güncellenmiş değerinin tahsili istemi ile Yargıtay önüne gelen bir davada, Yargıtay'ın vardığı sonuç şöyledir: *“Taraflar arasında yapılan 12.07.2005 günlü eser sözleşmesinin sözleşmenin feshine ilişkin şartları düzenleyen 27’nci maddesinde; sözleşmenin idarece veya yüklenici tarafından feshedilmesine ilişkin şartlar ve sözleşmeye ilişkin diğer hususlarda 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin bu hükmü delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan görevi gereği mahkeme ve Yargıtay’ca kendiliğinden gözetilir. Sözü edilen 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 22/2 maddesinde ise; bu kanunun 19, 20 ve 21. maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar, alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsü’nce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncelleneceği, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki farkın yükleniciden tahsil edileceği hükmüne yer verilmiştir. ...Yasanın bu hükmüne aykırı olarak sadece teminat miktarı kadar alacağı hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”¹⁴⁹*

5. Taahhüdün Yerine Getirilmemesi

Yüklenicinin işi teslim borcu, sözleşmenin esas unsurlarından biridir. Teslimin yapılmış sayılabilmesi için yüklenicinin uhdesine aldığı bütün işleri tamamlamış olması gerekir. Teslim, sözleşme ile kararlaştırılan işin yüklenici tarafından tamamlanması ve amacına uygun şekilde, idarenin kullanımına verilmesidir. Bu suretle yüklenicinin işi teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş olur. Ancak, yüklenicinin işi teslim etmekle mesuliyeti sona ermemektedir. İşlerin, teminat süresi içindeki bakımını yapmak ve tümünü iyi bir şekilde korumak ve çıkabilecek kusur ve aksaklıkları gidermek zorundadır. Kullanma ve işletme sonucu

arasındaki sözleşmenin tek olduğu, fazla imalatın da sözleşmenin 30’uncu maddesi uyarınca yükleniciden istendiği durumu gözden kaçırılarak, eşofmanın teslim edildiği gerekçesiyle sadece ek teminat nedeniyle güncelleme alacağının tahsiline karar verilmesinin doğru olmadığı sonucuna varılmıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 09.02.2010, E.2009/7245, K.2010/681.

¹⁴⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 09.07.2012, E.2011/4306, K.2012/5195.

olmaksızın, ortaya çıkan kusur ve aksaklıkların giderilmesi ve teminat süresince işlerin bakım giderleri yükleniciye aittir.¹⁵⁰

Yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu 4735 sayılı Kanunun 30'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Madde uyarınca; *“Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27'nci madde hükümleri uygulanır.”* Danışmanlık hizmet alımı (m.32), mal (m.33) ve hizmet alımına (m.34) ilişkin olarak da düzenlemeler KİSK içinde mevcuttur.¹⁵¹ Bu düzenlemelerde ortaya

¹⁵⁰ *“Kural olarak yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmesi ve bu şekilde teslim etmesi yüklenicinin sadakat ve özen borcu gereğidir. Aslında sadakat ve özen borcu TMK.nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının da bir uzantısıdır. Yüklenicinin bu borcu sözleşmenin kurulması ile başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eder ve eserin tesliminden sonra da ayıba karşı tekeffül sorumluluğu şeklinde kendini gösterir. Daha açık bir anlatımla ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gereği yüklenici teslimden sonra da zamanaşımı süresi içerisinde eserdeki ayıplardan sorumludur.”* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08.06.2004, E.2003/6368, K.2004/3196. İşin teslimi ile ilk yüklenicinin sorumluluğunun bitmediğine dair ilginç bir davada, İlköğretim Okulu inşaatının yapımına şirket tarafından başlanmış, işin yarım bırakılmasından sonra diğer davalı şirket tarafından İnşaat ikmal olunmuştur. Söz konusu yapının yıkılıp yeniden yapılmasının güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu bilirkişilerce gerekli görülen yapım işinde Yargıtay, ilk yüklenici davalı şirket yıkım ve yeniden yapım masraflarından sorumlu olacağına vurgu yapmış, fakat davacının zararın artmasına neden olmamak için gerekli tedbirleri almak ve davasını da zamanında açmak zorunluluğuna dikkat çekerek, kendi ihmalden dolayı artan zarardan davalının sorumlu tutulmasının doğru olmayacağına hükmetmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23.02.2006, E.2005/5519, K.2006/1011. Yargıtayın benzer kararları için bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 29.12.2005, E.2005/3385, K.2005/7184; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 14.06.2006, E.2005/3867, K.2006/3594; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 02.11.2006, E.2005/5224, K.2006/6181.

¹⁵¹ Danışmanlık hizmeti sunucularının sorumluluğu; **Madde 32-** *Danışmanlık hizmetlerinde; tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, hatalı yaklaşık maliyet tespiti, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusu doğrudan, yapı denetimi hizmetinin sunulduğu durumda ise yapım işini üstlenen yüklenici ve alt yüklenicilerle birlikte onbeş yıl süre ile müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27'nci madde hükümleri uygulanır.* Tedarikçilerin sorumluluğu; **Madde 33-** *Tedarikçiler taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme verilmesi veya kullanılması, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre tedarikçiye ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27'nci madde hükümleri uygulanır.* Hizmet sunucularının sorumluluğu; **Madde 34-** *Hizmet sunucuları taahhütleri çerçevesinde kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme seçilmesi, verilmesi veya kullanılması, tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi ve benzeri*

çıkan farklılık, yapım işlerinde yüklenicinin, danışmanlık hizmet alımlarında danışmanlık hizmeti sunucusunun on beş yıl süreyle sorumluluğu öngörülmüş iken; mal ve hizmet alımlarında tedarikçi ve hizmet sunucusunun sorumluluk süresinden bahsedilmemiştir. Bu durumda, KİSK'in 36'ncı maddesi hükmü gereğince, mal ve hizmet alımlarında sorumluluk süresinin, Borçlar Kanunu hükümlerine göre tespit edilmesi gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında,¹⁵² yüklenicinin taahhüdüne ilişkin basiretli olması ve sorumluluğunu bilmesi hususuna vurgu yaparak, söz konusu davada şu sonuca varmaktadır:

“Yüklenici işin ehlidir. İşi üstlenmeden önce tüm koşulları incelediği, bunların amaca elverişlilik derecesini bildiği kabul edilir. Taahhüde girişmeden parsellerin bulunduğu yörenin sit alanı olduğunu bilmesi gerekir.”

H.128 referansı ile Dünya Bankası finansmanı kullanılarak yapımı düşünülen Çarşamba-Tirebolu arasındaki hat işine ilişkin sözleşmenin uygulanmasında görülen ihtilafta Yargıtay, yüklenicinin sorumluluğuna işaret ederek şu hükümlere yer

nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan doğrudan sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27'nci madde hükümleri uygulanır. 4735 sayılı Kanunun bu sorumluluk hükümlerinden başka, YİĞŞ, HİĞŞ ve Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin birçok yerinde yüklenicinin sorumluluklarına değinilmiştir: YİĞŞ 12, 14, 24, 26'ncı maddeleri; HİĞŞ 6,12, 13, 15, 18,19,20, 21, 27,31, 32, 33, 38, 41'inci maddeleri; Mal Alımları Tip Sözleşmesi 15.4.1., 16.1.1., 16.1.2., 16.1.3., 16.1.4., 16.6.1., 16.7.1., 16.7.1.1., 16.7.2., 16.7.3., 40'inci maddeleri.

¹⁵² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 02.03.1994, E.1993/1707, K.1994/1232. Söz konusu davada, davacıya ait 6 parselin imar planının hazırlanması, İmar Yasasının 18'inci maddesine uygulama yapılması, imar ve inşaat izinlerinin alınması ve tapuda gerekli işlemlerin yapılması davalı tarafça üstlenilmiş, kararlaştırılan 32 milyon işbedeli ödenmiş olduğu halde davalının edimini yerine getirmediği ileri sürülerek ödenen ücretin istirdadı dava edilmiştir. Tüm iş ve işlemlerin yapıldığı, ancak Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nca parsellerin bulunduğu yörenin 3. derece doğal sit alanı olduğundan izin vermediği, davacının idari yargıya başvurusu halinde iznin alınabileceğinden bahisle davanın reddi istenilmiş, mahkemece ödendiği tespit edilen 27.500.000 TL iş bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmiş, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir. Yüklenicinin sorumluluğuna dair bir başka kararında Yargıtay özetle şu hükme varmıştır: *“Somut olayda, yapının güçlendirilmesi ya da yıkılıp yeniden inşa edilmesi gerektiği bilirkişilerce gerekli görülmüştür. Alınan raporlardan beton kalitesinin çok düşük olması nedeniyle hasarın oluştuğu, meydana gelen zararlar da zeminden kaynaklanan bir hatanın bulunmadığı ve varsa bile bu konuda yüklenici tarafından davacı iş sahibinin BK'nin 357. maddesi uyarınca uyarılmadığı belirlenmiştir. Yine, yapının yıkılıp yeniden yapılmasının güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu belirtilmekle, ilk yüklenici davalı şirket, yıkım ve yeniden yapım masraflarından sorumludur. Ancak yapıdaki hasar 1999 yılında ortaya çıkmış ve yeniden yapım gerektiği de 2000 yılında belirlenmiştir. Davacı zararın artmasına neden olmamak için gerekli tedbirleri almak ve davasını da zamanında açmak zorundadır. Kendi ihmalden dolayı artan zarardan davalının sorumlu tutulması doğru olmayacağından meydana gelen zarar 2000 yılının fiyatlarıyla belirlenmelidir.”*

vermektedir: “Sözleşme eki Teklif Formu’nun 7’nci maddesinde, davacı (yüklenici) işlerin yapılacağı alanı incelediğini ve işlerin çerçevesi ve miktarları arsa koşulları, şantiyeye ulaşma yolları, iklim koşulları ve iş gücü konusundaki bilgisinin bu teklifi hazırlamak için yeterli olduğunu, koşulları dikkatlice incelediğini beyan etmiştir. Kısaca işe teklif veren yüklenici, işin zorluk derecesine, ulaşım imkânlarına, yörenin iklim şartlarına, malzemelerin nerelerden getirileceğine vakıf olmuş ve sözleşmeyi imzalamıştır.”¹⁵³

Her iki kararda da Yargıtay’ın yaklaşımı, sözleşme konusu işi uhdesine alan yüklenicinin işin gereklerine ve zorluklarına vâkıf olması gerektiği ve bu itibarla sorumluluk taşıdığı yönündedir. Dolayısıyla, mücbir sebepler dışında yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmekten kaçınamayacağı ve işin yürütülmesi sırasında kendinden kaynaklanan nedenlerle işi süresinde tamamlayamaması veya eksik tamamlamasının kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte yüklenici, proje ve şartnamelerden farklı imalat yapmışsa, bunların kabul edilmesi, ancak imalatların fen ve sanat kurallarına ve istenen özelliklere uygun olduklarının idarece tespit edilmesine bağlıdır. Tespit sonrasında idare, bu imalatların değeri ve miktarının sözleşmede belirlenen imalatlara göre fazla veya az olduğunu belirlemelidir.¹⁵⁴

¹⁵³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08.06.2004, E.2003/6272, K.2004/3184. Söz konusu davada: Davacı yüklenici, davalı ile akdedilen 13.11.1995 tarihli sözleşme ile Çarşamba-Tirebolu arasında İnterkonekte E.İ. hattı 192 km mesafede 384 elektrik direğinin dikilmesi ve elektrik tellerinin çekilmesi işini üstlendiğini, sözleşme geç imzalanmakla birlikte işe zamanında başladığını, ancak, kamulaştırma, malzemenin geç teslimi, grev, iş mahallindeki engellemeler yüzünden işi kararlaştırılan tarihte bitiremediğini, idarenin verdiği süre uzatımlarının yetersiz olduğunu, hal böyle iken ihale bedelinin %10’u nispetinde ceza uyguladığını, bunun haksız olduğunu ileri sürerek, verilecek kararın kesinleşmesinden itibaren 15 aylık çalışılabilir ek süre verilmesini, süreye göre bedelin eskale edilmesini, haksız olarak kesilen 1.083.617 ABD dolarının ve 22.136.814.807 liranın iadesini, talep ve dava etmiştir. Davalı cevabında, davacının yeterli çalışma yapmadığını, verilen sürelerin yeterli olup davacıya başkaca süre verilmesi gerekmediğini, savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporlarından da yararlanılarak davacıya 150 günlük süre uzatımı verilmesi gerektiğinin tespitine haksız kesilen (18.782.448.900) lira cezanın davalıdan tahsiline davacının fazla isteminin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

¹⁵⁴ YİĞŞ’nin *Sözleşme ve eklerine uymayan işler* başlığı altında 23’üncü madde şu hükümleri ihtiva etmektedir: “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 yıkip 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 hak ediş raporlarına, proje ve şartnamelerde gösterilen veya yazılı talimatla bildirilen boyutlara göre hesaplanmış miktarlar yazılır.

Sözleşmenin uygulanması sırasında mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdün yerine getirilmemesi, KİSK'in 25'inci maddesine göre yasak fiil veya davranışlar arasında sayılmış ve bu durumda sadece idareye sözleşmeyi feshetme olanağı tanınmıştır. KİSK'in 20'nci maddesinde, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25'inci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâlinde idarenin sözleşmeyi feshedeceği, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceği belirtilmiş, ancak idarenin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemesi hâlinde, yüklenici için bu tür bir yol öngörülmemiştir.¹⁵⁵

6. İfa İmkânsızlığı

İmkânsızlığın hukuki sonucu, borç ilişkisinin sona ermesi ve borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmamasıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından edimi imkânsız hâle gelen borçlu, bu edimi ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır, ancak beraberinde karşı edimi elde etme hakkını da kaybetmektedir.¹⁵⁶

Sözleşme yapılırken herhangi bir olumsuzluk bulunmamasına karşılık, sözleşmenin uygulanması safhasında karşılaşılan ifanın mümkün olmaması durumu, sözleşme tarafları arasında ihtilafa neden olabilmektedir. İfanın imkânsızlığı, fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir. Hakem kurulu tarafından verilen bir kararın

Bu şekilde yapılan işlerin boyutları, emeğin değeri ve malzemesi daha az ise bedeli de ona göre ödenir.” Takip eden 24'üncü maddede, *Hatalı, kusurlu ve eksik işler* başlığı ile şu düzenlemelere yer verilmiştir: *“Yapı denetim görevlisi, yüklenici tarafından yapılmış olan işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu veya malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren delil ve emareler gördüğü takdirde, gerek işin yapımı sırasında ve gerekse kesin kabule kadar olan sürede bu gibi eksiklerin, hataların ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli görülen yerlerin kazılmasını ve/veya yıkılıp yeniden yapılmasını yükleniciye tebliğ eder. Bu incelemeler yüklenici veya vekili ile birlikte yapılır. Yüklenici veya vekili bu konuda yapılacak tebliğe uymazsa, incelemeler yapı denetim görevlisince tek taraflı olarak yapılarak durum bir tutanakla tespit edilir. Bu gibi inceleme ve araştırmaların giderleri, işlerin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yükleniciye ait olur. Aksi anlaşılırsa genel hükümlere göre işlem yapılır.*

Sorumluluğu yükleniciye ait olduğu anlaşılan hatalı, kusurlu ve malzemesi şartnameye uymayan işlerin bedelleri, geçici hak edişlere girmiş olsa bile, yüklenicinin daha sonraki hak edişlerinden veya kesin hak edişinden ya da teminatından kesilir.”

¹⁵⁵ Uz, a.g.e., s.75-76.

¹⁵⁶ Ferhat Canbolat, **Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.160.

temyizen Yargıtay'ın önüne geldiği bir davada, Yargıtay tarafından önemli tespitler yapılmıştır.¹⁵⁷

Dava konusu olayda; sözleşmenin imzalanmasından sonra santral yapılacak alanın Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulunun 19.5.1998 tarih ve 168-3148 sayılı kararı ile I, II. ve III. Derece sit alanı olarak tesciline karar verilmiş, ancak doğal yapının korunabilmesi için gerekli tüm önlemlerin alınması kaydıyla ve Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu doğrultusunda ilgili kurumların onayı alındıktan sonra projenin uygulanabileceğine karar verilmiştir. Bu karardan sonra davacı şirket nihai ÇED raporunda yer alan tüm hususlara uymayı kabul ve taahhüt ettiğine dair 24.6.1998 tarihli taahhütname imzalayıp davalı bakanlığa vermiştir. Bilahare Çevre Bakanlığı Çevresel Etki Değerlendirmesi Genel Müdürlüğü'nün 25.6.1998 tarihli yazısı ile şartlı olarak ÇED olumlu belgesi verilmiştir. ÇED olumlu belgesinde yazılı şartlardan birisi de, proje alanının Kültür Bakanlığı tarafından sit alanı ilan edilmesi hâlinde alınacak kararlara uyulması gerekeceğidir. Gerekli izinler alındıktan sonra 26.6.1998 tarihinde yapılan temel atma töreni ile davacı şirket işe

¹⁵⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 20.07.2007, E.2007/2163, K.2007/5035. Söz konusu davada; Taraflar arasındaki ihtilaf, DGHidro Elektrik Santralının Kurulması, İşletilmesi ve Üretilen Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim AŞ'ye Toptan Satışına İzin Verilmesine ilişkin olarak imzalanan 14.6.1989 tarihli uygulama sözleşmesi ve 21.9.1995 tarihli değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiş uygulama sözleşmesi (revize uygulama sözleşmesi) ile 5.6.1996, 29.10.1997, 3.12.1998 tarihli ek ve değişiklik protokollerinden kaynaklanmıştır. Sözleşme tarihinden sonra Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulunca santral yapım sahasının I, II ve III. Derece sit alanı olarak ilan ve tescil edilmesi ve şartlı verilen iznin kaldırılarak yapım işinin durdurulması, çevresel etki değerlendirme (çed) olumlu belgesinin ve orman tahsis kararının üçüncü kişilerce idari yargıda açılan davalar sonucunda iptal edilmesi nedenleriyle sözleşmenin ifa imkânı kalmadığından davacı yüklenici şirket tarafından davalı iş sahibi bakanlık aleyhine hakem kurulunda dava açılmış, açılan davada ifanın imkânsız hale gelmesinde kusurun davalı bakanlıkta olduğu ileri sürülerek projenin gerçekleştirilmesi için fiilen yapılan harcamalar ve mahrum kalınan kâr olarak uğranılan zarar miktarının 287.881.443,48 YTL olduğunun tespitine, fazla haklar saklı tutularak şimdilik fiilen yapılan harcamalar bedeli olarak 33.514.627,89 YTL, mahrum kalınan kâr olarak da 33.500.000,00 YTL olmak üzere toplam 67.014.627,89 YTL' nin temerrüt tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte tahsili istenmiştir.

Hakem kurulunca hüküm altına alınan bedelin 16.157.199,90 YTL'si mahrum kalınan kâra ilişkindir. Müspet zarar olan kâr mahrumiyetinden davalının sorumlu tutulabilmesi için borç ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ifa imkânsızlığının davalının kusurundan kaynaklanması gerekir. Bu nedenle borcun ifasının imkânsız hale gelmesinde davalı bakanlığın kusurlu olup olmadığı hakem kurulu kararında tartışılmış, kurulun çoğunluğunca “...davalının dava konusu projenin gerçekleştirilmesinde ve sözleşmeler akdetmesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletini temsil eden bir bakanlık olduğu, bu konumdaki bir idarenin projenin programa alınmasında ve gerçekleştirilmesinde devlete ait tüm imkânları kullanarak her türlü riski ve engeli ortadan kaldırması ve olay yargıya intikal ettiğinde iptâl ile karşılaşmayacak şekilde her türlü çalışmayı yapması ve önlemi alması gerektiği, bu hususların araştırılması ve önlenmesinin davacı şirketten beklenemeyeceği, zira hiçbir şirketin devletten güçlü olamayacağı” görüşleriyle davalı kusurlu görülerek kâr mahrumiyeti zararının ödetilmesine karar verilmiştir.

başlamıştır. İş devam etmekte iken bu defa Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun 29.1.1999 tarih ve 186-3380 sayılı kararıyla tüm uygulamaların ivedilikle durdurulmasına karar verilmiş ve bu karar 15.2.1999 tarihli üst yazı ile davacı şirkete tebliğ edilmiştir. Sözü edilen kararlar uyarınca davalı bakanlık tarafından davacı şirkete 17.12.1999 tarihli yazı yazılarak ekli kararlar uyarınca işin durdurulması ve projeye ilgili bir faaliyette bulunulmaması istenmiştir. Yapılan yargılamalar sonucunda davalar kabul edilerek ÇED olumlu belgesine ve orman tahsisine ilişkin idari işlemler iptal edilmiş, temyiz üzerine Danıştay tarafından onaylanarak ve karar düzeltme talepleri de reddedilerek karar kesinleşmiştir. Yargı kararının kesinleştiği 16.9.2004 tarihi itibarıyla fiili ve hukuki imkânsızlık (objektif ifa imkânsızlığı) gerçekleştiğinden BK'nin 117 ve sözleşmenin 23/2 maddesi uyarınca akit bu tarihte kendiliğinden son bulmuştur.

Sözleşme hükümleri ile işin yürütülmesi için gerekli tüm yetki ve izinleri alma yükümlülüğü davacı yükleniciye bırakılmış, diğer kuruluşlardan alınacak izinler konusunda davalının sağlayacağı yardım yasal yetkiler ile sınırlandırılmıştır. Davalı bakanlığın projenin hiçbir aşamasında hukuki ve fiili bir engelle karşılaşmamayı sağlama şeklinde davacıya karşı bir taahhüdü veya garantisi bulunmamaktadır. İfanın imkânsız hâle gelmesi projenin yürütülmesi için zorunlu olan ÇED olumlu belgesinin ve orman tahsis kararının idari yargı yerince iptal edilmesinden kaynaklanmaktadır. İptalin gerekçesi de ihtilaf konusu enerji santralının I, II. ve III. derece doğal sit alanında kalması nedeniyle yapımına hukuken olanak bulunmamasıdır. Davalı bakanlığın mahkemelerin ve üst derece mahkemelerin kararlarını etkilemesi veya bağımsız yargı mercilerine müdahalesi Anayasa ve diğer kanunlar mucibince mümkün değildir. Kesinleşmiş yargı kararları idari merciiler de dâhil olmak üzere herkesi bağlar (Anayasa m.138, İYUK.m.28). Yargı kararları ile oluşan imkânsızlıktan dolayı davalı bakanlığa kusur atfetmek mümkün değildir. Hakem kurulu çoğunluğunun davalıya kusur atfeden görüşleri sözleşme hükümlerine ve sözleşmede öngörülen bakanlık kusuru tanımına uygun düşmemektedir. Sözleşmenin 9/1-i maddesine göre, sözleşmenin imza tarihinden sonra mevzuat hükümlerinde meydana gelecek değişiklikler mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Bu hükümler ile taraflar yargı kararları ile oluşan

imkânsızlığı mücbir sebep olarak kabul ettiklerinden ifanın imkânsız hâle gelmesinin mücbir sebepten kaynaklandığının kabulü gerekmektedir. Yargıtay, ifa imkânsızlığı tarafların kusurundan değil mücbir sebepten kaynaklandığından ve bu hâlde BK'nin 117 ve sözleşmenin 23/2 maddeleri uyarınca kâr mahrumiyeti talep edilemeyeceğinden davacının bu kalem isteminin reddi yerine kabulünü doğru bulmamıştır.

7. Sözleşmenin Feshi ve İki İhalden Kaynaklanan Zarar

İdare, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranması ve işi süresi içinde tamamlayamayacağını anlaması hâlinde, sözleşmeyi feshedebilir. İdarenin yasal olarak kullandığı bu hakkı, yüklenici de öncelikli olarak görevini yerine getirmeyen ve geciken idare için kullanabilir. Zira, özel hukukta karşılıklı edimleri içeren ve tam iki tarafa borç yükleyen satım, trampa, kira, hizmet ve istisna gibi sözleşmelerde, taraflar birbirine karşı hem alacaklı hem de borçlu durumdadır.¹⁵⁸ Bu sözleşmelerde, tarafların borçlandıkları edimler, birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde ödemezlik def'ini düzenleyen TBK'nin 97'nci maddesi (BK m.81) uyarınca, karşı taraf edimini yerine getirene kadar, alacaklıya kendi ediminden kaçınma hakkı verilmiştir.

TBK'nin 110'uncu maddesinde (BK m.94), borçlanılan edimin, hizmet ya da yapım işinde olduğu gibi bir şeye ilişkin edim olmaması hâlinde, böyle bir edimin tevdi veya satışı mümkün olmadığından, alacaklının temerrüdü hâlinde borçluya, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre, sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Örneğin, bir yapım işinde, iş sahibinin kendisine hazırlık işlemlerini yapmaktan kaçınmak suretiyle, inşaata başlanılmasını veya tamamlanmasını engellemesi hâlinde, yüklenici sözleşmeden dönebilir. Bu durumda borçlunun sözleşmeyi feshetmesi hâlinde alacaklıdan zararının tazminini isteyebileceğine ilişkin TBK'nin 110'uncu maddesinde açık bir hüküm olmamakla birlikte, TBK 485'inci maddesi (BK m.370) uyarınca müteahhit, yaptığı işin değerini ve değere dâhil olmayan masraflarını (menfi zarar) alabilecektir. Ancak, ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi (alacaklı) kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı

¹⁵⁸ Kemal Oğuzman, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.1, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, 1987, s.220.

vardır.¹⁵⁹ Diğer taraftan, TBK'nin 125'inci maddesinde (BK m.106), iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı için seçimlik haklar düzenlenmiş ve borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklı gecikme tazminatıyla birlikte aynen ifayı seçebileceği gibi, müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesini isteme hakkına da sahiptir.¹⁶⁰

Borçlar Kanunu hükümlerine göre, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı tek taraflı bozucu yenilik doğuran haklardan olup, karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın ona ulaşmasıyla hüküm doğurur. İdarenin davacı olduğu, davalı yükleniciyle akdedilen ve Sayıştay tarafından tescil edilmiş olan sözleşmenin 4735 sayılı KİSK'in 21'inci maddesine göre hükmen feshine karar verilmesini istediği bir davada, Yargıtay şu tespitlerde bulunmaktadır: *“4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 22/1 maddesi hükmü, aynı Kanununun 21'inci maddesinde belirtilen sözleşmeden önceki yüklenicinin yasak fiil veya davranışlarının mevcut olduğunu; sözleşmenin tarafı olan iş sahibi idarenin tespit ettiği tarih itibarıyla sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını öngörmektedir. Eser sözleşmesi, karşılıklı borçlar doğuran tam iki yanlı sözleşmelerdendir. Kural olarak, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, akdin feshine ilişkin irade beyanı tek taraflı bozucu yenilik doğuran haklardan olup, karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın ona ulaşmasıyla hüküm doğurur.”*¹⁶¹

¹⁵⁹ Serozan, (Sözleşmeden Dönme), **a.g.e.**, s.30.

¹⁶⁰ TBK'nin 125'inci maddesi şöyledir:

“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

¹⁶¹ Somut olayda, sözleşmenin feshi istemi, BK hükümlerine dayalı olmayıp, 4735 sayılı Kanununun 21'inci maddesi hükmüne dayanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.10.1982 gün, 1982/817 esas ve 1982/15-356 karar sayılı hükmünde de vurgulandığı üzere; bir yasa hükmünün örnekseme (kıyas) yoluyla uygulanabilmesi için, her şeyden önce o olayla ilgili yasal bir düzenlemenin mevcut olmaması gerekir. Hukuksal durum bu olunca da, davacı davada dayanmış olduğu 4735 sayılı Yasanın 21 ve 22'nci maddesi hükümlerinde düzenlenen prosedüre uygun olarak sözleşmenin feshi bildiriminde bulunabilir. Sözleşmenin feshi için dava açmaya ve mahkemeden hüküm almaya ihtiyaç yoktur. Çünkü, böyle bir davanın açılmasında davacının hukuksal yararı

Sözleşmenin davalı tarafça tek taraflı feshedildiği bir davada, ilgili mahkeme tarafından feshin haksız olduğu ileri sürülerek sözleşmenin geçerli olduğu tespiti yapılmış ve sözleşme konusu akaryakıtın teslim edilen kısmıyla ilgili olarak davacının fiyat farkı alacağına hükmedilmiştir. Temyiz yoluyla Yargıtay'ın önüne gelen davada Yargıtay şu değerlendirmede bulunmuştur: “...sözleşmenin 15/2 maddesinde de bu iş için fiyat farkı verileceği öngörülmüştür. Sözleşme hükümleri tarafları bağlar. Hâl böyle olunca mahkemenin de kabulünde olduğu gibi davalının sözleşmeyi haksız olarak feshettiğinin kabulü gerekir. Fiyat farkı ve kâr kaybı alacağının tahsiline hükmedilmesinde bir isabetsizlik yok ise de davacı, sözleşmenin feshi nedeniyle ifa edilmeyen kısma ilişkin olarak kâr kaybı talebinde bulunduğu ve mahkemece bu kalem isteğinin kabulüne karar verildiğine göre artık sözleşmenin geçerli olduğunun tespitine karar verilemez. Davacı ifa edilmeyen bölümle ilgili olarak kâr kaybı talebinde bulunmuş olmakla sözleşmeden dönme iradesini açıklamış olup mahkemece yalnızca taraflar arasındaki sözleşmenin davalı tarafça haksız olarak feshedildiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekirken sözleşmenin geçerli olduğunun tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”¹⁶²

bulunmalıdır. Yargıtay, belirtilen yasa hükümleri uyarınca sözleşmenin feshi bildiriminde bulunabilme olanağı bulunan davacı idarenin, dava ile hukuki himaye ihtiyacı içinde olduğundan söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 09.06.2005, E.2004/6043, K.2005/3488. Bir başka kararında Yargıtay şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: “Dava kapsamına göre davalı yüklenicinin akdi süresinde ve gereği gibi ifa etmediği ortada olup davalılar sözleşme ve taahhütname uyarınca ademi ifanın sonuçlarından sorumlu tutulmalıdır. Davacı iş sahibi, akdi haklı nedenlerle feshetmiş olmakla davalıya yapılan fazla ödemeler ile varsa menfi zararlarının ödetilmesini isteyebilir. Sözleşmede gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel, akdin ifasına bağlı olup müspet zarar kapsamındadır. Kural olarak akdi fesheden tarafça istenemez.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 01.10.2004, E.2004/4834, K.2004/4802.

¹⁶² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 17.01.2008, E.2007/9308, K.2008/346. Yargıtay, sözleşme konusu işin yüklenici tarafından tamamlandığı bir başka davada sözleşmeyi geçersiz bulmuştur. Söz konusu davada, Bayındırlık ve İskân Müdürlüğü'nden emekli olan davacı, 2531 sayılı Kanuna aykırı olarak hizmetinde bulunduğu idareden, ayrıldığından itibaren 3 yıllık yasal süre dolmadan, görev alanıyla ilgili konuda iş almıştır. Taraflar arasındaki sözleşme yasaya aykırılığı nedeniyle geçersiz olmakla beraber, davacının geçersiz bu sözleşme ile üstlendiği onarım işini tamamladığı ve davalı idareye teslim ettiği de sabittir. O halde hukuki muamele geçersiz olduğuna göre davacı ancak sebepsiz iktisap hükümlerine göre davalıdan talepte bulunabilecektir. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşme yasaya aykırı olduğundan bunun geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir. Başka bir deyişle bu sözleşme Borçlar Kanununun 19'uncu maddesi uyarınca geçersizdir. Davacı aleyhine haklı bir sebep olmaksızın elde ettiği zenginleşmeyi iade etmesi gerektiğinden, işin yapıldığı tarih, itibarıyla davacının yaptığı iş nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceği miktar işin maliyeti olup ayrıca kâr isteyemeyeceğinden talep de gözetilerek bilirkişilerden bu konuda alınacak rapora göre hüküm kurulması gereğine işaret eden Yargıtay, geçersiz sözleşmeye itibar edilerek mahkemenin hüküm tesis

Sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığı noktasında toplanan bir başka davada¹⁶³ Yargıtay, hem müspet zarara hem de menfi zarara açıklık getirmekte ve iki ihale yapmak durumunda kalan idarenin zararına dair hüküm ortaya koymaktadır. Yargıtay, davalının taahhüdünde bulunan malları, ikinci muayene raporunda belirtildiği gibi süreli ihtarla rağmen teslim etmediği için sözleşmenin feshine neden olduğu, feshin de bu nedenle haklı bulunduğu bu davada sabit kabul edilmesi gereğine işaret etmiş; ayrıca mahkemenin bilirkişi¹⁶⁴ raporunu benimseyerek feshin haksız olduğunu kabul etmesini, usul ve kanuna, taraflar arasındaki sözleşme ve eki şartname hükümlerine aykırı bulmuştur. Feshi haklı bulan Yargıtay, davacının isteyebileceği zararın kapsamı ve niteliği üzerinde de durulmasının gereğine vurgu yaparak şu mülahazalarda bulunmuştur:

“2886 sayılı Devlet İhale Yasasının 62’nci maddesi, borçlu olan müteahhit veya müşterinin temerrüdü hâlinde BK’nin 106’ncı maddesinde olduğu gibi alacaklıya, ifa ile birlikte geciken ifa dolayısıyla zararı veya ifadan derhal vazgeçip müspet zararını veyahut sözleşmeyi fesih edip menfi zararını isteme konusunda seçimlik haklar tanımamış, aksine yalnız sözleşmeyi fesih hakkı vermiş, ancak fesih hâlinde istenebilecek zararın niteliği, kapsamı ve koşulları üzerinde durmamış hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini açıklamakla

etmesini doğru görmemiş ve kararı bozmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.02.1992, E.1991/3392, K.1992/708.

¹⁶³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.05.1993, 1993/2905 E., 1993/4544 K. Söz konusu davada: *Davacı İdare*; davalı satıcının taahhüdünde bulunan 25.000 kg. kuru fasulye, 10.000 kg. yeşil mercimeği süresinde evsafına uygun olarak teslim etmeyerek sözleşmenin feshine neden olduğunu, bu defa dava dışı Suat’dan alınan kuru fasulye ve yeşil mercimek nedeniyle fazla ödeme yapmak zorunda kaldığını beyanla, oluşan Hazine zararı 18.977.469 TL’nin davalıdan reeskont faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir. *Davalı*; teslim edilen malların muayene komisyonları tarafından sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak muayene edilmediğini, bu nedenlerle malların reddinin ve sözleşmenin feshinin haksız olduğunu, müspet zarar istenemeyeceğini, istemin de fahiş olduğunu beyanla davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. *Mahkemece*; davalının teslim ettiği malların muayene komisyonları tarafından reddinin ve sözleşmenin feshinin haksız olduğu, davacının bu durumda müspet zarar isteyemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

¹⁶⁴ Yargıtay’ın bilirkişinin seçimi konusunda hassas olunması gereğine işaret eden bir kararında bilirkişi şu şekilde tanımlanmış ve açıklanmıştır: *“Bilirkişi, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulmuş kişidir. Mahkemece bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına gerek görülür durumlarda, bilirkişinin ihtiyaç duyulan özel ve teknik konuda uzman olmasına özen gösterilmelidir. Bilirkişi, maddi vakıalar hakkında görüşünü bildirebilir, delilleri takdir yetkisi yoktur, hukuki sorunlar hakkında da kanaatini açıklayamaz. Hâkim, bilirkişi raporunu yetersiz görmesi halinde, HUMK’nin 283’üncü maddesi gereğince, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilir.”* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 26.02.2008, E.2008/71, K.2008/1208. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24.10.1991, E.1991/1695, K.1991/5031.

yetinmiştir. Taraflar arasındaki davaya konu sözleşmenin 11'inci, şartnamenin 24'üncü maddesiyle de bu yasa hükmüne uygun düzenleme yapılmış ayrık bir hükme yer verilmiştir. Öyle ise yasanın ve sözleşme ile eki şartnamenin yaptığı bu yollamalar nedeniyle olayda sözleşme sorumluluğunu düzenleyen BK'nin 106-108'inci madde hükümlerinin uygulanması gerektiğinde duraksamamalıdır. Sözleşme sorumluluğunda ise zarar, müspet ve menfi zarar ayırımına tabi tutulmuş olup açıklanmasında yarar vardır:

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 sözleşmesinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi hâlinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararın tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı 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 yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareketi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar.

Davacı İdare, davalının sözleşme ile yüklendiği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için dava dışı kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı, yani müspet zararını bu davada istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre, hükümsüz olan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan bu zararını isteyemez. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilecektir. Değişik bir anlatımla davacı, sözleşmeye konu malı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapacağı varsayılan ödeme ile

sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını bu davada isteyebilecektir.”¹⁶⁵

İdare; alıma ilişkin yüklenici ile girdiği sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin yürütülmesi ve/veya sözleşme konusu işin tamamlanması hususunda güvene dayanmaktadır. Uygulamada da görüldüğü üzere idare, ihale ile alımı gerçekleştireceği yükleniciyi belirledikten sonra, yüklenicinin işi tamamlamadan sözleşmenin feshine gidilmesi sonucunda, idarenin yeni bir ihale ile yeni bir yüklenici arayışına girerek zaman kaybı yaşamasına ve maddi zarar görmesine neden olmaktadır. Bu noktada menfi ve müspet zararların hukuken ayrışması ve yorumlanması önem kazanmaktadır. İki ihale arasında görülen farktan kaynaklanan ihtilaflara ilişkin olarak meydana gelen zararların tazminine dair yukarıda yer verilen kararın dışında Yargıtay’ın başka kararları da mevcuttur.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Benzer davalar için bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24.05.2004, E.2004/1210, K.2004/2834; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 19.04.2004, E.2003/5541, K.2004/2201; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.11.2003, E.2003/1996, K.2003/5202; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 02.10.2003, E.2003/6237, K.2003/11099.

¹⁶⁶ Yargıtay bir başka kararında; ilk ihalede, davalı yüklenicinin teklifine en yakın teklifte bulunan diğer katılanın önerdiği miktar ile ikinci ihalede üstlenilen miktar arasındaki farkın ve yapılan masrafların davacı iş sahibinin (İdare) olumsuz zararını oluşturacağını belirttiikten sonra, sözleşmede veya eki şartnamelerde, fesih halinde iş sahibinin her türlü zarar ve ziyanı ile iki ihale arasındaki farkı isteyebileceğine dair hüküm bulunmadığından bu durumda, olumsuz zarara hükmedilmesi gerekirken, salt iki ihale arasındaki farka hükmedilmesini doğru bulmamıştır. Somut olayda, Davacı iş sahibi (İçişleri Bakanlığı) vekili; jandarmanın ihtiyacı olan polyesten astarın temini işini üstlenen davalı firmanın, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilip, işin başka yüklenicilere ihale edildiğini ileri sürerek, iki ihale arasındaki 52.379.200 lira fark ile 211.350 lira ilan bedeli ki, cem’an 52.590.550 lira alacağın ilk ihale tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Yargıtay söz konusu davada şu gerekçelere dayanarak oybirliği ile bozma kararı vermiştir: “İdare, ancak BK’nin genel, hükümlerinden olan 108. madde gereğince olumsuz zararını (negative interesse) talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlayabileceğimiz olumsuz zararın içine, sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile, daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zarar girer. Somut olayda; ilk ihalede, davalı yüklenicinin teklifine en yakın teklifte bulunan diğer katılanın önerdiği miktar iş sahibinin kaçırdığı fırsat ile ikinci ihalede üstlenilen miktar iş sahibinin ödemek zorunda kaldığı bedel) arasındaki fark ve yapılan masraflar, davacı iş sahibinin (İdare) olumsuz zararını teşkil eder. Öte yandan, sözleşmede veya eki şartnamelerde fesih halinde iş sahibinin her türlü zarar ve ziyanı ile iki ihale arasındaki farkı talep edebileceğine dair herhangi bir hüküm yer almamıştır. Bu durumda, mahkemece açıklanan şekli hesap edilecek olumsuz zarara hükmedilmesi gerekirken, salt iki ihale arasındaki farka hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir (YHGK’nin 17.1.1990 tarih ve 13/392-1 sayılı kararı).

Borçlar Kanununun 101/1 maddesi uyarınca, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. Somut olayda, davacı İdarenin, bu olumsuz zarar ile ilgili alacağının kendisine ödenmesi yolunda; davalı yükleniciye, davadan önce gönderdiği bir temerrüt ihtarı

Menfi zararın tespiti yapılırken menfi zarar kapsamında; ilk ihalede yükleniciden başka teklif veren varsa, bu isteklinin teklifiyle fesihten sonra kabul edilebilir makul bir sürede yapılan ikinci ihalede oluşan fiyat arasındaki fark esas alınır, ayrıca ikinci ihalenin yapılmasına ilişkin masraflar (ilan, posta vb. giderler) istenebilir.¹⁶⁷ Bu formülasyonu örnekle açıklamak gerekirse; ilk ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif (aynı zamanda sözleşme bedeli) 100.000,00 TL, ikinci teklif 110.000,00 TL ve ikinci ihalede oluşan sözleşme bedeli 130.000,00 TL ise bu durumda menfi zarar 20.000,00 TL (130.000,00-110.000,00) ile ikinci ihalede idarenin yapmış olduğu giderlerinin toplamından ibarettir.¹⁶⁸ Bu örnekteki durum,

bulunmadığına göre, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi yerine ilk ihale tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de aynı şekilde usul ve yasaya aykırı olup, ayrıca bozma nedenidir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.09.1995, E.1995/4410, K.1995/4735; Benzer kararlar için bkz. “...burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Uygulamada kaçırılan fırsatın tazmini şeklinde adlandırılan bu çeşit davalarda var ise, davalı ile sözleşme yapılmadan önce davacıya en yakın teklifte bulunan kimse ile -şayet böyle bir teklif yoksa, bilirkişinin bulacağı sözleşme tarihindeki muhtemel teklif fiyatı ile- sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sonucu, teklif fiyatı ve haklı fesihten sonra yapılan sözleşme fiyatı arasındaki fark menfi zararı oluşturur.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 14.10.2002, E.2002/3327, K.2002/4594; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 05.10.1995, E.1995/2992, K.1995/5285; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 23.10.1998, E.1998/7612, K.1998/7992; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 02.10.2003, E.2003/6237, K.2003/11099; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.03.2006, E.2005/717, K.2006/3056.

¹⁶⁷ Yargıtay bir kararında özetle; akdi, tek taraflı olarak haklı nedenle fesheden davacı idare, BK'nin 108'inci maddesine dayanarak menfi zararını isteyebileceğine ve başka bir sözleşme fırsatının kaçırılmasından doğan zarar, sözleşme giderleri, sözleşme ifası ile karşı edanın kabulü giderleri, dava masrafların menfi zarar kapsamında değerlendirileceğine dair hüküm tesis etmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24.05.2004, E.2004/1210, K.2004/2834. Yükleniciden kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin feshi halinde, gelir kaydedilen kesin teminatın yüklenicinin borcundan mahsup edilemeyeceği 4735 sayılı Kanunun 22'nci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.01.1990 tarih ve E1989/13-392, K.1990/1 sayılı kararında; cezai şart niteliğinde bulunan kesin teminatın sözleşmede ve yasada aksi yönde bir hüküm bulunmadığı sürece BK'nin 159'uncu maddesine (TBK m.180) göre tazminat alacağından indirileceği, ancak 2886 sayılı Kanunun 62'nci maddesinin son bendinde açıkça gelir kaydedilen kesin teminatın müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilmeyeceğinin kabul edildiği (aynı hüküm 4735 sayılı Kanunda da mevcuttur), borç kavramının bir sözleşme ilişkisinden yüklenilen edimlerle sınırlı olmadığı, bu edimlerin yerine getirilmemesinden veya sözleşme dışı haksız eylemden doğan tazminat alacağının da borç kavramı içinde olduğu, bu nedenle de gelir kaydedilen teminatın menfi zarardan indirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Ateş, **a.g.e.**, s.540.

¹⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.01.1990 tarih ve E1989/13-392, K.1990/1 sayılı kararında, somut olaydaki rakamlarla müspet zararın ne olduğunu da tespit etmiştir. Yukarıdaki örnekten yola çıkarak ve Yargıtay'ın müspet zarar olarak belirlediği tutar; ilk ihaledeki yüklenicinin teklifi olan 100.000,00 TL ile ikinci ihalede oluşan 130.000,00 TL bedel arasındaki fark olan 30.000,00 TL ile yapılacak giderlerden oluşacaktır. Aynı kararda Yargıtay; ilk ihalede yükleniciden başka ihaleye katılan olmaması durumunda da açıklık getirmekte ve sözleşme konusu malın her zaman ve her yerde temin edilebilen bir mal olduğundan ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı, bu nedenle de menfi zararın oluşmayacağı görüşünü kabul etmemektedir. Bundan dolayı, ilk ihalede yüklenicinin teklifi dışında geçerli teklif olmaması halinde bilirkişiler aracılığıyla ihale tarihinde sözleşme konusu için fiyatı tespit edilerek menfi zarar hesap edilecektir. Ateş, **a.g.e.**, s.539-540.

yüklenicinin kusurundan kaynaklı olup sözleşmenin yerine getirilmemesi ile ilgilidir. İdare, ilk sözleşmeyi haklı nedenlere dayanarak feshederek, ihtiyacı olan alımı ikinci kez ihale yapmak zorunda kaldığında, arada oluşan farktan doğan menfi zararının tazminini bu sayede sağlayabilecektir. Sözleşmenin uygulanmasına başlanılmış ve sözleşme konusu işin ifasında bir mesafe alınmış olması hâlinde, idarenin menfi zararının belirlenmesinde yukarıdakinden farklı bir uygulama söz konusu olacaktır. Sözleşme konusu işin belli bir aşamaya geldiğinde feshedilmesi halinde ise menfi zarar kalan iş miktarı göz önüne alınarak belirlenecektir. Bu aşamada konunun mahkemeye intikal ettirilmesi ve tespitin mahkemece yapılması gerekmektedir.

Fesih hakkı, gerek idare gerekse yüklenici hakkında kullanılmış olsun hukuki sonuç değişmez ve sözleşme son bulur. Sözleşmenin feshine sebep olan taraf, sözleşmeyi haklı olarak fesheden tarafın menfi zararlarını ve sözleşmede kararlaştırılmış cezayı TBK'nin 179'uncu maddesi (BK m.158) birinci fıkrası hükmü gereğince ödemekle yükümlüdür.

Yüklenici, uhdesine aldığı sözleşme konusu işleri, kabul eden ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenen kişidir. Bu nedenle; sorumluluk bilinci, işin gereklerine uygun hareket etme kabiliyeti, işe her yönüyle hâkim olması ve işi bilmesi yüklenicide aranan hasletlerdir. Dolayısıyla yüklenicinin, kendinden beklenen basireti göstermesi ve sözleşmenin feshini gerektirecek durumlardan kaçınması gerekmektedir.¹⁶⁹ Diğer taraftan, idarenin sözleşmeyi feshetme yetkisini kullanabilmesi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir. Yüklenicinin

¹⁶⁹ YİĞŞ'nin 14'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında bu hususa ilişkin olarak şu düzenleme yapılmıştır: "Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim edilmiş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özellikle bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabılır) idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur."

kusuru olmasa da, idarenin fesih yetkisi vardır.¹⁷⁰ Ancak, yüklenicinin sözleşmeye aykırı hareket etmiş olması gerekir. Yüklenicinin, sözleşmeye uygun şekilde işe başlamasına veya devam etmesine, kendi iradesi dışındaki ve önceden görülmeyen olaylar engel teşkil ederse ve bunlar mücbir sebep niteliği taşırsa, idare gecikme sebebiyle fesih hakkını kullanamaz. Buna karşılık, yüklenici yeterli bir süre uzatımı talebinde bulunabilir.¹⁷¹

8. Gecikme Cezası Uygulanması

Gecikme cezası, yapım ve mal alımı tip sözleşmelerinde sözleşmenin feshi ile birlikte düzenlenmiştir.¹⁷² Süre uzatımından ve sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışlarından kaynaklanan hâller hariç, iş zamanında bitirilmediği/mal teslim edilmediği takdirde geçen her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden belirlenen oranda gecikme cezası kesilecektir.¹⁷³ Söz konusu gecikme cezası yükleniciye ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın ödemelerden kesilebilecek, cezanın ödemelerden karşılanamaması hâlinde ise, yükleniciden ayrıca tahsil edilecektir. Ayrıca gecikme ihtarının yükleniciye tebliğinden itibaren en az on günü geçtiği takdirde idare, sözleşmeyi feshetmelidir. Uygulamada idarelerin bu süre bitiminde sözleşmeyi feshetmeyi ihmal edip geciktirdiği ve gecikme cezasını ihtar süresinin üzerinde belirleme eğilimi içinde olduğu görülmektedir. Bununla birlikte idareler, sözleşmenin feshi gereken hâllerde on günle sınırlı gecikme cezasını, fesih tarihini esas alarak yorumlamakta ve bu süreye göre idari para cezasını yükleniciye ödetme hatasına düşmektedir.

İdarenin 51 gün üzerinden verdiği gecikme tazminatına ve bunu kabul eden mahkeme kararına dair ihtilafı değerlendiren Yargıtay'ın gecikme cezasına ilişkin içtihadı önemlidir. Söz konusu kararda Yargıtay şu hükme varmıştır: “...*tarafklar arasında kararlaştırılmış olan sözleşmede, normal teslim süresinin bitmesiyle davacı*

¹⁷⁰ Sözleşmenin hiçbir sebep gösterilmeden idare tarafından feshedilmesi TBK 484'üncü maddesi (BK m.369) anlamında bir fesih olup, yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşulu söz konusudur.

¹⁷¹ Uyanık, **a.g.e.**, s.122.

¹⁷² Kamu alım mevzuatı, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme'nin 25'inci madde *Gecikme halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi* başlığı altında; Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin 34'üncü maddesi *Gecikme Halinde Uygulanacak Cezalar ve Kesintiler ile Sözleşmenin Feshi* başlığı altında gerekli düzenlemeleri yapmıştır.

¹⁷³ İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarının, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmeyeceği hususu sözleşmede belirtilmek zorundadır.

idarenin hemen fesih ihtarında bulunamayacağı, bunun için 20 gün bekleyeceği buna karşılık davalı yüklenicinin de geçen her gün için iş bedelinin binde beşi oranında ceza ödeyeceği kabul edilmiştir. 4735 sayılı yasaya tabi idareler kamu hizmeti ifa ederler. İhale işlemleri de bu hizmetin gereklerindedir. İhale ve mal teslimi işlemlerinin gecikmesi, hizmetin aksamasına, gecikmesine ve dolayısıyla kamunun bundan zarar görmesine neden olur. Bu yüzden bu tür sözleşmelerdeki ceza koşulu nitelendirilirken, idarelerin açıklanan özelliği gözden uzak tutulmamalıdır. ... taraflar arasında kararlaştırılan cezanın, 4735 sayılı yasanın amacına uygun bir kararlaştırma olduğunun, olayda Borçlar Kanunu'nun seçimlik ceza ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanma yeri olmadığı kabulü gerekir. O hâlde davacının, sözleşme ve şartnamede kararlaştırılan gecikme tazminatını isteme hakkı vardır. Mahkemenin kabulü de bu yönde olmakla birlikte, az yukarda değinilen sözleşme ve şartname hükümleri gereğince davacının gecikme tazminatı ile ilgili isteminin 20 günle sınırlı olmak üzere kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde 51 gün üzerinden gecikme tazminatına hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”¹⁷⁴

Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 20.12.2011 tarih ve 34100 tutanak no'lu kararında; idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmeye ilişkin olarak gecikme cezasının süresine ilişkin tereddüdü/ihtilafı değerlendirmiş ve şu sonuca ulaşmıştır: “Söz konusu için süresi 210 gün, işe başlama tarihi 02.05.2005, iş bitim tarihi de 27.11.2005 olarak belirlenmiştir. Yüklenici işi 26.12.2005 tarihinde bitirdiğine göre 29 gün için ceza hesaplanması gerekmektedir. ...sözleşmenin 10'uncu maddesinde de belirtildiği üzere sürenin bitiminden itibaren her geçen takvim günü için ceza kesileceği belirtildiğine göre tespit yapıldığı gün için de gecikme cezası kesilmesi gerekmektedir.”

9. Öngörülemezlik, Sözleşmede Değişen Koşullar ve Sözleşmenin Uyarlanması

¹⁷⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.10.2006, E.2006/8713, K.2006/13605. Bu görüş; Daireye ait aynı yöndeki 22.2.2000 tarihli ve E.2000/983, K.2000/1442 sayılı karar ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2001/13-289, K.2001/299 sayılı 28.3.2001 tarihli kararında da benimsenmiştir.

Yukarıda değinilen ihtilaf alanlarının, bir ölçüde *öngörülemezlik* ve *sözleşmede değişen koşullar* durumu ile doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunmaktadır. Taraflar arasında sözleşmenin kurulması anında tahmin edilmesi ve/veya öngörülmesi mümkün olmayan durumlar, sözleşmenin uygulanması safhasında ortaya çıkarak, ilave işe, işin eksilmesine, ek maliyete, işin süresine, fiyat farkına ihtiyaç gösteren ihtilafların doğmasına neden olmakta ve sözleşmede tadile gidilerek sözleşmenin uyarlanmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁷⁵

Kuruluş aşamasında taraflarca kararlaştırılan sözleşmenin ifa borcu yerine getirilirken zamanla zorlaşması olağan bir durumdur. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan gelişmeler karşısında, sözleşmede kararlaştırılan hüküm anlamını yitirmiş, edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmuş veya ifa, taraflardan biri için katlanılamaz hâle gelmiş olabilir. Bu durumlarda, sözleşmenin dayandığı temel hüküm(ler), sözleşmenin kararlaştırılması anındaki anlamından ve yararından uzaklaşabilir.¹⁷⁶ Böylelikle, edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisi, şartların değişmesi sonucunda sonradan bozulabilir.¹⁷⁷

Sözleşme hukukunda egemen olan ve Türk hukukunda da kabul edilen kural, *sözleşmeye bağlılık* kuralıdır. *Pacta sunt servanda/ahde vefa* adı ile anılan bu kurala göre sözleşme hükümleri, her ne olursa olsun yerine getirilmesi gereken bir

¹⁷⁵ Yargıtay'ın sonuca bağladığı bir uyarılma davasında yaptığı değerlendirmeler bu tespiti doğrulamaktadır: "*Taraflar arasında 12.12.2002 tarihli hastane genel temizlik sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmenin 3. maddesine göre "...Ancak 506 sayılı SSK Kanununa göre, alınacak pirim ve verilecek ödenekler ile bağlanacak gelir ve aylıkların hesaplanmasında esas alınacak gösterge tablolarının değiştirilmesi nedeni ile prime esas aylık alt sınırının artması halinde işverence karşılanması gereken prim farklarının 28.11.1990 tarih ve 90/1216 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 1/C maddesi uyarınca ödenmesi mümkün değildir"* hükmü getirilmiştir. Ancak 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılacak olan hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esasların 8. maddesi "*İhale konusu hizmetin gerçekleştirilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı SSK tabi personelin, sayısı ve günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla, asgari ücret tespit komisyonlarınca, ihale (son teklif verme) tarihinde tarım dışında ve 16 yaşından büyük işçiler için belirlenmiş olan asgari ücretin artırılması halinde, eski ve yeni asgari ücretler arasındaki fark; ayrıca bu farktan doğan ve işverence karşılanması gereken sosyal sigorta primleri alt sınır artışından kaynaklanan fark ve bu faklara ait işsizlik ödeneği, bu esasların 7. maddesi uygulanmaksızın yükleniciye ödenir"* demek sureti ile hak tanınmıştır. Davacıda Nisan 2003-Aralık 2003 tarihlerinde yapılan kesintileri istediğine göre davacının isteği Kamu İhale Kanununa göre yapılacak olan hizmet alımlarına ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esasların kapsadığı döneme ait olup davacının bu düzenlemeden yararlandırılması gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 19.10.2005, E.2005/8941, K.2005/15537.

¹⁷⁶ Baysal, **a.g.e.**, s.116-117.

¹⁷⁷ Topuz, **a.g.e.**, s.52.

vecibedir. Şartlar taraflardan biri, özellikle borçlu için sonradan ağırlaşmış olsa bile, bu kimse borcunu yerine getirmelidir.¹⁷⁸ Şu da var ki, bu kuralın tam olarak uygulanması bazı durumlarda hakkaniyet kurallarına ve adalet duygularına ters düşen sonuçlar doğurabilir. Bir başka anlatımla, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların birtakım faktörlere (ekonomik, politik, toplumsal vb.) bağlı olarak değişmesi durumunda, edimlerin aynen ifa edilmesi talep edilirse, sözleşmeye bağlılık ilkesi ve onun fonksiyonu olan işlem güvenliği ilkesi, işlem güvenliğini sağlamak yerine, deyim yerinde ise, haksız bir durumun güvenliğini sağlama fonksiyonu icra edebilir.¹⁷⁹

Taraflar karşılıklı çıkarlarını sözleşme aracılığıyla düzenleyerek kayıt altına alırlar ve sözleşme hükümlerine sadık kalmak üzere bir yükümlülük altına girerler. Fakat, bir süre sonra önceden göröl(e)meyen ve/veya öngörülemez nedenlerle

¹⁷⁸ Yargıtay'ın da uygulamada bu kurala genel olarak sadık kaldığı görülmektedir: “Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte, sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri Dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız durum, tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.2003, E.2003/13-599, K.2003/599.; “Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.05.2003, E.2003/13-332, K.2003/340. Benzer bir karar için bkz.: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 09.06.2005, E.2005/1874, K.2005/9749. Yargıtay'ın içtihatlarında, öngörülemezlik konusunda hangi ölçünün kıstas alındığı esas itibarıyla muğlaktır. Ancak, bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.05.2003 tarih ve E.2003/13-332, K.2003/340 sayılı içtihadı, Yargıtay'ın görüşünü kısmen ortaya koymaktadır. Söz konusu kararda Yargıtay, Türk Ticaret Kanunu'nun 18/I ve 20/II madde hükümlerinden hareketle, her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gereğine işaret ederek, objektif bir özen ölçüsü getirmektedir. Ayrıca aynı kararda öngörülemezlik konusunda, “aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacir”in kıstas alınabileceğini ortaya koymaktadır. Bu itibarla, öngörülemezliğin belirlenmesinde, tacirler bakımından objektif ölçünün Yargıtay tarafından kabul edildiği söylenebilir. Topuz, **a.g.e.**, s.265-266. Yargıtay Türk hukukunda uyarlamaya ve imkânsızlığa ilişkin verdiği kararlarda, ortaya çıkan değişikliğin önceden görülemezliğini değerlendirirken, soyut bir değerlendirme yapmaktadır. Yargıtay sözleşmenin uyarlanmasını isteyen tarafın tacir olması durumunda *basiretli bir tacir gibi davranma yükümünü* dikkate almaktadır. Buna karşılık, bu kişinin sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıkan kişisel nedenlerini göz önünde bulundurmamaktadır. Bir tacirin uyarlama talep etmesi durumunda, herhangi bir tacirin basiretli davranma yükümü dolayısıyla nasıl davranacağı değil, uyarlama talep eden tacirin özelliklerini, bilgisini taşıyan makul ve gerekli özeni göstermiş bir tacirin nasıl davranacağı önemlidir. Baysal, **a.g.e.**, s.185-186. Burada, yüklenicinin basiretli tacir statüsü, idareye güven ilkesi ile birlikte ele alınmalıdır. Eğer emredici hukuk kurallarına aykırılık varsa sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünden söz edilmelidir. Sancakdar, **a.g.e.**, s.20. Dolayısıyla, Yargıtay uygulamasının aksine, sözleşme taraflarından birinin tacir olması, sözleşmelerin uyarlanmasının reddi için tek başına yeterli bir ölçüt olarak kabul edilemez. Tarafların sosyal statüsü, eğitimi, mesleki kapasitesi gibi unsurlar da öngörülemezlik değerlendirmesinde belirleyici olması gerekir. Özellikle kamu alımlarında, ihaleye katılan isteklilerin ihaleyi kazanabilmek psikolojisiyle basiretten uzaklaştıkları, ölçsüz ve hesapsız teklif verdikleri uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

¹⁷⁹ Topuz, **a.g.e.**, s.65.

şartların olağanüstü değişmesi yönünden, taraflardan birinin (borçlunun) durumu katlanılamayacak ölçüde ağırlaşabilir ve bununla da sözleşme ile kurulmuş olan denge bir taraf aleyhine büyük ölçüde bozulmuş olabilir. Sözleşmedeki dengeyi bozan olağanüstü durumlara harp, ekonomik krizler, para değerinin düşürülmesi, aşırı enflasyon örnek gösterilebilir.¹⁸⁰

Sözleşmeye bağlılık ilkesinin gereği, her türlü hâl ve şartta sözleşmenin içeriğine uymaktır. Bu durumda, sözleşmeye bağlılık ilkesinin geçerlilik ve uygulama alanı, sözleşmenin içeriği ile sınırlıdır. Diğer taraftan, sözleşmede bir boşluk alanı varsa, sözleşmeye bağlılık ilkesinden bahsedilemez. Sözleşmede boşluk görülmesi hâlinde sözleşmeye müdahale edilmesi, sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulama ve geçerlilik alanı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeye yapılan müdahale, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi, buna bağlı olarak, hukuk düzeni ile de herhangi bir çatışma yaşanmasına neden olmamaktadır.¹⁸¹

Türk hukukunda ve uyarılmanın kabul edildiği diğer hukuklarda, sözleşmenin uyarlanmasının söz konusu olması için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumun taraflarca sözleşmenin kurulması anında önceden görülemeyen bir durum olması gerekir. Bununla birlikte, öngörülemez bir durumun

¹⁸⁰ M. Enis Sarıal, “Beklenmeyen Halin sözleşmeye Etkisi”, **Yargı Dergisi**, Sayı: 47, 1980, s. 24. Önceden görülemez olay için genelde olağanüstü nitelikte bir olaydan bahsedilir ve öğretide öngörülemezlik ve olağanüstü nitelikte olay birlikte değerlendirilir. Fransız *emprevizyon* kuramında öngörülemez olayın olağanüstü bir olay olması gerekmektedir. Hatta olay, o denli olağanüstü nitelikte olmalıdır ki, aşırı ifa güçlüğüne değil de, imkânsızlığa yol açan mücbir sebep kapsamında ele alınabilsin. Baysal, **a.g.e.**, s.161. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da BK 117’nci madde (TBK m.136) hükmüne dayanarak hüküm verdiği bir kararında; “*mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için önceden tahmin edilmemiş bulunması, borçluya kabili isnat olmaması, önlenemeyen, giderilemeyen, yenilenemeyen bir nitelik taşıması ve borcun ifasını imkânsız hale getirmesi gerekir.*” dayanak hükmünden bahisle somut olayda, “*mücbir sebebin en mühim unsuru olan ifanın imkânsız hale gelmiş bulunması da olayda düşünülemez*” demek suretiyle Yargıtay hüküm tesis etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.10.1980, E.1980/11-773, K.1980/2310. Öngörülemezliğin konusu, esas itibarıyla şartların sonradan değişmesidir. Öngörülemezliğin konusu sadece şartların değişmesi değildir, gerçekleşen sözleşme riski de önemlidir. Şartların değişmesinin öngörülmesi, gerçekleşen sözleşme riskinin de öngörülebildiği sonucunu her zaman doğurmaz. Örneğin, savaşın kaçınılmaz olduğu kesinlik göstermesine rağmen, bu savaşın tüm etkilerinin tamamıyla öngörülmesi mümkün değildir. Topuz, **a.g.e.**, s.260-261. Yargıtay’ın yaklaşımı ve yerleşik içtihadı da bu yöndedir. “*...Değişen hâl ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir (tahmin edilebilir) veya beklenilebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin kapsam ve biçim bakımından bu derecede tahmin edilmemelidir.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.10.1997, E.1997/13-493, K.1997/764.

¹⁸¹ Topuz, **a.g.e.**, s.68.

kapsamını belirlemek oldukça zordur: Farklı algılara müsait, şematik çözümlenmeye uymayan, kişiye göre değişen, öznel bir kapsamı vardır. Her somut olayın ve taraflar arasındaki ilişkinin özelliklerinin mutlaka dikkate alınması gerekir.¹⁸² Bununla birlikte, İsviçre özel hukuk sisteminde olduğu gibi Türk özel hukuk sisteminde de, sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesine bağlı olarak gerçekleşen edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesine imkân veren *genel nitelikte* bir düzenleme

¹⁸² Önceden görülemezliğin değerlendirilmesinde sözleşmenin kuruluşu anından önceki dönemdeki gelişmeler de önemlidir. Sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde uzunca bir süre, sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan durum değişikliği yaşanmamışsa, bu önceden görülemezlik açısından önemli olabilir. Örneğin, sözleşmenin kuruluşundan önceki son yirmi yılda kömür fiyatları oldukça durgun iken sözleşmenin kuruluşundan sonra fiyatların bir anda yükselmesi halinde bu değişikliğin öngörülemez olduğuna karar verilebilir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması anındaki konjonktürel durum da dikkate alınmalıdır. Baysal, **a.g.e.**, s.169-180. Yargıtay'ın hemen yukarıda ele alınan ve oyçokluğuyla hüküm kurulan içtihat kararında, geçmiş döneme ilişkin gelişmelere dikkat edilmediği karşı oy gerekçesinden anlaşılmaktadır. Somut olaya ilişkin olarak YHGK; davacının devalüasyon olabileceğini bilemeyeceği, bu hususun müdebbir tacirden beklenemeyeceği görüşünü dayanaksız bularak, ifanın davacının ticari faaliyetinin mahfına neden olabileceğinin de söz konusu olmadığını belirtmiş ve taahhüdün ifa olunduğu gerekçesiyle, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı görmüş, direnme kararını bu çerçevede bozmuştur. Karşı oyla karara katılmayan karşı görüşün gerekçesinde şu ifadeler yer verilmektedir: *“Her ne kadar, gerek özel daire kararında ve gerekse bu kararı benimseyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında tacir olan davacının davalı işletmeye karşı taahhüde girmeden daha önce TTK'nin 20/f-2 gereğince müdebbir bir tacir gibi hareket ederek gerekli tedbirleri alması gereğine ve icap eden malzemeyi temin etmesi icap ettiğine değinilerek sık sık yapılan devalüasyonların memleketimiz hukuku bakımından (önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığına) işaret edilmiş ise de, dava konusu olayda söz konusu olan 10 Ağustos 1970 tarihli devalüasyon kararı ile Türk Lirası'nın yabancı paralara ve özellikle Amerikan Doları'na karşı değerinin % 66 nispetinde düşürülmüş olması halini, asla TTK'nin 20/f-2'de yer alan basiretli bir iş adamı gibi hareket etme ilkesi ile çözümlenmeye imkân yoktur. Basiret ancak, normal piyasa şartlarının devam ettiği sürece söz konusu olur. son derece bir gizlilik içerisinde ne zaman ne miktar ve ne şekilde alınacağı bilinmeyen bir devalüasyon kararını basiretli iş adamı ile telif etmeye elbette imkân yoktur. Bilindiği üzere basiret ancak, normal piyasa şartlarının devam ettiği süre içinde söz konusu olur. Son derece bir gizlilik içerisinde ne zaman ne miktar ve ne şekilde alınacağı bilinmeyen bir devalüasyon kararını basiretli iş adamı ilkesi ile telif etmeye elbette imkân yoktur. Bilindiği üzere, 4 Ağustos 1958 tarihinden 10 Ağustos 1970 tarihine kadar aradan geçen 12 sene içerisinde Türkiye'de hiçbir suretle Türk Lirası'nın değerine dokunulmamış ve diğer bir deyişle, devalüasyon kararı alınmamıştır. Dava konusu olay, bu uzun süreden sonra bir kalemde, Türk Lirası'nın Dolar'a nazaran-değerinin % 66 nispetinde düşürülmesi yani 100 kuruşun satın alma gücünün 34 kuruşa indirilmesinden doğmuş bulunmaktadır. Bu şekilde uzun bir süreden sonra alınan ve para değerini % 66 nispetinde düşüren bir devalüasyon kararını basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesi ile bağdaştırmaya aklın ve mantığın imkân yoktur. Şayet davada, son bir kaç yıldır zaman-zaman uygulanan ve her defasında % 2-3 civarında ancak dolaşın bir devalüasyon kararı söz konusu olsa idi, o zaman bizim için de bu yönden ekseriyet kararına hak vermek elbette mümkün olurdu... Fakat bilindiği gibi, her dava, o olayın vuku bulduğu tarihteki hâl ve şartlara göre, bağlanmak zorunluluğundadır.”* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.2003, E.2003/13-599, K.2003/599. Bu davada bu yaklaşıma üstünlük tanınması hakkaniyete ve adalete daha uygun düşecekken, tacir olan davacının “müdebbir bir tacir” olarak TTK'nin 20/2 maddesi gereğince siparişi kabul edince gerekli tedbirleri alması *“ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi”* gerekeceği savı, yerinde ve adil bir sonuç doğurmamıştır. Yargıtay'ın bu davadaki yaklaşımı, Fransız Yargıtayı kadar katı olmasa da yakın bir tutumdur.

bulunmamaktadır.¹⁸³ Ayrıca, Türk-İsviçre hukukunda, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü, Alman hukukundaki kullanımından farklı olarak, belli bir olay grubunu ifade etmek amacıyla kullanılan yerleşik bir deyim değildir. Bunun yerine, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini karşılamak üzere *sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması* veya *clausula rebus sic stantibus* kavramları tercih edilmektedir.¹⁸⁴

Sözleşmede değişen koşullar denildiğinde, sözleşmenin durumunda meydana gelen değişikliğin en önemli özelliği, bu değişikliğin önceden görülemez olmasıdır. Durum değişikliğinin bir başka önemli özelliği de, bu değişikliğin ortaya çıkmasında mağdur olduğunu iddia eden tarafın payının bulunmaması, bu değişikliğin iddia sahibi tarafa isnat edilememesidir. Bu özelliklere ilave olarak, bu değişikliklerin, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekmektedir. Zira, sözleşmenin kurulması anında var olan bir dengesizliğe, sözleşmenin kurulmasından sonra *işlem temelinin çökmesi* iddiası ile dayanılmaz. Örneğin, bir yüklenici sözleşmenin kurulmasından sonra, bina inşaatının temelinin atılması sırasında hesaba katılmayan ve/veya öngörülemeyen büyük kayaların, inşa zemininde ortaya çıkması hâlinde, sözleşmenin uyarlanmasını isteyemez. Çünkü bu kaya kütleleri sözleşmenin kurulması anında da mevcuttur, ancak ifa sürecinde fark edilmiştir. Dolayısıyla bu

¹⁸³ Şartların sonradan değişmesi durumunda edimler arasındaki denge ilişkisinin tekrar sağlanması için sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını ifade etmek üzere *clausula rebus sic stantibus* ilkesinden bahsedilmekte ise de, bu deyim bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmemektedir. Topuz, **a.g.e.**, s.53. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: “*Hukukumuzda önceden görülemeyen değişikliklerin borçlunun borcunu yerine getirmesini olağanüstü güçleştirilmesi karşısında sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi hakkında genel bir hüküm yoktur. Yalnızca bazı sözleşmelere ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir (Örneğin BK. md. 82, 264, 282, 286, 344, 365/2, 517/1, 535/7- Sırasıyla TBK karşılıkları 98, 331, 363, 369, 435, 480/2, 617/1, 639/7). O nedenle gerek sözleşmede ve gerekse kanunda, hukuki ilişkinin yeni duruma ayarlanmasını ya da sona erdirilmesini öngören bir hüküm bulunmaması durumunda nasıl bir çözüme ulaşılacağı sorusuna bir cevap bulunmalıdır.*” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14.12.1990, E.1990/5697, K.1990/8708.

¹⁸⁴ Topuz'a göre, *clausula rebus sic stantibus* deyimini ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması deyiminin birbirinin yerine kullanılması her zaman doğru değildir. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sadece *clausula rebus sic stantibus* kapsamındaki olay gruplarına ilişkin değildir. Geçerli bir sözleşmede şartların sonradan değişmesi karşısında sözleşmenin tarafları ikinci bir sözleşme ile de sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilirler. Ancak, sözleşmenin bu şekilde değişen şartlara uyarlanması, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması anlamında değildir. Bu bakımdan, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması deyimini, *clausula rebus sic stantibus* deyiminden de daha kapsamlıdır. Öte yandan, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulama alanı ise, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini de kapsayan üst deyimdir. Topuz, **a.g.e.**, s.56-57.

tür bir ihtilafta, sözleşmenin uyarlanması değil, irade bozuklukları hâllerinin uygulanması akla gelebilir.¹⁸⁵

4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usuller 4735 sayılı Kanunda hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, sözleşmeler idarece hazırlanır ve idare adına ihale yetkilisi ile yüklenici arasında imzalanır. 4735 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerde Kanunun 4'üncü maddesi hükmüne göre, sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılmaması esastır.¹⁸⁶ Ancak madde 15'e göre, "Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, ... a) İşin yapılma veya teslim yeri, b) İşin süresinden önce yapılması veya

¹⁸⁵ Baysal, **a.g.e.**, s.160-161. Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 24.03.2003 tarih ve 26201 tutanak sayılı kararında, yüklenicilerin tüm şartları dikkate alarak ihaleye teklif sunmaları gerektiği hatırlatılmakta ve sonradan maliyet artırıcı talepte bulunamayacakları belirtilmektedir. Kararda, uygulama projeleri ile teklif projeleri arasında artı veya eksi metraj farkı çıkmasının yüklenicinin o iş kalemi için verdiği götürü teklif fiyatını değiştirmeyeceği, kazı ve dolgudan kaynaklanan metraj fazlalıklarının yükleniciye ait olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, zemin ıslahına yönelik olarak yapılan kazı ve dolgu işlerinin götürü teklif fiyatının içinde mütalaa edilmesi gerekmektedir. Sözleşme kapsamında gerçekleşen söz konusu işler için ilave bedel ödenmesini Sayıştay bu kararında mümkün görmemiştir. Aynı kararda Sayıştay, 2886 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda içmesuyu arıtma tesisi inşaatı işi ihalesi için teklif sunan yüklenicinin, teklifi ile sözleşmenin uygulanmasında karşılaşılabilecek muhtemel durumları varsaydığı hususuna vurgu yaparak şu ifadelere yer vermektedir: "Teklif şartnameleri, sözleşme ve ekleri incelendiğinde, yüklenicinin teklifini vermeden önce meteorolojik, hidrolik ve yer altı koşullarına ilişkin verileri sağlayarak bu verilerin yorumlanmasından sorumlu olduğu; yüklenicinin teklifini vermeden önce, işyerinin çevresini ve bunlara ilişkin bilgileri önceden incelemesi ve yer altı koşulları da dâhil olmak üzere bölgenin yapısı ve doğası, hidrolojik ve iklim koşulları hakkında inceleme yaptığı, maliyet ve süre açısından tatmin edici bir sonuca ulaştığı, genelde yüklenicinin teklifini etkileyebilecek konulara ilişkin tüm riskleri, beklenmedik durumları ve tüm diğer şartları göz önüne almış olduğunun varsayıldığı, yüklenici teklifinin işverenin verdiği verilerle birlikte kendi incelemelerine de dayandığı kabul edildiği..."

¹⁸⁶ Madde hükmü şöyledir: "Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez." Örneğin; sözleşmeyle belirlenen sözleşme bedellerinin (ücret), sözleşmede olmayan bir iş için, yeni birim fiyat yapılması dışında, sonradan herhangi bir gerekçeyle değiştirilmesi mümkün değildir. Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 23.10.2007 tarih ve 29576 tutanak sayılı kararında konuya ilişkin olarak şu ifadelere yer vermektedir: "...ikmal inşaatı, açık ihale usulü ile her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilmiştir. İlamda, BU-40 poz nolu kare ve dikdörtgen profillerle pencere ve kapı yapılması teklif fiyatının, uygulandığı uzay çatı ve karkas imalatlarına uymadığı, ödemenin yapılan işe uygun olan 23.081 poz nolu profil ile çatı makası yapılması fiyatı üzerinden yapılması gerektiği gerekçelerine dayanılarak tazmin hükmü verilmiştir. 4734 sayılı Kanun ile ihale edilip sözleşmeye bağlanan bir işte, sonradan teklif fiyatının ihale dosyasında yer almayan bir fiyatla değiştirilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır." Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 27.03.2012 tarih ve 34676 tutanak nolu başka bir kararında keşifte yer alıyorsa ve yüklenici teklifini buna göre vermiş ise sonradan sözleşme kapsamındaki bir iş için yapılan bir ödeme için fazla ödemenin bahsedilemeyeceğine açıkça hükmetmiş ve söz konusu kararda şu ifadeler yer almıştır: "Birim fiyat sözleşmeli işlerde istekliler birim fiyat cetvelindeki her bir iş kalemi için teklif fiyatlarını vermektedirler. Üzerinde ihale kalan istekli ile de teklif fiyatları üzerinden sözleşme imzalanmaktadır. İsteklilere verilen iş kalemlerine ait analizlerin hatalı olduğu gerekçesiyle sözleşme fiyatının değiştirilmesi mümkün değildir." Ateş, **a.g.e.**, s.36-39.

teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları” hususlarında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir. Bununla birlikte, 4735 sayılı Kanun’da hüküm olmayan hâllerde Borçlar Kanunu’na ilişkin hükümlerin tamamlayıcı nitelikte olduğu (m.36) dikkate alındığında, nasıl ki özel hukuk sözleşmelerinde taraflar kendi aralarında sözleşmeye uyarlama kayıtları koyabiliyorsa kamu alım sözleşmelerinde de bu türden kayıt ve hükümler konulabilir.¹⁸⁷ Ayrıca, 4734 sayılı Kanunun istisna hükümleri (m.3) kapsamında yapılan alımlara ait sözleşmelerde, 4353 sayılı Kanunun 31’inci maddesine dayanarak, değişiklik yapılması Danıştay içtihatlarına göre mümkündür.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Topuz, **a.g.m.**, s.283.

¹⁸⁸ Söz konusu Danıştay içtihadı; 4735 sayılı KİSK’e göre akdedilen sözleşmeler ile 4734 sayılı KİK’in istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ait sözleşmelerde, 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31’inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılması olanağı bulunup bulunmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir. Danıştay kararı şöyledir: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 2’nci maddesinde, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği, “istisnalar” başlıklı 3’üncü maddesinin (b) bendinde; savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gereken ve her bir ihale, ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, Devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı, Geçici 4’üncü maddesinin (a) bendinde de, bu Kanunun 3’üncü maddesinin (b) bendine ilişkin esas ve usullerin, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınmak suretiyle Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 4’üncü maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği, sözleşmede yer alması zorunlu hususların sayıldığı 7’nci maddesinin (s) bendinde, sözleşmede değişiklik yapılma şartları ile (y) bendinde anlaşmazlıkların çözümü hususlarının sözleşmede düzenleneceği, 15’inci maddesinde, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla işin yapılma veya teslim yerine, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, 36’nci maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, 39’uncü maddesinin (a) bendinde, Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeler açısından 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu hükümlerinin, (b) bendinde de diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu’ndan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31’nci maddesinde, bir sözleşme olsun ya da olmasın genel bütçe dâhilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya tüzelkişiler arasında çıkan ve henüz yargı organlarına, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde, başhukuk müşavirinin mütalasına

YİĞŞ'nin 12'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca; “Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır.” Aynı maddenin 4'üncü fıkrasına göre; “İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkânsız olduğu hâllerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır.” Bu mevzuat hükmü, proje ve teknik belgelerde değişiklik şartını, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkânsız olması gibi çok

dayanılarak her yıl bütçe kanunları ile tespit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkinin öngören anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu, bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinin ise Danıştay'ın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararname ile yapılabileceği hükmü yer almıştır.

Yukarıda belirtilen hükümlerin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilen işlere ilişkin sözleşmelerde, 4735 sayılı Kanunun 15'inci maddesinde öngörülen sözleşme bedelinin aşılmaması ve tarafların karşılıklı anlaşması kaydıyla sözleşmenin, işin yapılma veya teslim yerine, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, bunların dışında sözleşmelerde değişiklik yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesinin uygulanmasına imkân bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin (b) bendinde öngörülen ve Kanunun istisna kabul ettiği işlere ilişkin sözleşmelerde ise, 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesi uyarınca değişiklik yapılabileceği anlaşılmaktadır.” Danıştay 1. Daire, 08.10.2004, E.2004/445, K.2004/249. 4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan ihaleler sonucunda akdedilen sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin, 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesi kapsamında bir hakkın tanınmasını veya menfaatin terkinin ihtiva etmemesi durumunda, değişikliğin hangi makam tarafından ve ne şekilde yapılması gerektiği konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Danıştay 1. Dairesinin 14.03.2005 tarih ve E.2005/357, K.2005/164 sayılı kararında: “4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin (b) bendi uyarınca istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ilişkin sözleşme değişikliklerinin; (a) Değişiklik sonucunda tanınan bir hakkın ya da terkedilen bir menfaatin olup olmadığı hususundaki verilere dayalı belirlemenin ilgili bakanlıklarca, (b) Değişikliğin tanınan bir hak ya da terkedilen bir menfaat içermediğinin saptanması ve ana sözleşmede, sözleşme değişikliğine izin veren hüküm bulunması durumunda ilgili bakanlıklarca, (c) Verilere dayalı belirlemeye rağmen sorumluluk üstlenmeyerek öngörülen değişiklik hakkında mütalaa istemiyle başvurulması durumunda, Bütçe Kanunu ile belirlenen miktara göre, 4353 sayılı Yasanın 31'inci maddesinde belirtilen mercilerden görüş alındıktan sonra ilgili bakanlıklarca ya da Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararnameyle yapılabileceği sonucuna... ” oyçokluğuyla ulaşımıştır.

istisnai bir koşula bağlamaktadır. Ayrıca, yüklenicinin projelerde kendiliğinden hiçbir değişiklik yapamayacağı kesin olup,¹⁸⁹ bu yetki idarenin inhisarındadır.

Bununla birlikte, yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması hâlinde, artışa konu olan işin; a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması, b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, şartlarıyla aynı yükleniciye yaptırılabilir.¹⁹⁰ Yine idare istediği takdirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hâllerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir işi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.¹⁹¹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun öngörülemezlik ve sözleşmede değişen koşullara ilişkin içtihadında yer verdiği açıklamaları, Yargıtay'ın konuya bakış açısını vermesi bakımından önemlidir. İlgili kararda Yüksek Mahkeme şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

“Hukumumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. ...sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir.

Gerçekte de, sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.

Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık

¹⁸⁹ YİĞŞ'nin 23'üncü maddesi ilk fıkrası; “Yüklenici projelerde kendiliğinden hiç bir değişiklik yapamaz.” Şayet böyle bir değişiklik yüklenici tarafından gerçekleşirse, Şartnamenin 12/5 hükmü esas alınır; “İdarenin veya yapı denetim görevlisinin yazılı bir tebliği olmaksızın yüklenici, projelerde herhangi bir değişiklik yaptığı takdirde sorumluluk kendisine ait olup bu gibi değişiklikler nedeniyle bir hak iddiasında bulunamaz.”

¹⁹⁰ YİĞŞ'nin 21'inci maddesi ilk fıkrası.

¹⁹¹ YİĞŞ'nin 22'nci maddesi altıncı fıkrası.

ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hâsıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m. 4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hâle gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus-Beklenmiyen hâl şartı-sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır.

Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık o akitle bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında MK 2'nci maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hâsıl olur.

Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hâllere harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir.

Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda “İşlem Temelinin Çökmesi” gündeme gelir. İşte bu bağlamda hâkim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.¹⁹²

¹⁹² Yargıtay aynı kararda hâkimin uyarlamayı nasıl yapacağına dair açıklamalarda da bulunmaktadır: “Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılarak önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hâl ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılmasını manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde kaynak olarak MK'nin 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi hâlinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması hâlinde, taraflar bu hâller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur. (MK m.1) Bu yönteme sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hâl ve şartlara uyarlanması denilir. Uyarlama daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur.”

Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hâl ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi hâlde özel hukuk sistemimizde geçerli olan “irade özgürlüğü” “sözleşme serbestisi” ve “sözleşmeye bağlılık” ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar.

Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Yine değişen hâl ve şartlar nedeni ile tarafların yükledikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarılama isteyen davacı fevkalade hâl ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hâl ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir; beklenebilir; olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmelidir.”¹⁹³

¹⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.05.2003, E.2003/13-332, K.2003/340. Benzer değerlendirmeleri Yargıtay’ın başka kararlarında da okumak mümkündür: “...kişiler sözleşme serbestisi ilkesine göre kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nevi şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarını ahlak ve adaba aykırı olmamak koşuluyla serbestçe kararlaştırabilirler. Ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayeti olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık kuralı hukuki güvenirlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasında mevcut olan denge, ekonomik şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak boyutta bozulabilir, işte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hâllerde sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelir ve artık sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif iyiniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır, işte edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yönünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkânsız hale getirmesi durumunda “işlem temelinin çökmesi” gündeme gelir. Bu gibi hâllerde emprevizyon veya clausula rebus sic stantibus kavramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması, hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Öğreti ve uygulamada akdi uyarılama benimsenmiştir. Nitekim BK. 365/2. maddesi beklenmeyen hâl kuramından söz etmektedir. Öğreti ve uygulamada ani edimli sözleşmeler dışında ilke olarak sürekli borç ilişkilerinde yukarıda yazılı kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.05.2001, E.2001/15-402, K.2001/459.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 14.12.1990 tarih ve E.1990/5697, K.1990/8708 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: “Hukukumuzda, önceden görülmeyen değişikliklerin borçlunun borcunu yerine getirmesini olağanüstü güçleştirmesi karşısında sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi hakkında genel bir hüküm yoktur. O nedenle, gerek sözleşmede ve gerekse kanunda, hukuki ilişkinin yeni duruma ayarlanmasını ya da sona erdirilmesini öngören bir hüküm bulunmaması durumunda nasıl bir çözüme ulaşılacağı sorusuna bir cevap bulunmalıdır. Alman ve İsviçre Hukuk öğretilerinde hâkim olan “işlem temelinin çökmesi ya da sarsılması” görüşünün dayandığı değiş-tokuş sözleşmelerinde edimler arası denge görüşü uyarınca, daha sonra ortaya çıkan ve zorlu neden niteliğinde bulunmayan olağanüstü durumlarda tarafların edimleri arasındaki denge önemli ölçüde sarsılırsa, hakim MK m. 1 ve 2 çerçevesinde ya sözleşmeyi çözer, ya da değişen durumlara uyarlar. Çözme ve uyarılama konusu taraflarca sözleşmede

Aynı kararda Yargıtay, sözleşmenin uyarlanması davalarında hâkimin göz önünde bulundurması gereken temel esasları da sıralamaktadır: “Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir. Sözleşmeye yazılan özel hükümler, yorumlanıp tarafların sağladığı hak ve yararlar değerlendirilmesi, ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralananın nitelikleri gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif ve subjektif hâl ve koşullar kıymetlendirilmeli, uyarlama yapılması kanaatine kavuşulursa, sözleşmedeki intibak boşluğu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (MK m. 4, 2/1) ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi MK madde 1'deki yetki kullanılarak doğrudan kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla hâkim tarafından doldurulmalıdır.”

Ayrıca konu başlığındaki ilkeleri değerlendiren Yargıtay, mukayeseli hukuk yönünden de konuya dair bilgiler vermektedir: ¹⁹⁴ “Kurulmuş bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan bazı olgular nedeniyle değişiklik yapılabilmesi, bugün çağdaş tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen beklenmeyen hâl (Emprevizyon) veya şartların değişmesi (Clausula Rebus Sic Stantibus) kuramının koşullarının gerçekleşmiş olması hâlinde buna olanak sağlandığı görülmektedir. Bu kuramın, borçlunun şartları ne olursa olsun mutlaka akde sadık kalmasını zorunlu gören, bir bakıma artık eskimiş olarak nitelendirilebilecek Ahde Vefa veya Pacta Sunt Servanda kuramını sınırlamak için konulduğu benimsenmektedir.

Akitlerin ifasını şartların değişmesine bağlayan (Clausula Rebus Sic Stantibus) fikri çok gerçeğe uygun değilse de, Ahde Vefa prensibine kesin ve sıkı sıkıya bağlılığın da her zaman adil olmadığı görülmektedir. Bugün İsviçre-Türk

öngörülmüş ya da kanunda özel bir kuralla düzenlenmiş ise bu ihtimalde hakim, sözleşme ya da kanun hükmünü gözetir ve uygular. İşlem temelinin çökmesi görüşü MK m. 2'de kaynağını bulan doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanmaktadır. ... taraflar, değişen durumlara göre, edimler arasındaki dengenin yeniden kurulması ve böylece edimler arasındaki dengenin sağlanması yönünden talepte bulunabilirler.”

¹⁹⁴ Mukayeseli Hukuk açısından olayı irdelediğimizde; Alman Hukukunda Beklenmeyen Hâl veya Clausula Rebus Sic Stantibus kuramının daha da somutlaştırılarak kabul edildiğini ve İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı olarak adlandırılan bir kuramın geliştirildiğini görmekteyiz. Sözleşmenin temelini teşkil eden kendisi üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin, taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılmaz biçimde bozulduğu hâllerde, işlem temelinin çökmesi söz konusu olacaktır. (Bkz. Jozef Esser/Elke Schmidt, Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1984 s.330 vd., Serozon a.g.e., s.164 vd.)

Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır.”

Yargıtay’ın konuya ilişkin tutumu teenni üzerinedir. Bir başka deyişle *öngörülemezlik ve sözleşmede değişen koşullar* ilkelerine Yargıtay’ın yaklaşımı ihtiyatlı ve mesafeli bir noktadadır. Bu tavrını teyit eden bir başka kararında Yargıtay, kömür taşınması üzerine idarenin yaptığı hizmet sözleşmesinde yaşanan ihtilafta mahkemenin kararını bozarak davayı sonuca bağlamıştır.

Söz konusu davada; taraflar arasındaki temel ihtilaf, ihale sonucunda imzalanan taşıma sözleşmesinin ne şekilde ifa edileceğine ilişkindir. Davacı taraf, sözleşme öncesinde taşıma güzergâhının gösterildiğini, ancak daha sonra anılan güzergâhı kullanmanın yetkili makamlarca yasaklandığını, bu nedenle sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil eden yol yerine daha uzun olan başka bir yolun kullanılmasının sözleşme şartlarında esaslı değişiklik olduğunu, bu yüzden yeni güzergâh için davalının yeni taşıma ücreti tespit etmesi gerektiğini, bu talebin yerine getirilmemesi nedeniyle taşıma yapmanın mümkün olmamasına rağmen davalının sözleşmeyi feshetmesinin haksız olduğunu ileri sürmüştür. Davalı taraf ise, sözleşme ile herhangi bir güzergâh belirlemesi yapılmadığını, alternatif yollar ile de taşımının yapılmasının mümkün olduğunu, hatta alternatif yollardan birisinin de davacının taşıma yaptığı yoldan daha kısa olduğunu, buna rağmen davacının taşıma yapmaması sonucunda sözleşmenin haklı olarak feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, tarafların bu iddia ve savunmaları tam olarak değerlendirilmemiş, davacının taşımayı yaptığı yolun sözleşmede öngörülen yol olduğu, diğer yolların uzun ve davacıya ek külfet getireceği kabul edilerek sözleşmenin haksız feshedildiği sonucuna varılmıştır. Ancak mahkemeyi bu sonuca götüren verilerin neler olduğu karar gerekçesinde somut olarak belirtilmemiştir. O hâlde mahkemece yapılacak iş, taraflar arasında imzalanan sözleşme ve şartname hükümleri gözetilerek taşıma yapılacak olan yol güzergâhının somut olarak belirlenip belirlenmediği, belirlenmedi ise alternatif yolların sözleşmenin ifasında davacıya ek külfet getirip getirmediği, bu külfetin sözleşmenin ifasını olanaksız kılıp kılmadığının saptanması, bu amaçla ilgili kurumlardan yol güzergâhlarının uzunluğunun sorulması ve sonucuna göre sözleşmenin feshinin haklı olup

olmadığının belirlenmesi gerekir iken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı gerekçeyle hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir.¹⁹⁵

Türk hukukunda, beklenmeyen hâllerin ortaya çıkması durumunda, sözleşmelerin önceden görülemeyen bu hâllere uyarlanacağı çok uzun zamandır öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir.¹⁹⁶ Ancak, sözleşmelerin değişen koşullara

¹⁹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.03.2006, E.2005/717, K.2006/3056. Yargıtay'ın sapma göstermeyen yerleşmiş içtihatları da bu doğrultuda devam etmektedir. Davacı (idare) tarafından sunulan ihale şartnamesinde ve davalının da imzaladığı sözleşmede, enflasyonist olaylar ve hükümetçe alınacak ekonomik tedbirler zorlayıcı (mücbir) sebepler arasında sayılmamışsa, ilke olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan davalı tacir, fiyatların yükselmesini aşırı güçlük kabul ederek ifadan kaçınmayacağına hükmettiği bir başka kararında Yargıtay şu sonuçları çıkarmaktadır; “...Gerek ihale şartnamesinde ve gerek sözleşmede ekonomik tedbirler olarak hükümetçe alınacak kararların bir mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Nitekim, hem ihale şartnamesi hem de sözleşmenin 15’inci maddelerinde mücbir sebepler tek tek sayılmış, davada savunulan olgular bir mücbir sebep olarak kabul edilmemiştir. Yine anılan maddelerin sözleşmenin 6, fiyat farkına ilişkin 9 ve ihale şartnamesinin 14’üncü maddeleri ile amaççı yorumla karşılaştırıldığı da, davalının fiyat yükselmesinden dolayı süre uzatılmasını dahi istemeyeceği bir konuda bu kez edimin ifasında fiyatların yükselmesini aşırı bir güçlük olarak kabul etmenin sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil edeceğinde duraksamaya yer olmamalıdır. ...bir an için davalının dayandığı ekonomik olguların sözleşmenin ifasını güçleştiren umulmayan, öngörülmemeyen bir hâl olduğunun benimsenmesi durumunda, bunun sözleşmenin işlem temelinin kökünden sarsıp bozması “İşlem Temelinin Çökmesi”nin sübut bulması, o nedenle de ifanın yerine getirilememesinin sözleşme adaleti ilkelerince haklı görülmesinin kanıtlanıp belirlenmesi şarttır. Oysa, hükme esas tutulan bilirkişinin tespit ettiği ve ifanın aşırı güçlük içinde gördüğü fiyat ile davacının sözleşmede kabul ettiği fiyat arasındaki miktar işlem temelinin çökmesine neden olacak ağırlıkta bir fiyat farkı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hâl böyle olunca gerek sözleşme hükümlerine gerekse işlem temelinin çökmesine ilişkin genel kurallar altında davalının savunması gerçekleşmemiştir. Davanın hukuki nitelendirmesinde ve çözümünde izlenecek yöntem aşağıda açıklanmıştır. 2886 sayılı Devlet İhale Yasası’nın 62’nci maddesi, borçlu olan müşterinin temerrüdü halinde BK’nin 106’ncı maddesinde olduğu gibi alacaklıya ifa ile birlikte geciken ifa dolayısı ile zararı veya ifadan derhal vazgeçip olumlu zararını veyahut sözleşmeyi feshedip olumsuz zararını isteme konularında seçimlik haklar tanımamış, aksine sadece sözleşmeyi fesih yetkisi tanımış, ancak fesih halinde istenebilecek zararın niteliğinin kapsamı ve koşulları üzerinde durmamış, salt hesabın genel hükümlerine göre tasfiye edileceğini açıklamakla yetinmiştir. Davaya konu sözleşme ile eki şartnamede bu konuda ayırık bir hükme de yer verilmemiştir. Öyle ise yasanın sözleşme ve eki şartnamenin yaptığı bu yollamalar nedeniyle olayda sözleşme sorumluluğunu düzenleyen BK’nin 106-108’üncü madde hükümlerinin uygulanması gerektiğinde duraksanmamalıdır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.04.1996, E.1996/3653, K.1996/3920.

¹⁹⁶ Bununla birlikte Türk hukukunda, sözleşmenin çözülebilmesi ya da değiştirilmesi konusundaki kural sayısı pek fazla değildir. İlk akla gelen kurallar; götürü bedel üzerinden belirlenen eser sözleşmesinde yüklenicinin beklenmeyen gelişmeler nedeniyle taahhüdünü gerçekleştirmede aşırı güçlüğü düşmesi (TBK m.480/II – BK m.365/II), borçlunun sonradan acze düşmesi (TBK m.98 – BK m.82) ve fahiş görülen cezai şartın indirilmesi (TBK m.182 – BK m.161). Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa güçlüğüne ilişkin sözleşme risklerinin gerçekleşmesi durumunda, kanundaki tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin uygulanması imkânı, son derece sınırlıdır. TBK madde 480/II (BK m.365/II) hükmüne göre, öngörülmemeyen veya her iki tarafta öngörülmüş olmasına rağmen tarafların gerçekleştiremeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü durumlarda sözleşme sabit ücret üzerinden kararlaştırılan eserin tamamlanmasını engellemesi veya aşırı surette güçleştirmesi durumunda, hâkim, bedelin artırımına karar verebileceği gibi sözleşmenin sona erdirilmesine de karar verebilir. Eser sözleşmesinde söz konusu madde hükmüne göre müdahale edilebilmesi için, öncelikle, yüklenicinin eseri imal etmesinin güçleşmiş olması gerekir. Ancak, her türlü güçleşme sözleşmeye müdahaleyi gerektirmez. Eserin

uyarlanmasının hukuki temeli ve hangi kurama dayandırıldığı konusunda belirginlik yoktur. Türk hukukunda *emprevizyon*, *işlem temelinin çökmesi* ve *clausula* kuramlarının ismi sıklıkla kullanılmaktadır. İşlem temelinin çökmesi kuramı Türk hukukunda, kaynak kanun ülkesi İsviçre'den farklı olarak, Alman hukukuna yakınlık göstermektedir. Diğer taraftan *işlem temelinin çökmesi* ifadesi Alman ve Türk hukukları dışında çok tercih edilmemektedir. İsviçre'de *clausula*, *sözleşmelerin uyarlanması*; Fransa'da *emprevizyon*; common law (ortak hukuk) sisteminde *frustration*; uluslararası ticaret hukukunda ise *hardship*, *değişken durumlar* ifadeleri kullanılmaktadır. Ayrıca, Türk hukukunda birçok yazar sözleşmelerin hukuki temelini dürüstlük kuralı olarak değerlendirmekte ve sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelini, sözleşmelerdeki boşluğun tamamlanması sorunu olarak görmemektedir.¹⁹⁷

Sözleşmenin uyarlanmasına olanak tanıyan *işlem temelinin çökmesi* kuramı Alman hukuku cephesinden incelendiğinde, kuram işlem temelinin baştan eksikliğini ve işlem temelinin sonradan çökmesini kapsayacak biçimde geliştirilmiştir. Türk ve İsviçre hukukunda işlem temelinin baştan eksikliği, *temel hatası* düzenlemesine dâhildir. Dolayısıyla, Alman hukuku kökenli *işlem temelinin çökmesi* kuramı Türk hukukuna uyarlanırken bu farklılık dikkatten kaçmamalıdır.¹⁹⁸ Her ne kadar *işlem*

tamamlanması, yükleniciden beklenilemeyecek ölçüde güçleşmiş olmalıdır. Ayrıca, yüklenicinin edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasında sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Bu şartların oluşması durumunda hâkim, eserin sözleşme bedelini artırır veya sözleşmeyi sona erdirir. Topuz, **a.g.e.**, s.293-294.

¹⁹⁷ Yargıtay'ın da temel yaklaşımı bu yöndedir: “İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi hâlinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması hâlinde, taraflar, bu hâller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK m. 1). Bu yönüde sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hâl ve şartlara uyarlanması denilir. Uyarlama daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur. Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hâl ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan “irade özgürlüğü”, “sözleşme serbestisi” ve “sözleşmeye bağlılık” ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai, tali (ikinci derecede) yardımcı niteliktedir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 15.10.1998, E.1998/5829, K.1998/7843.

¹⁹⁸ Alman hukukunda, sözleşme kurulduğu sırada tarafların sözleşmenin temeli olarak kabul ettikleri hususlardaki esaslı hataları ile sözleşmenin temeli kabul edilen hususların sonradan esaslı surette değişmesi arasında bir farklılık görülmemiştir. Topuz'a göre, temel hatasına ilişkin söz konusu düzenlemenin denge bozulması ve ifa güçlüklerine uygulanması gerektiği görüşü, isabetli değildir. Temel hatası sözleşmenin kurulması aşamasında iradenin oluşumu ile ilgilidir. Denge bozulması ve ifa güçlüğüne ise, şartların öngörülemez surette değişmesi neden olur. Bu tür öngörülemez durumlar, tarafların iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşir. Topuz, **a.g.e.**, s.126-127.

temelinin çökmesi kuramının Türk hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda en tutarlı ve doyurucu çözümler sunduğunun kabulü gerekse de; bununla birlikte, öğreti ve içtihatla sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sorununa *işlem temelinin çökmesi* kuramının uygulanmasında, kuramın kapsam ve sonuçları bakımından tam oturmadığı ve hatta bazı durumlarda terim yönüyle bir tercihten öteye gitmediğinin de kabulü gerekir.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Baysal, **a.g.e.**, s.94-95.

IV. BÖLÜM

KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİNDE KARŞILAŞILAN KAVRAM VE KURUMLARIN ANALİZİ

A. Kamu Alımı Sözleşmelerinde Hukuki Rejime Dair Kuramlar ve Avrupa İçindeki Farklı Yaklaşımlar

Kamu alımı sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime dair mukayeseli hukukta bir dizi kuram ileri sürülmektedir. Bunların bir kısmı mer'î hukukta uygulama ile gelişen çözümleri açıklama eğilimi gösterirken, bir kısmı ise olması gereken hukuk üzerinden değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu kuramları; kamu hukuku kuramı, özel hukuk kuramı, ayrılabilir işlem kuramı ve iki aşama kuramı olarak dört başlıkta incelemek mümkündür.¹

1. Kamu Hukuku Kuramı

Bu kuramın özünde, gerek ihale sürecinin gerekse bu sürecin sonunda imzalanan kamu alım sözleşmesinin kamu hukuku kurallarına tabi olması gerektiği savı yatmaktadır. Kamu gücü ve yetkisi ile donatılmış idarenin yaptığı tüm işlemlere kamu hukuku ilke ve kuralları uygulanmalıdır. Zira, bu görüşün savunucuları için, ihale sürecinde ve sözleşmenin kurulması aşamasında olası usulsüzlükleri önlemek veya yaptırıma bağlamak hususunda kamu hukuku kuralları, özel hukuk kurallarına oranla daha elverişlidir. Bu iddianın gerekçesinde ise, idare hukuku kurallarının, idarenin hukuka uygun davranmasını temin etmek üzere oluşturulmuş kurallar bütünü olması ve ayrıca, idari yargının, idarenin taraf olduğu ihtilafları çözüme kavuşturma noktasında, adli yargıya kıyasla daha fazla tecrübeye sahip olması gösterilmektedir.²

Bu kuram çerçevesinde idare hukuku kurallarının ihale süreci ile sınırlı tutulması, buna karşılık ihale sürecinin tamamlanarak geçilen ve kamu alımının bir sonraki safhası olan kamu alım sözleşmesinin özel hukuk yetki ve kurallarına bırakılması, karışıklığa sebep olmaktan öte bir fayda sağlamadığı ve bu durumda iki hukuktan birinin gereksiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Sürecin bir kısmına

¹ Buz, a.g.e., s.74.

² Walter Frenz, *Unterschwelvenvergaben*, Vergaber 2007, S.1, s.14. Nakleden Buz, a.g.e.,s.74-75.

idare hukuku kurallarının diğerk kısmına ise özel hukuk kurallarının uygulanması hâlinde farklı hukuki sonuçların doğması kaçınılmazdır. Zira, ihale kararına göre ihaleyi kazanan bir isteklinin bulunmasına karşılık, idarenin başka bir istekli ile sözleşme yapması durumunun uygulamada görülmesi muhtemeldir. Bu görüş Almanya’da özellikle eşik değerlerin altında kaldığı için *Rekabetin Korunmasına İlişkin Kanunda* (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB) yer alan ihale kurallarına tabi olmayan ihaleler bakımından savunulmuştur.³

Özel hukuk alanı, kural olarak “irade özgürlüğü” alanıdır ve tarafların hiyerarşik bir ilişkide olmadıkları görülür. Bir diğerk deyişle, özel hukuk ilişkisi, karşılıklılık ve hak ediş açısından bireyin özel hareket alanıdır. Kamu hukuku alanı ise, kamu gücünün boyutları ve kamu gücünü kullanacak organlar ve yetkilerin belirlenmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla, taraflar arasında hiyerarşik bir sıralama söz konusudur.⁴

2. Özel Hukuk Kuramı

Özel hukuk ilişkisi, bireyleri, devlet otoritesi tarafından belirlenmiş kolektif amaçlar çerçevesinde dolaylı olarak ilişkilendiren kamu hukukundan farklıdır.⁵ En genel anlamıyla özel hukukun karakter özelliği, karşılıklılık üzerinden temellendirilebilir. Karşılıklılık; hem haklarda karşılıklılık -eşitlik ilişkisi ile biçimlenir- hem de sorumlulukta karşılıklılık olarak kusur ve zararın denkliği anlamındadır.⁶

Alman hukukunda savunulan bu kurama göre, devlet ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet ile yapım edimleri için serbest piyasaya yönelmekte ve özel hukuk kişileri ile hukuki ilişkiler geliştirmektedir. Bu itibarla, devletin serbest piyasada faaliyette bulunan özel kişilerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kamu ihtiyaçlarının tedarik edilmesi amacıyla matuf idarenin yaptığı bu sözleşmeler birer özel hukuk sözleşmesidir. Kuram, sadece kamu alım sözleşmesini değil, sözleşmenin yapılmasına giden ihale süreci dönemini de niteliği gereği bir özel hukuk ilişkisi kabul etmektedir. Sözleşmenin tarafını seçmek için yapılan hazırlık

³ Buz, a.g.e., s.75.

⁴ Işıktaç, a.g.e., s.238.

⁵ A.e., s.267.

⁶ A.e., s.269.

safhasında, bir diğer ifadeyle ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında bir özel hukuk ilişkisi kurulmaktadır. İdare bu süreç zarfında, bir özel hukuk sözleşmesinin kurulmasına ilişkin irade beyanında bulunma kararını almakta ve bu kararlar ile idare, yapılmak istenen sözleşmenin hukuki niteliğini paylaşmaktadır. Bu nedenle kamu alımları, gerek sözleşmenin yapılmasından önceki dönem gerekse sözleşmenin yapılmasından sonraki dönem olarak bir bütün oluşturur ve özel hukuka tabi olur.⁷

Bu kuram kapsamında, idarenin ihale konusu edimlere, kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla ihtiyaç duyması, tüm sürecin özel hukuka tabi tutulmasına engel teşkil etmeyeceği gibi, özel hukuk kişileri bakımından mevcut olmayan kamu hukukundan doğan bazı yasal yükümlülüklerin ve uyulması gereken kuralların bulunması, kamu alım ihalelerinin özel hukuka tabi olmasına ve ihtilafların adli yargıda çözülmesine de engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır. İdare bakımından söz konusu olan bu yükümlülükler ve uyulması gereken kurallar, sürece uygulanacak özel hukuk hükümlerini bazen tamamlamakta, bazen değiştirmekte, bazen de onun yerini almaktadır. Bu nedenle ihtilafı çözmekle görevli adli yargı mercii, idarenin kamu hukukundan doğan yükümlülüklerini de göz önünde bulundurarak bir sonuca varabilmektedir.⁸

Kamu alımı sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi kabul ederken, ondan önceki ihale sürecini idare hukuku kurallarına tabi tutmak, aslında bir bütün olan süreci, yapay bir şekilde ikiye bölmek anlamına gelir. Hâlbuki kamu alım ihaleleri ile yapılmak istenen şey, idarenin bir özel hukuk sözleşmesi yapma hususundaki iradesinin oluşturulmasıdır. Alman hukuku bakımından bu iradenin oluşması ile birlikte özel hukuk sözleşmesi de kurulmaktadır. Tüm süreç özel hukuk esaslarına göre başlamakta, devam etmekte ve sona ermektedir. İdarenin kamu hukukundan doğan yükümlülükleri, özel hukuk esaslarını tamamlayıcı bir şekilde birlikte göz önünde tutulmaktadır.⁹

⁷ Buz, **a.g.e.**, s.75.

⁸ **A.e.**, s.76.

⁹ **A.e.**, s.76-77.

Genel hatları itibariyle özel hukuk kuramı, kamu alımı sürecini ihale öncesi ve sözleşme sonrası ayırımına gitmeden bütün bir süreç olarak algılamaktadır. Alman hukukunda belli bir eşik değeri aşan ve bu nedenle GWB’de yer alan ihale kurallarına (§ 97 vd.) tabi olan ihaleler bakımından mutlak hâkim görüş niteliği taşımaktadır. Son yıllarda Alman hukukunda bazı mahkemeler ve öğretilerdeki bazı yazarlar, eşik değerlerin altında kalan ve dolayısıyla GWB § 97 vd. hükümlerine tabi olmayan ihaleler bakımından özel hukuk sözleşmesinin kurulmasından önceki aşamanın idare hukukuna tabi olması ve ihtilafların idari yargıda görülmesi görüşünü savunmaktadır.¹⁰ Buna mukabil Alman Danıştay (Bundesverwaltungsgericht) 02.05.2007 tarihli kararıyla, bu görüşü reddetmiş ve eşik değerler altında kalan ihalelerde de tüm sürecin özel hukuk kurallarına tabi olduğuna karar vermiştir.¹¹

3. Ayrılabilir İşlem Kuramı

Ayrılabilir işlem kuramı¹², Fransız hukukunda vücut bulan ve Fransız hukukunun etki alanındaki Belçika, İtalya, İspanya, Portekiz gibi devletlerde kabul edilen bir kuramdır. Bu devletlerin bir diğer özelliği de kamu alım sözleşmelerini, kural olarak özel hukuk sözleşmesi değil, idari sözleşme olarak nitelendirmeleridir. Genel uygulama bu yönde olup, ihale sonucu özel hukuk sözleşmesi yapılması istisnai durumlarda kabul edilmektedir. Fransa, MURCEF Kanunu ile tüm kamu alım sözleşmelerinin idari sözleşme niteliği taşıdığı ve ihtilafların idari yargıda çözüleceğini yasal bir temele dayandırmıştır.¹³

Ayrılabilir işlem terimi, birden çok işlemin yapılması ile gerçekleşen aşamalı idari muamelelerin, bir diğer ifadeyle karar alma sürecinde yer alan çeşitli işlemlerden birinin, diğerinden ayrılarak başlı başına yürütülebilirlik niteliği kazanıp, genellikle idari yargı önünde çözümlenecek türden bir ihtilafa konu olabilmesi durumunu anlatmak için kullanılmaktadır. Ayrılabilir işlemin idarenin sözleşmelerinden hemen sonra ele alınmasının nedeni, genellikle bu alanda sıklıkla

¹⁰ OVG Münster, NVwZ-PR 2006, s.223=NZBau 2006, s.67; NVwZ 2006, s.1083=NZBau 2006, s.797; NVwZ-PR 2006, s.842=NJW 2006, s.3450=NZBau 2006, s.533; OVG Bautzen, NZBau 2006, s.393; VG Koblenz, NZBau 2005, s.412; VG Trier, BeckRS 2006, s.25066; VG Neustadt, NZBau 2006, s.335. Nakleden Buz, **a.g.e.**, s.77, dn.26.

¹¹ Buz, **a.g.e.**, s.77.

¹² La théorie de l’acte détachable

¹³ Buz, **a.g.e.**, s.78.

görülen bir örnek olmasındandır. Bu nedenle, kamu idareleri ve kurumları ile ilgili kuruluşlarının ihaleleri ve bunun sonucu imzaladıkları sözleşmelerin hazırlık aşamasındaki ayrılabilir işlemlerin, tüm muamelelerin hukuka uygun bir biçimde oluştuğunu gösterme ve kanıtlama yönünden çok büyük bir önemi vardır.¹⁴

Ayrılabilir işlem kuramı, idarenin sözleşme yapma kararı da dâhil olmak üzere, taraf olduğu sözleşmeye ilişkin her işleminin temelinde bir idari işlem mevcuttur anlayışı üzerine kurulmuştur. Sözleşmeden şeklen veya fikren ayrılabilen bu idari işlemlerin iptali dava edilebilir. İhale açılması, ihale şartnamesi ve ilanı, isteklilerden birinin ihalede değerlendirme dışı bırakılması, sözleşmenin feshi türünden işlemler, bu anlamda sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan işlemler olup, taraflarca veya menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerce idari yargı makamları önünde iptal davasına konu edilebilir.¹⁵ Bu itibarla ayrılabilir işlem kuramı, idarenin taraf olduğu sözleşmelere karşı iptal davası açılmaması, sadece tam yargı davasına konu edilebilmesi esasının yol açtığı sorunlara bir çözüm bulmak amacıyla geliştirilmiş bir kuram olma özelliği taşımaktadır.¹⁶

Özay'a göre ayrılabilir işlem kuramının varlık sebebi, idarenin özel hukuk (veya idari) sözleşmeleri ile, öncesindeki idari işlemler arasındaki "sebe-sonuç" ilişkisini koparmak değildir. Sözleşmeyi kurma iradesi, 'kamu gücü'nün ürünü olduğundan, amaç bu iradeyi, sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak idari yargıya denetletebilmek, böylece kamu gücünün hukuka aykırı kullanımına karşı hukuk sistemini korumaktır.¹⁷

İdari yargıda ayrılabilir işlemin iptalinin sonuçları bakımından öğretideki hâkim görüş, iptal kararının otomatik olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı yönündedir. İptal kararının gereğini yerine getirmek idarenin takdirindedir. İdare, ihlalin mahiyetine göre sözleşmenin butlanını tespit

¹⁴ Özay, **a.g.e.**, s.415.

¹⁵ Bu durumda bir usul işlemi değil, zincir işlem olarak adlandırılan ve birbirini belli bir sıra ile izleyen işlemlerden icrailik özelliği taşıyan işlemlerin, ayrılabilir işlem kuramı uygulaması ile süreçten ayrılarak iptal davasına konu olması söz konusudur. *Sezginer*'e göre, ayrılabilir işlem kuramı, işlem prosedürü içinde yer alan ve tek taraflı, icrailik özelliklerine sahip olan idari işlemlerin ortaya çıkarılması ve yargısal denetiminin yapılmasını sağlayarak iptal davasının uygulama alanını genişletmektedir. Murat Sezginer, "İdari İşlem-İcrailik-Ayrılabilir İşlem-Yargısal Denetim", **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1-2, 2011, s.245.

¹⁶ Buz, **a.g.e.**, s.78.

¹⁷ Özay, **a.g.m.**, s.880.

ettirebileceği gibi, karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşme konusu işin yerine getirilmiş kısmını dikkate alarak ya da kamu hizmetinin gereklerini göz önünde bulundurarak sözleşmenin ifasına devam da edebilir. İdarenin takdirine bırakılan bu durum, Fransız Danıştayının (Conseil d'Etat) 2004 yılında verdiği kararlarla¹⁸ da teyit edilmiştir. Bu kararlarda Fransız yüksek mahkemesi, idarenin ihale işlemlerinde açıklık ve rekabetin sağlanması ilkelerine aykırı işlem tesis etmesi durumunda, mağduriyet yaşayan isteklilerin idare mahkemesine başvurabileceğini kabul etmiştir. Kendisine başvuru idare mahkemesi başkanı, idarenin ihlal ettiği bu yükümlülükler uymasına, sözleşmenin imzalanmasının veya ihaleye ilişkin diğer her türlü kararların icrasının durdurulmasına karar verebileceği gibi söz konusu idari işlemleri iptal de edebilir. Danıştay, söz konusu başvuru imkânını sözleşme kurulmadan öncesiyle sınırlı tutmuş, sözleşme kurulduktan sonra iptal kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁹

Türk hukuku bakımından kurama baktığımızda, gerek idare hukuku öğretisinde gerekse Danıştay kararlarında ayrılabilir işlem kuramının sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Kamu alım hukukuna ilişkin hususlar değerlendirildiğinde, ihale aşamasının işlemleri *zincir işlem* özelliği göstermektedir. Zincir işlem kavramıyla, nihai işlem yapma amacıyla bir sıra takip edilerek gerçekleştirilen ve hukuken birbirine bağlı dizi işlemler ifade edilmektedir.²⁰ Zincir işlemi oluşturan halkalardan her biri, “ayrılabilir işlemler kuramı” ile menfaati ihlal eden tek taraflı idari işlem sayılarak nihai işlemden ayrılabilir.²¹ Bu işlemler, tek başlarına hukuki sonuçlar yaratabilmeleri nedeniyle, içinde buldukları süreçten ayrılarak, iptal davasına konu olabilmektedir.²² Ancak, ihale sürecinin zincir işlemleri için bunu söylemek mümkün değildir.²³ İdarenin kamu gücünü kullanarak tek taraflı olarak -ileride bir sözleşme yapabilmek için- gerçekleştirdiği ihale aşaması

¹⁸ Conseil d'Etat, 29.03.2004, Cté de communes Central littoral, req. N° 258114 ve 258116; Conseil d'Etat, 02.06.2004, Commune de Dijon, Contrats et Marchés Publics, N° 264325. Nakleden Buz, **a.g.e.**, s.79, 37 numaralı dipnot.

¹⁹ Buz, **a.g.e.**, s.78-79.

²⁰ Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s.122. *Sancakdar*'a göre, ihale süreci *zincir işlem* değildir ve idari işlem teorisinde ilan dâhil olmak üzere her biri iptal davasına konu yapılabilmektedir. *Sancakdar*, **a.g.m.**, s.18.

²¹ Özay, **a.g.e.**, s.433.

²² Erkut, **a.g.e.**, s.130.

²³ Taşdelen, **a.g.m.**, s.48.

işlemleri, zincir işlemler olarak sözleşmenin imzalanmasına kadar devam etmektedir. Bu işlemler ayrılabilir işlemler kuramına göre sözleşmeden ayrılmakla birlikte, aleyhine doğrudan dava açılmayan bir özelliğe sahiptirler. İdari aşamada öncelikle tüketilmesi zorunlu idari başvuru sürecinin işletilmesi gerekmektedir. Bu sürecin sonunda oluşan Kamu İhale Kurulu'nun nihai işlemine karşı iptal davası açılabilmektedir.²⁴

Buz'a göre, Türk kamu alım hukuku açısından ayrılabilir işlem kuramına gerek bulunmamaktadır. Fransız hukukunda bu kuramın ortaya çıkmasına yol açan saikler Türk kamu alım hukuku bakımından mevcut değildir. Fransız hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda kamu alım sözleşmelerinin idari sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Oysa Fransız hukukunda, kamu alım sözleşmeleri idari sözleşme niteliği taşımakta ve bu kuram, idarenin özel hukuk sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilse de, idari sözleşmeler göz önünde bulundurularak geliştirilmiştir. Diğer yandan, Türk alım mevzuatı, sözleşmenin kurulması aşaması ile ihale aşamasını ayrılabilir işlem kuramı anlamında bizatihi kendisi ayırmıştır. 4734 sayılı KİK idarenin ihale işlemlerine karşı, önce idareye şikâyet sonra Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet, Kurul kararlarına karşı da idari yargıya başvurma imkânını açıkça düzenlemiştir.²⁵ 2886 sayılı DİK uygulaması bakımından da ihale sürecindeki işlemlerin idari yargı denetimine tabi olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.²⁶

Ayrılabilir işlem kuramı, iki aşama kuramına kıyasla daha geniştir. İki aşama kuramına göre, kamu alım sözleşmesinin kurulmasından önceki idari işlemler idari yargının denetimine tabi olduğu hâlde, ayrılabilir işlem kuramı sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada da sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idari işlemlerin idari yargıda iptaline olanak tanımaktadır. Hâlbuki Danıştay, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmasından sonra idarenin sözleşmeyi feshetmesi gibi, temelinde bir idari kararın yer aldığı ve sözleşmeden ayrılabilir

²⁴ Taşdelen, **a.g.m.**, s.59.

²⁵ Kanunun 55'inci maddesi "*İdareye şikâyet başvurusu*"nu, 56'ncı maddesi "*Kuruma itirazın şikâyet başvurusu*"nu ve 57'nci maddesi "*Yargısal inceleme*"yi hükme bağlamıştır.

²⁶ Buz, **a.g.e.**, s.80.

nitelikteki işlemlerin iptali amacıyla açılan davaları reddetmekte ve ihtilafın adli yargıda görüleceğini kabul etmektedir.²⁷

4. İki Aşama Kuramı

İki aşama kuramının menşei Alman hukukudur.²⁸ Kuram, *H.P. Ipsen* tarafından devlet teşviklerinin hukuki niteliğini açıklamak üzere 1951 yılında yazdığı bir hukuki mütalaada ilk kez kullanılmıştır. Yazara göre, idarenin devlet teşviki verip veremeyeceğine ilişkin kararı idari bir işlem olmasına karşılık, bu teşvikin ne şekilde verileceği taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile belirlenir ve bu sözleşme özel hukuka tabidir. Zamanla bu kuram kamu alımlarına da aktarılmıştır. Alman hukukunda iki aşama kuramının uygulama alanı sadece devlet yardımları ve kamu alımları ile sınırlandırılmayıp, kamu binaları ve tesislerinden veya kamuya ait kara ve su yollarından yararlanılması durumlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.²⁹

Kuram, bir bütün olan kamu alımını, gerçekleştirilen ihale sonucunda gelinen sözleşme yapım sürecini yapay bir biçimde ikiye ayırdığı, bunun ise pratikte farklı hukuk disiplinlerinin uygulanması ve farklı yargı yerlerinin görevli olması nedeniyle karışıklıklara ve gecikmelere yol açacağı gerekçesiyle ilk başlarda pek taraftar bulamamış olsa da, özel hukuk kuramının hâkim olduğu Almanya'da son yıllarda, bu kuramı savunanların sayısında bir artış gözlemlenmektedir.³⁰

İsviçre hukukunda hâkim görüş olan iki aşama kuramı, kamu alımı sözleşmeleri bakımından değerlendirildiğinde kuramın, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşamalı bir işlemin var olduğu esas üzerine inşa edildiği kabul edilmektedir. Birinci aşama, sözleşme yapılmasına kadar gerçekleşen işlemleri kapsayan aşamadır. Biraz daha detaylandırmamız gerekirse; ihale sürecinin hazırlık evresinin tamamlanması (ihaleye ilişkin şartların yer aldığı dokümanın hazırlanıp ilan edilmesi), uyulması gereken ihale esasları ve ilgili mevzuatın göz önünde bulundurulması, ihalenin tabi olduğu yasa usullerine göre yapılması ve sonuçlandırılması bu aşama içinde bulunan işlemlerdendir. İkinci aşama ise, birinci

²⁷ **A.e.**, s.82.

²⁸ Aynı zamanda Alman yargısı, iki aşama olarak bilinen bu teoriyi (Zwei Stufen Teorisi) geliştirmiştir. Fromont, **a.g.e.**, s.315.

²⁹ Buz, **a.g.e.**, s.83.

³⁰ **A.e.**, s.83-84.

aşamanın ardılı olup, ihale sürecinin tamamlanması ile başlamaktadır. İdare hukukunun yetki ve kuralları çerçevesinde tamamlanan birinci aşamanın sonrasında taraflar arasında bir özel hukuk sözleşmesi imzalanmaktadır. Bir anlamda birinci aşamada gerçekleşen idari işlemin, sözleşme ile icra safhasına geçilmektedir. İmzalanan sözleşme tamamen özel hukukun yetki ve kurallarına girmekte ve taraflar arasında çıkan ihtilafların karara bağlanma yeri adli yargı veya sözleşmede öngörülmesi kaydıyla tahkim mahkemesi olmaktadır.³¹

İki aşama kuramı kapsamında ele alınan bir özel hukuk sözleşmesi ile ilgili tüm sorunlar münhasıran borçlar hukuku kurallarına göre çözümlenir. Bunun sonucu olarak da idari işlem aşamasında meydana gelen herhangi bir sakatlık veya bu aşamaya ilişkin idari işlemlerin bir kısmının ya da tamamının iptal edilmesi, özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersiz hâle gelmesi sonucunu doğurmayacaktır. Sözleşmenin geçerli olup olmadığına sadece bu sözleşmenin tabi olduğu borçlar hukuku kurallarına göre karar verilecektir.³²

Buz'a göre, Türk hukukunda hâkim kuram iki aşamadır. Fakat bu kurama kavram olarak ne idare hukuku literatüründe ne de yargı kararlarında rastlanmaz. Bunun yerine *ayrılabilir işlem kuramı* sıklıkla ifade edilir. Bu durum, iki aşama kuramını Alman hukuku kökenli olması, buna mukabil *ayrılabilir işlem kuramının* Fransız hukukunda tebarüz ettiği ve Türk idare hukukunun da ağırlıklı olarak Fransız idare hukukundan etkilenmesi ile açıklanabilir. Ancak, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında kamu alımı sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin açıklamalar iki aşama kuramının esasları ile tamamen uyum içerisindedir.³³

B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu İlkesinin İdarenin Taraf Olduğu Kamu Alım Sözleşmelerinde Uygulanabilirliği

Sözleşmeden doğan bir borçtan söz edebilmek için taraflar arasında birbirleriyle uyumlu *icap* (öneri) ve *kabul* adı verilen iradelerin açıklanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. *İcap* ve *kabul* iradelerinin açıklanmasına ve bunların uyuşması anına kadar geçen aşamada herhangi bir borç kaynağı meydana

³¹ A.e., s.84.

³² A.e., s.84-85.

³³ A.e., s.85.

gelmemektedir. Zira, sözleşme görüşmeleri aşamasında henüz sözleşme kurulmamıştır. Bu nedenle, bu aşamada taraflar için sözleşmeden kaynaklı bir sorumluluk da söz konusu değildir. Ancak, öğretilerde sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte henüz sözleşmenin kurulmadığı bu aşamada da tarafların birbirlerine verdikleri zararlar nedeniyle bir sorumluluğun söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bu sorumluluk *sözleşme öncesi sorumluluk* ya da *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır.³⁴ Dolayısıyla *culpa in contrahendo*, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışı ifade eder.³⁵

Culpa in contrahendo sorumluluğunun önemini ortaya koyan bir başka durum imkânsızlıktır. Sözleşmenin konusu, ifaya daha başlangıçta imkânsız ise bu sözleşme TBK'ye göre kesin olarak hükümsüzdür (m. 27). Geçersiz kabul edilen böyle bir sözleşme nedeniyle zarara uğrayan taraf, bu zararın tazminini talep edemeyecektir. İşte tam bu noktada *culpa in contrahendo* sorumluluğu, zarar giderimini hakkaniyete uygun bir şekilde temin etmek için devreye giren bir ilkedir.³⁶

Günümüzde *culpa in contrahendo* sorumluluğu ve ifa engelleri, sözleşmenin müspet ihlali ile birlikte âdeta en önemli örf ve âdet hukuku kurumlarından biri olmuştur. Yalnız münferit yasal olgular değil, başkaca olgular da hep bu kavramın desteğiyle akdi tazminata kaynaklık edebilmektedir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, İsviçre ve Türk hukukunda sadece kusuruyla hataya düşüp de sözleşmeyi iptal edene, hilede ve ikrahta bulunana ve temsilci kimliğine bürünen

³⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s.78-79.

³⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.38. Yazarlara göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan zararların tazmini talebinin haksız fiil hükümlerine mi borca aykırılık hükümlerine mi tabi olacağı tartışmalıdır. Bu tartışmada, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların dürüstlük kuralı uyarınca birbirlerine zarar vermeme konusunda gerekli özeni gösterme, birbirlerini bilgilendirme yükümü altına girdiklerini savunan görüş, *culpa in contrahendo* hâllerini dürüstlük kuralından (MK m.2) kaynaklanan ve içeriği özen ve koruma yükümlülüğünden ibaret bulunan bir borç ilişkisine aykırılık olarak kabul eder. Bu itibarla, söz konusu borç ilişkisi dürüstlük kuralından doğduğu için, tarafların sözleşme görüşmesi amacıyla eylemde bulunması yeterli olup, sonradan bu sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmeleri veya sözleşmenin geçersiz olması, sorumluluğun borca aykırılığa dayanmasına engel olmamalıdır. Kamu alım sözleşmelerinde de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bu şekilde yorumlanması isabetli olacaktır.

³⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s.80.

yetkisiz temsilciye karşı öngörülmüştür.³⁷ Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında genel bir düzenleme mevcut olmamasına karşılık, bu sorumluluğun kabul edildiğine ilişkin özel bazı hükümlere yer verilmiştir. Alman hukukunda da önceden benzer bir durum varken, 1 Ocak 2002 tarihinde Alman Medeni Kanunu'nda yapılan borçlar hukukuna ilişkin köklü değişikliklerden biri olan *culpa in contrahendo* sorumluluğu § 241/II ve 311'de açık olarak hükme bağlanmıştır.³⁸

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunu; sözleşme sorumluluğuna, sözleşme benzeri sorumluluğa, haksız fiil sorumluluğuna, temelini Medeni Kanunun 2'nci maddesindeki dürüstlük kurallarında bulan sorumluluğun özel bir türüne, sözleşme ve haksız fiil arasında kendine özgü bir sorumluluk olduğuna dayandıran görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler içinden haksız fiil sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu sözleşme öncesi hazırlık görüşmeleri aşamasında tarafların birbirine zarar vermemeleri, kusuruyla verdiği zararı giderme yükümlülüğü çerçevesinde açıklanması bakımından daha yerinde ve kolaydır. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu sözleşme öncesi bir sorumluluk olması nedeniyle henüz sözleşmenin kurulmadığı bir aşamaya tekabül etmesi yönüyle de haksız fiil görüşü daha isabetli görülmektedir.³⁹

Culpa in contrahendo sorumluluğunun özel hukukta taşıdığı önem, bir tarafın idare olduğu kamu alım sözleşmelerinde de mevcut olup, sözleşme görüşmeleri boyunca ilkenin getirdiği temel dayanakların korunması gerekmektedir. Zira, sözleşme görüşmelerini gereksiz ve haksız yere kesme, sözleşmenin geçersizliğine (özellikle şekil butlanına) yol açma, sözleşmenin kuruluşu sırasında yanlış ya da eksik bilgi vererek (aydınlatma yükümüne aykırılık ederek) elverişsiz koşullarla sözleşme kurdurma da hep *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açabilecek olgulardandır.⁴⁰ Kamu alım sözleşmelerinde de ihale açılmasına rağmen haklı bir

³⁷ Rona Serozan, "Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım, 2007, s.720-721.

³⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.80-81.

³⁹ **A.e.**, s.84.

⁴⁰ Serozan, **a.g.m.**, s.721. Sözleşme sonrası (*culpa in contrahendo*) sorumluluğun sebebi, ya tarafların birbirlerini aydınlatmasına, ya uyarmasına ya da diğer tarafın şahsı ve malının zarara uğramaması için önlem almasına dayandırılmaktadır. Bütün bu sorumluluklar sözleşme öncesi tarafların karşılıklı

neden olmadan ihalenin iptal edilmesi ve sözleşmenin kurulmaması hâlinde de *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bundan dolayı, aslında bir özel hukuk enstrümanı olan kavramın, kamu alımları için de benzer özellikler gösterdiği düşüncesiyle incelenmesi önemlidir.

1. Kamu Alım Sözleşmeleri Bakımından İlkenin Önemi

İhaleyi açan kurumun ihale sürecini başlatması, özel hukuka tabi iki şahıs arasında sözleşme görüşmelerinin başlamasına benzer. Aradaki tek fark, kamu alımı sözleşmelerinde, sözleşme öncesi dönemin kamu alım mevzuatı ile düzenlenmiş olmasıdır. Sözleşme yapma görüşmelerinin başlaması ile birlikte taraflar arasında kaynağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisi meydana gelmekte ve taraflara birbirlerine zarar vermeme, oluşturulan güvene aykırı hareket etmeme yükümlülüğü yüklenmektedir. Ancak, özel hukukta sözleşme yapma görüşmelerinin başlamış olması, taraflardan hiçbirine, diğerine karşı sözleşme yapılmasını talep etme hakkı vermez. Taraflardan birinin bir icapta bulunması, diğer tarafın bu icabı kabul yükümlülüğü doğurmaz. Taraflar arasında başlayan görüşmeler, sözleşmenin kurulması ile sonlanabileceği gibi, bazen görüşmelerin başarısızlığa uğraması ve sözleşmenin kurulmaması da söz konusu olabilir. Bu durumda, sözleşmenin kurulacağı yönünde diğer tarafta haklı bir güven oluşturan taraf, sözleşmenin diğer tarafının uğradığı menfi zararları *culpa in contrahendo* esasına göre tazminle yükümlü olur. *Buz*'a göre, kamu alım sözleşmeleri için de aynı durum söz konusudur ve haklı bir sebebe dayanmayan ihale iptalinde, idare isteklilerin uğradığı zararları tazminle yükümlüdür.⁴¹ Zira, menfi zarar güvenin boşa çıkmasından veya güvenin kendisinden doğan bir zarardır.⁴² *Buz*'un verdiği ihale iptali örneği, güven ilişkisinin boşa çıkmasına işaret etmesi bakımından ve ayrıca

güven, doğruluk ve dürüstlük ilkelerine dayanmaktadır. Ancak, taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuşsa ve/veya taraflardan birinin eylemi haksız fiilin konusu ise, bu durumda geçerli olan sözleşme veya haksız fiil sorumluluğudur. Bu iki durumun bulunmadığı hâllerde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hükümleri işletilmelidir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.82.

⁴¹ *Buz*, **a.g.e.**, s.136-137.

⁴² Menfi zararın güven ilişkisine dayandıran bu yaklaşım, bütün menfi zarar hâlleri için söz konusu değildir. TBK madde 125/III (BK m. 108/II) anlamında menfi zarar, yaratılan güvenin boşa çıkmasından değil, bilakis geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin, borçlu tarafından kusurlu bir davranışla ihlal edilmesinden ileri gelmektedir. Bu itibarla, kamu alımlarında menfi zarar, geçerli olduğuna veya kurulacağına inanılan bir sözleşmenin, geçersiz olması veya kurulmaması yüzünden uğranılan veya sözleşme kurulmasaydı uğranılmayacak olana zarara karşılık gelmektedir. Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin, 2011, s.165.

kamu alımlarının *culpa in contrahendo* kapsamında düşünölebileceği yönünden yerinde bir saptamadır.

TBK'nin genel hüküm niteliği taşıyan 35'inci maddesine (BK m.26) göre de, bir sözleşmenin kurulmasına kendi kusuruyla sebebiyet veren kişi, hata nedeniyle sözleşmeyi iptal edebildiği takdirde, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararını tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Burada, yanılığıya düştüğü için sözleşmeyi iptal eden kişinin sorumluluğu sözleşmeye dayandırılmayacaktır, çünkü ortada bir sözleşme yoktur. Bu sorumluluk, haksız fiil hükümlerine de dayandırılmaz, çünkü iptal eden kişinin eyleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Bu durumda, bu sorumluluğun sebebi, ancak sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna uygun düşecektir.⁴³ Bu hâliyle *culpa in contrahendo* sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Bu nedenle, henüz sözleşme kurulmadan önce zarara uğrayan kişi, diğer tarafın kusuru varsa doğan zararı talep edebilecektir.⁴⁴ *Culpa in contrahendo* sorumluluğu kural olarak bir güven ilişkisi olup, ifa menfaatini kapsamaz. Bir başka ifadeyle, burada söz konusu olan zararın giderim talebi menfi zarardır.⁴⁵

Kamu alım ihalesi başından itibaren güven ilkesine dayanmaktadır. İhaleye katılanlar ihale sürecinde idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olacağına, ihale düzeni içerisinde işleyeceğine güvenmektedirler.⁴⁶ Dolayısıyla sözleşmenin şekil şartlarının idarece tamamlanmaması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmekte ve edimin aynen ifası istenebilmektedir.⁴⁷ Ayrıca, bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı kuralı da bunu desteklemektedir (KİK m. 46/I). Diğer taraftan, kural olarak kimsenin bir sözleşme görüşmesini sözleşmeye bağlama zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, diğer tarafta sözleşmenin kurulacağı güvenini yaratan kişinin haklı bir nedene dayanmadan sözleşmeyi akdetmemesi hâlinde, sözleşmenin kurulacağına güvenen kişinin zararını tazmin talebi hakka uygun bir talep olarak görölmelidir.⁴⁸

⁴³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.81.

⁴⁴ **A.e.**, s.83.

⁴⁵ **A.e.**, s.84.

⁴⁶ Taşdelen, **a.g.m.**, s.55.

⁴⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s.322.

⁴⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.82.

Sözleşme öncesi süreçte ihale uygulamalarında aranan güven ilkesine, sözleşme sonrası süreçte de başvurulmaktadır. Sözleşmenin ifasından kaçan tarafların, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri için hukuken zorlanabileceği görüşü, güven kuramının irade kuramının önüne geçtiği tezini kuvvetlendirmektedir. İrade kuramı, öncelikle söz veren tarafı korurken, güven kuramı söz verilen tarafı korumaya öncelik vermektedir. Ayrıca, sözleşmeden doğan yükümlülüğün, söze duyulan güvenden doğduğunu söylemek, güçlü bir tezdur. Sözleşmeden doğan yükümlülüğü, kendisine söz verilen tarafın söze duyduğu güveni koruma çabası olarak açıklayan kuramların, temel dayanağı kişilerin tercih ve eylemlerinin sonuçlarını öngörmeleri gereğidir.⁴⁹

Sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde, sözleşmenin her bir tarafı, sözleşmenin devamı süresince, sözleşmenin diğer tarafının aniden ortaya çıkan güçlükler karşısında elinden gelen her türlü çabayı göstererek edimin ifasına hazır olduğuna güvenebilmesi gerekir. Bu tür sözleşmelerde tarafların birlikte hareket etmesi, güven unsurunun tesisi ve taraflar arasında iyi ilişkilerin oluşturulması gerekir. Güven ilişkisinin bozulmasının nedeni ise, çoğunlukla ya karşı tarafın şahsından ya da karşı tarafın borca aykırı davranışlarından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu, sözleşmenin karşı tarafına olan güvenin bozulmasını sürekli borç ilişkileri bakımından o derece önemli kabul etmiştir ki, bu güven unsurunun bozulması nedeniyle sözleşmenin devamının çekilmez veya katlanılmaz bir aşamaya ulaştığı durumlarda, güveni bozulan tarafa tek taraflı bir beyanla sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımıştır.⁵⁰

2. Kamu Alımlarında Sorumluluk Şartları

Kamu alımlarının nihai amacı sadece ihaleyi gerçekleştirmek değildir. Esasında, ihale yöntemi kullanılarak, kamu ihtiyaçlarını optimum şartlarda karşılayacak bir sözleşmenin yapılması ve dolayısıyla sözleşmeyi ifa etme yeterliliğine sahip kişinin seçilmesi hedeflenmektedir. Bu açıdan sürecin tamamına geniş bir perspektiften bakıldığında ve bu sürecin temel amacının ihale mevzuatına uygun bir sözleşme yapmak olduğu hususu dikkate alındığında, özel hukuka tabi

⁴⁹ Işıқтаç, **a.g.e.**, s.279-280.

⁵⁰ Topuz, **a.g.e.**, s.290-291.

diğer sözleşmelerde olduğu gibi kamu alım sözleşmelerinde de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekecektir.⁵¹

Kamu alım sözleşmelerinde, sözleşme öncesi dönemin kamu ihale mevzuatı ile düzenlenmiş olması, bu dönemin borçlar hukuku anlamında bir görüşme dönemi olduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca, ihale sürecine kamu hukukunun hâkim olması özel hukukun tamamen devre dışı bırakıldığı anlamı taşımaz. Kamu alım sözleşmelerinin yapılmasına giden yolda ilk adımı oluşturan ihale sürecinde de, taraflar arasında kaynağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisi kurulmakta ve tarafların bu ilişkiden doğan yükümlülöklere uygun hareket etmesi gerekmektedir. İhale sürecinin başlaması ile birlikte, ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında, ciddi olarak sözleşme yapma niyetiyle hareket etme yükümlölüğü yanında, taraflardan her birinin, nihai amaç olan kamu alım sözleşmesi ve bu sözleşmenin ifası bakımından önem taşıyan hususlarda, bilgilendirme ve birbirlerinin menfaatlerini koruma yükümlölüğü doğmaktadır. İhaleyi açan kurumun hem ihale mevzuatından hem de ihale sürecinin başlaması ile birlikte taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden doğan yükümlölüklerinin bulunduğunu ve bu yükümlölöklere aykırı davranışın *culpa in contrahendo* esasına göre tazminat borcu doğuracağı kabul edilmektedir.⁵²

Türk ve İsviçre hukukunda *culpa in contrahendo* esasına dayalı olarak sadece menfi zararın tazmin edilebileceği, isteklinin sadece ihale için yaptığı ve idarenin yükümlölüğüne aykırı davranışı nedeniyle kayba uğradığı harcamalarının tazminini talep etmesi mümkündür. Teorik olarak ihale öncesi dönemde ihaleyi açan kuruma karşı isteklilerin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayalı talepler ileri sürmesi imkân dâhilinde olsa da, bunun pratikte pek bir önemi yoktur. Buna karşılık, Alman hukukunda, ihaleyi açan kurumun *culpa in contrahendo* esasına göre sorumlu tutulması, büyük bir öneme sahiptir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun şartlarının mevcudiyeti hâlinde en iyi teklifi sunduğu hâlde kendisi ile değil de

⁵¹ Buz, a.g.e., s.159.

⁵² A.e., s.160.

başkası ile sözleşme yapılan isteklinin, müspet zarar niteliğinde yoksun kaldığı kârın tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir.⁵³

Culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, ihaleyi açan idarenin hukuka aykırı davranışı nedeniyle bir zararın meydana gelmiş olması ve bu zarar ile idarenin hukuka aykırı davranışı arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. İlliyet bağından söz edilebilmesi için de, tazminat talebinde bulunan isteklinin, söz konusu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifi kendisinin sunduğunu ve ihale süreci hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmiş olması hâlinde ihalenin kendi üzerinde bırakılacağını ispat etmesi önemlidir. Zira, sadece ekonomik açıdan en uygun teklifi veren isteklinin uğradığı zararlar ile idarenin ihale mevzuatına aykırı davranışı arasında illiyet bağı bulunmaktadır.⁵⁴

a. İhale Sürecinin Başlatılmasında Sorumluluk

Culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilebilmesi için öncelikle ihaleye çıkan idare ile istekliler arasında bir güven ilişkisi teşekkül etmektedir. Kamu alımlarında, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun şartı olan güven ilişkisi, isteklilerin ihale sürecine dâhil olması hâlinde aranacak bir durumdur. Güven ilişkisi üzerine inşa edilen *culpa in contrahendo* sorumluluğu, isteklilerin teklif sunma zorunluluğunu aramamaktadır. Bu nedenle taraflar arasında güven ilişkisi, ihalenin usulüne göre idarenin yapacağı ilan ya da davet yoluyla kurulmaktadır.⁵⁵

İhale sürecini başlatan idare ile bu sürece katılan istekliler, ihale ile amaçlanan sözleşme yapma iradesine engel olmamakla ve karşılıklı olarak birbirlerini her hususta bilgilendirmekle yükümlüdür. Mesela, kamu alımı için düşünülen finansmana dair bütçe imkânlarında meydana gelen ve/veya idare tarafından sonradan farkedilen menfi durumdan istekli haberdar edilmelidir.⁵⁶ Benzer bir şekilde, ihale konusu işe ait şartnamelerde (idari ve teknik) teklifi etkileyecek değişiklik, hata, tutarsızlık ve açık olmayan hususlar hakkında idare hemen isteklileri

⁵³ A.e., s.162.

⁵⁴ A.e., s.167-168.

⁵⁵ Buz, a.g.e., s.163.

⁵⁶ Uygulamada kamunun ihalelerine başvuran isteklilerde görülen ortak kaygı, idarenin ödemeleri konusudur. İdarenin hak edişlere ilişkin ödeneklerinin durumu istekliler tarafında haklı bir merak uyandırmaktadır.

bilgilendirmelidir. Her iki durum için de, eğer düzeltilmesi için yeterli zaman yoksa ya da ihale yapıldıktan sonra farkedildiyse, idare için en doğru seçenek ihalenin iptali olacaktır. Esasında, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bir gereği olan güven ilişkisi, idarenin iptal işlemini gerekli kılmaktadır. Diğer taraftan sorunun giderilme olanağı var ise, idare sözleşme yapma iradesini koruyarak ihaleyi sonuçlandırmak adına ihale sürecine devam etmesi doğru bir tutumdur. Zira bu durum, idarenin istekli ile girdiği güven ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

b. İhale Sürecinin Devamında Sorumluluk

İdarenin haklı bir sebebe dayanmayan bir gerekçe ile ihale sürecini durdurmaması gerekir. İdarenin sözleşme yapma niyetiyle hareket etme yükümlülüğü, kamu alım sözleşmelerini özel hukuk sözleşmelerinden ayıran bir özellik olarak görülebilir. Özel hukuk sözleşmelerinde, tarafların başlayan görüşmeleri sözleşme ile sonuçlandırma mükellefiyetleri bulunmamaktadır. Fakat, sözleşmenin karşı tarafında sözleşmenin kurulacağı yönünde güven veren tarafın, gerekçe göstermeksizin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi hâlinde, uğranılan zararın tazmini konusunda *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğacaktır. Bu itibarla, kamu alım sözleşmelerinde de benzer bir durum söz konusudur. İsteklilerin, ihaleyi açan kurumun, ihale ve sonrasında sözleşme yapma konusunda istekli olduğunu, kurumun haklı bir nedene dayanmaksızın ihale sürecini sona erdirmeyeceğini kabule hakları vardır ve bu güvenin korunması gereklidir.⁵⁷

3. İhale Sürecinin Sözleşmeler İçin Bir Görüşme Niteliği Taşınması

Kamu sektörü uzun vadeli sözleşmelerle sonuçlanan alımlarında, çoğunlukla görüşme yolunu kullanmaktadır.⁵⁸ İhale sürecinde ihaleyi açan kurum ile istekliler arasında meydana gelen ihale ilişkisi bu anlamda bir müzakere ilişkisidir. Bu itibarla olağan özel hukuk sözleşmeleri ile kamu alım sözleşmeleri arasında belirgin bir fark bulunmamaktadır. Kamu alım sözleşmelerinin yapılmasından önceki ihale sürecinde, idareler kamu hizmeti sunmak için ihtiyaç duyduğu edimleri piyasadan temin etme yoluna giderken, kamunun ihtiyaç duyduğu edimi en uygun koşullarda temin etmeye

⁵⁷ Buz, a.g.e., s.165.

⁵⁸ Rupert G. Rhodd, "Pricing Strategies and Cost Analysis in Public Procurement", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.691.

yönelik gözettiği ekonomik yarar, kamu alım sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmelerini birbirine yakınlaştıran bir hususiyet taşımaktadır. Dolayısıyla ekonomik yarar, her iki sözleşme türünde de benzerlik gösteren bir hedeftir. Fakat, kamu alım sözleşmelerinde ekonomik yararın yanında kamu yararı da gözetilmek durumundadır.⁵⁹

İhale süreci bazı şekli esaslara tabidir. İdarenin; ihtiyacı karşılama potansiyeli bulunan kişileri bu ihtiyaçtan haberdar etmesi, bu kişilerin ihaleye teklif vermesini sağlaması, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ile sözleşme yapması ihale sürecinde görülen işlemler silsilesidir. Bu işlemler belli kurallar çerçevesinde meydana gelir ve görüşmeler bu kurallara uygun olarak yapılır. Zira, ihale açan kurumun isteklilerle serbestçe görüşmelerde bulunması mümkün değildir. İhale sürecinde ihaleyi açan kurumun isteklilerle görüşmelerde bulunması sadece seçilen ihale türünün ve buna ilişkin olarak ihale mevzuatı hükümlerinin imkân verdiği ölçüde mevcuttur. Geniş anlamıyla bir “görüşme” söz konusudur ve bu görüşmeden sözleşmenin kurulmasına yönelik hazırlık faaliyetleri anlaşılmalıdır.⁶⁰

Günümüzde kamu kurumları ile özel ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar artan sayıda sözleşme yaptığından, görüşme becerileri alım yetkilileri ve program yöneticileri için giderek daha önemli bir eylem hâline gelmiştir. Ayrıca, bilgi teknolojisinde görülen ilerlemeyle birlikte, kamu kurumları artan oranda karmaşık ve gelişmiş sözleşme ilişkisine girer olmuştur. Bu eğilimin sözleşme görüşmelerinde iki derin etkisi görülmektedir: Müzakere içeriğinin karmaşıklığı artmış; program yöneticileri ve ihale yetkilileri için müzakere yoluyla bilgi edinme imkânı büyük ölçüde genişlemiştir.⁶¹

Kamu yetkilileri, sözleşmede tanımlanan mal ve hizmeti almak için, yüklenicinin gerekli bilgi ve becerilere sahip olduğundan emin olmalıdır. Dolayısıyla görüşme, bir işin sonunda ürünü kabul edecek olan kamu yetkililerince, yüklenicinin ikna edilebildiği ve bilgi düzeyinin artırıldığı bir süreç olabilmektedir. Birçok mal ve hizmet alımları için görüşme becerileri, sözleşme yönetim aşaması boyunca

⁵⁹ Buz, **a.g.e.**, s.156-157.

⁶⁰ **A.e.**, s.157.

⁶¹ Wendell C. Lawther, “Contract Negotiations”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.564.

gereklidir. Geleneksel olarak, görüşme, sadece ihalenin verildiği aşama öncesinde gerekli olmakta ve açıkça alım yapılırken belirlenmektedir. İhale süreci tamamlanıp sözleşme aşamasına geçildikten sonra, görüşmeye, çözülmesi gereken sorunların varlığı hâlinde ihtiyaç duyulmaktadır.⁶²

4. Sözleşme Görüşmelerine İlişkin Değerlendirmeler

Kamu ihale hukuku, ihalenin sonuçlanması ile sözleşme akdedilerek sona ermektedir. Bu noktadan sonra, sözleşmenin yorumlanması için ulusal sözleşme hukuku ve ilkeleri devreye girmektedir. Sözleşme öncesi aşamada göz ardı edilebilen görüşmeler, sözleşmenin tamamlanma süreci boyunca geçerlidir. Acil alım gereken kısa süreli basit sözleşmeler için, bu konuda sözleşme sonrasında ilişkin herhangi bir görüşme gerekmez. Diğer yandan uzun vadeli sözleşmelerin, çerçeve anlaşmaların, yenilemeler ve yeniden görüşmeler üzerine koşullar ve seçenekler sunan çok yıllık sözleşmelerin, zaman geçtikçe taraflarca incelenip izlenmesi gerekebilir.⁶³

Daha karmaşık sözleşmeler, görüşmelerde ayrıntılar üzerine uzmanlık, kaynak, çaba ve zaman harcamaya daha fazla gereksinim duymaktadır. Planlama prosedüründe uzun süreli sözleşmeler, görüşme taraflarınca edinilen önceki deneyimler gibi yasal varsayılan rejimlerin kapsamı dışında kalabilmektedir. Derinlemesine yapılan görüşmelerin, sözleşme sonrası ihtilaflarda ortaya çıkabilecek davaları önlemek için gerekli olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, alternatif ihtilaf çözümü ve öngörülemez muhtemel olaylarda sözleşmeye dair yeniden görüşmelere dayalı modern fikir/kavramlar dava veya tahkim yargılamasını ikame edebilirler. Bu bağlamda, sadece hâkim görüşün beklentilerini yansıtan değil aynı zamanda her iki tarafın vizyonlarını, öngörü ve beklenmeyen durumlar için tasavvur edilebilir bir yönetimi yansıtacak iyi hazırlanmış, kapsamlı bir sözleşmeye ihtiyaç vardır. Bütün bu hususların, sözleşmelerin ticari dünyasında ortak bir zemini bulunmaktadır. Fakat, kamu sözleşmeleri dünyasında, bu gözlemlerin en azından AB

⁶² Lawther, **a.g.m.**, s.564.

⁶³ Krüger, **a.g.m.**, s.650.

ve Avrupa Ekonomik Alanı⁶⁴ alım mevzuatı gereğince sınırlı bir etkiye sahip olduğu görülmektedir.⁶⁵

Sözleşme görüşmelerini özel hukuk sözleşmeleri bakımından incelediğimizde, bir sözleşmenin yapılıp yapılmaması konusunda ve/veya sözleşme yapılmaya karar verilmesi hâlinde kiminle sözleşme yapılacağıın belirlenmesinde taraflara tanınan bir özgürlükten bahsetmek mümkündür. Sözleşme yapılıp yapılmama özgürlüğünün sınırlandırılması durumunda ise “sözleşme yapma zorunluluğu” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bu kavram da bizi, taraflardan birinin kamu olduğu sözleşmelere götürmektedir. Bu itibarla, idarenin sözleşme özgürlüğüne sahip olmadığı hususu yanında ihale sürecini başlatan idarenin bu ihaleyi mutlaka bir kamu alım sözleşmesinin kurulması suretiyle sona erdirmekle yükümlü olup olmadığı sorununun tartışılması gerekmektedir.

a. Sözleşme Yapma Zorunluluğu Bakımından Kamu Alımları

Sözleşme yapma zorunluluğu, kanundan kaynaklanabileceği gibi hukuki bir işlemde de doğabilir. Kanun ile belirlemede genel olarak; doğrudan nitelendirme, sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi ya da sözleşmeye ilişkin ihtilaflarda görevli yargı yerinin belirtilmesi söz konusu olmaktadır.⁶⁶ Dolayısıyla, sadece belli bir sözleşmeyi yapmakla sınırlı olmayıp, sözleşmeyi makul süre ve şartlarda yapma, sözleşmenin uygulanmasında devamlılığı sağlama ve haklı bir nedene dayanmaksızın sona erdirmeme yükümlülüklerini de ifade etmektedir. Bu nedenle kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu dolaylı olarak sözleşme özgürlüğünün diğer alt kollarını oluşturan sözleşmenin içeriğini belirleme ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır.⁶⁷

Sözleşme yapma zorunluluğu, her zaman doğrudan doğruya açık bir kanun hükmünden doğmaz. Bazen kanuni düzenlemelerden dolaylı olarak çıkarılır. Bu tür

⁶⁴ Avrupa Ekonomik Alanı (European Economic Area-EEA) 1 Ocak 1994 tarihinde, Avrupa Serbest Ticaret Birliği (European Free Trade Association-EFTA) ve AB üyesi devletler arasında yapılan bir anlaşma sonucu ortaya çıkmış bir iktisadi oluşumdur. Bu oluşum, EFTA üyesi devletlere, AB'ye üye olmadan, Avrupa tek pazarına katılmalarına imkân vermektedir. EEA, AB'nin yirmi yedi üyesi ile EFTA üyesi dört devletten üçü olan Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn'dan oluşmaktadır.

⁶⁵ Krüger, **a.g.m.**, s.632.

⁶⁶ Kemal Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2005, s.181.

⁶⁷ Buz, **a.g.e.**, s.117.

durumlarda, genel ve/veya dolaylı sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilmektedir. Buradaki genel ifadesi bir kural niteliğinde sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu anlamını taşımamaktadır. Zira, kural olan sözleşme yapma özgürlüğüdür.⁶⁸

Doğrudan veya dolaylı bir sözleşme yapma zorunluluğunun mevcudiyetinin kabul edilmesi hâlinde, ilk olarak karşı taraf bu yükümlülüğün aynen ifasını talep edebilir. Sözleşme yapma zorunluluğu bulunan tarafın bundan kaçınması durumunda, diğer taraf mahkemeye başvurarak kaçınan tarafın beyanda bulunmaya mahkûm edilmesini talep edebilecektir. Mahkemenin bu talebi kabul etmesi durumunda hâkimin kararı, sözleşmenin kurulmasına ilişkin beyanda bulunmaktan kaçınan kişinin beyanı yerine geçecek ve sözleşme kurulmuş olacaktır. Diğer taraftan, ister doğrudan ister dolaylı bir sözleşme yapma zorunluluğunun mevcudiyetinin kabulü için, karşı tarafın, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı (müspet) zararların tazminini talep etme imkânına sahip olması gerekir. Eğer muhatabın, diğer tarafın yapmaktan kaçındığı sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etme imkânı bulunmuyorsa, sözleşme yapma zorunluluğundan söz edilemez. Muhataba, sözleşme yapmaktan kaçınan kişiye karşı uğradığı müspet zararların tazminini değil de, sadece yaptığı harcamaların (menfi zarar) tazminini talep etme hakkı tanınmış ise, sözleşme yapma zorunluluğu mevcut değil demektir. Bu takdirde ortaya çıkan hukuki durum, sözleşme görüşmeleri esnasında, sözleşmenin kurulacağı yönünde karşı tarafta haklı bir güven oluşturan tarafın, sonradan sözleşme yapmaktan kaçınması ve bu nedenle diğer tarafın uğradığı zararları *culpa in contrahendo* esasına dayalı olarak tazminle yükümlü olmasına benzemektedir. Ancak, *culpa in contrahendo* ilkesinden hareketle bir sözleşme yapma zorunluluğunun çıkarılamayacağı kabul edilmektedir.⁶⁹

Bu noktada ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaması durumunda menfi zararın oluşup oluşmayacağı konusu önem kazanmaktadır. Menfi zararın oluşabilmesi için her şeyden önce sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir. 4734 sayılı Kanununun 46'nci maddesi uyarınca, sözleşmeler taraflarca

⁶⁸ A.e., s.117-118.

⁶⁹ A.e., s.119-120.

imzalanarak yazılı şekle bağlı kalınarak kurulmaktadır. Bu itibarla, ihale üzerinde kalan istekli sözleşmeyi imzalamazsa, ortada henüz bir sözleşme olmadığından, menfi zarardan da bahsedilemez. Ancak gerek öğretide gerek yargı kararlarında, henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada da tarafların birbirlerine verdikleri zararlar nedeniyle bir sorumluluğun söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bu sorumluluk *sözleşme öncesi sorumluluk* ya da *culpa in contrahendo* sorumluluğu adını almaktadır. Yargıtay'ın bir kararına⁷⁰ konu olayda, bir kişinin otel olarak kullanmak üzere inşa etmekte olduğu taşınmazı satın almak isteyen bir kamu kurumu, kişiye taşınmazda kendi ihtiyaçlarını karşılayacak tadilatlar yaptırmış, ancak daha sonra bu alımdan kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle vazgeçmiştir. Kararda, taraflar arasında resmî yazılı şekle uygun bir sözleşme akdedilmediğinden, satıcının zararının tazmininin ancak *sözleşme öncesi sorumluluk* hükümlerine göre çözümlenebileceği kabul edilmiştir. Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelerde çok istisnai durumlarda idareler bu tür bir zarara uğrayabilir.⁷¹

İdarenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunup bulunmadığı sorunu, idare bakımından sözleşme yapma özgürlüğünün bulunduğu kabulü hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bir tarafın sözleşme özgürlüğünü gerekçe göstererek sözleşme yapmaktan kaçınması, sadece onun bu yönde bir özgürlüğe sahip olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Eğer sözleşme yapmaktan kaçınan kişi, sözleşme yapıp yapmama hususunda serbestçe karar verme özgürlüğüne sahip değilse, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının tartışılması da bir önem taşımayacaktır. İdarenin sözleşme özgürlüğünü ileri sürmesi ise, temel hak ve özgürlükler bakımından pek de anlaşılır bir durum değildir. Zira, temel hak ve özgürlükler, bireyi idareye karşı korumayı amaçlar. Bu yönüyle de devlet, temel hak ve özgürlüklerin sahibi değil, muhatabıdır.⁷²

b. Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Kamu Alımları

⁷⁰ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 01.05.2000, E.1999/8290, K.2000/3358.

⁷¹ 4734 sayılı Kanununun 44'üncü maddesinde, ihalenin üzerinde kaldığı isteklinin sözleşmeyi imzalamadığı takdirde geçici teminatının gelir kaydedilmesi cezai şart olarak öngörülmüş olup, Kanunda aksi bir hüküm olmadığından, bu tür bir zarar söz konusu olması hâlinde gelir kaydedilen geçici teminat tutarının zarardan indirilmesi gerekmektedir. Ateş, **a.g.e.**, s.543-544.

⁷² Buz, **a.g.e.**, s.121.

Sözleşme özgürlüğü; tarafların bir sözleşme yapip yapmama, sözleşmenin karşı tarafını belirleme, içeriğini, şeklini düzenleme, sözleşmeyi değiştirme ve/veya sona erdirmeye gibi özgürlükleri bünyesinde barındırmaktadır. Kamu alım sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün kapsadığı özgürlüklere, sözleşme yapip yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü girmektedir.

İdare hukukunda, idarenin özel hukuka tabi kişilere tanınan şekliyle bir sözleşme özgürlüğünün olmadığını kabul etmek gerekir. İdare, hem idari nitelikteki sözleşmelerinde hem de özel hukuka tabi sözleşmelerinde bağımsız ve keyfi hareket etmesi ve tasarruflarda bulunması söz konusu değildir. İdare, kamu yararını gözeterek, kanunların çevrelediği sınırlar dâhilinde işlemde bulunur. Bu itibarla idarenin, tam olarak bir *irade serbestisine* sahip olduğu düşünülemez. Diğer taraftan, idarenin özel hukuk alanında faaliyette bulunması, onun bu vasfını yitirmesine neden olmayacağı gibi, idare *yasallık ilkesinin* gereklerine uygun olarak hareket etmek zorundadır. *Buz*'a göre, idare hukukunda geçerli olan *yasallık ilkesi* ile özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, kamu alım sözleşmeleri alanında birbirine ters düşen, biri diğerini dışlayan ilkeler değildir. Zira, kamu alım sözleşmeleri kapsamında, *sözleşme özgürlüğü ilkesi* bakımından sadece idarenin değil, bir de özel hukuka tabi diğer sözleşme tarafının bulunduğu göz önünde tutulması gerekir. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde, sözleşme taraflarından birinin kamu hukuku yetki ve kurallarına tabi olduğu iddiası doğru olmakla beraber, sözleşmenin özel hukuka tabi olduğu gerçeği de gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. İdarenin tek taraflı hukuki işlemlerine karşı bireyi korumak için tasarlanan idare hukukunun tüm kavram ve kurumlarının olduğu gibi, tek taraflı değil de iki taraflı bir işlem özelliği gösteren ve özel hukuka tabi olan sözleşmelere aktarılmasının kabulü zordur.⁷³

C. Kamu Alım Sözleşmelerinde Tarafların Yetki ve Hakları

KİSK'in *İlkeler* başlıklı 4'üncü maddesinde; bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemeyeceği, Kanunda belirtilen hâller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği belirtildikten sonra, bu Kanun

⁷³ A.e., s.122-123.

kapsamında yapılan sözleşmelerde tarafların, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında *eşit hak ve yükümlülük*lere sahip olduğu, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükmüne yer verilmiştir.

Her ne kadar sözleşme taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu açıkça düzenlenmiş ve ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinin bu esasa göre hazırlanması gerektiği belirtilmiş olsa da, gerek KİSK ve gerekse Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan ikincil mevzuat ile standart ihale dokümanlarında ve özellikle tip sözleşmelerde, ağırlıklı olarak yüklenicilerin yükümlülükleri ve sorumlulukları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, idarenin yükümlülükleri ise birkaç maddede sembolik olarak yer almıştır. KİSK ve tip sözleşme hükümlerine bakıldığında, yüklenicilerin, idare karşısında yükümlülükler bakımından hiç de eşit olmadıkları açıkça görülmektedir. Bu durum, kamu alım sözleşmelerinde özel hukuku aşan bir rejimin benimsendiğinin açık bir göstergesidir.⁷⁴

İdari sözleşmelerde idare, sözleşmenin karşı tarafına göre üstün bazı yetki ve ayrıcalıklara aleni sahiptir. Aslına bakılırsa, sözleşmenin taraflarından birinin idare olduğu her sözleşmede bu heterojen durum az çok görülmektedir. Diğer taraftan, sözleşmenin yapılması sırasında oluşturulan mali dengenin korunması gereği de sözleşmenin -idare dışındaki- diğer tarafına bazı taleplerde bulunma hakkını vermektedir.⁷⁵ Bununla birlikte, iş sahibinin (idare) karakteristik borçları, yükleniciye sözleşme şartlarına uygun olarak, zamanında hak ettiği bedeli ödemek ve yapılan işin, sözleşmede yazılı şekilde geçici ve kesin muayene/kontrol/kabullerini yapıp teslim almaktır. Bunların dışında kalan sözleşme öncesi ve sonrası yükümlülükler, tali olmakla birlikte, sözleşmenin yönetimine ve ifasına, hâliyle

⁷⁴ Uz, **a.g.e.**, s.66. Nitekim bu tespiti haklı kılacak bir değerlendirmede bulunan *Karayalçın*'a göre, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara dayalı olarak hazırlanmış tip sözleşme hükümleri ve bu hükümlerin yorum ve uygulamasından doğan ihtilaflarda, idare ile sözleşme ilişkisine giren karşı tarafın davayı kaybetmesi hiç de sürpriz olmayacaktır. Yaşar Karayalçın, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II (Bildiriler-Tartışmalar)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No:407, 2004, s.85-86.

⁷⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.505.

projenin kaderine etki edecek ve muhtemel ihtilaflara konu olabilecek nitelikte ve önemdedir.⁷⁶

1. İdarenin Yetkileri

İdarenin yetki ve haklarından önce kısaca yükümlülüğünden bahsetmek faydalı olacaktır. İdarenin en önemli yükümlülüğü, sözleşmenin hükümlerine uygun hareket etmektir. Bu çerçevede, idare sözleşmenin mali dengesini bozucu işlem ve eylemlerden kaçınmalıdır. Aksi hâlde, idare işlem ve eylemlerinden doğan yahut mücbir sebeplerden kaynaklanan sözleşmenin mali dengesindeki bozulma durumlarında, özel hukuk kişinin uğradığı zararı tazminle veya sözleşmeyi yeni şartlara uydurmakla yükümlü tutulabilir. Bunların dışında idare, sözleşme konusu işin gerektirdiği arazinin sağlanması, kamulaştırma yapılması konusunda kendisine düşen sorumluluğu yerine getirmekle; sözleşme ile doğan para borcunu yükleniciye zamanında ödemekle, sözleşmenin mali dengesini korumakla (fait du prince), şartlar oluştuğu takdirde yüklenicinin sözleşmeyi yeni şartlara uyarlanması taleplerini değerlendirmekle (öngöremezlik kuramı) yükümlüdür.⁷⁷

Kamu hizmetinin gerçek yükümlüsü ve sorumlusu, ayrıca alıma konu işin sahibi olan idare, bazıları sözleşme ve eklerinden bazıları da kamu gücünden kaynaklanan kimi hak ve yetkilere sahiptir. Bu itibarla idare, sözleşmenin uygulanmasını gözetmek ve denetlemek yetkisine sahip olup, bu çerçevede sözleşmenin karşı tarafına emir ve direktif verebilir. Sözleşme konusu işi üstlenen/yüklenen özel hukuk kişinin faaliyetlerini, işin her aşamasında fonksiyonel olarak denetleyebilir ve gerektiğinde yönlendirebilir. Burada asıl üzerinde durulması gereken idarenin sözleşmede tek taraflı değişikliğe gidip gidemeyeceğidir. Yargı organlarının, idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi bulunduğunu kabul eden kararları mevcuttur.⁷⁸ Bu yetki, idarenin kamu hizmetini kamusal gereksinimlere göre düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir.⁷⁹ *Onar*'a göre, idari sözleşmenin dayandığı şartnamelerin, idari birer tasarruf

⁷⁶ Şükrü Enhoş, “Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Olası Sözleşme İhlalleri”, (Çevrimiçi) <http://www.enhos.av.tr/tur/default.asp?id=190>, 04 Kasım 2013.

⁷⁷ Kalabalık, **a.g.e.**, s.475-476.

⁷⁸ Danıştay Dava Daireleri Umumî Heyeti; 05.121952, E. 952/320-K. 952/137.

⁷⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.505.

niteliğinde olduğunu, şartnamelerin tabii olduğu usuller dairesinde idare tarafından tek taraflı değiştirilebileceğini, bu değişikliklerin tabii sonucu olarak sözleşme üzerinde etki edecek ve bu şekilde sözleşme tadil edilmiş olacaktır.⁸⁰ Bu çerçevede, kamu hizmetlerine hâkim olan *değişkenlik* ve *uyum* ilkelerinin bir sonucu olarak, kamu hizmetinin sahibi ve yürütücüsü vasfıyla idarenin, kamu yararının gerektirdiği hâllerde, karşı tarafın uğradığı zararı gidermek koşuluyla, her zaman tek taraflı sözleşmede değişikliğe gidebileceği sonucu çıkmaktadır.⁸¹

Her ne kadar Türk kamu alımları mevzuatında, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması hâlinde malın montaj veya teslim yeri ile malın süresinden önce montaj ve teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin hususlardaki sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabileceği belirtilmiş ve bu hâllerin dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği hükmüne yer verilmiş olsa da, sözleşme hükümlerinde değişikliğe neden olabilecek bazı durumların varlığı kabul edilmelidir.⁸²

KİSK'in 15'inci madde hükümleri sözleşmede değişiklik yapılması konusunda idareye imkân vermektedir. Söz konusu maddede, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi koşuluyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabileceği düzenlenmiştir.

KİSK'in 8'inci maddesinde ise, fiyat farkı düzenlenmiş ve "*Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumu'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Sözleşmelerde yer alan fiyat*

⁸⁰ Onar, **a.g.e.**, s.1596-1597.

⁸¹ Kalabalık, **a.g.e.**, s.476.

⁸² Nitekim, YİĞŞ'nin 13'üncü maddesine göre; İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde gerekli göreceği her türlü değişikliği yapmaya yetkili olup, yüklenici işin devamı sırasında süre ve maliyet farklılığına ilişkin talepleri saklı kalmak kaydıyla, gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Ayrıca, mal alımları ve hizmet alımları tip sözleşmesinde yer almamakla birlikte, yapım işlerine ilişkin tip sözleşmede, yüklenicinin işin yapımı sırasında yürürlükteki kanun, tüzük, yönetmelik ve benzeri diğer mevzuat hükümlerine de uymakla yükümlü olacağı belirtilmiştir. Uz., **a.g.e.**, s.85-86.

farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz” denilmiştir.⁸³

Fransız idare hukukunda da idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yetkisi, sözleşmenin mali olmayan hükümleri ile sınırlandırılarak kabul edilmekte ve idarenin hizmeti düzenleme yetkisinin bir uzantısı olarak görülmektedir. İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yetkisinin sınırlandırılmadığı durumlarda da, değişiklik sözleşmenin karşı tarafının yükümlülüklerini artırdığı oranda kendilerine bir karşılık verilmesi gereği kabul edilmektedir.⁸⁴

Türk kamu alım hukukunda, süre uzatımı verilebilecek hâller ve şartlar ikincil mevzuat⁸⁵ düzeyinde yapılan düzenlemelerle sonuç doğurmaktadır. Mücbir sebep olarak kabul edilen; (a) yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması, (b) taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, (c) yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi, (ç) mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması, (d) yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi şartları aranmak koşuluyla, süre uzatımı verilebilecek hâller; a) Doğal afetler, b) Kanuni grev, c) Genel salgın hastalık, ç) Kısmi veya genel seferberlik ilanı, d) Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller, şeklinde sıralanmıştır. Önemli bir husus, yüklenici tarafından zamanında yapılamayan başvuruların dikkate alınmayacağı ve yüklenicinin başvuru süresini geçirdikten sonra süre uzatımı isteğinde bulunamayacağıdır. Dolayısıyla, yirmi günlük süre zaman aşımı öngörülen bir süredir.

⁸³ Kanunun 8’inci maddesinin ikinci fıkrası, hüküm bakımından her ne kadar keskin hatlara sahip olsa da, 30.07.2008 tarih ve 5794 sayılı Kanunun 1’inci maddesi ile eklenen Geçici 2’nci madde, yapım işlerinde fiyat farkını yeniden düzenlemiş ve bu düzenlemeye göre; “31/5/2008 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılmış yapım işlerinde, iş kalemleri veya iş gruplarının imalatında kullanılan malzemelerin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına veya ihalenin yabancı para üzerinden sözleşmeye bağlanıp bağlanmadığına bakılmaksızın 1/1/2008 tarihinden sonra yapılan ve yapılacak olan imalatlar için fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.” denilmiştir. Dolayısıyla İdare, fiyat farkı verilmesi hususunda beklenmeyen artışların meydana gelmesi durumunda geçici madde hükmüne dayanarak, usul ve esaslara uyarak fiyat farkı düzenlemesine gidebilecektir.

⁸⁴ Lûtfî Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.440.

⁸⁵ YİGS’in *İşin süresi ve sürenin uzatılması* başlıklı 29’uncu maddesi, HİGS’in *İşin süresi ve uzatılması* başlıklı 35’inci maddesi.

Mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hâllerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi hâlinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır. Burada da idarenin yükleniciye karşı güçlü yönü görülmektedir. İdareden kaynaklanan sebeplerle sürenin uzatılabilmesi için, idarenin söz konusu hâli, uzatma nedeni olarak kabul etmesi gerekir. Bu itibarla, kendisinden kaynaklandığı hâlde süre uzatımının idarenin takdirine bırakılması, yükleniciye karşı idareye tanınan bir ayrıcalıktır. Dolayısıyla idare, kendisinden kaynaklanan nedenlerle işin süresinde bitirilememesi hâlinde bile, süre uzatımı için bu durumu gecikme nedeni olarak kabul etmezse, gecikme cezası verilmesi, sözleşmenin feshi ve teminatların gelir kaydedilmesi gibi yolları yaptırım olarak işletebilmektedir.⁸⁶

İdare, kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kamu hizmetlerinde değişkenlik ve uyum ilkesinin bir gereği olarak, idarenin sözleşmede tek taraflı değişikliğe gitme yetkisi yanında, yaptırım uygulama imkânı da bulunmaktadır. Sözleşmenin yerine getirilmesinde karşı tarafın kusurlu davranışları karşısında idare yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetki, sözleşmede öngörülme de idarece kullanılabilir. Uygulanabilecek yaptırımlar maddi müeyyidelerle sınırlı olmayıp, ağır kusur hâlinde sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesini de içermektedir. Maddi yaptırımlar, sözleşmede öngörülen para cezaları yanında uğranılan zarara karşılık idarece belirlenecek tazminatı da kapsamaktadır.

Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme'nin *Gecikme hâlinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi* başlıklı 25'inci maddesine göre⁸⁷, idare tarafından sözleşmenin 18'inci maddesinde belirtilen süre uzatımından ve sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışlarından kaynaklanan hâller hariç, iş zamanında bitirilmediği ve/veya edim yerine getirilmediği takdirde her takvim günü için yükleniciye yapılacak ödemelerden sözleşme bedeli üzerinden idare tarafından tayin olunan (% 0,03 ila %

⁸⁶ Uz, **a.g.e.**, s.75.

⁸⁷ Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin *Gecikme hâlinde uygulanacak cezalar ve kesintiler ile sözleşmenin feshi* başlıklı 34'üncü maddesi; Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme'nin *Cezalar ve sözleşmenin feshi* başlıklı 16'ncı maddesi idarenin gecikme cezası konusunda belirlediği hükümleri ihtiva etmektedir.

0,06 arasında) oranda⁸⁸ gecikme cezası kesilir.⁸⁹ Gecikme cezası, işin sözleşmede belirlenen normal süresinin sona ermesi hâlinde veya süre uzatımı verilmişse bu sürenin sonunda iş tamamlanmamışsa, sürenin bitiminden itibaren uygulanma niteliği kazanır. Söz konusu gecikme cezası yükleniciye protesto çekmeye gerek kalmaksızın

⁸⁸ İdare, % 0,03 - % 0,06 oran aralığında takdir yetkisini kullanabilmektedir, fakat gecikme cezasını uygulama noktasında bağlı yetki ile idareye takdir hakkı tanınmamıştır. Bir başka anlatımla, idare gecikme cezasını uygulayıp uygulamama konusunda bir serbestliğe sahip değildir. Ancak, tip sözleşmede verilen oranlar arasında bir belirleme yapabilmektedir. Bu oranı tayin ederken idarenin kullandığı ve/veya kullanması gereken objektif ölçütler bulunmamaktadır. Bununla birlikte, gecikme cezası ve oranlarına ilişkin olarak Kanunlarda (4734 ve 4735) genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Tamamen tip sözleşmelerin ilgili hükümlerine dayanılarak, idarenin de takdirine bırakılmadan, ceza hükümleri oluşturulmaktadır. Dolayısıyla, kanunda olmayan bir hükme, alt mevzuatta yer verilmesi hukuk düzeni ve güvenliği bakımından sakıncalı ve bir o kadar da sağlıksız sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, kamu alımlarında tip sözleşme hükmü olarak idarelerin uyguladığı gecikme cezasının, TBK ile borçlar hukukuna getirilen genel işlem koşullarının ilgili hükümleri çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi yerinde olacaktır. İdarelerin tip sözleşmelerdeki gecikme cezası uygulaması hususunda şu iki durum akla gelebilir: İdare sözleşmede gecikme cezası belirlemezse ya da tip sözleşmelerde belirlenen limitler dışında bir gecikme cezası oranı belirlerse uygulama nasıl olmalıdır? 4734 sayılı Kanun kapsamında ihalesi gerçekleşen alımlarda bu iki durumun yaşanması mümkün değildir. Çünkü, idare ihale hazırlığını EKAP üzerinden yaptığı ve idari şartname, sözleşme tasarısı ve standart formlarını bu şekilde oluşturduğu için, bu iki duruma ilişkin hata yapma ihtimali yoktur. Ancak, ilk durum, doğrudan temin yolu ile gerçekleşen kamu alımlarında, kapsam dışındaki alımlar ya da istisna alımlarda söz konusu olabilir. İkinci duruma ilişkin olarak, doğrudan temin sözleşmeler Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğu için, borçlar hukukundaki ceza hükümleri geçerli olacaktır. Ateş'e göre sözleşmede gecikme cezası belirlenmediği takdirde yükleniciden gecikme cezası kesilmesi mümkün değildir. Ancak, bu durumda idare görevlilerinin sorumlulukları söz konusudur. Gecikme cezası oranının tip sözleşmede belirlenen oranlardan farklı belirlenmesi hâlinde ise, sözleşmeye hangi oran yazılmışsa onun uygulanması gerekecektir. Zira, taraflar açısından bağlayıcı olan sözleşmedir. Ateş, **a.g.e.**, s.466. Ateş'in bu son görüşüne katılmak mümkün değildir. İdarenin bağlı yetkisi ile kendisine tanınan oranlar içinde kalması gerekir. İdarenin hatasının ve/veya keyfiyetle belirlediği bir ceza oranının yükleniciye yükletilmesi hakka ve akla uygun düşmez.

⁸⁹ Hizmet alımlarında; “Kısmi kabul öngörülmemiş işlerde, yüklenicinin işi süresinde bitirmemesi durumunda, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için kesilecek ceza miktarı sözleşme bedelinin % 1'ini geçmemek üzere oran olarak belirtilecektir. Ancak, gecikmeden kaynaklanan aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceği, sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde ise sözleşme bedelinin % 1'ini geçmemek üzere idarece bu maddede belirlenecek oranda ceza uygulanacağı hususuna maddede yer verilecektir.

Kısmi kabul öngörülen işlerde, yüklenicinin işin kısmi kabule konu olan kısmını süresinde tamamlamaması durumunda, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için kesilecek ceza miktarı süresinde tamamlanmayan kısmın bedelinin % 1'ini geçmemek üzere oran olarak belirtilecektir. Ancak, gecikmeden kaynaklanan aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, 4735 sayılı Kanununun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşmenin idarece feshedilebileceği, sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde ise sözleşme bedelinin % 1'ini geçmemek üzere idarece bu maddede belirlenecek oranda ceza uygulanacağı hususuna maddede yer verilecektir.”

Mal alımlarında ise; “Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak malın/işin kısmi kabule konu olan kısmını süresinde teslim etmemesi/bitirmemesi hâlinde, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için teslim edilmeyen/bitirilmeyen kısmın bedelinin[İdare, onbinde birden az, yüzde ikiden fazla olmamak üzere belirlediği ceza oranını yazıyla buraya yazacaktır.] oranında gecikme cezası uygulanır.”

ödemelerden kesilebileceği gibi, cezanın ödemelerden karşılanamayacağı durumlarda yükleniciden ayrıca tahsil edilir. Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde yazılı gecikme ihtarının yükleniciye tebliğinden itibaren en az on günü geçmesi hâlinde, idare sözleşmeyi fesheder. Ancak, bu ihtarname gecikme cezası kesilmesinin değil, sözleşmenin feshedilmesinin şartıdır. İdarenin yükleniciye ihtarda bulunması sözleşme sürecinin işleyişi ile ilgilidir ve yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmemeye devam etmesi durumunda, sözleşmenin feshedileceğini bildirmek amacını taşır. Zaten kamu alımlarında, yüklenici tarafından işin teslim tarihinin bilinmemesi söz konusu olamaz. Bu itibarla, ihtarname çekilmemiş olsa da gecikme cezasının tatbiki gerekir.

Gecikme cezası uygulanabilmesi için her şeyden önce sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulması gerekmektedir. Ceza hükmünün konulabilmesi için, sözleşmenin 4735 sayılı Kanuna göre bağitlanmış olması şart değildir. Doğrudan teminle yapılan bir kamu alımında da, sözleşmeye ceza uygulamasına yönelik bir hüküm konulmuşsa, gecikme cezasının uygulanması gerekmektedir.⁹⁰

Teminatın paraya çevrilip gelir kaydedilmesi de bir maddi yaptırım sayılmaktadır. Diğer taraftan idarenin, kamu yararı gerekçesiyle sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, sözleşmenin tek taraflı sona erdirilebilme yetkisi, kamu hizmetinin işleyişi gerekleri ile açıklanmakta ve idarece vazgeçilemeyeceği kabul edilmektedir. Hatta, idarenin sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebileceği durumların sözleşmede sayılmış olmasının sınırlandırıcı nitelik taşımadığı belirtilmektedir.⁹¹

Bununla birlikte, kamu alımlarında idarenin üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olması gerektiği anlayışının izlerine, tip sözleşmelerin genel yaklaşımında rastlamak mümkündür. Örneğin, mal alımları tip sözleşmesinde yükleniciye ait yükümlülükler detaylıca 21 ila 31'inci maddeler arasında düzenlenmişken, idarenin yükümlülükleri sadece tek bir maddede (m.32) düzenlenmiş olup, bu maddede de idarenin, malın

⁹⁰ Ateş, **a.g.e.**, s.437.

⁹¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.506-507. Gecikme cezasına bağlı olarak idare, yüklenici karşısında ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Gecikme cezası uygulanması için idarenin gecikmeden dolayı zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur. Sözleşmede belirlenen cezai şart, idare gecikmeden dolayı herhangi bir zarara uğramasa da uygulanır. Ateş, **a.g.e.**, s.446.

montajının yapılacağı yerleri yükleniciye yazılı olarak bildirerek her zaman değiştirme hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle idareye üstünlük tanınmıştır. Mevzuat ve ihale dokümanlarına bakıldığında, idareye tanınan üstünlükler, sözleşmenin imzalanmasından önce başlamakta ve sözleşmenin uygulanmasına ve sona erdirilmesine kadar devam etmektedir.⁹²

2. Özel Kişinin Hakları

İdare ile sözleşme ilişkisine giren özel hukuk tüzel kişinin haklarından önce bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle, üstlendiği/yüklendiği kamu işini bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Söz konusu ifayı, tam olarak, zamanında, sözleşme ve eklerine uygun olarak yerine getirmelidir. *Süreklilik ve düzenlilik ilkesi* uyarınca, idarenin yapacağı gözetim ve denetime katlanmak ve *değişkenlik ilkesi* gereğince idarenin yapacağı tek taraflı değişiklikleri kabul etmek zorundadır.⁹³

Bununla birlikte, sözleşmenin idare karşısındaki özel hukuk tüzel kişisi tarafına, sözleşme ile sağlanan mali haklar yanında bazı kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanma olanağı da sunulmaktadır. Sözleşmenin yapılması sırasında kurulan mali dengenin, sözleşmenin uygulanması esnasında da korunması, her iki taraf için de gözetilmesi gereken bir durumdur. Bu nedenle idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisini, sözleşmenin mali hükümleri söz konusu olduğunda kullanmaması icap eder. Sözleşmenin uygulanması sürecinde tarafların iradeleri ve öngörülere dışında oluşan hükümler nedeniyle bu dengede özel hukuk tüzel kişisi aleyhine bozulma görülürse ve bundan dolayı da sözleşmenin yürütülmesinde güçlüklerle karşılaşılırsa, özel hukuk tüzel kişinin ağırlaşan yükümlülüğünün idarece giderilmesi, yargı kararları ile geliştirilen kuramlarla kabul edilmektedir.⁹⁴

Koşulların beklenmedik bir biçimde değişmesi, ifanın borçluya yüklenemeyecek derecede güçleşmesi ya da alacaklı için tüm anlamını yitirmesi nev'inden durumlar, genel anlamda borcun ifa edilmemesi anlamını taşıyan durumlardır. *Serozan* borcun ifa edilmemesi anlamına gelen bu durumları, geniş bir

⁹² Uz, **a.g.e.**, s.66-67.

⁹³ Kalabalık, **a.g.e.**, s.472-473.

⁹⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.507.

perspektiften yaklaşarak, şu başlıklar altında toplamıştır: Alacaklı temerrüdü, alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkânsızlığı, borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkânsızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkânsızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesine sarkan uzantısı (culpa in contrahendo), işlem temelini çökmesi (borçlunun aşırı ifa gücüne düşmesi ve alacaklının beklentisinin boşa çıkması).⁹⁵

Mali denge ilkesine göre, bedel veya ücret sözleşmede kesin ve değişmez bir biçimde saptanan bir olgu olarak değil de, karşı tarafa yüklenen ve gerçek külfete göre ayarlanan bir kavram olarak düşünülmelidir. Sözleşmenin uygulanacağı ve oldukça uzun süre içinde tarafların öngörü ve iradeleri dışında gerçekleşen birtakım durumlar nedeniyle özel hukuk tüzel kişinin taahhüdünde görülen ağırlaşma hâllerinde, idarenin bunu bazen tazmin ederek gidermesi, bazen de katkıda bulunarak hafifletmesi gerektiğinden “fait du prince/kamu gücü” ve “emprevizyon-beklenmeyen hâl/öngörülemezlik” kuramları ortaya çıkmıştır.⁹⁶ Kurulmuş bir sözleşmede, sonradan ortaya çıkan bazı olgular nedeniyle değişiklik yapılabilmesi için, bugün tüm çağdaş hukuk sistemlerinde kabul edilen *beklenmeyen hâl* (emprevizyon) veya *clausula rebus sic stantibus* kuramının koşulları gerçekleşmiş olmalıdır.⁹⁷ Bu kuram, borçlunun şartlar ne olursa olsun mutlaka sözleşmeye sadık kalmasını zorunlu gören *pacta sunt servanda* kuramını yumuşatmaktadır.⁹⁸

Birbirleri ile yakın anlam ilişkisi içinde olan bu kavram ve kuramları açıklamadan önce devlet hukuklarındaki karşılıklarına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Zira, terminolojik çeşitlilik devlet hukuklarındaki tarihi geçmişten ve tercihten ileri gelmekte ve izaha ihtiyaç duymaktadır.

Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra sözleşmelerin uyarlanması ihtiyacı Avrupa’da güncel bir sorun hâline gelmiş ve her devlet, kendi hukuk düzeni içinde,

⁹⁵ Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm III (İfa, İfa engelleri, Haksız zenginleşme)**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.133-134.

⁹⁶ Duran, **a.g.e.**, s.442-443.

⁹⁷ *Topuz*’a göre, beklenmeyen hâl deyiminin *clausula rebus sic stantibus* karşılık gelecek şekilde edimler arasındaki denge ilişkisinin sonradan bozulduğu durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesi için kullanılması, isabetli değildir. *Topuz*, **a.g.e.**, s.59.

⁹⁸ Haluk Burcuoğlu, “Hukukta Uyarılma-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20, 1996, s.60.

farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Sözleşmeye kanun gücü tanıyan ve sözleşmeye bağlılık ilkesinden ödün vermeyen Fransız *Code Civil* geleneğinin kuvvetli olduğu devletlerde bu soruna görece muhafazakâr yaklaşılmış ve süreyle sınırlı, olaya ilişkin özel çözümlerle yetinilmiştir. Kazuistik yöntemi benimseyen ve somut olayda ihtilafların çözümünde daha esnek bir yaklaşıma sahip Alman BGB geleneğine yakınlık gösteren devletlerde ise genel çözüm arayışına doğru bir yol izlenmiştir.⁹⁹ Alman ve İsviçre öğretisinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kavramını belirtmek için, “*clausula rebus sic stantibus*”, “Unzumutbarkeit” (beklenmezlik), “Unerschwinglichkeit” (aşırı güçlük), “Wegfall der Geschäftsgrundlage” (işlem temelini çökmesi) terimleri kullanılmaktadır. Buna karşın Fransız öğretisinde “*imprèvision*” (emprevizyon-beklenilmeyen hâl), “*Rèvision contrat par le juge*” (sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanması veya feshi) ve “*force majeure*” (mücbir sebep); İngiliz öğretisinde ise “*implied conditions*” (zımni şart) ve “*foundation of contract*” (sözleşmenin temeli) terimleri kullanılmaktadır. Türk hukukunda ise, öğretisi ve Yargıtay kararlarında bu kavramı belirtmek için çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bunlar arasında; “*clausula rebus sic stantibus*”, “beklenmeyen hâl şartı”, “sözleşmenin değişen şartlara uydurulması veya uyarlanması”, “işlem temelini çökmesi veya sarsılması”, “öngörülemeyen hâller”, “aşırı güçlük”, “emprevizyon”, “umulmazlık”, “fevkalade hâl” ve “mücbir sebep” sayılabilir.¹⁰⁰

Karşılaştırmalı hukuk açısından görülen bu farklılıkların nedeni tarihi olduğu kadar aynı zamanda dogmatiktir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân tanıyan bu kuramları şu başlıklarda toplamak mümkündür: *Clausula rebus sic stantibus*, *emprevizyon*, *işlem temelini çökmesi* ve *frustration*.¹⁰¹ Karşılaştırmalı hukukta geliştirilen çözüm farklılıklarına rağmen, aslında her kuram sözleşmenin

⁹⁹ Fransız Medeni Kanunu'nun etkisinde hazırlanmış olmasına rağmen, İtalyan (m. 1467-1469) ve Portekiz (m. 438) Medeni Kanunlarında, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda Alman hukukunun etkisi hissedilir. Baysal, **a.g.e.**, s.1-2.

¹⁰⁰ M. Enis Sarıal, “Beklenmeyen Hâlin Sözleşmeye Etkisi (I)”, **Yargı Dergisi**, 1980/Nisan, Sayı: 47, s.26.

¹⁰¹ Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sorununa cevap arayan yaklaşımların kökeninde, tarihi süreç bakımından klasik teori olarak adlandırılan *clausula rebus sic stantibus* teorisi bulunmaktadır. Bu teori daha sonra, özellikle Fransız hukuku etkisinde kalan hukuklarda *emprevizyon* teorisi olarak gelişmiştir. Alman hukukunda ise tarihi gelişim farklı olmuş, öğretilerde geliştirilen görüşler sonucu *işlem temelini çökmesi* teorisi doğmuştur. Bunun dışında Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki gelişmeler Kara Avrupası hukuk sisteminden tamamen farklı bir yol izlemiş ve *frustration* teorisi meydana gelmiştir. Baysal, **a.g.e.**, s.17.

kurulmasından sonra meydana gelen, önceden görül(e)meyen değişikliklerin sözleşmeyi nasıl etkileyeceğini ve değişen durumlar sonucu ortaya çıkan adaletsizliğin nasıl düzeltileceğini belirlemeyi amaçlamaktadır.¹⁰² Ayrıca, sözleşmenin uyarlanması noktasında hangi kuram kabul edilirse edilsin, bu kuramların çıkış noktasının somut olay adaleti olduğu unutulmamalıdır.¹⁰³

Her bir metinde kullanılan terimlere bakıldığında, görünüşte birbirinden farklı dört ayrı hukuk kavramının kullanıldığı dikkat çeker: *Emprevizyon*, *hardship*,¹⁰⁴ *change of circumstances*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Her dört hâlde de sözleşmelerin uyarlanması söz konusudur.¹⁰⁵ Bu hukuki kurumlar, mutlaka kendi içlerinde benzerlik taşımaktadır. Zira bu kurumların hepsi, sözleşme tarafları için, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme koşullarında meydana gelen değişikliğin hukuki sonuçlarını düzenler. Bu kurumların üç unsuru ortaktır: Değişen durumların önceden görülemezliği, değişikliğin tarafların davranışlarından bağımsızlığı, edimlerin ifası imkânsızlaşmadan edimler arası dengenin sarsılması. Ancak, buna rağmen bu hukuki kurumlar elbette ilke bakımından farklılıklar da taşımaktadır. Özellikle Fransız içtihadı ifa sarsılmaları bakımından sadece edimler arası dengenin bozulması (*Äquivalenzstörung*) ve aşırı ifa güçlüğü (*Leistungserschwerisse*) (ekonomik şartların değişmesi), bir başka ifadeyle objektif nitelik taşıyan durumları

¹⁰² Baysal, **a.g.e.**, s.3. Örneğin, Türk ve İngiliz hukukları arasındaki yapısal farklılıklara rağmen *frustration* (tasavvurun boşa çıkması) ile *clausula rebus sic standibus* birbirinden tamamen ayrı kavramlar değildir. Ayşe Arat, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara, Seçkin, 2006, s.25.

¹⁰³ Baysal, **a.g.e.**, s.17.

¹⁰⁴ *Hardship* terimi, uluslararası ticarete ve devlet hukuklarında İngilizce olarak kullanılmaktadır. PICC'nin Fransız metninin yorumunda, İtalyanca, İspanyolca ve Portekizce versiyonlarında çevrilmeden *hardship* şeklinde kullanılmaktadır. Sözleşmede uyarlamaya ilişkin hüküm bulunması, uluslararası ticari ilişkilerde sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Günümüz ticari ilişkilerinde, özellikle de uluslararası ticaretin hacmi ve sözleşmelerin süresi gerektirdiğinden, koşullardaki değişikliği öngören ve bu olasılığı hesaba katan taraflar, sözleşmelerinde uyarlama klostlarına yer vererek önlem alma yoluna giderler. *Hardship* klostları da tarafların bu tür bir tedbir arayışından doğmuştur. Değişen koşulların sözleşmeye etkisi ile ilgili çözümlerin ve yaklaşımların devlet hukuklarında birbirinden farklılık göstermesi, uluslararası ticari sözleşmelerde *hardship* klostları ile uyarlamaya olanak verilmiştir. Taraflardan birinin Alman ve diğerinin Fransız olduğu bir hukuki ilişkide uygulanacak olan hukukun Fransız hukuku olması durumunda sözleşme değişen koşullara uyarlanamayacakken; Alman hukuku olması durumunda sözleşme değişen koşullara *işlem temelinin çökmesi* şartları çerçevesinde uyarlanabilecektir. Devlet hukuklarındaki bu farklılıktan kaynaklanan bu riski göze almak istemeyen taraflar, önlem olarak *hardship* hükümlerine başvurmakta ve sözleşmelerinde yer vermektedir. Baysal, **a.g.e.**, s.199-200.

¹⁰⁵ Eleanor Cashin-Ritaine, "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar", **İÜHFİM**, Çev. Başak Baysal, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s.329.

kabul etmektedir. Amacın boşa çıkması (sübjektif değişiklikler) (Zweckstörung) durumunu ise kabul etmemektedir. Bu koşullarda sözleşmelerin uyarlanması, Fransız hukukunda mümkün değildir. En iyi ihtimalle, belli olaylarda sözleşmelerin geçersizliğinin gündeme gelebileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁶

a. Fait du Prince Kuramı

Türk hukuk terminolojisinde “kamu gücü” ifadesi ile karşılık bulan kavram, sözleşmenin uygulanması koşullarının idarenin karar ve işlemleri ile ağırlaşması durumunu anlatmak için kullanılan bir terimdir.¹⁰⁷ Bu durumda, sözleşme ile bağıtlı idarenin, sözleşmeden kaynaklanan ve/veya sözleşme dışındaki yetkilerini kullanarak eylemde bulunduğu işlemler söz konusudur. Dolayısıyla, sözleşmeye taraf idarenin dışında başka bir idari organ ve makamca alınan kararlar nedeniyle bu durum meydana gelmişse bu kuramın uygulanması söz konusu değildir.¹⁰⁸ Şartları varsa, özel kişinin zararı, öngörülemezlik kuramına dayanarak giderilebilir.

Hizmeti yüklenen özel hukuk kişisi, sözleşmenin mali dengesinin korunmasının talebiyle, idarenin tek taraflı iradesiyle sözleşmede yaptığı değişiklik sonucu, uğradığı zararların karşılanmasını *fait du prince* kuramı gereğince isteyebilir. Sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisi, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan idarenin *birel* ya da *genel-düzenleyici* bir işlem ve kararı ile şartları ağırlaştırıp, ek mali külfete sebebiyet vermesi durumunda, *fait du prince* kuramı gereğince ortaya çıkan zararın giderilmesini (başlangıçta kurulan sözleşmenin mali dengesinin korunmasını) isteyebilir. Bu hâliyle *fait du prince*, sözleşmeye dayalı bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁹ Sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişi aleyhine bozulan mali dengenin, tam bir tazminat ödenerek yeniden kurulması ya da yargı yerinin “fait du prince”e dayanarak bunu kararlaştırması için sözleşmenin tarafı idarenin veya *birel* ya da *genel-düzenleyici* bir işlem ve kararı olup olmaması çok önemlidir. Karar, sözleşme tarafı idarenin *genel-düzenleyici* işlemi ise ve diğer

¹⁰⁶ Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.332.

¹⁰⁷ Örnek vermek gerekirse, sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisi şirketin kullandığı bir hammadde üzerine konulan yeni bir vergi, işçi asgarî ücretleri veya sosyal güvenlik primlerinin artırılması hep idare tarafından alınan tek taraflı kararlar olmakla beraber mali dengeyi etkileyen durumlardır. Özay, **a.g.e.**, s.259.

¹⁰⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.508.

¹⁰⁹ Kalabalık, **a.g.e.**, s.474-475.

tarafın yükünü ağırlaştırmışsa, *fait du prince* uygulanabilir. Aynı şekilde, sözleşmenin tarafı idare, kolluk, vergilendirme gibi yetkilerine dayanarak yaptığı *birel* işlemi ile diğer tarafın yükünü artırmışsa bunu gidermekle yükümlüdür.¹¹⁰

Fait du prince kuramının uygulanabilmesi için, alınan tedbirlerin ve işlemlerin öznel bir nitelik arzetmesi, bir başka anlatımla sözleşmeye taraf özel kişi üzerinde dolaylı bir şekilde etki yapması yahut genel bir nitelik arzetmekle birlikte, doğrudan doğruya sözleşmenin konusuna, bir başka anlatımla tarafların sözleşmenin yapılması anında göz önünde tuttıkları durumlara etki etmiş, değiştirmiş, özel kişinin yükümlerini artırmış olması gereklidir. Örneğin, belediyenin sözleşmeyi yaptıktan sonra, kanunun kendisine verdiği yetkinin sınırları dâhilinde, söz konusu işin miktarını artırması hâlinde bu kuram uygulanabilir. Buna karşılık, sözleşmenin yürütülmesi şartlarını değiştiren ya da etkileyen işlemi yapan kamu gücü (*prince*), sözleşmenin tarafı idareden başka bir otorite (makam) olabilir. Örneğin, sözleşmenin yapılması sırasında bulunmayan sosyal sigortalar yükümü, sözleşmenin yürütülmesi sırasında devlet tarafından kabul edilebilir. Bu durumda sözleşmenin tarafı özel hukuk kişinin mali yükümü artabilir. Sözleşmeyi yapan idari makam dışında başka bir idari makam ya da organın aldığı bu karar nedeniyle *fait du prince* kuramı uygulanamaz.¹¹¹

b. Emprevizyon Kuramı

Öngörülemezlik ve/veya beklenmeyen hâl şeklinde tercüme edilen kavram, sözleşmenin uygulanması sırasında ekonomik koşullardaki büyük değişikliklerin, sözleşmenin karşı tarafı özel hukuk tüzel kişinin yükünü olağanüstü ağırlaştırması karşısında idarenin bu yükün bir bölümünü üstlenmesini amaçlamaktadır. Kuram¹¹², Fransa'da 1916-1930 yılları arasında önce demiryolu ve tramvay imtiyaz sözleşmelerinde, daha sonra da diğer idari sözleşmelere uygulanmaya başlamıştır. Bu

¹¹⁰ Özay, **a.g.e.**, s.259.

¹¹¹ Kalabalık, **a.g.e.**, s.475.

¹¹² Kuram ilk kez kömür fiyatlarındaki aşırı yükselme nedeniyle güç duruma düşen havagazı imtiyazına sahip şirketin açtığı davada Fransız Danıştay tarafından uygulanmıştır. CE; 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, S; 1916, 3, 7 conl. Chardenet. Nakleden Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.508. Ayrıca bkz.: Özay, **a.g.e.**, s.260. Fransız hukukunda genel durum, Fransız Temyiz Mahkemesi (Cour de cassation) özel hukuk uygulamasında kuramın uygulanmasına izin vermemektedir. Dolayısıyla ilginç bir şekilde, özel hukuk sözleşmelerinde kabul edilmeyen *emprevizyon* kuramı, öğretide ve idare hukukunda büyük bir gelişme göstermiştir. Baysal, **a.g.e.**, s.39.

şekilde idari sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak üzere oluşan ağır yük, idare ile sözleşmenin karşı tarafı arasında paylaşılmaktadır.¹¹³

Fransız hukukunda hâkimin sözleşmeye müdahalesine pek sıcak bakılmamış, kuşkuyla yaklaşmıştır.¹¹⁴ Kanun koyucu, hâkime sözleşmeye müdahale yetkisini açıkça tanımadıkça, sözleşmenin hâkim tarafından değiştirilmesi uygun görülmemiştir. Ancak, hukukta yaşanan gelişmeler ve değişimler ile birlikte, Fransız hâkimi ve kanun koyucu zamanla sözleşmelere müdahale konusunda esnemek ve katı tutumunu yumuşatmak zorunda kalmıştır. Sözleşmelerin değişen koşullar sonucu bozulan dengesini yeniden tesis etme sorunu, Fransız hukukunda *emprevizyon* kuramı çerçevesinde tartışılmıştır.¹¹⁵

Fait du prince kuramında, sözleşmeye dayalı bir sorumluluk esas olması ve bu nedenle de bozulan mali dengenin eski hâle dönebilmesi için tüm zararlar ve kâr yoksunluğunu karşılayan tam bir tazminat gerekmesine karşın, *emprevizyon* kuramında, sözleşmenin konusunun dışında tamamen bağımsız gelişen bir durum söz konusudur.¹¹⁶

Öngörülemezlik/beklenmeyen hâl kuramının uygulanabilmesi için olağanüstü ve ayırık bir durumun bulunması, bunun önceden düşünülebilmesinin mümkün olmaması ve kamu hizmetini yürüten şirketin de gelirinde bir azalma değil, artık o faaliyeti sürdüremez bir hâle gelmesi gerekmektedir.¹¹⁷ Bu kurumun amacı, o hizmetin sürebilmesi için ekonomik bakımdan gerekli şartların süreli bir biçimde sağlanarak darboğazın geçilmesidir. *Onar*'a göre, bunun mutlaka bir tazminat

¹¹³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.508. Türk hukukuna bakıldığında emprevizyon kuramının ilk olarak idare hukukunda kabul edilmiş ve uygulama alanı bulmuş bir kuram olduğu görülecektir. Kuramda sözleşmenin uyarlanabilmesi için edim-karşı edim ilişkisinin mutlaka parasal bir değerle karşılığı olması aranır. Bu nedenle Türk hukukunda, mali bir sarsıntı olmadan sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilemeyeceği belirtilmekte ve sözleşmelerin uyarlanması emprevizyon kuramı kapsamında daha dar bir uygulama alanında değerlendirilmektedir. Baysal, **a.g.e.**, s.88-89.

¹¹⁴ Fransız hukukunda emprevizyon kuramının kabul edilmeme gerekçelerinden biri, diğer bir anlatımla, hâkime uyarlama hakkının tanınmamasının gerekçesi, tek bir sözleşmedeki ekonomik denge uğruna, sözleşmelerin sağladığı genel ekonomik dengenin bozulma riskidir. Genel ekonomik dengenin değerlendirilmesi hâkimin rolünü aşmakta, kanun koyucunun değerlendirmesini gerektirmektedir. Baysal, **a.g.e.**, s.272-273.

¹¹⁵ Baysal, **a.g.e.**, s.38.

¹¹⁶ Onar, **a.g.e.**, s.1634-1637.

¹¹⁷ **A.e.**, s.1637.

şeklinde değil de, sözleşmenin kendisine karşı olan bazı mali külfetlerini azaltmak veya ona kamu hizmetine tesir etmeyecek bazı mali imkânlar temin etmek suretiyle de yardım edilebilir.¹¹⁸ Öğretide üzerinde uzlaşılan bir başka nokta bu yardımın geçici olduğu, söz konusu durumun sona ermesi ile kesilmesi gerektiği yönündedir. Buna karşılık olağandışı durumun koşulları süreklilik kazanırsa, taraflar bunu göz önünde tutan yeni bir sözleşme imzalayabilecekleri gibi, yargı yerine başvurup sözleşmenin feshini de sağlayabileceklerinde kuşku yoktur.¹¹⁹ Zira, Strasbourg İdare Mahkemesi'nin yakın bir tarihte verdiği kararında, hem kuramı uygulamış hem de sözleşmenin feshini istemiş ve tazminata hükmetmiştir.¹²⁰

Öngörülemezlik/beklenmeyen hâl kuramının uygulanabilmesi için bazı koşulların birlikte bulunması gerekmektedir. Öncelikle, sözleşmenin mali dengesine menfi tesir eden olaylarda, kuram gereğince sözleşme öncesinde öngörülemeyecek bir niteliğin olması aranmalıdır. Savaş, doğal afetler, ekonomik kriz vb. olaylar bu nitelikte kabul edilmektedir. Ancak, zamanla kuramın mücbir hâlleri önceleyen algısında genişleme olmuş ve sözleşmeye taraf olmayan kamu kuruluşlarının müdahalesi ile meydana gelen zararlara da kuram uygulanmıştır. Diğer koşullara gelince olaylar, tarafların iradesi ve etkisi dışında gelişmeli ve sözleşmenin uygulanması şartlarını altüst etmelidir. Ayrıca, sözleşme tarafı özel hukuk kişinin, tazminata hak kazanabilmesi için sözleşmeyi yerine getirme yükümlülüğünü aksatmaması gereği de önemli bir koşuldur.¹²¹

Sözleşme ilişkisi üzerinde mücbir sebep durumlarının hangi etkileri doğuracağına ilişkin düzenlemeler çeşitlilik göstermektedir. Geçmişte rastlanılan bazı sözleşme örneklerinde çeşitli olaylar mücbir sebep olarak sayılmakta ve bu olayların gerçekleşmesi hâlinde, borçlunun sözleşmeden doğan edim yükümünün, mücbir sebebin gerçekleştiği anda kendiliğinden sona ereceği öngörülmekte; edim

¹¹⁸ A.e., s.1637-1638.

¹¹⁹ Özey, a.g.e., s.262.

¹²⁰ Söz konusu kararda, bir belediyenin içme suyu işini almış olan Sogest şirketi, suyu getireceği kaynağın bir kimyasal kirlenme sonucu kullanılamaz hâle gelmesi üzerine suyu yeni yatırımlarla çok uzaktan getirmek durumunda kalmış ve bu öngörülemeyen durumdan dolayı sözleşmede değişiklik talebiyle belediyeye başvuruda bulunmuştur. Başvurusu reddedilen şirket, ihtilafı İdare Mahkemesine götürmüştür. T.A. Strasbourg, 9 février 1995, Sogest c/commune de Staffelfelden. Nakleden Gözübüyük, Tan, a.g.e., s.509.

¹²¹ Gözübüyük, Tan, a.g.e., s.509.

yükümü sona erdiği için borcun ifa edilmemesi sözleşmeye aykırılık sayılmamakta, alacaklı da herhangi bir tazminat talep edememekteydi. Günümüzde, giderek artan sayıda sözleşmede, klasik mücbir sebep kavramı ve mücbir sebep kayıtlarının bünyesine yabancı olmasına rağmen, mücbir sebep kayıtlarında öngörülen olayların gerçekleşmesi hâlinde, taraflar için bir *yeniden müzakere* (renegotiation, neuverhandlung) yükümü öngören hükümlere rastlanmaktadır. Uygulamada mücbir sebebe bağlanan sonuçlar, çoğunlukla birlikte ya da ayrı ayrı yer alan iki hukuki sonuçla sınırlanmaktadır ki; bunlar ifa zamanının ertelenmesi ve sözleşmeden dönme hakkıdır. *İfa zamanının ertelenmesi* ya da *süre uzatımı*, mücbir sebep kayıtlarında en çok rastlanılan hukuki sonuçtur. Borçlunun sorumlu olmadığı sürekli engeller nedeniyle borç ifa edilemediğinde, edim yükümleri karşılıklı olarak kanun gereği sona erdiğinden, ifa zamanının ertelenmesi şeklindeki hukuki sonuç, ancak geçici engeller bakımından anlam ifade eder. İfa zamanının ertelenmesini öngören kayıtlarda genellikle ifanın erteleneceği sürenin üst sınırı da tespit edilir ve bu üst sınır aşıldığında tarafların sözleşmede öngörülen haklarını (çoğunlukla sözleşmeden dönme hakkını) kullanabileceği belirtilir.¹²²

KİSK'in 10'uncu maddesi mücbir sebepleri sıralamış ve açıklamıştır:

- a) *Doğal afetler.*
- b) *Kanuni grev.*
- c) *Genel salgın hastalık.*
- d) *Kısmi veya genel seferberlik ilanı.*
- e) *Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller.*

“Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hâllerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan

¹²² Şemsi Barış Özçelik, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009, s.113-114. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin haklı nedenle feshi, ayıplı ifa dolayısıyla kullanılan haklar da (semenin tenzilini talep) karşı tarafa yöneltilen beyanlarla kullanılmaktadır. Uyarılma hakkının kullanılmasının sonuçlarından biri olan sözleşmeden dönmenin yenilik doğuran bir hak olduğu konusunda şüphe yoktur. Sözleşmeden dönmenin *işlem temelinin çökmesinde* son aşamada son çare olarak kullanılmakta olup, sözleşmeyi *sıfıra uyarılma* etkisine sahiptir. Baysal, **a.g.e.**, s.240-241.

kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.”

TBK’de, *beklenmeyen hâl* kuramını düzenleyen genel bir hüküm olmamakla birlikte, eser sözleşmesini düzenleyen kurallar arasında yer alan 480’inci maddenin ikinci fıkra hükmü,¹²³ *beklenmeyen hâl* kuramından söz edildiğinde ilk akla gelen duruma dikkat çekmektedir. Bir yandan *beklenmeyen hâl* kuramının koşullarına, öte yandan *beklenmeyen hâlin* varlığında yüklenicinin hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkına yer veren bu hükmün, diğer sözleşmelerde de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir. *Emprevizyon* kuramında öngörülen ilk çözüm uyarlama ve/veya revizyon olmaktadır. Sözleşmede yapılan değişiklik ile edimler arası denge kurulamazsa bir diğer ifadeyle çözüm sağlanamazsa, son çare yerine göre *dönme* ya da *fesih* yoluna gitmektir. Söz konusu TBK 480’inci madde hükmü de bu sırayı takip etmekte ve öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını, eğer bu mümkün değilse sözleşmeden dönme hakkını düzenlemekte, fakat fesih hakkını dürüstlük kurallarının gereğine bağlamaktadır.

c. Clausula Rebus Sic Stantibus Kuramı

Sözleşmeler hukukunda ana kural, bir sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların yükümlülüklerini aynen yerine getirmek zorunda olmasıdır. Bu ana kural, ahde vefa/pacta sunt servanda (söze bağlılık) ilkesi ile sağlanmaktadır. Bu ilkeye göre, bir sözleşme geçerli bir şekilde kurulduktan sonra, koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin şartlarına sadık kalarak sözleşme konusu edimi aynen ifa etmek zorundadır.¹²⁴ *Clausula rebus sic stantibus* esasına göre, taraflar sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan şartların değişmeyeceği varsayımından hareket etmektedir, ancak bu şartlarda tarafların önceden öngöremedikleri bir

¹²³ Söz konusu fıkranın metni şöyledir: “...başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” Türk Borçlar Kanunu m. 480, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete. Daha detaylı değerlendirme için bkz.: Başak Baysal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, C. LXIX, S.1 -2, 2011, s. 477-484.

¹²⁴ Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s.252.

değişiklik meydana gelmesi (işlem temelini değişmesi veya çökmesi) durumunda, sözleşmenin değişen bu yeni şartlara uyarlanması gerekir. Bu itibarla, sözleşmenin uyarlanması, sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını fiilen ya da hukuken olanaksız kılan sebeplerle, sözleşmenin yeni koşullara uygun hâle getirilmesini ifade eder.

Esas itibariyle, sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır. Uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünölmelidir.¹²⁵ Ayrıca, *pacta sunt servanda* ilkesi ile *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin arasındaki ilişki bir zıtlık değildir. Aksine ilkelerin birbirini tamamlama durumu söz konusudur. Sözleşme adaleti ve sözleşmeye bağlılık ilkesi arasında bir çatışma ortaya çıkarsa, bu çatışma sözleşmelerin uyarlanması yoluyla giderilmelidir. Bu itibarla, sözleşme adaleti ilkesine hizmet etmesi gereken sözleşmeye bağlılık ilkesi, amacından saparsa, bu amacına tekrar ulaşması için uyarlama (müdahale) gerekmektedir. Bu durum da, ilkelerin birbirini dışlamadığını, bilakis tamamladığını göstermektedir.¹²⁶

Bu kuramın dar anlamına göre, tarafların sözleşmeyi yaptığı anda var olan koşulların değişmeyeceği düşüncesi, sözleşmenin zımnî bir şartı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflar, sözleşmeyi yaparlarken edimler arasındaki mevcut dengenin değişmeyeceği inancını taşımaktadır. Başka bir anlatımla, sözleşmenin varlığı, ancak onun yapıldığı sıradaki durumun esaslı şekilde değişmemiş olması durumu ile ilintilidir. Bu itibarla *clausula rebus sic stantibus* kuramı, sözleşmenin yapılmasından sonra koşulların önemli derecede değişmesi sonucu bozulan edimler arasındaki dengeyi, yeniden sağlamayı amaçlaması nedeniyle sözleşme hukukunun, sözleşme adaletinin, dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının önemli köşe taşlarından birisini oluşturmaktadır.¹²⁷

¹²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.05.2003, E.2003/13-332, K.2003/340.

¹²⁶ Baysal, **a.g.e.**, s.11. Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımını anlamak adına şu içtihadı önemlidir: "Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsniyet (MK m.4 ve m.2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hâle gelir. Hukukta bu zıtlık *clausula rebus sic stantibus* (beklenmeyen hâl şartı/sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.2003, E.2003/13-599, K.2003/599.

¹²⁷ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s.82.

Sözleşmenin kurulması aşamasında taraflarca paylaşılan risk dengesine tekrar ulaşmak ve bu şekilde bozulan sözleşme adaletini ve ekonomisini yeniden tesis etmek gerektiğinde, diğer bir anlatımla sözleşmeden beklenen yarar değişen koşullar sonucu tehlikeye düştüğünde bu kurama başvurmak kaçınılmazdır. Zira, bu koşullarda ifanın ısrarında direnmek, mağdur tarafın katlanması güç sonuçlar doğuracak, dürüstlük kuralından ve hakkaniyetten uzaklaşılmasına neden olacaktır.¹²⁸

Bununla birlikte, devlet hukuklarında kurama yüklenen anlam ve/veya kuramın dayandığı esaslar farklılık göstermektedir. İngiliz hukuku, hakkaniyet görüşü çerçevesinde kurama yaklaşırken; İsviçre, Türk ve Alman hukuku kuramı dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kavramlarına bağlamaktadır.¹²⁹ Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuku arasındaki en dikkat çekici benzerlik ise, *clausula rebus sic stantibus* ilkesine başvurmak için aynı şartın varlığının aranmasıdır. İlkenin uygulanabilmesi için aranan ortak şart: işlem temelinin çökmesidir.¹³⁰

¹²⁸ Baysal, **a.g.e.**, s.14. *İşlem temelinin çökmesi* ile ilgili belki de en önemli gerek, risk paylaşımı kuralları karşısında ve dürüstlük kuralı ışığında değişen koşullara rağmen ifanın beklenip beklenemeyeceğinin değerlendirilmesidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişikliklerinin taraflar arasındaki risk dağılımını nasıl etkilediğini belirlemek için ilk olarak sözleşmede bir uyarılma hükmünün olup olmadığına bakılmalıdır. Böyle bir hüküm varsa uyarılma bu hükme göre yapılmalıdır. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa kanuna bakılmalı, kanunda özel bir uyarılma hükmü varsa bu hüküm de *işlem temelinin çökmesine* göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Sözleşmede veya kanunda uyarılma hükümleri yoksa ve ifa değişen koşullara rağmen dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez ise işlem temeli çökmüş sayılacaktır. Bu durumda yeni ve adil bir risk paylaşımı kuralının belirlenmesi suretiyle sözleşme değişen koşullara uyarlanır. Baysal, **a.g.e.**, s.220-221.

¹²⁹ Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) 1 Ocak 2002 tarihinde yapılan köklü değişiklikler sonucu kabul edilen *Sözleşmenin uyarlanması ve sona erdirilmesi* alt başlığı altında 313'üncü paragrafta *işlem temelinin çökmesi*; 314'üncü paragrafta ise *Mühim sebepler dolayısıyla sürekli borç ilişkilerinin feshi* düzenlenmiştir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.254. Serozan'a göre başarılı sayılan bu düzenlemede: Eğer sözleşmenin temelini oluşturan olgular esaslı olarak değişmişse ve eğer sözleşenlerin, gelişmeleri baştan kestirebilselerdi, sözleşmeyi değişik koşullarla kurmuş olacakları söylenebiliyorsa, ayrıca beklenmedik gelişme yüzünden sözleşmeye olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için artık kendisinden beklenmez bir özveri gerektiriyorsa, nihayet yasal ve sözleşmeye dair risk dağılımı anlayışına göre de taraflardan sözleşmeye aynen bağlı kalmaları beklenemiyorsa *uyarılma*, olmazsa son çare olarak *dönme* ya da *fesih* yoluna gidilir. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.266.

¹³⁰ Mehmet Tezcan, "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2004, s.33. İşlem temelinin çökmesi kuramı adından da anlaşılabilir gibi sadece borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin bir kuram değildir. Kuramın uygulanması bakımından borçlar hukuku sözleşmeleri ve borçlar hukuku dışında kalan diğer sözleşmeler bakımından esaslı bir fark yoktur. Kuram, tüm sözleşme ilişkilerine şartları ve sonuçları bakımından kural olarak aynı esaslara tabi tutularak uygulanmaktadır. Baysal, **a.g.e.**, s.97. Bu itibarla,

İşlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin değişen duruma uyarlanabilmesinden söz edebilmek için, ileride gerçekleşen olayların sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemez bir nitelik taşıması gerekir.¹³¹ Sözleşmenin kurulması esnasında öngörülebilir olmakla beraber tarafların öngöremediği olaylar bakımından *işlem temelinin çökmesi* esası uygulanacak ve öngörülebilir nitelik taşıyan hususları öngöremeyen taraf, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını isteyemeyecektir. Örneğin, sözleşmenin sona erdirilmesi ve sözleşme süresi ya da bedelde değişiklik yapılmasını talep etme hakkına sahip olamayacaktır. Buna karşılık, aynı taraf yine aynı hususu öngörmüş, fakat olayların gelecekte kendi düşündüğü tarzda gelişeceğine kesin gözüyle bakarak sözleşmeyi yapmış ise, hâkim görüş kabul edildiği takdirde, temel hatası nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkı kazanacaktır.¹³² Diğer taraftan, hükümsüz kalan sözleşme kayıtları bir taraf için *işlem temeli* sayılabilecek önemde ise ve bu kayıtlar konmasaydı söz konusu tarafın sözleşme yapmayacağı olduğu anlaşılıyorsa, bu takdirde sözleşmenin tümü batıl olacaktır.¹³³

İşlem temelini oluşturan bir durum olsa da, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek her değişiklik sözleşmenin uyarlanması imkânını vermez. Ayrıca, *işlem temelinin çökmesinin* gerekleri değerlendirilirken *işlem temelinin çökmesine* başvurmanın son çare olduğu unutulmamalıdır. Değişiklik esaslı olmak zorundadır. Değişikliğin esaslı olduğu *işlem temelinin çökmesi* hâlleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Edimler arası dengenin sarsılması/bozulması, aşırı ifa güçlüğü ve işlem ile izlenen amacın boşa çıkması.¹³⁴

Türk hukukunda, edimler arası dengenin bozulmasında sözleşmenin uyarlanması, 1994 ve 2001 ekonomik krizlerinde gündeme gelmiştir.¹³⁵ Alman

clausula rebus sic stantibus kuramından bir özel hukuk ilkesi gibi bahsedilmesi isabetli değildir. Topuz, **a.g.e.**, s.70

¹³¹ Beklenmez olayla beklenti arasındaki ayrım o denli belirgin olmalıdır ki, bunu görmezlikten gelmek dürüstlük kuralına uygun düşmemelidir. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.271.

¹³² Buz, **a.g.e.**, s.315-316. Sözleşmenin kuruluş aşamasındaki temel yanılmasıyla, işlem temelinin sözleşmenin ifası sürecinde sonradan çökmesi arasında da kesişme noktaları vardır. Almanya hukukunda işlem temelinin baştan eksikliğiyle sonradan çökmesi arasında ayrım gözetilmez. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.277.

¹³³ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.65.

¹³⁴ Baysal, **a.g.e.**, s.152-153.

¹³⁵ Genellikle kriz zamanında yoğun bir şekilde sözleşmenin uyarlanması ihtiyacı kendini göstermiş olsa da, Yargıtay, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda ilk kararlarını ifa güçlüğüne ilişkin olarak İkinci Dünya Savaşı yıllarında vermiştir. Mahkeme, bu

hukukunda da *işlem temelinin çökmesi* kuramının uygulanması,¹³⁶ 1920'lerde görülen ekonomik kriz ile mümkün olmuştur. Her ne kadar ekonomik krizler Türk hukukunda edimler arası dengenin bozulmasına yol açan başlıca amil olsa da, Yargıtay uygulamasında, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan başka değişikliklerin de edimler arasındaki dengeyi bozabileceği kabul edilmiştir.¹³⁷ Aşırı ifa güçlüğü ile edimler arasındaki dengenin bozulması şeklinde *işlem temelinin çökmesi* hâlleri birbirine yakındır. Zira, aşırı ifa güçlüğü hâlinde taraflar arasındaki edim dengesinde de bozulma görülür. Ancak, aşırı ifa güçlüğü borçlunun başvurabileceği bir *işlem temelinin çökmesi* hâli iken; edimler arası dengenin bozulması hâlinde hem borçlu hem de alacaklı sözleşmenin uyarlanmasını talep eden taraf olabilir. Ayrıca, aşırı ifa güçlüğü'nün işlem temelini çökertmesi için, ifanın neredeyse imkânsızlaşması gerekmektedir. Bu nedenle, aşırı ifa güçlüğü yerine edimler arasındaki dengenin bozulmasında *işlem temelinin çökmesine* dayanılması daha akılcıdır ve uygulamada daha çok rastlanmaktadır. İfanın güçleşmesinden bahsedilebilmesinde ise daha sıkı ölçütler aranmaktadır. Edimler arası dengenin bozulmasında veya sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkmasında, ifa güçleşmiş mi diye araştırılmaz, dengenin ne derece bozulduğuna veya amacın ne derece boşa çıktığına bakılır. *İşlem temelinin çökmesi* hâllerinden sayılan sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması, Alman hukuku dışında çoğunlukla dikkate alınmaz. *İşlem*

dönemdeki içtihatlarında, şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan ifa güçlüklerini, bir istisna dışında, ifa güçlüklerinin mücbir sebep teşkil edip etmediği üzerinde durmuştur. Mahkeme, kararlarında açıkça bahsetmese de sonraki ifa güçlüğü durumlarını, sonraki kusursuz imkânsızlık temelinde ele almıştır. Yargıtay, ifa güçlüğü konusunda sözleşmeye müdahaleye ilişkin bu yaklaşımını, 1980'lerin başına kadar devam ettirmiştir. Yargıtay'ın İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarına denk gelen 1943 yılına ait içtihadında "...kışın erken gelmesine bağlı olarak et fiyatlarında meydana gelen artışların sezilemeyeceğini ve kestirilemeyeceğini; buna bağlı olarak da bu olayın borcun ifasına engel teşkil eden bir mücbir sebep olduğuna..." karar vermiştir (Satım Sözleşmesi/İfa Güçlüğü). Yargıtay, 22.09.1943, E.2423, K.1673. Topuz, **a.g.e.**, s.124.

¹³⁶ Türk hukukunda, Alman hukukunda kabul edilen *işlem temeli* gibi bağımsız bir kuram ortaya atılmamıştır. Bununla birlikte, Alman hukuk öğretisinde kullanıldığı anlamıyla Türk hukukunda *işlem temeli* deyiimi yoktur. Ayrıca, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak sözleşmeye müdahale konusunda Alman hukukunda kabul edilen *işlem temeli* öğretisi veya kurumu, Türk hukukunda hiçbir dönemde kabul edilmemiştir. Türk hukukunda savunulan görüşler, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu içerisindeki enstrümanların ya doğrudan doğruya ya da kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkindir. Topuz, **a.g.e.**, s.122 vd..

¹³⁷ Yargıtay, Orman idaresi ile bir ticari şirket arasında, ormanlık alanın belli bir süre için tahsisine ve bu alanda belli yatak kapasiteli bir tesisin kurulmasına ilişkin akdedilen sözleşmede, kullanılan alanın ve yatak kapasitesinin artırılması sonucunda edimler arası dengenin bozulduğuna ve bu sözleşmenin değişen yeni şartlara uyarlanmasına karar vermiştir. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 06.07.2007, E.2006/4025, K.2006/8017, **YKD**, Nisan 2007, s.698-701.

temelinin çökmesinin bu hâlinde, borcun ifası mümkün olsa da ifaya yüklenen amacın anlamından uzaklaştığı kabul edilir.¹³⁸

Alman hukukunda, öğreti ve içtihatlar da kabul edildiği üzere, işlem temelinin çökmesinin hukuki sonuçları, işlem güvenliği nedeniyle, etkisini sözleşmenin henüz ifa edilmeyen kısmı için gösterir. Dolayısıyla, sözleşmenin ifa edilen kısmı için işlem temelinin çökmesi önem arz etmez ve dikkate alınmaz. Bu itibarla, hâkimin vermiş olduğu karar sözleşmedeki risk boşluğunun ortaya çıktığı zamana ilişkindir. Yargıtay da sözleşmenin dava tarihinden itibaren uyarlanacağı görüşündedir.¹³⁹ Bununla birlikte, Alman hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hâkimin sözleşmedeki risk boşluğunun doldurulmasına ilişkin kararının geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda ve Yargıtay uygulamasında ise bu karar, hem geçmişe hem de geleceğe etkili bir karar olarak değerlendirilmektedir.¹⁴⁰

İşlem temelinin çökmüş olduğu saptamasından sonra öncelik, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasındadır. *Emprevizyon* kuramında da ilk çare *revizyondur*. Uyarlamanın (adaptasyon, revizyon) yolları da çeşitlidir. Artırma, indirme, erteleme, ifa yerini değiştirme, masraf ödeme benzeri müdahaleler ilk akla gelenlerdir.¹⁴¹ Eğer edimlere yönelik bu nev’iden müdahaleler ile durum kurtarılabilir gibi değilse, o zaman son çare olarak, yerine göre *dönme* ya da *fesih* yoluna başvurulabilir.¹⁴²

¹³⁸ Baysal, **a.g.e.**, s.151-160.

¹³⁹ Topuz, **a.g.e.**, s.342-343. “...dava tarihinden geçerli olmak üzere uyarlanmasına karar verilmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.03.2003, E.2002/10574, K.2003/2730.

¹⁴⁰ Topuz, **a.g.e.**, s.349-350.

¹⁴¹ Yargıtay birçok kararında hâkimin somut olaydaki çözüm yaklaşımına işaret ederek şu ifadeyi kullanmaktadır: “Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi durumunda “işlem temelinin çökmesi” gündeme gelir. İşte bu bağlamda hâkim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03.03.2005, E.2004/14870, K.2005/3171.

¹⁴² Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.272. Uyarlama konusu olacak dava, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile ilgili bir tespit davasıdır. Eğer, ifa edilmiş sözleşmenin uyarlanması söz konusu ise tespit hükmü sonrasında bir eda davası mümkündür. Mahkeme özellikle sözleşmenin içeriğini değiştirerek uyarlamaya karar verirse, bu inşaf kararı geçmişe etkili olamaz, ileriye yönelik sonuç doğurur. Oysa, uyarlamanın mantığı gereği, sözleşme, daha geride yer alan bir anda, güçlüklerin ortaya çıktığı, *işlem temelinin çöktüğü* andan itibaren uyarlanmalıdır, karar anından itibaren değil. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını hüküm anından itibaren sağlamanın işin doğasına ve pratik gereklere de uygun düşmemektedir. Diğer taraftan, işlem temelinin çökmediğini düşünen taraf

Türk hukukunda şartların değişmesi durumunda belirli şartlar altında sözleşmeye müdahale edilmesi, genel olarak *clausula rebus sic stantibus* kavramıyla ifade edilmektedir. Ancak, Türk hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında edimler arasında bozulan denge ilişkisinin yeniden tesis edilmesine ilişkin pozitif hukukta genel nitelikli bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarının pozitif hukukta genel nitelikte bir düzenlemeye tabi kılınmamasını, bir kanun boşluğu olarak değil; aksine, kanunun nitelikli susması olarak kabul etmek gerekir. Bir başka anlatımla bu durumu, kanun koyucunun, sırf edimler arasındaki denge ilişkisi bozuldu veya sonraki ifa güçlüğü gerçekleşti gerekçesiyle, hâkimin sözleşmeye müdahale etmesine karşı olduğu şeklinde anlamak da mümkündür.¹⁴³

Tüm borçlar hukuku sözleşmelerinin değişen koşullara uyarlanabileceği konusunda öğretide görüş birliği vardır. Her türlü sözleşmenin değişen durumlara uyarlanması gündeme gelebilir, dolayısıyla kural olarak bir sınırlamaya gidilmesine gerek yoktur. Ancak, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasından bahsedildiğinde, ifası zamana yayılmış uzun soluklu sözleşmeler ilk olarak akla gelmektedir. Bu itibarla, *işlem temelinin çökmesi* en çok karşılıklı borç doğuran ve sözleşmenin kuruluşunda zaman faktörünün öne çıktığı sözleşmelerde mümkün görünmektedir. Zira, zamana yayılan sözleşmelerde değişikliklerin sonradan ortaya çıkması ihtimali kısa süreli sözleşmelere göre daha çok olduğundan, ani edimli sözleşmelerin uyarlanmasına kuşkuyla bakılmıştır.¹⁴⁴

da mahkeme önünde, *menfi tespit davası* açmak suretiyle, şartların oluşmadığını ispat ederek uyarlama beyanının geçersizliğini ileri sürebilir. Baysal, **a.g.e.**, s.242.

¹⁴³ Topuz, **a.g.e.**, s.151. Esasen Türk hukuk öğretisi şartların değişmesi durumuna yabancı değildir. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında tatbik olunan ve Osmanlı'nın medeni kanunu olarak bilinen Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)'nin 39'uncu maddesi "*Ezmânın tebeddülü ile ahkâmın tağayyürü inkâr edilemez*" demek suretiyle zamanın değişmesi ile bazı hükümlerin değişmesinin inkâr olunamayacağı kaidesini getirmiştir. Ahmet Şimşirgil, Ekrem Buğra Ekinci, **Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul, KTB Yayınları, 2008, s.79.

¹⁴⁴ Zaman faktörü, sözleşmelerin uyarlanmasının gündeme gelebilmesi açısından önemlidir, fakat ani edimli borç ilişkilerinde de, sözleşmenin kuruluşu ile ifası arasında bir süre söz konusu olabileceğinden, ani edimli sözleşme ilişkilerinin uyarlanamayacağını kesin bir hükümle söylemek mümkün değildir. *Baysal*'a göre, sözleşmenin ani edimli ya da kısa süreli olması sözleşmenin uyarlanmasına engel değildir. Sözleşmenin kuruluşu ile ifası arasında çok kısa da olsa bir süre mevcutsa ve bu süre içerisinde esaslı bir durum değişikliği sonucu işlem temelinin çökmesi hâli meydana gelirse sözleşme uyarlanabilmelidir. Baysal, **a.g.e.**, s.97-114. Diğer taraftan, kamu alımlarında taraflardan biri idare olduğundan, sözleşme ile başlayan borç ilişkisi ani edimli bir karakter gösterse de, alım-satım sözleşmeleri kadar kısa ve anlık bir süreden bahsetmek zordur.

Yapım işlerinin konu edildiği yüksek bedelli kamu alım sözleşmeleri de, uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi iki tarafa borç yükleyen ve ifası uzun süreye yayılan sözleşmelerdir. Sözleşmenin yapıldığı zamanın sözleşme şartları ile ifa devrelerindeki şartlar arasında bazen çok önemli derecelerde değişiklikler olabilmektedir. Bu değişiklikler genel olarak taraflar, özelde de yüklenici için önceden tahmin edilmesi zor ve beklenmeyen bir durum teşkil edebilir. İşte sözleşmenin esasını ve ifasını etkileyecek, sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik meydana getirilmediği müddetçe tarafları iktisaden yıkıma ya da çok büyük zarara sevk eden durumlar, *beklenmeyen hâl* olarak kabul edilmelidir.¹⁴⁵ Genel prensip olarak ahde vefa (pacta sunt servanda) mı, yoksa hâkime değişen duruma göre şartları değiştirme veya sözleşmeyi feshetme yetkisini tanıyan hükümlerin yeni koşullara uyarlanması (clausula rebus sic stantibus) mı kabul edilmelidir? Ahde vefa ilkesinin katıksız uygulanmasında borçlu borcundan ancak, mücbir sebeplerin veya

Birtakım yasal prosedürlerin işletilmesi zaman almakta ve bazen de ifa konusu edim yasal ya da idari süreçlerden geçmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın ani edimli sözleşmelerde *clausula rebus sic stantibus* kuramının uygulanamayacağı yönünde tereddütleri gidermeye çalışan kararları tartışmaya müsaittir. "*Clausula rebus sic stantibus ilkesinin ani edimli sözleşmelerde uygulanamayacağı aşikârdır; zira edim yerine getirildikten sonra artık şartların ağırlaştığı vs. söz konusu olamaz. Bu ilkenin sürekli (sürekli edimli) borç ilişkilerinde uygulanabileceği ise kuşku götürmez.*" Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.02.1988, E.11-411, K.66.; "*Kısa süreli bir sözleşmenin koşulları borçlu için ağırlaştırsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir.*" Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 17.06.2003, E.2003/6633, K.2003/7601.; "*Koşulları yazılı sözleşme ile tesbit edilen bir binayı muayyen zaman içerisinde belli bir götürü bedel karşılığı yapıp teslim etmeyi kabul eden yüklenici, bu bedel karşılığında binayı yapmak zorundadır. Sözleşmede kararlaştırılan bedel ile davalı-birleştirilen davanın davacının harcamaları arasında işlem temelini çökertecek derecede aşırı bir fark bulunmadığı görülmüştür. Kısa süreli olan bu sözleşmede borcun ifasının imkânsız hâle geldiğinden de söz edilemez. Basiretli bir tacir, kısa süreli bu borç ilişkisinde gerekli önlemleri almak suretiyle ekonomik güçlüğü pekala aşabilir. Bu durumda sözleşmeye hâkimin müdahalesinin kabulü hakkaniyet ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı düşer.*" Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.05.2001, E.2001/15-402, K.2001/459. Ayrıca, hemen hemen bütün uyarılama kararlarında âdeta nakarat hâlinde pekiştirdiği şu ibare de Yargıtay'ın yaklaşımındaki ısrarı göstermesi bakımından önemlidir: "*Uyarılama, daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur.*" Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 21.4.2003, E.2002/15326, K.2003/4726.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.11.1998, E.1998/13-815, K.1998/835.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 26.4.1994, E.1994/2733, K.1994/4120.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 06.12.1994, E.1994/10255, K.1994/10974. Yargıtay bu son kararında kısa süreli sözleşmelerin istisnai olarak uyarlanabileceğini kabul etmektedir. "*Kısa süreli akitler için uyarılama söz konusu olamaz. Kısa süreli akitlerde işlem temelini çok istisnai olaylar nedeni ile çökmesi kabul edilebilir. Davacının dayandığı enflasyon olgusu bu istisnai olgulardan sayılamaz.*" Yargıtay'ın benzer bir kararı için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.10.2002, E.2002/13-852, K.2002/864, **Yargı Dünyası**, Şubat 2003, Sayı 86, s. 38-43.

¹⁴⁵ Yargıtay beklenmeyen olayı şu ifadelerle tanımlamakta ve belirlemektedir: "...Sözleşmenin akçalı koşullarını, edim ve karşı edimi arasındaki oranı esaslı yolda sarsan olağanüstü olaylara beklenmeyen olaylar denir. Beklenmeyen olaylar, sözleşmenin akçalı koşullarını alt üst eden olağanüstü, sezilmeyen, kusur dışı, gerçek olaylardır..." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 12.02.1981, E.1981/137, K.1981/932.

olağanüstü hâller sonucu ifanın mutlak surette imkânsızlaştığı zaman kurtulabilir; ifayı son derece güç ve masraflı hâle sokan hâller ise, ifayı imkânsız hâle getiren birer mücbir sebep sayılmaz. Buradaki hukuk mantığına göre sözleşme yapmak bir bakıma istikbali görmektir. Borçlu, sözleşmeyi yaparken gerekli emniyet ve ihtiyat tedbirlerini almamış ise, bunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır; aksi bir hâl tarzı ifa alacaklısına karşı haksızlık, sözleşme kavramına ve hedefine, sosyal ve ticari güvene aykırılık teşkil eder. Bu itibarla genel kural *ahde vefa* prensibi olmalıdır. Bu genel kurala rağmen sözleşme yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır. *Clausula rebus sic stantibus* kuramına göre, sözleşmenin imzalanmasından sonra hâl ve şartlarda önceden beklenmeyen ve tahmin edilemeyen nedenler sonucu değişiklikler olabilir. Bu değişiklikler sonucu borcun ifası imkânsızlaşmaz, fakat ifası borçlu için yıkıcı sonuçlar doğuracak bir hâl alırsa işte bu kurama göre o zaman hâkimden sözleşmenin tadili veya iptali istenebilmelidir. TBK madde 138 ile düzenlenen *aşırı ifa güçlüğü* bu ihtiyacı karşılamayı amaçlamıştır.¹⁴⁶

Görüldüğü üzere uyarılama, hâkimin sözleşmeye müdahalesinin söz konusu olduğu davalardandır.¹⁴⁷ MK madde 2'ye dayanılarak sözleşmenin örtülü içeriğine dâhil olan ve açıkça sözleşmede belirtilmesi gerekmeyen bir değişen şartlar kaydı/kuralı (*clausula rebus sic stantibus*) vardır. Hâl ve şartların değişmesi ve ağırlaşması dolayısıyla borçlu (yükümlü) kişinin *pacta sunt servanda* ilkesi gereğince sözleşmeye sadık kalması kendisinden beklenemez olduğunda, uyarılama istenebilir.¹⁴⁸

TBK'ye göre eser (inşaat) sözleşmesi kurulduktan sonra, koşullar ne kadar olumsuz değişirse değişsin ya da ağırlaşırsa ağırlaşsın, yüklenici eseri kararlaştırılan

¹⁴⁶ Enhoş, **a.g.m.**

¹⁴⁷ MK madde 1 hükmü, hâkime öncelikle kanunun uygulanmasını emretmektedir. Hâkim, somut sözleşmenin niteliğini dikkate alarak, öncelikle, tamamlayıcı düzenlemelerin uygulanıp uygulanamayacağını denetlemelidir. Alman hukuk öğretisindeki hâkim yaklaşıma göre de, tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin sözleşmeye öncelik uygulanması gerekir. Alman Federal Mahkemesi de tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelere öncelik tanımaktadır. Yargıtay da aynı görüştedir. Topuz, **a.g.e.**, s.281-283. "...Hâkim, MK'nin 1/1'e göre önce Kanunun hükmünü uygulamak zorunda bulunduğundan önce Kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunup bulunmadığını veya en azından Kanunun başka bir hükmüne atfın mevcut olup olmadığına bakacaktır..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 31.01.1996, E.1995/11-980, K.1996/18.

¹⁴⁸ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.66.

ücrete tamamlamak zorundadır. Ancak, ücretin götürü olarak (anahtar teslimi) kararlaştırıldığı hâllerde, önceden tahmini mümkün olmayan ya da tahmin olunup da taraflarca nazara alınmayan sebepler dolayısıyla işi belirlenen ücrete yapma imkânı kalmazsa, yüklenici fiyat artırımını ya da sözleşmenin feshini isteyebilir. TBK madde 480/II (BK m. 365/II)'ye göre “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” Bu hükümden de anlaşıldığı üzere burada, götürü bedelin öngörüldüğü eser (inşaat) sözleşmesinde, değişen koşullar nedeniyle sözleşmenin feshi ya da yeni koşullara uyarlanması söz konusudur.¹⁴⁹

Şartların sonradan değiştiği tüm durumlarda sözleşmeye bağlı olunmayacağı tezi, sözleşmeye bağlılık ilkesine ve böylelikle hukuk güvenliğine büyük zarar vereceği gerekçesiyle, Alman hukukunda genel bir hukuk kuramı olarak kabul edilmemektedir. *Clausula rebus sic stantibus* kuramı Türk pozitif hukukunda da kanunlaşmamıştır. Yargıtay tarafından da bir hukuk kurumu/kuramı olarak görülmemiştir. Bununla birlikte, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi bahis konusu olduğunda, Türk hukukunda genel olarak *clausula rebus sic stantibus* kavramıyla anılmaktadır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.253-254. Yargıtay; “...İstisnai olarak BK m. 365/II hükmüne göre, tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan hâllerde beklenilmesine rağmen değişen hâl ve şartlar ortaya çıkarsa, bu durumda olaylar önceden tahmin edilmiş olsa bile, sözleşmenin söz konusu şartlara uydurulması mümkündür...” demek suretiyle, tahmin olunmasına rağmen iki tarafın da nazara almadığı durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesini TBK m. 480/II (BK m. 365/II) hükmünün uygulandığı eser sözleşmeleri bakımından kabul etmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.06.1994, E.192, K.7282, **YKD**, Cilt 20, Sayı 12, Aralık 1994, s.1942. Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin özel risk paylaşımı hükmü niteliği taşıyan ve işlem temelinin çökmesinin izlerini açıkça taşıyan eser sözleşmesi ile ilgili olan TBK madde 480/II (BK m. 365/II) oldukça önemlidir. Eser sözleşmesinde ifanın aşırı derecede güçleşmesi masraf artışından başka bir nedenden ileri geliyorsa söz konusu madde hükmünün mü, yoksa işlem temelinin çökmesi kuramının uygulanması alanı bulacağı sorununa Baysal, işlem temelinin çökmesi kuramının uygulanması yönünde kanaat belirtmektedir. Baysal, **a.g.e.**, s.208-210.

¹⁵⁰ Topuz, **a.g.e.**, s.70-71., Canbolat, **a.g.e.**, s.189.

Türk hukukunda, diğer birçok devlet hukukunda olduğu gibi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, belli şartlarla¹⁵¹ kabul edilmektedir. Türk hukukunda denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, genel olarak *clausula rebus sic stantibus* kapsamında kabul edilmektedir. Sözleşmenin uyarlanabilmesi için, sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan öngörülemez surette değişmiş olması gerekir. Şayet, şartların değişmesi öngörülebiliyorsa, tarafların bu konuya uygun bir düzenleme imkânlarının olduğu kabulü gerekir.¹⁵²

Türk hukukunda ve öğretide hâkim olan ve içtihatlarda kabul edilen görüşe göre, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahale edilebilmesi için *şartların öngörülemez surette değişmesi* tek başına yeter bir kriter olmayıp, tarafların öngörülemez duruma kusurlarıyla neden olmamaları da gerekir. Şayet taraflar, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların öngörülemez surette değişmesine kusurlarıyla neden olmuşlarsa, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesini talep edemezler.¹⁵³ Türk hukukunda, öncelikle

¹⁵¹ TBK madde 138 hükmüne göre, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: (1) Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır, (2) Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır, (3) Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır, (4) Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır. Alman hukukunda BGB § 313/I hükmüne göre, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesi için de dört unsurun gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, işlem temeli hâline gelen durumların olması gerekir. Bu ön şart olup, daha önemlisi, sözleşme kurulduktan sonra işlem temeli hâline gelen durumlar, ağır surette değişmiş olmalıdır. Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin ilk şartı, somut sözleşmede denge bozulması ve ifa güçlüğü gerçeğe dönüşmüş olmasıdır. Bir başka anlatımla, sözleşme riski somut olayda doğmalıdır. İkinci şart, sözleşme riskleri *öngörülemez* nitelikte olmalıdır. Üçüncü şart, sözleşme riskinden tarafların sorumlu tutulmamasıdır. Dördüncü şart, sözleşme risklerine hangi tarafın katlanması gerektiği konusunda sözleşmede bir boşluk olması gerekir. Bu çerçevede, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, Alman hukukunda *işlem temelinin çökmesi*, Türk hukukunda *clausula rebus sic stantibus* kapsamında sözleşmeye müdahalenin unsur ve şartlarının tamam olması suretiyle sözleşmeye müdahale mümkündür. Alman hukukunda BGB § 313 hükmüne göre hâkim, öncelikle sözleşmenin uyarlanması imkânını araştırmalıdır. Somut olayda uyarlama imkânı yoksa veya taraflardan beklenemiyorsa, son çare olarak taraflara dönme veya fesih hakkı tanınarak sözleşmenin sonlandırılması yolu açıktır. Yargıtay ise, sözleşmenin sona erdirilmesi yolunu açık bir şekilde reddetmemekle birlikte, uygulamada daha çok sözleşmenin uyarlanması imkânının olup olmadığını denetlemektedir. TBK madde 138 hükmü uyarınca da, sözleşmenin uyarlanması imkânının olmaması durumlarında taraflara dönme ve fesih hakkının tanınması gerektiği kabul edilmiştir. Topuz, **a.g.e.**, s.352-358.

¹⁵² Topuz, **a.g.e.**, s.259.

¹⁵³ Topuz, **a.g.e.**, s.270. Yargıtay'ın da konuya ilişkin fazlaca kararı bulunmaktadır. "...Davacı fiyatların düşük olduğu ihale gününde satmayı yükümlendiği tutarda malı alıp, depo ederek tedbirli bir tacir gibi davranabilirdi. Tedbirsizliğinden doğan zararı idareden istemesi dayanaksızdır..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 10.10.1978, E.1977/12581, K.1978/11161; "...Uyarlama isteyen davacı

sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilmektedir. Şayet bu mümkün değilse sözleşme sona erdirilebilir. Yargıtay'ın kararlarında da denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında hem sözleşmenin uyarlanmak suretiyle ayakta tutulması hem de sözleşmenin sona erdirilmesi imkân dâhilinde kabul edilmektedir. Ancak daha ziyade uyarlama şartlarının mevcut olup olmadığının denetimi yapılmaktadır.¹⁵⁴ Türk hukukunda, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak *dürüstlük* ilkesi esas alınmaktadır.¹⁵⁵

6098 sayılı Kanun sözleşmenin uyarlanması kurumunu, *Aşırı İfa Güçlüğü* başlığı altında 138'inci maddede genel bir düzenlemeye kavuşturmuştur.¹⁵⁶ TBK madde 138 sözleşmenin uyarlanması ile uyarlama mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönmeyi borçlunun talebine bağlamıştır. Bunun sonucu olarak borçlu sadece uyarlama talep ettiği hâlde, bunun koşulları yoksa hâkim sözleşmeden dönmeye karar veremeyecektir. Bu çözüm TBK madde 480/II (BK m. 365/II)'de kabul edilmiş, götürü bedelli eser (inşaat) sözleşmesinde aşırı ifa güçlüğü nedeniyle

fevkalade hâl ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.07.1992, E.1992/13-360, K.1992/425.

¹⁵⁴ "...*Clausula rebus sic stantibus* kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir... Hâkim bu gibi hâllerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.02.1997, E.1996/11-762, K.1997/77.

¹⁵⁵ *Topuz*'a göre, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temelini dürüstlük ilkesine dayandırılması isabetli değildir. Çünkü dürüstlük ilkesinin düzeltme fonksiyonu yoktur. Dolayısıyla, dürüstlük ilkesine göre sözleşmeye müdahalede bulunulamaz. Ayrıca, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında, hakkın kötüye kullanılması yasağına göre sözleşmeye müdahale edilmesi pek mümkün gözükmemektedir. *Topuz*, **a.g.e.**, s.318-320.

¹⁵⁶ Madde hükmü şöyledir: "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*" TBK'deki bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen *işlem temelini çökmesine* ilişkindir. *İmkânsızlık* kavramından farklı olan ve *aşırı ifa güçlüğüne* dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medeni Kanunu (MK)'nun 2'nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Yargıtay da bir kararında, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayıp, sonradan çıkartılan bir yönetmelik nedeniyle idare ile sözleşme akdeden şirkete ilave mali yükümlülükler getirilmesinin MK madde 2 gereğince sözleşmenin uyarlanmasını haklı kıldığını kabul etmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 06.07.2006, E.2006/4025, K.2006/8017.

uyarlama ya da fesih talep etme yükleniciye tanınmıştır.¹⁵⁷ Burada TBK madde 138 ile TBK madde 480 arasında, genel kural özel kural ilişkisinin varlığından bahsedilebilir.¹⁵⁸ Zira, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK madde 138'de, hâkimin takdir hakkından bahsedilmemektedir (m. 480'den farklı olarak). Bu nedenle, TBK madde 138, TBK madde 480/II ile beraber değerlendirilmeli ve bu hüküm bakımından uyarlama hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmelidir.¹⁵⁹

Klasik anlamıyla *clausula rebus sic stantibus* kuramının günümüzde özel hukukta uygulama alanı yoktur. İngiliz hukukunda geliştirilen *frustration* kuramı da özgün yapısı ve *common law* sisteminin farklılığı nedeniyle Türk hukukuna uygun bir çözüm içermemektedir. Bundan dolayı, Türk hukukunda kabul edilebilecek kuram belirlenirken iki kuram arasında seçim yapmak gerekmektedir. Bu kuramlar: *Emprevizyon* ve *işlem temelinin çökmesi* kuramıdır. Türk hukukunda *işlem temelinin çökmesi* kuramının uygulanmasını kabul eden görüş diğerlerine göre ağırlık kazanmaya başlamıştır. İctihatta da *işlem temelinin çökmesi* kuramının anıldığı birçok karara rastlamak mümkündür. Bu kararların birçoğunda *işlem temeli* kavramı üzerinde de durulmuştur. Bununla birlikte, içtihatta terim birliğinin sağlandığını söylemek de zordur. Aynı kararda *emprevizyon*, *clausula* ve *işlem temelinin çökmesi* kurumları aynı anlamda kullanıldığına rastlanmaktadır.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.259. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri nedeniyle işlem temeli çökmüş ve bunun sonucu olarak yenilik doğuran bir hak olan sözleşmeden dönülmüş olabilir. Bu hususta anlaşamayan taraflar mahkemeye giderlerse hâkim üç şekilde karar verebilir: *İşlem temelinin çökmesinin* şartları gerçekleşmediğinden sözleşmeden dönme hakkı doğmamıştır. Sözleşmeden dönmenin tüm şartları gerçekleşmiş ve hak yerinde kullanılmıştır. Bu durumda hâkimin hükmü tespit hükmü niteliği taşımaktadır. Hâkim, *işlem temelinin çökmesinin* şartlarının gerçekleşmiş olduğuna karar vermekle beraber, ilk sonuç olan dar anlamda uyarlamanın mümkün olduğuna bu nedenle de sözleşmeden dönmenin yerinde olmadığına hükmedebilir. *İşlem temelinin çökmesi* hâlinde ilk olarak sözleşme ayakta tutulmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte dar anlamda uyarlama mümkün görülse de sözleşme taraflarının ortak iradesi sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde ise hâkim bu irade ile bağlıdır. Bu itibarla hâkimin sözleşmeyi uyarlayabilmesi için sözleşme taraflarının sözleşmenin ayakta tutulması için istekli olmaları gerekmektedir. Erman, **a.g.e.**, s.116.

¹⁵⁸ Baysal, **a.g.m.**, s.480.

¹⁵⁹ **A.e.**, s.484. Erman, maddenin lafzına rağmen, sözleşmenin yeni şartlara uydurulması ile fesih yollarından birinin seçiminin yükleniciye ait olduğunu, bunun sonucunda hâkimin ihtilaf hâlinde vereceği kararın yenilik doğurucu bir karar değil açıklayıcı bir karar olduğunu belirtmiştir. Erman, **a.g.e.**, s.74.

¹⁶⁰ Baysal, **a.g.e.**, s.88-89. “Karşılıklı sözleşmeleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişimler yüzünden altüst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkânsız hâle

D. Kamu Alım Sözleşmelerinde Değişiklik Yapılması

İhale sonucu imzalanan bir sözleşmede yapılan değişikliklerin, ihaleyle verilmesi gereken yeni bir sözleşme teşkil edip etmediği sorusunu akla getirmektedir. Bu önemli bir husustur, zira bir idare ne zaman yeni bir sözleşme vermek isterse, bu sözleşmenin genellikle kamu alım mevzuatına uygun bir ihale sürecini takiben gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Gerek Türk kamu alımları mevzuatında gerekse AB kamu alımları direktiflerinde, imzalanmış bir sözleşmenin şartlarında ne dereceye kadar değişiklik yapılabileceğine dair belirgin hükümler bulunmamaktadır. Ancak, Direktifte (2004/18/EC) ilansız pazarlık usulünün kullanılmasına izin verilen durumlarda, imzalanan sözleşmelerin şartlarında yapılan değişiklikler bu hükümlerin kapsamına girmektedir. Bu tür durumlarda, sözleşmede yapılan değişiklikler, ihaleyle verilmesi gereken yeni bir sözleşme gibi düşünülmez. İlansız pazarlık usulünün kullanılmasına izin verilen durumlar Direktifin 31'nci maddesinde (2014/24/EU m.32, m.72) belirtilmiştir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan değişiklikler bağlamında, bu hükümler kapsamına girme ihtimali yüksek olan durumlar şunlardır:

- Acil durumlarda (m.31/1-b);
- Mevcut mal veya ekipmanların kısmi olarak değiştirilmesi veya mevcut mal veya ekipmanların genişletilmesi amacıyla esas tedarikçiden yapılan ilave mal alımlarıyla ilgili ihalelerde ya da tedarikçi değişikliğinin ihale makamını, kullanım ve bakımı sırasında uygunsuz veya orantısız teknik zorluklara yol açacak farklı teknik özelliklere sahip mallar satın almaya zorlayacak olması halinde (m.31/2-b);
- Yapım işini yürüten ya da hizmeti gören ekonomik operatöre verilmek şartıyla; başlangıçtaki projede veya yapılan ihalede yer almayan, fakat öngörülmeven koşullar nedeniyle ilgili yapım işinin ya da hizmetlerin ifası için gerekli hâle gelen ilave yapım işleri veya hizmetler (m.31/4-a);

gelmesi durumunda işlem temelinin çökmesi gündeme gelir. Bu gibi hâllerde emprevizyon veya clausula rebus sic stantibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.02.1997, E.1996/11-762, K.1997/77, **YKD**, 1997/5, s.681-682.

- Ana proje ile uyumlu, aynı tür yapım işleri ya da hizmet alımının tekrarı niteliğindeki yeni yapım işleri veya hizmet alımı ihalelerinin verildiği hâller (m.31/4-b).

AB kamu alım sözleşmelerinde değişiklik yapılması durumunda dikkate alınacak başlıca hususları şu şekilde sıralamak mümkündür: 1) Eşit muamele ve şeffaflık ilkeleri sözleşme imzalandıktan sonra da geçerlidir. Bu nedenle, tedarikçi ile bu konuda anlaşsa da, idare mevcut sözleşmeyi değiştiremez. 2) Söz konusu ilkeler bir idarenin mevcut bir sözleşmede yapabileceği değişikliklere belli sınırlamalar getirmektedir. Yapılan değişiklikler sözleşmenin esasına ilişkin değişikliklerse, yeni bir ihalenin düzenlenmesi gerekir. 3) Ulusal mevzuat sadece ihalenin sözleşmeden önceki aşamalarını değil, aynı zamanda sözleşmenin gerçekleştirilmesi aşamasını da kapsamalıdır.¹⁶¹

ABAD kararlarında da konuya ilişkin önemli içtihatlar bulunmaktadır. 19 Haziran 2008 tarih ve C-454/06 sayılı *Pressetext Nachrichtenagentur* davasında ABAD, geçerli olduğu süre zarfında bir kamu alım sözleşmesinde yapılan değişikliklerin “... *tarafların ana sözleşmenin esaslarını yeniden müzakere etmek istediği izlenimini uyandıran önemli değişiklikler olması halinde*”, ihaleyle verilmesi gereken yeni bir sözleşme teşkil ettiğini teyit etmiştir. ABAD bu kararında, bir değişikliğin hangi durumlarda *önemli* addedileceğini de belirtmiştir. Bu durumlar şunlardır:

- Değişikliğin, ihale sürecinin başında belirtilmiş olsaydı, ilk etapta değerlendirmeye alınanlardan farklı isteklilerin değerlendirmeye alınmasına veya ilk etapta kabul edilenden farklı bir teklifin kabul edilmesine neden olabilecek koşullar getirmesi veya
- Değişikliğin, sözleşmenin kapsamını ilk etapta kapsama girmeyen hizmetleri de içine alacak şekilde değiştirmesi veya
- Değişikliğin, ekonomik dengeyi ana sözleşmenin şartlarında öngörülmeyen bir biçimde yüklenici lehine çevirmesi.

¹⁶¹ SİGMA, a.g.e., s.125.

ABAD daha sonra üç senaryoyu da inceleyerek her bir durum için, veriler ışığında, değişikliklerin önemli değişiklikler olmadığına ve ihaleyle verilmesi gereken yeni bir sözleşme teşkil etmediklerine karar vermiştir.¹⁶² Aynı kararda fiyat unsurunu da değerlendiren ABAD, fiyat unsurunun bir kamu alım sözleşmesinin önemli koşullarından biri olduğunu teyit etmiştir. Divan, ana sözleşmede açıkça izin verilmediği hâlde, sözleşmenin geçerlilik süresi içinde fiyatın değiştirilmesini, şeffaflık ve eşit muamele ilkelerinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

29 Nisan 2010 tarih ve C-160/08 sayılı *Komisyon-Almanya* davasında ABAD, mevcut sözleşmelerin kapsadığı alanı mülahaza etmiştir. ABAD, sözleşmelerden birine istinaden, *Uelzen* bölgesinde kamuya ait idari hizmetlerin yıllardan beri Almanya Kızılhaç'ın yerel bir şubesi tarafından temin edildiğini tespit etmiştir. Bu hizmetlere ilişkin sözleşme daha sonra ilave ambulans hizmetlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir, ancak bununla ilgili herhangi bir ihale ilanı yayınlanmamıştır. Söz konusu genişletme hem coğrafi alan, hem de sözleşme değerini etkilemiştir. Değişikliğe uğratılan sözleşmenin toplam değeri yıllık 4.45 milyon Avro, ilave hizmetlerin değeri ise yıllık 670.000 Avro'dur. C-454/06 sayılı *Pressetext Nachrichtenagentur* davasında belirlenen ilkeleri uygulayan ABAD, söz konusu genişletmenin önemli bir değişikliğe tekabül ettiği ve ihaleyle verilmesi gereken yeni bir sözleşme gerektirdiğine hüküm vermiştir. Söz konusu değişiklikler sözleşmenin kapsamını, ana ihalede öngörülme-yen hizmetleri kapsayacak şekilde ciddi boyutta genişletmiştir.¹⁶³

E. İhale Sürecinin Sözleşmeye Etkisi

Kamu harcaması kavramı, idarelerin mal ve hizmet alımı ile yapım işleri yanında, personel harcamaları gibi diğer harcamalarını da kapsayan geniş bir

¹⁶² 2014 Klasik Alımlar Direktifinin 72'nci maddesi, ABAD tarafından C-454/06 sayılı *pressetext Nachrichtenagentur* davasında verilen kararı kodifiye etmiş ve genişleterek ele almıştır. Artık, AB kamu alım sözleşmelerinde, sözleşmenin geçerlilik süresi içinde yapılan değişiklikler hakkında detaylı yasal hükümler bulunmaktadır. 72'nci madde ayrıca, Direktifin (2004/18/EC) 31'inci maddesinde ilansız pazarlık usulünün kullanımına ilişkin hükümlerden bazılarını da içermektedir. SİGMA, **a.g.e.**, s.129.

¹⁶³ Sözleşme kapsamında alt yüklenicinin değiştirilmesinin, yeni bir imtiyaz sözleşmesi ihalesi gerektirip gerektirmediğinin mülahaza edildiği ABAD kararı için bkz.: 13 Nisan 2010 tarih ve C-91/08 sayılı *Wall* davası. SİGMA, **a.g.e.**, s.128.

kavramdır.¹⁶⁴ Kamu alımı şeklinde adlandırılan grup; mal ve hizmet alımı ile yapım işleri, esas itibariyle ihale usulüne tabidir. Bu usul ile bir ödeneğin harcanabilmesi için, ihale aşamasının sözleşme yapılarak tamamlanması gerekmektedir. İdare, ihale usulünü uygularken özel hukuk kişisi gibi bir davranış serbestliğine sahip değildir. Kamu hukukunun sıkı kurallarına tabidir. Diğer bir ifadeyle, idare; mal ve hizmet alımı ile yapım işini kanunda gösterilen kuralları takip ederek gerçekleştirmek zorundadır. İdare, kamu gücünün egemen olduğu bu süreçte, prosedür gereği, ihaleye katılanların haklarını etkileyen birçok idari işlemde bulunmaktadır. Bu işlemlerle ilgili ihtilafların çözümü için, yargılamaya başlanmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir idari başvuru süreci öngörülmektedir. İhale aşaması sonunda sözleşme yapılacak olan kişi ile fiyat gibi sözleşmenin önemli unsurları da belirlenmektedir. Sözleşmenin yapılmasıyla birlikte taraflar idare hukukunun etkisinden uzaklaşmakta ve sözleşme koşullarında eşit konumda olan taraflar arasında ihtilaflar adli yargıda görülmektedir. Kısacası, ihale usulüyle mal ve hizmet alımı ile yapım işi gerçekleştirilirken -ödenekler harcanırken- mutlaka bir *ihale aşaması* ve bir de *sözleşme aşaması* yaşanmaktadır.¹⁶⁵

Genelde devlet, özelde devletin alt birimleri olan idari kurumlar, ihtiyaç duyduğu ve gereksinim görülen mal ve hizmet ile yapım türünden edimlerini üç kanaldan gerçekleştirir. Bunların ilki, ihtiyacı kendi imkân ve olanakları dâhilinde üreterek karşılar. İkincisi, ihtiyaç duyduğu edimi, sahip olduğu üstün gücü kullanarak ya da muhafaza ederek temin edebilir. Sahip olduğu üstün gücü tek taraflı kullanarak bireylere yükümlülük getiren bu seçenek, daha çok savaş ve seferberlik zamanlarında izlenen bir yöntemdir. Bazen bu seçenek kapsamında devlet, ihtiyacını tek taraflı bir idari tasarrufla değil, özel hukuk kişileriyle yaptığı sözleşmeler üzerinden giderir, ancak bu sözleşmelerde idare kamu hukukundan doğan üstün konumunu tamamen veya kısmen korumaktadır. Devletin ihtiyaçlarını karşıladığı üçüncü kanal, özel

¹⁶⁴ Sosyal, ekonomik ve siyasal nedenleri ne olursa olsun, kamu harcamalarının uzun vadede her devlette devamlı olarak arttığı, bazı kısa dönemlerdeki duraklamalar ya da gerilemeler dışında bu artışın devam ettiği görülmektedir. Cem Çağatay Orak, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, **TBB Dergisi**, S.68, 2007, s.199.

¹⁶⁵ Taşdelen, **a.g.m.**, s.44-45.

hukuka tabi hukuki işlemler olup, devlet bu ihtiyaçlarını özellikle de sözleşmeler aracılığıyla karşılamaktadır.¹⁶⁶

Kamu alım sözleşmeleri, idarenin kendi hukuku (kamu hukuku) ile özel hukuk arasında faaliyette bulunduğu çok kritik bir alandır. Bu bakımdan, idari yargıda verilen iptal kararlarının kamu alım sözleşmelerinin geçerliliğine etkisi sorunu idare hukuku ile özel hukukun özellikle de borçlar hukukunun kesişme noktasını oluşturmaktadır. Kamu alım sözleşmesinin imzalanmasından önce, ihale sürecindeki ayrılabilir idari işlemler idari yargıda iptal edilirse, idarenin mahkeme kararını uygulamak amacıyla kamu alım sözleşmesini yapmaktan vazgeçip geçmeyeceği; kurulan sözleşmeyi feshedip etmeyeceği; ihale sürecinde yapılan işlemlerin sözleşmenin geçersizliğine yol açıp açmayacağı kamu alım hukukunun en karmaşık ve çözümü zor sorunlarından biridir.¹⁶⁷

AB kamu alımı hukukunun daha geniş bir kapsam kazandığı gerçeğinin doğal bir sonucu olarak, idari ve adli yargılama kurallarının belli bir dereceye kadar özerk olduğunu ifade etmek için AB'nin yetki alanı içinde ulusal yasalara geleneksel bir rol ayrıldığı söylenebilir. Diğer bir anlatımla, Komisyon, gereksiz yere yasal çerçeveyi zorlaştıran faktörler olarak ulusal kanun koyucuların çoğu müdahalelerini dikkate alır görmektedir. Komisyon, üye devletler üzerinde bağlayıcılığı bulunan ve bir ihlale yol açabilecek durumlarda AB hukukunun nitelikli bir şekilde yorumlamasını gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda, dikkat çekicidir ki Komisyon –kendi müdahale enstrümanlarını genişletmek amacıyla- AB rekabet hukukuna karşı bir devlet yardımının ihlal edildiği gerekçesiyle kamu alım ihalelerinin illegal bir şekilde verildiğini göz önünde bulundurmaya meyillidir. Diğer yandan Adalet Divanı, son yıllarda Divan'ın kararlarında artış gözlemlendiği için, direktifleri hassas bir şekilde yorumlamaya davet edilmiştir.¹⁶⁸

1. İhale İptallerinin Etkisi

¹⁶⁶ Buz, **a.g.e.**, s.48-49.

¹⁶⁷ Halil Kalabalık, “İhale Sürecindeki İşlemlerin İptalinin İdarenin Sözleşmelerine Etkisi ve Sonuçları”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.21.

¹⁶⁸ Mozzati, Afferini, **a.g.m.**, s.553-554.

Kamu alımlarının nihai amacı, ihale sürecinden sonra karar verilen yüklenici ile sözleşme imzalayarak kamu ihtiyaçlarının karşılanmasının sağlanmasıdır. Bu amacını gerçekleştirirken idare, ihale yöntemini bir nevi süzgeç olarak kullanmakta ve sözleşme tarafını seçmektedir. Türk kamu alım mevzuatında 4734 sayılı Kanunun 46'ncı maddesi de ihale ile sözleşme ilişkisine vurgu yaparak, yapılan bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı ilkesini getirmiştir. İhaleden amaç her ne kadar sözleşme yapmak ise de, idarenin başlayan bir ihale sürecini durdurması veya iptal etmesi gerekebilir. Bunu yapmasının muhtelif sebepleri vardır.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Kamu İhale Kurumu 2013 yılı istatistiklerine göre; 175.724 ihaleden, 18.400'ü ihale tarihinden sonra iptal edilmiştir. Kamu Alımları İzleme Raporu 2013, s.1. (Çevrimiçi) http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2013_y%C4%B1lsonu_kamu_alimlari_istatistik_raporu.pdf 16 Temmuz 2014. Kurumun 2012 yılına ait istatistiklerinde iptal edilen ihalelerin, iptal nedenlerine göre ihale türü bazında ayrıntılı veriler bulunmaktadır. Buna göre:

İptal Nedenleri	Mal Alımı		Hizmet Alımı		Yapım İşi		Genel Toplam	
	Adet	%	Adet	%	Adet	%	Adet	%
İhale Kayıt Numarasının Sehven Alınması	2.380	15,15	2.027	12,03	668	9,82	5.075	12,89
İhaleye Teklif Veren İstekli Çıkması Nedeniyle	2.031	12,92	2.459	14,60	897	13,19	5.387	13,69
İhalenin Niteliğinin veya Miktarının Değişmesi	1.705	10,85	1.687	10,02	606	8,91	3.998	10,16
Bütün Tekliflerin Alıma Ayrılan Ödeneğin/ Yaklaşık Maliyetin Çok Üzerinde Olması Nedeniyle	1.450	9,23	1.421	8,44	972	14,30	3.843	9,76
İhaleye Geçerli Teklif Veren İstekli Çıkması Nedeniyle	1.150	7,32	936	5,56	423	6,22	2.509	6,37
Teknik Şartnamenin Uygun Olmaması Nedeniyle	715	4,55	662	3,93	267	3,93	1.644	4,18
İhale İlanı ile İlgili Eksiklik veya Hatalardan Dolayı	645	4,10	846	5,02	314	4,62	1.805	4,59
İhale Usulünün Değiştirilmesi	483	3,07	590	3,50	228	3,35	1.301	3,31
İdari Şartnamenin Uygun Olmaması Nedeniyle	365	2,32	765	4,54	157	2,31	1.287	3,27
İlan, Teknik ve İdari Şartnamenin Dışında İhale Dokümanlarında Eksikliğin Fark Edilmesi	364	2,32	683	4,05	318	4,68	1.365	3,47
Şikâyet Üzerine İdare Tarafından İptal	115	0,73	230	1,37	43	0,63	388	0,99
İhale Üzerinde Kalan İsteklinin, 4734/ 10. maddesinde belirtilen belgeleri tamamlayamaması nedeniyle	96	0,61	87	0,52	38	0,56	221	0,56
Belli İstekliler Arasında İhalelerde Yeterli Sayıda Katılımın Sağlanamaması	90	0,57	126	0,75	36	0,53	252	0,64
İhale Üzerinde Kalan İsteklinin Sözleşme İmzalamaması	45	0,29	38	0,23	17	0,25	100	0,25
Şikâyet Üzerine Kamu İhale Kurulu Kararı ile İptal	45	0,29	134	0,80	21	0,31	200	0,51
Teyit Alınan İstekli Hakkında Yasaklılık / Hakkında Kamu Davası Olması Nedeniyle	19	0,12	21	0,12	8	0,12	48	0,12
Bütün Tekliflerin Aşırı Düşük Olarak Değerlendirilmesi Nedeniyle	18	0,11	72	0,43	4	0,06	94	0,24
Diğer	3.984	25,35	4.029	23,92	1776	26,12	9.789	24,87
Genel Toplam	15.714	100	16.844	100	6.799	100	39.357	100

Kamu Alımları İzleme Raporu 2012, s.26. (Çevrimiçi) http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_alimlari_istatistikleri_rev.pdf 16 Temmuz 2014.

İdare, ihale için belirlediği bedelin üzerinde teklifler alması durumunda, ödenek olanaklarını sıkıntıya sokan ihalenin iptal edilmesini yerinde bir seçenek olarak değerlendirebilir. Finansmana ilişkin bu sorunun, ihale açılmadan önce olabileceği gibi sonradan çıkması da muhtemeldir. Türk kamu alım hukukunda ödenek konusu kanun koyucu tarafından, 4734 sayılı Kanunun *Temel İlkeler* başlıklı 5'inci maddesi dördüncü fıkrasında “*ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkmaz*” hükmü ile idarelerin uyması gereken bir ilke hâline getirilmiştir. Bu itibarla Türk hukuku bakımından, teorik olarak ihale öncesinde ihalenin ödeneğinin bulunmaması gibi bir durum olamaz. Fakat idarenin bütçesindeki ödeneğini kontrolsüz ve hesapsız bir şekilde harcaması neticesinde sonradan ödenek sorununun ortaya çıkması pratikte şahit olunan bir durumdur.

İhaleye çıkan idarenin, tedarik edilecek ihtiyaca gereksinim kalmaması veya ihtiyacın başka bir yoldan daha uygun bir seçenek kullanılarak, örneğin hibe yoluyla, tedarik etmesi söz konusu olabilir. Bu tür bir durum karşısında idarenin ihaleyi iptal etmesi, kamu kaynaklarının zarar görmemesi bakımından önem taşır.

Yukarıda açıklanan gerekçeler, idari yönden haklı görülebilir niteliktedir. Fakat ihale iptallerinin her zaman bu sebeplerle sınırlı olarak gerçekleştiği ve/veya gerçekleşeceği düşüncesi yanıltıcıdır. Bazen ihaleye çıkan idarede yaşanan siyasi ve idari yönetim değişiklikleri de ihalelerin iptaline yol açmaktadır. Öte yandan ihaleye çıkan idarenin ihalenin iptalini, ihalenin üzerinde kalmasını istemediği bir gerçek kişi veya tüzel kişiyi devre dışı bırakmak için kullanması da ihtimal dâhilindedir.¹⁷⁰

Diğer taraftan, düzenleyici ve denetleyici bir kamu kurumu olan Kamu İhale Kurumu'nun, idare ile özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelere müdahale ettiği, hatta bazen mali hükümlerin düzenlenmesine kadar gidebildiği görülmektedir. Sözleşmenin tarafları dışında yer alan bir idare, taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran tek taraflı bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Bu irade açıklamasının, idari işlemin tüm özelliklerini taşıdığı ve idare hukuku rejimi içerisinde değerlendirileceği doğaldır. O hâlde, bir özel hukuk sözleşmesinin hükmü niteliğindeki idari işlemler söz konusudur. Bu işlemlerin denetiminin idari yargı yerleri tarafından yapılacağı düşünüldüğünde, özel hukuk sözleşmelerinin tabi

¹⁷⁰ Buz, a.g.e., s.126.

olduğu hukuki rejimin dışına çıkıldığı söylenebilir. Dolayısıyla, idari yargı tarafından iptal edilebilecek idari işlem, aynı zamanda sözleşmenin tarafı durumundaki özel hukuk kişileri bakımından da hüküm ve sonuç doğuracaktır.¹⁷¹ Zira, aslında idarenin iptal kararı (ihale veya ihale sürecine ilişkin her bir işlemi) *geri almaz* ve *geçmişe etkilidir*.¹⁷²

Türk hukukunda ihale sürecindeki ayrılabilir işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi durumunda, iptal kararının kamu alım sözleşmesi üzerinde etkisinin olmayacağı çoğunlukla kabul edilmektedir. Öğretide kabul gören görüş, sözleşme sürecine dâhil olan bir ayrılabilir idari işlemin iptal edilmesinin, kamu alım sözleşmesi üzerinde etkisinin olmayacağı yönündedir.¹⁷³ Buna karşılık, idari yargıda verilmiş iptal kararlarının, iptal edilmiş işleme dayanan sözleşmeye etkisi konusunda karşılaştırmalı hukukta farklı çözümler öngörülmektedir. Bununla birlikte, ihale sürecindeki sözleşmeden ayrılabilir işlemin yargı yerince iptal edilmesi hâlinde, iptal kararının kamu alım sözleşmesi üzerindeki etkisi konusunda genel yaklaşım, Türkiye uygulamasına benzerlik göstermekte olup, kamu alım sözleşmesi üzerinde etkisinin olmayacağı şeklindedir.¹⁷⁴

Bazı hukuk sistemlerinde ihale kararı ile birlikte kamu alım sözleşmesi kurulmaktadır. Bundan dolayı bu hukuk sistemleri bakımından, başlamış bir ihale sürecinin sözleşme kurulmadan önce sonlandırılması, bir diğer ifadeyle ihalenin iptali, sadece ihale kararı verilinceye kadar söz konusu olabilir. İhale kararı ile birlikte sözleşme kurulduğu için, ihale kararından sonra ihalenin iptali mümkün değildir. Buna mukabil, Türk ve İsviçre kamu alım sistemlerinde olduğu gibi, ihale kararının sözleşmenin kurulmasına yol açmadığı, dolayısıyla ihale kararından sonra da ihalenin iptali mümkündür. Bu tip hukuk sistemlerinde, sözleşmenin kurulması için ihale kararının bildirilmesinden sonra idarenin ayrıca bir kabul beyanında bulunması gerekmektedir.¹⁷⁵

¹⁷¹ Sezginer, **a.g.e.**, s.925.

¹⁷² Sancakdar, **a.g.m.**, s.20

¹⁷³ Sezginer (2000), **a.g.e.**, s.166.

¹⁷⁴ Kalabalık, **a.g.m.**, s.48.

¹⁷⁵ Buz, **a.g.e.**, s.127.

Karşılaştırmalı hukukta, ihaleyi açan kuruma serbestçe, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ihaleyi iptal etme yetkisi tanınmamış, iptal yetkisinin bazı sebeplerin varlığı hâlinde kullanılabilceği düzenlenmiştir. Alman hukukunda VOB/A § 26 hükmünde, ihalenin ancak, ihale şartnamesine uygun hiçbir teklif sunulmaması veya ihale şartnamesinin esaslı surette değiştirilmesi zaruretinin zuhur etmesi ya da başkaca önemli bir sebebin bulunması hâlinde iptal edilebileceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda, ihalenin kamu yararı gerektirdiği veya önemli bir sebebin bulunduğu durumlarda¹⁷⁶ iptal edilmesi mümkündür.¹⁷⁷

İhalenin iptalinin haklı bir sebebe dayanması durumunda, isteklilerin tazminat da dâhil idareye karşı herhangi bir talep ileri sürmesi mümkün değildir. Aksi bir durumda, iptal sebebinin gerçeklerden yoksun bir temele sahip olması hâlinde teklif veren isteklilerin korunması hukuki bir zorunluluktur. İhaleye katılan istekliler için iki tür koruma sağlanabilir. Bunlardan ilki asli korumadır. Bu koruma şemsiyesi altında istekliler, ihale usullerine aykırı olarak verilen kararları iptal ettirme ve mevzuata aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasını veya düzeltilmesini sağlama olanağına sahiptir. Diğer koruma şekli ise tali korumadır. Bu koruma şeklinde isteklilere, hukuka aykırı ihale işlemlerinin iptalini değil, sadece bu yüzden uğradıkları zararların tazminini talep etme imkânı tanınmaktadır.¹⁷⁸

Haklı bir sebebe dayanmayan ihale iptali kararlarının iptali için, ya ihale sürecinin başlamasından sözleşmenin imzalanması anına kadar ihale ile ilgili işlemlerin mevzuata uygun olup olmadığını denetlemek/inceleme üzere oluşturulan mercilere¹⁷⁹ başvurulur ya da ihalenin iptali kararı bir idari işlem niteliği taşıdığı için, bu işlemin de iptali için idari yargıda dava açılır. İdari yargıda ihalenin iptali kararı için dava açılabilmesi hususunda tereddüt bulunmamaktadır.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Art. XIII/4/b GPA (Government Procurement Agreement, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının eki olan bu anlaşma İsviçre tarafından kabul edilmiş ve iç hukuka dâhil olmuştur); Art.13/i IVÖB (İnterkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, Kamu alım ihalelerine ilişkin 25.11.1994 tarihli Kantonlararası Anlaşma); Art. 30 VoeB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, Kamu İhale Tüzüğü). Buz, **a.g.e.**, s.130.

¹⁷⁷ Buz, **a.g.e.**, s.130.

¹⁷⁸ **A.e.**, s.131.

¹⁷⁹ Türkiye’de bu merci Kamu İhale Kurumu’dur. AB üyesi kimi devlette benzer adlarla kurumlar ihdas edilmişken, kimi üye devlette de denetleme görevi mahkemeler eliyle yürütülmektedir.

¹⁸⁰ Buz, **a.g.e.**, s.131.

ABAD, Avusturya ihale hukukunun uygulandığı olaya ilişkin bir kararında¹⁸¹ 92/50 sayılı direktif ile tadil edilen 89/665 sayılı İhtilaf Direktifi'nin 1'inci maddesinin birinci fıkrasının, hukuka aykırı ihale iptal kararlarına karşı itirazın mümkün olmasını gerektirdiğini, ihalenin iptali kararından etkilenen isteklilerin tazminat talep etme hakkına sahip olmasının yeterli olmadığını belirtmiştir.¹⁸² Avusturya hukukunda 2002 tarihli Federal İhale Kanunu'nda, idarenin ihaleyi iptal işlemine karşı isteklilere asli ve tali nitelikli koruma olanakları tanınmış olmasına rağmen tazminata ilişkin böyle bir imkân isteklilere verilmemiştir. ABAD'ın söz konusu kararı üzerine, 2006 yılında Avusturya kanun koyucusu yeni Federal İhale Kanunu'nda ihale iptal işlemlerine karşı isteklilere bu kararın iptalini veya tazminat isteme haklarını tanımıştır.¹⁸³

Alman Federal Mahkemesi de 18.02.2003 tarihli kararında¹⁸⁴, ihalenin hukuka aykırı bir şekilde iptal edilmesi hâlinde, isteklilerin bu kararlara karşı itiraz hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Bu kararda öne çıkan önemli husus, idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorununa dair dikkate değer tespitlerin yer almasıdır. Federal Mahkeme hukuka aykırı verilmiş iptal kararına karşı itirazları inceleyen kurumun, iptal kararını iptal ederken, ihaleyi açan kurumun hukuken veya fiilen başlamış olan ihaleyi sözleşme ile sonuçlandırmaya yönelik zorlayıcı bir işlem tesis edemeyeceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, Alman kamu alım mevzuatı idarenin bir kez başlattığı ihale sürecini mutlaka sözleşme ile sonuçlandırmasına ilişkin bir yükümlülük ihtiva etmemektedir. ABAD'ın *Hospital Ingenieure* kararında da Topluluk mevzuatına göre, ihaleyi açan kurumun ihaleyi sözleşme ile sonuçlandırmak zorunluluğunun bulunmadığı, bu nedenle isteklilerin ihaleyi açan kuruma karşı kendileri ile sözleşme yapılmasını talep etme hakkının mevcut olmadığı ifade edilmiştir.¹⁸⁵

Türk kamu alım hukukuna baktığımızda, kamu alımı literatüründeki hâkim görüşe de paralel olarak, ne 2886 sayılı DİK ne de 4734 sayılı KİK'de idare için başlamış olan bir ihale sürecinin mutlak surette sözleşme ile sonuçlandırılması

¹⁸¹ Hospital Ingenieure Case C-92/00, 18.06.2002.

¹⁸² Buz, **a.g.e.**, s.134.

¹⁸³ **A.e.**, s.151.

¹⁸⁴ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02. Buz, **a.g.e.**, s.134.

¹⁸⁵ Buz, **a.g.e.**, s.134-135.

şeklinde bir yükümlülük görülmemektedir. Her ne kadar, KİK'in 46'ncı maddesi ve DİK'in 53'üncü maddesi ile yapılan bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı ilkesine dikkat çekse de, idareler için mutlak bir zorunluluktan söz edilmemektedir.

Bununla birlikte, sözleşme imzalanmadan önce idari yargılamanın ivedi ve öncelikli olarak yapılması son derece önemli bir gereksinimdir. Zira, aracın tünele girmesi sonrasında nasıl ki geri dönüş imkânsızsa, sözleşme yapıldıktan sonra da ihalenin iptalinin gerçekleşmesi zorlaşmakta ve anlamsızlaşmaktadır. Sözleşme yapılmadan önce idari işlemde geri dönüş, iptal veya düzenleyici işlem her zaman mümkündür. Dolayısıyla bu safhada, idari yargının süratle ihtilafı karara bağlaması, adaletin tesisi bakımından mühim bir konudur. İdari yargının yetkisinde bulunan ihale sürecinde, idari işlemde kaynaklanan ihtilafın çözümünde, yürütmeyi durdurma kararına ilişkin olarak sözleşmeye hükümler konulmalı ve ivedi yargılama prosedürü getirilmelidir.

2. Tazminat Taleplerinin Etkisi

AB kamu alım mevzuatı incelendiğinde tazminata ilişkin bir takım düzenlemelerin olduğu görülecektir. 89/665/EEC sayılı klasik sektörleri düzenleyen İhtilaf Direktifi'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrası (c) bendinde, üye devletler, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar nedeniyle zarara uğrayan isteklilerin tazminat talep etmesine olanak tanıyan bir düzenlemenin yapılması hususunda gerekli çabayı göstermekle mükelleftir. İhale süreci içinde görülen hukuka aykırılıklar, kural olarak sözleşmenin kendiliğinden butlanını getirmez. Sözleşmenin batıl sayılabilmesi için özel hukuktaki butlan nedenlerinden birinin bulunması gerekir. Klasik Sektörlere İlişkin İhtilaf Direktifi'nin 2'nci maddesinin altıncı fıkrasında da, üye devletlere, ihale işlemlerini denetleyen kurumların inceleme yetkisini, sözleşmenin kurulduğu an ile sınırlamak ve bu andan sonra isteklilere sadece tazminat talep etme hakkı tanımak üzere bir yetki verilmiştir. Fakat, aynı Direktifte tazminat talebinin hangi şartlarda ve hangi tür zararlar için öngörüleceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. 92/13/EEC sayılı Direktif ile söz konusu Direktifte yapılan tadilat sonrası, 2'nci maddenin yedinci fıkrasında, üye devletler, etkin bir tazminat mekanizması oluşturmakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca, tazminat talebi sadece en

iyi teklifi sunan istekliye değil, ihale işlemlerinde hukuka aykırılık olmasaydı ihaleyi kazanmada *gerçek bir şans*¹⁸⁶ sahip olacak isteklilere de tanınmıştır.¹⁸⁷

Alman hukukunda kamu alımlarının düzenlendiği *Rekabetin Sınırlandırılmasına Karşı Kanun*'un dördüncü bölümünde 125 ve 126'ncı madde hükümleri ile ihale sürecinde söz konusu olabilecek tazminat talepleri düzenlenmiştir. 125'inci madde hükmü, "Hakkın Kötüye Kullanılması Hâlinde Tazminat" başlığı altında, ihale işlemlerine karşı yapılan itiraz başvurusunun baştan itibaren haksız olduğunun anlaşılması durumunda, haksız itiraz başvurusunda bulunan isteklinin, bu hakkın kötüye kullanılması yüzünden doğan zararları tazminle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Bu maddede düzenlenen tazminat talebinin söz konusu olabilmesi için, itiraz başvurusunun açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması gerekir. Tazminat talebinde bulunan kişiler, ihaleye çıkan kurum ve bazı durumlarda diğer isteklilerdir. İhaleye çıkan kurumun tazminini talep edebileceği zararlara örnek olarak; ihalenin geç sonuçlanması nedeniyle ihale konusu için fiyat artışları nedeniyle daha fazla bir bedelle edimini tamamlaması yüzünden uğradığı zararlar, idarenin fazladan ödemek zorunda kaldığı faizler, ihale konusu projenin geç tamamlanarak kullanılmaya başlanması nedeniyle uğranılan zararlar sayılabilir.¹⁸⁸

İlgili Kanunun 126'ncı maddesine göre, ihaleye çıkan kurum, isteklileri koruyan bir hükmü ihlal ederse, bu hukuka aykırılık nedeniyle, ihaleyi kazanma hususunda "gerçek şans"a sahip olan istekliler, teklif hazırlamak veya ihaleye katılmak için yaptıkları harcamaların tazminini isteyebilir. Bu hükümlerle, Alman kamu alım hukukunun, AB kamu alım mevzuatına yaklaştığı görülmektedir.¹⁸⁹

Avusturya hukukunda da tazminata ilişkin ihale mevzuatında özel düzenlemeler mevcuttur. 2006 tarihli Federal İhale Kanunu'nun 338 ve diğer hükümlerinde isteklilerin, ihale mevzuatına aykırı eylemde bulunan ihale makamı kuruma karşı yöneltebilecekleri tazminat talepleri düzenlenmiştir. Kural olarak bu tazminat talepleri, ihaleye çıkan kurumun, başka bir istekli ile sözleşme yapmış

¹⁸⁶ Real chance; echte Chance

¹⁸⁷ Buz, **a.g.e.**, s.143.

¹⁸⁸ **A.e.**, s.145.

¹⁸⁹ **A.e.**, s.146.

olması hâlinde söz konusudur. Eğer ihale henüz sonuçlanmamış ve sözleşme imzalanmamışsa, istekliler, ihaleye çıkan kurumun ihale mevzuatına aykırı işlem ve eylemlerine karşı, kendilerine tanınan asli korumadan yararlanarak, hukuka aykırı ihlalleri ortadan kaldırma olanağına sahip kılınmıştır. Bu bağlamda, tazminat taleplerine ilişkin ihtilaflar idari yargıda değil, adli yargıda görülür.¹⁹⁰

Fransız hukukunda, ihale sürecinde gerçekleşen usulsüzlükler nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini, sözleşme dışı sorumluluk esaslarına göre talep edilmektedir. Tazminat davaları sözleşmenin hukuki niteliğine göre, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olmalarına göre idari yargı veya adli yargıda açılmaktadır. Avusturya hukukundan farklı olarak tazminat davası, idarenin sözleşme imzalamasından sonra da açılabilir. Tazminat talebinde bulunan isteklinin, ihalenin kendinde kalması hususunda gerçek bir şansa sahip olduğunu ispat etme yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla, ihaleyi kazanma şansı bulunmayan isteklinin tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ihale işlemlerinin tamamlanmasından sonra ihale mevzuatına aykırılık nedeniyle sözleşmenin batıl olduğunun anlaşılması hâlinde, ihale üzerinde kalan ve batıl sözleşmeyi imzalamış olan istekli, yoksun kalınan kâr da dâhil olmak üzere tazminat talep etme hakkına sahiptir.¹⁹¹

Türk hukukunda tazminat taleplerinin sözleşmeye etkisi bakımından ihale süreci değerlendirildiğinde, 4734 sayılı Kanun'da genel nitelikte bir düzenlemenin yer almadığını söylemek mümkündür. Kanunun 45'inci maddesinde, ihale kararı verilmiş olmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınan idarenin, isteklinin "teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri" tazminle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İsteklinin mali kaybını gidermeye yönelik bu hüküm karşısında, idarenin gözetildiği ve isteklinin bir anlamda cezalandırıldığı 44'üncü madde ile ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapmaya gelmemesi hâlinde geçici teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir. Diğer taraftan kanun koyucunun tazminat konusuna pek sıcak bakmadığı hususu Kanunun başkaca hükümlerinden de anlaşılmaktadır. 16'ncı madde "*ihalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce*

¹⁹⁰ A.e., s.151-152.

¹⁹¹ A.e., s.152-153.

idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz” ifadesine yer verirken,¹⁹² 39’uncu maddedeki “*idare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez*” hükmü isteklilerin tazminat yolunu kapamaktadır.

Bu düzenlemeler ışığında Türkiye’nin, ihtilaf direktiflerinde öngörülen gereklilikleri¹⁹³ iç hukukuna aktarmadığı görülmektedir. İhtilaf direktiflerinde üye devletlere, istekliler bakımından sadece asli koruma değil, daha önceden sözleşmenin imzalanmaması nedeniyle asli korumanın mümkün olmadığı durumlarda onun yerine geçecek tali bir koruma, bir diğer ifadeyle tazminat talep etme imkânı sağlayacak bir düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yönüyle Türk kamu alım mevzuatının tazminata ilişkin bir düzenlemeye yer vermemesi önemli bir eksikliklerdir. Öte yandan KİK’in, özellikle ihalenin iptaline ilişkin olarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran (m.16 ve m.39) veya sınırlandıran (m.45) hükümleri, isteklilerin idareye karşı genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkına bir engel oluşturmaz.¹⁹⁴

Diğer taraftan, elverişli sözleşme imkânlarının kaçırılması şeklinde ortaya çıkan ve fırsat ve/veya kârdan yoksun kalınan bir ihtilaf durumunda, TBK madde 125 (BK m. 108) çerçevesinde kaçırılan fırsatların karşılığı talep edilebilir. Buradaki sorumluluğun hukuki sebebi, sözleşmeye dayalı bir yükümün ihlalidir.¹⁹⁵

¹⁹² Kanununun 16’ncı maddesinde *idarenin gerekli gördüğü hallerde* ibaresi yazılarak, sınırlarının belirlenmesi son derece zor bir genelleme yapılmıştır. Bu ifadeyi, idare hukukunun en temel dayanağını teşkil eden kamu yararı ve hizmeti kavramları ile sınırlamak ve anlamak mümkün ise de, ihale iptallerinin her zaman kamu yararı veya kamu hizmeti gereklerine uygun olarak yapıldığını düşünmek yanlıtıdır.

¹⁹³ 89/665/EEC 2/1-c; 92/13/EEC 2/1-d.

¹⁹⁴ Buz, **a.g.e.**, s.154-155.

¹⁹⁵ Yargıtay, idarenin menfi zararını istemekte haklı olduğuna hükmettiği bir kararında şu sonuca varmaktadır; “...2886 sayılı Devlet ihale yasasının 62. maddesi sözleşmenin feshi hâlinde, teminatın irad kaydedildiği, hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini hükme bağlamakla yetinmiş, istenebilecek zarar miktar ve niteliği ile koşulları konularına değinmemiştir. Hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini açıklamakla yetinmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme ve şartnamede bu yasa hükmüne uygun düzenleme yapılmıştır. Hâl böyle olunca da, gerek yasanın, gerekse sözleşme ve ekli belgelerin yollama yaptığı BK. 106, 108 maddeleri uyarınca haklı fesih nedeniyle, davacı idarenin menfi zararını değişik bir anlatımla, sözleşmenin geçerliliğine ifa edileceğine güvenmekten buna rağmen, sözleşmenin feshi ile hükümsüzlüğünden doğan kaçırılmış fırsatlar karşılığını isteyebileceğinin kabulü gerekir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 02.10.2003, E.2003/6237, K.2003/11099 sayılı karar.

V. BÖLÜM

TÜRK KAMU ALIMLARINDA SÖZLEŞME SONRASI İHTİLAFLARIN YARGI DENETİMİ VE TÜRK HUKUKUNDA GETİRİLEN ÇÖZÜMLER

Kamu alım sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı için, ihaleyi açan idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin geçerliliği sorunu, özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözülür. Bununla birlikte, sözleşmeden ayrılabilir idari işlemler ile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan ihtilafların ayrılması gerekmektedir. Bir diğer husus da, sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların ne tür idari dava konusu olacağına tespit edilmesidir. Bu kapsamda, yap-işlet-devret sözleşmeleri ile gündeme gelen tahkim gibi alternatif ihtilaf çözüm yollarının idari sözleşmeler konusunda ne ölçüde uygulanabilir olduğunun belirlenmesi önem kazanmaktadır.¹ Ayrıca, özel hukuk sözleşmeleri olan kamu alım sözleşmelerinin KİSK 36'ncı maddesi hükmü gereği tabi olduğu ve sözleşme genel hükümlerini düzenleyen TBK'nin borcun ifa edilmemesine ilişkin terminolojisi ve çözümlerinin de yine bu başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

A. Kamu Alım Sözleşmelerinde Ayrılabilir İşlemlerin Yargı Denetimi

4734 sayılı KİK uyarınca yapılan mal ve hizmet alımı ile yapım işleri; 2886 sayılı DİK uyarınca yapılan satım, kira, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve trampa işlerinin ihalesi sonucunda akdedilen sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleri olarak öğretilde kabul görmektedir. Esasen, idarenin yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili olarak, idari usul ve esaslara uygun şekilde yaptığı bir ihalede, sözleşme aşamasına kadar tesis ettiği işlemlerden kaynaklanan ihtilafların çözüm yerinin idari yargı olduğu, kökleşmiş Yüksek Mahkeme kararlarında da kabul edilmektedir.² Bu kabul, sözleşme öncesindeki aşamalarda tesis edilen idari işlemlerin iptali istemiyle açılacak davaların idari yargıda görüleceği; adli yargının bir idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme görev ve yetkisine sahip bulunmadığı kuralına da

¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.510.

² Bkz.: *Uyuşmazlık Mahkemesinin* 03.02.1997 tarih ve 1997/4-3 sayılı; 02.03.1987 tarih ve 1987/2-7 sayılı; *Yargıtay* 15. Hukuk Dairesinin 23.02.1998 tarih ve 1998/243-640 sayılı; *Danıştay* 10. Dairesinin 09.08.1986 tarih ve 1986/469-1988/1048 sayılı; 29.09.1993 tarih ve 1992/4234-1993/3493 sayılı kararları.

uygundur.³ Ancak, 4734 sayılı KİK'in *Yargısal inceleme* başlıklı 57'nci maddesi, bu açıklamaların dışında bir uyumsuzluk/tutarsızlık göstermektedir. Madde hükmünde; “*Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür*” denilmek suretiyle, idari yargının yetki alanında olan Kurul'un nihai kararlarına dair yapılacak denetim için Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerine başvurulabileceği öngörülmekte ve dolayısıyla adli mahkemeleri de kapsayan bir genelleme yapılmaktadır. Bu itibarla söz konusu madde hükmü, ayrılabilir işlem kuramını dikkate almayan bir özellik ve özensizlik göstermektedir.

Sözleşmenin imzalanmasından önceki ve sonraki aşamalarda, sözleşmeden ayrılabilir işlemlerin sözleşmeden bağımsız dava konusu yapılmaları ve bu konuda görevli yargı yeri sorunu, Türk hukukunda genelde idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Gerek 2886 sayılı DİK ve gerekse 4734 sayılı KİK'deki usuller izlenerek imzalanan sözleşmeler, kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilmektedir. Diğer taraftan, bu kanunlardaki usul izlenerek imzalanan sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görev alanına girdikleri kabul edilmekle beraber, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan evrede idarece gerçekleştirilen işlemler, idari işlem addedilip denetimlerinin idari yargının görev alanına girdiği konusunda yargı kararlarında süreklilik gözlenmektedir.⁴

Kamu alım sözleşmelerinin uygulanmasında veya feshinde ortaya çıkan ihtilafların tamamı adli yargının görevinde değildir. Örneğin, sözleşmenin idare tarafından feshi sonucu olarak doğan *kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama* işlemi idari yargı yerlerinde dava konusu edilir. Kamu alım sözleşmelerinin uygulanması ve feshinden ayrılan ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen her işlem, idari işlem olarak değerlendirilir ve idari yargının denetimine girer.⁵

³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.542.

⁴ **A.e.**, s.511.

⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşü de bu yöndedir: “...*ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada tespit edilmesi üzerine tesis edilen işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilafa yönelik olmayıp, kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen işlem olduğu...*” Yüksek Mahkeme bu gerekçeye dayanarak davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, 06.07.2009 tarihli ve E.2008/238, K.2008/176 sayılı karar.

İdari sözleşmelerin iptaline yönelik, doğrudan bir iptal davası açılmaz. Ancak, *ayrılabilir işlem* kuramı uyarınca, sözleşmeden ayrılabilen bir işleme karşı, çıkarı zedelenen üçüncü bir kişinin ya da sözleşmenin yanlarından birinin iptal davası açması olanaklıdır. Sözleşmenin oluşumu aşamasında (hazırlık safhasında) ortaya çıkan idarenin tek taraflı hukuki işlemlerine karşı (hazırlık işlemlerine karşı), hukuka aykırılık savı ile idari yargıda dava açılabilir. Örneğin, ihale ilanının mevzuata aykırı yapılmasına, ihaleye katılma şartları taşıyan kişinin ihaleye alınmamasına, ihale kararına, ihalenin feshedilmesine karşı iptal istemiyle, idari başvuru işlemleri izlendikten sonra idari yargıya başvurulabilir. Kimi durumlarda sözleşmeden ayrılabilir işlemin iptali, sözleşmenin iptaline neden olabilir. Sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkacak ihtilaflar adli yargıda görülür. Günümüzde, idari sözleşmelerin uygulama alanının sınırlanmış olması ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve idari hizmet sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerin de idari sözleşme kabul edilmemesi yüzünden bahse konu ayırım ortaya çıkmaktadır.⁶

Yukarıda da belirtildiği gibi, idari uygulamalarda ve yerleşik yargı içtihatlarında, öteden beri idarenin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlemlerine ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. Bu kabulü, 4735 sayılı KİSK'in 36'ncı maddesi daha da kuvvetlendirmiş ve 4734 sayılı KİK kapsamında yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerde Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını belirtmek suretiyle bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olma niteliğini ön plana çıkarmıştır. Ancak bu sözleşmelerin iki eşit tarafın özgür iradeleri ile yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı öge ve nitelikler taşıdığı da yadsınmamalıdır. Zira, kamu yararı ve kamu kaynakları söz konusu olduğundan, idarenin yükleniciyi seçme ve sözleşme bedelini serbestçe belirleme yetkisi hayli kısıtlanmakla birlikte tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme hak ve yetkisine de bazı kısıtlamalar getirilmektedir.⁷

Diğer taraftan, KİSK'in 24'üncü maddesine göre, mal ve hizmet alımları ile yapım sözleşmelerinde, idareye özel hukuk sözleşmelerinde pek görülmeyen türden

⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, **a.g.e.**, s.1098-1099.

⁷ Günday, **a.g.e.**, s.216.

üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınırken, karşı tarafa yükümlülükler getirilmiştir. Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi başlığını taşıyan söz konusu madde şöyledir:

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması hâlinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oran dâhilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.”

Bu hükümlerden görülmektedir ki, DİK ve KİK kapsamındaki işlere ilişkin imzalanan sözleşmeler özel hukuka tabi olmakla birlikte, bu sözleşmelerin kimi hükümleri kamu hukuku kayıt ve şartlarına da uygunluk göstermektedir.⁸

1. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

⁸ Günday, a.g.e., s.217.

Kamu alım sözleşmelerinin uygulanmasında görülen ve sözleşmeye aykırı hareket edildiği, ayrıca işin süresinde bitirilmediği gerekçelerine dayanılarak feshin gerçekleştiği ve kesin teminatın gelir kaydedildiği ihtilafta ilişkin olarak ihtilafın çözüm yeri konusu Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında değerlendirilmiştir.⁹ Kararda, sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan ihtilafların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde çözülmesi gerektiğine vurgu yapılarak hüküm tesis edilmiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca üç ölçüt kullanarak ulaşmıştır: KİSK'in 4'üncü maddesinde tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olması; ihale dokümanı ve sözleşmelere eşit hak ve yükümlülük ilkesine aykırı hüküm konulamayacağı; KİSK'in 36'ncı maddesinde yer verilen ve bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde TBK hükümlerinin uygulanacağı.

Bir başka kararında¹⁰ Yüksek Mahkeme, taraflarca akdedilmek ve uygulanmakla yürürlük kazanmış bir sözleşmenin öngörülen süreden önce tek taraflı feshinin iptaline yönelik davanın konu edildiği ihtilafta, davacının eski hâle iade yolundaki istemini, fesih iradesinin yargı yerince sözleşme hükümlerine aykırı bulunarak iptal edilmesi hâlinde ve bu iptal kararının hukuki sonuçları itibariyle, sözleşme hükümleri göz önüne alınarak karşılıklı hak ve yükümlülüklerin sınırlarının tespiti yönünden değerlendirilebilecek bir husus olarak görmüştür. Dolayısıyla, görevli yargı yerinin belirlenebilmesi için, ihtilaf konusu sözleşmenin hukuki niteliğinin incelenmesinin gereğine dikkat çekmiştir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkemenin tespitleri şöyledir:

“İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi, kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan sözleşmeler de yapar ki, idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler “idari sözleşme” olarak

⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 16.06.2005 tarihli ve E.2005/16, K.2005/36 sayılı karar.

¹⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, 21.06.1999 tarihli ve E.999/8, K.999/17 sayılı karar. 21.09.1999 tarih ve 23823 sayılı Resmi Gazete, s.17. Dava konusu edilen ihtilafta Yüksek Mahkeme'den, Şişli Belediyesince, 2886 sayılı Yasanın 45. maddesinde öngörülen yönetime göre yapılan ihale sonucunda, belediye nikah salonunda fotoğraf ve video çekimi işine ilişkin davacı ile akdedilen sözleşmenin niteliğinin tespiti talep edilmiştir. Kararda, “...1580 sayılı Belediye Kanununda sayılan belediyenin görevleri arasında yer almayan konusu itibariyle, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacını taşımaması ve belediye kamusal nitelikte üstün hak ve yetkileri tanıyan hüküm ve koşullar içermemesi nedeniyle, idari sözleşme olmadığı, ancak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.” denilerek hüküm kurulmuştur.

adlandırılırlar. İdarenin, genel ehliyetini kullanarak sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği gözetilerek gerçekleştirdiği sözleşmelerin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yasal denetiminin adli yargı yerince yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Yasanın idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere “genel hizmetlerden birinin yürütülmesi” amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.

Buna göre, idarenin sözleşme yapabilmesi için: bu Yasa (2886) kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir. Tümünüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re’sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelik taşıyan ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasız ise de; sonuçta gerçekleştirilen sözleşmenin hangi hukuki rejime tabi olacağıın tespiti, bu sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşullar yönünden yapılacak incelemeyle mümkündür.”

Uyuşmazlık Mahkemesi yine bir başka kararında¹¹, sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemlerin idari nitelikte olduğuna ve sözleşme öncesi hazırlık aşamasında kalan bir işlemin iptali isteminin idari yargı yerinin görevine girdiğine hükmetmekte ve ihale aşamasındaki idari işlemleri¹²; ihale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini (yaklaşık maliyet), ihale komisyonunun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali gibi tüm hazırlıklar olarak sıralamakta ve bunları idarenin, yasanın verdiği yetkiye dayanarak tesis ettiği tek taraflı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlem olarak değerlendirmektedir.

¹¹ Uyuşmazlık Mahkemesi (H.B.), 03.02.1997 tarihli E.997/5, K.997/4 numaralı karar. 04.03.1997 tarih ve 22923 sayılı Resmi Gazete, s.29.

¹² İdari işlemleri idari eylemlerden ayıran en önemli özellik yazılı olmasıdır. Kamu alım sözleşmesinin imzalanmasından önce gerçekleşen ihale işlemlerinin de idari işlem olarak kabul edilebilmesi için yazılı olması gerekmektedir. Kamu alım sözleşmesi öncesi idarenin ihale işlemlerine bakıldığında, her bir işlemin standart belge ve tutanklarla belli bir formda düzenlendiği görülmektedir. Sözleşme sonrasında da yer teslimine, muayene kabulüne, hak ediş ödenmesine vb. ilişkin belge ve tutanaklarla idari işlemlerin standart olma hâli devam etmektedir. Kanun koyucu, kamu alım sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını uygun gördüğü gibi belli bir standarda kavuşturulmasını da amaçlamıştır.

2. Danıştay Kararları

Danıştay'a göre de, genel ve katma bütçeli idarelerle, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlemlerinin bağlı olduğu usulleri düzenleyen 2886 sayılı Kanun bir *kamu kanunu niteliği* taşımaktadır. Dolayısıyla, *"...bu kanun kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemlerin 2886 sayılı Kanunla düzenlenmiş olması ve bu kanunun kamu kanunu olması karşısında idari yargının denetimine tabi olduğu ihtilafsızdır."*¹³

2490 sayılı Kanun döneminde, sözleşmenin uygulanmasında Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan fiyat farkı kararnamelerine dayanarak, fiyat farkı ödenmesi, sözleşmenin feshi veya işin tasfiyesi istemlerinin idarece reddi kararlarına karşı açılan davalar Danıştay tarafından görevden reddedilmektedir;

*"2490 sayılı Yasa'ya göre imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olacağından, sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan ve sözleşmenin feshi, işin tasfiyesi ile ilgili olan uyuşmazlıkların da sözleşmeden hareket edilmek suretiyle ve sözleşme esasları içinde özel hukuk hükümlerine göre çözümleneceği, bu çözümlenmenin ise idari yargı mercilerince değil adli yargı mercilerince yapılacağı açıktır."*¹⁴

3. Ayrılabilir İdari İşlemin İptalinin Sözleşmeye Etkisi

İster idari ister özel hukuk sözleşmesi olsun, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin yargı organınca iptalinin sözleşmenin hukuki geçerliliğini etkilemesi, bir başka deyişle sözleşmeyi hükümsüz kılıp kılmayacağı sorunu, sadece Türk hukuk öğretisinde tartışılan bir mevzu olmayıp, Avrupa boyutuyla da çözüme kavuşturulmuş değildir. Hatta, bu durum Fransız idare hukukunda *şaşırtıcı bir yargısal boşluk* olarak nitelenmektedir. Konu kapsamında, ayrılabilen idari işleme

¹³ Danıştay 10. D., 17.10.1990 tarihli E.989/492, K.990/2224 numaralı karar. **Danıştay Dergisi**, S.82-83, s.891 vd.

¹⁴ Danıştay 12. D., 18.04.1979 tarihli E.979/1427, K.979/1461 numaralı karar. **Danıştay Dergisi**, S.36-37, s.613.

karşı davayı açana (taraf veya üçüncü kişi) ve bu işlemle sözleşme arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bağlı olarak farklı çözümler önerilmiştir.¹⁵

İdari yargıda verilmiş iptal kararının iptal edilmiş işleme dayanan sözleşmenin geçerliliğini nasıl etkileyeceği konusunda farklı çözümler dikkat çekmektedir. Örneğin, Uluslararası Ticaret Odası (The International Chamber of Commerce/ICC) Tahkim Kurulu 2003 yılındaki ilk kararında idari yargıda verilmiş iptal kararının sözleşmenin geçersizliğine yol açacağını kabul ederken, sonraki kararlarında, bu görüşünden ayrılmış ve sözleşmenin geçersizliği gerekçesi ile ifadan kaçınan idarenin, şirketin müspet zararlarını tazminle yükümlü olduğuna karar vermiştir.¹⁶

Alman hukukunda ihalede sakatlık gibi, sözleşme dışındaki hukuka aykırılıkların sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı; *pacta sunt servanda* ilkesi ve sözleşme yapılan kişinin bu sözleşmenin geçerli olacağına ilişkin güvenin, mağdur kişilerin sözleşmenin sona erdirilmesindeki menfaatine üstün olduğu kabul edilmektedir.¹⁷ Ancak ABAD, bazı Alman belediyelerinin Birlik direktiflerine aykırı ihaleler nedeniyle Almanya'nın Birlik hukukunu ihlal ettiğine karar vermiştir. AB Komisyonu Almanya'yı ABAD kararının uygulanması amacıyla hangi tedbirleri aldığını bildirmeye davet etmiş, Almanya tarafından Birlik hukukunun sözleşmenin iptalini gerektirmediğinin bildirilmesi üzerine de Komisyon, Almanya'nın ABAD kararının gereklerini yerine getirmediği gerekçesiyle ABAD'a başvurmuştur. ABAD, ihale yapan idarenin, hukuki güvenlik, ahde vefa ve mülkiyet hakkına dayanarak, Antlaşmanın 226'ncı maddesine aykırı şekilde kararını uygulamaktan kaçınmayacağına karar vermiştir.¹⁸ Bunun üzerine belediyelerden biri yaptığı sözleşmeyi feshetmiştir.¹⁹

Genellikle benimsenen görüş, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin iptalinin otomatik olarak sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmayacağı yönündedir. Ancak,

¹⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.548.

¹⁶ Buz, **a.g.e.**, s.100.

¹⁷ **A.e.**, s.95.

¹⁸ ABAD'ın 18 Temmuz 2007 tarihli Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne, affaire C-503/04. "Les recours en manquement pour violation du droit communautaire des marchés publics", concl. V.Trstenjak ve note P.Delvolvé. RFDA, sept-oct.2007, s.958. Nakleden Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.548.

¹⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.548.

yakın tarihlerde Fransa'da idari yargı kararlarında bir gelişme gözlenmektedir. Bu gelişmenin idare hukuku öğretisindeki bazı görüşlerden etkilendiği söylenebilir. Bu görüşe göre, ayrılabilir işlemin iptali durumunda bu işlemle sözleşme arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınarak çözüm getirilmelidir. Dolayısıyla ayrılabilir işlem sözleşmede yer alan bir hükmün hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmişse, sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açacaktır ve sözleşme hâkimi bu kesin hükümle bağlı olacaktır.²⁰

İptal edilen ayrılabilir işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturuyor ise, aralarında sıkı bir ilişki var demektir. Bu durumda ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaması olanaksızdır. Nitekim, *Fransız Danıştay*, imtiyaz verilmesine ilişkin Bakanlar Komitesi kararının iptalinden sonra imtiyaz sözleşmesinde öngörülen inşaatın durdurulması ve idarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine imtiyaz sahibince açılan davada, sözleşmenin hükümsüzlüğünü saptayıp, devlet içinde yükümlülük yaratmayacağı için tazminat isteklerini reddeden *Nice İdare Mahkemesi* kararını hukuka uygun bularak onamıştır.²¹

İdari yargıdaki iptal kararı, işlemi geriye yürür şekilde ortadan kaldırarak sözleşmeyi dayanaksız bırakacağına göre, iptal kararının sonucu olarak sözleşmenin de geçersiz sayılması gerekecektir. Nitekim, iptal kararının, karşı tarafın zararları tazmin edilerek sözleşmenin feshi suretiyle yerine getirilebileceği kabul edilmektedir.²² Bununla birlikte, iptal kararının gereğini yerine getirmenin idarenin takdirine bırakıldığı; idarenin ihlalin türüne göre, sözleşmenin butlanını tespit için hâkime başvurabileceği gibi, karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeyi fesih veya feshin sonuçlarının ağırlığını, sözleşme konusu işin ifa edilmiş olmasını veya kamu hizmetinin gereklerini dikkate alarak sözleşmenin ifasına devam edebileceği de savunulmaktadır.²³

²⁰ A.e., s.549.

²¹ CE, 01.10.1993, Sté. Le Yacht-Club International de Bornes-Les-Mimosas. **AJDA**; 1993, s.810 vd. Concl. Pochard. Nakleden Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.549.

²² Buz, **a.g.e.**, s.109.

²³ A.e., s.250.

İptal kararının gereğini yerine getirmenin idarenin takdirine bırakıldığı bu ve benzeri sorunların çözümünün bir yolu da ayrılabilir işlemin iptaline karar veren yargı organının, kararın nasıl yerine getirileceği konusunda idareyi zorlama olanağına sahip kılınmasıdır. Fransa’da 1995 yılında yapılan yasal düzenlemelerle bu olanağa sahip olan *Nantes İdare Mahkemesi*, il genel meclisinin öğrenci servisi işini kendi belirlediği koşullara uygun olmayan bir firmaya vermesi kararını, rakip firmanın açtığı dava üzerine iptal ettikten sonra, idareye buna dayanarak yaptığı sözleşmeyi sona erdirmesi için iptal kararının tebliğinden itibaren altı ay süre tanıyıp, bu süre sonunda sözleşme sona erdirilmemişse, sona erdirilinceye kadar her gün için 1000 Fransız Frankı para cezasına hükmetmiştir.²⁴

AB hukukundaki gelişmeler ve özellikle ihtilafların çözümüne ilişkin direktif (2007/66/EC), sözleşmenin düzeltilmesi veya hukuki sonuçlarının kaldırılması konularında, üye devletlere etkili hukuk yolları kullanarak düzenlemeler yapmalarını önermektedir.²⁵

Fransız Danıştay sözleşmenin yapılmasından dışlanmış rakiplerin, aynı hâkime sözleşmenin veya sözleşmeden ayrılabilen bazı hükümlerin geçersizliği savı ile gerektiğinde tazminat istemini de içeren tam yargı başvurusunda bulunabileceklerini kabul etmektedir.²⁶ Hâkim, sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sakatlık saptadığında bunun sonuçlarını da belirleyecektir. Bunu yaparken,

²⁴ Nantes İdare Mahkemesi’nin 11.04.1996 Compagnie des Transports de l’Atlantique **RFDA**, 1996, No:12, s.722 vd. concl. J.-F. Millet. Nakleden Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.552-553.

²⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.553.

²⁶ Türk hukukunda, idari eylem ve işlemlerden dolayı zarar gören kişiler tarafından açılacak “tam yargı” davaları, idari yargı yerinde görülür ve çözümlenir. İdari eylem, kamu idare ve kurumlarının kamu görevine ilişkin, idare hukuku kural ve gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranış ve fiillerden ibarettir. İdari işlem ise, idari kanunlara dayanılarak yapılan muamelelere denilmektedir. İdarenin eylem ve işlemleri, onun kamu hukuku alanındaki kamu gücünü (kamu otoritesini) kullanarak, idare hukuku kural ve gerekleri uyarınca yaptığı faaliyetlerin hukuki ve maddi hayattaki görünümüdür. Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan sadır olan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusu olduğu hâlde, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu özel hukuk hükümleri ve ilkeleri uyarınca belirlenmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007/4-597 E., 2007/694 K.

hukuka aykırılığın niteliğini dikkate alarak, ya sözleşmenin feshine veya bazı hükümlerinin değiştirilmesine ya da uygulanmasının devamına karar verebilecektir.²⁷

Söz konusu sorun, sözleşme imzalanıp uygulanmaya başladıktan sonra, dayanağı işlemin iptalinden kaynaklandığına göre, bir çözüm de idari işlemin iptaline ilişkin davanın sözleşmenin imzalanmasından önce sonuçlanmasını sağlayacak usulün bulunmasıdır.²⁸ Bu çerçevede, ivedi durumlar dışında, ihale kararı ile sözleşmenin imzalanmasının arasına bir asgari bekleme süresi (45 gün veya 2 ay) konulup; tüm hukuka aykırılık savlarını bu süre zarfında hızlandırılmış yargılama yöntemi ile sonuçlandırmak ve bu sayede sözleşmenin kurulmasından sonra idare hukuku kökenli hukuka aykırılık savlarını engellemek önerilmektedir.²⁹

B. Kamu Alımlarında Sözleşmeden Kaynaklanan İhtilafların Yargı Denetimi

Sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarla ilgili olarak uygulamada iki tür sorunla karşılaşılmaktadır. Birincisi, sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların ne tür idari dava konusu olduklarının; ikincisi de görevli yargı yerinin belirlenmesidir.³⁰

Sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflar denildiğinde, sözleşmenin icrası ve icrasından sonraki safhalar anlaşılmalıdır. Bu dönemde özellikle idarenin tek taraflı girişimlerinin yol açtığı ihtilaflarda, tasarrufun niteliğine göre bir iptal davası ya da uğranılan zararın tazmini için tam yargı davası açılabilir. Her iki davanın birlikte açılması da mümkündür.³¹ Sözleşmenin icrası döneminde idarenin genel yetkilerini kullanarak ve sözleşmeye dayanarak geçici olarak işletmeye el koyması, akdi feshetmesi, kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi veya bu konudaki ağır kusuru nedeniyle karşı akit aleyhine para cezası yaptırımına başvurması, sözleşme şartlarında tek taraflı değişikliklere gitmesi şeklindeki tasarruflar bir iptal davasına veya tam yargı davasına konu olabilir.³²

²⁷ CE, Ass. 16 Temmuz 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, **LPA**, 24 Temmuz 2007, No:147, s.9. Note M. Gaudemet, s.11. Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.553.

²⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.553.

²⁹ Buz, **a.g.e.**, s.113.

³⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.554.

³¹ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.297.

³² Onar, **a.g.e.**, s.1638.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, *idari dava türlerini* sıraladığı 2'nci maddesinde, idari sözleşmelere ilişkin olarak; “*Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” (m. 2/1-c) demektedir. Öte yandan, 2575 sayılı Danıştay Kanunu “...*tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar*” (m. 24/1-f) demek suretiyle Danıştay'ın görevine dâhil ederken, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemeleri Hakkındaki Kanun, “*Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları*” (m. 5-c) çözüme görevini idari mahkemelerin görevine vermektedir.

Genel olarak, yargı yerlerinde dava açabilmek için bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Ancak, bu genel kural iptal davası için geçerli olmayıp, menfaatleri ihlal edilenler idari işlemin iptali için dava açabilirler. Bu bağlamda idarenin sözleşmelerinde, ayrılabilir işlem olarak nitelendirilebilecek tek taraflı işlemler söz konusu olup, bu işlemler idare tarafından değiştirilebilir ya da kaldırılabilir olduğu gibi idari yargıda da iptal davasına konu edilebilir.³³

İdari sözleşmelerin iptal davası konusu olup olmayacağı Fransız idare hukukunda da tartışılmakta olan güncel bir konudur. Fransız Danıştay'ı idari sözleşmeler konusunda iptal davasını ancak ayrılabilir işlemlere karşı kabul etmekte iken, 1996 yılında verdiği bir kararla³⁴ sözleşmenin bir hükmüne karşı üçüncü bir kişi tarafından açılan iptal davasını kabul edip karara bağlamıştır.³⁵

Birden çok işlemin yapılması ile gerçekleşen aşamalı idari muameleler, karar alma sürecinde yer alan çeşitli işlemlerden birinin, ondan ayrılarak başlı başına yürütülebilirlik niteliği kazanıp, genellikle idari yargı önünde çözümlenecek türden bir ihtilafa konu olabilmesini anlatmak için kullanılır.³⁶ Fransız ve İtalyan idare

³³ Uz, **a.g.e.**, s.137.

³⁴ CE: Ass. 10 Juillet 1996, M. Cayzeele, FRDA: 1997. No:1. S99 vd. note, Délvolvé, s.89 vd.

³⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.554-555.

³⁶ Özay, **a.g.e.**, s.415.

hukuku öğretisinde, göreceli bir önem taşıyan bu konunun, Türk kamu hukuku düzeni içinde çok büyük bir ağırlığı vardır. Batı Avrupa hukuk düzenlerinde, idarenin yaptığı işlemlerden hemen hemen hiçbiri yargı denetimi dışında bırakılmamıştır. Buna karşılık Türkiye’de bazı işlemler, birbirini izleyen birden fazla iradenin eseri *zincir işlemler* halkalarından birini diğerlerinden ayırarak yargı yeri önüne götürmek hem mümkündür hem de zinciri kopardığı için bütün muameleyi etkisiz kılabilir. ³⁷

Yerleşik yargı kararlarına göre, ihale kararlarının kesinleşmesine kadar yapılan işlemler idari nitelikli sayıldığından, hangi yasal düzenlemeye tabi olursa olsun, sözleşmelerin hazırlık aşamasında ortaya çıkan ihtilaflarla ilgili olarak görevli ve yetkili yargı mercii, ayrılabilir işlem kuramına göre idari yargı yerleridir. ³⁸

İster idari ister özel hukuk sözleşmesi olsun, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin yargı organınca iptal edilmesinin, sözleşmenin geçerliliğini nasıl etkileyeceği hususu büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar ihaleyi yapan idare ile sözleşme hazırlık aşamasındaki ihtilafları inceleyen Kamu İhale Kurumu tarafından sözleşme imzalandıktan sonra bir işlem yapılmıyor olsa da, ihale dokümanını oluşturan belgelerde yer alan bazı hükümlerin mevzuata aykırı olması nedeniyle yargı organınca iptal edilmesi hâlinde, idarenin yargı kararı uyarınca yapacağı yeni düzenlemelerin, sözleşme hükümleri ile çelişse de, değiştirilmiş ihale dokümanı önceliğe sahip olacak ve sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır. Bu yönüyle, sözleşmenin imzalanması işleminin yargı merciince iptal edilmesi, sözleşmeyi etkiler niteliktedir. ³⁹

Öğretide, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan davaların yasa ile açıkça adli yargının görevine verilmesi durumunda, dava konusu işlemin niteliğine bakılmadan davanın adli yargıda çözümleneceği kabul edilmektedir. Anayasa adli ve idari yargı ayrımını veya daha genel deyimle *idari rejimi* anayasal bir ilke olarak benimsemekle beraber, idari ihtilafın veya bu iki yargı düzeni arasındaki görev ayrımının ölçütlerini vermemektedir. Dolayısıyla, bir ihtilafi idari yargının görev

³⁷ Özay, **a.g.m.**, s.893-894.

³⁸ Uz, **a.g.e.**, s.138.

³⁹ **A.e.**, s.141-142.

alanına taşıyan kanunun Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi için söz konusu ihtilafın *idari* niteliğinin Anayasa'dan hareketle saptanabilmesi gerekir ki, bunu söylemek olanaksızdır.⁴⁰

Görevli mahkemenin sözleşmede belirlenmesi hususunda, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları dikkate alındığında, idari sözleşmeden kaynaklanacak ihtilafın adli yargıda çözümleneceğine ilişkin sözleşmeye hüküm konulması mümkün görünmemektedir. *Duran*'a göre, idari sözleşmede görevli yargı yerinin adli yargı olarak belirtilmesi durumunda, kamu düzenine ilişkin bir hususun tarafların iradesiyle değiştirilebileceği ve dolayısıyla bu işlemin ve konusu olan kamu hizmetinin hukuki rejiminin taraflarca belirleneceği sonucuna varılır ki, böyle bir şey hukuken kabul edilemeyeceğine göre, sözleşmeyi özel hukuk kümesine sokmak şöyle dursun, etkisiz ve geçersiz sayacaktır.⁴¹

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımından farklı olarak Yargıtay, "*Sözleşmede uyumsuzluk hâlinde adalet mahkemelerinin yetkili kılınması, davalı kurumun sözleşmeyi genel hukuk kurallarına göre kurmuş olduğunu ifade eder*" yorumunu yapmaktadır.⁴² Uyuşmazlık Mahkemesi de, sözleşmenin niteliğinin sözleşmede gösterilen yargı yerine göre değil, niteliğine göre belirleneceğini kabul etmekle beraber, "*...bu işaretin, mukaveleli mahiyeti hakkında tarafların müşterek niyet ve kasıtlarını göstermesi itibariyle ehemmiyeti de dikkate alınmaktan vareste tutulamaz. Çünkü, bir amme hizmetine taallük ettiği hâlde hususi hukuk mukavelesi vasfını haiz mukaveleli mevcudiyeti bir hakikattir*" demektedir.⁴³

C. Kamu Alımlarında Sözleşmenin Sona Ermesi (Fesih)

⁴⁰ Niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının Anayasa'nın 2, 11, 27 ve 125'inci maddelerine aykırılık oluşturacağı sonucuna varan Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nın 114 ve 140'inci maddelerini (1982 Anayasası 125 ve 155'inci maddeler) birlikte yorumladığı kararında (25.5.1976, E. 976/1-976/28, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, S.14, s.185), idarenin kendine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukuka (idare hukuku) bağlı olduğunu ve bu hukukun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların da kural olarak Danıştay'da çözümleneceğini kabul eden idari sistem (=idari rejim) kurmuştur. Danıştay'ın görev alanına giren anlaşmazlığın çözümünü adli yargıya bırakma konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisi yoktur. Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.556-557.

⁴¹ Latif Duran, "Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)", **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S.4, 1985, s.67.

⁴² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18.12.1983, E. 982/6438-K. 983/6996.

⁴³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.2.1953, E. 953/6, Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.558.

KİSK’de sözleşmenin sona ermesine ilişkin olağan sona erme sebepleri ile yükleniciden kaynaklanan sebepler aynı bölümde düzenlenmiştir. Diğer taraftan TBK’de yer alan borcu sona erdiren sebepler ile borç ilişkisini sona erdiren sebepler kamu alım sözleşmelerine uygulanabilmektedir. KİSK’de yer verilen özel sebeplerle kamu alım sözleşmeleri sona erdirilebileceği gibi hüküm bulunmayan durumlarda TBK’de yer alan sebeplerle de kamu alım sözleşmeleri sonlandırılabilir.⁴⁴

Kamu alım sözleşmelerinin niteliği gereği, borçlar hukuku kapsamında sözleşmeyi geçersiz kılan ve en ağır sonuçlar doğuran butlan sebeplerinden bazılarına rastlanmaz. Mesela, ihaleyi açan kurumun veya ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaması düşünülemez. Şekil yönünden kamu alım sözleşmelerinin şekle aykırılık sorunu da genellikle görülmez. Bunların dışında kalan sebepler; sözleşmenin emredici hukuk kurallarına veya kamu düzenine ya da ahlaka aykırı bir nitelik taşıdığı durumlar ile nadiren görülse de sözleşme içeriğinin sözleşmenin yapıldığı anda imkânsız olması sayılabilir. İster özel hukuk ister kamu hukuku kökenli olsun, sözleşmenin kendisinde veya içeriğinde yasak hüküm ihtiva eden emredici bir hukuk kuralının bulunması hâli, söz konusu sözleşmeyi hükümsüz kılacaktır. Alman hukukunda, emredici hukuk kuralı geniş anlamda yorumlanmakta olup, yazılı veya yazılı olmayan her türlü emredici hukuk normunun ihlali, sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmaktadır. Alman hukukunda BGB § 134’e göre *yasak öngören kanun* kavramından, sadece kanun hükümleri değil, tüzük ve yönetmeliklerin, hatta meslek odaları tarafından çıkarılan düzenlemelerin de anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵

Türk hukuku bakımından konu incelendiğinde, kamu alım sözleşmelerinin hükümsüzlüğü dışında başka bir yaptırımın öngörüldüğü söylenebilir. KİK 11’inci madde hükmü bazı kişilerin ihaleye katılmalarını yasaklamaktadır. Sözleşmenin her iki tarafına da yasak getirdiğinden, sözleşmenin butlanı olarak yorumlanabilecek emredici bir hukuk kuralı olarak bu hükmü okumak gerekirdi. Ancak, 4735 sayılı KİSK 22’nci maddesi, bu yasağa aykırılığı bir butlan sebebi değil, fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Sözleşmenin butlanının açıkça ifade edildiği tek düzenleme,

⁴⁴ Demirboğa, **a.g.e.**, s.24.

⁴⁵ Buz’a göre bu görüşe üstünlük tanınmalıdır. Buz, **a.g.e.**, s.250-251.

şikâyet başvurusunu konu edinen KİK 55/5 madde hükmünde görülmektedir. Düzenlemeye göre, şikâyet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği gerekçeli olarak onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamaz. İhale işlemlerine devam kararı şikâyette bulunan istekliye usulüne uygun bildirilmeden sözleşme yapılamaz, yapıldığı takdirde sözleşme hükümsüz sayılır.⁴⁶

Alman hukukunda, GWB'nin 115'inci paragrafının birinci fıkrasında, ihale işlemlerine itiraz edildiğinin ilgili kurum tarafından ihaleyi açan kuruma bildirilmesinden sonra, itiraz sonuçlandırılmadan idare ihale kararı veremez. İhale süreci durdurulduğu hâlde, ihaleyi açan idarenin sözleşmeyi imzalaması durumunda, sözleşmenin geçerli olup olmadığı kanuni bir düzenleme ile aydınlatılmamıştır. Türk hukukunda, KİK'in 55/5 maddesi ile sözleşme hükümsüzdür. Fakat, aynı Kanun'un 56'ncı maddesi bu paralelde değildir. Zira, Kurum tarafından ihale sürecinin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen, ihaleyi açan idarenin ihale sürecine devam etmesi ve bir istekli ile sözleşme yapması hâlinde bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı düzenlenmemiştir. Kanunun anlam ve amacı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, 55'inci maddenin sonucunun 56'ncı madde için de geçerli olduğu kabul edilmelidir.⁴⁷

Anayasanın 38'inci maddesine eklenen ek fıkrasındaki hüküm⁴⁸ gereğince, idare ile özel hukuk kişilerince kurulan sözleşme ilişkisinden doğan edimin yerine getirilmemesinden dolayı kişilere hapis cezası verilemeyeceği, bunun yerine sözleşmenin feshedilmesiyle gerçekleşen ve kanunlarla belirlenen birtakım yaptırımların uygulanması durumu söz konusudur.

4735 sayılı KİSK'e göre imzalanan bir sözleşmenin, idare tarafından feshi durumunda, feshin hukuki sonucu "*kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama*" kararı verilmesidir. Sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak KİSK'in ilgili maddeleri özetle şöyledir: KİSK, 16'ncı madde uyarınca idarenin izni olmadan sözleşmenin

⁴⁶ İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik, Madde 11/3, 22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁷ Buz, a.g.e., s.256-258.

⁴⁸ "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.)

devri hâlinde; 17'nci madde uyarınca yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti hâlinde; 18'inci madde uyarınca yüklenicinin ortak girişim olması hâlinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyeti nedeniyle; 19'uncu madde uyarınca yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi hâlinde; 20'nci madde uyarınca idarenin yüklenicinin edim borcunu yerine getirmemesi ve yasak fiil veya davranışlarda bulunması nedeniyle; 21'nci madde uyarınca yüklenicinin sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle; 23'üncü madde uyarınca mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin feshini hükme bağlamıştır.

4735 sayılı KİSK'in 16, 17, 18 ve 20'nci maddelerinde düzenlenen sona erme hâllerinde bildirimli fesih söz konusu iken; 17/a, 19, 20/b, 21, 23 ve 24'üncü maddelerde mehile gerek bulunmadığından bildirimsiz fesih durumu geçerlidir. Bildirimli fesih ile bildirimsiz fesih arasındaki temel fark, bildirimli fesihte verilen mehile rağmen sözleşmeye aykırılığın devam etmesi üzerine sözleşme sona erdirilirken, bildirimsiz fesihte bu mehile gerek bulunmamaktadır. Kanun koyucu TBK'nin sözleşmenin sona erdirilmesi sisteminden ayrılmış ve kamu alımlarının önemine binaen fesih şartlarını idare lehine kolaylaştırmıştır. Ancak, idarece fesih iradesinin ortaya konulmasını sıkı şekil şartlarına bağlamıştır.⁴⁹

KİSK'in 19, 20 ve 21'inci maddeleri sözleşmenin feshine dair hükümler getirirken, 22'nci maddesi genel olarak fesih hakkının kullanılmasını düzenlemiştir.⁵⁰ Ayrıca, KİK'in 17'nci maddesinde, hile ve tehdide ek olarak, fiyat anlaşmaları ve rüşvet ile başka bazı durumlar, ihaleye fesat karıştırılması başlığı altında, ihale öncesi yasak fiil veya davranışlar arasında sayılmış ve bu durumların varlığı hâlinde, ihaleyi açan idareye KİSK 21'inci maddesine başvurarak sözleşmeyi iptal edebilme yetkisi tanınmıştır.

4735 sayılı KİSK'de kamu alım sözleşmelerinin feshedilmesi, idareye tanınan bir yetki olarak anlaşılmaktadır. Ancak TBK'nin tamamlayıcılığı ilkesinden hareketle, idarenin karşısında zayıf durumda bulunan yüklenicinin fesih hakkının

⁴⁹ Demirboğa, **a.g.e.**, s.165-167.

⁵⁰ Kanun koyucu, isteklinin ihale öncesi dönemde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edildiği durumlarda idareye tanınan sözleşmeyi sona erdirme hakkını *fesih* olarak adlandırmıştır.

bulunmadığının ileri sürülmesi Medeni Kanununun 23'üncü maddesi dikkate alındığında savunulamaz.⁵¹ Örneğin, TBK 36 ve 37'nci maddeleri (BK m. 28-29), *aldatma* ve *korkutma* müstakil başlıklarını kullanarak, sözleşmenin feshine neden olabilecek irade bozukluklarıyla ilgili düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla, TBK genel hükümlerinde sözleşme yapılırken aldatma ve korkutmaya maruz kalan taraf sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. TBK'nin 30'uncu maddesine (BK m. 23) göre; "*Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.*" Bu hâllerin dışında TBK genel hükümlerine göre, TBK madde 125/II uyarınca tarafların temerrüdü durumunda; TBK madde 98 hükmü uyarınca tarafların ifa güçlüğü hâlinde; TBK madde 132 uyarınca tarafların sözleşmenin ortadan kaldırılması üzerine anlaşması hâlinde sözleşme sona erer.

Sözleşmeyi sona erdirme beyanına kadarki döneme ilişkin edim yükümleri *geriye etkili* olarak ortadan kalkmayacak ve bunlar ifa edilmişse geri istenemeyecektir. Bu şekilde *ileriye etkili* bozma bildirimine *sözleşmenin feshi* ya da kısaca *fesih* denilmektedir. Feshe ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK madde 126, ifasına başlanmış *sürekli edimli* sözleşmelerde fesih hâlinde sözleşmenin *ileriye etkili* sona ermesiyle tutarlı olarak, müspet zarar niteliğindeki zararların tazminini öngörmektedir.⁵² Sözleşmeden dönmede ise sadece menfi zararın tazmini istenebilmektedir.⁵³

Kamu alım sözleşmeleri, ani edimli borç ilişkisi özelliğine sahip olmasına rağmen ileriye etkili feshin mümkün olduğu sözleşmelerdir. TBK madde 484 uyarınca, eser (istisna) sözleşmelerinin feshi de bu çerçevede değerlendirilmektedir. Buna karşılık, kamu alım sözleşmelerinin sona ermesinde *dönme* önemli bir yer tutmaktadır. Her ne kadar kanun koyucu kamu alım sözleşmelerinin sona erdirilmesi

⁵¹ Demirboğa, **a.g.e.**, s.83. Ayrıca, tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşmeler, denge üzerine kurulur ve bu sözleşmelerde iki tarafın menfaatleri gözetilir. Dolayısıyla, bir taraf ifadan kaçınırken diğer tarafın ifaya zorlanması menfaatler dengesine aykırıdır.

⁵² Yargıtay müspet zararın ileriye dönük yönüne dikkat çektiği bir kararında şu ifadelere yer vermektedir; "... Müspet zarar ise, o sözleşme sebebi ile mal varlığına girmesi umulan paranın girmemesinden ötürü meydana gelen zarardır. Özelliği itibarıyla de daima ileriye dönük beklentilerin kaybidir." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 15.01.2008, E.2007/12869, K.2008/51.

⁵³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.451-452. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen tarafın açacağı tazminat davası da menfi zararın tazmini talebine yöneliktir (TBK m.125/III – BK m.108/II). Bu itibarla, bir yapma borcunun ifa edilmemesi hâlinde borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönen alacaklı sözleşmeye güvendiği için uğradığı, bu sözleşme hiç kurulmasaydı uğramayacağı, zararları borçludan talep edebilecektir. Aydınçık, **a.g.e.**, s.137-138.

için *fesih* kavramını kullansa da, teknik anlamda bunu sözleşmenin niteliğine göre dönme, fesih veya diğer sona erme sebepleri olarak anlamak gerekir.⁵⁴ Hemen belirtelim, sözleşmenin sona ermesinde “iptal”, “dönme” ve “fesih” kavramlarından hangisinin kullanılması gerektiği tartışmasına girilmeden, kanun koyucunun da seçimini gözeterek, çalışma içinde *fesih* kullanımı tercih edilmiştir.⁵⁵ Ayrıca, ihale süreciyle bağlantılı sözleşmenin sona erme hâlleri ile uygulamadan doğan duruma

⁵⁴ Demirboğa, **a.g.e.**, s.87.

⁵⁵ “... *Iptal*; daha baştan kurulurken irade fesadı (hata, hile, ikrah) veya gabin nedeniyle sakat bir sözleşmenin sonradan geçmişe yürürlüklü olarak kesin geçersiz hâle getirilmesini sağlayan bir haktır.” Öz, **a.g.e.**, s.24, dn.4. Ancak, gabin kamu alım sözleşmeleri bakımından rastlanan bir durum değildir. Buz, **a.g.e.**, s.297. Dönme; ani edimli borç ilişkilerinin sona erdirilmesini ifade eder. Dönme ile borç ilişkisi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırılmakta ve tarafların sözleşme öncesi durumları neyse kendilerinin o hâle getirilmesi amaçlanmaktadır. Fesih ise, sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmeyi kullanıldığı andan itibaren geleceğe etkili olarak sona erdirmektedir. Öz, **a.g.e.**, s.13. Bu durum kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve BK’nin 82, 94 ve 95’inci maddelerinde (TBK’nin 98, 110 ve 111 maddeleri) geçen *fesih* tabiri *dönme* tabiri ile değiştirilmiştir. Ayrıca, BK’nin 108’inci maddesinde (TBK m.125) geçen *rüc’u* tabiri de *dönme* tabiri ile değiştirilmiştir. Sözleşmenin feshi ve sözleşmeden dönmenin doğurduğu hukuki sonuçlar ve detaylı açıklama için bkz.: Öz, **a.g.e.**, s.27 vd., Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin, 1998, s.117. Buz’a göre, sürekli borç ilişkilerinde irade sakatlıkları bakımından *iptal* hakkının yerine *fesih* hakkının ikame edilmesi kavramsal olarak doğru değildir. Gerek sözleşmeden dönme gerekse fesih, geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde ifa aşamasında meydana gelen aksaklıklar nedeniyle tanınan iki hak olup, bunların birbirleri yerine ikame edilmesi teorik açıdan bir sorun teşkil etmez. Ancak, sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki sakatlıklar bakımından öngörülen *iptal* hakkının yerini *fesih* hakkının alması, hukuk tekniği açısından izahı zor bir durumdur. Buz, **a.g.e.**, s.338. Oğuzman ve Öz’e göre yapım işleri (eser/inşaat) sözleşmesi kural olarak ani edimli borç ilişkilerinden olduğundan, sözleşmenin sona ermesi geçmişe etkili olmalı ve burada *fesih* değil *sözleşmeden dönme* söz konusu olmalıdır (de lege feranda). Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.451-454. Karaca da hem Oğuzman/Öz hem de Buz’la aynı kanaati paylaşmakta olup, ihale mevzuatının uygulandığı inşaat sözleşmelerinin de kural olarak ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunu kabul etmekte ve sadece tasfiye sistemine ilişkin kurallar esas alınarak inşaat sözleşmelerinin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurduğunu düşünmemektedir. Karaca, **a.g.e.**, s.88. Ayan’a göre, inşaat sözleşmelerinin ani edimli olması nedeniyle yüklenicinin temerrüdünün sonuçları, bu ilke üzerinden belirlenmeli ve ani edimli olan inşaat sözleşmesinde *fesih* değil *dönmenin* söz konusu olacağı kabul edilmelidir. İnşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi, inşaatın tamamlanmasından önce sözleşmenin sona ermesi durumunda, bu inşaatın kısmi ifa olarak kabul edilemeyeceği, en azından kısmi ifaya ilişkin özelliklerin hiçbir zaman dikkate alınamayacağı sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, inşaat sözleşmelerindeki hukuki sorun, aslında ani edimli – sürekli edimli borç ilişkisi ayrımının da ötesinde, edim sonucunun tam olarak sağlanamamış olmasına rağmen alacaklının kısmen de olsa tatmin edilmiş sayılıp sayılamayacağı noktasında toplanmaktadır. Ayan, **a.g.e.**, s.48. *Fesih* ve *dönme* kavramları Türk hukukunda geliş güzel kullanılmaktadır. Bu minvalde kanun koyucu fesih kavramını rahatlıkla dönme kavramı yerine kullanmaktadır. Aynı kavram karışıklığı 4735 sayılı KİSK’de de görülmektedir. Demirboğa, **a.g.e.**, s.82. Öğretideki tüm bu eleştirilere rağmen, hem KİK/KİSK ve alt mevzuatı hem de DİK ve alt mevzuatı, sözleşmenin sona ermesi hâlini sözleşmenin feshi olarak ifade etmiştir. BK’nin 106 ve diğer maddelerinde de esasında sözleşmenin feshinden bahsedilmektedir. Sözleşmenin feshi sürekli borç ilişkileri için kullanılır ve borç ilişkisinin ileriye etkili olarak sona ermesi anlamını taşır. TBK’de, eskisinden farklı olarak, bu husus dikkate alınmış ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme hâlini (BK m.125), sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin feshi hâlini (BK m.126) ayrı ayrı düzenlemiştir.

ilişkin sözleşmenin sona erme hâllerini ayrı başlıklarda incelemenin, konunun anlaşılması bakımından doğru bir yöntem olacağı düşünülmüştür.

1. İhale Süreciyle Bağlantılı Sözleşmenin Sona Erme Hâlleri

İhale süreciyle bağlantılı olarak KİSK'in 21'nci maddesi⁵⁶ en belirgin sözleşmenin bozulma sebebidir. Yüklenicinin ihale sürecinde bazı yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu anlaşılması durumunda idare sözleşmenin feshi yoluna gider. Burada sözleşmenin feshine gitmek idare için bir keyfiyet olmayıp, zorunluluktur. Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydı ve gerekçesiyle, idare yükleniciden taahhüdünü yerine getirmesini isteyebilir. Şayet bu şartlar mevcut değilse, yasak fiil veya davranışlarda bulunan yüklenicinin sözleşmesi sona erdirilir, kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı gelir kaydedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.⁵⁷ Benzer şekilde KİK'in 11'inci maddesinde bazı kişilerin ihaleye katılmaları yasaklanmış olup, KİSK'in 22'nci maddesinde bu yasağa aykırılık bir fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, istekliler tarafından ihale işlemlerine itiraz edilmiş olmasına rağmen itiraz sonuçlandırılmadan idare tarafından kamu alım sözleşmesinin yapılması hâli, idareden kaynaklanan sözleşmenin hükümsüzlüğüne örnek verilebilir.

⁵⁶ Madde hükmü şöyledir: “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hâllerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.”

⁵⁷ Yargıtay kararına göre: “Sözleşmenin feshi için dava açmaya ve mahkemeden hüküm almaya ihtiyaç yoktur. Çünkü, böyle bir davanın açılmasında davacının hukuksal yararı bulunmalıdır. Davacı ya da davacıların dava haklarına sahip olmaları yeterli değildir. Bundan başka, davanın açılmasında hukuki bir yararın bulunması da gerekir. Buna hukuki korunma (himaye) ihtiyacı da denir. Mahkemelerden hukuki himaye istenmesinde, korunmaya değer bir yarar olmalıdır.” Yargıtay, 15. Hukuk Dairesi, 09.06.2005, E.2004/6043, K.2005/3488.

İhaleyi açan kuruma şikâyet başvurusu yapılmasının usul ve koşulları, KİK'in 55'inci maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, idarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır.

Sözleşmeleri geçersiz kılan birtakım uygulamalara pratikte şahit olunmaktadır. Bunları kısa başlıklarla sıralarsak; İhale edilmeden sözleşme yapılması, ihale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme yapılması, kamu düzenine ve ahlak kurallarına aykırı sözleşme yapılması, ifası muhal sözleşme yapılması, yetkisiz temsil kullanılarak sözleşme yapılması.

a. İhalesiz Sözleşme Yapılması

İdare, ihale yapmadan sözleşme yapmış ise, bu durumda KİK'in 5'inci maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırılık söz konusudur. Türk kamu alım mevzuatında KİK madde 3'te sıralanan istisna hâller hariç olmak üzere, ihtiyaçlarını özel kişilerden tedarik etmek isteyen kamu kurum ve kuruluşları, yükleniciyi seçme serbestisine sahip değildir. İdarenin kiminle sözleşme imzalayacağı, ihale mevzuatına uygun bir şekilde açılan, yürütülen ve sonuçlandırılan ihale süreci sonunda ortaya çıkmaktadır.

KİK kapsamında ihale konusu bir alımı, idare ihale yapmaksızın sözleşme yolu ile temine gitmesi hâlinde, kanun dışına çıkıldığı ortadadır. Bu aykırılıkta idare lehine sebepsiz iktisap söz konusudur. Ayrıca, ilgili idare görevlilerinin idari, mali ve cezai sorumlulukları da bulunmaktadır. Böyle bir aykırılık ile sözleşme kurulmuş ve uygulaması gerçekleştirilmiş ise bu durumda yüklenicinin ancak işin maliyetini isteyebileceğine, kâr talep edemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararı mevcuttur.⁵⁸

İki kamu idaresi arasında gerçekleşen işbirliğinin konu edildiği bir davada ABAD, önemli bir içtihadi karar almıştır. Avrupa Komisyonu tarafından açılan bu dava, Almanya'nın Aşağı Saksonya bölgesinde yer alan dört idari bölge ile Hamburg Belediyesi Temizlik Dairesi arasında imzalanan 20 yıl süreli bir atık bertaraf anlaşmasıyla ilgilidir. Taraflar arasındaki anlaşma, herhangi bir ihaleye çıkılmadan imzalanmıştır. Komisyon, bu anlaşmanın Hizmet Alımları Direktifi uyarınca düzenlenen bir ihale sonucunda imzalanması gerektiğini savunmuştur. ABAD,

⁵⁸ Yargıtay kararı için bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.02.1992, E.1991/3392, K.1992/708.

Komisyon'un iddiasını reddetmiştir. ABAD, kamu kurumları arasında düzenlenen bu tür anlaşmalarda Hizmet Alımları Direktifinin uygulanmayacağını belirtmiştir. ABAD, ilk olarak, kamu alımları direktiflerinin, genel kural gereği, bir tarafta bir kamu kurumu diğer tarafta da yasal olarak bu kurumdan ayrı bir kuruluş arasında düzenlenen sözleşmeler için geçerli olduğunun altını çizmiştir.⁵⁹

b. İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme Yapılması

KİK'in 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında "*İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez*" hükmü getirilerek, ihale dokümanı ile sözleşme arasında tutarlılık ve uygunluk sağlanmaya çalışılmıştır. Aynı Kanunun 27'nci maddesinde; "*İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir*" hükmü yer almaktadır.

KİK'in 4'üncü maddesinde yer alan hükümler de KİK'in yukarıdaki hükümlerini teyit eder niteliktedir. Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında belirtilen şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. Ayrıca, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde, tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu ilkesine aykırı maddeler de yer almamalıdır.

⁵⁹ 09 Haziran 2009 tarih ve C-480/06 sayılı karar. Herhangi bir ihale gerçekleştirilmeksizin yapılan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir başka ABAD kararı için bkz.: 18 Aralık 2007 tarih ve C-357/06 sayılı Frigerio Luigi & C. Davası. ABAD tarafından benimsenen görüş, *Hamburg Atık Doktrini* olarak bilinen içtihadı temel oluşturmuştur. SİGMA, **a.g.e.**, s.56-57. 2014/24/EU sayılı AB Klasik Alımlar Direktifi, "*Kamu kurumları arasında düzenlenen kamu ihale sözleşmeleri*" başlıklı 12'nci maddesinde kurum içi ihalelere ilişkin ABAD kararlarında belirlenen hususlara yer vermektedir. Söz konusu madde, hem kurum içi ihale hem de kurumlar arası işbirliği düzenlemeleri hakkında AD içtihadını yansıtmaktadır. Madde, hem AD dava kararlarına dayanmakta hem de bu kararlardan yola çıkarak daha kapsamlı açıklamalar yapmaktadır. Aynı hükümlere 2014/25/EU sayılı AB Sektörel Alımlar Direktifinde, "*İdareler arasında düzenlenen kamu ihale sözleşmeleri*" başlıklı 28'inci maddede de yer verilmektedir. 19 Aralık 2012 tarih ve C-159/11 sayılı Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ve Diğerleri davasında ABAD, şu sonuca varmıştır: AB kamu alımları mevzuatı, herhangi bir ihale düzenlenmeksizin, kamu idareleri arasında işbirliği sözleşmesi imzalanmasına izin vermektedir. Bunun için aşağıdaki üç koşulun aynı anda karşılanması zorunludur: Sözleşmenin herhangi bir özel şirket katılımı olmadan sadece kamu kurumları arasında imzalanması; işbirliğinin tamamen kamu yararına yönelik hedeflere ilişkin karşılıklar ve koşullar temelinde uygulanması; hiçbir özel hizmet sağlayıcısının rakiplerine karşı avantajlı konuma sokulmaması.

TBK'nin konuya ilişkin 27/II maddesinde de; *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* denilmek suretiyle sözleşmenin içerdiği hükümlerin önemine dikkat çekilmiştir.

Söz konusu kanunlarda yer alan açık hükümlerden de görüldüğü üzere, sözleşme ihale dokümanına aykırı olamaz. Sözleşme ekleri arasında çelişki olması hâlinde ise, öncelik sırasına göre belge esas alınacaktır. Örneğin mahal listesinde *kaplama granit* olarak belirlenmişken, projede *gre seramik* yazılmış olabilir. Uygulama projesinin mahal listesine göre önceliği bulunduğundan yüklenici granite nazaran daha ucuz bir imalat olan gre seramiği yapmakla yükümlüdür. İdare kaplamanın granit olmasını istiyorsa iki malzeme arasındaki fiyat farkının yükleniciye ödenmesi gerekecektir. Bununla birlikte, dokümanı oluşturan belgeler arasında çelişkiden bahsedebilmek için birbiriyle çelişen düzenlemelerin varlığı zorunludur. Teknik dokümanı oluşturan belgelerden birinde yapılacak imalatın niteliğine dair bir belirleme var, diğerlerinde yoksa yüklenicinin bu imalatı yapmak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, mahal listesinde kaplamanın cinsi granit olarak belirtilmiş, buna karşılık projede kaplamaya ilişkin hiçbir belirleme yapılmamışsa, yüklenici projenin mahal listesine göre önceliği bulunduğu iddiasıyla kaplama yapma yükümlülüğü bulunmadığını ileri süremez. Tip sözleşmedeki hüküm gereği sözleşme, ekindeki ihale dokümanı ve diğer belgelerle bir bütündür.⁶⁰

c. Kamu Düzenine ve Ahlaka Aykırı Sözleşme Yapılması

KİK'in 17'nci maddesi, ihalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmayı açıkça yasaklamıştır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*

⁶⁰ Ateş, **a.g.e.**, s.97-98.

- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
- d) Alternatif teklif verebilme hâlleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.*
- f) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği hâlde ihaleye katılmak.*

Maddenin yasakladığı bu eylemleri, kamu düzenine ve genel ahlak kurallarına aykırı addetmek mümkün olup, bu yasak fiil veya davranışlar tespit edilmesi hâlinde KİK'in dördüncü kısmında düzenlenen *Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu* hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu durumda imzalanan sözleşmeler TBK'nin 27'nci maddesinin (BK m.20) birinci fıkrasındaki hükme göre de, kesin olarak hükümsüzdür.⁶¹

d. İfası İmkânsız Sözleşme Yapılması

İfayı imkânsız kılan edimin ifası mümkün olmadığı gibi, sözleşme konusu imkânsız edimin varlığı da sözleşmeyi hükümsüz bırakır.⁶² İfa imkânsızlığı sözleşme

⁶¹ TBK'nin 27/1 maddesi şöyledir: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

⁶² İmkânsızlık hâli öğretilde ikiye ayrılarak incelenmektedir: Herkes için söz konusu olan ve mutlak bir durum kabul edilen *objektif imkânsızlık*; borçlunun durumu ve şartları dolayısıyla söz konusu olan *sübjektif imkânsızlık*. Objektif imkânsızlık, sözleşmenin batıl olmasına yol açar. Sübjektif imkânsızlık ise butlana değil, kusurlu ifa imkânsızlığında olduğu gibi, giderim yükümü getirir. Objektif imkânsızlık, sözleşmenin in'ikadı (kuruluşu) ile birlikte ortaya çıkan butlan -Roma hukukundan beri gelen bu düzenleme- 2002 yılından itibaren yürürlüğe giren yeni BGB metninde değiştirilmiştir. BGB § 311/a'da, ifa arızası sözleşmenin kuruluşundan beri var olsa ve bu ifa arızası imkânsızlık şeklinde belirse (§ 275/1) bile, bu durumun sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmektedir. Eski BGB § 306'da ise: “*imkânsız bir edim üzerine bağlanan sözleşme batıldır*” denilmekteydi. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.246. İfa imkânsızlığının sonuçları bakımından imkânsızlığın objektif veya sübjektif olmasının önemi bulunmamaktadır. Borçlu ifa imkânsızlığından sorumlu tutulmuyorsa sübjektif imkânsızlık da borcu sona erdirir (TBK m.136). Buna karşılık borçlunun sübjektif ifa imkânsızlığından sorumlu tutulduğu diğer hâllerde borç sona ermeyecek, ifası imkânsızlaşan borcun yerine borçlunun tazmin yükümlülüğü alacaktır (TBK m.112). Örneğin yapma borçlarında, ağır hastalığı dolayısıyla bir inşaatı bitiremeyen yüklenici, işin üçüncü kişi tarafından ifası mümkün olmasına rağmen ağır hasta olduğunu ileri sürerek TBK'nin 136'ncı maddesi gereğince borcundan

kurulması aşamasında ortaya çıkmakla beraber, imkânsızlığın sözleşme kurulduktan sonra da görülmesi mümkündür. Bu itibarla imkânsızlık; *baştaki imkânsızlık* ve *sonraki imkânsızlık* olmak üzere iki ayrı durumda ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı, borcun ifasının imkânsız olması, borç ilişkisinin kurulmasından önceki ve sonraki aşamalara göre farklı sonuçlar doğurur. Kanun koyucu, TBK'nin 27'nci maddesinde (BK m.20), sözleşme kurulurken mevcut olan imkânsızlığı kesin bir hükümsüzlük sebebi olarak düzenlerken; 136, 137 ve 138'inci maddelerde ifa imkânsızlığını sözleşme kurulduktan sonra görülen ve öncesinde öngörülmesi de beklenmeyen hâlleri dikkate alarak hazırlamıştır.

Önceki imkânsızlık hukuki işlemlerden doğan borçlarda bir geçersizlik sebebidir. Kanun burada kesin hükümsüzlük türünde bir geçersizlik hâli öngörmüştür. Buna göre ifası mümkün olmayan bir edimi içeren hukuki işlemler geçersiz olup, taraflar için herhangi bir hak ve borç doğuramaz. Alacaklı edimin ifasını talep ettiğinde, hukuki işlemin kesin hükümsüz olduğu ileri sürülmek suretiyle bu talep reddedilebilecektir. Sonraki imkânsızlıkta ise, borç ilişkisi kurulduktan sonra edimin ifasının mümkün olmaması durumu söz konusudur. Burada borç ilişkisi geçerli bir şekilde kurulmuştur, ancak edimin ifası imkân dâhilinden çıkmıştır.

kurtulabilecektir. *Aydıncık*'a göre, borçlunun şahsına bağlı nitelikte olmayan bir yapma borcu söz konusu ise, bu durumda imkânsızlık konusuna alacaklı tarafından yaklaşmak daha doğrudur. Üçüncü kişilerce ifası mümkün olan bir yapma borcunun borçlusunun, ölüm hastalık, fiil ehliyetini kaybetmesi veya askere alınması gibi şahsına bağlı nedenlerle borcunu ifa etmemesi veya edememesi hâlinde borcun alacaklı bakımından gerçek anlamda imkânsızlaştığının kabulü doğru değildir. *Aydıncık*, **a.g.e.**, s.33-34. *Eren*'e göre, imkânsızlık, mantiki, fiili ve hukuki sebeplerle herkes yönünden kesin ve sürekli bir ifa engeli teşkil ettiğinden, sübjektif imkânsızlık kavramını kullanmak yerinde değildir. Buna karşılık borçlunun güçsüzlüğü kavramını kullanmak daha isabetli olur. Zira, güçsüzlük hiçbir zaman imkânsızlık olmayıp, borçlunun ekonomik veya kişisel durumlarından ileri gelebilir. Dolayısıyla, ekonomik güçsüzlük, imkânsızlık olarak nitelendirilemez. Burada borçlunun ekonomik durumu yönünden edimin ifasının aşırı derecede güçleşmesi söz konusudur. *Eren*, **a.g.e.**, s.1039. Türk kamu alım hukukunda kanun koyucu, KİSK'in 19'uncu maddesi uyarınca yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi hâlinde sözleşmenin sona erdirilmesine hükmetmiştir. Burada da *Eren*'in yaklaşımıyla bir ekonomik güçsüzlük hâli borçlu için söz konusudur, fakat objektif imkânsızlık durumuna ilişkin bir hüküm ile sözleşmenin sonlandırılması yolu tercih edilmiştir. Sübjektif imkânsızlıkta olduğu gibi bir giderim yükümü borçlu için uygun görülmemiştir. Burada ekonomik yönden karşılaşılan bir ifa güçlüğü söz konusudur, ancak ifa imkânsızlığından söz edilemez. Bu durum Türk kamu alım hukukunu, borçlar hukuku yaklaşımından ayıran bir hususiyet göstermektedir.

Sonraki imkânsızlıkta edimin ifasının mümkün olmaması dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı, imkânsızlıkta kusurlu olup olmamasına bağlıdır.⁶³

Örneğin; idare tarafından bir hastane (okul veya yol da olabilir) yapılmasına ilişkin kamu ihalesi gerçekleştikten sonra sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu yapım işinin yapılacağı arazinin inşaatla elverişli olmaması durumu doğabilir. Bu ve benzeri durumlarda yapım işine ilişkin kamu alım sözleşmesi batıl sayılacaktır. Zira, sözleşmenin ya da borcun konusu imkânsızdır. Borcun konusu imkânsız ise sözleşme hükümsüzdür ve başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz (TBK m.27/I – BK m.20/I).

İmkânsızlığın sonradan ortaya çıkması hâlinde, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer (TBK m.136/I – BK m.117/I). Diğer bir ifadeyle, sonradan ortaya çıkan imkânsızlıkta borçlunun kusuru olmaksızın edimin ifasının imkânsızlaşması hâlinde, borca aykırılıktan söz edilemez ve borç sona erer. Dolayısıyla, sonraki kusursuz imkânsızlık borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmiştir. İmkânsızlığın objektif ya da sübjektif olması TBK madde 136'nın uygulanması bakımından önem taşımaz.⁶⁴ Önemli olan borçlunun kusuru olmadığı hâlde edimin ifasının imkânsızlaşmasıdır. Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer (TBK m.137). Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum,

⁶³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.662. Alman borçlar hukukunda ifa imkânsızlığını düzenleyen § 275/II BGB'ye göre: "*Borçlunun ifa edeceği edim için yapacağı masraflar borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında, alacaklının bu ifadan sağlayacağı yarara nazaran orantısız hâle gelmişse, borçlu, edimin ifasından kaçınabilir. Borçludan beklenen, beklenmesi gereken çabaların değerlendirilmesinde, ifa engelini ortaya çıkmasındaki sorumluluğu da dikkate alınır.*" Görüldüğü üzere Alman hukukunda da borçlunun ifa engelinde kusuru olup olmaması dikkate alınır.

⁶⁴ Eren, sonraki imkânsızlık yönünden, objektif imkânsızlık ve sübjektif imkânsızlık (borçlunun güçsüzlüğü) arasındaki farkın kendisini uygulanacak hukuki yaptırım yönünden gösterdiğini düşünmektedir. Borçlunun güçsüzlüğünde uygulanacak sorumluluk yaptırımı, borçlunun temerrüdü iken, imkânsızlık hâlinde ise tazminat hükümleri uygulanır. Eren, **a.g.e.**, s.1040. Uygulamada yapma borçları bakımından objektif imkânsızlığa yol açan neden genellikle hukuki bir neden olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, belirli bir arsa üzerinde bir ev inşa etme borcu altına giren borçlu bir süre sonra evi inşa edeceği arsanın kamulaştırılması sebebiyle borcunu ifa edemiyorsa, objektif imkânsızlık söz konusu olur ve borçlunun bundan ötürü sorumlu tutulması mümkün değilse borç objektif imkânsızlık sebebiyle sona erer. Aydınçık, **a.g.e.**, s.30.

borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir (TBK m.138).

Aşırı ifa güçlüğü, imkânsızlıktan farklıdır ve kural olarak borcun sona ermesine sebep olmaz.⁶⁵ Asıl olan sözleşmeye bağlılık ve kararlaştırılan şartlar altında sözleşme konusu edimin ifasıdır. Ancak, sözleşmenin yapılması sırasında görülemeyen, tahmin edilmesi zor sebeplerden ötürü sözleşme şartlarına göre edimin ifası güçleşebilir. Uzun süre devam eden sözleşmelerde bu gibi hâllerle karşılaşma ihtimali daha yüksektir. *İşlem temelinin çöktüğü* kabul ediliyorsa, aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin uyarlanmasına yol açar.⁶⁶ Hâkim sözleşmenin uyarlanmasına karar verebileceği gibi uyarlama mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönmek (sürekli borç doğuran sözleşmelerde fesih) mümkündür.⁶⁷

Borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık hâlleri genellikle mücbir sebep veya beklenmedik hâl biçiminde görülür. Mücbir sebep ile beklenmedik hâl arasındaki fark, daha çok olayın meydana geliş biçimi ve şiddeti ile ilgilidir. Fakat beklenmedik hâlden farklı olarak, mücbir sebep objektif nitelik taşır ve haricî bir gücün tesiri söz konusudur. Mücbir sebep ile beklenmedik hâl arasındaki bu ayrım, bu iki olguyu birbirinden ayırtırmada yetersiz olmakla birlikte bazen ikisi arasında ayrım yapmak son derece güç olabilmektedir. Mücbir sebep ya da beklenmedik hâl dışında

⁶⁵ Yargıtay bu ayrıma dikkat çektiği bir kararında şu ifadelere yer vermektedir: “...borç ilişkisinin kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın edim (borç) imkânsızlaşmışsa, bu durumda borç sona erer. Bu hâlde BK madde 117’de anlamını bulan imkânsızlık söz konusu olur. Oysa, uyarlama olgularında olduğu gibi borçlu yönünden edimin ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi BK madde 117 dışında kalır. Gerçekte de “Aşırı Güçlük” ile “İfa İmkânsızlığı” karıştırılmamalıdır. Zira, imkânsızlık hâli borç ilişkisini kendiliğinden sona erdirir. Sözleşmenin yeni durumlara uydurulmasına imkân vermez. O nedenle olaya ifa imkânsızlığı açısından değil, aşırı güçlük yönünden bakmak gerekeceği açıktır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.04.1996, E.1996/3653, K.1996/3920.

⁶⁶ Aşırı ifa güçlüğü biçimindeki işlem temelinin çökmesi ile bu türdeki imkânsızlık arasındaki sınırlar oldukça siliktir. Çünkü, sonradan ortaya çıkan beklenmedik ve iki tarafa da isnat edilemeyen gelişmenin sübjektif bir imkânsızlık mı, işlem temelinin çökmesi mi olduğunun tespiti her zaman kolay değildir. Baysal, **a.g.e.**, s.119-120.

⁶⁷ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.312.

imkânsızlık, borçlunun sakatlanması, ehliyetini kaybetmesi gibi nedenlerden de kaynaklanabilir.⁶⁸

e. Yetkisiz Temsil Kullanılarak Sözleşme Yapılması

İhale süreciyle bağlantılı olarak sözleşmenin kurulması sırasında görülen bir diğer hükümsüzlük durumu, yetkisiz temsil kullanılarak sözleşmenin yapılmasıdır. Sözleşme yapılırken taraflardan birinin temsil yetkisi yoksa sözleşmenin varlığından da söz edilemez. Bu durumda gerçekleşen sözleşmeler eksik ve hükümsüzdür. Eksik sözleşmelerde kanunun öngördüğü bazı unsurlar mevcut olmadığı için, sözleşme kurulmuş olmakla birlikte hüküm ve sonuç doğurmaz.⁶⁹ Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmelerde temsil edilen isteklinin gerçek kişi veya tüzel kişi olması durumu, sözleşmenin kurulmasında kendisinden istenecek ekonomik ve mesleki yeterliliğin tespitinde bakılan belgeler bakımından önemli olduğu kadar sözleşmenin sona erme sebeplerinin değişmesi hususunda da önem arz etmektedir.⁷⁰

Kamu alım sözleşmesinin taraflarından biri mutlaka bir kamu tüzel kişisidir ki, o da ihaleyi açan ve sözleşme yapma yetkisi bulunan idaredir.⁷¹ Buna mukabil,

⁶⁸ **A.e.**, s.313-314. Borçlunun kusuru olmadan ifanın imkânsız hâle gelmesinin nedeni mücbir sebep olabilir. Bu hâlde ifa talebi düştüğü gibi borçlunun tazminat sorumluluğu da yoktur. Fakat, ifanın güçleşmesi tek başına bir mücbir sebep hâli teşkil etmez. Bununla birlikte, borcun borçlu dışında başka herhangi biri tarafından ifası mümkünse mücbir sebepten bahsedilemez. Diğer taraftan, *mücbir sebep* ile *işlem temelinin çökmesi* kuramları, olayın önceden görülemezliği yönüyle benzerlik gösterse de, şartlar ve sonuçları bakımından ayrışır. Çoğunlukla, *mücbir sebep* borcun geçici veya sürekli olarak imkânsızlığına yol açarken, *işlem temelinin çökmesi* hâlinde edimin ifası hâlâ imkân dâhilindedir. Özetle, imkânsızlık hükümleri ile işlem temelinin çökmesi kuramları birlikte uygulanamayacağı gibi bu iki düzenleme birbirini dışlamaktadır. Sözleşmenin uyarlanmasının söz konusu olması için, ifanın zor da olsa mümkün olması gerekir. Bu nedenle imkânsızlık düzenlemesinin doğrudan uygulanması olanaklı değildir. Baysal, **a.g.e.**, s.124-125.

⁶⁹ **Buz, a.g.e.**, s.284.

⁷⁰ **Karaca, a.g.e.**, s.48. Kamu İhale Kurulu bir kararında temsil yetkisinden yoksun kişi ile ihaleye teklif veren ve ihale konusu işi yüklenen yüklenici ile sözleşme kuran idarenin sözleşmeyi feshetme yetkisine dikkat çekmektedir: “...teklifin yetkisiz kişi tarafından imzalanması iddiasının ise, sadece ihale sürecinde değil, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında da ileri sürülebileceği, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında da idarenin sözleşmeyi feshetme yetkisinin bulunduğu anlaşılmıştır.” 2013/UH.II-1378, 18.03.2013, Toplantı No: 2013/023.

⁷¹ Kamu alım hukukunun belli başlı taşıyıcısı olan iki kavramdan bahsetmek mümkündür. Bunlar; yetkili sözleşme makamı ve kamu sözleşmesidir. Hem kamu sektörü hem de altyapı (utilities) sektörü alım direktiflerinin amaçları çerçevesinde ele alındığında yetkili sözleşme makamlarının, devlet vasfıyla kamu hukukunca yönetilen bölgesel veya yerel idare ve/veya kurumlar olduğu söylenebilir. Kamu hukukunca yönetilen bir idare, aşağıdaki koşulları karşılayan herhangi bir kuruluş anlamına gelmektedir. Bu koşulların ilki, kuruluş, sinai ve ticari bir karaktere sahip olmaksızın kamu yararını karşılamak üzere özel bir amaç için kurulmuş olması; ikincisi, tüzel bir kişiliğe sahip olması ve son

sözleşmenin diğer tarafını da genellikle bir tüzel kişi oluşturmaktadır. Kamu alım sözleşmesinin taraflarından biri idare olduğundan ve idare kavramsal olarak bir tüzel kişi niteliği taşıdığından, idarenin sözleşme yapma iradesi yetkili organları aracılığı ile açıklanacaktır. İdare adına sözleşme yapma iradesini açıklayan kişinin bu hususta yetkisinin bulunmaması temsile ilişkin bazı sorunların doğmasına yol açacaktır.⁷²

KİK'in 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ihale tekliflerinin “*yetkili kişilerce imzalanmış olması*” koşulu yer almaktadır. Kanunun 46'ncı maddesinde de, “*Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır*” düzenlemesi yapılmıştır. TBK, genel hükümlerin yer aldığı birinci kısım içinde *Temsil* kenar başlığı altında 40'dan 48'e sıralanan maddelerle konu hakkındaki hükümleri belirlemiştir. *Yetkisiz Temsil* de bu başlık içinde *onama hâlinde* (m. 46) ve *onamama hâlinde* (m. 47) ayrımı yapılarak düzenlenmiştir. Onama hâlinde;

“Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunamı bağlar.

Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur.”

Onamama hâlinde;

“Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.

olarak üçüncüsü, kamu hukukunca yönetilen devlet, bölgesel veya yerel kurum ve diğer idareler tarafından çoğunlukla finanse edilmelidir. Alternatif olarak ve üçüncü kritere ekleyebileceğimiz kamu hukukunca yönetilen bir idare; devlet, bölgesel veya yerel kurumlar ya da kamu hukukunca yönetilen diğer idareler tarafından idari denetime tabi olması gerekir yahut bu idarenin, üyelerinin yarından fazlası kamu hukukunca yönetilen devlet, bölgesel veya yerel kurumlar ve diğer idarelerce atanan idari bir yönetim veya denetim kuruluna sahip olması gerekir. Christopher Bovis, “New Directions in Public Private Partnerships: Judicial Developments from the European Court of Justice”, **EPPPL**, 1/2011, s.1.

⁷² Buz, **a.g.e.**, s.285-286.

Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.”

Kamu alım sözleşmesini idare adına imzalayacak ihale yetkilisinin tespitine ilişkin yukarıda belirtilen kamu alım hukuku kurallarında düzenlenmeyen hususlarda Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanacaktır. Kamu alım sözleşmeleri bakımından, ihale yetkilisinin kendisine mevzuatla verilen temsil yetkisinin geri alınması söz konusu değildir.⁷³ Ayrıca, yetkili kamu görevlisinin, görevden alındığını bilmeden yaptığı işlemler de TBK'nin 46'ncı madde hükmüne göre onanması hâlinde idareyi bağlayacaktır.

Danıştay, yetkisiz bir kamu görevlisinin yaptığı işlemin sonradan icazet verilerek geçerli hâle gelmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Danıştay kararında; *“İdari işlemlerin yetkili kişilerce tesis edilmesi zorunludur. Yetkili kişi ise işlemin tesis edildiği anda yetkili olandır. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme yetkili kişice sonradan verilen muvafakat (icazet) geçerli olamaz”* ifadelerini kullanarak sonradan yetkinin verilemeyeceğini içtihat etmiştir.⁷⁴

Kamu alım sözleşmelerinde, yüklenici adına sözleşmeyi imzalayan kimsenin temsil yetkisinin bulunmaması veya temsil yetkisi mevcut olmasına rağmen bu yetkinin sözleşme yapma yetkisini içermemesi durumu ile uygulamada karşılaşmak pek mümkün değildir. Zira, kamu alım hukukuna göre ihaleye katılan kişinin temsil yetkisinin bulunduğunu ispat etmesini şart koşan düzenlemeler bulunmaktadır (KİK m.30/2).

İhaleye katılan isteklinin tüzel kişi olması hâlinde, ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir Ticaret Sicil Gazetesi veya bu hususları tevsik eden belgeleri, tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirkülerini teklifinde idareye sunması zorunludur.⁷⁵

⁷³ A.e., s.288.

⁷⁴ Danıştay 5. Dairesi, 13 Aralık 1989, E.1989/2735, K. 1989/2286.

⁷⁵ Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.34; Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.41; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.39.

Tüzel kişi adına organ sıfatıyla; gerçek veya tüzel kişi adına temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu yetkisinin mevcudiyetini ispat etmesi gerekmektedir.⁷⁶

2. Sözleşmenin Uygulanmasında Görülen Sona Erme Hâlleri

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeleri, tarafların anlaşması, sözleşmenin konusunun yerine getirilmesi (yüklenilen işin yapılması), sözleşmede belirtilen sürenin bitmesi, sözleşmenin tarafı gerçek kişinin ölümü, sözleşmenin tarafı tüzel kişinin tüzel kişiliğini kaybetmesi, iflas, mücbir sebepler, sözleşmenin yürütülemez hâle gelmesi gibi nedenlerle sona erer. Ancak, sözleşmenin sona ermesi, bazı hâllerde, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden olurken (örneğin süre bitimi, işin yapılması gibi), bazı hâllerde (örneğin mücbir sebep gibi) ise bir hukuki işleme (fesih) gerek duyulur.⁷⁷ İdari sözleşmelerin sona erme biçimlerini, idarenin tek taraflı kararı ve yargı kararı olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.⁷⁸ Türk kamu alım sözleşmeleri bakımından bu ikili tasnife yüklenicinin de sözleşmeyi feshetme hakkını ilave etmek gerekir.

Türk hukukunda kamu alım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi, çok yönlü olarak hukuki ihtilaf ve tartışmalara da yol açmaktadır. Şöyle ki, sözleşme öncesinde ihale aşamasındaki her türlü tek taraflı işlem bakımından idare hukuku kuralları geçerli olup, bu aşamada çıkabilecek ihtilaflar bakımından idari yargı görevlidir. İhale aşamasını müteakip akdedilen sözleşme özel hukuk sözleşmesi olduğundan, sözleşmenin feshine ilişkin ihtilaflar ise adli yargı tarafından çözülecektir. Ayrıca bu feshe bağlı olarak, idare tarafından, sözleşmesi feshedilen özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklanması söz konusu olacaktır. Tam anlamıyla bir idari işlem olan bu yasaklama kararının haksız, hukuka aykırı olduğunu iddia edenler ise idari yargıya başvuracaktır. Bu durum aslında, kamu alım hukukunun, kamu-özel hukuk düzenlerinin kesişme alanı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.⁷⁹

⁷⁶ Buz, **a.g.e.**, s.293.

⁷⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s.490.

⁷⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.510.

⁷⁹ Sezginer, sözleşmenin idare tarafından feshi üzerine ortaya çıkan sorunları şu şekilde sıralamaktadır: 1) fesihten kaynaklanan ihtilafta görevli yargı yerinin neresi olduğu, 2) feshin hukuki sonucu olan kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verildiğinde; yasaklama kararı yürürlüğe girinceye kadar, sözleşmeyi fesheden idarenin ihalelerine katılmak mümkün değildir. Bu

Hemen belirtelim, KİSK'in 21 ve 22'nci maddeleri kamu alım sözleşmelerinin sadece ihaleyi açan idare tarafından feshedilmesi hâlinde uygulanacak hükümlerdir. Buna karşılık, sözleşmenin ihale üzerinde bırakılan yüklenici tarafından feshi TBK hükümlerine tabidir. TBK'nin genel hükümlerinde yer alan feshe ilişkin düzenlemeler KİSK'in 21'inci maddesinden daha geniş kapsamlıdır. TBK'ye göre taraflardan birinin esaslı bir hataya düşmesi hâlinde sözleşmeyi feshetmek mümkündür. Diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, kamu alım sözleşmelerinin taraflarının da sözleşmenin kuruluş aşamasında hataya düşmesi ihtimal dâhilindedir. Hâlbuki, KİSK'in 21'inci maddesine yollamada bulunan KİK'in 17'nci maddesinde, hata, ihale öncesi yasak fiil veya davranışlar arasında sayılmamıştır. Bu nedenle, idarenin esaslı hata sebebiyle fesih hakkını kullanması bakımından TBK hükümleri uygulanmalıdır.⁸⁰

a. İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi

Sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğüne sahip olmalarına rağmen, kamu alım sözleşmeleri çoğunlukla idare tarafından sona erdirilir.⁸¹ İdare, sözleşmenin uygulanmasında karşı tarafın ağır kusuru hâlinde bir tür yaptırım olarak sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebileceği gibi; karşı tarafın herhangi bir kusuru olmasa da kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı amacıyla sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.⁸²

konuda başvurulacak bir yolun olup olmadığı, 3) kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklama kararına karşı idari yargıda açılacak iptal davasında özel hukuk sözleşmesinin feshinin hukuka uygun olup olmadığı. Sezginer, **a.g.e.**, s.1528.

⁸⁰ Buz, **a.g.e.**, s.299.

⁸¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s.491.

⁸² Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.510. YİĞŞ'nin 41/III fıkrasında: "Yüklenici geçici kabul başvurusunda gecikmiş olursa veyahut işi süresinde kabule elverişli duruma getirememişse; sözleşmeye göre işin bitmesi gereken tarihte yapı denetim görevlisi veya idarece görevlendirilecek iki eleman tarafından iş yerinde incelenerek o günkü durum bir tutanakla tespit edilir." denilmek suretiyle, idarece görevlendirilecek iki eleman tarafından yapılan tespit ile de sözleşmenin feshi mümkündür. Burada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. YİĞŞ'nin 51'inci maddesi anlaşmazlıkların çözümünü düzenlerken, yapı denetim görevlisi ile yüklenici arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla, 41/III'e göre idarenin görevlendirdiği iki eleman ile yüklenici arasında meydana gelebilecek bir ihtilaf durumunda veya yüklenicinin incelemeye itiraz etmesi hâlinde 51'inci maddeye gitme imkânı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, üçüncü fıkra gereğince kusur ve eksikliklerin giderilip giderilmediğinin tespitinin yapı denetim görevlisi yerine idarenin tayin ettiği iki görevli tarafından yapılması ciddi hukuki ihtilaflara yol açabilecektir. Kabule engel nitelikteki kusur ve eksikliklerin giderilip giderilmediğinin yükleniciye verilen süre sonunda giderilmediği yönünde tespit yapılması ve bu tespite göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, yetkisiz kişilerce yapılmış tespite istinaden sözleşme sona ermiş olacaktır. Ateş, **a.g.e.**, s.294-295.

KİK'in 17'nci maddesi isteklilerin sözleşme imzalanmadan önceki hazırlık aşamasında kaçınması gerekli yasak fiil veya davranışları tanımlarken; KİSK'in 25'inci maddesi ise yüklenicinin sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanması aşamasında kaçınması gerekli yasak fiil veya davranışları tanımlamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin uygulanması aşamasında, yüklenicinin yasak fiil veya davranışlarda bulunup bulunmadığı KİSK madde 25'e göre belirlenmelidir. Yüklenicinin bu yasak fiil veya davranışlardan birini ya da birkaçını gerçekleştirdiğinin tespit edilmesi hâlinde, KİSK'in 20/b maddesinin gereği olarak sözleşme sona erdirilmelidir.⁸³

Kanunun 25'inci maddesinde ifade edilen yasak fiil veya davranışlar, sözleşmenin uygulanması sırasında gerçekleşen fiil veya davranışlarla ilgilidir. Bu çerçevede gerçekleşen fiillerden kaynaklanan bir fesih söz konusu ise adli yargının görev alanına ilişkin bir tartışma mevcut değildir. Bununla birlikte, 4735 sayılı

⁸³ Sözleşmelerin sona erdirilmesi, yeni AB kamu alım direktiflerinde *Sözleşmenin ifası* başlığı altındaki bölüm içinde hükme bağlanmıştır (2014/24/EU m.73 – 2014/25/EU m.92). Önceki direktiflerde yer almayan bu yeni düzenlemede, 2014/24/EU sayılı Direktifin 57/1 maddesinde sıralanan ihale dışı bırakılma nedenlerinden birini yüklenicinin taşınması hâlinde sözleşmenin sona erdirilmesi koşulu getirilmiştir. AB kamu alımları mevzuatında ihale dışı bırakma gerekçeleri, zorunlu ve tercihe bağlı olmak üzere iki seviyede belirlenmiştir. İdare, bazı isteklileri ihale sürecinin dışında tutmakla zorunludur. Direktifin 57'nci maddesinin 1'inci paragrafında belirtilen suçlardan biri veya birden fazlası hakkında hüküm giymiş istekliler ihalelere kabul edilmez. Bu suçlar arasında, suç örgütüne katılmak, yolsuzluk, dolandırıcılık, terör suçları veya terörist faaliyetlere bağlı suçlar, kara para aklama, çocuk işçiliği ve insan ticaretinin diğer türleri bulunmaktadır. Direktifte yer alan suç listesi ulusal mevzuat tarafından daraltılamaz. İhale dışında bırakmaya ilişkin zorunlu nedenlerin geçerli olduğu durumlarda, istekli doğrudan ihale dışı bırakılır (örneğin, istekli kara para aklamadan hüküm giymiş ise). 57'nci maddenin 1'inci paragrafında bir önceki Direktife (2004/18/EC) göre çocuk işçi çalıştırma ve insan kaçakçılığı suçları, terör suçları veya terörist faaliyetlere bağlı suçlar dâhil olmak üzere yeni ihale dışı bırakma nedenleri getirilmiştir. İdare, Direktifin 57'inci maddesinin 4'üncü paragrafında belirtilen durumların içinde bulunan isteklileri ihale sürecinin dışında bırakıp bırakmamakta serbesttir. Söz konusu durumlar arasında: Direktifin 18'inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerin uygulanmasının ihlali; isteklinin iflası veya varlıklarının tasfiyesi veya mesleki faaliyetlerinin askıya alınması; ağır mesleki kusurlu davranış; rekabeti bozucu diğer isteklilerle gizli anlaşmayı gösteren yeterince makul bulguların olması; madde 24 anlamında bir çıkar çatışmasının giderilemediği durumlarda; bir isteklinin daha önce bir idare veya kuruluş ile imzaladığı kamu alım sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi kapsamında, bu sözleşmenin süresinden önce feshine, tazminat ödenmesine veya benzer yaptırımların doğmasına neden olacak şekilde kamu alım sözleşmelerinin ifa koşullarını yerine getirmede gösterdiği ciddi veya tekrar eden eksikliklere yol açması; vergi ve sosyal güvenlik primi borcu; ciddi boyutta gerçeğe aykırı beyan yer almaktadır. Ulusal mevzuat bu gerekçelerin bazılarını veya tamamını, isteklinin ihale dışı bırakılması için zorunlu kriter olarak belirleyebilir. Ancak, idarenin bu türden bir ihale dışı bırakma gerekçesini kanıtlaması ve her ihale için ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte, ulusal mevzuatta, isteklilerin ihale dışı bırakılmasına dair gerekçeler ile seçim kriterleri arasında net bir ayırım yapılması gerekir. İhale dışı bırakılma gerekçeleri, sözleşmenin niteliğine büyüklüğüne veya konusuna bakılmaksızın bütün istekliler için geçerlidir. Seçim kriterleri ise, isteklilerin sözleşmeyi yerine getirme kabiliyetiyle ilgilidir ve sözleşmenin konusuyla orantılıdır. SİGMA, a.g.e., s.71-72.

Kanun, sözleşmenin feshini, sadece sözleşmenin uygulanması sırasında gerçekleşen kusurlu fiillere bağlı olarak görmemiştir. Kanunun *Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih* başlıklı 21'inci maddesindeki düzenlemede öngörülen husus, özel hukuk sözleşmesine konu işin ifası sırasındaki bir hukuka aykırılık değil; sözleşmenin kurulması öncesinde, idare tarafından tek taraflı olarak yürütülen süreçte oluşan bir hukuka aykırılıktır. Sözleşme öncesinde, 4734 sayılı KİK'in öngörmüş olduğu yasak fiil veya davranışlar, Kanunun 17'nci maddesinde sayılmak suretiyle tespit edilmiştir. Bu madde hükmünde düzenlenen yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında, aynı Kanunun dördüncü kısmında düzenlenen *yasaklar ve ceza sorumluluğunu* düzenleyen hükümler uygulanacaktır. Buna göre, ihale sırasında 4734 sayılı KİK'in 17'nci maddesinde ifade edilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında, kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. Bu karara itiraz eden kişiler bakımından, başvurulacak yargı yolu idari yargıdır. Bu hususta tartışma bulunmamakla birlikte, asıl sorun, KİK madde 17'de belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında, bu fiil veya davranışlar sözleşme akdedildikten sonra tespit edilirse uygulanacak müeyyide (sözleşmenin feshi) kararına karşı yapılacak başvurunun hangi yargı düzenine yapılacağıyla ilgilidir.⁸⁴

Özetle, KİK'in 20/a maddesi idarenin tek taraflı fesih işlemini, 20/b maddesi sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanması aşamasında görülen ve 25'inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshini düzenlemiştir. Ayrıca, 21'inci madde yüklenicinin, ihale sürecinde KİK'e göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde, idarece uyulması gereken kuralları belirlemiştir.

⁸⁴ *Sezginer*'e göre bu aşamada farklı bir ihtilaf söz konusudur. Zira, yasak fiil veya davranış sözleşme öncesinde idare yetkililerince fark edilseydi, idare sözleşmeye gitmeyecek, ilgili hakkında kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verecekti. Hatta, ihale sürecinde tekliflerin değerlendirildiği aşamada bu durum tespit edilmiş olsaydı ilgili istekli ihalede değerlendirme dışı bırakılacak ve bu durum ihalenin sonucunu değiştirecekti. Bu aşamadaki ihtilafta idari yargının önüne gelecek ve bu konuda herhangi bir tartışma da olmayacaktı. Ancak, aynı yasak fiil veya davranış sözleşme sonrasında tespit edilirse ve bunun sonucu olarak da sözleşme feshedilirse farklı bir yargı düzeni mi görevli olacaktır? Hiç şüphesiz, aynı maddi olay hakkında, sadece tespit edildiği zaman dilimine göre görevli yargı yerinin belirlenmesi mümkün değildir. Bu çerçevede, ihale sürecinde gerçekleşen yasak fiil veya davranış, sözleşme akdedildikten sonra tespit edilirse sözleşme feshedilecek, ancak bu fesih işleminden kaynaklanan ihtilafta idari yargı görevli olacaktır. *Sezginer*, **a.g.e.**, s.1530-1533.

(1) İdarenin Tek Taraflı Sözleşmeyi Feshetmesi

KİSK'in 20'nci maddesi *idarenin sözleşmeyi feshetmesi* başlığı altında fesih hâllerini şu iki hâlde belirlemiş ve idareye bu iki hâlde sözleşmeyi feshetme yetkisi tanımıştır:

- a) *Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,*
- b) *Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25'inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,⁸⁵*

Hâllerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Sözleşmenin sona ermesini düzenleyen KİSK'in 17 ve 18'inci maddeleri, sözleşmenin sona ermesi hâlinde KİSK'in 20 ve 22'nci maddelerinin uygulanması gerekeceğini belirtmiştir. Ancak, KİSK'in 20/a maddesi hükmü, sözleşmenin sona ermesine mani olabilmek için, yükleniciye tanınan son bir şans niteliğindedir. Buna göre, iş sahibi idare verdiği mehil süresi ile birlikte, yükleniciyi borca uygun davranmaya davet eder.⁸⁶

⁸⁵ Madde 25'e göre; *Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:*

- a) *Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*
- b) *Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
- c) *Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.*
- d) *Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.*
- e) *Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.*
- f) *Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*
- g) *Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.*

⁸⁶ Karaca, **a.g.e.**, s.120.

Her bir fesih sonucunda idarenin yapacağı işlemler farklılık gösterebilir. Örneğin, yüklenicinin ölümü hâlinde kesin teminatlar varislerine iade edilirken, yüklenicinin iflasına bağlı fesihte kesin teminat irad kaydedilir. Aynı şekilde, yüklenicinin iflasına bağlı fesihte kendisi hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmezken, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesine bağlı olarak yapılan fesihte ayrıca kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.⁸⁷

Sözleşmeyi feshetme yetkisini idare adına ihale yetkilisi kullanır. Yüklenicinin sözleşme hükümlerine uygun hareket etmemesi hâlinde, idare sözleşmeyi feshederek kesin teminatı gelir kaydeder, yasaklama kararı için de gerekli işlemleri başlatır.

Sözleşme kişiseldir; gerçek kişinin ölümü hâlinde işin yürütülmesi varislere intikal etmez. Sözleşmeye de ölümden sonra işin varislere intikal edeceğine dair bir hüküm konulamaz. Böyle bir hüküm konulması idarenin karşı tarafı seçme serbestliği ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte KİSK'in 17'nci maddesi, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti hâllerin uygulanacak hükümleri düzenlemiştir.⁸⁸ Bu kapsamda, yüklenicinin ölümü hâlinde sözleşmenin varislere intikaline ilişkin şarta bağlı bir hüküm getirmiştir: *“Yüklenicinin ölümü hâlinde, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa diğer*

⁸⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s.491. Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 54'üncü maddesine göre; feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece yüklenicinin idare ilişkisi kesilmiş olur. Sözleşmenin feshine ait onay tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir komisyon tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir tutanakla düzenlenir. Yüklenici veya vekili hazır bulunmasa da işlem idarece gerçekleştirilir. Yüklenici ile idarenin, tasfiyenin idare lehine olduğunun açık ve objektif bir hesaplama ile belli edildiği durumlarda Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması hâlinde sözleşme tasfiye edilir. Ayrıca, yüklenicinin ölümü durumunda da sözleşmenin tasfiyesi mümkündür. Mal alımlarında fesih tarihi itibarıyla idare, yüklenici tarafından yapılan veya teslim edilen mal miktarlarını, hata ve eksikliklerinin giderilme masrafları ile sözleşme gereğince yükleniciye ödenmesi gereken değerleri tespit eder. Bu tespite kadar idare, yükleniciye yapacağı ödemeleri durdurma hakkına sahiptir. Ateş, **a.g.e.**, s.546-547.

⁸⁸ DİK'in 67'nci maddesi ile Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ)'nin 49'uncu maddesi müteahhidin ölümü hâlinde sözleşmenin sona ermesini; DİK'in 68'inci maddesi ile BİGŞ'nin 50'nci maddesi müteahhidin iflası hâlinde sözleşmenin sona ermesini; DİK'in 69'uncu maddesi ile BİGŞ'nin 51'inci maddesi müteahhidin ağır hasta olması, tutukluluk hâli, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olması hâllerinde sözleşmenin sona ermesini; DİK'in 70'inci maddesi ile BİGŞ'nin 52'nci maddesi müteahhidin birden fazla olması durumunda ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olması hâllerinde sözleşmenin sona ermesi düzenlemiştir.

alacakları varislerine verilir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi hâlinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dâhil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir” (m. 17/a).

(2) Sözleşmeden Önceki (İhale Aşaması) Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih

Kamu alım hukukunda yer alan hükümler incelendiğinde, TBK'nin feshe ilişkin hükümlerinden daha geniş ve kapsamlı olduğu görülecektir. KİK'in 17'nci maddesinde hile ve tehdide ek olarak, fiyat anlaşmaları ve rüşvet ile başka bazı durumlarda da, ihaleye fesat karıştırılması başlığı altında, ihale öncesi yasak fiil veya davranışlar dikkate alındığında sözleşme fesih nedenleri, TBK'ye kıyasla sayıca fazladır. Bu tür durumların sözleşme yapıldıktan sonra görülmesi hâlinde, ihaleyi açan idare KİSK'in 21'inci maddesi uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir.⁸⁹ Bir başka ifadeyle, yüklenici ihale aşamasında yasak fiil veya⁹⁰ davranışlarda bulunmuş ve iş sahibi idare bu eylemi sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin uygulanması aşamasında tespit etmişse, şartların gerçekleşmesi hâlinde, bu durum da idareye sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermektedir.⁹¹ Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması, c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması hâllerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda,

⁸⁹ Buz, **a.g.e.**, s.300. KİSK'in 21'inci maddesi, YİĞŞ 47/3 madde hükmünde aynıyla düzenlenmiştir. HİĞŞ 54'üncü maddesi ise *Sözleşmenin feshi ve işin tasfiyesi* başlığı altında fesih konusuna yer vermiş, ancak KİSK'in 21'inci madde hükümleri bu Şartnamede yoktur.

⁹⁰ 4735 sayılı Kanunun üçüncü kısmının *Yasak fiil ve davranışlar* başlığında “ve” ile “veya”nın kullanımında özensiz bir durum söz konusudur. “ve” ile “veya”nın kullanımına ilişkin olarak cümleye kattığı anlamda Türkçe dilbilgisi kuralları gereğince farklılık bulunmaktadır. 4735 sayılı KİSK'de başlık *Yasak fiil ve davranışlar* şeklinde yazılmış olmasına karşılık, 25'inci madde metninde “*fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır*” ifadesine yer verilmiştir. 4734 sayılı KİK'in ilgili hükümlerinde (m.17) bu anlamda bir tutarsızlık olmayıp, “veya” bağlacının kullanımı tercih edilmiştir. Bu çerçevede, çalışma içerisinde “veya” kullanılması uygun görülmüştür.

⁹¹ Karaca, **a.g.e.**, s.24.

yüklenici hakkında ihalelere katılmaktan yasaklamayı düzenleyen 26'ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.⁹²

Yüklenicinin, ihale sürecinde 4734 sayılı Kanuna göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi durumunda, 58'inci madde hükümleri uyarınca kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.⁹³ Ancak, yasak fiil veya davranışlar tamamlanmamış, teşebbüs aşamasında kalmış ise, kural olarak, bu husus sonradan idare tarafından sözleşmenin iptali için gerekçe olarak kullanılamaz. İhale üzerinde bırakılan ve kendisi ile sözleşme yapılan isteklinin ihale sürecinde bazı yasak fiil veya davranışlarda bulunmaya teşebbüs etmesi ve sonra bu tutumundan vazgeçmesi hâlinde, bu hususu idareye açıklama yükümlülüğü, dürüstlük kuralı gereğince söz konusu olabilir. Zira, isteklinin idareye bilgi vermesi gereken durumlarda sessiz kalması hile teşkil edeceği gibi, idareye karşı dürüstlük kuralından doğan açıklama yapma yükümlülüğü de yerine getirilmesi

⁹² *Kaplan*'a göre, bu hükümler 4735 sayılı Kanun hükümlerine tabi yapım sözleşmelerinde *idari sözleşme* niteliğinin hâkim olduğunun açık göstergesidir. Kaplan, **a.g.e.**, s.381. Bu görüşe katılmak mümkündür. Zira, bu hükümler idarenin sözleşme ilişkisinde güçlü ve üstün taraf olmasına olanak tanımaktadır. İdarenin bu durumu, *kamu yararı* gibi sihirli bir kavrama dayanmasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla, kamu alım sözleşmeleri her ne kadar özel hukuk sözleşmesi kabul edilse de, bu tarz hükümlerle özel hukuku aşan bir özellik gösterdiği ortadadır.

⁹³ Bu noktada tartışma konusu olabilecek husus, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışta bulunduğu kesin kabul yapıldıktan sonra fark edilmesi ile sözleşmenin feshedilmesinin de imkân dâhilinden çıkması durumunda kesin teminatların gelir kaydedilip kaydedilmeyeceğidir. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında sözleşme feshedilmediği takdirde kesin teminatların gelir kaydedilemeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda: "*Taraflar arasında ... tarihinde sözleşme imzalandıktan sonra davacı şirketin ihaleye katılmayacak durumda olduğu belirlendiğinden bu hükümlere göre teminatın gelir kaydedilebilmesi için sözleşmenin feshedilmiş olması gerekir. Somut olayda davacı şirketin ihaleye katılmayacak durumda olduğu, sözleşmeden sonra belirlendiği hâlde, bu nedenle sözleşme feshedilmediğinden yukarıda belirtilen maddelere dayanılarak teminatın gelir kaydedilmesi mümkün değildir.*" Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 26.02.2007, E.2006/7494, K.2007/1172. Ancak, KİK'in 59'uncu maddesi uygulama alanı bulacaktır; "*Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58'inci maddede göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58'inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.*"

gereken bir zorunluluktur.⁹⁴ DİK ve alt mevzuatındaki durum incelendiğinde, sözleşme imzalanmasından sonra yasak fiil veya davranışlarda bulunulması durumunu, mevcut sözleşmenin sona erdirilmesi için bir neden olarak öngörmediği görülecektir. Bu noktada, DİK ve alt mevzuatı, KİK ve alt mevzuatından ayrılmaktadır.⁹⁵

İhale sürecinde gerçekleşen yasak fiil veya davranış, sözleşme kurulduktan sonra tespit edilirse, sözleşmenin feshi gerekecek ve bu fesih işleminden kaynaklanan ihtilaflarda idari yargı görevli olacaktır. Çünkü, burada sözleşmenin dayanağı, idarenin tek taraflı hukuki işlemleri ile yürütülen ihale süreci safhasında oluşan bir fiil veya davranıştır.⁹⁶ Esasında, sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada taraflar arasındaki ihtilafların adli yargıda görülmesi hususu, sözleşme hükümlerine bağlı olarak çıkacak ihtilaflarda söz konusudur. Burada belirleyici olan, sözleşmenin uygulanması sırasında bir ihtilafın çıkmış olmasıdır. Sözleşme yürütülürken, sözleşme hükümleri ile ilgisi bulunmayan, sözleşme öncesinde, ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi ve bu tespite bağlı olarak sözleşmenin feshedilmesi işlemi, idari yargının denetimine tabi bir idari işlem olarak değerlendirilmektedir.⁹⁷ Bu çerçevede, 4735 sayılı Kanunun 21'inci maddesine göre,

⁹⁴ Buz, **a.g.e.**, s.325.

⁹⁵ DİK, yasak fiil veya davranışlarda bulunmayı ihalelerden geçici olarak yasaklama (m.84) ve cezai sorumluluk (m.85) ile yaptırıma bağlamıştır.

⁹⁶ Nitekim bu tür bir aykırılığın ihale sürecinde ortaya çıkması durumunda yapılacak işlemin idari yargı yerleri tarafından denetleneceği açıktır. Aynı konuda ve aynı nitelikteki işlemin yalnızca sözleşme imzalanmasından sonra yapılmış olması, işlemin niteliğini değiştirmez. İdare bu işlemi yaparken tamamen kamu gücünü kullanarak tek taraflı iradesiyle hareket etmektedir ve bu işlem idarenin özel hukuk alanındaki bir işlemi değil, kamu hukukuna tabi olduğu açık olan bir idari işlemdir. M. Ayhan Tekinsoy, "Sözleşmenin 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. Maddesine Göre Feshedilmesinde Görevli Yargı Yeri", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, S.1, 2008, s.318.

⁹⁷ Konuya ilişkin bir kararında Danıştay şu ifadelerle yer vermektedir: "...sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliği taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir. ...Dava konusu edilen işlemin (sözleşmenin feshi kararı); davacının sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, 4734 sayılı Yasanın 17'nci maddesinin c) fıkrasında belirtilen yasak fiil veya davranışta bulunduğu tespit edildiğinden, 4735 sayılı Yasanın 21'inci maddesi uyarınca tesis edilen bir işlem olması karşısında, sözleşme yapıldıktan sonra ve yüklenilen iş yürütülürken tesis edilmiş olsa bile, 4734 ve 4735 sayılı Yasa hükümlerine aykırılıktan bahisle idarece kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen ve icraî nitelik taşıyan bu

ihale aşamasında 4734 sayılı Kanunun yasak fiil veya davranış olarak belirlediği eylemlerde bulunulduğunun tespit edilmesi hâlinde, özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki sözleşmenin idare tarafından feshi gerekecektir. Bu fesih işlemi, bir idari işlem olarak kabul edilmek suretiyle, iptali için idari yargı mercilerine başvurulabilecektir. Bu ihtilafta idare mahkemesi, sözleşmenin feshi sebebi olarak ortaya konan, ihale sürecinde gerçekleştiği iddia edilen yasak fiil veya davranışı değerlendirecektir. Bu konuda yapılan incelemede, yasak fiil veya davranış olarak gösterilen maddi olayın gerçekleşmediği veya maddi olay gerçekleşmiş olmakla beraber yasak fiil veya davranış olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşırsa, fesih işlemi sebep unsuru yönünden sakat olacak ve iptal edilecektir.⁹⁸

Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar genel olarak değerlendirildiğinde, isteklilerin kendi aralarında yaptıkları fiyat anlaşmaları sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu durum TBK 49'uncu (BK m.41) ve KİK 17'nci maddesinin (a) ve (b) bentlerince yasak fiil veya davranış niteliği taşımaktadır. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 235'inci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde ihaleye fesat karıştırılması hâllerinden biri olarak düzenlenmiştir. İdare, bu yasak fiil veya davranışı ihale aşamasında fark ederse, ilgili istekliyi ihale dışı bırakır ve hakkında yasaklama işlemi başlatır.

işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesine ve iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde tesis edildiğini kabul etmeye olanak bulunmadığından idari yargının görevinde bulunan uyuşmazlığın, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yolundaki temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 13. Daire, 11 Haziran 2007, E.2007/4022, E.2007/3726. Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında, Danıştay ile aynı yönde yaklaşım göstererek, ihale sürecindeki hukuka aykırılıkların (yasak fiil veya davranışın) sözleşme sonrasında tespit edilmesi hâlinde, sözleşme feshine ilişkin ihtilafın idari yargının görev alanında bulunduğu karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, 06 Temmuz 2009, E.2008/238, K.2009/176, Resmi Gazete 18.01.2011. Bir başka kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, ihale sonrası çıkabilecek ihtilaflarda, görevli yargı yerinin tespitinde, sözleşmenin kapsamı, uygulanması, yorumlanması hususlarının belirleyici olacağını ifade etmiştir. Buna göre, sözleşme hükümlerinin uygulanmasından, yorumlanmasından kaynaklanan ihtilaflar adli yargıda çözümlenir. Bununla birlikte, sözleşme hükümlerinin yorumlanması şeklinde olmayıp, sözleşme öncesi bir fiil sebebiyle doğmuş bulunan ihtilafta farklı bir sonuca ulaşılabilir. Söz konusu kararda şu ifadeler yer verilmektedir: “...ihalenin kesinleşmesinden sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tabi olacağına tespiti için, bu işlemlerin taraflar arasında akdedilmiş sözleşmenin kapsamında olup olmadığına, bir başka deyişle, davanın sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasından doğup doğmadığının incelenmesi gerekmektedir.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 01 Temmuz 2004, E.2004/31, K.2004/40, Resmi Gazete 29.11.2004.

⁹⁸ Sezginer, **a.g.e.**, s.1533-1537.

Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlardan isteklinin sahte belge düzenlemesi, yanıltıcı nitelikte bilgi ve beyanlarla ihaleye çıkan idarenin karar verme sürecini etkilemesi hileli davranış olarak telakki edilmektedir.⁹⁹ İdare, isteklinin bu hilesini ihale aşamasında tespit etmişse istekliyi ihale dışı bırakacak ve ilgili TCK hükümlerine göre yargılanmak üzere konuyu yargıya intikal ettirecektir. Şayet idare, hileli duruma sözleşme imzalandıktan sonra muttali olmuşsa, sözleşmeyi iptal etme hakkı söz konusu olacaktır.

Hile/aldatma, KİSK'in 21'inci maddesi, KİK'in 17'nci maddesi ve TBK'nin 36'ncı maddesinde (BK m.28) düzenlenmiş ve sözleşmenin iptal sebebi olarak ele alınmıştır. Sözleşmenin iptali hakkını doğuran bir hileden söz edebilmek için hile teşkil eden davranışın kasıtlı yapılması gerekir. Hile yapan tarafın davranışları ile karşı tarafı aldatma ve bu şekilde sözleşmenin gerçekleşmesini sağlama niyeti taşıması gerekir.¹⁰⁰ Ayrıca hile, bir kimseyi sözleşme yapmaya sevk etmek için o kişide yanlış bir kanaat uyandırılması veya esasen mevcut yanlış bir kanaatin devam ettirilmesidir.¹⁰¹ Hile genellikle aktif bir davranış sonucu gerçekleşir. Sözleşme

⁹⁹ Konuya ilişkin olarak Danıştay 13. Dairesi, 26.09.2005 tarih ve E.2005/1819, K.2005/4728 sayılı kararında ilginç bir sonuca varmıştır. Söz konusu kararında Danıştay; teklif mektubunun içinde bir adet şikâyet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kağıdı bulunmasının "hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek" niteliğinde olmadığından, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararının davacı şirketin ticari itibarını zedeleyeceği ve güvenilirliğini azaltacağı, bu nedenle davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, istemin reddinde hukuka uyarlık görmemiştir.

¹⁰⁰ Bazen ihaleye çıkan idarenin de hile niteliği taşıyan davranışları söz konusu olabilir. Örneğin, bir yapım işi ihalesinde, ihale ilanında veya ihale sürecinin devamı esnasında, isteklilerin tekliflerini etkileyecek ve isteklilerden gizlenen hususlar (yapım işinin icra edileceği arazinin yapısı ve yer altı sularının durumu hakkında gerekli açıklamaların kasıtlı olarak yapılmaması gibi), idareye atfedilecek birer hile hâlidir. Buz, **a.g.e.**, s.327.

¹⁰¹ Hile ile ihalenin kazanılması hâlinde, herhangi bir kazanılmış hak söz konusu olmadığı için idare tarafından işlemin her zaman geri alınabilmesi mümkündür. Buradaki *geri alma* işlemi de bir idari işlem olduğundan, idari yargının denetimi altındadır. Turgut Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No: 298, 1970, s.78-79. Hileli bir yolla ihalenin kazanılması hâlinde, idarenin işlemi geri almasının yanı sıra hile ile ihaleyi kazanan tarafça verilen kesin teminatın hazineye irat kaydedilmesi söz konusu olup, bu durumda teminatın iadesine ilişkin ihtilafın idari yargıda karara bağlanacağı Uyuşmazlık Mahkemesince kabul edilmektedir. UYM, E.1996/34, K.1996/82, 08.07.1996, 23.07.1997 tarih ve 22705 sayılı Resmi Gazete. Aynı şekilde, geçersiz ilana dayalı olarak ihale yapılmış ve sözleşme imzalanmışsa, idare hukukunda açık hata hâli olarak değerlendirilebilecek ilanın geçersizliği nedeniyle idarenin, işlemlerini her zaman geri alabileceği de kabul edilmektedir. Tan, **a.g.e.**, s.78-79. Zira, Danıştay 10. Dairesinin 13.03.1991 tarih ve E.1988/2571, K.1991/922 numaralı bir kararında, hukuka aykırı olarak ilan yapıldığı gerekçesiyle sözleşme yapıldıktan sonra idarenin, sözleşmeyi feshetmeden ihaleyi iptal etmesini hukuka aykırı bulan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş, sözleşme yapılmış olsa da geçersiz ilan nedeniyle hem ihalenin hem de sözleşmenin feshedilebileceğini belirtmiş, geçersiz ilana

taraflarından biri, karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için gerçek bazı olguları gizler ya da gerçekte mevcut olmayan olguları varmış gibi gösterir. İsteklinin ihaleye katılırken, sahte iş deneyim belgesi tanzim ederek idareye sunması (KİK m.17/I-c) aktif bir davranışla gerçekleştirilen hileye örnek verilebilir. Diğer taraftan, susmak suretiyle sessiz kalınarak da pasif bir davranışla hilenin gerçekleşmesi mümkündür. Karşı tarafın bilmesi hâlinde sözleşme ilişkisine girmekten kaçınacağı bir durumda, açıklama yükümlülüğü bulunan bazı hususların açıklanmaması pasif davranışla ortaya çıkan bir hiledir.¹⁰²

Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlardan tehdit/korkutma; isteklilerden birinin diğer isteklilerin ihaleye katılmalarını engellemeleri ve onları ihaleden çekilmeye zorlamaları ile ihalede görevli ve yetkililere yönelik istekli lehine karar vermeye zorlama faaliyetleri şeklinde meydana gelebilir. Ayrıca, idarenin işi geciktiren yükleniciye karşı fesih hakkını kullanacağı tehdidi ile bazı ilave işleri düşük bedele yaptırması ya da aksi yönde yüklenicinin idareye karşı tehdit yönelterek bazı ilave işleri fahiş fiyatla kendisine yaptırılmasını sağlaması hâlinde bahsedilen durumun ortaya çıkması muhtemeldir.¹⁰³

KİK'in 17'nci maddesinde tehdit, sözleşme öncesi yasak fiil veya davranışlar arasında yer alırken, TBK, 37 ve 38 (BK m.29-30) maddelerinde tehdit/korkutma ve koşulları düzenlemiştir. TCK madde 235'e göre de tehdit, ihaleye fesat karıştırma suçları arasındadır.

Tehdit/korkutma, sözleşmenin kurulması esnasında, genellikle istekliler tarafından başvuru bir eylemdir. Diğer taraftan, ihaleyi açan idarenin tüzel kişiliği haiz olması nedeniyle, tüzel kişilere yönelik bir tehdidin mümkün olup olmayacağı merak uyandırır da, öğretide kabul edilen görüşe göre, korkutulan taraf, gerçek kişi

dayalı olarak yapılan ihale işlemlerinin açık hata nedeniyle idare tarafından her zaman geri alınabileceğine hükmetmiştir. **Danıştay Dergisi**, Sayı:82-83, 1992, s.957.

¹⁰² İhale sürecinin başlaması ile birlikte, taraflar arasında güvene dayanan bir ilişki kurulur. Bu ilişkiden, gerek ihaleyi açan idarenin gerekse isteklilerin, ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde tamamlanması ve bu sürecin sonunda yapılacak sözleşmenin tam ve doğru bir şekilde ifasına ilişkin olarak birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün kasıtlı olarak ihlali hile teşkil edecektir. Buz, **a.g.e.**, s.326-327.

¹⁰³ Buz, **a.g.e.**, s.334.

olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.¹⁰⁴ Tehdit/korkutma, sözleşmenin imzalanmasından önce tespit edilirse, idare ihaleyi iptal edebilir. Şayet, sözleşmenin imzalanmasından sonra tehdidin fark edilmesi söz konusu ise idare sözleşmeyi iptal eder. İlk durumda idarenin takdir yetkisi varken, ikinci durumda ise idareye bir keyfiyet bırakılmamakta ve sözleşmenin iptali zorunlu bir yol olmaktadır.

Rüşvet ve ihaleye fesat karıştırmak ise, sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar arasında en ağır cezai yaptırımları olan suçlardandır. KİK'in 17'nci maddesi bu suçları açıkça yasak fiil veya davranışlar arasında saymıştır. KİSK'in 21'inci maddesi, ihaleyi açan idareye, ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu anlaşılması hâlinde, sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımıştır. Bu nedenle, rüşvet ve fesat karıştığı tespit olunan ihalenin, imzalanan sözleşmesi idarece iptal edilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin yüklenici tarafından izinsiz ve usul dışı devredilmesi, yasak fiil veya davranışlardandır. KİSK'in 16'ncı maddesi sözleşmenin devrini düzenlemiştir. İdarenin izni olmadan sözleşme devredenler ve devralanlar hakkında; protesto çekmeye gerek kalmadan, kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir ve bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama cezası verilir.

Yukarıda yer verilen yasak fiil veya davranışların ihale sürecinde yapıldığının sözleşme imzalandıktan sonra anlaşılması hâlinde kural olarak kamu alım sözleşmesi sona erdirilir. Zira, kamu alım sözleşmesinin temeli sarsılmıştır ve işlem temeli çökmüştür. Bu nedenle kamu alım sözleşmesine devam edilmesinde kamu yararı bulunmamaktadır. Burada hata ve korkutmaya ilişkin TBK hükümleri ile KİSK'in 21'inci maddesi yarışsa da özel-genel hüküm ilişkisinden dolayı, özel hüküm olan KİSK hükümleri uygulanır.¹⁰⁵ Bununla birlikte, KİSK'in 22'nci maddesinin son fıkrasında, sözleşmenin feshi sebebiyle idarenin uğradığı zararın yükleniciye tazmin

¹⁰⁴ Ayrıca, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacak sözleşme değişiklikleri bakımından, idarece başvurulmuş bir tehdit durumu söz konusu olabilir. Sözleşme değişikliğinin mevzuata uygun olması kaydıyla, idare zor durumda bulunan yükleniciyi, aksi takdirde hak edilecek ödemelerini geciktireceği ya da bundan sonra yapılacak ihalelere davet etmeyeceğini belirterek, bazı ilave işleri çok düşük fiyata yapmaya zorlayabilir. İdare tarafından gerçekleştirilen bu korkutma hâlinin tam tersi bir ihtimalde bulunmaktadır. Yüklenici, işi durduracağını belirterek bazı ilave işleri yüksek bir bedelle yapma hususunda idareyi sözleşmede değişiklik yapmaya zorlayabilir. Buz, **a.g.e.**, s.332-333.

¹⁰⁵ Demirboğa, **a.g.e.**, s.135.

ettirilmesi ile ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, sözleşme öncesi yasak fiil veya davranışlar nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi hâlinde, yüklenici idarenin uğradığı zararları tazminle yükümlüdür. TBK'nin 49'uncu maddesi (BK m.41), kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olacağı genel hükmü ile özel bir düzenleme olan KİSK 22'nci maddesini teyit etmektedir.

(3) Sözleşmenin Uygulanması Aşamasındaki Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih

Sözleşmenin imzalanmasından sonra, yüklenici KİSK'in 25'inci maddesinde sayılan fiil veya davranışlarda bulunursa, iş sahibi idare, hiçbir uyarı ve mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilir (KİSK m.20/b). Bu durumda yüklenicinin kesin teminat ve varsa ek kesin teminatı gelir kaydedilerek sözleşme tasfiye olunur. Gelir kaydedilen teminatlar yüklenicinin borcundan mahsup edilemez. Ayrıca, idarenin uğramış olduğu zarar da yükleniciden tazmin edilir (KİSK m.22).

KİSK'in 22'nci maddesi hükmü gereğince sözleşme, KİSK'in 20'inci maddesi (b) bendi ile 21'inci maddesine göre yasak fiil veya davranışın tespit edildiği tarih itibarıyla feshedilmiş sayılır. Dolayısıyla, sözleşmenin uygulanması aşamasındaki yüklenicinin yasak fiil veya davranışı nedeniyle sözleşmenin feshinin hüküm ve sonuç doğurduğu an, yasak fiil veya davranışın tespit edildiği andır.

Sözleşmenin uygulanmasından anlaşılması gereken, sözleşmenin geçerli olarak kuralmasından, yapım işlerinde kesin kabule, mal alım sözleşmelerinde malın alınmasına ya da garanti süresi öngörülmüşse garanti süresi bitimine kadar geçen süredir. Hizmet alımlarında ise, hizmet sözleşmesinin sona ermesi, diğer bir ifadeyle hizmetin kabul edildiği tarihe kadar geçen süredir.¹⁰⁶

Sözleşme imzalanmadan önceki hazırlık aşamasında ve/veya ihale sürecinde gerçekleşen yasak fiil veya davranışlar nedeniyle sona erme hâli, nasıl ileriye etkili sonuç doğuruyorsa, sözleşmenin uygulanması aşamasındaki yüklenicinin yasak fiil veya davranışlarda bulunması nedeniyle sona erme hâlinde de sözleşme üzerindeki etki, ileriye dönüktür. Yükleniciye, yasak fiil veya davranışı tespit edilene kadar olan

¹⁰⁶ A.e., s.134.

yapmış olduğu işin karşılığı, kâr payını da içerecek şekilde ödenir. Bu durumda iş sahibi idare, yükleniciden ileriye etkili fesihle uyumlu müspet zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Sözleşme, yasak fiil veya davranışın tespit edildiği tarih itibariyle kendiliğinden sona erse de, idare Kanunda belirtildiği gibi sona erme kararı almalı ve bu kararı yükleniciye bildirmelidir. Bu husus, yapılan işlerin tasfiyesine geçilmesi ve kesin hesabın çıkarılması bakımından son derece önemlidir.¹⁰⁷

KİSK'in 25'inci maddesinde yer verilen sona erme sebeplerinin sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleşmesi gerekir. Taraflar arasındaki güven ilişkisini bozan yasak fiil veya davranışların, sözleşmeyi sona erdirme konusunda idare açısından haklı bir gerekçe oluşturmaktadır.¹⁰⁸

(4) Sözleşmenin İzinsiz Devri Hâlinde Sözleşmenin Feshi

TBK'nin 205'inci maddesindeki sözleşmenin devrine paralel olarak,¹⁰⁹ özel hüküm niteliğindeki KİSK'in 16'ncı maddesi uyarınca; *“Sözleşme, zorunlu hâllerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır.”*¹¹⁰

¹⁰⁷ Karaca, **a.g.e.**, s.113.

¹⁰⁸ Demirboğa, **a.g.e.**, s.134.

¹⁰⁹ Sözleşmenin devri, 818 sayılı BK'de düzenlenmemişken, 6098 sayılı TBK'nin 205'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında iki tür sözleşmenin devri söz konusudur. Birinci fıkrada devreden, devralan ve sözleşmede kalan birlikte bir sözleşmeye gitmektedir. İkinci fıkrada ise devreden ve devralan arasında bir sözleşme yapılmaktadır.

¹¹⁰ Konuya ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nin 27.1. ila 27.11. madde hükümleri ile idarelerin uygulamada dikkat etmesi gereken hususlar açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak burada Kanun ile Tebliğ arasında dikkat çekilmesi gereken bir uygunsuzluk bulunmaktadır. Tebliğin 27.3. fıkrada hükmünde *“Devir tarihi, devir sözleşmesinin noterce onaylandığı tarihtir”* denilmek suretiyle, KİK'in 16'ncı maddesinde ve KİSK'in ilgili maddelerinde devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmazken, Tebliğ'de böyle bir düzenlemeye gidilmesi doğru değildir. Bir başka anlatımla söz konusu Kanunlarda öngörülme bir şekil şartının Tebliğ ile getirilmesi *normlar hiyerarşisine* de aykırı bir durumdur. Adnan Deyneki, “İhale Sözleşmelerinin Devrinden Kaynaklanan Sorunlar”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.153.

Bu hükümde yer alan ve sözleşmenin sonlanmasına sebebiyet veren kilit husus, yüklenicinin sözleşmeyi idarenin izni olmaksızın bir başkasına devretmesidir. Kanun, idarenin iznine tabi olmak kaydıyla yükleniciye, sözleşmenin madde hükmünde yer alan şartlar çerçevesinde, sözleşmeyi devredebilme olanağı tanımaktadır. Ancak, yüklenicinin kendisine tanınan yasal sınırların dışına çıkarak, kendisinde olmayan bir yetkiyle sözleşme konusu işi bir başkasına devretme yolunu seçmesi, hem kanuna hem de sözleşmeye aykırıdır. Ayrıca, sözleşmenin yüklenici tarafından izinsiz ve usul dışı devredilmesi, yasak fiil veya davranışlardandır. Bu durumda, KİSK'in 20 ve 22'nci maddeleri uyarınca sözleşmenin idare tarafından feshedilerek teminatların gelir kaydedileceği ve 26'ncı madde hükmü uyarınca da yükleniciye ihaleye katılmaktan yasaklama cezası verileceği öngörülmüştür.

b. Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi

Tarafların eşit kabul edildiği, tam iki tarafa borç yükleyen kamu alım sözleşmelerinde yüklenicinin de sözleşmeyi haklı nedenlerle sona erdirmeye imkân bulunmaktadır. Yüklenici, kamu alım sözleşmesinde belirlenen yükümlülüklerin idare tarafından yerine getirilmemesi durumunda fesih hakkını kullanabilir.¹¹¹ Bununla birlikte, KİSK'in 19'uncu maddesi hükümleri çerçevesinde, yüklenicinin mali acz gerekçesiyle sözleşmenin feshine dair iradesi söz konusudur. Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep hâlleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi hâlinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.¹¹² Aynı düzenleme, YİĞŞ'nin 47/1 maddesinde aynıyla yer almaktadır. Buna karşılık, DİK ve alt mevzuatına tabi sözleşmelerde

¹¹¹ Demirboğa, **a.g.e.**, s.162.

¹¹² Görüldüğü gibi hem idarenin sözleşmeyi feshetmesi hem de yüklenicinin sözleşmenin feshini istemesi hâlinde, her iki durum için de yüklenici kesin teminatından ve varsa ek kesin teminatından yoksun kalmaktadır. Dolayısıyla, yüklenici, sözleşme hangi gerekçe ile feshedilirse edilsin bir nevi cezalandırılmaktadır. Bu durumda, kanun koyucunun sözleşmenin sürekliliğini sağlamak adına yüklenici üzerinde bir caydırıcılık etkisi oluşturmaya çalıştığı da düşünülebilir.

yükleniciye mali acz gerekçesine dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi tanınmamıştır.¹¹³

Mali acz hükmünde dikkat edilmesi gereken husus, maddeye dayanarak idareye başvuracak yüklenicinin öncelikli olarak mali acz içine düşme sebebi, mücbir sebeplerden kaynaklanmış olmamalıdır. Mücbir sebeplerin neler olduğu ve bu hâllerde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı sorunu, Kanunun başka maddelerinde konu edilmiştir (KİSK m.10 ve m.23).¹¹⁴ Ayrıca, yüklenicinin mali yönden acz hâline düştüğünü, yazılı olarak ve gerekçelerini belirterek idareye beyan etmesi, hükmün uygulanabilmesi için aranan bir durumdur.

4735 sayılı Kanunun 22'nci maddesinde: *“19'uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20'nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20'nci maddenin (b) bendi ile 21'inci maddeye göre ise tespit tarihi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün*

¹¹³ Genel hüküm niteliği taşıyan TBK'nin 98'inci maddesine (BK m.82) göre, borçlu sözleşmenin kurulmasından sonra aciz hâline düşmüş ve borçlunun bu aczi alacaklının alacağını tehlikeye sokmuşsa, alacaklı bazı imkânlarla sahip kılınmıştır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin kurulmasından sonraki işlem temelini oluşturan durumlarda bir değişiklik söz konusu olmayıp, borçlunun kişisel ödeme gücünde/mali durumunda bir değişiklik meydana gelmiştir. Bu durumda, borçlunun acze düşmesi ile ilgili yasal bir risk paylaşımı hükmü olan TBK m.98 uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu madde hükmü şöyledir:

“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınuncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.

Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.”

¹¹⁴ KİSK'in 23'üncü maddesi mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi hâlinde (TBK madde 480/II hükmü uyarınca, olağanüstü şartlara sözleşmenin uygulanması nedeniyle), hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların iade edileceğini hükme bağlamıştır. KİSK'in 10'uncu maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek hâlleri sayılmıştır. Bunlar: Doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik hâli ve gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller. Sözleşmenin feshi yolunda, idarece bu hâllerin mücbir sebep kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur. KİSK'in 10/1-e maddesindeki *“Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâller”* kapsamında Kurum tarafından mücbir sebep hâli olarak belirlenen hâllerin varlığı durumunda da sözleşmenin feshedilmesi mümkündür. Örneğin, Kamu İhale Kurulu'nun 2011/DK.D-27 sayılı kararında, petrol piyasası mevzuatında yapılan değişiklikler nedeniyle kırsal motorin temininin fiilen ve hukuken imkânsız olmasının, ilgili madde hükmü uyarınca ve Kuruma tanınan yetki çerçevesinde genel nitelikte mücbir sebep hâli olarak kabul edilmesine karar verilmiştir.

içinde yükleniciye bildirilir.” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre yüklenicinin mali acz içinde bulunması hâlinde fesih talebinin idareye intikali; yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi hâlinde, verilen ihtarlı sürenin bitimi, sözleşme sırasında ve ihale sürecindeki yasak fiil veya davranışların varlığı hâlinde, bu durumların tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılacaktır.

Yüklenicinin bu hüküm uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilmesi için başlangıçta, sözleşme imzalanırken, sözleşme konusu işi yapmaya muktedir iken işin devamı esnasında işi tamamlamaktan aciz duruma düştüğünü ispatlaması gerekir. İstekli sıfatıyla ihaleye katılan yüklenicinin, ekonomik, mesleki ve teknik yeterliliğine dair bilgi ve belgeleri ihaleyi açan idareye sunduğu dikkate alındığında, sözleşme hazırlık aşamasında mali acz içinde bulunması durumu, tabiatıyla kabul edilemez ve bu nedene dayanarak sözleşme sona erdirilemez.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, madde hükmünün uygulanması bakımından yüklenicinin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Yüklenici kusuru ile işi tamamlamaktan acze düşse de sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Yüklenicinin maddeye dayanarak gerekçeleriyle birlikte aczini idareye bildirmekle sözleşme sona ermektedir. Bu durumda iş sahibi idarenin pratikte yapabileceği bir şey yoktur. İdare, ileri sürülen gerekçelerin gerçek olmadığını ispat etse ve yükleniciden sözleşmenin aynen ifasını yazılı talep etse de sonuç değişmeyecektir. *Karaca*'ya göre, sözleşmenin sona ermesinde, yüklenicinin kusur durumu gözetilmeksizin, ileriye etkili feshin sonuçlarının doğması adil görünmemektedir. Kusurlu yüklenicinin sözleşme konusu işi tamamlamada acze düşmesi hâlinde, sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirilmesinde hukuk bakımından daha adil sonuçlar alınabilecek ve buna göre sözleşmenin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümleri uygulanabilecektir. Ancak, yüklenicinin kusursuz olarak işi tamamlamaktan acze düşmesi hâlinde feshin ileriye etkili sonuçlar doğurması da yerinde bir uygulama olacaktır.¹¹⁵

¹¹⁵ *Karaca*, **a.g.e.**, s.106-108. Sözleşmeden dönme geçmişe etkili iken, sözleşmenin feshi ileriye etkilidir. Sürekli sözleşme ilişkilerinde sözleşmeden dönmeyen o ana kadar yerine getirilmiş edimleri geri verdirci etkisi adil ve pratik bir çözüm oluşturmayacağından sürekli sözleşme ilişkilerinde ileriye etkili bir fesih hakkının varlığı kabul edilmektedir. *Seliçi*, **a.g.e.**, s.132. Yargıtay'ın da yerleşmiş

c. Yargı Kararıyla Sözleşmenin Feshi

İdare tek taraflı kararı ile sözleşmeyi sona erdirmek yerine, yargıya başvurarak sözleşmenin sona erdirilmesini isteyebilir. Sözleşmenin karşı tarafı, idarenin tek taraflı değişikliklerinin belirli ölçüyü aşması karşısında veya zorunlu nedenlerle (mücbir sebep) sözleşmenin sona erdirilmesini mahkmeden isteyebileceği gibi; zorunlu nedenlerin varlığı hâlinde sözleşmenin mali dengesinin onarılamayacak biçimde bozulması durumunda sözleşmenin iki tarafından birinin başvurması üzerine de yargı yeri sözleşmeyi sona erdirebilir.¹¹⁶

Yerleşik yargı kararlarına göre, ihale kararlarının kesinleşmesine kadar yapılan işlemler idari nitelik taşıdığından, hangi yasal düzenlemeye tabi olursa olsun, sözleşmelerin hazırlık aşamasında ortaya çıkan ihtilaflarla ilgili olarak görevli ve yetkili yargı mercii, ayrılabilir işlem kuramının gereği olarak idari yargı yerleridir.¹¹⁷

İçtihadı bu yönde olup, kusur sorumluluğunu sözleşmenin ileriye etkili feshinde dikkate almamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.1.1984 tarihli ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan da anlaşılacağı üzere; inşaatın büyük bölümünü tamamlamış olan ve temerrüde düşen müteahhide karşı kusurlu olması hâlinde de geçmişe etkili dönme hakkının değil de, ileriye etkili fesih hakkının kullanılmasının benimsendiği görülmüştür. Yükleniciyi lehinde koruyucu bir yaklaşım getiren Yargıtay'ın benzer kararlar için bkz.: Yargıtay 15 Hukuk Dairesi, 15.3.2001, E.2001/5230, K.2001/1311 "...ulaştığı % 88 seviye ve bağımsız bölümlerin 3. kişilere satıldığı anlaşıldığından... akit ileriye etkili biçimde feshedilerek inşaatdaki eksiklikler oranında tapu iptaline karar verilmesi gerekirken..."; Yargıtay 15 Hukuk Dairesi, 10.6.1999, E.1999/1658, K.1999/2437 "Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payının devrini içermesi nedeniyle, karşı tarafın kabulü yoksa tek taraflı feshedilemez, feshe hakim karar verir. İnşaatın % 90 'ın üzerinde bir seviyeye getirilmesi hâlinde artık geriye etkili biçimde fesih (dönme) kararı verilemez.. Fesih ileriye etkili olmalıdır."; Yargıtay 15 Hukuk Dairesi, 10.3.2004, E.2003/4328, K.2004/1320 "...eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin, inşaatı tamamladığı kısmın getirildiği seviye ve olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüst davranma kuralı doğrultusunda sözleşmenin ileriye etkili feshi olanağı varsa da, bunun için öncelikle ve özellikle yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın sözleşme konusunun bütününe göre getirildiği seviyeye bakmak lazımdır. Zira ileriye etkili fesihle öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği seviyeye göre sembolik bir para ile feshin sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Bilirkişi raporlarına bakılırsa, yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesi ancak % 86'dır. Sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı açık seçiktir. O hâlde olayda borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı yoktur..."; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 21.07.2005, E.2005/2182, K.2005/4441 "Sözleşmenin geriye etkili olarak feshi hâlinde taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa, bunları geri vermeleri gerekir. Somut olayda, davalı arsa sahibinin yükleniciye ödediği bedel ve üzerine geçirdiği arsa payı yoktur. Yüklenici ise fesihle ilgili mahkeme kararında kabul edildiği üzere proje ve ruhsatına göre inşaatı % 45 seviyesinde yapmıştır. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğinden imara, projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması mümkün ve arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye verilmesi gerekir."

¹¹⁶ Gözübüyük, Tan, a.g.e., s.510.

¹¹⁷ Uz, a.g.e., s138.

Yargı organı tarafından ayrılabilir işlem kuramına göre ihale işlemlerinin iptal edilmesi, bazı durumlarda ihale sonrası imzalanan sözleşmenin de geçersizliği sonucunu doğurabilir. Bu durumda, yargı kararı ile sözleşmenin feshi mümkündür.¹¹⁸ Ayrıca, eğer idari yargı organları tarafından, idarenin sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiği hükme bağlanırsa, sözleşmenin tarafı olan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir.¹¹⁹ Dolayısıyla, her ne kadar ihaleyi yapan idare ve Kamu İhale Kurumu tarafından sözleşme imzalandıktan sonra bir işlem yapılmıyor olsa da, ihale dokümanını oluşturan belgelerde yer alan bazı hükümlerin mevzuata aykırı olması nedeniyle yargı organı tarafından iptal edilmesi hâlinde, idare tarafından yargı kararı uyarınca yapılacak yeni düzenlemeler sonrasında sözleşme hükümleri ile çelişse de, değiştirilmiş ihale dokümanı önceliğe sahip olacak ve sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır. Bu itibarla, sözleşmenin imzalanması işleminin yargı merciince iptal edilmesi, sözleşmeyi etkiler bir niteliğe sahiptir.¹²⁰

3. Fesih Hakkının Kullanılması ve Sonuçları

Kamu alım sözleşmeleri, özel bir kanun olan 4735 sayılı Kanuna tabidir. Bu nedenle, bu kanun hükümlerine dayanılarak yapılan fesih ve bu feshin hukuki sonuçları, adli yargı denetimine konudur. Ancak, kanunun fesih için öngördüğü bir sonuç, idare tarafından tek taraflı, icraî bir karara konu olmuş ise (kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklama) bu durumda idari yargının görevli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.¹²¹

Sözleşmenin feshi nedeniyle yükleniciye uygulanacak yaptırımlar; teminatın irat kaydedilmesi,¹²² ihalelere katılmaktan yasaklama kararı alınması¹²³ ve idare

¹¹⁸ Kutlu, **a.g.e.**, s.204.

¹¹⁹ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.340.

¹²⁰ Uz, **a.g.e.**, s.142. 2886 sayılı Kanun döneminde de, uygulamada Maliye Bakanlığı ve Sayıştay sürecine rağmen, sözleşmenin imzalanmasından sonra da ihale sürecine ilişkin olarak hukuka aykırılıktan bahisle idari yargıda dava açılabilirdiği, bu dava sonucunda alınacak iptal kararının, sözleşme imzalanmış olsa bile, sözleşmenin de iptalini gerektirdiği ileri sürülmüştür. Kutlu, **a.g.e.**, s.252.

¹²¹ Sezginer, **a.g.e.**, s.1538.

¹²² Sözleşmenin feshedilmesi hâlinde kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedildiği durumlar şunlardır: Yüklenicinin iflas etmesi; yüklenicinin ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti; yüklenicinin mali acz içinde bulunması; yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi; sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin KİSK madde 25’de sayılan yasak fiil

zararının tahsil edilmesidir.¹²⁴ Mücbir sebep hâlleriyle yüklenicinin ölümü durumunda, kesin teminatlar iade edilir ve herhangi bir yaptırım uygulanmaz.

İhale üzerinde bırakılan isteklinin, sözleşmeyi irade sakatlığı nedeniyle feshetmesine ilişkin bir düzenleme, ihale mevzuatında bulunmamaktadır. KİSK'in 36'ncı maddesindeki “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu uygulanır*” hükmü uyarınca, ihale üzerinde kalan isteklinin fesih hakkını kullanmasında TBK'nin 39'uncu maddesinde (BK m.31) öngörülen esaslar geçerlidir. Burada, ihaleyi açan idarenin fesih hakkını kullanmasında şöyle bir ayırım yapılması gerekmektedir. İdarenin hata/yanılma sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi de, KİSK'de düzenlenmediği için, TBK'nin 30 ila 35'inci madde (BK m.23-24-25-26-27) hükümlerine tabi olması gerekecektir; hile, tehdit ve ihale dönemindeki diğer yasak fiil veya davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshi, KİSK'de açıkça düzenlendiğinden, fesih hakkının kullanılması bu Kanunun 22'nci maddesindeki esaslara tabi olacaktır.¹²⁵

Fesih hakkını, irade fesadı ile sakat bir hukuki işlemi *geriye etkili* olarak sona erdirmeye yetkisi veren, yenilik doğuran bir hak olarak tanımlamak mümkündür. Fesih hakkının kullanılması geçmişe etkili sonuçlar doğurur ve taraflar arasındaki sözleşme

veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi; yüklenicinin, ihale sürecinde KİK madde 17'ye göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi.

¹²³ Yüklenicinin mali acz içinde olması; yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi; sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin KİSK madde 25'de sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi; yüklenicinin, ihale sürecinde KİK madde 17'ye göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi hâllerinde, yüklenici hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 ve 3'üncü maddeleri ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerekmektedir.

¹²⁴ 4735 sayılı Kanunun 22'nci maddesinde “*19, 20 ve 21'inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, yükleniciler hakkında 26'ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.*” hükmü bulunmaktadır. Buna göre: yüklenicinin ölümü ve mücbir sebep hâlleri dışındaki (yüklenicinin iflası, mali acz içinde olması, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi; sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin KİSK madde 25'de sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi; yüklenicinin, ihale sürecinde KİK madde 17'ye göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi) sebeplerle sözleşmenin feshi hâllerinde, fesih nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın yüklenici tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Kanunda zararın miktarını tespit etmeye yönelik bir açıklama yapılmamıştır. Yargıtay konuyu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 108'inci maddesi (TBK m.125) kapsamında değerlendirerek, idarenin haklı sebeplerle sözleşmeyi feshetmesi sonucu meydana gelen zararını (menfi zararını) talep edebileceğini kararlaştırmıştır. Dolayısıyla, 4735 sayılı Kanunda ifade edilen idare zararı menfi zarardır. Ateş, **a.g.e.**, s.529-530.

¹²⁵ Buz, **a.g.e.**, s.334.

ilişkinin ilk yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırır.¹²⁶ KİSK, isteklinin ihale öncesi dönemde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edildiği için idareye tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını *fesih* olarak adlandırmıştır. *Buz*'a göre burada söz konusu olan bozucu yenilik doğuran hak *fesih* değil, *iptal* hakkıdır.¹²⁷ İsteklinin ihale öncesi dönemdeki KİK'in 17'nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışları, ihaleyi açan idare bakımından bir irade bozukluğuna yol açmaktadır. İrade bozuklukları hâlinde ise yaptırım, *iptal* edilebilirliktir. Buna karşılık fesih hakkı, sürekli sözleşmelerde söz konusudur. Fesih hakkından söz edebilmek için, kuruluşunda herhangi bir bozukluk bulunmayan sözleşmenin mevcudiyeti gerekir. Hâlbuki, KİSK'in 21'inci maddesine göre sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda sözleşmenin kurulması aşamasında bir sakatlık mevcuttur.¹²⁸

Bir diğer husus; KİSK'in 22'nci maddesinde görülen belirsizliktir. *Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler* başlıklı söz konusu maddede: “19'uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20'nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20'nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir” hükmü getirilmiştir. *Buz*'a göre, kanun koyucu “feshedilmiş” saydığı bir sözleşmenin feshi için idareyi karar alma yükümlülüğü altında bırakmaktadır. Maddenin son cümlesi ele alınacak olursa, kanun koyucunun kendiliğinden sona erme yaptırımını değil, sözleşmenin idarenin fesih beyanı üzerine sona ermesini kabul ettiği sonucuna varılabilecektir. Aynı hüküm içinde hem *feshedilmiş sayılma* hem de *fesih kararı alma* basit bir tekrür hatasından öte anlam kargaşasına sebebiyet vermektedir.¹²⁹ *Ateş*'e göre, madde hükmünde bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınacağı belirtilmişse de, idarece alınacak fesih kararı hukuki durumda değişiklik meydana

¹²⁶ A.e., s.336.

¹²⁷ Sözleşmenin feshinde, sözleşme kurulmasından sonra ortaya çıkan haklı bir nedenle tek taraflı olarak *ileriye etkili* bir şekilde sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu iken; sözleşmeden dönmede ise sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bir sebeple *geçmişe etkili* olarak sona erdirilmesi söz konusudur. Kılıçoğlu, a.g.e., s.78. *Buz*, buradaki sözleşmenin sona erme durumunu *geçmişe etkili dönme* olarak yorumlamıştır. Ayrıca, kamu alım sözleşmelerini *ani edimli sözleşme* olduğuna da dikkat çekmektedir.

¹²⁸ *Buz*, a.g.e., s.342-343.

¹²⁹ A.e., s.344.

getiren nitelikte bir karar değil, mevcut durumu açıklayan nitelikte bir karardır. Bir başka anlatımla, idarece fesih kararı alınmasa da sözleşme feshedilmiş sayılmaktadır. Bu itibarla, idarenin aldığı fesih kararı ihdasî değil ihzari mahiyettedir.¹³⁰

İhaleyi açan idare, isteklinin KİK'in 17'nci maddesi anlamında yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunu tespit ederse, KİSK'in 22'nci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, bu an itibariyle sözleşme infisah/feshedilmiş sayılacaktır. *Buz*'a göre, infisah kendiliğinden sona erme anlamına gelir ve bu durumda, doğal olarak sözleşmeyi sona erdirmek için tarafların yenilik doğurucu bir beyanda bulunmalarına da gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla, idarenin sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini karşı tarafa bildirmesi, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması değil, daha önceden gerçekleşmiş bir hukuki durumun (sona ermenin) tespitine ilişkin bir beyan niteliği taşıyacaktır.¹³¹ Dolayısıyla, KİSK'in madde 22/1 fıkra hükmüne göre, idarenin yasak fiil veya davranışları tespit etme anında sözleşme feshedilmiş olacaktır. İster sözleşmenin bu andan itibaren kendiliğinden feshedileceği kabul edilsin, isterse idarenin fesih beyanında bulunması üzerine sona ereceği kabul edilsin, her iki durumda da bu sona erme, yasak fiil veya davranışın tespit edildiği an itibariyle hüküm ifade edecektir. Sözleşmenin tespit anından önceki kısmı bu sona ermeden etkilenmeyecek ve *geriye etkili* değil, daima *ileriye etkili* sonuç doğuracaktır.¹³² Sözleşme sona erdirilse de sona erme etkilerini *ileriye etkili* göstereceğinden fesih tarihine kadar yapılan sözleşme konusu iş ve bu iş karşılığı

¹³⁰ Ateş, **a.g.e.**, s.509-510. Yargıtay bir kararında şu ifadelerle konuya ışık tutmaktadır: "...yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanın geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkânı bulunmamaktadır." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 01.10.2004, E.2004/4834, K.2004/4802.

¹³¹ *Karaca*'ya göre de müteahhidin iflası durumunda, her ne kadar KİK'in 17'nci maddesi ve YİGŞ'nin 50/b fesihten söz ediyorsa da hükmün amacı ve kesinliği göz önüne alınarak burada müteahhidin iflas etmesiyle birlikte sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği (münfesihi) kabul edilmelidir. Ne iş sahibinin (idare) ne de müteahhidin bu sebeple bir fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur. İş sahibi idarenin, alacağı fesih kararı yapısı itibariyle kurucu değil açıklayıcı mahiyettedir. *Karaca*, **a.g.e.**, s.94.

¹³² Burada, ihaleyi açan idarenin, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunu, sözleşmenin tam ve karşılıklı ifasından sonra tespit etmesi durumunda ne olacağı merak konusudur. İsteklinin, yasak fiil veya davranışlardan biri ya da birkaçını birlikte gerçekleştirerek piyasa fiyatının üzerinde edimde bulunmuş ve edim karşılığını da almışsa ve idare karşılıklı ifanın tamamlanmasından sonra bu duruma muttali olmuşsa, idarenin *ileriye etkili* sözleşmeyi sona erdirmesinin ne anlamı olacaktır. Zira, tam ve karşılıklı ifa durumunda, ortada tespit anı itibariyle sona erecek bir sözleşme bulunmayacaktır. Dolayısıyla, ihaleye fesat karıştırarak fahiş fiyat üzerinden menfaat temin eden isteklinin elde ettiği kazanımlar, KİSK m.22/1 hükmüne göre gerçekleşecek bir sona ermeden etkilenmeyecektir. *Buz*, **a.g.e.**, s.344-345.

olan ödemeler (ara hak edişler) geçerli bir sözleşmenin gereği olduğundan sona ermeden etkilenmeyeceklerdir.¹³³

KİSK'in madde 22/2 fıkra hükmü uyarınca, 19, 20 ve 21'inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce (Türkiye İstatistik Kurumu/TÜİK) yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine (TEFE) göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir. KİSK'in madde 22/3 fıkrasında ise, hak edişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hâllerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edileceği öngörülmektedir. Ancak, gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcundan mahsup edilmemesi esastır. KİSK'in 22'nci maddesinin beşinci fıkrasına göre, 19, 20 ve 21'inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi hâlinde, yükleniciler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklamayı düzenleyen 26'ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.

4735 sayılı Kanunun sözleşmenin feshine bağladığı en bilinen sonuç, fesih işlemine konu sözleşmenin tarafı için verilecek olan kamu alım ihalelerine katılmaktan yasaklamadır. Ancak, yasaklamaya ilişkin iki farklı durum söz konusudur. Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler başlıklı KİSK'in madde 22/5 fıkra hükmüne göre, sözleşmenin feshi durumunda 26'ncı madde uyarınca işlem yapılmalıdır. İhaleler katılmaktan yasaklama başlıklı 26'ncı madde hükmüne göre ise, idare tarafından sözleşmenin diğer tarafı için bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Böyle bir yasaklama kararı verildiğinde doğacak ihtilafın çözümü konusunda, karara karşı iptal davasının idari yargı yerlerinde açılmasında duraksama yoktur. Ancak, idarenin yasaklama kararı verip vermeme konusunda kendisine bir takdir yetkisi tanınmadığından, idare bağlı yetki uyarınca yasaklama kararı vermek zorundadır. Ayrıca, KİSK'in madde 26/3

¹³³ DİK ve alt mevzuatı da sözleşmenin sona ermesini *ileriye etkili* fesih olarak düzenlemiş ve tarafların tasfiyeye ilişkin hak ve yükümlülüklerini de bu esas çerçevesinde belirlemiştir. Karaca, **a.g.e.**, s.125-126.

fıkra hükmü uyarınca, yasaklama kararı yürürlüğe girinceye kadar, sözleşmenin tarafı olan kişi, sözleşmeyi fesheden idarenin ihalelerine katılamaz. Bu durum, fesih işleminin doğrudan bir sonucu olup, idarenin ayrı bir işlemine gerek olmaksızın kendiliğinden yürürlüğe girer. İdarenin yasaklama kararı tek taraflı, icraî bir karar olması sebebiyle idari yargı yerlerince denetlenebilmesine karşılık; yasaklama kararının yürürlüğe girmesine kadar, fesih işlemi yapan idarenin ihalelerine iştirak ettirilmeme hususu, bir idari işlem ile değil, teminatların irat kaydedilmesinde olduğu gibi, kanunun feshe bağladığı zorunlu bir sonuç şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple de bu konuya ilişkin yargısal denetim, hiç şüphe yoktur ki, fesih işleminin hukukiliği konusunda denetim yapacak olan adli yargı yeri tarafından yapılmalıdır.¹³⁴

KİSK'in 22'nci maddesinde sözleşmenin ifa dışı nedenlerle sona ermesi hâlinde sözleşme ilişkisinin tasfiyesi düzenlenmiştir.¹³⁵ Madde hükmüne göre, sona ermenin yüklenici kusurundan kaynaklanması veya kaynaklanmaması ayırımına gidilmeden sözleşme *ileriye etkili* olarak sona ermektedir. Dolayısıyla, kamu alım mevzuatında yer alan ilgili hükümden maksat, kamu yararının korunması için TBK sistemine göre (nispeten) iş sahibi (idare) tarafını daha fazla himaye etmek, iş sahibi idarenin çıkarlarını daha ayrıntılı şartlar ve hükümlerle daha fazla güvence altına almak olduğundan, kanun koyucu, TBK'nin iş sahibini daha çok himaye eden *geçmişe etkili* sona erme yerine yüklenici lehine olan *ileriye etkili* sona ermeyi tercih etmiştir.¹³⁶ Sözleşmenin sona erdirilmesi yüklenicinin kusurundan kaynaklansa bile, yükleniciye o ana kadar yapılan ara (geçici) hak edişlerin bir kısmı da iadeye konu olmayacaktır. Şayet, kamu alım mevzuatı bir şekilde iş sahibinin (idare) sözleşmeden *geriye etkili* şekilde dönmesine izin verseydi; *geriye etkili* sona erme hâlinde

¹³⁴ Genel olarak sözleşmenin feshinin sonucu olan, tüm yasaklama kararlarına ilişkin olarak önleyici tedbirlerin alınması adli yargının görevi içindedir. Zira yasaklama uygulaması idarenin takdiri ile ortaya koyduğu bir işlem olmayıp, feshin hukuki ve zorunlu bir sonucudur. O hâlde fesih işleminin hukukiliğini denetlemek durumunda olan görevli yargı yerinin feshin doğuracağı zararları önlemek bakımından ihtiyati tedbir kararı vermek konusunda da görevli olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca, idari yargının görev alanına da tecavüz söz konusu değildir. Çünkü ortada yargı denetimine tabi bir idari karar yoktur. Sezginer, **a.g.e.**, s.1538-1541.

¹³⁵ Aynı düzenleme YİGŞ'in 47/4 maddesinde de aynıyla yer almaktadır.

¹³⁶ Karaca, **a.g.e.**, s.42.

sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacaktı. Bir diğer ifadeyle, sözleşme hiç yapılmamış sayılacaktı.¹³⁷

Görüldüğü üzere, kamu alım mevzuatı, iş sahibinin (idare) sözleşmeyi *geriye etkili* şekilde sona erdirmesine hiçbir durumda izin vermemiştir. Bundan dolayı, fesih anına kadar yerine getirilmiş edimlere dokunulmamış, bu edimler fesih anına kadar ayakta tutulan bir sözleşmenin gereği olarak kabul edilmiştir. Türk kamu alım mevzuatı, sona erme ve tasfiye sürecini yüklenicinin kusurlu olup olmadığını dikkate alarak düzenlememiştir.¹³⁸ Hâlbuki, kanun koyucunun, sözleşmenin sona ermesine neden olan yüklenicinin, borca aykırılıkta kusurlu olup olmamasına göre değişen bir tasfiye sistemini benimsemesi daha isabetli olurdu. Şayet yüklenici; basiretsizlik ve kötü idare sebebiyle şirketinin iflasına neden olmuşsa, edimi yerine getirmede kendi kusurlu davranışlarıyla acz içinde kalmışsa, yine kendi hata ve ihmalleri yüzünden edimi gününde teslim edemeyip temerrüde düşmüşse, sözleşmenin imzalanmasından önce ve sonra yasak fiil veya davranışlarda bulunmuşsa, sözleşmeyi mevzuata aykırı biçimde devretmişse sözleşme sona ereceğinden, bu durumda sona ermenin *ileriye etkili* değil *geriye etkili* sonuç doğurduğunun kabul edilmesi gerekirdi.¹³⁹ Sözleşmenin sona ermesinde, yüklenici kusurlu ise kendisine sadece edimin maliyeti verilmeli; kusurlu değilse kendisine kârını da içeren edimin gerçekleştiği kısımla orantılı parasal karşılık verilmelidir. Bunun yapılabilmesi yukarıda açıklanan hususların kabulüyle mümkündür.¹⁴⁰

D. Türk Borçlar Kanunu'nda Borcun İfa Edilmemesi

Borçlar hukuku, medeni hukukun kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen kısmı olması bakımından medeni hukukun tamamlayıcısı niteliğindedir. Türk hukuk düzeninde, Borçlar Kanunu'nun müstakil bir kanun olarak düzenlenişi, bu kanuna kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun tarihi gelişiminden ileri gelmekte olup, Borçlar Kanunu'nun Medeni Kanun'dan bağımsız bir kanun olduğu anlamını taşımamaktadır. TBK'nin 646'ncı maddesinde bu kanunun Türk Medeni

¹³⁷ A.e., s.126.

¹³⁸ A.e., s.131.

¹³⁹ A.e., s.133.

¹⁴⁰ A.e., s.135.

Kanunu (TMK)'nin beşinci kitabı ve tamamlayıcısı olduğu açıkça ifade edilmiştir.¹⁴¹

Borçlar hukukunun konusunu özel borç ilişkileri oluşturmaktadır. Borç ilişkilerinden doğan alacak hakkı ise, aynı haklarla kişilik haklarının aksine, hukuki niteliği itibarıyla nispi bir haktır. Alacaklı bu hakkı, sadece borçluya karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişiler, borç ilişkisiyle ilke olarak borç altına girmedikleri, bir hak kazanmadıkları için, bu hakkın onlara karşı ileri sürülebilmesi, istisnai hâller dışında söz konusu olamaz.¹⁴² Borç ilişkisinin, alacak hakkı gibi asli haklar ve yenilik doğuran tali haklar yanında faiz, cezai şart, rehin, kefalet ve hapis hakları gibi fer'i (yan) hakları da içermesi mümkündür.¹⁴³

Diğer taraftan, borçlar hukukunun temel kavramını oluşturan borç ilişkisinin ya da borcun doğal ve temel amacı ve başlıca hükmü *ifanın kendisidir*. Öyle ki, borç denince ifa, ifa denilince borç akla gelir. Genelde ifa ile borç ilişkisi çözülür. Herhangi bir nedenle ifa yolunda hedefine ulaşamayan alacaklı da borcun aynen ifasında sonuna kadar ısrar edebilir. İfanın engellenmesi üzerine gündeme gelen tazminat, sözleşme cezası, fesih ve dönme gibi yaptırımlar, alacaklının bu asli aynen ifa istemini pekiştirmekten ibarettir. Bu itibarla ifa, hukuki işlem (sözleşme) ya da kanun gereği borçlanılmış edimin (işin) borçlunun ya da üçüncü kişinin etkinliğiyle, onun borca uygun edim eylemleriyle yerine getirilmesidir.¹⁴⁴

Kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen TBK, iki kısımdan oluşmakta olup, ilk kısım *Genel Hükümler* başlığını taşımaktadır ve 1-206'ncı maddeler arasındaki hükümlere; ikinci kısım ise *Özel Borç İlişkileri* başlığını taşımakta ve 207-649'uncu maddeler arasındaki hükümlere karşılık gelmektedir. İlk kısımda sözleşmelere ilişkin genel kurallara yer verilirken, ikinci kısımda çeşitli sözleşme

¹⁴¹ TBK genel nitelikli hükümleri, yalnız Borçlar hukukunda değil, Medenî hukukun diğer alanlarında da, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu husus, TMK'nin 5'inci maddesinde TBK'nin genel hükümlerine yapılan yollama ile ayrıca açıklanmıştır. Alman Medenî Kanunu (BGB) bu şekilde bir genel bölüme sahiptir (§ 1-240). Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.2.

¹⁴² Eren, **a.g.e.**, s.18.

¹⁴³ **A.e.**, s.22.

¹⁴⁴ Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.6-7.

tipleri ayrı başlıklar altında ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. İlk kısımda yer alan kurallar, tüm borç ilişkilerine uygulanabilecek genel nitelikli kurallardır.¹⁴⁵

TBK'den başka genel ve özel nitelikli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlar; *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, *Ticari İşletme Rehni Kanunu*, *Ticaret Kanunu*, *Ödünç Para Verme İşleri Kanunu*, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, *Devlet İhale Kanunu*, *Kama İhale Kanunu*, *Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, *Maden Kanunu*, *Tapu Kanunu*, *İş Kanunu*, *Avukatlık Kanunu*, *Noterlik Kanunu*, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun* vd. Kamu alımları yönüyle baktığımızda, *Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu* (KİSK) özel nitelikli bir kanun olup, TBK genel hükümlerine tabidir. KİSK'in 36'ncı maddesi de “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*” demek suretiyle bu durumu teyit etmektedir. Ancak, özel kural varsa genel kural uygulanmaz (lex specialis derogat legal generali) prensibini de hatırlayarak belirtmekte fayda var; kamu alımlarında sözleşme sonrasında görülen ihtilafların çözümünde öncelik KİSK hükümlerine verilir, hüküm bulunmayan hâllerde TBK hükümlerine göre çözüm aranır.

TBK, borcu doğuran kaynaklar olarak birbirinden farklı üç olguyu kabul etmiş ve birbiri ardına Birinci Bölümün alt ayrımlarında düzenlemiştir. Bu dizilimde borcun kaynakları: *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (1-46 m.) ilk ayrımı, *Haksız Fülllerden Doğan Borç İlişkileri* (47-76 m.) ikinci ayrımı ve son olarak *Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (77-82 m.) üçüncü ayrımı oluşturmaktadır. İkinci Bölüm borç ilişkisini; *Borçların İfası* (83-111 m.), *Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları* (112-126 m.)¹⁴⁶ ve *Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi* (127-130 m.) alt ayrımlarında düzenlemiştir.

1. Borca Aykırılık ve Borcun İfa Edilmemesine Bağlanan Çözümler

¹⁴⁵ MK'nin 5'inci maddesinin “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” hükmünden yola çıkan Serozan'a göre; borçlar hukukunun genel bölümü, yalnız tüm özel hukukun değil, aynı zamanda kamu hukukunun, özellikle idare hukukunun ve uluslararası hukukun da genel ve temel kurallarını, kavramlarını ve ilkelerini kapsar. Bu itibarla, borçlar hukukunun genel hükümleri, hiç abartısız, yalnız borçlar hukukunun değil, tüm hukukun genel hükümleridir. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.3.

¹⁴⁶ Alman hukuk öğretilerinde borç ilişkilerinin ifa edilmemesi, *ifa engelleri* (Erfüllungshindernisse, Leistungshindernisse) veya *ifa ihlalleri* (Erfüllungstörungen, Leistungstörungen) şeklinde nitelendirilmektedir. Eren, **a.g.e.**, s.1027.

Borç, bir kişiyi (borçlu), diğer bir kişiye (alacaklı) bir edimi yerine getirme (bir şey verme, yapma veya yapmama) yükümlülüğü altına sokan hukuki bağıdır.¹⁴⁷ Bu itibarla, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin borçlu bakımından getirdiği en önemli yükümlülük, borcun zamanında, yerinde ve konusuna uygun olarak ifa edilmesidir. Borçlu, borcu hiç ifa etmemiş ya da borcu ifa ettiği hâlde, bu ifa zamanında, yerinde ve konusuna uygun yerine getirilmemiş olabilir. Borçlunun bu davranışları birer borca aykırılık hâlidir. Borca aykırılık, borcun üç kaynağı için de söz konusu olabilir. Bu nedenle, borca aykırılık kavramı, sözleşmeye aykırılık kavramından daha geniş bir kavramdır. Dolayısıyla, haksız bir fiil ile başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermesi ile sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmemesi arasında borca aykırılık açısından fark yoktur.¹⁴⁸

Edim fiiline yönelik veya edimin sonucuna yönelik yapma borçlarında borçlu temerrüdü aynı şekilde ortaya çıkmayacağı gibi, kötü ifa da farklı hukuki sonuçlara yol açabilir. Bunun dışında, bir yapma borcunun borçlunun şahsına bağlı nitelik taşıyıp taşınamaması, bu borcun imkânsızlık sebebiyle sona erip ermeyeceğine veya nama ifanın söz konusu borç bakımından uygulanıp uygulanmayacağına doğrudan etki edecektir.¹⁴⁹

Borçlanma işlemlerinden doğan borçların ifası aşamasında ifanın her zaman gerçekleşmesi mümkün olmayabilir. İfanın hiç yapılamadığı, gerçekleşemediği gibi borcun gereği gibi ifa edilemediği (kötü ifa) durumlar söz konusu olabilmektedir. İfanın hiç gerçekleşmediği durumda ifa mümkün olduğu hâlde borçlu ifa eylemlerini yapmamaktadır ya da ifa sonradan imkânsızlaşmıştır. Bu imkânsızlık hâli de kendini iki şekilde gösterir; imkânsızlık borçlunun kusuruna bağlıdır yahut imkânsızlık borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmektedir. Gereği gibi ifa etmeme hâlinde ise şu durumlar söz konusudur: Ya ayıplı ifa vardır ya da bir nesnenin teslimini gerektiren ifalarda, ifa eyleminden sonra edimin alacaklının elinden bu nesnenin alınması tehlikesi doğmuştur.¹⁵⁰ Kötü ifada menfi zararın

¹⁴⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.2.

¹⁴⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.630-631.

¹⁴⁹ Aydıncık, **a.g.e.**, s.28.

¹⁵⁰ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.234.

tazmini, ancak sözleşmeden dönme hâlinde istenebilir. Bu takdirde, zarar; mevcut durum ile sözleşme kurulmamış farzedilen durum arasındaki farktan ibarettir.¹⁵¹

Genel olarak sözleşmeye (borca) aykırılığın sonuçları açısından, belli başlı hukuk sistemleri incelendiğinde, iki farklı yaklaşımın varlığını tespit etmek mümkündür: Bazı hukuk sistemleri, konuya, sözleşmeye aykırılığın sebepleri açısından yaklaşır (Ursachenorientiertes System, cause approach). Sözleşmeye aykırılığın sebeplerinden kasıt, borçlunun belli bir tutum veya davranışının, hangi sebeple sözleşmeye aykırı sayıldığıdır. Bu yaklaşımın sonucu olarak sözü edilen sistemlerde, tek bir sözleşmeye aykırılık kavramından hareket edilmemiş; sözleşmeye aykırılık, sebepleri bakımından *hiç ifa etmeme*, *geç ifa etme*, *gereği gibi ifa etmeme* gibi türlere ayrılmış ve sözleşmeye aykırılık hâlinde doğacak sonuçlar her bir türe göre ayrı ayrı belirlenmiştir.¹⁵²

Buna karşılık diğer bazı sistemlerde, sözleşmeye aykırılığın hükümleri, sözleşmeye aykırılığın sebeplerine bakılmaksızın, sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlar esas alınarak düzenlenmiştir (rechtsfolgenorientiertes system, remedy approach). Bu yaklaşımın sonucu olarak da, türlere ayrılmaksızın, tek bir sözleşmeye aykırılık (breach of contract, vertragsverletzung) kavramından hareket edilmiş ve bu kavrama bağlanan hukuki sonuçlar, herhangi bir surette gerçekleşen sözleşmeye aykırılık karşısında alacaklının sahip olduğu, *aynen ifa talebi*, *tazminat talebi*, *sözleşmenin sona erdirilmesi* gibi haklar esas alınarak düzenlenmiştir.¹⁵³ Böylece, sözü edilen yaklaşımı benimseyen sistemlerde, sözleşmeye aykırılığın *hiç ifa etmeme*, *geç ifa etme* veya *gereği gibi ifa etmeme* şeklinde gerçekleşmiş olması değil;

¹⁵¹ Aral, **a.g.e.**, s.158.

¹⁵² Bu sistem, özellikle Alman hukuk çevresinde benimsenmiştir. Ancak, Alman Medenî Kanunu (BGB)'nin, 1.1.2002'de yürürlüğe giren değişiklikleriyle, tamamen olmasa da, büyük ölçüde, belirtilen sisteme dâhil olma özelliğini yitirdiğini söylemek mümkündür. Öte yandan Alman hukuk çevresine dâhil kabul edilen Avusturya Medenî Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, hâlen sözü edilen anlayışın etkisi altındadır. Özçelik, **a.g.t.**, s.2. Aral, sözleşmenin ihlalini (kötü ifa penceresinden bakarak), fiili zarar-yoksun kalınan kâr; müspet zarar-menfi zarar; şeye ilişkin zarar-şahsa ilişkin zarar; doğrudan doğruya zarar-dolaylı zarar; ayıptan doğan zarar-ayıbı takip eden zarar; koruma menfaatine ilişkin zarar kavram ve ayrımlarına göre incelemektedir. Aral, **a.g.e.**, s.159-175. Konuyu mecrasında tutmak amacıyla, çalışma içerisinde kamu alımları bakımından *hiç ifa etmeme*, *geç ifa etme*, *gereği gibi ifa etmeme* kavramlarına öncelik verilmiştir.

¹⁵³ Anglo-Amerikan Hukuku kökenli bu sistem, Viyana Satım Hukuku (CISG), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (PECL), Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit Prensipleri'nde (PICC) de benimsenmiştir.

fakat hangi hâllerde alacaklının tazminat talep edebileceği ya da sözleşmeyi sona erdirebileceği ön plandadır.¹⁵⁴

Borca aykırılık hâllerini dört başlıkta toplamak mümkündür: (1) Kusurlu sonraki imkânsızlık, (2) Kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme), (3) Sözleşmenin müspet ihlali,¹⁵⁵ (4) Temerrüt. TBK, borca aykırılık hâllerini *Borç İlişkilerinin Hükümleri* ile ilgili İkinci Bölümün İkinci Ayırımında *Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları* başlığı altında hükme bağlamıştır. Ayırımın altında önce *Borcun İfa Edilmemesi* (112-116 m.) arkasından da *Borçlunun Temerrüdü* (117-126 m.) düzenlenmiştir. Borcun ifasının borçlunun kusuruyla sonradan imkânsız hâle gelmesi, borcun kötü ifa edilmesi diğer bir deyişle borca uygun olarak gereği gibi ifa edilmemesi, sözleşmenin müspet ihlali hâlleri *borcun ifa edilmemesi* kapsamında yer alır. Borcun ifa edilmemesinin diğer yaygın türü ise *borçlunun temerrüdüdür*.¹⁵⁶

Borcun ifa edilmemesinin ortaya çıkış şekline göre buna bağlanan hukuki sonuçlar da değişiklik göstermektedir. Bir yapma borcunun ifa edilmediği hâllerde bu borcun ifası mümkün olduğu sürece alacaklı gecikmiş ifayı talep etmek ve cebri icra yolu ile edimi elde etmek imkânına sahiptir. Buna karşı ifanın imkânsızlaştığı veya borcun gereği gibi ifa edilmediği durumlarda, borçlu bundan sorumlu olduğu takdirde bu sebeple doğan zararı tazmin etmekle de yükümlü olacağından, alacaklı zararının tazminini talep ve dava edebilecektir. Eğer borçlunun ifada gecikmesi temerrüt hâline girmiş ve bir imkânsızlık hâli de söz konusu değilse, bu durumda alacaklı yine ifayı isteyebileceği gibi dilerse ifanın yanı sıra gecikme yüzünden uğradığı zararı da talep ve dava etmek imkânına sahip olur. Temerrüt karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde meydana geldiği takdirde, kanun alacaklıya gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının yanı sıra ifadan vazgeçip, borcun ifası yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme haklarını da tanımaktadır (TBK m.125 vd.). Sürekli edimli sözleşmelerde ise borçlunun temerrüdü üzerine alacaklı, ifa ve gecikme tazminatını talep etmek dışında, sözleşmeyi feshederek

¹⁵⁴ Özçelik, **a.g.t.**, s.2-3.

¹⁵⁵ Alman hukukunda, *kötü ifa* ile *yan edim ve koruma yükümlerinin ihlaline, sözleşmenin müspet ihlali* adı verilmektedir. Bu terim ilk kez Alman hukukunda ileri sürülmüştür. Alman Medeni Kanunu, sözleşmenin ihlali hâllerini imkânsızlık ve temerrüt şeklinde iki kategori hâlinde düzenlemiştir. Eren, **a.g.e.**, s.1043.

¹⁵⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.632.

müspet zararının tazminini de talep edebilir (TBK m.126). Borçlunun şahsına bağlı nitelik göstermeyen yapma borçlarında borçlu temerrüdünün diğer bir sonucu, alacaklının TBK madde 113/I uyarınca nama ifa yoluna başvurması olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁷ Bu çerçevede, TBK’de borcun ifa edilmemesine bağlanan çözümleri; aynen ifa, nama ifa, tazminat ve sözleşmenin feshi olarak belirlemek mümkündür.

a. Aynen İfa

Borçlunun borca aykırı davranışı, doğrudan bir tazminat sorumluluğuna yol açmaz. Borcun aynen ifası olanaklı olduğu sürece alacaklı borçludan yine aynen ifada bulunmasını isteyebilir. Bu nedenle, borca aykırılığın genel sonuçları arasında alacaklıya tanınan hakların başında aynen ifa (gecikmiş ifa) istemi gelir. Bir borç ilişkisinde alacaklının hedefi, borç konusunu elde etmektir. Borç konusu yerine tazminat istemi, ancak aynen ifanın mümkün olmadığı hâllerde söz konusu olabilir.¹⁵⁸ Bu itibarla, kötü ifaya rağmen borçlunun yapma borcu imkânsızlaşmadığı takdirde, alacaklı borçludan aynen ifayı talep etmeye devam edebilir. Nitekim, bir edim sonucuna yönelik yapma borcu doğuran eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması hâlinde, eserin onarımını isteme hakkının bir çeşit aynen ifayı talep niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. İş sahibinin bu hakkı Kanunda açıkça düzenlenmiştir (TBK m.475/I-b.3).¹⁵⁹

Borçlu, borçlanılan edimi ifa etmediği takdirde, alacaklı kendi gücüne dayanarak ifayı zorla gerçekleştiremez. Borçlunun, alacaklı tarafından kuvvet kullanılarak ifaya zorlanması, modern hukukun kabul ettiği bir çözüm yolu değildir. Modern hukuk hakkın bizzat alınmasını yasaklarken, ifaya zorlama yetkisini devlet gücünü temsil eden resmî organlara bırakmaktadır. Bu çerçevede, alacaklının borçlu aleyhine bir ifa davası açması ve borçlanılan edimin hâkim kararı ile yerine getirilmesini sağlaması gerekir. Borçlu, mahkemeden alınan bu kararı kendi isteği ile yerine getirmediği takdirde alacaklı, bunun devlet gücüyle sağlanması için icraya da başvurabilir.¹⁶⁰ Borcun ifası mümkün ise, alacaklı kural olarak ifayı talep

¹⁵⁷ Aydınçık, **a.g.e.**, s.59.

¹⁵⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.633.

¹⁵⁹ Aydınçık, **a.g.e.**, s.58.

¹⁶⁰ İfa davasında ispat yükü, alacaklı ve borçlu yönünden farklıdır. Alacaklı (davacı), her şeyden önce alacağın varlığını ispat etmek zorundadır. Alacak, kaynağı itibarıyla sözleşmeden (hukuki işlem),

edebilirken, ifası mümkün olup ifa edilmeyen borcun giderim borcuna döneceğine ilişkin genel bir kural yoktur.¹⁶¹

Yapma edimlerinin ifası kural olarak borçludan ancak onun fiziksel ve ruhsal durumunun elverişliliği ölçüsünde ve dürüstlük kuralı ve ahlaki anlayışımıza göre alacaklının menfaatinin gerçekleştirilmesinin borçludan beklenebileceği ölçüde talep edilebilir. Esasen TBK’de ifanın talep edilmesine ilişkin olarak, dürüstlük ilkesi gereğince bir sınırlama genel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, bazı özel hükümlerde bu durum öngörülmüştür. Örneğin TBK madde 475/I-b.3 (BK m.360/II) hükmü, eser sözleşmesi bakımından eserin ayıplı olması hâlinde özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre iş sahibi, eserdeki ayıpların giderilmesini ancak *aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde* yükleniciden talep edebilir. Bu hüküm ile kanun koyucu, iş sahibinin ayıbın giderilmesine yönelik ifa talebini, ayıbı giderme masraflarının aşırı olmaması kaydıyla borçlu lehine dengelemeyi amaçlamıştır. Diğer bir husus, TBK 83’üncü madde (BK m.67) hükmünden de anlaşılacağı üzere, verme borçlarının ifası kural olarak borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilebilirken, yapma borçlarında durum borçlunun şahsına bağlı olan ve bağlı olmayan yapma borçları şeklindeki ayırıma göre değişiklik gösterir. Borçlunun şahsına bağlı olmayan borçlar TBK 83’üncü madde hükmü çerçevesinde üçüncü kişi tarafından ifası mümkündür. Buna karşılık borçlunun şahsına bağlı yapma borçları, verme borçlarından farklı olarak ancak borçlu tarafından bizzat ifa edilebilir; bunların üçüncü bir kişi tarafından ifası mümkün değildir.¹⁶²

haksız fiilden, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğabilir. Alacak, bir süreye veya şarta bağlanmışsa, alacaklı, sürenin dolduğunu, şartın gerçekleştiğini ispatlama yükümü altındadır. Buna karşılık borçlu, borç sona ermişse, borcun sona erdiğini veya bir süre ya da şarta bağlanmışsa, henüz sürenin dolmadığını, şartın gerçekleşmediğini ispat etmelidir. Ayrıca borçlu, borcun ifasının sonradan imkânsız hâle geldiğini de ileri sürebilir. Borçlu imkânsızlığı ispat ettiği takdirde, ifaya mahkum edilemez. İmkânsızlık, borçlunun kusuru dışındaki sebeplerden gerçekleşmişse, borçlu borçtan kurtulur. Ancak, kusurlu bir imkânsızlık söz konusu ise, alacaklının tazminat davası açması gerekir. Eren, **a.g.e.**, s.1029-1030.

¹⁶¹ Verme, yapma ve yapmama borcu oluşturan borç ilişkilerinde kural olarak ifa davası açılabilir ve ifaya mahkûmiyet ilâmı alınabilir. Borçlunun imzasını taşıyan bir belgede somutlaşan belirli para borçlarının ifası yapılmamış ise mahkemeden ilâm almaya da gerek yoktur. Yapma borçlarına ilişkin ifaya mahkûmiyet ilâmlarının icrasında, borçlu işi yapmıyorsa, borçlunun kişisel nitelikleri işlem temeli niteliğinde değilse, önce İcra İflas Kanunu (İİK) 30/II’de belirtilen şartlarla iş başkasına yaptırılarak borçludan giderim istenebilir. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.250-251.

¹⁶² Borçlunun ölümü hâlinde, verme borcu niteliğindeki borç sona ermez. MK’nin 599/II madde hükmü uyarınca mirasçılara geçer ve mirasçıları borçlunun borçlarından sorumlu tutulur. Yapma

Alacaklı, borçlu temerrüde düşse bile, borçludan aynen ifada bulunmasını isteyebilir. Temerrüt borçluyu borçtan kurtarmaz. Aynen ifa mümkün olduğu sürece, alacaklının borçludan ifa talebi de mümkündür. Borçlu aynen ifaya yanaşmadığı takdirde, alacaklı yargıya başvurmak suretiyle aynen ifayı sağlayabilir.¹⁶³ Türk hukuku bakımından esas olan, borçlunun taahhüt ettiği edimi sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirmesi, bir diğer ifadeyle aynen ifadır. Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi Türk hukukunda da *aynen ifa* temel ilkeyi oluşturur, aynen ifa mümkün olduğu sürece alacaklı aynen ifayı talep edebilecek ve hatta sadece aynen ifayı talep edebilecektir. Aynen ifa talebinin diğer talepler karşısındaki bu önceliği borçlunun korunması gereğinin doğal bir sonucudur. Bu nedenle nama ifa talebini aynen ifayla eşdeğerde tutup, borçlunun muacceliyetle birlikte doğrudan nama ifa yoluna başvurulabileceğini kabul etmek, borçlunun edim menfaatini zorlaştıran bir hukuk uygulamasıdır.¹⁶⁴ Kamu alımları bakımından düşünüldüğünde, kamu yararı gereğinden hareketle, öncelikle aynen ifa olanaklarının kullanılarak edimin ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlanmasında fayda bulunmaktadır.

b. Nama İfa

borcunun, borçlunun ölümü hâlinde sona erip ermeyeceği borçlunun niteliğine göre değişir. Şahsa bağlı borçlar borçlunun ölümü hâlinde sona ererken; şahsa bağlı olmayan yapma borçları borçlunun ölümüyle sona ermez. Örneğin, borçlunun eser sözleşmesinden doğan iş görme borcu bakımından, söz konusu sözleşme, borçlunun ustalık, kabiliyet ve becerisi, yeteneği, özel bilgisi, sanatsal ve bilimsel yeterliliği veya güvenilirliğini dikkate alınarak akdedilmiş olmadıkça bu sonuca ulaşmak mümkündür. Aydıncık, **a.g.e.**, s.10-11. Yargıtay bir kararında apartman inşasına ilişkin sözleşmede ölüm hâlinde mirasçılardan işi sürdüreceği yönünde bir kayıt bulunmasına rağmen, işin niteliği gereği şahsa bağlı saydığı sözleşmenin BK'nin 371'inci maddesi (TBK m.486) uyarınca sona ereceğini kabul etmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 07.07.1995, E.3149, K.3436. Kararın eleştirisi için bkz.: Öz, **a.g.e.**, s.162. *Aydıncık*'a göre; sözleşmeye, yüklenicinin ölümünden sonra işe mirasçılarının devam edeceği yönünde konulan bir kayıt, artık hâkimin takdir yetkisini kullanmasına gerek kalmaksızın işin şahsa bağlı nitelik taşımadığını göstermelidir. Aydıncık, **a.g.e.**, s.20, 62 nolu dn.

¹⁶³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.691.

¹⁶⁴ Aynen ifanın önceliği konusunda kabul edilmiş farklı sistemler de bulunmaktadır. Uluslararası Satım Hukukunda seçimli bir öncelik söz konusu olup, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı kural olarak aynen ifayı talep etmek ve müspet zararın tazmini altında nama ifa masraflarını talep etmek konusunda bir serbestiye sahiptir ve bunlardan dilediğine öncelikle başvurabilir (CISG Art. 45 vd.). Buna karşılık, Unidroit Principles 2010 ile Principles of European Contract Law 2006'da alacaklının nama ifa talebinde bulunma hakkı söz konusu olduğu sürece kural olarak aynen ifayı talep edemeyeceği açıkça öngörülmüştür (UP Art. 7.2.2. (c); PECL Art. 9:102 (2) (d)). Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de aynen ifanın diğer talepler karşısında hiçbir önceliği bulunmamaktadır. Hatta, Anglo-Amerikan hukuku bu tip durumlarda aynen ifayı dışlamış ve alacaklı bakımından öncelikle tazminat adı altında nama ifa masraflarının talep edilmesini öngörmüştür. Aynen ifa ise istisnai bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. Fransız hukuk sisteminde de Anglo-Amerikan yaklaşım görülmektedir. Aydıncık, **a.g.e.**, s.103.

Borcun konusu bir *verme* borcu ise, alacaklı borçludan aynen ifa isteminde bulunur; borçlu ifada bulunmadığı takdirde aynen ifa davası açılmak suretiyle yargı kararıyla borcun ifası sağlanır.¹⁶⁵ Borcun konusu *verme* edimine değil de bir *yapma* veya *yapmamaya* ilişkin olabilir. TBK 113'üncü (BK m.97) maddesi ise, bu tür borçların ifa edilmemesi hâlinde alacaklıya *borçlu yerine ifada bulunma yetkisinin kendisine tanınmasını* isteme hakkını vermiştir. Örneğin yüklenici taahhüt ettiği edimi hiç yapmamış ya da eksik yapmış ise TBK 113'üncü madde hükmünün uygulanması söz konusudur.¹⁶⁶ TBK 113/I hükmü, borçlunun yapma borcunu yerine getirmemesi hâlinde, alacaklıya onun yerine geçip ifada bulunma yetkisini mahkeme tarafından verilecek izne bağlamıştır. Bunun sonucu olarak, borçlu yapma borcunu yerine getirmediği takdirde, alacaklı mahkemeye başvurup *borçlu yerine borcun kendisi tarafından ifasına izin isteminde* bulunmalıdır. Mahkemenin alacaklıya vereceği yetkinin, borçlu tarafından ifa edilmeyen işin, alacaklının bizzat yapma ya da tayin edeceği üçüncü kişilere *masrafi borçluya ait olmak üzere* yaptırma yetkisine *nama ifa* ya da *nam ve hesabına ifa* adı verilmektedir.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Borçlunun şahsına bağlı nitelikte olmayan yapma borçları pek çok bakımdan verme borçlarına yakın özellikler göstermektedir. Ancak, yapma borçlarının borçlunun şahsına bağlı olmadığı ve dolayısıyla aynı verme borçları gibi üçüncü kişi tarafından da yerine getirilebildiği hâllerde, bu defa verme borçlarından farklı olarak bunların nama ifa yoluyla ifasının sağlanması mümkündür (TBK m.113/I, İİK m.30/II). Aydınçık, **a.g.e.**, s.11.

¹⁶⁶ Kanun koyucu nama ifanın özel görünümünü düzenlerken, özellikle kira sözleşmesinde veya eser sözleşmesinde bir ayıbı giderme borcu gibi sonuca yönelik borçlar bakımından düzenleme yapmıştır. Uygulamaya bakıldığında, TBK madde 113/I'in daha ziyade eser sözleşmesinden doğan inşaat, yıkım ve tamir işleri bakımından uygulandığı görülmektedir. Uygulama sıklığı görülen diğer bir alan da kira sözleşmesinden doğan bu tür yapım işlerinin veya ayıbı giderme borçlarının nama ifa yoluyla ifasıdır. Bu borçların ortak noktası ise bir sonuca yönelmiş olmasıdır. Aydınçık, **a.g.e.**, s.153-154.

¹⁶⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.633-634. *Nama ifa* Türk hukukunda ismen yer alan bir kavram değildir. Buna karşılık, İsviçre ve Alman kanunlarında yer alan bu terimin kullanımına özellikle İsviçre ve Alman öğretisinde sıklıkla rastlamak mümkündür. *Nama ifanın* İsviçre'deki karşılığı olarak genellikle "Ersatzvornahme" (ikame icra), Almanya'daki karşılığı olarak da "Selbstvornahme" (bizzat icra) terimleri kullanılmaktadır. Alman Medeni Kanununda (BGB), TBK 113/I maddesinde olduğu gibi genel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman Medeni Kanununda da özel nitelikte düzenlemeler aynen bizde olduğu gibi mevcuttur. Maddi hukuk bakımından, alacaklının nama ifa hakkı kanunda esas itibarıyla iki durumda düzenlenmiştir. Bunlar; eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması ve yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmemesi hâlinde iş sahibine tanınan ayıbı nama ifa yoluyla giderme hakkı (BGB § 637) ile kira sözleşmesinde kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde kiracıya tanınan nama ifa hakkıdır (BGB § 536a Abs. 2). Fransız hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, yapma borçları bakımından alacaklıya borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde aynen ifayı talep hakkı tanınmamıştır. Fransız Medeni Kanunu (Code Civil), bu durumda parasal tazminat yaptırımını öngörmektedir (CCfr art. 1142). Madde hükmüne göre; "*Borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde her borç tazminata dönüşür.*" *Nama ifa* ise, Fransa hukukunda da yapma borçlarının ifa edilmemesi sonucunda alacaklının hakkı olarak kabul edilmiştir. Fransız Medeni Kanununun *Borçların Hükümlerini*

TBK madde 113/I gereğince hâkimden nama ifa için izin almak isteyen alacaklı kural olarak öncelikle borçluya ifayı talep ettiği hususunda ihtarda bulunmalı ve bu sayede borçlu temerrüde düşmeli, ardından aynen ifada bulunması için ek süre vermeli, borçlu bu süre zarfında borcunu ifa etmediği takdirde de sürenin sonunda derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir.¹⁶⁸ Nama ifa talebi, aynen ifaya nazaran tali bir hak olduğundan, alacaklının TBK madde 113/I'e dayalı talebi ileri sürebilmesi için borçluya tanıyacağı ve onun tarafından kullanılmaksızın geçen ek süre sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi şarttır.¹⁶⁹ Nitekim, nama ifa gibi borçlu bakımından ağır sonuçlar doğuran bir yola başvurmadan önce, borçluya sırasıyla aynen ifa ihtarı, ek süre verilmesi ve aynen ifadan vazgeçme bildiriminin alacaklı tarafından yapılması önemlidir.

Öğretide pek çok açıdan tartışmalı olmasına ve uygulanabilirliğinin şüphe uyandırmasına rağmen söz konusu TBK hükmü, mahkemeler tarafından özellikle de son yıllarda sıklıkla uygulanmaktadır. Yargıtay kararları incelendiğinde, TBK'nin 113/I madde hükmüne özellikle eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim ve eserdeki ayıbın giderilmesi borcunun temerrüdü hâllerinde başvurulduğu görülmektedir.¹⁷⁰

düzenleyen 3. Bölüm altın yeralan *Yapma ve Yapmama Borçlarının Hükümlerine İlişkin* 3. Kısımın 1144'üncü maddesi uyarınca; "*İfa etmeme durumunda alacaklıya ayrıca masrafi borçluya ait olacak şekilde borcu bizzat ifa etmesi için yetki verilebilir.*" Dolayısıyla, Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi *nama ifa* için hâkim izni aranmaktadır. Aydınçık, **a.g.e.**, s.73-79.

¹⁶⁸ Borçlar Kanunu'nda alacaklının sözleşmede kararlaştırılan asli edimden vazgeçerek tali bir hakkını kullanacağı durumlarda genellikle önce borçluya süre verme zorunluluğu düzenlenmiştir. tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın asli edimi bakımından borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda karşı tarafın (alacaklının) ifa talebine ek olarak TBK madde 125 ile tanınan sözleşmeden dönme veya ifa yerine tazminat talep etme imkânlarından yararlanabilmesi için temerrüde düşen borçluya uygun bir süre vermesi aranmıştır. *Süre verilmesi* kenar başlıklı TBK madde 123 hükmüne göre: "*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*" Bu genel hüküm dışında Borçlar Kanunu'nda yer alan nama ifaya ilişkin özel düzenlemelere baktığımızda burada da yapma borcunun borçlu tarafından ihlali hâlinde alacaklının nama ifa yoluna başvurabilmesi için öncelikle borçluya süre verme zorunluluğu öngörülmüştür (TBK m.473/II). Aydınçık, **a.g.e.**, s.203.

¹⁶⁹ Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek nama ifayı talep hakkı yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan bunu kullanan alacaklı daha sonra bundan vazgeçerek veya bu talebine ek olarak yeniden aynen ifa talebinde bulunamaz. Ancak, öncelikle müspet zararın tazmini talebini veya nama ifa talebini ileri süren alacaklının daha sonra sadece bunlar arasında değişiklik yapabileceği kabul edilmektedir. Aydınçık, **a.g.e.**, s.107.

¹⁷⁰ Alman hukukunda TBK 113/I madde hükmünü karşılayan genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık özel nitelikli nama ifa düzenlemeleri mevcuttur. Alman literatüründe özellikle Alman Medeni Kanununun, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarından farklı olarak eser

TBK madde 113, yapma borçlarına ilişkin borçlunun temerrüdü hâlinde, işin ifasını gerçekleştirmek için alacaklıya, mahkeme iznine tabi olarak, yetki verilmesini düzenleyen genel bir hüküm niteliğindedir. Bu genel hüküm dışında aynı konuyu düzenleyen özel hükümler de mevcuttur. Örnek olarak eser (istisna) sözleşmesi ile ilgili TBK madde 473/II (BK m. 358/II) hükmü verilebilir.¹⁷¹ Bu madde hükmünde; işin meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir. Bu madde hükmünde dikkat edileceği üzere TBK madde 113/I'den farklı olarak, işin borçlu (yüklenici) yerine üçüncü kişiye yaptırılması için alacaklının önceden mahkemeden izin alması gerekmemektedir.¹⁷²

TBK madde 113/I hükmü, şartlar gerçekleştiği takdirde TBK madde 473/II hükmüyle yarışır. TBK madde 473/II, TBK madde 113/I hükmüne nazaran münhasıran uygulanan nitelikte özel hükümler olmadığından, alacaklı dilediği hükme dayanmakta serbesttir. Nitekim, söz konusu hükümlerdeki şartlar gerçekleşmesine rağmen, alacaklının genel nitelikteki nama ifa hükmüne başvurmakta menfaati olabilir. Örneğin bu özel hükümler çerçevesinde nama ifaya başvuran bir alacaklıdan TBK madde 113/I uyarınca önceden hâkimden izin alarak bu yola başvuran alacaklının, ileride nama ifa işlemleri bittikten sonra bundan doğacak masrafların

sözleşmesinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu kapsamında iş sahibinin nama ifa hakkını açıkça düzenleyen, BGB § 637 hükmüne ve Alman Usul Kanununun, İcra ve İflas Kanunumuzda nama ifayı düzenleyen İİK 30/II madde hükmüne karşılık gelen, ZPO § 887 hükmüne ilişkin eserlere sıkça rastlamak mümkündür. Aydınçık, **a.g.e.**, s.2-3.

¹⁷¹ TBK madde 473'ün birinci fıkrâ hükmünün hukuki sonucu olan, sözleşmeden dönme hakkı, ikinci fıkrâ hükmündeki, inşaatı üçüncü kişiye yaptırma hakkının alternatifi olarak kullanılamaz. Birinci fıkrânın düzenlediği durum ile ikinci fıkrânın düzenlediği durum arasında, şartlar bakımından bazı kesişen hususlar olmakla birlikte, farklı ve değiştirilemeyecek hukuki sonuçlar mevcuttur. Kaplan, **a.g.e.**, s.90-91.

¹⁷² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.691. Kaplan'a göre; inşaat teslim edildikten sonra, mevcut ayıpların giderilmesi aşamasında, yüklenici temerrüde düşmüşse, yapı sahibinin, TBK madde 473/II hükmünün şartları açıkça mevcut olmadığından, onarım işini TBK madde 113'e göre, kendisi veya üçüncü kişi tarafından, masrafları yükleniciye ait olmak üzere yaptırılmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu hukuki yol, 473/II hükmünün kıyas yolu ile uygulanmasından dolayı başkaca hukuki sorunlar çıkarmayacağından daha yerindedir. Kaplan, **a.g.e.**, s.107.

borçlu tarafından karşılanacağı konusunda herhangi bir tereddüdü bulunmayacaktır.¹⁷³

TBK madde 473/II hükmünün amacı, yapı sahibine, inşaat işlerinin sözleşmeye aykırı olarak yapılmasını, kendi hakkını bizzat koruma yoluyla engellemesini sağlamaktır. Madde metninin içeriğinden, yapı sahibine genel hüküm olan TBK madde 113 uyarınca verilecek yetki yerine, özel bu düzenleme ile icra yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Yapı sahibi bu yetkisini kullanabilmek için üç şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir: İlk şart; inşaat yapımı sırasında inşaatın yüklenici kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağı açıkça anlaşılmış olması gerekir. İkinci şart; inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılmasının açıkça anlaşılması veya görülmesinin yüklenicinin kusurundan kaynaklanmış olması gerekmektedir. Üçüncü şart; yapı sahibi TBK'nin 124'üncü maddesinde öngörülen hâller dışında,¹⁷⁴ vereceği veya verdireceği uygun süre içerisinde, ayıp giderilmezse veya inşaat sözleşmeye uygun yapılmaya devam edilmezse, inşaat işlerinin hasar ve masrafların kendisine ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılacağını ihtar etmesi gerekmektedir. Bu üç şart gerçekleşmişse, yapı sahibi, inşaatla meydana gelen ayıbın giderilmesini veya sözleşmeye uygun olarak inşaatın yapılmasını, gider ve maliyetleri yükleniciye ait olmak üzere, hâkimden bu konuda yetki almaksızın, üçüncü kişiye devredebilir.¹⁷⁵

Aynen ifa borcunu yerine getirmeyen borçlu, borcun mahkemeden alınan yetki ile alacaklı tarafından bizzat ya da üçüncü bir kişiye ifa ettirilmesi nedeniyle doğan zarar ve ziyanları tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Sözleşmeden doğan borçlarda, alacaklı sözleşmeyi feshetmediği için, buradaki zarar ve ziyan ifaya ilişkin menfaatle ilgili müspet zararları kapsamaktadır. Ayrıca, burada borçlunun bir *yapma*

¹⁷³ Aydınçık, **a.g.e.**, s.82-83.

¹⁷⁴ TBK madde 124 hükmüne göre: "Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur: (1) Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, (2) Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, (3) Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa."

¹⁷⁵ Kaplan, **a.g.e.**, s.107-109. Nama ifa yolunun tercih edilmesinin en önemli sonuçlarından biri masrafların borçlu tarafından karşılanmasıdır. Nama ifa yolunu seçmekle alacaklı aynen ifa talebinden vazgeçmiş olmakta; borçlunun da aynen ifa yükümlülüğü sona ermekte, bunun yerine işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masrafları karşılama borcu geçmektedir. Aydınçık, **a.g.e.**, s.109-110.

borcu söz konusudur. Borçlunun *yapma* borcuna aykırılığın giderilmesinin konusu *borca aykırı olarak yaptıklarının kaldırılmasına* ilişkindir.¹⁷⁶

Nama ifa yoluna başvurmak ve bundan doğacak tüm masrafları borçludan tazmin etmek isteyen alacaklının kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine değil, nama ifaya ilişkin özel hükümlere veya tazminat hükümlerine başvurması gerekmektedir. Ancak, alacaklının TBK madde 113/I uyarınca hâkimden izin almadan veya nama ifaya ilişkin özel düzenlemelerdeki şartlar yerine gelmediği hâlde nama ifaya giriştiği durumlarda bu hükümlere dayanma imkânı sona ereceğinden, onun yapmış olduğu masraflar için sebepsiz zenginleşme hükümlerine de dayanabileceği kabul edilmelidir.¹⁷⁷

Yukarıda TBK hükümleri incelenmiştir. Konuya dair kamu alım hukukunun alt mevzuatı içinde yer alan Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nin 7'nci maddesi geçici kabule ilişkin hükümleri, 12'nci maddesi de kesin kabule ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Her iki kabul işleminde de tespit edilen kusur ve noksanlıkların yükleniciye bildirilerek tamamlatılması amaçlanmıştır. YİĞŞ'nin 41/12'inci maddesi hükmü gereğince "*Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmemeyen 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 hak ediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hâli 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.*" Ancak, sözleşme bedelinin % 5'inden az olan eksikliklerle nefasete konu eksiklikler nitelik itibarıyla birbirlerinden farklıdır. % 5'lik orana konu eksiklikler, yüklenici tarafından giderilmesi gereken, giderilmediği takdirde idarece yüklenici hesabına giderilmesi gereken eksikliklerdir. Nefaset kesintisine konu eksiklikler ise işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün

¹⁷⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.634-635.

¹⁷⁷ Aydınçık, **a.g.e.**, s.127.

olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, dolayısıyla giderilmesi istenmeyecek eksikliklerdir. Örneğin bir bina inşaatında bazı kısımlarda sıva mastarı yapılmamışsa, bu eksiklik nefes kesintisine konu olacakken; boya ve/veya sıvanın hiç yapılmamış olması tamamlanması gereken nitelikte eksikliklerdir.¹⁷⁸

Benzer hükümler kamu hizmet alımlarında da görülmektedir. Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nin *Kabulde görülecek kusur ve noksanlar* başlığını taşıyan 10'uncu maddesi uyarınca *“Muayene ve kabul komisyonunca öngörülen sürede kusur ve noksanlıklar yüklenici tarafından tamamlanmadığı durumda, idare Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 44 üncü madde hükümlerine göre kusur ve noksanlıkları yüklenici nam ve hesabına tamamlar veya eksik işler için tespit edilen bedel yüklenici için alacaklarından, yetmezse teminatından tahsil edilerek kabul işlemi tekemmül ettirilir.”* HİGŞ'nin 44'üncü madde hükmü ise şöyledir: *“Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse, bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliğin durumuna göre sözleşmesinde gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve kabul tarihi eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme, sözleşmede belirtilen süreyi geçtiği takdirde idare, bu eksiklikleri üçüncü taraflara yaptırabilir. Bu işlerin bedeli yüklenicinin varsa alacaklarından veya teminatından kesilir. Bu takdirde eksikler tamamlanuncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.”*

YİGŞ'nin 44'üncü maddesinin altıncı fıkrasında, kabule engel nitelikteki kusur ve eksikliklere ilişkin olarak: *“Yüklenici teminat süresi veya yukarıdaki fıkra 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'inci maddede belirtilen şekilde ceza uygulayarak eksik ve kusurların giderilmesini bekler, ya da*

¹⁷⁸ Ateş, **a.g.e.**, s.300-301. Yazarı göre Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde yer alan, eksikliklerin tamamlanmadığının tespiti hâlinde yapı denetim görevlisince YİGŞ'nin 41'inci madde hükümlerinin uygulanacağı hatalı bir ifadedir. Zira, eksikliklerin giderilmediği durumda madde 41 ile uygulanacak hükümler, ceza uygulaması ve yüklenici hesabına eksikliklerin giderilmesidir. Ancak, bunları uygulama yetkisi yapı denetim görevlisinde değil, idarededir. Yapı denetim görevlisi, durum tespitinde bulunarak idareyi bilgilendirmekle sınırlı bir görevi bulunmaktadır.

gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve eksiklikleri yüklenici hesabına kendisi giderir” hükmü bulunmaktadır.

c. Tazminat

Yüklenildiği bir borca aykırı davranan bir şahsın, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüne dayanan sorumluluğu bulunmaktadır. Borca aykırılık hâlinde, borca aykırı davranıştan sorumluluk (sözleşmeye aykırılık hâlinde, akdi sorumluluk) söz konusudur. Bu anlamı ile sorumluluk, tazminat borcunun kaynağıdır. Tazminat borcu hukuka aykırı davranışla doğar, borcun muhtevası, tarafların anlaşması ile ya da hâkimin kararı ile belli hâle gelir.¹⁷⁹

Alacaklı, borçlunun kusuruyla borcun ifa edilmemesi ve dolayısıyla borçlanılan edimi aynen elde edememesi hâlinde, borçluya karşı borcun ifa edilmemesinden doğan zarar için tazminat davası açabilir. Tazminat davası açılması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sona erdiği anlamına gelmez. Borç ilişkisi devam eder, ancak içeriğinde değişiklik söz konusudur. Ayrıca, meydana gelen zararın tazmin edilmesinde borçlunun kusurlu olması aranır. Borcun ifa edilmemesinde, özellikle sonraki ifa imkânsızlığında, borçlunun kusuru bulunmuyorsa, borçlu sorumlu tutulamaz, borç sona erer. Bu durumda borçlu, borcun ifa edilmemesinde kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat ederse, tazminat borcundan kurtulur.¹⁸⁰

TBK 112’nci madde hükmü, sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zararların tazmin edilmesine özgü genel bir hüküm olarak ele alınmalıdır.¹⁸¹ Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zararı tazmin sorumluluğunun koşulları ile haksız fiillerden doğan zararı tazmin sorumluluğunun koşulları arasında bir paralellik vardır. TBK madde 49’da haksız fiil sorumluluğu için aranan koşullar¹⁸² TBK madde 112 gereğince sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlulukta da aynen aranmaktadır.¹⁸³

¹⁷⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.17.

¹⁸⁰ Eren, a.g.e., s.1035.

¹⁸¹ Madde metni şöyledir: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

¹⁸² Madde metni şöyledir: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

¹⁸³ Kılıçoğlu, a.g.e., s.636.

TBK madde 112 gereğince sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, borçlunun borca aykırı bir eylemde bulunması gerekir. Borçlunun borca aykırı eylemi; borcu hiç ifa etmemesi, eksik ifa etmesi, yerinde ve zamanında ifa etmemesi, kötü ifa etmesi (gereği gibi ifa etmemesi) şeklinde doğabilir. Bu aykırılıklardan hiçbiri mevcut değilse, bu durumda alacaklının bir zararı bulursa da borçlunun sorumluluğundan söz edilemez. Borca aykırı bir eylemin varlığı yanında, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle alacaklının bir zarara uğramış olması aranan diğer koşuldur. Borçlunun borca aykırı davranışı sonucu alacaklının uğradığı maddi zarar müspet ya da menfi zarar olabilir. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan her biri hem alacaklı hem de borçludur. Buna göre böyle bir sözleşmede taraflardan biri haklı bir neden olmadan sözleşmeyi feshettiğinde diğer taraf, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin edilmesini talep edebilir.¹⁸⁴ Tazminat için aranan diğer koşul *illiyet bağı*dır. Alacaklının uğradığını iddia ettiği zarar ile borçlunun borca aykırı eylemi arasında uygun sebep-sonuç bağı bulunması gerekir.¹⁸⁵ Zarar, borçlunun borca aykırı davranışından değil, başka sebeplerden kaynaklanmış ise, sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Örneğin yüklenicinin yapmayı üstlendiği inşaat deprem sonucu yıkıldığında (mücbir sebep), yüklenicinin TBK 112'nci maddesi gereğince tazminat sorumluluğu gündeme gelemez. Ayrıca, borca aykırılığın üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığı kanıtlandığı takdirde, borçlunun eylemiyle doğan zarar arasında illiyet bağı kesilmiş olur. Bu kişi bir gerçek kişi ya da tüzel kişi olabileceği

¹⁸⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.637-638. Ancak, borçludan müspet zarar tazminatı istenebilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi için (iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde) –temerrüde düşürmek için nasıl kural olarak ihtar şart ise- yine kural olarak bir önel verilmesi ve bu önel sonucunda ifadan vazgeçme ve müspet zarar giderimi isteme; yahut sözleşmeden dönme ve menfi zarar giderimi seçeneklerinden birisinin seçilmesi gerekmektedir. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.256. Oğuzman/Öz'e göre; ifanın önemi borçludan çok alacaklı bakımındandır. Alacaklının ifayı mutlak olarak elde edemeyeceği bütün durumlar imkânsızlık şeklinde yorumlanmalıdır. Borçlunun borcunu kesinlikle ifada bulunmayacağını bildirmesi bu hâllerden biri olup, bu durumda sonuç olarak tazminattan başka bir şey elde edilemeyecektir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.456.

¹⁸⁵ Temerrüt nedeniyle zarara uğradığını kanıtlama yükümlülüğü alacaklıya aittir (TBK m.114 – BK m.50). Alacaklı, uğradığı zararlarını her türlü delille kanıtlayabilir. Bu kanıtlama yükümlülüğünün kapsamına borçlunun temerrüdü ile illiyet bağı bulunan bütün zararlar girer: Borçlunun zamanında ifada bulunacağına güvenerek yapılan ve boşa giden harcamalar; depo giderleri, nakliye giderleri, işçi giderleri, ihtar masrafları; temerrüde düşen borçlu ile görüşme ve seyahat için yapılan giderler; borçlunun ifada bulunacağına güvenerek kaçırılan sözleşme fırsatlarından doğan kayıplar; yoksun kalınan kazançlar; borçlunun ifada bulunacağına güvenerek akdedilen sözleşmenin yerine getirilmemesi sonucu ödenen cezai şartlar ya da tazminatlar borçludan gecikme tazminatı olarak talep edilebilir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.692.

gibi bir kamu kurumu da olabilir.¹⁸⁶ Değerlendirilmesi gereken son koşul *kusur* sorumluluğudur. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluktur. Dolayısıyla, borçlunun borca aykırı davranışının kusura dayanması aranan koşullardan biridir.¹⁸⁷ Haksız fiilden farklı olarak, zarardan sorumlu tutulanların kusurunu değil kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir. Diğer bir ifadeyle, alacaklı borçlunun kusurunu değil, borçlu kendi kusursuzluğunu ispatla yükümlüdür.¹⁸⁸ Madde metninde bu durum “*borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*” şeklinde vurgulanmıştır.

¹⁸⁶ Örneğin, yüklenici inşaaata başlayabilmek için ilgili Belediye’ye ruhsat başvurusunu zamanında yaptığı ve ruhsat işlerini zamanında takip ettiği hâlde, Belediye yetkililerinin ağır kusurlu davranışları sonucu zamanında inşaat ruhsatı alınmamışsa, inşaatteki gecikme ile borçlunun eylemi arasında bir illiyet bağı kurulamaz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.638-639. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir: “...Her ne kadar sözleşmede anılan ruhsatın ... tarihine kadar alınması öngörülmüş ise de, bu tarihin temerrüt için yeterli bir sebep sayılması olanaksızdır. Çünkü inşaat ruhsatı imar mevzuatı gereğince idari işlem sonucuna bağlı olduğundan bunun belli bir süre içinde alınması zorunluluğu yükleniciye yükletilemez. Başka bir anlatımla, yapı izni alınması idari formaliteler ve imar mevzuatından kaynaklanan gecikmelere uğraması olanaklıdır. Bundan yüklenicinin sorumlu tutulması düşünülemez.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 07.03.1989, 2231/1062 sayılı karar. Benzer bir şekilde, bir kamu kurum ya da kuruluşunun bir kültür ve tabiat varlığına ilişkin olarak çevre düzenleme projesi; rölöve, restitüsyon ve restorasyon projesi; uygulama projesi vb. hizmet alımını gerçekleştirirken, hizmet sağlayıcının zamanında hazırlayıp idarenin onayını da aldığı projenin ilgili koruma kurulundan onaylanması fazlaca zaman alabilmektedir. Burada idare tarafından hizmetin alınması için belirlenen sürenin, yüklenicinin elinde olmadan, ilgili kuruldan kaynaklanan nedenlerle aşıldığı uygulamada görülmektedir. Bu nedenle, hizmet konusu edimi teslimde görülen gecikme borçlunun eylemine bağlanamaz, dolayısıyla da tazminata konu edilemez. Yine mal alımı için verilebilecek bir örnekte, tedarik için taahhüt altına giren borçlu malını gümrük yetkililerinin kusurlu davranışları nedeniyle gümrükten çekememişse, bundan ötürü de malı alacaklıya teslimde gecikmişse alacaklının uğradığı zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir.

¹⁸⁷ Yargıtay kusurun açık olduğuna hükmettiği kararında şu ifadeleri yer vermektedir: “*Yanlar arasındaki sözleşme BK’nin 358’inci maddesi ilk fıkrası uyarınca fesh edilmiştir. Gerçekten, davacı yüklenici hem ruhsatı geç alarak işe başlamada gecikmiş hem de 26.1.1999 tarihinde ruhsat alınmasına rağmen ise hiç işe başlamamıştır. Sözleşmenin feshinde kusurun davacı yüklenicide olduğu açık seçiktir. ... bu bakımdan aktin feshinde uygulanacak yasa hükmü BK’nin 106 ve 108 maddeleridir.*” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 19.04.2004, E.2003/5541, K.2004/2201. Bir başka kararında özetle Yargıtay; akdi, tek taraflı olarak haklı nedenle fesheden davacı idare, BK’nin 108’inci maddesine dayanarak menfi zararını isteyebileceğine ve başka bir sözleşme fırsatının kaçırılmasından doğan zarar, sözleşme giderleri, sözleşme ifası ile karşı edanın kabulü giderleri, dava masrafların menfi zarar kapsamında değerlendirileceğine hüküm tesis etmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24.05.2004, E.2004/1210, K.2004/2834.

¹⁸⁸ Borçlunun temerrütte kusuru bulunmadığını her türlü delille kanıtlaması mümkündür: Yapılması gereken inşaatın ruhsatı için zamanında yetkili İmar Müdürlüklerine başvurduğunu, ancak burada yüklenicinin kendisinden kaynaklanmayan gecikmeler neticesinde inşaaata başlamasının sözleşmede tayin olunan süreyi aştığını; ithali söz konusu olan mallarda yetkili mercilerin o güne kadar uygulaması olmayan yeni kurallar getirdiğini, bu kurallar gereğince de temin edilmesi gereken belgelerin zamanında sunulmadığı; inşa edilen bir köprünün teröristler tarafından tahrip edildiğini ve yenisinin yapılması gerektiği vb. durumlarda borçlu kusurdan sorumlu olmadığını kanıtlayabilir. Ayrıca, örneklerde olduğu gibi, borçlu çoğu zaman kusursuzluğunu kanıtlarken, borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle doğan zararları kendi eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığını da ispat etmek zorunda kalabilir. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.693.

TBK madde 112'nin koşulları mevcutsa, borca aykırı davranan borçlu, alacaklının bu yüzden uğradığı zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Ayrıca, madde 114'te *sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı* ele alınmış ve hükme bağlanmıştır.¹⁸⁹ Maddenin birinci fıkrası, sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun genel olarak her türlü kusurundan sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlulukta da borçlunun kusurunun türü ve derecesi önem taşımamaktadır. Bu itibarla, borçlu kasten borca aykırı davranmış olabileceği gibi, edimde gerekli dikkat ve özeni göstermemesi, ifada tedbirsizlik ve dikkatsizliği ya da mesleki yetersizliği gibi durumlar borca aykırılığın birer nedeni olabilir.¹⁹⁰

d. Sözleşmenin Feshi

İş sahibinin sözleşmeyi fesih yetkisini kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaz. TBK 473/I hükmü, 473/II hükmünden farklı olarak yüklenicinin kusurlu davranmış olması şartını aramamaktadır. Ancak işin gecikmesine iş sahibinin kendisi veya mücbir sebep niteliğinde olaylar sebep olmuşsa iş sahibi fesih hakkını kullanabilir.¹⁹¹ TBK 473/I madde hükmüne göre; *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* Bu madde fıkrasında şu iki durum sözleşmenin sona ermesine olanak tanımaktadır: Yüklenicinin inşaatı sözleşme hükümlerine aykırı düşecek şekilde geciktirmesi; bütün tahminlere göre inşaatı kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması. Bu hükmün, kısmi temerrüde yol açan, her inşaat işinde uygulanma imkânı mevcuttur.¹⁹² Buna karşılık,

¹⁸⁹ Madde metni şöyledir: *“Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.*

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.641.

¹⁹¹ Kaplan, **a.g.e.**, s.92.

¹⁹² İnşaatın bitirme tarihinde tamamlanamayacağı tahmin edilebiliyorsa ve inşaat ediminin ifasına engel bir durum yoksa, diğer bir ifadeyle ifası hukuken ve fiilen mümkün ise ve gecikme de yapı

işin teslimi için bir vade kararlaştırılmış olsa da yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi geciktirmesine rağmen işin kararlaştırılan vadeye yetiştirilmesi ihtimali varsa, kural olarak söz konusu aksamalar iş sahibine herhangi bir hak sağlamaz.¹⁹³

TBK 473/I madde hükmünde açıklanan şartlar gerçekleşmişse ve bu şartlar TBK'nin 117 ve 125'inci maddelerindeki borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümleri ile tamamlanmışsa, yapı sahibi teslim süresinin dolmasını beklemeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.¹⁹⁴ Yapı sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullandığı takdirde, inşaat bedelini ödemeyi reddedebilir. Hatta, yüklenici tarafından yapılmış inşaat kısımları için ödenmiş bedelleri geri talep edebilir. Ayrıca, yaptığı inşaat kısımlarının kendisine verilmesi yönündeki talep hakkını da kaybeder. Sözleşmeden dönme beyanı ile sözleşmeden doğan haklar ve borçlarla birlikte *geriye etkili* olarak, sözleşmenin kuruluş anından itibaren ortadan kalkmaktadır.¹⁹⁵

sahibinin kusuruna dayanmıyorsa, yüklenicinin kısmi temerrüdü gerçekleşmiş olur. İhtara gerek bulunmamaktadır. Kaplan, **a.g.e.**, s.100.

¹⁹³ Aydınçık, **a.g.e.**, s.49. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. "İşe zamanında başlamasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 11.03.1993, E.1992/3285, K.1993/1196. "...davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK'nin 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 21.04.1993, E.1992/3812, K.1993/1871. Bununla birlikte eser sözleşmesi bakımından Yargıtay, işe başlama ve teslim tarihinin birlikte kararlaştırılmış olduğu hâllerde de, kararlaştırılan tarihte işe başlanmamış olmasına rağmen yüklenici için belirlenen tarihte işi bitirmek olanağı varsa sözleşmenin bozulması yoluna gidilemeyeceği görüşündedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.09.1973, E.898, K.1922. karar için bkz.: Seliçi, **a.g.e.**, s.83, dn. 121.

¹⁹⁴ Tipik anlamda bir edim sonucuna yönelik yapma borcu doğuran eser sözleşmesinde borçlunun iş görme edimine özel bir önem atfeden kanun koyucu, bu sözleşmede borçlunun işe başlama veya devam faaliyetlerini aksatmasına alacaklı bakımından hukuki bir sonuç bağlamıştır. Aydınçık, **a.g.e.**, s.47-48. TBK madde 473/I sözleşmenin teslimi bir vadeyle ilişkilendirilen işler için uygulanır. Teslim süresi belli işlerde yüklenici sözleşme konusu işe başlamakta gecikmiş veya iş görme faaliyetlerini yavaş yürütmekte veya ertelemekte ise ve bu sebeple yüklenicinin sözleşme konusu eseri vadeye kadar tamamlaması imkânsızlaşmışsa iş sahibi yükleniciye kural olarak ihtarda bulunup işe başlaması veya devam etmesi için süre verdikten sonra TBK madde 473/I uyarınca sözleşmeden dönebilir. İş sahibi bu durumda dilerse TBK madde 125/II'deki diğer iki yoldan birine de başvurabilir. Buna karşılık, eğer eser sözleşmesinde sözleşme konusu eserin teslimi için belli veya belirlenebilir bir süre kararlaştırılmamış ve işin niteliğinden de böyle bir süre çıkarılamıyor ise, TBK madde 90 uyarınca, işe sözleşme yapılır yapılmaz hemen başlanması ve işin benzer işlerdeki normal tempo ile yürütülmesi gerekir. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2010, s.112 vd. Öz'e göre ise, TBK 473/I madde hükmü, sözleşmenin ifa tarihinin kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına bağlı olmaksızın uygulama alanı bulur. Öz, **a.g.e.**, s.55.

¹⁹⁵ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Kurulununun 25.01.1984 tarih ve 1983/3 Esas ve 1984/I sayılı arsa karşılığı kat yapım sözleşmesi ile ilgili verdiği kararda; müteahhidin kendi kusuruyla temerrüde düştüğü hâllerde, sözleşmenin yapı sahibi tarafından feshi hâlinde ihtilafın kural olarak BK'nin 106-108 madde (TBK m.123-125) hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği (sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanacağı) ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK'nin

TBK 473/I hükmünün icrasında, yapım işleri sözleşmelerinde, yüklenicinin temerrüdü durumunda; yüklenicinin tam temerrüdü ile kısmi temerrüdü ayrı ayrı değerlendirilmeli ve temerrüt ile ilgili ihtilafların çözümünde, iki hukuki yolun takibi ve uygulanması gerekmektedir. İlk durumda, yüklenici inşaat işine hiç başlamamış ya da kısmen başlamış (inşaat alanını belirlemiş, inşaat yerini temizlemiş, vb.) veyahut inşaat mahallini terk etmişse tam temerrüt hâli söz konusu olacağından, sözleşmeyi *geriye etkili* feshederek, diğer bir ifadeyle sözleşmeden dönerek sözleşmenin ortadan kalkmasına neden olduğundan ortaya çıkan zararın tazmini yapı sahibince istenebilir. İkinci durumda ise, yüklenici inşaatı yapmaya başlamış ve inşaatı tamamlayamadan kısmi temerrüde düşmüşse, sözleşmenin *geriye etkili* olarak ortadan kaldırılması (dönme) yerine sözleşmenin *ileriye etkili* feshini kabul edip o ana kadar yapı sahibine inşaatın tamamlanmış bölümlerini talep etme hakkının tanınması, yükleniciye de o ana kadar yaptığı imalat kısmının ücretinin ödenmesi (sözleşme ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüştüğünün kabulü ile), ihtilafın çözümlenmesinde hukuken doğru bir uygulamadır.¹⁹⁶ 4735 sayılı KİSK'in bu yönde sözleşmenin *ileriye etkili* feshini düzenleyen hükümlerinde bu anlamda bir uyarlık görülmektedir.

Yapı sahibi *ileriye etkili* fesih ile, inşaat sözleşmesi ilişkisinin kuruluş içeriği ile sona erdirilmesinden vazgeçmektedir. Yüklenici ise, inşaatın geri kalan kısmını tamamlama yükümlülüğünden, yapı sahibi ise buna bağlı olarak bu kısım ile ilgili ücret ödeme borcundan kurtulmaktadır. Yapı sahibine fesih hakkı tanımak, sözleşmeyi *ileriye etkili* sona erdirmek (çoğunlukla yapım işlerinde ortaya çıktığı

2'nci maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (dönmenin) *ileriye etkili* sonuç doğurması gerektiği hususuna dikkat çekilmiştir. Yargıtay'ın ilke olarak, sözleşmeden dönme kurallarının, *geriye etkili* uygulanarak, sözleşmenin ortadan kalkacağı, hak ve borçların buna karşılık olarak iade edileceği; istisnai olarak, feshin *ileriye etkili* kabul edildiği durumlarda, o ana kadar yapılmış inşaat işlerinin sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüştüğü varsayımı ile tasfiye edileceği yönünde karar verdiği anlaşılmaktadır. Kaplan, **a.g.e.**, s.102-104. Günümüzde gittikçe geçerlilik kazanan anlayışa göre, sözleşmeden dönülmesi ile sözleşmenin içeriği tersine çevrilmekte, düz verme yükümleri ters geri verme yükümlerine dönüşmektedir. Bu çerçevede, henüz yerine getirilmemiş edimlerin gerçekleştirilmesi istemi sürekli bir def'i hakkıyla engellenir, yerine getirilmiş edimler ise doğrudan doğruya sözleşme kökenli iade istemiyle geri istenir. Sözleşmeden dönme konusunda klasik yaklaşımı kabul eden anlayış ise iade istemlerini haksız zenginleşme hükümlerine dayandıracaktır. Baysal, **a.g.e.**, s.259.

¹⁹⁶ Kaplan, **a.g.e.**, s.104-105. Edim fiiline yönelik yapma borçları genellikle sürekli borç ilişkisi şeklinde meydana gelmektedir. Bu itibarla, bu tür borçlar bakımından sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdüne ilişkin kurallar uygulanacak ve özellikle alacaklının *ileriye etkili* fesih imkânı gündeme gelecektir. Aydınçık, **a.g.e.**, s.27.

gibi), yüklenici açısından daha faydalı ve lehte bir çözümdür.¹⁹⁷ Yapı sahibi, sözleşmenin sona erdirildiği bu durumların dışında, TBK'nin 125'inci maddesindeki (BK m.106/II) iki seçimlik hakkını da kullanmakta serbesttir.¹⁹⁸

2. Temerrüt

Kamu alım sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için hem alacaklının hem de borçlunun temerrüdü söz konusudur. Bu tür sözleşmelerde, her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu sıfatına sahip olduğundan, her iki taraf da temerrüde düşebilir ve borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama bulabilir. Bu itibarla konunun, sözleşmenin her iki tarafı açısından da ele alınması gerekmektedir.

a. Alacaklının Temerrüdü

Borçlu tarafından borca uygun olarak ifası ve teslimi teklif edilen bir edim, alacaklı tarafından haklı bir neden olmadan kabul edilmediği takdirde, alacaklı temerrüde düşmüş olur.¹⁹⁹ Borca uygun olarak teklif olunan bir ifanın, alacaklı tarafından haklı bir nedene dayanmaksızın kabul edilmemesi, borca aykırı bir davranıştır. Borçlunun borca uygun olarak ifade bulunmak istediği hâlde, alacaklı kabulden kaçınır ya da borçlunun ifade bulunmasına engel olursa, borçluya borçtan kurtulma olanağını tanımak gerekir. Diğer taraftan, borç muaccel olmadıkça alacaklının temerrüdü gündeme gelmez. Henüz muaccel olmayan bir borç, borçlu tarafından alacaklıya teklif edildiğinde, alacaklı ancak haklı nedenlerle vaktinden önce ifa teklifini reddedebilir.²⁰⁰

¹⁹⁷ Esasen TBK 473/I hükmü, yüklenicinin hakları ile ilgili değildir. Bilakis, iş sahibinin korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle, sözleşmenin ileriye etkili feshi, taraflar arasındaki dengenin gözetilmesi bakımından önemlidir.

¹⁹⁸ Kaplan, **a.g.e.**, s.105.

¹⁹⁹ Alacaklı borçlusundan sadece hak ettiği edimi isteyebilir, alacak hakkının resmen tanınmasını değil. Alacaklı borçlusunun çekinceli ifasını geri çevirirse alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. Buna karşılık, borcun varlığını kanıtlama yükümünü alacaklıya yükleyen çekinceli bir ifade durum değişikliği; zira, alacaklı, kendisine ek külfet yükleyen çekinceli bir ifayı kabul etmek zorunda değildir. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.20.

²⁰⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.666-667. Örneğin, idarenin alımda bulunduğu malları, tedarikçi sözleşmede öngörülen tarihten önce teslim etmek istese, idare malı depolamak için gereken düzenlemeleri henüz yapmamış olduğu gerekçesine dayanarak ifayı geri çevirebilecektir. Bu durumda alacaklının (idare) temerrüdünden bahis mümkün değildir. Fakat, idare sözleşmede öngörülen tarihte önüne gelen malları, yukarıdaki gerekçeyi mazeret göstererek ifaya engel olamaz.

İfa zamanı denilince, bundan sadece edimin alacaklı tarafından istenebileceği tarih anlaşılır; aynı zamanda edimin borçlu tarafından yerine getirebileceği zaman da anlaşılır. Borçlunun muaccel borcu ifa etmemesi kural olarak onun hukuki bir yüküme aykırılık edip borçlu temerrüdüne düşmüş sayılmasına yol açabilirken; alacaklının borçlu tarafından yerine getirilebilir edimi almaması, onun bir hukuki ödeve aykırılık edip alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılmasına yol açabilir.²⁰¹

İfa konusu işin ayıpsız olması veya tamamlanmamış (eksik) olması, teslimin zorunlu unsurlarından değildir. Fakat iş sahibi, kural olarak ayıplı (kusurlu) veya henüz tamamlanmamış (eksik) bir eseri teslim almaktan kaçınabilir.²⁰² Bununla birlikte, iş sahibinin ayıplı veya tamamlanmamış bir işi ifa olarak teslim alması her zaman mümkündür. Hukuki anlamda teslim, yüklenici açısından *teslim etme* olarak nitelendirilirken, iş sahibi tarafında ise *teslim alma* şeklinde değerlendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle teslim, aynı hukuki olayın (kavramın) taraflarca farklı bakış açılarından görünümüdür.²⁰³

Alacaklının temerrüdü, sadece *verme* değil, *yapma* borçları için de söz konusu olabilir. TBK'nin 106'ncı maddesi bu amacı vurgulamak üzere *yapma* veya *verme* ediminden söz etmektedir. Buna göre, bir eser (inşaat) ya da hizmet sözleşmesinde borçlu (yüklenici), eseri meydana getirmeye ya da hizmeti yerine getirmeye hazır olduğu hâlde, alacaklı bunları kabulden imtina ettiğinde temerrüde

²⁰¹ Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.60.

²⁰² Somut olayın özelliklerine göre, özellikle işin hacmi, eksik kalan işlerin niteliği ve miktarı göz önünde tutulduğunda, eksik bırakılan iş, tamamlanan işe oranla çok küçük bir değer ve önem taşıyorsa, iş sahibi işin teslimini ifa olarak kabul etmelidir. Diğer bir anlatımla, bu durumda iş sahibinin hukuki anlamda teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi, dürüstlük kurallarına aykırı düşer. Ancak, işteki önemli ve büyük eksiklikler, işi hukuki anlamda teslim elverişli olmaktan çıkartabilir. Bu sebeple, teslimin gerçekleşmesinde işin yüzdeleriyle gerçekleşme oranı her zaman yeterli bir ölçüt değildir. Somut olayın koşullarına göre, işin % 85'inin tamamlanması, bazen iş sahibinin teslimden kaçınması için yeterli olmayabilirken, bazı olaylarda sadece % 1'lik bir eksiklik teslimi kabul etmemek için haklı sebep niteliği taşıyabilir. Ayan, **a.g.e.**, s.66-67. Serozan'a göre, sonuca bağlı borçlarda, örneğin en yaygın sözleşme türü sayılabilecek olan satımda, eşyayı teslim etmek yetmez; satılanın mülkiyeti de kazandırılmalıdır, bunun gibi eserde eser için çalışmak yetmez; ortaya konan eser mutlaka ayıpsız olmalı, sonradan bozuk çıkmamalıdır. Dolayısıyla, sonuca bağlı borçlarda edim sonucu alacaklının beklentileri doğrultusunda gerçekleşmedikçe ifa tamamlanmış sayılamaz, borçlu da borcundan kurtulamaz. Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.12.

²⁰³ Kabul de ise, teslim ve özellikle teslim alma kavramlarından tamamen farklı bir anlam barınmaktadır. Kabul, TBK madde 477 (BK m. 362) gereğince, iş sahibinin eseri olduğu hâliyle benimsemesi sonucunu doğuran ve yükleniciyi eserin ayıplarına ilişkin sorumluluktan kurtaran bir etki meydana getirir. Bu itibarla kabul, eserin teslim ve tesellümünden sonra gerçekleşen açık veya örtülü bir irade beyanıdır. Ayan, **a.g.e.**, s.50.

düşmüş olur.²⁰⁴ Dolayısıyla, alacaklı haklı bir sebebe dayanmaksızın ifayı kabulden kaçınırsa temerrütten bahis mümkün olacaktır. Alacaklı tarafından sunulan sebebin haklılık durumu her somut olaya göre değişiklik gösterebileceğinden, borçlunun ifaya hazır olduğunu bildirdiği edimin sözleşmeye uygunluğu önem taşır. Örneğin, satılan malın ayıplı veya eksik olması, yapılan yapım işinin ayıplı²⁰⁵ ve projeye aykırı bulunması gibi durumlarda alacaklının ifayı reddetmesi haklı sebebe dayanır.²⁰⁶ Ayrıca iş sahibinin, teslim alınması teklif edilen işi teslim alıp almama konusunda karar verebilmesi için, öncelikle işi yüklenici nezdinde inceleyebilmesi önemli bir husustur. Bu incelemenin, ayıptan doğan hakların kullanılmasına ilişkin gözden geçirmeyle (muayeneye) bir ilişkisi yoktur. İş sahibi yapacağı inceleme ile işi teslim alıp almamaya karar verirken, ayıptan doğan hakların kullanılmasındaki gözden geçirmenin böyle bir niteliği bulunmamaktadır. İnceleme sonrasında iş sahibi işi teslim alırsa, sözleşme konusu işteki ayıplar nedeniyle ayıptan sorumluluğa dair hükümlere dayanabilecektir.²⁰⁷

²⁰⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.667.

²⁰⁵ Yapım işlerinde görülen bazı durumlarda, işin eksik olması ayıp hükümlerine tabi tutulup tutulmayacağı tereddüt yaratabilmektedir. Örneğin, yapım işinin yüzölçümü olarak taahhüt edilenden az olması hâlinde hangi hükümler uygulanacaktır. Yargıtay, inşaat sözleşmesinde yüzölçümü eksikliğini, yerleşmiş içtihadıyla ayıp değil, *eksik* ifa olarak değerlendirmektedir. Bu durumda iş sahibini, BK 96 maddesi (TBK m.112) gereğince eksiklikten kaynaklanan zararının giderilmesini isteyebileceğini kabul etmektedir. (“...bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibarıyla noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.09.2000, 15-1134/1191. Aynı yönde başka bir karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.12.1992, 15-649/732.) Öğretideki hâkim görüş ise, yüzölçümü eksikliği ayıp hükümlerine tabi tutulmalıdır. Ayan, **a.g.e.**, s.62.

²⁰⁶ Örneğin inşaatteki ayıp, yapı sahibinin veya temsilcisinin yükleniciyi kontrol etmemesinden ortaya çıkmışsa prensip olarak aksine sözleşmede bir hüküm yoksa, yapı sahibinin kendisi kusurlu sayıl(a)maz. Zira, yapı sahibinin yükleniciyi denetleme yükümlülüğü değil, onunla işbirliği yapma yükümlülüğü vardır. Aynı şekilde sözleşmede inşaat bedelinin düşük kararlaştırılması, fiyatta fazla tenzilat yaparak yüklenicinin yapıyı üstlenmesi durumlarında da yapı sahibinin kusurundan bahsedilemez. Ancak, yapı sahibinin sözleşmeye göre teslim ettiği yapı malzemeleri, inşaat ayıplarına sebebiyet vermişse, prensip olarak bu inşaat ayıpları ile yapı sahibinin inşaat yeri olarak belirlediği arsanın jeolojik yapısının, toprak özelliklerinin sebebiyet verdiği inşaat ayıplarından dolayı yüklenicinin ayıpta tekeffül sorumluluğu bulunmamaktadır. Her iki ve benzeri durumda, yapı sahibinin bizzat kusurlu olduğu ve sonuçlarına kendisinin katlanması gerektiği kabul edilirken; yüklenici ise bu durumlarla ilgili olarak ayıba karşı sorumlu tutulamaz. Bu nedenle, yapı sahibi TBK madde 475 hükmünde kendisine tanınan ve ayıba karşı tekeffülden doğan; sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere işin ücretsiz yapılmasını isteme haklarını hukuken kullanamaz. Kaplan, **a.g.e.**, s.122-126. Yapı sahibinin bizzat kusurlu davranışı ile inşaat ayıbına yol açan durumları, TBK madde 476 hükmünde açıkça öngörüldüğü üzere, iki ana gruba ayırma mümkünüdür: İlki; yapı sahibinin verdiği hatalı talimatlarından kaynaklanan kusuru, ikincisi; yapı sahibinin herhangi bir sebepten kaynaklanan kusuru.

²⁰⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.55-56. İş sahibi, imal olunan şeyin tesliminden sonra o malı muayeneye ve varsa kusurlarını bildirmeye mecburdur. Ayıp ihbarının bildirimi bir şekle tabi değildir. Yargıtay 15. Hukuk

Alacaklının (iş sahibinin) sözleşme konusu işi ifa olarak kabul etmediğini, işin niteliğine uygun ve makul bir süre içinde açıklamaması, sessiz kalması eserin ifa olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, işin niteliğine uygun ve makul bir zaman diliminde, eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirmezse, artık hukuki anlamda teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bunun sonucu ise, yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmayacak ve iş sahibi bu durumda sadece ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir.²⁰⁸

İdarenin, kamu alım sözleşmesinden doğan birçok edim yükümü bulunmaktadır. İş yerinin teslimi, hak edişlerin ödenmesi, muayene ve kabul başlıca edim yükümlerindedir.²⁰⁹ Alacaklının edimi kabul etmesi kural olarak şekle bağlı değildir, fakat 4734 sayılı Kanun'a tabi alım işlerinde uygulama farklı olup, idarenin ifayı kabulü ile ilgili özel hükümler söz konusudur. 4735 sayılı Kanun'da yapım işlerinin kabulü konusunda *geçici* ve *kesin* kabul olmak üzere iki aşama öngörülmüştür. Borçlunun edimini borca uygun olarak ifa edip borçtan kurtulması ancak *kesin* kabul ile mümkündür.

Edimin idare (alacaklı) veya yetkili temsilcisi²¹⁰ tarafından kabulü, teslim edilen işin sözleşmeye uygun ve ayıplı olmadığına dair bir irade beyanıdır. Ayrıca iş sahibinin herhangi bir irade beyanına gerek bulunmamaktadır. Bu irade beyanı kullanıldıktan sonra geri alınamaz ve iptal edilemez. Zira, yenilik doğuran haklar bir kez kullanılır, kullanıldıktan sonra, rücu edilemezse, rücu karşı tarafın onayını gerektirir. Somut durumda, alacaklının işin kabulünü onaylayıp onaylamadığı ihtilafı ise, bu ihtilaf, kabul beyanı güven ilkesi gereğince yorumlanarak çözümlenecektir.²¹¹

Dairesi, 15.02.2005, E.2004/4170, K.2005/746. Bununla birlikte, iş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olması veya bu malzemenin kullanılması hâlinde eserin yapılmasını tehlikeye sokacak ya da iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak hâlin varlığı hâlinde, bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28.12.2004, E.2004/2426, K.2004/6805.

²⁰⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.59-60.

²⁰⁹ Demirboğa, **a.g.e.**, s.162.

²¹⁰ Kamu alımları yapım işlerinde yapı denetim görevlisi mimar ve mühendisler; mal ve hizmet alımlarında muayene ve kabul komisyonları bu yetkiyi kullanmaktadır.

²¹¹ Yapım işlerinde yapı sahibinin yapıyı kabul ve onayının hukuki sonucu, inşaatın ayıplı olmasından doğan haklarını kaybetmesidir. Kaplan, **a.g.e.**, s.130-131.

Alacaklının temerrüdü, borçlunun *yapma* borcuyla alakalı ise, borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Kanun koyucu, yapma borçlarının kendine özgü niteliğini göz önünde tutarak, borçluya bu hakkı vermiştir. TBK madde 110 (BK m.94), sözleşmeden dönme hakkı konusunda borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere gönderme yapmaktadır. Bunun sonucu olarak, alacaklının temerrüdüne ilişkin TBK 117'nci madde (BK m.101) hükümleri uygulanacaktır. Bu madde gereğince, borçlunun sözleşmeyi feshedebilmesi için, alacaklıya iltarda bulunması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ayrıca alacaklıya bir mehil (son süre) vermesi gerekir.²¹²

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, borçluya (aynı zamanda alacaklı) muacceliyete karşı ödemezlikte bulunma hakkı verir, edimi (para, mal veya iş) tutup alıkoyma avantajı sağlar. Dolayısıyla, kamu alım sözleşmelerinde de idare, hem alacaklının temerrüdüne hem de borçlunun temerrüdüne düşebilir. Ayrıca, karşılıklı sözleşmede aynı anda karşılıklı ifa ilkesi ve bu ilkenin doğal uzantısı *ödemelik def'i*, hem bir tarafın iyi niyetinin karşı tarafça kötüye kullanılmaması konusunda bir güvence sağlar, hem de taahhüt edilen edimin bir an önce yerine getirilmesi konusunda baskı yapar.²¹³ Aslında bu def'i, sadece borcun hiç ifa edilmediği ya da ifasının önerilmediği olasılıkta değil, aynı zamanda borcun gereği gibi ifasının gerçekleştirilmediği durumlarda da devreye girer. Hangi ağırlıkta edimler için bu def'i hakkının kullanılabileceği güven ilkesi (dürüstlük kuralı) ışığında belirlenir. Önemsiz bir eksiklik veya ayıp için karşı edimin tümünden kaçınılamaz. Diğer taraftan, karşılıklı sözleşmelerde alacaklı temerrüdüne düşen borçlu karşı edimi isteyen alacaklısına karşı ödemezlik def'inde bulunamaz. Ödemelik def'i, alacaklı temerrüdü ve borçlu temerrüdü bir arada olamaz, birbirini dışlar.²¹⁴

Kamu alım sözleşmelerinde idarenin temerrüde düşmesine rağmen yükleniciler tarafından sözleşmenin feshedilmesine uygulamada kolay kolay rastlanılmaz. Yüklenicinin, idarenin temerrüdü hâlinde feshe gitmemesinde çeşitli nedenler bulunmaktadır. Bu nedenlerden biri fiyat farkıdır. Ödenek yokluğu gerekçesiyle hak edişlerin ödenmemesi durumunda yükleniciye süre uzatımı

²¹² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.674.

²¹³ Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.63.

²¹⁴ **A.e.**, s.70.

verilerek ödemenin geciktirilmesinde, oluşan fiyat farkı ile yükleniciye ödeme yapıldığından ve bu sayede yükleniciler ekonomik kayıp yaşamadıklarından feshe yanaşmazlar. Diğer bir neden, devlet anlayışının özel hukuk sözleşmesine yansımından kaynaklanır. Hak arama özgürlüğünün devlete karşı yapılan bir hareket olarak algılanması, sözleşmenin yürütülmesinde görevli kamu görevlilerinin de bu anlayışla hareket etmesi, yüklenicilerin idareye karşı harekete geçerek temerrüde düşürme ve bunun sonunda seçimlik haklarını kullanmada çekince meydana getirmektedir.²¹⁵

b. Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder. Borçlunun temerrüdü, borç ilişkisinde borçlu sıfatına sahip olan taraf için söz konusu olabilir. Borçlunun temerrüdü genel hükümler olarak TBK 117 ila 126'ncı maddeler (BK 101-108 m.) arasında düzenlenmiştir.

Borçlu kararlaştırılan zamanda veya vade kararlaştırılmamışsa uygun bir süre içinde işe başlamakla birlikte, başladığı işe devam etmez ve sürekli borç ilişkisinin sona ereceği zamandan önce işi bırakırsa yine alacaklının ihtarıyla birlikte temerrüde düşer. Edim fiiline yönelik yapma borçları sürekli edim niteliğinde olduğundan borçlu temerrüdü sonucunda sürekli borç ilişkilerinde temerrüde özgü hükümler uygulanacaktır. Sürekli edimli sözleşmelerde genel olarak temerrüdün sonucunu düzenleyen TBK'nin 126'ncı maddesi²¹⁶ uyarınca alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştır. Bunlar ifanın devamını ve gecikme tazminatını istemek veya sözleşmeyi feshederek ifa edilmeyen kısım sebebiyle uğranılan zararın tazminini talep etmektir. Buna karşılık borçlunun sürekli borcunun yapma borcu niteliği taşıdığı hâllerde,

²¹⁵ *Demirboğa'nın tespitine göre, çoğu yargı kararı idare tarafından kamu alım sözleşmesinin feshedilmesinden sonra açılan ya da idarece yükleniciye ceza verilmesine ilişkin davalardır. Demirboğa, a.g.e., s.184.*

²¹⁶ Madde metni şöyledir; *"İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."*

kural olarak 113/I uyarınca nama ifayı talep hakkı da bulunduğundan alacaklı ifa yerine nama ifa ve gecikme tazminatı talebinde de bulunabilir.²¹⁷

İfa günü gelmiş olan borç, muaccel olmuş borç demektir. Muaccel olmuş bir borcun derhal ifası istenebilir. Muacceliyetle birlikte, alacak hakkı gerçek bir talep hakkına dönüşmüş olur. Bu anlamda muacceliyet, borçlu temerrüdünün ön koşuludur.²¹⁸ Bu nedenle, borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle borcun muaccel hâle gelmiş olması gerekir. TBK madde 117 bu hususu açıkça hükme bağlamıştır: “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere borcun muaccel olması borçlunun temerrüdünde tek başına yeterli değildir. Alacaklı, muaccel borcun ifası konusunda borçluya bildirim (ihtar) yükümlülüğü altındadır. Borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar koşulu, ister tek ister iki tarafa borç yükleyen sözleşme olsun, tüm borç ilişkilerinde aranan yasal bir koşuldur.²¹⁹

Hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olan ihtar ile amaçlanan, ifanın gerçekleşmesini sağlamaktır. Özünde hatırlatma amacı bulunan ihtar, borçluya borcun muaccel olduğunu ihbar eder. Ancak, TBK'nin 117'nci maddesi, borçlunun temerrüdünde ihtar koşulunu emredici bir hüküm niteliğinde kullanmamıştır. Zira, TBK'nin 117/II maddesi; “*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; ...borçlu temerrüde düşmüş olur*” demek suretiyle ihtar koşulu gerekmeden borçlunun temerrüdünü mümkün görmüştür. Borcun ifa edileceği belirli bir günün sözleşmede

²¹⁷ Bu durumda hâkim TBK madde 113/I çerçevesinde nama ifanın somut olayın şartları bakımından uygun olup olmadığını takdir eder ve sözleşmenin devamı için bir üçüncü kişiyi görevlendirmek üzere alacaklıya yetki verebilir. Aydınçık, **a.g.e.**, s.44-45.

²¹⁸ Serozan (İfa Engelleri), **a.g.e.**, s.54. Bir edim sonucuna yönelik yapma borcu bakımından taraflarca işin tamamlanması için bir vade öngörüldüğü durumlarda, borçlu işe derhal başlamaz veya başlamakla birlikte devam etmezse kural olarak alacaklının vadeden önce borçluya müracaat imkânı bulunmamaktadır. Bu tür borçlarda alacaklı bakımından önemli olan borçlunun ifa faaliyetleri değil, sonuç taahhüdünün yerine getirilmesidir. Alacaklının kural olarak vadeyi beklemesi gerekir. Bununla birlikte, borçlunun işe başlaması veya iş görme borcunu aksatması sebebiyle işin tamamlanmasının vadeye yetişmeyeceği kesin bir şekilde anlaşılıyorsa alacaklı TBK'nin madde 473/I hükmüne kıyasen borçluya ihtar çekerek erken temerrüt hükümlerine başvurabilir. Aydınçık, **a.g.e.**, s.51.

²¹⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.678-679.

kararlaştırılmış olması ihtar ykmllgn düşürmektedir.²²⁰ Fakat, ifa günü açık ve belirli bir gün olarak taraflarca kararlaştırılmamışsa temerrüt için ihtar zorunlu bir işlemdir.²²¹

Diğer taraftan, bildirim (ihtar) gereksiz ya da anlam taşımadığı durumların uygulamada yařandđı görülmektedir. Uygulamada genellikle ihtilafların çıkmasına yol açan sorunlardan biri, yüklenicinin üstlendiği işi çeşitli sebeplerle (enflasyon etkisi ile malzeme ve işçi ücretlerinin artması ve mali durumun bozulması; yüklenicinin işi çok yüksek tenzilatla alması gibi) yarıda bırakması ve iş yerini terk etmesidir.²²² Başka bir anlatımla, borç muacceliyet kazanmadan borcun ifa zamanında, borçlunun takındđı tavır veya bazı davranışları ileride gerçekleşecek ifayı tehlikeye düşürebilir. Bu çerçevede alacaklının karşılaşma olasılığı en yüksek rizikosu; sözleşmenin kurulmasından itibaren uzunca bir süre geçmiş olmasına karşılık borçlunun işe başlamaması veya işe başlamakla beraber iş programına uygun bir performans göstermemesi ve bu sebeplerle işin ifa zamanında tamamlanmasının riske girmesi şeklinde özetlemek mümkündür. Bu gibi durumlarda, özellikle borçlunun borcu ifa etmeyeceğini beyan ettiği ya da ihtara rağmen borcu ifa etmeyeceğinin açık olduğu durumlarda bildirim yararsızdır. Örneğin: Yüklenici

²²⁰ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir: "...yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanının geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkânı bulunmamaktadır. Çünkü davalının temerrüt tarihi akitle teslim tarihinden 60 gün sonrasına bağlanmıştır. Bu nedenle davacı iş sahibi akdi feshedemeyeceği bu 60 günlük dönem için gecikme tazminatı olarak kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 01.10.2004, E.2004/4834, K.2004/4802.

²²¹ Vadenin kesinliği; ihtarın gereksiz olmasını ngren TBK'nin 117/II maddesi ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre (mehil) koşulundan vazgeçmeyi ngren TBK 124/b maddesi arasındaki önemli bir farktır. İhtardan vazgeçmek için, vadenin açık ve belli olması yeterli olduğu hâlde; süreden (mehil) vazgeçmek için vadenin kesin olması koşulu aranmaktadır. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.681-682.

²²² Yapım işlerinde yüklenici uhdesine aldığı işi sözleşmeye uygun olarak özenle yapmakla yükümlüdür. Yapı sahibi (idare) yüklenicinin zen ykmllgn gereği gibi yerine getirip getirmediğini devamlı olarak denetleyebilir. Bu denetleme daha çok yapım işlerinde kendini gösterir. Hatta iş sahibinin denetim ve kontrol için yetkili mühendis-mimarı tayin etmesi gerekir. İdare, yapım işinin icrası sırasında yaptığı bu denetimler sonucunda, yüklenicinin kusuru yüzünden bozuk (rneğin, temel inşaatın takviyeye ihtiyaç duyması gibi) veya sözleşmeye aykırı bir biçimde yapacağından kesinlikle eminse veya yüklenicinin inşaatı yarıda bırakıp işin yapıldđı yeri tamamen terk ettiğini tespit ederse, TBK 484/II hükmünden yararlanabilir. Bu hükme göre, yapı sahibi, yükleniciye uygun bir süre tayin ederek veya hâkime tayin ettirerek, bu süre içinde sözleşmeye aykırı durumu gidermesini veya inşaata tekrar başlamasını, aksi hâlde inşaatın sözleşmeye uygun duruma getirilmesi veya inşaata devamın üçüncü kişiye bırakılacağını ve müspet zararın tazmini yoluna gidileceğini ihtar eder. Kaplan, **a.g.e.**, s.92-93.

üstlendiği inşaatı öngörülen tarihte tamamlamamış ve inşaatı terk ederek ifa adresinden ayrılmışsa; ihaleyi yapan idare, yükleniciye gönderdiği ihtarında dava konusu işle ilgili başka ödeme yapmayacağını bildirmişse; borçlu alacaklıya önceden ihtarında bulunarak borcu vadesinde ifa edemeyeceğini bildirmişse; borçlu iflas etmişse borçlunun temerrüde düşürülmesi için ayrıca bir ihtar çekilmesi gereksiz ve anlamsızdır.²²³ Yargıtay da bu yaklaşımı benimsemekte ve bu durumda ihtardan sonuç alınamayacağını kabul etmektedir.²²⁴

Borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmadığı aranmaz, kusurlu bulunmasa da temerrüt doğacaktır.²²⁵ Kusur, temerrüdün doğumunda değil, bazı sonuçlarında etkilidir. Borçlunun temerrüdü, alacaklının uğradığı zararların tazmini ve temerrütten sonra ortaya çıkan hasardan sorumluluk açısından söz konusudur. Bu itibarla kusur, zararın tazminine ilişkin temerrüdün sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Borçlu, temerrüde düşmekte kusurlu ise, alacaklının uğradığı zarardan TBK'nin 118'inci maddesi (BK m.102) gereğince mesuldür. Temerrütten sonra borç konusunda *beklenmedik hâl* nedeniyle hasar görülmesinde, eğer borçlu temerrüde

²²³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.682. Yüklenici yapım işi sözleşmesi ile üstlendiği inşaat edimlerinin ifasında gecikirse, borçlunun temerrüdünün şartları uyarınca temerrüt durumuna düşer. Yüklenicinin temerrüdünde iki durumu ayırt etmek gerekir. İlk durum; inşaatın teslim süresinden önce, sözleşme imzalandıktan sonra, inşaat edimlerinin ifa sırasında temerrüt durumudur (TBK m.473 – BK m.358). İkincisi ise; inşaatın tamamlanıp, tesliminde teslim süresinin aşılması hâlinde ortaya çıkan temerrüt durumudur (TBK m.117 vd. – BK m.101 vd.). Dolayısıyla yükleniciye iki borç yüklenmektedir. İlki *çalışma borcu*; diğeri ise çalışma sonucu ortaya çıkan işi *teslim borcu*. Sözleşme ile yüklenici, işi yapmak ve meydana getirmekle yükümlüdür. Sözleşmenin yapılması ile hedeflenen, yalnızca işin gerçekleştirilmesi değil, tamamlanan yapının yapı sahibine (idare) teslim edilmesidir. Yapı sahibi, yükleniciye işin ücretini, yüklenicinin çalışması için değil, yapım işinin tamamlanıp sözleşmedeki niteliklere haiz, kullanıma hazır olarak teslim edilmesi için vaat etmektedir. TBK'nin 479'uncu maddesi birinci fıkrası; "*inşaat ücretinin, inşaatın teslimi anında ödenir*" hükmü ile, yüklenicinin asıl borcunun inşaatın tamamlanıp teslimi olduğunu desteklemektedir. Kaplan, **a.g.e.**, s.89-90.

²²⁴ Sözleşmesi 08.02.1992 tarihinde yapılan işin, 11.03.1996 tarihinde yapılan delil tespitinde işin ancak % 70'e varabilecek oranda gerçekleştirildiği, bilirkişi beyanına göre de böyle bir işin (inşaat) normalde 18 ayda bitirilebilmesinin gerektiği sonucuna ulaşan Yargıtay, tespit tarihine değin 18 aylık sürenin fazlasıyla aşıldığı açık olduğundan yükleniciye yapılacak bir ihtardan sonuç alınamayacağını kabulü gerektiğine hükmetmiş ve davada kalan işin yüklenici namına tamamlanması söz konusu olmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 22.02.1999, E.1998/4907, K.1999/607.

²²⁵ Sözleşme sorumluluğunda kusur karinesinin varlığı dolayısı ile (TBK m.112 – BK m.96) temerrüde düşen borçlu kusurlu sayılır. Nitekim eski BGB § 285 ve yeni metin BGB § 286/4'de borçlu temerrüdü için kusur şart kılınmıştır. İtalyan Medeni Kanunu'nda da durum böyledir. Fransız hukukunda da sözleşmenin ortadan kaldırılması için kusur aranmamakta, buna karşılık giderim istenebilmesi için aranmaktadır. Avusturya hukukunda da, dönme hakkının kullanılması, bir de para borçlarında gecikme faizi istenebilmesi için kusur aranmayıp diğer giderim talebinde aranmaktadır. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.254-255.

düşmekte kusurlu ise ancak sorumlu tutulabilir (TBK m.119 – BK m.102).²²⁶ Söz konusu madde; “*Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur*” hükmünü getirerek, temerrüdün koşullarının gerçekleştiği andan itibaren, bir verme borcu söz konusu olduğunda, buna isabet eden hasardan borçlu sorumlu tutulacaktır. Hasar, borçlunun kendisi ve işletmesi dışında meydana gelen bir olay sonucu, borç konusunun yok veya tahrip olmasıdır. Borçlu, temerrüde düştüğü andan itibaren meydana gelen bu tür hasarlardan sorumlu tutulacaktır. Borçlu temerrüde düşmemiş olsaydı, sonradan meydana gelen bu olay nedeniyle edimin ifası imkânsız hâle gelmiş ise TBK madde 136 (BK m.117) gereğince borç son bulacak ve sorumlu tutulmayacaktı. Kanun koyucu, borçlunun borcunu zamanında ifa etmesini temin etmek ve temerrüdü önlemek amacıyla bu ağır sonucu düzenlemiştir. Ancak, yine de borçluya, kusuru olmadığı durumlar için, TBK madde 119/II’de sorumluluktan kurtulabilme imkânı tanımıştır: “*Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.*” Bu durumda, borçlunun *beklenmedik hâlden* dolayı mesul tutul(a)maması için, borç konusunu temerrüde düşmeden zamanında ifa edilmiş olsa bile, beklenmedik hâlin alacaklının ifasını istediği borca isabet edeceğini ispat etmesi gerekmektedir.²²⁷

3. Alacağın Temliki

Alacağın temliki, alacaklının alacağını bir başkasına devretmesidir. TBK’nin *Borç ilişkilerinde Taraf Değişiklikleri*’ni düzenleyen beşinci bölümün *Alacağın Devri* başlığı altında birinci ayırımda 183 ila 194’üncü maddeleri (BK m.162-172) arasında düzenlenmiştir. 183/I hükmü uyarınca “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*” 184’üncü maddesinde de “*Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*” denilmek suretiyle alacak temliki yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur.

²²⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.684-685.

²²⁷ Borçlunun zamanında teslim etmediği hayvanlar, sel baskını sonucu telef olması durumunda, eğer borçlu bunları zamanında teslim etmiş olsaydı, aynı sel baskınının alacaklının ahırına da isabet ettiğini, bu nedenle alacaklının hayvanlarının da telef olacağını kanıtlayabilirse, hasardan sorumlu tutulmayacaktır. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.693-694.

Konuya ilişkin olarak kamu alım sözleşmelerine dair genel esasları düzenleyen 4735 sayılı KİSK’de bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, kamu alımlarında tarafların (daha çok yüklenicinin) uyması için hazırlanan tip sözleşmelerde ortak hüküm olarak şu düzenleme yer almaktadır: “Yüklenici, her türlü hak ediş ve alacaklarını idarenin yazılı izni olmaksızın başkalarına temlik edemez. Temliknamelerin noter tarafından düzenlenmesi ve idarece istenilen kayıt ve şartları taşınması gerekir.” Kamu alım sözleşmelerinde hüküm altına alınan bu kayıt mucibince, noter onaylı temlikname olmadan idarenin yüklenici alacaklarını bir başkasına ödemesine imkân verilmemiştir.²²⁸

Yargıtay bir kararında alacak temliki ile alacak hakkını ve çerçevesini belirlemiştir: “Alacağın temliki Borçlar Kanunu’nun 162-172’nci maddeleri (TBK m.183-194) arasında düzenlenmiştir. Alacağın temliki ile alacak hakkı bunu devralan üçüncü kişiye geçer. Böylece devralan daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder; bunun üzerinde ‘tasarruf etme’ yetkisini kazanır. Temlik eden alacaklının da bu aşmaktan sonra artık tasarruf hak ve yetkisi bulunmadığından (kalmadığından) bu alacağa dayalı olarak herhangi bir hukuki işlem yapması mümkün değildir. Bu durumda temlik işlemi ile temlik eden, borç ilişkisinden çıkar ve onun yerine alacaklı sıfatıyla alacağı devralan üçüncü kişi geçer. Alacakla ilgili her türlü (dava açma, takip yapma, temlik etme... gibi) hukuki işlemler bu üçüncü kişi tarafından yapılır.”

Temlik, kazandırıcı nitelikte bir tasarruf işlemi olarak alacağın bütün yan ve öncelik hakları birlikte, temlik sözleşmesinin tamamlandığı andan itibaren yeni alacakların mal varlığına girmesi sonucunu doğurur. Bu itibarla, geçerli bir temlik işleminden sonra temlik edenin alacaklıları artık bu alacağa dokunamazlar, aksine devir alanın alacaklıları, onu haczettirme imkânına kavuşur.²²⁹

4. Zamanaşımı

Zamanaşımı, alacaklının isteme hakkını ortadan kaldıran, alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisini sona erdiren nedenlerden bir tanesi olup, 5018 sayılı Kanun

²²⁸ Yargıtay bir kararında yazılı şarta dikkat çekmektedir: “...inşaat sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarını devrettiğine ilişkin yazılı bir belge sunulmamıştır. Alacağın temlikinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil zorunludur.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28.06.2007, E.2007/1427, K.2007/4401.

²²⁹ Ateş, a.g.e., s.671.

ve 4735 sayılı Kanunda farklı olarak ele alınmıştır. 5018 sayılı Kanunun 74'üncü maddesine göre; *“Kamu zararının meydana geldiği ve bu Kanunda belirtilen para cezalarının verilmesini gerektiren fiilin işlendiği yılı izleyen mali yılın başından başlamak üzere zamanaşımını kesen ve durduran genel hükümler saklı kalmak kaydıyla onuncu yılın sonuna kadar tespit ve tahsil edilemeyen kamu zararları ile para cezaları zamanaşımına uğrar.”* 4735 sayılı Kanunun 30 ve 31'inci maddelerine göre ise, Yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu (m.30); *“Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27 nci madde hükümleri uygulanır.”* Yapı denetim görevlilerinin sorumluluğu (m.31); *“Yapı denetimini yerine getiren idare görevlileri, denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan onbeş yıl süre ile yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumludur. Ayrıca haklarında 28 inci madde hükümleri uygulanır.”*

Görüldüğü üzere, 5018 sayılı Kanunda kamu zararına ilişkin alacaklar ile para cezalarının, ilgililerden olan alacakları on yıllık zamanaşımına tabi iken, 4735 sayılı Kanunda, yapım işleri için onbeş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Dolayısıyla, 4735 sayılı Kanunda belirtilen sebeplerle bir kamu zararı oluştuğunda, özel bir düzenleme olması nedeniyle onbeş yıllık zamanaşımı esas alınacaktır. 4735 sayılı Kanunda, 5018 sayılı Kanunda uygulanan zamanaşımını kesen ve durduran hâllerden²³⁰ bahsedilmemekte ise de, ancak 4735 sayılı Kanunun 36'ncı maddesinde Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.²³¹

²³⁰ Borçlar kanunda yer alan, zamanaşımını kesen ve durduran hâllerin vuku hâlinde, bu on yıllık zamanaşımı süresine bu süreler ilave edilir. TBK'nin 153 ve 154'üncü maddelerinde (BK m.132-133) zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

²³¹ Ateş, **a.g.e.**, 688.

TBK'nin 146'ncı maddesi (BK m.125) uyarınca; “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” Ancak, hemen arkasından gelen 147'nci maddede (BK m.126) birtakım alacaklar için beş yıllık zamanaşımının uygulanacağını düzenlemiştir. Buna göre; “*Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar*” beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısıyla, yüklenici idareden olan alacağını beş yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edebilir.²³²

E. Kamu Alımlarında İhtilafların Çözümünde Alternatif Arayışlar ve Tahkim Yolunun İncelenmesi

Toplumsal etkileşimin olduğu her yerde ihtilaflar doğal olduğu kadar kaçınılmazdır. Bu bakımdan, sözleşme ilişkilerinde hiç sorun yaşanmadan sürecin tamamlanması beklentisi gerçekçi olamaz. Önemli olan ortaya çıkan anlaşmazlığın süreci tıkamadan süratle çözüme kavuşturulmasıdır. Zira, zamanında önlem alınmazsa süreç bir çatışmaya dönüşebileceği gibi sözleşme ilişkisinde kitlenme de yaşanabilir. Bu durumun her iki taraf için de hem maddi hem manevi ciddi kayıplara yol açacağı aşikârdır.

²³² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2003 tarih ve E.2003/1790, K.2003/5272 sayılı kararında şu sonuca ulaşmıştır: “*Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıldır. Yüklenicinin kası veya ağır kusuru ile akdi hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği ve özellikle ayıplı iş meydana getirdiği iddiası ile açılan davalarda 10 yıllık zamanaşımı uygulanır. Eseri reddetmeyen davacı, eserde sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar nedeniyle uğradığı zararını yükleniciden isteyebilir.*” Mahkemece, 2886 sayılı Kanununun 87 ve BK'nin 215/III (TBK m.244/III) maddelerine dayanılarak, zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilen davaya ilişkin olarak temyizden önceki Yargıtay bir başka kararında şu ifadeler yer vermektedir; “*Yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki teslim tarihinde son bulmuştur. Bu tarih, kesin kabulün onay tarihidir. 2886 sayılı Yasa'nın göndermede bulunduğu BK'nin 363'üncü maddesi (TBK m.478), aynı Yasa'nın 6763 sayılı Yasa'yla değişik 126/son maddesi (TBK m.147/6) hükmü karşısında uygulanamaz hâle gelmiştir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda, satım akdinde uygulanan BK'nin 215'inci maddesinin (TBK m.244/III) tatbiki mümkün değildir. BK'nin 126/son maddesi hükmünce de yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç 5 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Buna göre yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmediği ve ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı iş meydana getirmiş olduğu hâller madde kapsamı dışında bırakıldığından bu gibi durumlarda BK'nin 125'inci maddesinde (TBK m.146) yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.*” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 23.11.2006, E.2006/6624, K.2006/6807. Benzer Yargıtay kararları için bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 14.12.2004, E.2004/5956, K.2004/6491; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 07.12.2004, E.2004/4290, K.2004/6304.

Günümüzde ihtilafların çözümünde yargı yolları yanında alternatif arayışlar dikkat çekmektedir. İdari ihtilaflarla ilgili olarak da idari yargının yükünü hafifletmek, ihtilafları basit yöntemlerle hızla çözüme kavuşturmak amaçlarıyla bu tür arayışlara girildiği gibi; özellikle yabancı şirketlerle yapılan sözleşmelerde tahkim yoluna gidilmesi ön koşul olarak ortaya çıkmaktadır.²³³ Nitekim milli mahkemeler ve hâkimler, bağlı oldukları devlet adına yargılama faaliyeti icra eden ihtilaf çözme mercileri olup, büyük bir çeşitlilik ve karmaşıklık arz eden uluslararası karakterli ihtilaflar bakımından uzman kişi ve kurumlar değildir. Bundan dolayı, milli mahkemelerde uluslararası ticari ihtilafların çabuk ve adalete uygun çözümü zordur. Bu durum, mahkeme devletinin vatandaşı olmayan taraf bakımından, kendisine karşı tarafsız davranılmayacağı endişesinin kaynağını teşkil eder.²³⁴

Sözleşmelerden doğabilecek ihtilafların iki şekilde çözümü söz konusudur. İlki, henüz ihtilaflar ortaya çıkmadan önce, sözleşmelerin müzakere ve tanzimi safhasında belirli kural ve usullere uymak suretiyle çözümdür. İkinci ihtilaf çözme tekniği ise, ihtilaflar somut olarak ortaya çıktıktan sonra belirli uzlaştırma veya yargı usullerinin kullanılması ile çözümdür. İhtilafların, gerek sözleşme görüşmeleri safhasında gerekse sözleşmenin uygulanması sırasında, çözümünde bir dizi çağdaş uzlaştırma yöntem ve teknikleri kullanılmakta olup, bunları; milli mahkemeler, uzlaştırma ve arabulucu heyetleri, hakem mahkemeleri, doğrudan müzakere yöntemleri, teknik bilirkişilik heyetleri, ön hakemlik usulü, tarafsız üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi usulleri ve tahkim olarak sıralamak mümkündür.²³⁵ Sözleşmede öngörülmeyen ihtilafların çözüm yolu olarak ilgili devletin hukukunun geçerli olması, çoğu zaman anlaşmazlığın daha büyük boyutlara taşınmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, bu tür ihtilafların çözümlenmesinde genel olarak milletlerarası tahkim yolu tercih edilmektedir.²³⁶

²³³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.560.

²³⁴ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2005, s.73.

²³⁵ Şanlı, **a.g.e.**, s.1-2.

²³⁶ Özer, **a.g.e.**, s.145.

AB, alternatif ihtilaf çözüm yolları ile fazlaca ilgilenmektedir.²³⁷ Bu itibarla, AB'nin de ihtilafların çözümünde yargı yolu dışında alternatif çözüme destek sunan düzenlemeleri bulunmaktadır. AB, 1998 yılından itibaren (Viyana Eylem Planı) ihtilafların mahkeme dışında çözümüne ilişkin çalışmalar yapmaya başlamıştır. 1999 yılının Ekim ayında Finlandiya Tampere'de düzenlenen AB Zirvesinde, üye devletler ihtilafların mahkeme dışı çözümüne ilişkin çalışmalarda bulunmaya davet edilmiştir. 2002 yılında Komisyon, alternatif ihtilaf çözüm yolları ile ilgili olarak *Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif İhtilaf Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*²³⁸ı hazırlamış ve bu çalışma ile alternatif çözüm yolları içerisinde en sık kullanılan yöntem olan arabuluculukla ilgili genel ilkeler tespit edilmiştir.²³⁹ Yeşil Kitap dışında Birlik tarafından önemli bir Direktif çıkarılmıştır: *Belirli Medeni ve Ticari İhtilafların Çözümüne İlişkin Bir Arabuluculuk Direktifi*. 2008/52/EG sayılı ile 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen Direktifi üye devletlerin 3 yıl içinde iç hukuklarına uyarlama zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu Direktifin hazırlanmasında *Yeşil Kitap* ve 2004 yılında oluşturulan *Arabuluculuğun Etik Kuralları* temel alınmıştır. Görüldüğü üzere AB, bu çalışmalar ve düzenlemeler ile alternatif ihtilaf çözüm usullerini ve özellikle arabuluculuk yöntemini desteklediğini göstermiştir.²⁴⁰

Avrupa Konseyi'nin de ihtilaf çözüm yollarına arabuluculuk seçeneğini dâhil etme çalışmaları bulunmaktadır. Bu çerçevede, üye devletlerin hükümetlerine tavsiye

²³⁷ Türkiye Adalet Akademisi, *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu* (3-5 Nisan 2006), Ed. Mehmet Tiryaki, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s.147.

²³⁸ Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law.

²³⁹ Bu çalışmada: Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda gönüllü olarak arabuluculuğa başvurabileceği; taraflar arasında devlet mahkemelerine başvurmadan önce arabuluculuk yönteminin uygulanacağına ilişkin bir sözleşme mevcutsa ve taraflardan biri bu sözleşme maddesini ihlal ederse, bu durumun sözleşme sorumluluğu hükümleri çerçevesinde veya aynı zamanda dürüstlük kuralının ihlali olarak değerlendirilebileceği; arabuluculuk yöntemine başvurulduğunda zamanaşımı sürelerinin duracağı; gizlilik ilkesinin korunacağı; arabuluculuk süreci sonunda yapılan sözleşmelerin icrasının hâkim tarafından onaylanarak veya noter gibi resmî bir makama başvurularak gerçekleştirilebileceği ana ilkeler olarak saptanmıştır. Melis Taşpolat Tuğsavul, **Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.41-42.

²⁴⁰ Tuğsavul, **a.g.e.**, s.44-45. Yeni kamu alım direktiflerinin gerekçeler bölümünde ise şu açıklama yapılmıştır: "*Tahkim ve uzlaştırma hizmetleri ve alternatif uyuşmazlık çözüm benzeri formları genellikle ihale kurallarına tabi olmayan bir şekilde, üzerinde anlaşmaya veya seçilen organlar veya kişiler tarafından sağlandığı hatırlanmalıdır. Bu Direktif, ulusal hukuk çerçevesinde, her ne çeşit olursa olsun, bu tür hizmetlerin sağlanmasının, hizmet sözleşmeleri için geçerli olmadığını açıklığa kavuşturmaktadır.*" 2014/24/EU sayılı Direktif, L 94/68 (24), 2014/25/EU sayılı Direktif, L 94/248 (32). Bu açıklama, eski direktifin (2004/18/EC) 26 numaralı gerekçesi ile 16'ncı maddesini birleştirmektedir.

niteliğinde sunulan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ihtilaf çözüm yollarına ilişkin belirlediği standartlar; aile, ceza, idari ve medeni hukuk alanlarında yapmış olduğu 4 tavsiye kararını içermektedir. Bu kararlardan, Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere idari makamlar ile özel kişiler arasındaki ihtilafların alternatif çözüm yollarına ilişkin Rec (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararı,²⁴¹ kamu alım sözleşmeleri ihtilaflarında, taraflardan birinin idare ve diğerinin özel hukuk kişisi olması bakımından, alternatif çözüm yöntemlerinin uygulanabileceği yönünde fikir vermektedir.²⁴²

1. İhtilafların Çözümünde Alternatif Arayışlar

Tahkim, bir hukuki anlaşmazlığın, mahkeme yerine özel bir yöntemle çalışan tahkim kurulları aracılığıyla çözüme bağlanması yöntemi olup,²⁴³ alternatif ihtilaf çözüm yollarına göre daha kurumsal, köklü ve bağlayıcıdır. İhtilaf çözümünde alternatif arayışların tarihi ise çok yenidir. ABD'nin çeşitli bölgelerinde, birçok grup ve bireyin girişimiyle ortaya çıkan bu kavram, ilk olarak 1970'li yılların başında ABD'de kullanılmış ve İngiltere'ye 1980'li yıllarda ulaşmıştır. Kıta Avrupası'nda ise, 1990'lı yılların başında görülmeye başlamıştır.²⁴⁴

Diğer taraftan, alternatif ihtilaf çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargı sisteminin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam aksine, ihtilaf çözümü için öngörülen bütün alternatiflerin içine ilave edildiği bir yöntemler topluluğudur. Bir

²⁴¹ Bu taslak, idari ihtilafların çözümü için yargı dışı usullerini düzenlemektedir. Taslak, 5 Eylül 2001'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, Bakan vekillerinin 762. Toplantısında kabul edilmiş ve 5 sayılı Tavsiye Kararı hâline getirilmiştir. Tavsiye Kararına göre hazırlanan metinde, idare hukukunda geçerli olmak üzere kullanılan yargı dışı çözüm yolları: İç inceleme (internal reviews); uzlaştırma (conciliation); arabuluculuk (mediation); müzakereye dayalı anlaşma (negotiated settlement); tahkim (arbitration) şeklinde sayılmaktadır. Zehra Odyakmaz, "İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları", Ed. Mehmet Tiryaki, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu (3-5 Nisan 2006)**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2006, s.65.

²⁴² Avrupa Konseyi'nin diğer tavsiye kararları şöyledir: Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere ceza hukuku ile ilgili R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı; Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere aile ihtilaflarında arabuluculukla ilgili R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı; Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere medeni hukuk meselelerinde arabuluculuk konusunda Rec (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı. Jean-Jacques Heintz, "Alternatif İhtilaf Çözüm Yollarına Genel Bakış", Ed. Mehmet Tiryaki, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu (3-5 Nisan 2006)**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2006, s.24-25.

²⁴³ Kaymakçioğlu, **a.g.e.**, s.63.

²⁴⁴ Luc Demeyre, "Belçika ve İspanya Örnekleri", **Dünya Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Mart 2011, s.21.

başka anlatımla *alternatif* terimi, devlet yargılaması dışında tüm *dostane çözüm* yollarını içeren bir üst kavramdır.²⁴⁵

Çoğunlukla *uzlaştırma* ve/veya *arabuluculuk* olarak tanımlanan bu çözüm yollarında, taraflar, diyalogu başlatmaya veya yeniden tesis etmeye davet edilerek çatışma önlenmeye çalışılmaktadır. Taraflar, anlaşmazlığı çözüme yöntemini kendileri seçerek, kendilerine en uygun çözümü bulmak adına çözüm sürecinde aktif rol almaktadırlar. Bu bakımdan alternatif çözüm yöntemleri, hukuki tartışmayı aşır, ihtilafa taraflar açısından uygun görülecek bir çözüm bulma imkânı sağlamaktadır. Ayrıca bu uzlaşmacı yaklaşım, ihtilafın hallinden sonra, taraflar için ticari ve diğer ilişkilerin muhafazasını ve devamını sağlamada da önemli bir katkı sunmaktadır.²⁴⁶ Bu itibarla, kamu alım sözleşmelerinde karşılaşılan ihtilaflarda, tarafların ilişkilerinin uzlaşma zemininde devamlılığı bakımından, ihtilafların çözümünde yargı dışı alternatifler sunan yöntemlerin uygulanabilirliğinin incelenmesi önemlidir.

a. Müzakere Yolu İle Çözüm

İki veya daha fazla tarafın, başta hedefleri farklı olduğu hâlde, birlikte bir sonuca varmalarını gerektiren durumlarda, karşılıklı kabul edilebilir çözüme ulaşmaları için tartışma ve ikna yoluyla farklılıklarını çözmeye çalıştıkları etkileşim süreci olarak ifade edilen müzakerenin aşamaları, genellikle bir sözleşmenin müzakere edilmesindeki aşamalarla aynıdır. Ancak, bir ihtilafın müzakere sürecinde, taraflar arasında çeşitli yönlerden eşitsizlikler bulunması muhtemeldir.²⁴⁷ Kamu alımlarında da bu eşitsizlik durumu hemen dikkat çekmektedir. İhtilafın tarafı olan idare, özel hukuk kişisi karşısında her zaman kamu gücü ağırlığını ve ayrıcalığını hissettirmektedir.

Uluslararası ticari ihtilafların bir kısmı herhangi bir mahkeme veya hakem kararına ya da uzlaştırma veya arabulucu gibi üçüncü kişilerin yardım ve müdahalesine ihtiyaç olmadan doğrudan taraflar arasındaki görüşmelerle çözümlenebilir. Burada ihtilafların niteliği, tarafların uluslararası ticaretteki

²⁴⁵ Tuğsavul, **a.g.e.**, s.24-25.

²⁴⁶ Heintz, **a.g.m.**, s.21.

²⁴⁷ Özer, **a.g.e.**, s.42-43.

konumları ve görüşmeler yoluyla ihtilafı çözümlenmenin taraflara sağlayacağı yararlar belirleyici olmaktadır.²⁴⁸

Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da taraflar arasında müzakerenin önemi kuşku götürmez. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların uyarılma konusunda öncelikle kendi aralarında müzakere etmeleri, her şeyden önce sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun düşmektedir. Ayrıca, dava sürecinde tarafların yargı yoluyla değil de kendi aralarında birbir görüşme yapmaları daha yaratıcı ve esnek hareket etmelerine ve uzlaşma sağlamalarına imkân vermektedir. Yargı süresinin uzaması ve mahkeme masrafları da düşünüldüğünde taraflar için müzakerenin tercih edilmesi daha isabetli ve akılcı bir mekanizmadır.²⁴⁹

Müzakerenin ilk aşaması, ihtilaf konusu olan vakalar üzerinde çalışılmasını ve müzakereler için plan yapılmasını içerir. Sonraki aşamada ise taraflar bilgi paylaşımında bulunur. Bu noktada müzakerecinin üslubu önem arz etmektedir. Zira, başarılı bir müzakere için müzakereciden beklenen, tıpkı dava yolunda olduğu gibi, taraflarca maddi vakalar ve bunlarla ilgili bilgilerin anlaşılması, kişisel kanaatlerden uzak müzakerelerin sürdürülmesi, müzakerenin amacından sapmamaya dikkat edilmesi ve müzakere sürecinin yönetilmesiyle ilgili hususlarda karar vermesidir. Müzakereci, kendisine temsil yetkisi veren tarafın vekili konumundadır. Vekil sıfatıyla hareket eden müzakereci müvekkilinin çıkarları için çalışmalı ve müvekkilinin talimatlarına, bu talimatların hatalı olduğunu düşünse de mutlaka uymalıdır.²⁵⁰

Amacı, her iki tarafında kabul edebileceği ortak bir çözüme ulaşmak olan müzakere yöntemi, bu özelliği itibariyle, tarafların kendilerinin haklı görülmesi ve/veya kazanması yönünde çaba harcandığı tahkim ve mahkeme yolundan da ayrılmaktadır. İhtilaf çözüm yolları içerisinde en yaygın olanı müzakerede tarafların hem usul hem de sonuç üzerinde tam bir tasarrufu söz konusudur.²⁵¹

Pek çok sözleşme müzakere safhasından sonra ortaya çıkmaktadır. Bir ihtilafın müzakere yöntemiyle çözülmesi sonucunda da esasen bir sözleşme yapılmış

²⁴⁸ Şanlı, **a.g.e.**, s.373.

²⁴⁹ Topuz, **a.g.e.**, s.331-333.

²⁵⁰ Özer, **a.g.e.**, s.44-45.

²⁵¹ Kekeç, **a.g.e.**, s.9.

demektir ve bu sözleşme, diğer sözleşmelerle aynı etkiye sahip olarak uygulanır. Müzakereler usulüne uygun olarak yürütüldüğü takdirde, müzakereler esnasında ileri sürülen hiçbir beyan, ikrar ve çözüm teklifi, müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde daha sonra mahkemede delil olarak kullanılamaz.²⁵²

b. Arabuluculuk

Arabuluculuk ve/veya uzlaştırma yönteminde üçüncü bir kişinin mevcudiyeti söz konusudur. Bu iki yöntem birçok ortak noktaya sahiptir. Her iki yöntem de müzakere ile bir çözüme ulaşılamadığında gündeme gelmektedir. Bir başka anlatımla, müzakere sürecinden sonuç alınamadığında, müzakerelerin bir ileri aşaması olarak bu yöntemlere başvurulmaktadır. Arabuluculuk uzlaştırma aşamasını da kapsamaktadır,²⁵³ ancak uzlaştırma yöntemine göre daha kurumsal bir görünüm vermektedir. Bu bakımdan, arabuluculuk başlığı altında, her ne kadar arabuluculuk kavramı açıklansa da, kısmen uzlaştırma yöntemi de kastedilmektedir. Bununla birlikte, bu iki yöntem birbirine çok benzemekle birlikte, bünyesinde bazı farklılıklar bulundurmaktadır. En önemli farklılık, üçüncü bir kişi olarak ihtilafın çözümünde yer alan aktörün (uzlaştırıcı ve/veya arabulucu), çözüme sunduğu katkıdan ileri gelmektedir. Uzlaştırmada tarafsız üçüncü kişi (uzlaştırıcı), sadece bir kolaylaştırıcı olarak hareket ederek görüşmelere katılmaktadır. Arabuluculukta ise, üçüncü kişi (arabulucu) taraflara, çözüm önerilerinde bulunulmasında ve bu önerilerin kabul edilmesi için tarafların ikna edilmesinde aktif bir rol oynamaktadır.²⁵⁴

İhtilaf çözüm yolları içerisinde öne çıkan ve diğerlerine göre daha yaygın bir kullanımı bulunan arabuluculuk, kaynak ülke ABD'nin sınırlarını aşarak, son zamanlarda Kıta Avrupası ve Türkiye'de de ilgi çekmeye başlamıştır.²⁵⁵ Arabuluculuk kurumunun tarihi geçmişine bakıldığında, 1965 öncesinde, ticari ilişkiler alanı dışında, ihtilafların çözümünde arabuluculuğa neredeyse rastlanmadığı

²⁵² Özer, **a.g.e.**, s.45.

²⁵³ Uzlaştırma ve arabuluculuğun ortak noktaları, taraflar arasındaki anlaşmazlığın giderilmesi için çaba harcanması, uzlaştırıcı ve arabulucunun çözüm konusunda tarafları zorlama yetkisine sahip olmamaları, çözümün tarafları bağlamaması ve çözümün yalnızca tarafların anlaşmasıyla mümkün olmasıdır. Philippe Fouchard, Emmanuel Gallard, Berthold Goldman, **On International Commercial Arbitration**, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, s.13, dn.21'den nakleden Özbay, **a.g.m.**, s.466.

²⁵⁴ Odyakmaz, **a.g.m.**, s.66.

²⁵⁵ Elif Kismet Kekeç, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.3.

görülür.²⁵⁶ Kıta Avrupası'nda ise Amerika'ya göre çok daha yeni bir kurumdur. Avrupa'da ilk arabuluculuk kurumu 1991'de İngiltere'de kurulmuştur. 2000'li yılların başında da AB düzeyinde konuya ilişkin birtakım girişimlerin başladığı görülmektedir. Ancak, AB üyesi devletlerde arabuluculuk, devletlerin ulusal hukuklarına bağlı olarak farklı zamanlarda ve düzeylerde gelişim göstermektedir.²⁵⁷

Alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinden biri olarak kabul edilen arabuluculuk, bir karar uygulama yetkisi olmayan tarafsız bir üçüncü tarafın, tartışmalı tarafların mutabık kalınmış bir çözüme ulaşmalarına destek verdiği gayri resmî bir süreç olarak anlaşılmaktadır. Gayri resmîlik ve karşılıklılık temeline oturan arabuluculuk, çözüm sürecinde en önemli etkisini anlaşmazlığın taraflarca gönüllü çözümü üzerine göstermektedir. Diğer taraftan, arabuluculuk kurumunun ne şekilde tanımlanacağı konusunda, tahkimin aksine, net bir tanım olmayıp farklı görüşler mevcuttur. Bu farklılık o kadar belirgindir ki, arabuluculuk alanının ne şekilde geliştiği ya da neyi temsil ettiği hususunda kabul edilmiş bir tanım bulunmamaktadır. Bunun yerine, literatür, farklı yazarlar tarafından anlatılan ve arabuluculuk sürecinin özel ve kamu yararlarının farklı boyutlarını vurgulayan çeşitli tanımlar sunmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuk, bazıları tarafından mahkeme yoğunluğunu azaltan ve özel davalarda *yüksek kalite* adalet getiren bir araç; kimilerine göre daha adil muamele göstermek için kişileri ve toplulukları organize edici bir araç; bazıları için ise gizli sosyal kontrol ve baskı yolu olarak tanımlanmaktadır.²⁵⁸ Arabuluculuğun oldukça fazla tanımı yapılmakla birlikte, hâkimin karar vereceği her konunun arabuluculuğa gidebileceği de belirtilmektedir.²⁵⁹

Amerikan Alternatif İhtilaf Çözümü Danışma Kurulu'nun tanımına göre arabuluculuk, ihtilaf içindeki tarafların, ihtilafın içeriğine veya çözümüne ilişkin belirleyici etkisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan, bir ihtilaf çözümü uygulayıcısı yardımı ile ihtilaf konularının belirlenmesi,

²⁵⁶ Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger, **Arabuluculuk ve Getirileri: Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı**, Çev. Gamze Sart, Ankara, Nobel, 2013, s.6.

²⁵⁷ Belçika, İspanya, Almanya, Avusturya, Hollanda devletlerinin arabuluculuk gelişimleri için bkz.: Türkiye Barolar Birliği, **Dünya Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı**, Ankara, Mart 2011.

²⁵⁸ Bush, Folger, **a.g.e.**, s.8-9.

²⁵⁹ Nicolien Verleij, "Hollanda Örneği, **Dünya Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Mart 2011, s.89.

çözüm önerileri üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren bir süreçtir.²⁶⁰

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun²⁶¹ 2'nci maddesi birinci fıkrasının (b) bendinde de bir tanım yapılarak arabuluculuğun; *“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”* ifade ettiği vurgulanmıştır.

Arabuluculukta başarı ile çözülen ihtilafların büyük bölümü, sürekli ilişkilere ait ihtilaflardır. İnşaat sözleşmeleri gibi gelecekte devam eden bir ilişki varsa veya ilişkinin gelecekte devam etmesi bekleniyorsa, arabuluculuk bu iş için uygun bir yöntemdir.²⁶² Bu nedenle kamu alımlarında, idarenin ihtiyaçlarının süreklilik gösterdiği gerçeği dikkate alındığında, idare ile sözleşme ilişkisine giren özel hukuk kişileri arasında yaşanan ihtilaflarda yargıya gitmek yerine arabuluculuk yöntemini tercih etmek daha makul bir seçenek olarak görünmektedir.

Arabuluculuk bir yargılama usulü olmadığı gibi resmî bir yol da değildir. Taraf veya taraflarca doğrudan başvurular daha sık görülmekle birlikte, bir ihtilafta arabuluculuk yönteminin uygulanması çeşitli şekillerde görülebilmektedir.²⁶³ Arabuluculuğun ihtilaf doğmadan önce yapılmış bağımsız bir sözleşmede veya esas borç ilişkisini doğuran sözleşme içerisinde kararlaştırılmış olması veya mahkeme tarafından arabuluculuğa başvurulmasının bir ön koşul veya zorunluluk olarak

²⁶⁰ Serhat Özer, **İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukuki Çözüm Yolları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.27.

²⁶¹ Bu Kanunun; 28 ilâ 32'nci maddeleri ile geçici maddeleri yayımı tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinden bir yıl sonra (22 Haziran 2013) yürürlüğe girecek olup; kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk ihtilaflarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. 22 Haziran 2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete.

²⁶² Kekeç, **a.g.e.**, s.94.

²⁶³ **A.e.**, s.116.

bildirilmesi hâlinde, tarafların ayrıca bu yönteme karar vermesine gerek bulunmamaktadır.²⁶⁴

Arabuluculuk sözleşmesinde, doğmuş veya doğabilecek bir ihtilafın tarafsız üçüncü kişi yardımı ile çözümü konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yer almalıdır. Bu sözleşme, asıl sözleşmeden bağımsız, gerek sözleşmenin kurulması gerek geçerliliği bakımından borçlar hukukuna tabi, etkilerini hem maddi hukuk hem de usul hukukunda gösteren bir sözleşmedir. Şekil geçerlilik şartına sahip olmayan bu sözleşme, yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Ayrıca, sözleşmede hangi ihtilafların sözleşme kapsamında yer aldığı belirtilmesi gerekli olduğu kadar önemli bir husustur.²⁶⁵

Arabuluculuk süreci üç şekilde başlamaktadır: İhtilafa düşmüş tarafların talebiyle başlayabilir (kamu alımları için kişi ya da idare); hâkimin önerisiyle başlayabilir; kanun emriyle başlayabilir (kanun bazı hâllerde tarafların önce uzlaşma yoluna başvurusunu zorunlu tutmuş olabilir).²⁶⁶ İhtilaf doğduktan sonra arabuluculuk yolu seçilebileceği gibi ihtilaf öncesi arabuluculuk sözleşmesinin taraflar arasında yapılması da mümkündür. Taraflar, aralarında mevcut olan asıl borç ilişkisine dayanan sözleşmeye konulacak bir şartla veya bağımsız bir sözleşme ile ileride çıkması muhtemel ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin kullanılacağını kararlaştırabilirler.²⁶⁷ Özellikle, sözleşme süresi boyunca tarafların karşılıklı işbirliğinin zorunlu olduğu ve karmaşık yapılarından dolayı ortaya çıkabilecek farklı nitelikteki ihtilaflara farklı çözümler sunabilmesi nedeniyle, uzun vadeli inşaat ve mühendislik sözleşmelerinde ihtilaf öncesinde tarafların tercih edebilecekleri imkânlar arasında yer almaktadır.²⁶⁸

Arabulucu ile taraflar arasındaki ilişki, maddi hukuka tabi bir özel hukuk ilişkisi olarak nitelendirilebilir. Bu sözleşme ile arabulucu, arabuluculuk hizmetini ortaya koyma, taraflar ise bunun karşılığında ücret ödeme²⁶⁹ asli edimini

²⁶⁴ Özer, **a.g.e.**, s.32.

²⁶⁵ Kekeç, **a.g.e.**, s.117-118.

²⁶⁶ Odyakmaz, **a.g.m.**, s.67.

²⁶⁷ Özer, **a.g.e.**, s.33.

²⁶⁸ Kekeç, **a.g.e.**, s.126.

²⁶⁹ Ücret, çoğu zaman saatlik veya günlük olarak kararlaştırılır. Aksi kararlaştırılmamış ise, genelde arabuluculuk ücretini taraflar eşit olarak öder. Özer, **a.g.e.**, s.34.

borçlanmaktadır. Burada bir iş görme sözleşmesi söz konusudur.²⁷⁰ Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, arabuluculuk sonucunda yapılan sözleşmede de, bir sözleşmede bulunması gereken temellerden birinin eksik olması hâlinde sözleşme uygulanabilirliğini kaybeder. Borçlar hukuku bakımından gerekli görülen asgari koşullar, arabuluculuk sözleşmesinde sağlanmış olmalıdır. Sözleşmelere karşı ileri sürülebilen hata, hile, tehdit gibi iddialar, sözleşme hukukunun uygulandığı arabuluculuk sözleşmesinde de geçerlidir.²⁷¹

Arabuluculuk girişiminin sonucunda tarafların anlaşarak ihtilaf konusunu çözebilecekleri gibi anlaşma sağlanamama durumu da mümkündür. Tarafların anlaşamaması hâlinde çözüm görüşmelerine devam etmek de bir alternatif yoldur. Anlaşma sağlanmışsa anlaşma metni, tarafların açıkça anlayabileceği netlikte olmalı ve iradeleri muğlaklığa mahal vermeden doğru ve objektif ifadelerle kaleme alınmalıdır. Bununla birlikte diğer bir önemli husus, arabulucunun önerdiği çözüm, hâkimlerin ve/veya hakemlerin aksine taraflar arasında bağlayıcı ve icra kabiliyetini haiz bir karar niteliğinde değildir. Bunun sonucu olarak, taraflar arabulucunun öngördüğü çözüme göre hareket etmeye zorlanamaz.²⁷² Ayrıca, arabuluculuk sözleşmesi veya şartına uymayan tarafın, mahkemede dava açmasına engel olunamaz.²⁷³

c. Hakem-Teknik Bilirkişi Yolu İle Çözüm

Anlaşmazlığa düşen taraflar, sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıkan sorunların incelenip, karara bağlanabilmesi için uzman kişilerin karar ve tavsiyesinden yararlanabilir ve bu yararlanma kapsamında ihtilafları müzakere

²⁷⁰ Kekeç, **a.g.e.**, s.139.

²⁷¹ **A.e.**, s.184.

²⁷² Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Seçkin, 2007, s.138. Türk hukuku açısından bakıldığında, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18'inci maddesinin ikinci fıkrasında "*Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır*" demek suretiyle, anlaşma belgesinin önemine dikkat çekilmiştir. Zira, taraflar arabuluculuk yöntemini kullanarak anlaşmaya varırlarsa ve anlaşmayı olduğu gibi uygulamak isterlerse, ortaya çıkan anlaşma belgesi sözleşme hukukunun genel hükümlerine tabi olacaktır. Kekeç, **a.g.e.**, s.186.

²⁷³ Kekeç, **a.g.e.**, s.133.

ederek çözebilirler. Bunun için taraflar, sözleşme konusu işin yapımı sırasında meydana gelen teknik problemlerin çözümü konusunda uzman kişilere gereksinim duyabilir. Bu kişilere hakem ve/veya bilirkişi denmektedir.²⁷⁴

Uluslararası özel hukuk anlaşmalarının artan karmaşıklığının tabii bir sonucu olarak, teknik nitelikteki problemlerin sık sık yaşandığı ve sözleşmenin ifasına engel olayların giderek çoğaldığı görülmektedir. Yaşanan bu problemlerin büyük oranda inşaat işlerine ilişkin sözleşmelerde özellikle yaygın olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, bir otoyol yapım sözleşmesinin ifasında dökülen asfalt veya betonun kalitesi ya da bir anahtar teslimi bina yapımında yapı içinde kullanılan imalat malzemelerinin miktar ve kalitesi ile ilgili olarak çok defa taraflar arasında çözülmesi gereken teknik sorunlarla uygulamada karşılaşmaktadır.²⁷⁵

Teknik nitelikteki her ihtilaf, sözleşmenin ifasını sekteye uğratabileceği gibi ihtilafın hakemler veya mahkemelerce çözümüne kadar işleri durdurabilir. Bundan dolayı, bu tür ara teknik sorunların, sözleşmenin tam olarak ifasını engellememesi için, uluslararası sözleşmelerde teknik bilirkişiler atanmaktadır.²⁷⁶

Hakem/bilirkişilik, belirli ihtilafların çözümünde esnek, etkin, ucuz ve ticari olarak tercih edilen bir alternatif ihtilaf çözüm yolu olmasına rağmen hakem/bilirkişi kurumu, bugün için Türkiye’de doğrudan kanuni bir düzenlemeye sahip değildir.²⁷⁷

Hakem/bilirkişilik, tahkim ve bilirkişilik kurumları ile karıştırılması olağan bir alternatif ihtilaf çözüm yöntemidir. Zira, işlevsel olarak hakem/bilirkişilik ağırlıklı olarak tahkime ve kısmen de bilirkişiliğe benzemektedir. Bir başka deyişle bu benzerlik, yöntemin işleyişiyle ilintilidir. Hakem/bilirkişi anlaşması ile hakem/bilirkişiler; ihtilafa konu zararın vuku bulan miktarı, edimin kıymeti, ifada bir kusur varsa uzmanlıklarına göre bunun tayin ve tespiti gibi hususlarda taraflara hizmet sunarlar. Bu çerçevede hazırlayacakları raporlar mahkemeyi bağlar.²⁷⁸

²⁷⁴ Şanlı, a.g.e., s.379.

²⁷⁵ Özer, a.g.e., s.46.

²⁷⁶ Şanlı, a.g.e., s.386.

²⁷⁷ Ali Yeşilirmak, **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim; Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.28.

²⁷⁸ Yeşilirmak, a.g.e., s.31.

Taraflar hakem/bilirkişi anlaşması gibi münhasır bir delil sözleşmesi yapabilirler. Yargıtay, irade özerkliğini esas alarak hakem/bilirkişi atanması, hakem/bilirkişilik usulü, raporun içeriği, raporun iptalinde başvuru süresi gibi şartları bağlayıcı saymaktadır. Hatta, Yargıtay kararlarına göre hakem/bilirkişi anlaşmasında, hakem/bilirkişiye gitmek için belirli şartlar getirilmiş ise o şartlara da uyulmalıdır.²⁷⁹

2. İhtilafların Çözümünde Tahkim

Ulusal ve uluslararası ticarete, herhangi bir ihtilafın çözümünü hakemlere bırakma olarak tanımlanan tahkim; geniş anlamda, kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak ihtilafların *tahkim sözleşmesi* veya *tahkim şartı* denilen bir akit hükmü uyarınca, devlet yargısına başvurmadan anlaşmazlığın taraflarınca ve/veya yetkili kılınan şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan gerçek kişi veya kişiler (hakem) veya bu alanda faaliyet gösteren kurumlar tarafından, görülen tahkim davası sonucunda verilen bir hakem kararı ile çözümlenmesidir. Dolayısıyla tahkim, devlet yargısı dışında kullanılan özel bir ihtilaf çözüm yöntemidir.²⁸⁰ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tahkimde hakemlerce çözüme bağlanan ihtilaf, bir dava değildir. Dava, bir ihtilafın halli için devlet yargılamasına müracaatı ifade eder. Tahkimde böyle bir durum söz konusu olmadığı için tahkim, devlet yargısına karşı istisnai, özel bir yargı yolu niteliği taşır.²⁸¹

Ortak girişim (joint venture) veya konsorsiyumun yüklendiği yüksek bedelli kamu alımlarında,²⁸² sözleşme yapıldığı esnada taraflar arasında henüz ihtilaf

²⁷⁹ Hakem-bilirkişi anlaşmasına genellikle sigorta ve inşaat sözleşmelerinde rastlanılmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HMUK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hakem-bilirkişi anlaşmasına ilişkin bir şekil şartı öngörmemiştir. Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.37-39. HMK'nin 193'üncü maddesinde öngörülen delil sözleşmelerine istinaden hakem-bilirkişilik müessesesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişilik şartı veya sözleşmeleri, 193'üncü maddede öngörülen delil sözleşmelerinin bir örneğini teşkil eder. Şanlı, **a.g.e.**, s.387.

²⁸⁰ Keskin, **a.g.e.**, s.123. Tahkim kavramının tanımı konusunda hukukçuların fikir birliği içinde olmadığı, bununla birlikte, genellikle taraflar arasında doğmuş ya da ileride doğabilecek ihtilafların çözümünün özel kişilere bırakılması konusundaki sözleşmenin anlatılmak istendiği, ancak tarafların bazen ihtilaflarını çözmek üzere seçecekleri özel kişilerle yapılan anlaşmaların, bazen de ihtilafın hakemlerce karara bağlanması işlemlerinin bütününe ifade edildiği sonucuna varmak mümkündür. Kaymakçioğlu, **a.g.e.**, s.64.

²⁸¹ Turgut Kalpsüz, "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim", **İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları**, (Seminer, BTHAE), Ankara, 1996, s.341.

²⁸² KİK'in istisnaları düzenleyen 3/c maddesi; "Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının

görülmez. Başlangıçta taraflar arasında ihtilaf olmadığı hâlde, sözleşme konusu iş başlayıp bitinceye kadar sözleşmenin uygulanması aşamasında veya işin sonunda birtakım ihtilaflar ortaya çıkmaktadır. Sorun, ihtilaf çıktığında çözüm için nereye başvurulacağındadır. Çünkü, ortak girişim veyahut konsorsiyom ortakları genellikle, işin yapıldığı ülkenin kanununa veya mahkemesine tabi olmaktan kaçınmakta ve milletlerarası kurumların kabul ettiği yeknesak kurallara başvurmayı talep etmektedir. Esasen taraflar arasında kurulan sözleşme borçlar hukuku (özel hukuk) sözleşmesidir. Bu sözleşmede tahkim hükümleri bulunmadığında, sözleşmeden bağımsız tahkim şartı denilen yeni bir sözleşme hazırlanır. Bu sözleşme de usul hukuku sözleşmesidir. Tahkim şartının bağlı olduğu usul hukuku sözleşmesi ile işin esasına göre yapılan borçlar hukuku sözleşmesi birbirinden tamamen bağımsızdır.²⁸³

Tahkim, ulusal ve uluslararası tahkim şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ulusal (milli) tahkim yerine *iç tahkim, mahalli tahkim, yerli tahkim* kavramları da kullanılmaktadır. Uluslararası tahkim kavramı yerine, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerle ilgili olduğu için bazı yerlerde *uluslararası ticari tahkim* kullanımı tercih edilmektedir.²⁸⁴

Türkiye, ticari ilişkilerde tahkimi baştan beri 1086 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu* (HMUK)'nda düzenlemiştir. 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (HMK)'nun yürürlüğe girmesi ile adı geçen Kanun mülga olmuştur. HMK tahkim yargılamasında devrim niteliğinde, hatta uluslararası ihtiyaçları fazlasıyla karşılayan düzenlemeler getirmiştir. Bu itibarla HMK, 4686 sayılı *Milletlerarası Tahkim Kanunu* (MTK) paralelinde düzenlemeler getirirse de tahkim açısından MTK'ya göre daha elverişli ve ilerici bir anlayışa sahiptir.²⁸⁵

uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri"ne ortak girişim (joint venture) veya konsorsiyumların, yüksek bedelli kamu alımlarına katılmasına imkân veren bir istisna hükmüdür.

²⁸³ Kemal Dayındarlı, "Kamu İhale Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Yabancı Şirketlerle İmzalanan Yüksek Bedelli İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Milletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Şartı", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.157.

²⁸⁴ Kaymakçıoğlu, **a.g.e.**, s.65.

²⁸⁵ Uluslararası ticaretin Türkiye'de de yaygınlaşması ve yabancı sermayenin Türkiye'ye gelmesi için 4686 sayılı MTK kabul edilmiştir. MTK, UNCITRAL tahkim kuralları kaynak alınarak hazırlandığından Türkiye'de ticaret yapan uluslararası özel veya tüzel kişilerin ya da uluslararası ticaret yapan Türk özel veya tüzel kişilerin Yargıtay'ın temyiz denetimine tabi olmayan tahkim

Türk hukuk düzeninde, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden²⁸⁶ doğacak ihtilafların, ulusal ya da uluslararası hakem yoluyla çözülmesi Anayasa'nın 125'inci maddesine, 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla²⁸⁷ eklenen fıkra gereğince mümkün hâle gelmiştir. Bu anayasal değişikliğe kadar Türkiye'de milletlerarası tahkimi düzenleyen hususi metinler bulunmamaktaydı. Anayasa değişikliğinin yapılmasının temelinde ise bu alana ilişkin hukuki boşluğun yanında Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E. ve 1995/23 K. sayılı kararında “*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarla ilgili tahkim yoluna gidilemeyeceği*” yönündeki yaklaşımı etkili olmuştur.²⁸⁸ Ayrıca, uluslararası ve/veya ulusaşırı şirketler, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sebebiyle Türkiye'de yatırım yapmaktan ve kamu kurumlarının ihalelerine katılmaktan imtina etmekte ve bunun tabii sonucu olarak da, otoyol, baraj, köprü vb. büyük altyapı ve enerji yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde ihtilaf çıktığında, devletin menfaatini üstün tutabilecek ulusal mahkemelerde yargılama yapılmasını istemediklerinden dolayı, Türkiye'de yabancı sermaye

yargılaması yoluna gitme imkânları doğmuştur. MTK'nin 15'inci maddesinde belirtildiği gibi hakem kararlarına karşı temyiz incelemesi mümkün olmadığından milletlerarası ticari tahkime dair verilen kararların devlet mahkemeleri tarafından esastan denetlenmesi mümkün değildir. 6100 sayılı HMK'deki tahkime dair düzenlemeler ile artık milli tahkime ilişkin hakem kararlarında kanun yolu olarak temyiz değil, iptal yoluna başvurulabilecektir. Böylelikle Türk hukukunda gerek milli gerekse milletlerarası tahkimde kanun yolu olarak iptal kurumu yeknesaklaşarak kabul edilmiştir. Ayrıca, MTK çerçevesinde verilmiş hakem kararında iptal yoluna başvurulduğunda ve iptal isteminin reddine karar verildiğinde, karar kesinleşmeden hakem kararı icra edilemezken; HMK'nin 439'uncu maddesi gereğince hakem kararına karşı iptal davasının reddedilmesi durumunda red kararının temyiz edilmesi hakem kararının icrasını durdurmaz. Özer, **a.g.e.**, s.115.

²⁸⁶ İmtiyaz işlemi denilince, imtiyaz sözleşme ve şartlaşması olarak da isimlendirilen karma nitelikli bir işlem anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle imtiyaz işlemi, tarafların hakları ve borçlarını öngören sözleşme ile hizmetin kuruluş ve işleyişini düzenleyen şartlaşmadan oluşmaktadır. Dolayısıyla, imtiyaz işleminde düzenleyici kurullarla sözleşme hükümleri bir arada bulunmaktadır. Yönetimin düzenleyici nitelikteki hükümlerde kamu yararına tek taraflı değişiklik yapma yetkisi bulunduğu da kabul edilmelidir. Kaymakçıoğlu, **a.g.e.**, s.41. Kamu hizmeti imtiyazı ile yalnızca hizmetin işletilmesine yönelik imtiyaz anlaşıldığından, imtiyazın hizmet için gerekli tesislerin kurulmasını da içermesi durumunda *bayındırlık işi imtiyazı* ile *kamu hizmeti imtiyazı* bir arada bulunmaktadır. Uygulamada kamu hizmeti imtiyazı denilince, bu ikisi bir arada anlaşılmaktadır. Esasen kamu hizmeti için gerekli tesisleri kuran kişi daha sonra bunları işleterek yatırımını amorti etmektedir. A. Şeref Gözübüyük, **Türkiye'nin Yönetim Yapısı**, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s.37.

²⁸⁷ 14.08.1999 tarihli ve 23786 sayılı Resmi Gazete. Uluslararası tahkimi anayasal bir temele oturtan Anayasa'daki bu değişiklik sadece uluslararası tahkimin kabulüne yönelik değildir. Düzenleme, tahkimle doğrudan ya da dolaylı ilgisi/bağlantısı bulunan özelleştirme ve kamu imtiyaz sözleşmelerindeki yargı denetimine ilişkin düzenleme öngören bir değişiklik paketi niteliğindedir. Nitekim, 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47, 125 ve 155'inci maddelerine yönelik değişiklikler yapılmıştır.

²⁸⁸ Turgut Kalpsüz, **Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu Tasarısında İç Tahkim (M. 411-448) Paneli**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s.8.

yatırımlarının artmadığı yönündeki eleştiriler de süreci hızlandırmıştır.²⁸⁹ Bundan dolayıdır ki, 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği daha çok kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerini kapsayan bir değişikliktir.²⁹⁰

Bu hukuki değişimin temelinde toplumsal talepten ziyade küresel etkilerin olduğu kabul edilmelidir. Küreselleşen dünyanın siyasi ve iktisadi yeni haritalarının çizilmesinde en etkin rolü oynayanlar, çokuluslu şirketler ve onların nüfuzu altındaki uluslararası örgütlerdir. Günümüzde, uluslararası denilen bu çok uluslu sermaye şirketleri, az gelişmiş ya da gelişmekte olan devletlerin ekonomik yapılarını denetler hâle gelmiştir.²⁹¹ Devletlerin sağladığı ekonomik ve mali imkânlardan yararlanan bir yabancı yatırımcı için yatırımlarının hukuki yönden belirsizlik içermesi ya da hukuki güvenceden yoksun olması bir risk unsuru taşıdığından, yabancı sermayeyi devletlerine çekmek isteyen devletler, yabancı yatırımcıların hukuki kaygılarını en aza indirecek tedbirleri almak ve gerekli düzenlemeleri yapmak durumunda olduğundan, bu noktada yabancı yatırımcılar açısından önem arz eden uluslararası tahkim konusu devreye girmektedir. Bu küresel olgunun Türkiye'ye yansımaları kamu yönetiminde yapısal birtakım değişikliklerle sınırlı kalmamış, ayrıca Türkiye, uluslararası tahkim gibi üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir hukuki yolu, uluslararası şirketlerin lehine bir güvence olarak anayasal düzeyde kabul etmiştir.

²⁸⁹ Anayasa değişikliği yapıldıktan sonra, yabancı sermaye akışındaki istatistikler incelendiğinde, sonuç savunulmanın aksine bir seyir izlemiştir. 1980-1990 yılları arasında verilen yabancı sermaye izin tutarı toplam 6,4 milyar Dolara ulaşırken, yıllık ortalama izin tutarı 456,3 milyon Dolar olmuştur. 1991-2000 yılları arasında ise verilen yabancı sermaye izin tutarı 21 milyar Dolar olurken, yıllık ortalama izin tutarı 2,1 milyar ABD Dolarına çıkmıştır. 2002 yılında izin verilen yabancı sermaye tutarı 2.243 milyon ABD Doları olurken, bu miktar 2001 yılında 2.750 milyon ABD Doları, 2000 yılında ise 3.477 milyon ABD Dolarıdır. 2002 yılında verilen yabancı sermaye izni 2000 yılına göre % 35,5 oranında azalırken, 2001 yılına göre % 17,7 oranında azalmıştır. Görüldüğü üzere, anayasa değişikliği ile uluslararası tahkim düzenlemelerinden sonra dış yatırım akışında bir patlama olmamış, aksine bir daralma yaşanmıştır. Türkiye'den son on yılda (2001-2011) yurt dışına yapılan yatırımlar ile Türkiye'ye yapılan yatırımlar kıyaslandığında ise, özellikle 2004 yılından itibaren açılan makasın 2008 yılından itibaren tekrar daralmaya başladığı görülmektedir. Bu fark 2004 yılında yaklaşık 2 milyar ABD Doları iken 2007 yılında yaklaşık 20 milyar ABD Dolarına çıkmış, 2010 yılında ise Türkiye'ye yapılan yatırımlar 7,8 milyar ABD Doları seviyesine gerilemiştir. Son on yıllık dönemde yurt dışına en çok yatırım yapılan yılın 2,5 milyar ABD Doları ile 2008 yılı olduğu görülmüştür. 2010 yılı Uluslararası Dış Yatırım (UDY) akımında, ilk sırayı 128 milyar ABD Doları ile Amerika Birleşik Devletleri almış, Çin 106 milyar ABD Doları ile ikinci sırada yer almıştır. Türkiye ise 9 milyar ABD Doları tutarında UDY çekebilmiştir. **2011 Yılı Yurtdışı Doğrudan Yatırım Raporu**, Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hazine.gov.tr/default.aspx?nsw=BKsmUPQeFbnBXCDahrXm1A==H7deC+LxBI8=&mid=250&cid=30&nm=45#>, 21 Mayıs 2013.

²⁹⁰ Özer, **a.g.e.**, s.51.

²⁹¹ Kaymakçioğlu, **a.g.e.**, s.17-18.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda, Anayasa'nın 125'inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen bir hükümle²⁹², kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilafların, mili veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebilmesi anayasal bir hüküm olarak yerini almış ve bunun paralelinde *Danıştay Kanunu* ve *İdari Yargılama Usulü Kanunu*'nda da benzer bir düzenlemeye gidilmiştir. Konuya ilişkin esas ve usuller ise, 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı *Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hâlinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun*²⁹³ ile düzenlenmiştir. 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilafların milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi de 4686 sayılı Kanun hükümlerine tabidir.²⁹⁴ Ayrıca, 05.6.2003 tarih ve 4875 sayılı *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu*'nda (m.3/e) ihtilafların çözümüne ilişkin olarak “*Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu değişiklik ile kamu imtiyaz sözleşmeleri ve şartlaşmalarından doğan ihtilafların çözümü için ulusal yargı yerine tahkim yolunun kullanılmasına olanak tanınmaktadır. Buna göre, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi özelliğindeki

²⁹² “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*” (Anayasa 125'inci madde birinci fıkra, Ek cümleler: 13/8/1999 - 4446/2 md.)

²⁹³ 22.01.2000 tarih ve 23941 sayılı Resmi Gazete. Yapılan değişiklikler sonrasında tahkim yolunun getirilmesi, öğretilerde yoğun eleştiri konusu yapılmıştır. Bazı akademisyenler tarafından imzalanan *Uluslararası Tahkim, Türkiye'yi Uluslararası Mahkum Durumuna Getirecektir* başlıklı bildiri, 02.07.1999 tarihinde düzenlenen basın toplantısı ile kamuoyuna duyurulmuştur. Bkz.: Uz, **a.g.e.**, s.149-150.

²⁹⁴ 4686 sayılı Kanun, 4501 sayılı Kanunun kapsamına giren sözleşmelerin, sadece yabancılık unsuru taşıyanlarından doğacak ihtilafların, milletlerarası tahkime götürülmesi kararlaştırılmış olanlarına uygulanabilecek hükümler getirmiştir. Söz konusu Kanun'un *Amaç ve Kapsam* başlıklı ilk maddesinin son fıkrasında 4501 sayılı Kanun uyarınca, yabancılık milletlerarası tahkimin söz konusu olduğu hâllerde, 4686 sayılı Kanun'un da göz önünde bulundurulması gerekebilecektir. 4686 sayılı Kanun, milletlerarası tahkim uygulamalarında, tahkim şartı ya da anlaşmanın yapılmasından başlayarak, hakem kararlarının kesinleşmesine kadar devam eden süreci Türk hukuku açısından düzenlemektedir.

sözleşmelerde tarafların, sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda ulusal veya uluslararası tahkim yolunu kullanacaklarına dair hüküm koyma imkânı verilmiş ve bunun anayasal dayanağı oluşturulmuştur. Buna karşılık, sözleşmeden doğan ve sözleşmeyle ilgili, fakat sözleşmeden ayrılabilen idari işlemler ve kararlara ilişkin ihtilaflar, yine iptal ve tam yargı davasına konu olabileceklerdir. Aynı şekilde imar, çevre, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin olarak da yargı yolu açık olacaktır.²⁹⁵

Uluslararası tahkim, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde kullanılabilir. Dolayısıyla, ulusal nitelikli ihtilaflar için uluslararası tahkime gidilemez. Söz konusu yabancılık unsurunun ne olduğu ve hangi durumlarda uluslararası nitelik kazanacağı 4686 sayılı MTK ile belirlenmiştir. Ayrıca, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli²⁹⁶ Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar²⁹⁷ın 32’inci maddesi ikinci fıkrasında “...taraflar uygulama sözleşmesinde ihtilafların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ihtilafların esasına Türk maddi hukuk kuralları uygulanır” demek suretiyle ihtilafların tahkim yoluyla hallini ve ihtilafların çözümünde uygulanacak maddi hukuku düzenlemiştir.

Ancak, Yargıtay’a göre “*Hakem sözleşmesi, sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü hakkında*

²⁹⁵ Keskin, **a.g.e.**, s.207.

²⁹⁶ Yap-İşlet-Devret modeli, bir kamu hizmetiyle ilgili olarak üretim, iletim ve dağıtım etkinliklerinin yerli ve yabancı bir özel hukuk kişisine verilmesidir. Yap-İşlet-Devret modeli, 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Kanun ile ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Yap-İşlet-Devret modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren köprü, tünel, baraj, otoyol gibi kamu hizmetlerini de kapsayan geniş bir skalaya sahiptir. Yap-İşlet-Devret modeli, bir kamu hizmetinin yapılmasına ilişkin tesisin; özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını, yatırılan sermayenin amortismanı ve belli bir kâr sağlanması amacıyla belli bir süre işletilmesini ve daha sonra bedelsiz olarak ve hiçbir borç yükü altında olmadan ilgili idareye devir ve teslimini sağlayan bir usüldür. Bu modelin hukuki dayanağını, öncelikle Anayasa’nın 47’nci maddesi ve bu maddeye dayalı 3096, 3996, 4046 ve 4283 sayılı kanunlar uyarınca hazırlanıp yürürlüğe konulmuş Bakanlar Kurulu Kararları, yönetmelikler ve tebliğler oluşturmaktadır. Vahit Polatkan, **Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s.59. 1994 yılında özelleştirme uygulamalarını düzenlemek amacıyla çıkartılmış olan 4046 sayılı Kanunun 15’inci maddesinde, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar vb.) ile varlıklarının; kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessesesi, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin kullanma hakkının 49 yıllığına işletme hakkı verilmesi, kiralama ve diğer yöntemlerle özel kişilere devrini düzenlemektedir.

²⁹⁷ 11.06.2011 tarih ve 27961 sayılı Resmi Gazete, karar tarihi 26.04.2011, karar numarası 2011/1807.

yapılabilir.”²⁹⁸ Tahkimin özel hukuk alanındaki ihtilafların çözüm yollarından biri olarak kabul edildiği 1938 yılında çıkarılmış olan 3533 sayılı Kanun’dan da anlaşılmaktadır. Zira, zikredilen Kanun, kamu kuruluşları arasında çıkacak ihtilaflardan *adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunanların tahkim yoluyla çözümünü öngörmektedir.*²⁹⁹ Danıştay da bir kararında “...eylemin varlığının, niteliğinin ve bu eylem sonucu zararın tutarı konusundaki uyuşmazlığın kamu hizmetine ilişkin olduğu kanıtlanmadıkça 3533 sayılı yasa uyarınca, yönetsel yargılama usulünden farklı bir usul olan tahkim usulüne göre çözümlenmesi gerekmektedir” demektedir.³⁰⁰

Esasında tahkimin pozitif idare hukukunda yerini almasından önce yabancı yatırımcıların büyük çekincelerinden bir tanesi de 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 23 (d) maddesi uyarınca Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisiydi. Danıştay’ın bu sözleşmeleri incelerken gecikmesi ve devlet lehine karar verebilme olasılığı, yatırımcılar açısından hukuki risk kapsamında değerlendirilmekteydi. Ayrıca Danıştay, incelemesi için önüne getirilen sözleşme tasarılarında yer alan tahkim ile ilgili hükümleri sözleşme metninden çıkarmaktaydı. Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim ile ilgili hükümleri kabul etmemesinin nedeni, tahkimin bir özel hukuk kurumu olması ve bu sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümünün 2575 sayılı Kanunun 24’üncü maddesi birinci fıkrası (j) bendi³⁰¹ ve 2577 sayılı Kanunun 2/1- (c) maddesi³⁰² ile idari yargının görev alanı içine sokulmuş olmasıdır. Öte yandan, 2577 sayılı Kanunun 31’inci maddesinde

²⁹⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 28.01.1994, E.993/4, K.994/1, **YKD**, C.20, S.4, Nisan 1994, s.525.

²⁹⁹ 3533 Sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediyeye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun’un birinci maddesinde bu husus; “Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere aid olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler” şeklinde ifade edilmiştir. 16.07.1938 tarih ve 3961 sayılı Resmi Gazete.

³⁰⁰ Danıştay 8. D. 18.9.1991, E.990/1834, K.991/1377, **Danıştay Dergisi**, 84-85, 1992, s.557 vd. Dava konusu olayda belediyenin çalışmaları sırasında telefon şebekesine verdiği zarar nedeniyle PTT Genel Müdürlüğüne belediyeye karşı açılan tazminat davası söz konusudur. Nakleden Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s.559.

³⁰¹ “Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar karara bağlar.”

³⁰² “Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”

HUMK'un hangi hükümlerinin idari yargıda uygulanacağı tahdidi olarak sayılmış olup, bu hükümler arasında HUMK'un tahkim ile ilgili hükümlerine yer verilmemiş olduğundan, sözü edilen Kanunun tahkim ile ilgili hükümlerinin idari yargıda uygulanması Danıştay tarafından mümkün görülmemiştir.³⁰³

Bu durum, AB'ye tam üyelik yolunda önemli adımlar atan ve AB müktesebatına uyum için pek çok düzenlemeyi yapmakta çekinmeyen Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinin yaklaşımlarıyla beraber incelendiğinde, özellikle imtiyaz sözleşmelerine dâhil olan yabancı yatırımcılar bakımından; dar anlamda imtiyaz sözleşmelerinden doğacak ihtilafların çözümünde idari yargı dışında bir yola başvurulması, geniş anlamda ise kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olan imtiyaz usulünün tabi olacağı hukuki rejim açısından tekrar gözden geçirilmesi ve buna ilişkin Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması gündeme gelmiştir. Anayasa değişikliğine giden yolda “katalizör” etkisi yapan bir diğer durum da Türkiye Cumhuriyeti'nin bu süreçte taraf olduğu gerek çok taraflı, gerek iki taraflı *Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması* anlaşmaları ile çeliştiği, tüm bu düzenlemelerin ortak bir hukuki zemine oturtulması gerektiği fikri olmuştur. Esasında yabancı yatırımcıların Türk Danıştay'na; geniş anlamda Türk idari yargısına karşı belli etmiş olduğu hassas tavır etkisini AB kurumlarında da göstermiş ve 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 155'inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikten sonra da başka bir görünüm almıştır.³⁰⁴

³⁰³ Orak, **a.g.m.**, s.200.

³⁰⁴ **A.e.**, s.201-202. 155'inci maddedeki değişiklik 47'nci maddede yapılan değişikliğe bağlı olarak gerçekleştirilmiştir. Çünkü, Türk hukuk sisteminde var olan idari-adli yargı ayırımına paralel olarak bir tarafını kamunun oluşturduğu sözleşmeler idari yargı kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, kamu hizmeti niteliği gösteren yatırımlarda, devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmenin niteliği, o sözleşmeden kaynaklanan sorunların çözümü için başvurulacak merciiyi de belirlemektedir. Devletin kamu hukuku tüzel kişisi olarak taraf olduğu sözleşmelerde, idari yargı ilkelerine uygun olarak diğer tarafa karşı, tek taraflı fesih gibi bir üstünlüğü söz konusudur. Bunun anlamı, devletin imzalamış olduğu sözleşmelerde taraflar arasında eşitlik söz konusu değildir. Bundan dolayı da devletin taraf olduğu kamu hizmeti niteliğindeki imtiyaz sözleşmelerinin idari yargı kapsamına girmesi kaçınılmazdır. 1999 yılına kadar imtiyaz sözleşmelerini, idari yargı alanından çıkararak özel hukuk sözleşmesi niteliğine büründürme sorunu, yasal düzenlemeler ile aşılmaya çalışılmıştır. Anayasa'nın 47'nci maddesine konulan hüküm ile devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağına kanunla belirlenebilmesine olanak verilmiştir. Böylece, kanunla belirlenecek olan ve özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki yatırım ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler idari yargı alanından, dolayısıyla da Danıştay incelemesinden çıkarılmıştır. Keskin, **a.g.e.**, s.209.

13 Ağustos 1999 Anayasa değişikliği ile Türk idare hukuku öğretisinde bu anlamda bir kırılma noktası yaşanmış ve tahkim yolu pozitif idare hukukundaki yerini almıştır. O dönemdeki tartışmalar dikkate alınarak bir yorum yapmak gerektiğinde bunun tam bir kapitülasyon olduğu şeklindeki düşünce tarzı öngörülen yoksun olmakla beraber, bu müessesenin, idare hukukunun ve idari yargının temel ilkeleri, prensipleri, yasal ve anayasal dayanaklarının refleksi olmadan bu alana sızabileceğini ileri sürmek de aceleci bir yaklaşım olacaktır. Buna gerekçe olarak idari yargının anayasal ve yasal güvencesinin ihlal edilmiş olduğu, idare hukukunun dönüşüme uğratıldığı şeklinde düşünceler ileri sürülebileceği gibi, tahkim yargılamasının uygulayıcıları konumundaki hakemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanındaki yetkinlik ve tecrübelerinin belirsiz olduğu, bu mekanizmayı işletecek olan idarelerin de bu alandaki ehliyetinin sınırlı olduğu yönünde pratik mülahazalar da tartışılmaya müsaittir.³⁰⁵

Adli yargı ve özel hukuk kurumu olan tahkim yargılamasında, eşit durumdaki kişilerin menfaat dengesi sağlanırken, buna karşılık, idari sözleşmelerde kamunun genel menfaatini gözetmek gerekmektedir. Özellikle, uzun süreli sözleşmelerle kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi özel sektöre devredilmiş olması ihtimalinde, *uyarlanabilirlik ilkesi* gereği, idare özel kişiden talepte bulunma yetkisinden uzaklaştırılmaktadır. Bunu, tahkim öngörülen sözleşmelerde yüksek miktardaki tazminatları ödemeyi göze aldığı sürece gerçekleştirebilecektir. Hizmetin kesintisiz gerçekleştirilmesi, diğer bir ifadeyle kamu hizmetlerinde *devamlılık ilkesi* bakımından da hem tahkim, hem de adli yargı ile yeterli güvence sağlanamaz. Hâlbuki idare hukuku kuramına göre, kanun koyucu, idari sözleşmeleri özel hukuka tabi kılabileceği gibi, bu sözleşmelerden doğan ihtilafları adli yargıya ve hatta tahkim yargılamasına tabi de kılabilir.³⁰⁶

Kamu alım sözleşmelerinin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi, tahkim şartı bakımından bazı sonuçları beraberinde getirmektedir. Bilindiği gibi, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmenin (yapım işleri) “Anlaşmazlıkların

³⁰⁵ Orak, **a.g.m.**, s.203.

³⁰⁶ Güher Ulu, “Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü”, **AÜHFD**, C.57, S.4, 2008, s.413.

Çözümü” başlıklı 31’inci maddesinde,³⁰⁷ tahkime ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Uluslararası katılıma (yabancı isteklilere) açık ve/veya eşik değer üzeri ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek ihtilafların çözümüne ilişkin olarak, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2’nci maddesinin birinci fıkrasının 1 nolu bendinde belirtilen durumların varlığı hâlinde; İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin ihtilaflar (sözleşme hükümlerine göre idarenin re’sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu hâller hariç olmak üzere) 21 Haziran 2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir (Yapım Tip Sözleşmesi md. 31.2.1.). 4686 sayılı Kanununun 2/1-1 bendinde sayılan hâllerin dışındaki tüm durumlarda; sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde idarenin bulunduğu yer mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.³⁰⁸

Kamu alım sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hâlinde, tahkim konusunda herhangi bir sorun görünmemektedir. Öğretide tahkim usulünün, özel hukuka özgü bir ihtilaf çözme yöntemi olduğu konusunda neredeyse görüş birliği vardır. Kamu alım sözleşmelerinin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi durumunda ise, tahkimle ilgili ciddi problemlerin ortaya çıkacağı rahatlıkla söylenebilir. İdare hukukunda kamu düzeninden sayılan mahkemelerin görevleri, sözleşme ile belirlenemez ve değiştirilemez. Diğer bir ifadeyle, idari yargıda görev kamu düzeninden sayıldığı için, sözleşmenin tarafları, görevli yargı

³⁰⁷ Mal Alımları için Tip Sözleşmenin 42’nci maddesine, Hizmet Alımları için Tip Sözleşmesinin 37’nci maddesine karşılık gelmekte olup, “Anlaşmazlıkların Çözümü” başlığı altında tahkime ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.

³⁰⁸ *Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderilen bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine İdarenin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir ve üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.* (Yapım Tip Sözleşme 31.2.2. md.si)

Anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk Hukukuna tabi olacaktır. Tahkimin dili Türkçe’dir. Tahkim yeri, İdarenin bulunduğu yerdir. Yetkili mahkeme İdarenin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi’dir. (Yapım Tip Sözleşme 31.2.3. md.si)

İdare veya yüklenici tarafından hakeme başvurulmuş olması hâlinde dahi, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır. (Yapım Tip Sözleşme 31.2.4. md.si)

yerini sözleşme ile belirleyemezler. Diğer taraftan tahkim, hukuki ihtilaf hâlinde, yargı organları yerine özel kişi ya da kişilerce ihtilafın çözümlenmesini ifade eder.³⁰⁹ Ayrıca, tahkim davasında hakemlerin ihtilaf konusunda uygulayacakları usul ve hukuk kurallarının taraflarca belirlenebilmesi, hakem heyetlerinin ihtilaf tarafları veya bunların temsilcileri tarafından seçilebilmesi, hakem kararlarının nihai ve tarafları bağlayıcı olması gibi hususlar hemen hemen her tahkim davasında bulunabilmektedir. Ancak, tahkim davaları yine de yeknesak bir süreç değildir. Tahkim usul hukuku ve ihtilafın karakterine göre değişiklik arz edebilmektedir.³¹⁰

Fransız hukukuna bakıldığında, idari sözleşmelere tahkim şartı konulamayacağı genel ilkesinin bazı istisnaları vardır. 17 Nisan 1906 tarihli bir kanuna göre; İhale Kanunu uyarınca yapılacak malzeme alımları ve bayındırlık ihalelerinde alacak ve borç miktarının saptanmasına ilişkin olarak, merkezi idarelerin ihaleleri için Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yerel yönetimler için karar organlarının olumlu görüşü üzerine tahkim yolu açıktır. Türkiye’de idari sözleşmeler içerisinde sadece imtiyaz sözleşmeleri için mümkün görünen tahkim yolu, Fransa’da idari sözleşme olarak kabul edilen bayındırlık işleri sözleşmelerinde de kullanılmaktadır.³¹¹

a. Tahkim Konusundaki Hukuki Düzenlemeler ve Kurallar

Yatırımcı ile yatırımın uygulandığı devlet arasındaki bir ihtilafta taraflar arasında yapılmış olan sözleşme gereği ihtilafın nerede ve nasıl çözümleneceğine karar verilir. Yatırım sözleşmelerinde ihtilaf durumunda çözüm herhangi bir koşula bağlanmamışsa ikili antlaşmalar³¹² devreye girer. İkili antlaşmalar çerçevesinde ise uluslararası tahkim düzenlemeleri belirleyici olmaktadır.³¹³

³⁰⁹ Uz, **a.g.e.**, s.154-155.

³¹⁰ Uğur Emek, **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT, 1999, s.7. (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/tahkim.pdf>, 14 Mayıs 2013.

³¹¹ Kutlu, **a.g.e.**, s.52.

³¹² İkili antlaşmaların içeriği genellikle birbirine benzemektedir. Bu antlaşmalar incelendiğinde, Türkiye’nin tahkim kural ve kurumlarını kabul ettiği ortadadır. Yatırımcı ile yatırımın gerçekleştiği devletin kamu kuruluşu arasında bir ihtilaf çıktığında, önce taraflar arasındaki yatırım sözleşmelerinde kararlaştırılan usul, sonra ikili antlaşmadaki ilgili ihtilaf kuralları esas alınmaktadır. Ayrıca, ikili yatırım antlaşmaları, yatırımcı ile ev sahibi devletin çıkarları arasında bir denge gözetilerek yapılmamıştır. Yatırım gerçekleştirecek olan yabancı gerçek veya tüzel kişiler korunmuştur. Ev sahibi devletin, daha güçlü bir konumda olabileceği düşüncesi ile yatırımcıya hukuken güvence sağlanmaya

Türkiye'nin kabul ettiği tahkim düzenlemeleri şunlardır:

- Cenevre-Avrupa Sözleşmesi (Arbitration Law in Europe)³¹⁴,
- Uluslararası Ticaret Odası (ICC/International Chamber of Commerce),
- Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL/United Nations Commission on International Trade Law),
- Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID/ International Centre for Settlement of Investment Disputes), Washington Sözleşmesi olarak da adlandırılır.³¹⁵

çalışılmıştır. Türkiye'nin ikili antlaşma yaptığı devletler ise şöyledir: ABD, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bengladeş Halk Cumhuriyeti, Bulgaristan, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Gürcistan Cumhuriyeti, Hırvatistan Cumhuriyeti, Hollanda Krallığı, İspanya Krallığı, İsveç, İsviçre, Japonya, Kırgızistan Cumhuriyeti, Kazakistan Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyeti, Kuveyt, Lüksemburg, Macaristan, Romanya, Özbekistan, Türkmenistan, Tacikistan, Ukrayna'dır. Kaymakçıoğlu, **a.g.e.**, s.57-61.

³¹³ Kaymakçıoğlu, **a.g.e.**, s.68. Genellikle *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmalarında, uluslararası tahkim kuruluşları olarak ICSID, UNCITRAL ve ICC tahkimi öngörülmektedir. *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmalarında iki tarafın da *Devlet ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözümü Hakkında Sözleşme*'ye taraf olması hâlinde ihtilaf ICSID tahkimine götürülebilmektedir. Aynı şekilde, her iki akit devletin Birleşmiş Milletler üyesi olması hâlinde ihtilafın çözümü amacıyla UNCITRAL tahkimine de başvurulabilmektedir. Bu iki uluslararası tahkim kuruluşu dışında anlaşmada yer verildiği takdirde ICC tahkimi de ihtilafın çözümü için kullanılabilir. Standart olmamakla birlikte *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmalarında akit taraf yatırımcısının uluslararası tahkime gidebilmesi için bazı koşulların varlığı aranırken bazılarında ise herhangi bir koşul gerekmemektedir. Bu koşullar: Tahkim başvurusunun, ihtilafın ortaya çıktığı tarihten itibaren belli bir süre (genellikle bir yıl) içinde yapılmış olması; İhtilafın, ihtilafa taraf olan devletin adli veya idari mahkemelerine ya da yetkili başka organlarına götürülmemiş olması; İhtilafın, ihtilafa taraf olan devletin adli veya idari mahkemelerine götürülmüş olması hâlinde belli bir süre içinde (genellikle bir ya da iki yıl) mahkeme tarafından nihai kararın verilmemiş olması; İhtilafın, yatırımcı tarafından önceden kararlaştırılmış kurallara göre çözümlenmek üzere herhangi bir merciye götürülmemiş olması. Keskin, **a.g.e.**, s.155-156.

³¹⁴ Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun bünyesinde 21 Nisan 1961 tarihinde New York'ta uluslararası ticari hakemlik konusunda toplanan konferans sonucunda, yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası için imzalanmıştır. Bu çok taraflı antlaşma, milletlerarası ticari işlemlerden doğan ve muamele merkezleri değişik devletlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ihtilafların çözümü için hakemlik müessesesine müracaat edildiği takdirde, tahkimin örgütlenme ve işlemlerini düzenleyen hakemlik anlaşmaları, hakemlik prosedürü ve uygulanacak maddi hukuk hakkında hükümler içermektedir. Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'ni tamamlayan yardımcı bir kaynak niteliğindedir. Keskin, **a.g.e.**, s.173.

³¹⁵ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Washington Sözleşmesi, 18 Mart 1965 tarihinde imzaya açılmış ve 14 Ekim 1966 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, yatırım yapan devlet ile yatırımcılar arasında bu münasebetleri sebebiyle ortaya çıkabilecek ve uluslararası çözüm yöntemlerine konu olacak ihtilafların çözümüne yönelik bir hakemlik ve arabuluculuk mekanizması oluşturmaktadır. Sözleşme, Türkiye tarafından iki maddesine (25 ve 64'üncü maddeler) çekince koyularak 24 Haziran 1987 tarihinde imzalanmış, TBMM tarafından 3460 sayılı Kanun (02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı Resmî

Yukarıdaki uluslararası tahkim düzenlemeleri yanında, Türkiye'nin usulüne uygun şekilde onaylayıp yürürlüğe koymuş olduğu *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmaları da bulunmaktadır. Türkiye ilk *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmasını Federal Almanya Cumhuriyeti ile 20.06.1962 tarihinde imzalanmıştır. Bu antlaşmanın ardından 23 yıl herhangi bir yabancı devlet ile *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşması imzalanmamıştır. İlerleyen zamanlarda bu antlaşmaların sayısı artmış ve yürürlüğe konulmuştur. Hükümetlerin bu antlaşmalar ile Türkiye ekonomisinin küreselleşen dünya ekonomisi içinde etkin bir şekilde yer almasını hedefledikleri görülmektedir. Bu çerçevede hükümetler, Türkiye'de yapılan yabancı yatırımların korunması ve Türkiye'ye daha fazla yabancı sermaye girişinin özendirilebilmesi ve böylece akit taraf devletleri ile daha yakın ekonomik işbirliği için uygun şartların sağlanması, daha istikrarlı bir yatırım ortamının temini, Türkiye'de yatırım yapanlar ile devlet arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların çözüm yollarının açıkça tespit edilmesi ve yabancı yatırımcılara ekonomik ve hukuki güvence sağlanabilmesi amacıyla yabancı devletlerle *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmaları yapma yoluna gitmektedir.³¹⁶

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki antlaşmalarında yer alan uluslararası tahkim mekanizması konusunda ise, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun teklifi³¹⁷ hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu'nun verdiği 2/187 Esas

Gazete) ile uygun bulunmuş ve 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (06.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı Resmi Gazete) ile onaylanıp yürürlüğe girmiştir.

³¹⁶ Keskin, **a.g.e.**, s.157-158.

³¹⁷ Kanun teklifinin gerekçesinde "...ülkemizin ileri teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü, önemli bir yer tutmaktadır. Günümüzde bu tür uyuşmazlıklar bakımından tahkim uluslararası düzeyde gittikçe yaygınlaşan bir kurum hâline gelmiştir" denilerek, yabancı yatırımlar konusunda tahkimin önemi kabul edilmiş ve "...bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir" vurgusuyla, uluslararası tahkim kurallarının, evrensel hukuk kurallarının benimsenmesi anlayışı ile iç hukuk düzenimizde yer almasına dikkat çekilmiştir. Aynı şekilde, *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşma tasarılarının gerekçelerinde tipik olarak yer verilen "...her iki ülkede, özel teşebbüsle devlet arasında çıkabilecek ihtilafların çözüm yollarını tespit etmek" ibaresi ile de tahkim mekanizması, yapılan *Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki* antlaşmalarının esaslarından biri olarak kabul edilmektedir. Keskin, **a.g.e.**, s.159-160.

No'lu Raporunda³¹⁸; “...globalleşen dünyada ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinde yatırım yapmalarının artık olağan hâle geldiği ve bu oluşumun karşısında yatırımların güvence altına alınması için birçok genel ya da ikili uluslararası sözleşmeler imzalandığı ve bu sözleşmelerde ilişkilerden doğacak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili hükümlere yer verildiği, bu noktada tahkimin önemli bir uyuşmazlık çözümü olarak ortaya çıktığı; daha önce Türkiye'nin de kabul ettiği New York Sözleşmesi'nde ticari ilişkilerde tahkime yer verilmesi ve bu çerçevede verilecek olan hakem mahkemesi kararlarının tenfizini öngören hükümlerin yer aldığı, 1961 tarihli yine Türkiye'nin imzaladığı Cenevre Sözleşmesi'nde, New York Sözleşmesindeki ilkelerin Avrupa bakımından da uygulama alanı bulduğu, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından onaylandığı, ülkemiz ile çeşitli ülkeler arasında çeşitli ülkeler arasında iki taraflı yatırım anlaşmalarının yapıldığı; tüm bu ikili ve genel anlaşmalarda yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin de öngörüldüğü” ifade edilerek, Türkiye'nin yatırım anlaşmalarındaki tahkim mekanizmasına bakış açısı ortaya konmaktadır.

Tahkim yolu, ticari nitelikli konularla sınırlandırıldığından, yukarıda sıralanan uluslararası metinlerde bu hususa dikkat çekilmiştir.³¹⁹ Cenevre-Avrupa Sözleşmesi'nin birinci maddesinde; sözleşmelerdeki hükümler, uluslararası ticari ilişkilerden doğan veya doğacak olan ihtilafların çözümü için akdolunan ve akdin yapılması sırasında mutad meskenleri veya muameleleri, merkezleri değişik devletlerde bulunan hakiki veya hükmü şahıslar arasındaki tahkim anlaşmalarına uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin birinci maddesinin üçüncü fıkrasında da; “Her devlet Sözleşme'nin tatbikini, akdi veya akdi olmayan hukuki münasebetlerden mütevellit ihtilaflar arasından kendi milli kanununa nazaran münhasıran ticari mahiyette sayılanlara hasredileceğini açıklayabilir” denilmek suretiyle, sözleşmeyi imzalayan devletlere, sözleşme

³¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi Hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, **TBMM Tutanak Dergisi**, Cilt 9, 46'ncı Birleşim, 10.08.1999, Sıra Sayısı:109.

³¹⁹ Uluslararası tahkim uygulamasının genellikle uluslararası ticari ilişkiler kurulurken, yürütülürken ve sonlandırılırken ortaya çıkma durumu dikkate alındığında, tahkimin uygulama alanının uluslararası ticaret olduğunu söylemek her ne kadar mümkün ise de, hakemlik kurumu ihtilafın yaşandığı her yerde başvurulabilir bir yoldur.

hükümlerini kendi iç hukuk kurallarının ticari iş mahiyetinde saydıkları işler hakkında uygulayabilmeleri imkânı sunulmuştur.³²⁰

UNCITRAL Model Kanunu dışındaki diğer uluslararası sözleşmelerde, ticari ve yatırım niteliklerinin ne olması gerektiğine veya hangi tür ilişkilerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik bir tanımlamaya rastlanılmamaktadır. UNCITRAL Model Kanunu, yorumu geniş tutarak, ticari nitelikteki işleri, sözleşmeye bağlı olsun veya olmasın ticari bir içerik taşıyan tüm hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Model Kanunu'nun birinci maddesinde geçen ticari terimini açıklayan ilişki türleri dipnotta açıklanmıştır. Ancak, sıralama sınırlayıcı değildir. Kanun, gelişen ticari ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkabilecek yeni ticari ilişkileri de kapsamına almaktadır. Model Kanun'da ticari nitelikte sayılan ilişkiler şunlardır: Mal ve hizmet alışverişi, mal veya hizmet sağlanması ile ilgili her türlü ticari işlem, ticari temsilcilik ve acentelik, factoring, leasing (finansal kiralama), müteahhitlik, müşavirlik, mühendislik, yatırım, lisans, finansal hizmetler, bankacılık, sigortacılık, kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri, ortak girişim, diğer sanayi veya ticari işbirliği türleri, deniz, hava, demiryolu veya karayoluyla mal veya yolcu taşımacılığı.

Şanlı'ya göre, ICSID'in konusunu teşkil eden yatırım ihtilaflarından neyin kastedildiği, bu anlaşmayı model olarak alan sonraki yıllarda yapılmış iki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması anlaşmalarının ortak hükümlerinden de çıkarılabilir. Bu ortak hükümler çerçevesindeki yatırım ihtilafları: (a) Ev sahibi devletle diğer devlet vatandaşı yatırımcı arasında akdedilen yap-işlet-devret şeklindeki imtiyaz, istisna, lisans, know-how, manegement... vs. gibi sözleşmelerden doğan ihtilaflar; (b) Ev sahibi devletin yabancı yatırımlarla ilgili makamın yabancı yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım izninin yorum veya uygulamasından doğan

³²⁰ Türkiye, New York Sözleşmesi'nin sağladığı bu esnekliği kullanarak, sözleşmenin onaylanmasını uygun bulan 3731 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile; sözleşme hükümlerinin sadece karşılıklılık esasına göre sözleşmeye taraf devlette verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan ihtilaflar hakkında uygulanacağını beyan etmiştir. Keskin, **a.g.e.**, s.125.

ihtilaflar; (c) Bir yatırımla ilgili olarak ve taraflar arasındaki sözleşme ile verilen veya oluşan herhangi bir hakkın çiğnendiği iddiasından kaynaklanan ihtilaflardır.³²¹

Uluslararası tahkim kurullarındaki ana kurallar sadece tahkim heyetinin nasıl seçileceği, nasıl çalışacağını hükme bağlamaktadır; ancak ihtilaf hakkında nasıl karar verileceği konusunda herhangi bir kural içermemektedir. Atanan hakemler özel hukuk kurallarına göre karar verir ve burada tayin olunan hakemlerin hukuk formasyonlarının olması koşulu aranmaz. Özel hukuk kurallarının belirlenmesi de tamamen devletler özel hukukunun bağlayıcı kuralları ile belirlenir. Tahkim sürecinde uygulanacak hukuk kurallarını belirleme konusunda genellikle ihtilaf taraflarının bir serbestliği bulunmaktadır. Oluşturulan tahkim heyeti de ihtilafa ilişkin kararını taraflarca kararlaştırılan hukuk kurallarına göre vermektedir. Böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması hâlinde tahkime ya taraf devlet hukuk kuralları ya da uluslararası hukukun ihtilaf için geçerli kuralları uygulanabilmektedir. Dolayısıyla tahkim sürecinde kullanılan standart bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Uygulama ihtilafın niteliğine ve tarafların anlaşmalarına göre değişiklik gösterebilmektedir.³²²

Diğer taraftan, tahkimde taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku belirlediklerinde, bu hukukun sınırlarını belirlememişlerse veya ihtilafın adalet ve nesafet kuralları dâhilinde çözümleneceğini kararlaştırmamışlarsa, hakemler, hukukunu seçtikleri devlette imtiyaz sözleşmeleri için hangi hukuki rejim geçerliyse onu uygulayacaklardır. Örneğin, bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin tahkimde taraflar ihtilafın esasına Fransız hukukunun uygulanacağını belirtmekle yetinmişlerse, bu ihtilafta hakemler, Fransız hukukunda imtiyaz sözleşmeleri için hangi hukuki rejim geçerliyse onu uygulayacaklardır. Fransız hukukunda imtiyaz sözleşmeleri için de idare hukuku rejimi uygulandığından, ihtilafı Fransız idare hukukuna göre çözümleneceklerdir. Aksi bir uygulama, söz konusu yabancı hakem kararının Türkiye’de tanınmasına ve tenfizine engel bir durum meydana getirebilecektir.³²³

b. İdare Hukuku Bağlamında Uluslararası Tahkimin Eleştirisi

³²¹ Şanlı, **a.g.e.**, s.40-41.

³²² Keskin, **a.g.e.**, s.127.

³²³ Ali Ulusoy, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, ICC. Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 5 Kasım 2001. Nakleden Kaymakçıoğlu, **a.g.e.**, s.96.

Özel hukuk kökenli bir yargılama aracı olan tahkim, özellikle idari yargının görev alanına giren konularda kesinlikle uygulanamayacak bir mekanizma olarak görülmüş ve devletin kendi davalarını hakemler önüne götürmesinin idare hukukunun temel prensiplerine aykırı olacağı bunun gerekçesi olarak gösterilmiştir. Bununla birlikte, hakem yargılamasının özel hukuk kaynaklı olması ve devletin egemen bir süje olarak keyfi sonuçlara yol açabilecek bir sistem içinde yargılanması, tahkimi idare hukuku alanı dışında tutmak için getirilen eleştirilerdendir.³²⁴

İdari ihtilaflarda tahkim konusundaki görüşlerini idare hukukunun temel ilkelerinden hareketle gerekçelendiren *Onar*'a göre, idari ihtilaflardaki idari işlem ve eylemleri inceleme, değerlendirme ve buna göre idarenin sorumluluğunu tespit etme, bir özel hukuk müessesesi olan tahkimin değil, ancak idari yargının yetkisine girmektedir.³²⁵ Ayrıca, devletin kanunla kurulmuş yargı mercileri önünde yargılanması kamu düzenine ilişkin bir husustur. Esasen idari ve adli yargı rejimleri arasındaki ayrımın temel gerekçelerinden biri de idari faaliyetlerin ve hizmetlerin, yalın anlamıyla kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olmasıdır. Tek bir tanıma indirgenemeyen kamu yararı idare hukukunun ana kavramlarından biri olup, kural olarak özel yararın üstündedir.³²⁶ Dolayısıyla kamu düzeni, tüm hukuk dallarında tahkime başvuru açısından, esnek bir sınır teşkil etmektedir.³²⁷

Diğer taraftan, idari alanda tahkim yasağı ilkesinin desteklenmesinde genellikle idari ihtilafların çözümünün uzmanlaşma gerektirdiği, adliye hâkiminin devlet yargısı içinde yer almakla birlikte bu uzmanlığa sahip olmadığı ve tahkimin özel hukuka daha yakın, hatta özel hukukun bir parçası olarak görülen bir yargılama sistemi olduğu gerekçeleri ileri sürülmüştür. Gerek içerik ve gerek yargılama usulü açısından idari ihtilafların çözümünde idare hâkiminin, adliye hâkiminden farklı hususları göz önünde bulundurup uygulayarak karar vermesi gerekmektedir. Bu

³²⁴ Keskin, **a.g.e.**, s.134.

³²⁵ Onar, **a.g.e.**, s1931.

³²⁶ Kamu hukuku penceresinden bakıldığında korunması gereken temel yarar, kamu yararadır. Ancak, burada şöyle bir risk bulunmaktadır. Kamu yararı ile özel yararın çekişmesi, hatta çelişmesi hâlinde, tek başına kamu yararını koruma refleksiyle hareket edildiğinde; birey menfaatinin tamamen ötelenmesi, görmezden gelinmesi, ihmal ve ihlal edilmesi ve giderek bireyin anayasal hak ve hürriyetlerinin çiğnenmesi durumu ortaya çıkabilir. Müslüm Akıncı, "Kamu İhalelerinden Yasaklama ve Hukuk Yolları", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.119.

³²⁷ Keskin, **a.g.e.**, s.139.

durum, adli ve idari yargı rejimleri arasındaki ayrımının tipik sonuçlarından birisi olarak kabul edilebilir.³²⁸ Fakat, tahkimin adli yargı kaynaklı ya da adli yargı mekanizmasına daha yakın bir yargılama usulü olduğu yönünde bir genelleme yapmak ve bu genellemeye dayanarak idari ihtilafların tamamının çözümünde uygulanamayacağını iddia etmek de biraz güçtür.³²⁹ Zira, eski tarihli olmakla birlikte, idari ihtilaflar konusunda tahkime gidilmesini kabul eden bir kararında³³⁰ Danıştay, “...diğer taraftan yukarıda zikredildiği üzere aslen hususi hukuk münasebetlerine mütenazır olan tahkim hakkında idari kazanın mahkeme usulleri bir hüküm sevketmemiş olmakla beraber inşa ve binası adli kazadan farklı olan idari kazada hâkimin adli esaslardan ilham alması umumen kabul edilmiş hukuk kaidelerindedir” demek suretiyle, idare mahkemelerinin özel hukuk kurumlarından da faydalanarak karar vermelerinin tabii ve hukuki olduğuna dikkat çekmiştir.

Bir diğer husus, Türk hukuk sisteminde idari ihtilafların çözümüne ilişkin olarak, sınırlı bir alanda tahkime başvuru imkânı getirilmesi konusunda yapılan değişikliklerin gerekçelerine bakıldığında hukuk dışı kaygıların ön planda olduğu ve daha çok ekonomik beklentilerin süreç içinde belirleyici etkisinin bulunduğu görülmektedir.³³¹ İdari sözleşmelerde tahkime sıcak bakanlar ise bu kaygıları inkâr etmeyerek, özellikle yabancı şirketlerle yapılan sözleşmelerde tahkim yoluna gidilmesinin ön koşul olarak ortaya çıktığını belirtmektedirler.³³²

³²⁸ Kamu hukukunun, özel hukuk kurallarından çok değişik olması ve bu nedenle yargısal denetimin de gerek esas gerek usûl açısından farklı olması gerektiği idari-adli yargı rejimleri ayrımının temelinde yatan neden olarak gösterilmektedir. Ayrıca, idare mahkemeleri ve hâkimleri, adliye mahkemeleri ve hâkimlerinden farklı olması zorunluluğunun başlıca nedenlerinden biri de, idarenin kendi dışından gelen müdahalelerden alınma ve tedirginlik duyma eğilimi, idareyi hukuka uymaya zorlayacak başka etkili bir gücün ve yöntemin bulunmamasıdır. Bütün bu olumsuzluklara rağmen kişilerin ve toplumun temel hak ve özgürlüklerini, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetki ve müdahalelerine karşı korumaktan geri durulamayacağına göre; idarenin yargısal denetimini bu zıt gerek ve istekleri uyumlu ve dengeli olarak bağdaştıracak biçimde örgütlemek ve işletmek gerekir. Lûtfî Duran, “İdari Yargı Adlileşti”, **İdare hukuku ve İdare İlimleri Dergisi**, Sarıca’ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982, s.54-55.

³²⁹ Keskin, **a.g.e.**, s.135.

³³⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 37/238 sayılı kararı için bkz.: Recep Başpınar, **İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar, Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1968, s. 517 vd.

³³¹ Çetin Turan, “Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000, s.251.

³³² Turgut Tan, “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu** (Bildiriler-Panel, Ankara, 19.06.1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s.39.

Tahkimin kabulüne yönelik olumlu görüşlerin temel çıkış noktasını, yabancı sermaye yatırımlarından daha fazla pay alabilmek, büyük finansman gerektiren altyapı ve enerji gibi yatırım alanlarında yabancı sermayeden faydalanmak ve Türkiye'nin uluslararası hukukun çağdaş norm ve kurumlarını takip ederek kendi iç hukuk normlarını buna uyumlaştırma politikası izlemesi gerekliliği oluşturmaktadır. Tahkim konusunda olumsuz yaklaşım sergileyenlerin ortak argümanları ise, tahkimin Türkiye'deki idari-adli yargı ayrımını kaldırdığı, kamu hizmeti niteliğindeki yatırımların Türk yargı denetimi dışında bırakıldığı, bunun sonucunda da şirketlerin ulusal ekonomiyi tekelleşme yoluyla kontrol edebileceklerinden kamu imtiyazı teşkil eden alanlarda özel hukuk kişileri ile yapılacak sözleşmelerin idari yargı alanı dışına çıkarılamayacağı yönündedir.³³³

Yukarıda varılan iki ortak argümanı dolaylı ya da doğrudan destekleyen başkaca görüşlere de literatürde rastlamak mümkündür. Örneğin, imtiyaz sözleşmelerinden doğacak ihtilaflardaki tahkim yasağına ilişkin bir görüşe göre, tahkim yasağının temelinde mülki devlet anlayışının egemenlik hakları ile ilgili katı, taviz kabul etmez yaklaşımı yatmaktadır.³³⁴

Diğer bir eleştiri ise, tahkimin ne ölçüde Türkiye'de bilindiği ve kamu kurum ve kuruluşlarının ne ölçüde kendini savunabildiği noktasında toplanmaktadır. Son düzenlemelerden sonra, sözleşme ve tahkim koşullarının sözleşmelerde çok iyi belirlenmesi gerekmektedir. İdari yargının devre dışı bırakılması ile gerek ihale aşamasına kadar olan süreç ve sözleşme hükümlerinin içeriği gerekse uygulamaların denetimi anlamındaki tüm sorumluluk idarenin üzerindedir. Bu nedenle, idarenin yapacağı sözleşmelerde kamu yararının gözetilmesi gerekmektedir. Daha önceden Danıştay'ın görev alanına giren bu hususu denetleme ve kontrol işlevi, bugün yapılmamaktadır. Ayrıca, kamu hizmeti veren devlet, kamu yararını korumak zorundadır. Temel amacı kâr olan ticari şirketlerin kamu ile eşit tutularak aralarındaki ihtilafa tahkim yoluyla, gizli bir şekilde hakemlerce karar verilmesi hâlinde kamu yararı örselenmiş olmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetinin

³³³ Keskin, **a.g.e.**, s.215.

³³⁴ Yahya Zabunoğlu, "Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, C.1, 12-16 Ocak 2000, s.495.

görülmesinde ortaya çıkan ihtilafların çözümü için yargılamanın tahkime bırakılıp kamudan gizli tutulması kabulü zor bir durumdur.³³⁵

c. Uluslararası Tahkimin Türk Hukukundaki Yeri ve Etkisi

Uluslararası hukuk kurallarının ana kaynakları olarak kabul edilen antlaşma ve sözleşmelerde tahkim konusunun düzenlendiğini ve uluslararası hukuk düzeyinde kabul görerek kendine bir yer edindiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türkiye açısından bakıldığında, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi hükmüne göre, usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yolu kapalıdır. Dolayısıyla, Türkiye'nin uluslararası tahkime ilişkin New York Sözleşmesi ve Washington Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelere taraf olması ve birçok devlet ile akdetmiş olduğu yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki antlaşmalarında tahkime yer verilmiş olması da uluslararası ticaret ve hukuk alanında tahkimin Türkiye tarafından kabul edilmiş olduğuna delildir.³³⁶

İdare hukuku alanında tahkim yasağı ilkesinin, sistemimizin mehzazı olan Fransız idare hukukundan kaynaklı olduğunu söylemek mümkündür. Zira, uluslararası sözleşmeler nedeniyle iç hukukun parçası hâline gelmiş düzenlemeler dışında, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu ihtilafların tahkim yoluyla çözülmesi, Fransız idare hukukunda kanunla yasaklanmıştır.³³⁷ Bu nedenle Türkiye'de, idari ihtilafların tahkim yoluyla çözülebileceğine işaret eden bir düzenleme yakın geçmişe

³³⁵ Kaymakçioğlu, **a.g.e.**, s.145.

³³⁶ Keskin, **a.g.e.**, s.128.

³³⁷ İdari ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin yasak ve/veya çekince evrensel bir nitelik taşımamakla birlikte, genel temayülün aksine bu konuda kanun yoluyla yasak getiren ve katı bir tutum sergileyen devlet Fransa'dır. 1806 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 83 ve 104'üncü maddelerinin birleşimi tahkim yasağına işaret etmiştir. Aynı Kanunun 2060'ıncı maddesinin birinci fıkrasında da Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini ilgilendiren konularda tahkime başvurulamayacağı düzenlenmiştir. bu düzenleme, kamu iktisadi teşebbüsü niteliği ağır basan kamu kurumları dâhil tüm kamu tüzel kişilerinin, hem idari hem de ticari konularda çıkan ihtilaflar karşısında, ihtilaflar doğmadan önce sözleşmelere tahkim şartı koymalarını, ihtilaflar doğduktan sonra ise tahkim anlaşması yapmalarını engelleyecek bir içeriğe sahiptir. Ancak, bu katı prensipte birtakım esnemelere de şahit olunmaktadır. Özellikle özel hukuk sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda tahkime başvuru imkânı tanınması yoluna gidilmektedir. Örneğin, 9 Ağustos 1986 tarihli *Mahalli İdarelere Yönelik Çeşitli Hükümlere Dair Kanun*'un 9'uncu maddesi uyarınca Devlet, mahalli idareler ve kamu kurumlarının, yabancı şirketlerle akdettikleri ve ulusal çıkar sağlanmasına yönelik faaliyetlerin gerçekleştirilmesini hedefleyen sözleşmelerde tahkime başvurulabilir. Bu Kanun sayesinde o dönemde önemli bir yatırım projesi olarak değerlendirilen *Eurodisney*'e ilişkin sözleşmeden doğan ihtilaflarda tahkim yoluna gidilmesinin önü açılmıştır. Keskin, **a.g.e.**, s.142-143.

kadar bulunmadığından, idare hukuku alanına giren konularda tahkim yoluna başvurulamamıştır.³³⁸ Ancak, *Tan*'ın da belirttiği gibi “...*hukukumuzda Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kamu kuruluşlarının 2886 sayılı DİK hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmelerde tahkim koşuluna yer verdikleri görülmektedir.*”³³⁹ Bu itibarla, 2886 sayılı DİK uyarınca yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirilmesi ve sözleşmenin tarafı olan kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurabilmeleri olanağı bulunması noktasından yola çıkılarak, aslında Anayasa değişikliğinden önce de böyle bir yolun mevcut olduğunun tespiti mümkündür.

Şanlı'ya göre de, sözleşmeler hukuku alanında ortaya çıkan ihtilafların, sözleşmenin hukuk niteliğinden hareketle adli ve idari yargı arasında taksimi, bu ilişkilerden doğan ihtilaflarda tahkim yolunun kapatıldığı anlamına gelmez. Tahkim adli yargı kadar idari yargı alanında da, tarafların sözleşmesine dayalı olarak, alternatif bir ihtilaf çözme usulüdür. Tahkim kurumunun sadece adli yargı içinde bir ihtilaf çözme usulü olduğu ileri sürülerek de idari yargı alanına giren konularda tahkime gidilemeyeceği iddia edilemez. Tahkim hem adli hem idari yargı alanında, tarafların sözleşmesine ve ihtilaf konusu ilişkinin akdi niteliğine bağlı olarak, alternatif bir ihtilaf çözme yöntemi olarak kabul edilmiştir. Öğretide ileri sürülen karşı görüşlere rağmen uygulamada idari yargının görev alanına giren ihtilaflarda tahkim kabul edilmiştir. Türkiye, 3460 sayılı Kanunla onayladığı *Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma* ile Türkiye devletinin taraf olduğu ve çok defa idari nitelikteki uluslararası yatırım sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözümünde tahkimi yegane usul olarak kabul etmiştir.³⁴⁰ Bu itibarla, tahkimin idare hukuku alanında kullanılmasına ilişkin olarak, idari sözleşmelerden doğan ihtilafların idari yargı kapsamında olması tahkime engel bir durum teşkil etmemektedir.

³³⁸ Keskin, **a.g.e.**, s.132-133.

³³⁹ Tan, **a.g.m.**, s.9.

³⁴⁰ Cemal Şanlı, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usûlü ve Karşılaşılan Sorunlar”, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası (ASO) Yayını, 1998, s.38.

1999 Anayasa değişikliğinden önce idari sözleşmelerde bulunan tahkim şartlarının, sözleşmenin yürürlüğe girmesi zorunlu ve kanunen bağlayıcı olan Danıştay idari incelemesi sonucu iptal edilerek uygulanamadıklarına uygulamada tanık olunmuştur. Diğer taraftan, Anayasa'nın 90'ıncı madde hükmü gereği, 1999 Anayasa değişikliğinden önce de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklı bazı ihtilaflarda tahkime başvurulması imkân dâhilinde olduğu unutulmamalıdır.³⁴¹

Anayasa değişikliği sonucunda, birbirinden önemli farklılıklar içeren iki değişik yoldan kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde tahkime yer verebilme söz konusudur. Birincisi, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk kişisi tarafından görülme usulü ihdas edilerek, bu özel hukuk sözleşmesi içinde yer alabilecek tahkim; ikincisi ise, bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesinde anayasa gereği mümkün hâle gelen tahkimdir. Her ikisi de kamu hizmeti alanında söz konusu olmakla beraber, Anayasa'nın 155'inci maddesine istinaden, ikinci yol olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde Danıştay'ın iki ay ile sınırlı şekilde düşüncesini almak gereği varken; özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmetinin görülmesi usulünde buna ilişkin bir zorunluluk da görülmemektedir.³⁴²

Kamu hizmetlerinin sadece idare eliyle yürütülmesi veya kamu hukuku kapsamında düşünülmesi, geçmişte ticari, mali ve teknolojik açıdan kayıplara neden olduğundan bu hizmetlerin özel hukuk kişileri tarafından yürütülebilmesine zaman içinde göz yumulmuş ve hatta olanak tanınmıştır. Özel hukuk kişilerinin bu hizmetleri yürütürken kamu hukukunun katı kurallarıyla kuşatılmasını kabul etmek ilk zamanlarda kabul görürken şimdi sorgulanmaktadır. Türk hukuk sisteminde Fransız hukukundaki gibi kamu tüzel kişilerinin tahkime müracaat etmelerini açık bir şekilde yasaklayan bir kanun hükmü bulunmaması da bu sorgulamanın gerekçelerinden biridir.³⁴³

Sonuç olarak, kamu hizmetinde yeni eğilimlere bakıldığında; ilk olarak, kamu hizmeti alanında bir *daralma* gözlenmektedir. İkinci eğilim, daralmanın dışında

³⁴¹ Keskin, **a.g.e.**, s.133-134.

³⁴² Gülan, **a.g.e.**, s.146.

³⁴³ Keskin, **a.g.e.**, s.146.

kalan kamu hizmetleri alanında *parçalanmaların* yaşanmasıdır. Bunun anlamı hizmeti mümkün olduğunca çok parçaya ayırıp, bunları piyasaya yaptırmaktır. Üçüncü eğilim, *piyasaya benzetme* eğilimidir. Bu eğilimde karlılık gerekliliği, rekabet zorunluluğu ve işgücünde esneklik esastır. Dördüncü eğilim ise, *kamu hizmeti iş ahlakını kırma* yönündedir.³⁴⁴

Anayasa değişikliği ve diğer düzenlemelerle kamu hukukunun alanı daraltılmakta, özel hukuk alanı genişletilmektedir. Halkın çıkarlarının kamu hukuku kurallarında somutlaştığı düşünülürse, bu durum, kamu yararının özel çıkarlara üstünlüğü ilkesinin terk edilmekte olduğunu göstermektedir. Genişleyen özel hukuk alanı ulusal özel hukuk değildir. Burada söz konusu olan uluslararası, küresel bir özel hukuktur. Bu hukuk, küreselleşme ilkeleri doğrultusunda oluşmakta, sermayenin hareketliliğini ve kârlılığını hedeflemektedir. Küreselleşme süreci, kendi ticaret hukukunu oluşturmakta, yeni bir yargı mekanizmasını etkinleştirmekte ve ulusal hukukların buna uyarlanmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla, ulusal yargı mekanizmalarının yerini uluslararası tahkim kuruluşları almaktadır. Bu tahkim kuruluşlarının kendilerine ait tüzükleri ve yargılama usulleri bulunmaktadır. Tahkim kuruluşu seçilmekle bu kuruluşun yargılama usulleri de kabul edilmektedir. Kuruluş tüzüklerinde genellikle kararların temyiz yolu kapatılmaktadır. Örneğin, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü, “...*uyuşmazlıklarını ICC’ye getirmekle taraflar, verilecek hakem kararını derhal icra etmeyi ve hukuken mümkün olsa bile temyiz yoluna başvurmamayı kabul ederler*” hükmünü içermektedir. Bu sayede, hakem kararlarının ulusal yüksek mahkemeler nezdinde temyizinin de önü alınmaktadır.³⁴⁵

d. Tahkimin Kamu Alımı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kanunun ilk hâlinde, uluslararası tahkim nedeniyle yapılan avukatlık hizmetleri alımının tabi olacağı ihale usulü belirlenmemiştir. Bu nedenle, uluslararası tahkim davalarında, kamu kurumlarını iddia ve savunma amacıyla temin edilen avukatlık hizmetlerinin, KİK hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda

³⁴⁴ Onur Karahanoğulları, “Kamu Hizmetleri Kavramı ve Kamu Hizmetleri Alanında Yeni Eğilimler”, **Değişim Sürecinde Kamu Hizmetleri ve Sendikal Politikalar Sempozyumu**, KESK, 1-2 Şubat 2003, s.64.

³⁴⁵ Kaymakçioğlu, **a.g.e.**, s.143.

hukuki boşluk ortaya çıkmıştır. Uygulamada yaşanan bu sıkıntıyı gidermek amacıyla yeni bir düzenleme yapılmaya kadar, bir yıllık süreyle geçerli olacak olan 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'na bir hüküm eklenerek hukuki boşluk giderilmeye, problem aşılma çalışılmıştır.³⁴⁶ 2003 yılının Ağustos ayında da 4964 sayılı Kanunun 15'inci maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 22'nci maddesine eklenen (g) bendi ile milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen ihtilaflarla ilgili davalarda, KİK kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya Yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarının, ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temin usulü ile temin edilebilmesi imkânı getirilmiştir.

Doğrudan temin, 30.7.2003 tarihli 4964 sayılı Kanunun 12'nci maddesi ile ilga edilinceye kadar, kısa bir süre de olsa ihale usulleri arasında sayılmıştır. Söz konusu değişiklik ile doğrudan temin, idarelerin ilan ve teminat zorunluluğu olmaksızın ihtiyacını karşıladığı bir alım yöntemi olmuştur. İdareler, her yıl Şubat ayından geçerli olmak üzere güncellenen parasal limitler içinde kalmak kaydıyla, alımın konusu ve türüne göre gerek ihale usullerinden birini gerekse doğrudan temin yöntemini kullanarak alımlarını gerçekleştirmektedir. Burada tahkim yolunun pahalı bir çözüm yolu olduğu dikkate alındığında, 2014 yılı itibariyle güncel doğrudan temin parasal sınırının, ihtilaf konusu değere ve hakem sayısına da bağlı olarak, ne ölçüde yeterli olacağı düşündürücüdür.³⁴⁷ Diğer taraftan idare, hukuki alanlardaki hizmet alımlarında doğrudan temin sınırının aşılması durumunda hizmet alımı ve danışmanlık hizmet alımını düzenleyen özel hükümler çerçevesinde söz konusu

³⁴⁶ Keskin, **a.g.e.**, s.221.

³⁴⁷ 30 Ocak 2014 tarihli ve 28898 sayılı Resmi Gazete'de Tebliğ ile güncellenen Doğrudan Temin sınırı 47.373,00 TL'dir. 15 Mart 2014 tarihli ve 28942 sayılı Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ incelendiğinde belli bir rakamdan sonra idarelerin doğrudan temin ile bu ücreti karşılamaları pek mümkün görünmemektedir. Diğer taraftan, Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğin konu ve kapsamı belirlediği birinci maddesinde "Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaz veya tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmazsa ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamışsa, hakem veya hakem kurulunun alacağı ücret hususunda bu Tebliğ hükümleri uygulanır." denilmek suretiyle, tarafların anlaşamama durumunda söz konusu tebliğin tespit ettiği oranlar uygulanarak tahkim ücreti tayin edilmektedir. Bu rakamlar asgari olup, hakem ücretleri daha yüksek meblağlarda oluşma imkânına sahiptir. Bu değerlendirmenin tabii sonucu olarak, tahkim yolunun hızlı bir çözüm yolu olmasına karşılık ucuz bir yol olmadığı gerçeğine varılmaktadır.

hizmet alımını yapabilir.³⁴⁸ Fakat, danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde tekliflerin değerlendirilmesi, teknik ve mali değerlendirme olmak üzere iki aşamada gerçekleştiğinden, ihale süreci hem uzun hem de her iki aşama için ayrı puanlama yapıldığından oldukça karışıktır. Ayrıca, idareler için yeni bir ihale şekli olduğu için de uygulamada zorlukların yaşandığı görülmektedir.

Mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri ve danışmanlık hizmet alımı ihaleleri uygulama yönetmelikleri, KİK'in 54'üncü maddesine dayanılarak çıkarılan ve Kanun kapsamındaki idarelerin gerçekleştirecekleri mal ve hizmet alımı, yapım işleri ve danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde uygulamakla yükümlü oldukları esas ve usulleri düzenlemek ve uygulamada birliği sağlamak amacıyla hazırlanmıştır. Bu dört ayrı alım türü için hazırlanan yönetmeliklerin de eklerinde, KİK'in belirlediği ihale usulleri ile yapılacak alımlarda, idarelerin her bir ihale usulü için kullanacakları tip idari şartnameler ve tip sözleşmeler yer almaktadır. Hangi ihale usulü kullanılırsa kullanılsın tüm alımlarda ihtilafların çözümüne ilişkin uygulanacak şartname hükümleri standart olup aynı ifadeleri içermektedir. Buna göre; *“Sözleşmelerin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda işin sözleşmesinde yer alan bu konuya ilişkin hükümler uygulanacaktır”* denilmek suretiyle, alım konusu işin tip idari şartnamesinde, ihtilafların çözümü hususunda KİK kapsamındaki idareler ile yüklenici arasındaki sözleşmelere gönderme yapılmaktadır.

Aynı şekilde, söz konusu yönetmeliklerin ekinde yer alan tip sözleşmelerde, standart olarak ihtilafların çözümüne yönelik bir madde başlığı düzenlenmiş olup, çözüm yönteminin ne şekilde olacağı ise standart bir metin olarak, dipnotlarda açıklanmıştır. *Anlaşmazlıkların Çözümü* başlıklı tip sözleşme hükmüne ait dipnot incelendiğinde iki farklı çözüm yoluna yönelik iki standart metinden birinin kabul edilmesi gerektiği görülmektedir. Dipnotlarda, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında doğabilecek ihtilafların esas olarak Türk mahkemeleri tarafından çözümü öngörülmekte ve bu durumda maddeyi oluşturacak standart metin verilmektedir. Ancak, ihalenin uluslararası katılıma açık olması hâlinde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek ihtilafların çözümüne ilişkin

³⁴⁸ Ancak yaklaşık maliyeti 13 üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit (189.511,00 TL) tutarının dört katının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir (KİK, 48. Md.).

olarak uluslararası tahkimin öngörülmesi hâlinde farklı bir metin, madde metni olarak sözleşmeye eklenmektedir.³⁴⁹ Görüldüğü üzere, burada idarenin kısmen takdirine bırakılan bir tercih alanı bulunmaktadır. Her ne kadar ihale, yaklaşık maliyeti gereği eşik değer üzerinde olup, uluslararası katılımı zorunlu kılsa da idare, tip sözleşmesini Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerinden hazırlarken, uluslararası tahkim seçeneğini seçip seçmemekte takdir yetkisine/irade serbestliğine sahiptir. Uygulamada da bu keyfiyetin genellikle seçmeme yönünde olduğu görülmektedir. Zira, ihaleye çıkan idareler için tahkim hem yabancı oldukları bir müessesedir hem de bilinmeyen verdiği korku/kaygı ile kaçındıkları bir seçenektir. Ayrıca, ilgili alt mevzuat hükmünün, idareye ihtilafların esas olarak Türk mahkemelerince çözümlenmesini öngörmesini alenen dikte etmesi de, idarelerin tahkimden uzak durmasının önemli bir nedenidir.

4686 sayılı MTK'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının 1 nolu bendinde³⁵⁰ belirtilen hâllerin dışındaki tüm durumlarda; sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde idarenin bulunduğu yer mahkemeleri ve icra daireleri yetkili kılınmıştır. 4686 sayılı MTK'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının 1 nolu bendinde belirtilen hâllerin varlığı hâlinde; İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile

³⁴⁹ İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar (sözleşme hükümlerine göre İdarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu hâller hariç olmak üzere) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.

Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderdiği bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine(İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

Anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk hukukuna tabi olacaktır. Tahkimin dili Türkçe'dir. Tahkim yeri, (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır).....'dır. Yetkili mahkeme (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... Asliye Hukuk Mahkemesi'dir.

İdare veya yüklenici tarafından hakeme başvurulmuş olması hâlinde dahi, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır.”

³⁵⁰ Söz konusu Kanun maddesi ve bendi şöyledir:

Madde 2.- *Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.*

1. *Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.*

sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin ihtilaflar (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu hâller hariç olmak üzere) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı MTK hükümlerine göre çözülecektir.

Anayasa'nın 125'inci maddesinin ilk fıkrasına eklenen tahkim hükmünün yabancılık unsuru koşuluna da paralel olarak, yukarıdaki kamu alım sözleşmelerinin uygulanması sırasında taraflar arasında doğacak ihtilafların milletlerarası tahkim hükümlerince çözümü düzenlenmiştir. Burada, milletlerarası tahkime ancak sözleşmede yabancılık unsuru bulunması hâlinde başvurulabileceği görülmektedir. Anayasa'nın 125'inci maddesinin ilk fıkrasındaki ifadede, sözleşmede yabancılık unsuru bulunduğu hâlde milli tahkime başvurunun da mümkün olduğu sonucuna varılmakta ise de, kamu alım sözleşmelerinde ihtilaf çözümünde milli tahkim öngörülmemiştir. Özetle, milletlerarası tahkime gidilmesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi durumunda ihtilafın çözümüne MTK'nin hükümleri uygulanmaktadır. Dolayısıyla, 4686 sayılı Kanunun 1'inci maddesi son fıkrası uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

VI. BÖLÜM

İHTİLAF ÇÖZÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KAMU ALIM SÖZLEŞMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

A. Sözleşme Koşullarının Değişmesi Hâlinde Avrupa Boyutuyla Görülen İhtilafların Çözümü

Kaynakların sınırlı olduğu bir dünyada yaşadığımız ve bu gerçeğin insanın planlama kapasitesine tahditler getirdiği kuşkusuzdur. Bu nedenle kuruluşu ve ifası arasındaki süreçte öngörülemeyen çok çeşitli ekonomik, politik, hukuki ve sosyal olaylar, bir sözleşmenin ifasını zorlaştırabilir, engelleyebilir veya imkânsız kılabilir. Örneğin; devalüasyon, ekonomik kriz, silahlı çatışma, ambargo, ihracat yasağı ya da herhangi bir beklenmedik tedarik engeli. Bu noktada hukuki sorun, sadece beklenmedik olaylarla ilgili sözleşme hükmünün yokluğu hâlinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, tarafların arzusu her zaman bilinmediği için, sözleşme dengesini temelinden değiştirecek değişen koşulları işaret eden daha fazla araca gereksinim duyulmaktadır.¹

Avrupa hukuk sistemleri içinde Fransız, İngiliz ve Alman hukukunun, sözleşme hukukuna dair temsile ve kıyasa en uygun örnekler olduğu düşüncesiyle ve ayrıca ortak bir hukuk geleneğinden gelen devletler açısından da uygulamada kuralların ulusal hususiyetlere göre yorumlanmasından kaynaklanan farklılıkların bulunduğu gerçeğinden hareketle, bu devletlerin sözleşmenin uygulanmasında yaşanan ihtilaflara ilişkin ilke, tutum ve yaklaşımları, Türk kamu alım hukuku bağlamında sözleşme ihtilaflarına çözüm arayışında yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Bundan dolayı, sözleşmenin uygulanması sırasında görülen sözleşmenin dengesinin bozulması, değişen koşullar, beklenmeyen hâl gibi hukuk kurumlarının bu devletlerin uygulamaları etrafında incelenmesinin faydalı olacağı ve bu devletlerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların ve/veya benzerliklerin tespitinin konunun anlaşılması bakımından katkı sağlayacağı düşünülmüştür. Ancak hemen belirtelim, kamu alım sözleşmelerinde uygulanan karşılaştırmalı hukuk,

¹ Hannes Rösler, “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, Çev. Tülay Aydın Ünver, **İÜHFİM**, C. LXVI, S.1, 2008, s.353.

genellikle uygulama konularından ziyade ihale süreci üzerinde daha çok odaklanmaktadır.² Çalışmanın kapsamı/sınırları gözetilerek, burada ihale sürecine gerek duyulduğu ölçüde değinilecek, ancak daha çok sözleşmenin uygulanması safhasında oluşan ihtilaflara yer verilecektir.

1. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda kamu alım sözleşmesi özel hukuka tabi olmasına karşın, ihaleyi kazananı saptayan karara ilişkin itiraza bakma yetkisi idari mahkemelerdedir. Aslında burada, sözleşmeye karşı değil, ihaleyi açan kamu kurumu tarafından alınan ve sözleşmeden ayrı olarak düşünülebilen karara karşı yöneltmiş bir girişim söz konusudur. Dolayısıyla, sözleşme imzalanmadan önce ihaleyi kazananın tespit edildiği karara karşı idari mahkemede dava açılabilir (sözleşme öncesi başvuru). Yirmi gün zarfında kararını vermek durumunda olan mahkeme başkanı, ihale sürecini askıya alabilir, ihaleyi açan idari makama ihtarda bulunabilir ve bilhassa teknik şartnameler olmak üzere ilgili idare tarafından alınan tüm kararları iptal edebilir.³ İhaleyi açan kuruluşun “istisnai sektörler”de faaliyet göstermesi ve özel hukuka tabi olması veya belirli durumlarda kısmen kamu hukukuna tabi olması hâlinde, yetkili mahkemenin başkanı (ihaleyi açan kurumun niteliğine göre, idari mahkeme, ticaret mahkemesi ya da adli mahkeme) söz konusu kuruma sadece ihtarda bulunabilir ve yükümlülüklerine uygun davranmasını teminen para cezasına hükmedebilir.⁴

Kamu alım sözleşmesi imzalandıktan sonra idari mahkemeye başvurularak söz konusu sözleşmenin imzalanmasına ilişkin idari kararın iptali istenebilir. Bununla birlikte, sözleşme yapma kararının iptal edilmesi sözleşmeyi ortadan kaldırmaz. Fransız hukukundaki hâkim görüş, ayrılabilir işlemin iptali kararının otomatik olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağını kabul etmektedir.⁵ Sözleşmeyi hükümsüz kılmak üzere sadece sözleşme tarafları idari mahkeme önünde

² Kirat, Vidal, **a.g.m.**, s.154.

³ Türk uygulamasında bu işlemler, Kamu İhale Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Kurul, yirmi gün içinde incelemesini tamamlamak ve bir karara varmak zorundadır. Fransız uygulamasından farkı, Türk uygulamasında bir mahkeme değil özerk bir kamu kurumu ihtilaf konusunda çözüm sunmaktadır.

⁴ 30 No’lu SIGMA Raporu, s.13-14.

⁵ Buz, **a.g.e.**, s.96.

dava açma hakkına sahiptirler (eğer sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi ise adli ya da ticari mahkemede dava açılır). Sözleşme yapma kararını, imzalanan sözleşmeden ayrı tutan mahkeme ihtiyati tedbir kararı alabilir ya da para cezasına hükmedebilir. Böylece idari makama, kendisinin gerekli eylemde bulunması yönünde bir baskı uygulanmış olur.⁶

Sözleşme öncesi başvuru, ihtilafların çözümünde daha etkin bir çözüm yolu olarak düşünülmüştür. Bu yol, Conseil d'Etat'nın emsal kararları tarafından olumsuz yönde etkilenmiştir. Conseil d'Etat'nın aldığı kararlara göre, bir sözleşme dava açıldıktan sonra, ama dava karara bağlanmadan önce imzalanırsa, mahkemeye yapılan başvuru, geçerliliğini yitirmektedir. Bu durum, ihaleyi açan kurumun sözleşmeyi bir an evvel imzalaması için itici/zorlayıcı bir etki yaratmaktadır.⁷

Fransa üzerinden kamu alım sözleşmelerinde ihtilafların yargı yolu incelendiğinde, Fransız içtihadının özel bir kavram geliştirdiği görülür: équilibre finansör du contrat/sözleşmede mali denge.⁸ Sözleşmede denge kavramı, uygulama sırasında beklenmeyen/öngörülemeyen olaylara göre başlangıçtaki sözleşmenin nasıl derinden etkilendiğini, hâkimin değerlendirmesine sunan bir standarttır. Temel prensip şudur ki, bir kamu alım sözleşmesi sonuçlandığında, sözleşmenin fiyatı (yüklenici için beklenen kâr) ile teslim edilecek mal veya hizmet arasında dengeli bir ilişki içerir olmasıdır.⁹ Bundan dolayıdır ki, ihtilaf konusu davada hâkimin konumu; her türlü maddi olayla ilgili kaçınılmaz bir pragmatik duruş ile kamu otoritesi veya kurum ile yüklenici çıkarlarını uzlaştırma ihtiyacından ve mevcut içtihat ve düzenlemeye riayet etmekten kaynaklanan kuralcı bir duruş arasında dengelenmiştir. Sözleşmenin mali dengesi, maliyetler ve fiyatlar hakkında hâkim tarafından yürütülen sorgulama çerçevesinde oluşmaktadır.¹⁰

Değişen koşullar nedeniyle, bir sözleşmenin uygulanması sırasında görülen ve sözleşmenin uygulanmasını daha hantal hâle getiren durumlar için Fransız Medeni

⁶ 30 No'lu SIGMA Raporu, s.14.

⁷ A.e., s.14.

⁸ Sözleşme ekonomisi/mali dengesi kavramı Fransız hukukunda kullanılan ve geliştirilen bir kavramdır. Bu kavramın, Alman hukukundaki işlem temeli kavramı ile aynı olduğu vurgulanmış, hatta, Fransız hukukunda Alman hukukundaki işlem temelini keşfi olarak değerlendirilmiştir. Baysal, a.g.e., s.49.

⁹ Kirat, Vidal, a.g.m., s.154-155.

¹⁰ A.e., s.169.

Kanunu herhangi bir kural getirmediği gibi bu konuda rehberlik de etmez. Zira, Fransız mahkemeleri *ahde vefaya* riayet edilmesine karşı son derece katı tutumlarıyla ünlüdür. Sözleşmenin tarafları, sadece olağan üstü bir güç (mücbir sebep/force majeure), bir kaza sonucu olay (tesadüfi olay/casfortuit) ya da harici bir neden (dış nedenler/cause étrangère) durumunda, bir sözleşmenin uygulanmamasında kendilerini haklı gösterebilir. Yasal öğretilerde, bu üç kavram birbirinin yerine kullanılır. Bir başka deyişle bu kavramlardan, bir sözleşmenin uygulanmasının bazı objektif koşullar nedeniyle imkânsız hâle gelmesi durumunu tanımlamak için faydalanılır.¹¹

Fransa'da, sözleşmenin temelini oluşturan esaslı unsurlarda önceden öngörülemeyen nedenler ve şartlarda meydana gelen değişiklikler olması hâlinde sözleşmenin sona ermesi, *emprevizyon* (imprévision) kuramı altında incelenmiş ve kabul görmüştür. *Emprevizyon* kuramı, tam anlamıyla bir beklenmeyen hâl (force majeure) meydana gelmese bile, sözleşmenin ekonomik temelini zayıflaması veya çökmesi hâlinde sözleşmede değişiklik yapılabileceğini öngörmektedir. İdare hukuku açısından, kamu hizmetinin devamlılığını sağlamak, bu kuramın gerekçesini oluşturmaktadır. Buna karşılık, Fransız Yargıtay'ı kesin olarak *emprevizyon* kuramına karşı çıkmıştır.¹²

Fransa'da saygın bir yere sahip olan idare hukuku, sözleşmede değişiklik uygulamasının bağlamlarına göre beklenmedik olayları sınıflandırmaktadır: Beklenmedik koşullar, öngörülemeyen engeller, mücbir sebep, tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme yeteneği, vb. Bu durumlar, tarafların dışında, analitik

¹¹ Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, "The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract", **Jurisprudence**, 2009, 4(118): s.199.

¹² Fransız Yargıtay'ına göre; ya bir mücbir sebep vardır ve borçlu ifadan kurtulur ya da mücbir sebep şartları gerçekleşmemiştir ve hiçbir şey borçluyu yükümlülüğünden kurtaramaz. Yargıtay bir kararında şöyle demektedir: "Sözleşmenin feshini gerektirecek bir mücbir sebep olabilmesi için borcun ifasının bu yüzden imkânsız bulunması gerekir; eğer ileri sürülen olay ifayı sadece zorlaştırmakta ve borçluya önemli derecede parasal zorluklar yüklemekteyse, bu mücbir sebep sayılmaz." Kemal Tahir Gürsoy, **Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara, 1950, s.42, dn.11. Fransız Yargıtay'ının sergilediği katı tutum, Roma hukukunda görülen benzer yaklaşımı hatırlatmaktadır. Bazı beklenmeyen hallerin, hiçbir beşeri kuvvetle önlenemeyecek ve öngörülemeyecek kadar kuvvetli, önüne geçilemez olaylar sonucunda oluşmakta olduğunu kabul eden Roma hukuku, beklenmeyen hal (casus fortuitus) ve mücbir sebep (vis major) arasında bir ayırım yapmıştır. Borçluyu kendisine bırakılmış şeyin dikkatli ve devamlı bir nezaretle önlenmesi mümkün kaybından, diğer bir ifadeyle bazı beklenmedik hallerden de sorumlu tutan *custodia* sorumluluğunun uygulandığı dönemlerde de, borçlular mücbir sebepten ötürü sorumlu tutulmamıştır. Ersin, **a.g.t.**, s.67.

standartlara ait bazı kavramlar aracılığıyla belirlenir: Öngörülebilir, öngörülemez, dayanılmazlık, vb. Bu kavram tipolojisi, idari hâkimin karar verme durumlarında merkezi bir role sahiptir. Bu itibarla hâkim, sözleşmenin değişmesini gerektiren olayın öngörülemez, olağanüstü ya da dayanılmaz karakterinin özellikle ispatında ısrarcıdır. Zararın ölçümü ve ispatı da mümkündür, ancak bu, analitik standartlara göre daha az merkezidir.¹³

Fransız hukuk mahkemelerinin, mücbir sebep kuramının sınırlarını genişletmek ve sözleşme uygulamalarının daha da hantallaştığı durumlarda kullanmak istediği hemen hemen tüm girişimler başarısız olmuştur. Fransız Temyiz Mahkemesi (Yargıtay/Cour de cassation), sözleşmenin uygulanması sırasında öngörülemeyen, kaçınılmaz ve kontrol edilemeyen olaylar (borçlu; savaş, doğal afet, ambargo, grev, isyan, suç, vs. gibi sözleşmenin uygulanmasının imkânsız olduğu durumlarda sadece edimini ifa mecburiyetinden berîdir) karşısında klasik yaklaşımından ayrılmıştır. Yasal öğreti, genellikle 1876'daki ünlü *Canal de Craponne* davasına atıf yapmakta ve bu dava ile birlikte anılmaktadır. Yargıtay'ın katı/otoriter konumuna klasik bir örnek olarak günümüzde de bu dava geçerliliğini korumaktadır.¹⁴ Öyle ki, Fransız borçlar hukukunda, *emprevizyon* kuramı bu davada kabul edilen ilkeler doğrultusunda gelişmiş, son yıllarda yaşanan gelişmeler dikkate alınmazsa, bu ilkelere sıkı sıkıya bağlı kalınmıştır.¹⁵

Bu davada taraflar (Adam de Craponne ile Pélisanne Belediyesi), bir bahçe sulama hizmetlerinin sağlanması için 22 Haziran 1567 yılında bir sözleşme akdetmiştir. Sözleşme uyarınca belediye tarafından işletilen toprakların sulanması için *Adam de Craponne* bir kanal inşası borcu altına girmiş ve devamında da bu kanalın bakımı ve iyi işleyişinden sorumlu tutulmuştur. Sözleşme 300 yıl yürürlükte kalmış ve sulama hizmetleri için tayin olunan sabit ücret yavaş yavaş yetersiz olmaya başlamış ve sulama kanallarının bakımı için yapılan harcamalar çerçevesindeki maliyetleri hizmet sağlayıcısının karşılaması olanaksızlaşmıştır. Bunun üzerine Craponne'un mirasçısı *Galliffet*, bakım karşılığında alınan miktarın arttırılması için dava açmış, İlk Derece Mahkemesi ve daha sonra da Aix İstinaf Mahkemesi,

¹³ Kirat, Vidal, **a.g.m.**, s.175.

¹⁴ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.199.

¹⁵ Baysal, **a.g.e.**, s.39.

Galliffet’yi haklı bularak, değişen ekonomik ortama göre creti yeniden düzenlemiş, bir diğer ifadeyle artırıma gitmiştir. Ancak, 1876 yılında Yargıtay ahde vefa ilkesini kuran Fransız Medeni Kanunu’nun, 1134’üncü maddesine atıfla Temyiz Mahkemesi’nin kararını iptal etmiştir. Yargıtay; “...*madde 1134, genel ve mutlak bir metin olduğundan, kendi kararları doğrultusunda taraflarca yapılan sözleşmeleri değiştirmede zaman ve koşulların dikkate alınmasını ancak taraflar belirleyebilir, mahkemeler değil*” demek suretiyle net ve katı bir tutum sergilemiştir. Kararda şu gerekçe de dikkat çekmektedir: “*Ne kadar adilane görünürse görünsün, hiç bir hâlde, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeyi zaman ve durumlar dikkate alınarak değiştirmek ve sözleşme taraflarınca özgürce kararlaştırılmış hükümlerin yerine yenilerine karar vermek mahkemenin yetkisinde değildir.*” Yargıtay’ın bu tarz katı yaklaşımı birçok benzer kararda takip edilmiş ve bu içtihat, geçerliliğini büyük ölçüde günümüze kadar değişmeden korumuştur.¹⁶

Fransız Yargıtay’ı savaş gibi beklenmeyen bir hâlin yaratmış olduğu ortam içerisinde de, bütün içtihatlarında sözleşmenin kutsallığını ileri sürerek, hâkimin görevinin sözleşmenin uygulanmasını sağlamak olduğunu savunmuştur. Sonuç olarak, savaşın etkisiyle bozulan dengeleri ve hakkaniyete aykırı oluşan durumları düzeltmek amacıyla kanun koyucu harekete geçmiş ve 21 Ocak 1918 tarihli Faillot Kanunu ile bir düzenleme getirilmiştir.¹⁷ Buna göre; Birinci Dünya Savaşı sırasında veya ateşkesin ilan edilmesinden itibaren üç ay içerisinde yapılan sözleşmeler ile yüklenilen edimler taraflardan birisi için katlanılamayacak ölçüde ağır sorumluluklar getirmiş ise, mahkemece sözleşme sona erdirilebilecektir.¹⁸ Bu düzenleme ile katı tutumun esnetilerek yumuşatılması öngörülmüş olsa da, düzenleme dikkatle

¹⁶ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.199. Sözleşmelerin yorumu, son yıllarda tekrar ele alınmış ve geliştirilmiş bir konudur. Bu bağlamda, içtihat ve ğreti *Code Civil*’de var olan hükümleri yeni bir değerlendirmeyele ele almaktadır. Bu gelişim iki yönde olmuştur: İlk olarak Fransız Medeni Kanunu’nun 1134’üncü maddesi yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmektedir. Bu maddenin ilk fıkrasında sözleşmelerin değişmezliği ilkesine yer verilirken, yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun surette ifa edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. 1135’inci maddede ise, sadece sözleşmenin sarih olarak mutabakata varılmış konularının değil aynı zamanda aklın, örf ve adet hukukunun veya ahde vefa kuralının doğasından çıkan sonuçlarının da yükümlülüğün kapsamına girdiğini belirtir. Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.333.

¹⁷ Ekonomik krizler sonucu sözleşme ilişkilerindeki dengelerin altüst olduğu zamanlarda, kanun koyucu çareyi özel ve bu döneme özgü yasalar çıkarmakta bulmuştur. Bu geçici kanunlarla çözüm arayışı o dönem Fransız hukukunun etkisinde bulunan Belçika ve İtalyan hukuklarında da grlmştir. Baysal, **a.g.e.**, s.40.

¹⁸ Erman, **a.g.e.**, s.36.

okunduğunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabileceği veya değiştirilebileceğinden değil, sona erdirileceğinden bahisle hüküm konulmuştur.

Sözleşmenin uyarlanması ile ilgili olarak Fransız hukuk mahkemelerinin sıkı içtihadına rağmen, Fransız Devlet Konseyi (Danıştay/Conseild'Etat), temelinde kendine özgü ve çok daha esnek bir hukuk geliştirmiştir: *Emprevizyon* (öngörülemeyen durumlar/beklenmeyen hâl) kuramı. Fransız idare hukukunda Fransız Devlet Konseyi, Fransız Temyiz Mahkemesi'nden farklı bir yol izleyerek sözleşmenin uyarlanmasını kabul etmektedir. Bu kurama ilişkin birçok atıf yapılan mahkeme kararı (Gaz de Bordeaux davası), 1916'ya kadar uzanmaktadır. *Emprevizyon* kuramı, ilk defa 30 Mart 1916 tarihinde, bir müteahhidin Bordeaux Belediyesi ile yapmış olduğu sözleşme ile ilgili olarak görülen davada kabul edilmiştir.¹⁹ *Gaz de Bordeaux* davasından itibaren, Danıştay *emprevizyon* kuramını idari sözleşmeler açısından kabul etmiştir. 1904 yılında, Bordeaux kentinde 30 yıllık bir süre öngörülen ve şehrin büyük bir kısmına gaz ve elektrik temini için özel bir şirket ile bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Birinci Dünya Savaşı'nın meydana gelmesinden sonra, kömür fiyatı, ton başına yaklaşık 35 Frank'tan 117 Frank'a yükselmiştir. Bu nedenden dolayı, özel şirket sözleşmede öngörülen gazın sabit fiyatının artırılması gerektiğini iddia etmiştir. Bu iddia İlk Derece Mahkemesince reddedilmesine karşılık, Danıştay bu davayı onaylamıştır. Yükselen kömür fiyatları dolayısıyla idare ile akdedilen sözleşmenin ekonomisinin bozulduğu kabul edilmiş ve Yüksek Mahkeme, savaş nedeniyle, değişen ekonomik koşulların kömür fiyatlarını önemli ölçüde yükselttiğini ve bu nedenle sözleşmede öngörülen gaz tarifesinin yeterli olmadığını açıklamıştır. Buna göre, özel şirket Bordeaux şehrinden tazminat almaya hak kazanmıştır.²⁰

Fransız hukukunda, Fransız Devlet Konseyi'nin *Gaz de Bordeaux* kararından bu yana düzenli olarak *emprevizyon* kuramını idari sözleşmelere uygulaması, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde niye bu ayrıcalığın tanındığı sorusunu akla getirmektedir. Bu durum Fransız öğretisinde kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi ile

¹⁹ Gürsoy, **a.g.e.**, s.40.

²⁰ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.200.

açıklanmaya çalışılmıştır. Kamu hizmetinin sürekliliği, sözleşme ilişkisini bozan soruna göre öncelikli bir konu olarak kabul edilmektedir.²¹

19. yüzyılın ortalarından beri Fransız içtihadı *emprevizyon* adı altında değerlendirilen ihtilaf konularında bölünmüş durumdadır. Fransız Cour de Cassation'u (Yargıtay) *Canal de Craponne* kararında (06.3.1876), mahkemenin, hakkaniyet ne kadar gerektirirse gerektirsin sözleşmeyi değişen yeni durumlara uyarlayamacağına karar vermiştir.²² Buna karşılık Conseil d'Etat (Danıştay), *Gaz de Bordeaux* (30.3.1916) kararında sözleşmelerin uyarlanmasına belirli durumlarda izin vermiş ve bu suretle Bordeaux'da ki gaz dağıtımının Compagnie générale de Gaz'ın iflas etmesi tehlikesi nedeniyle kesintiye uğramasını engellemiştir.²³ Bu içtihat ikiliği günümüze kadar ayakta kalmıştır. Edimlerin ağırlaşmasından dolayı, sözleşmenin uyarlanması gereğini Yargıtay hâlâ kabul etmemektedir. Yüzlerce yıllık bu içtihadın varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği, bir süredir fazlasıyla şüpheli bir sorudur.²⁴

Danıştay'ın bu tür kararları, sözleşme değişikliği olarak yorumlanabilir. *Gaz de Bordeaux* davasında ortaya çıkan bu karar, sonradan idare mahkemelerinde bir dizi davada emsal teşkil etmiştir. Aynı zamanda idare mahkemelerinin, daha fazla esneklik göstermesi için neden oluşturmuştur. Bir kamu sözleşmesi, bir engel ile gecikiyorsa hatta değişen ekonomik koşullar sözleşmenin uygulanması sürecini felç

²¹ Baysal, **a.g.e.**, s.41.

²² Cass. civ., 6 mars 1876= D. 1876, 1, 193, note Giboulot = Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11e éd. 2000 no : 163. : "Ne kadar adilane görünürse görünsün, hiç bir halde, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeyi zaman ve durumlar dikkate alınarak değiştirmek ve sözleşme taraflarınca özgürce kararlaştırılmış klozların yerine yenilerine karar vermek mahkemenin yetkisinde değildir. Cashin-Ritaine, a.g.m., s.322, dn.5.

²³ CE 30 mart 1916 D. 1916, 3, 25= S. 1916, 3, 17= Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12e éd., no : 49.

²⁴ Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.322. Sözleşmenin uyarlanmasının reddedilmesi düşüncesi 19. yüzyılda, Fransa dışındaki devletlerde de geçerli bir düşünce olsa da, günümüz Avrupa devletlerinde bu düşünce artık terk edilmiştir. Bazı devletlerde yasal düzenleme ile (Almanya, Yunanistan, İtalya, Portekiz) bazı devletlerde de mahkeme kararlarıyla (İsviçre, İspanya, İngiltere) sözleşmelerin uyarlanması imkânı açıkça tanınmaktadır. Fransız Temyiz Mahkemesi *emprevizyon* kuramını özel hukuk sözleşmelerine uygulamaktan kaçınsa da, Yüksek Mahkemenin söyleminin aksine, *emprevizyon* kuramının Fransız özel hukukuna yabancı olmadığı doktrinde savunulmakla birlikte Fransız hukukunun diğer Avrupa devletlerinin gerisinde kaldığı da kabul edilmektedir. Tüm bu tartışmalara rağmen Fransız Temyiz Mahkemesi sözleşmelerin uyarlanmasını kabul etmemiştir. Ancak son yıllarda, özellikle uluslararası ticarete sözleşmelerin uyarlanmasının yaygın olarak kabul edilmesi ve Fransa'nın ticaret yaptığı devletlerin büyük çoğunluğunun sözleşmelerin uyarlanmasını kabul etmesi, Fransız hukukunda da sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin katı görüşlerin yumuşamasına yol açmıştır. Buna karşılık günümüzde, tam anlamıyla sözleşmelerin uyarlanmasının Fransız hukukunda kabul edildiğini söylemek zordur. Baysal, **a.g.e.**, s.42-45.

ediyorsa, genellikle vatandaşların önemli bir kısmında felaketlere neden olabileceğinden, idare mahkemeleri *emprevizyon* kuramını uygulamak için daha isteklidir. Öte yandan, hukuk mahkemeleri özellikle özel kişiler ya da şirketler arasındaki ihtilaflar ile başa çıkmak için taraf özerkliğine ve ahde vefa ilkelerine öncelik vererek, *emprevizyon* kuramını reddetmektedir. Buna rağmen, Fransız hukuk mahkemeleri bazen *emprevizyon* kuramını uygulamadan, bir sözleşmenin değiştirilmesi için özel yetkili yasal yapılara başvurabilir. Örneğin bir hâkim, tüm sözleşme şartlarını somut koşullarıyla birlikte dikkate alabilir ve sözleşmeyi, değişen koşullara uyarlamak için zımnî terimler içerdiği şeklinde yorumlayabilir. Buna ek olarak, hakemler Fransız Yargıtayının sıkı içtihatlarını takip etmek zorunda değildir. Bundan dolayıdır ki, tahkim davalarında, sözleşme değişikliği ve değişen ekonomik ortama adaptasyon için tolerans daha yüksek derecededir.²⁵

Fransız mahkemelerinin katı yaklaşımı, sözleşmede değişikliğe izin veren tarafların sözleşmeye özel uyum maddeleri eklemesini teşvik etmektedir. Örneğin sözleşme, enflasyon veya bir ölçüde dalgalanma endeksi gösterdiğinde sözleşme bedelinin otomatik olarak yeniden hesaplanması için borsa endeksine göre endekslemesine izin veren hükümler içerebilir. Adaptasyon/uyumun bir başka türü olarak adlandırılan edim güçlüğü fıkrasında belirtilen özel durumlar meydana gelirse, sözleşmeyi yeniden müzakere etmeğe taraflar mecburdur.²⁶

Fransız içtihadı son yıllarda, sözleşmeye ekonomik ve sosyal bir anlam yükleyen işlem temeli (*économie du contrat*) kavramını keşfetmiştir. Temeli ve şartları öğretilde hâlâ çok tartışmalı olan bu kavram son dönem içtihatlarda sözleşmenin esaslı bir unsuru hâline de gelmiş görünmektedir ve hem sözleşmenin yorumlanmasında (*conception subjective*), hem de edimlerin kontrol edilmesinde (*conception objective*) bir araç olarak kullanılmaktadır.²⁷

²⁵ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.200-201.

²⁶ **A.e.**, s.201.

²⁷ Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.323. Fransız özel hukukunda, son yıllarda *emprevizyon* kuramının kabul edilmesi yönünde doktrinadaki görüşlerin artmasının ve uluslararası ticaretteki uyumlaştırma çalışmalarında sözleşmenin uyarlanması ile ilgili hükümlere yer verilmesinin de katkısıyla, içtihatla bazı açılımların varlığı göze çarpmaktadır. Bu açılımlardan en önemlisi, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin yakın zamanda açıkça kabul ettiği sözleşmelerde *yeniden müzakere borcunun* varlığıdır. Bir diğeri de, Fransız hukukunda, Alman *işlem temeli* kavramına da yakın olduğu vurgulanan, *sözleşme ekonomisi* kavramının kullanılmasıdır. Baysal, **a.g.e.**, s.45.

Fransız içtihadında, sözleşmede açıkça yazılı olmak zorunda olmayan bir dizi yükümlülük geliştirilmiştir. Bu şekilde, sözleşmeler yazılı olmayan birçok ödev doğrultusunda tamamlanmaktadır. Örneğin: bilgi verme yükümlülüğü, güven yükümlülüğü ve danışma yükümlülüğü. Böylelikle, son yıllarda Fransız Medeni Kanunu ve genel sözleşme hukuku teorisi (théorie générale du contrat) esaslı bir şekilde gelişip, zenginleşmiştir. Buna rağmen, yine de gerçek anlamda sözleşmelerin uyarlanmasından bahsetmek zordur. Zira, burada hâkimin sözleşme taraflarının iradesini yorumlaması söz konusudur (Fr. MK m. 1160). Hâkimin tarafların iradesini yanlış yorumlamaya hakkı olmadığı gibi, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerini de evleviyetle değiştiremez. Bununla birlikte, sözleşmelerin yeniden müzakere edilmesi²⁸ şeklinde bir nevi yükümlülük ortaya çıkmıştır: Fransız Yargıtayı kısa süre önce, sözleşmenin taraflarının ifa zorluklarını bertaraf etmek için işbirliği yapmak zorunda olduklarına karar vermek suretiyle bu yolu açmıştır.²⁹

²⁸ Yeniden müzakere yükümlülüğünün kaynağı, Fransız MK m.1134/III'de düzenlenen dürüstlük kuralı olup, Fransız hukukunda *emprevizyon* kuramının hukuki temelini dürüstlük kuralı olarak değerlendiren görüşlerin tümü, yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul etmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi de 1992 yılında ilk olarak *Huard* davasında dürüstlük kuralı kaynaklı yeniden müzakere yükümlülüğünün varlığını kabul etmiştir. Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yükümü Fransız MK'nin üçüncü kitabının borçlar hukuku ile ilgili üçüncü kısmında önemli değişiklikler getiren 2005 yılında hazırlanan Borçlar Hukuku ve Zamanaşımı Reformu Ön Tasarısı'nda üç madde ile düzenlenmiştir. Ön tasarının 1135/I-II-III madde hükümlerine göre: Sürekli borç ilişkilerinde karşılıklı edimler arasındaki dengenin, taraflardan biri için, sözleşmenin anlamını yitireceği ölçüde bir değişikliğe uğraması durumunda, sözleşmenin tarafları anlaşmalarında değişiklik yapmak için müzakerede bulunacakları hususunda anlaşabilirler; eğer böyle bir anlaşma yoksa sözleşmeden beklenen faydayı yitiren taraf mahkemeden yeniden müzakereye girişilmesine hükmetmesini talep edebilir; müzakereler kanunda belirtilen şekilde yürümez ve kötü niyetli bir şekilde kesilirse her iki taraf da sözleşmeyi sona erdirebilir. Bugün Fransız özel hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının mümkün olduğu kural olarak söylenemez. Tarafları, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama yönünde teşvik eden yeniden müzakere yükümlülüğünün kabulü yeterli bir gelişme sayılamaz, çünkü müzakereler başarıya ulaşmadığı takdirde ne hâkimin ne de tarafların sözleşmeyi uyarlama yetkileri Fransız hukukunda mevcut değildir. Baysal, **a.g.e.**, s.46-49.

²⁹ Cass. 1e civ., 16 Mart 2004=LPA. 28 Haziran 2004. N° 128, s. 18. obs. CH. Gavoty. O. Edwards; Cass. Com. 24 Kasım 1998= Rep. Def. 1999. s. 371 obs. D. Mazeaud= RTDciv. 1999, s. 98. obs. Mestre; Ayrıca bkz.: Cass. soc, 25 Şubat 1992 {*Expovi*}= Bull. civ. V, no: 121. s. 74= D. 1992. s. 390 note Deffos-sez=D. 1992, somm. s. 294, note Lyon-Caen ve Cass. com., 3 Kasım 1992 (Huard)=Bull. civ. IV, no: 340, s. 242=JCP éd. G.. 1993 II. 22164 note Viras-samy= RTD civ. 1993, s. 124, no: 7. obs. Mestre. Ancak, Alman hukukunda olduğu gibi dürüstlük kuralı temelinde geliştirilen, sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin doğrudan bir ilke mevcut değildir. Dolayısıyla Alman ve Fransız hukukunun iki farklı yöntem uyguladığı söylenebilir. Alman hukuku objektif ve subjektif unsurları ayırım gözetmeksizin uygulamakta, tarafları ve sözleşme amacını dikkate almaktadır. Fransız hukuku ise, saf objektif bir yöntemi takip etmektedir: Durumlardaki değişiklik, sözleşmenin amacından bağımsız olarak sadece objektif, ekonomik ölçütlere dayanır. Bu önemli fark, esasen, uyarlamanın temelinden kaynaklanır: Alman hukukunda bu temel dürüstlük kuralı iken, Fransız hukukunda denkleştirici adalet (*justice commutative*) anlayışıdır. Alman hukukunun aksine Fransız özel hukukunda uyarlama, § 242 BGB'deki dürüstlük kuralı gibi bireysel ve iki tarafı ilgilendiren bir genel

Son yıllarda durum değişiklikleri karşısında sözleşmenin yeniden müzakeresini düzenleyen PICC (6.2.3.) ve PECL (6:111)'de yeniden müzakerelerin başarıya ulaşmaması durumunda, mahkemeye sözleşmeyi uyarlama yetkisi açıkça tanınmıştır. Fransız Borçlar Hukuku ve Zamanaşımı Reformu Ön Tasarısı'ndaki maddelerini, sözleşme hukukunun uyumlaştırılması çalışmaları karşısında değerlendiren *Lando*, bu hükümlerin PICC ve PECL karşısında çok daha dar olduğunu, hâkimin uyarlama imkânının sınırlı olduğunu, bu noktada Fransız geleneğinin Avrupa'daki diğer devletlerin aksine devam ettiğini vurgulamış ve hâkime duyulan güvensizliği tenkit etmiştir. Fransız hukukunda hâkime duyulan güven eksikliği yanında ihtilal geleneğinden gelen taraf iradelerine verilen önem belirleyici bir etkiye sahiptir. Fransız hukukçularına göre, tarafların kendilerini ilgilendiren hususlarda, yine kendileri tarafından varılacak çözümlerden daha iyisi yoktur.³⁰

Sonuç olarak Fransız hukukunda uyarlama veya sözleşmeden dönme yalnızca hâkim kararı ile gerçekleşebilir, idare hukukunda sözleşmeden doğan yükümlülük baki kalmakta, bununla beraber borçlu, sözleşmenin ekonomik dengesinin yeniden kurulması amacıyla tazminat talep edebilmektedir. Özel hukukta uyarlama sadece belli sınırlar dâhilinde ve sıkı hâkim kontrolünde yapılmaktadır. Alman hukuku ile karşılaştırıldığında, Alman hukukunda sözleşme taraflarının büyük bir özgürlüğe sahip olduğu söylenebilir: Hâkim müdahalesi olmaksızın uyarlamaya gidilebilmekte, sözleşmeden tek taraflı olarak dönülebilmektedir. Alman hukukunda görülen bu esnek yaklaşım, Alman-Fransız hukuki ilişkileri bağlamında büyük önem taşır. Uyarlama imkânlarındaki eksiklik nedeniyle, Fransız girişimci çöküşe sürüklenirken, Alman girişimci büyük bir özgürlüğün keyfini sürmektedir. Eğer, Avrupa'da bir hukuk uyumlaştırmasına gidilmek isteniyorsa, bu tür farklılıkların bertaraf edilmesi gerekmektedir. Alman kanun koyucu, § 313 BGB ile, *işlem temelinin çökmesine* ilişkin şimdiye kadarki içtihadı pekiştirirken, Fransız uygulaması sözleşmelerin uyarlanmasını, büyük bir tereddüt içinde yeni yeni mümkün kılmaktadır.³¹

ilkeye değil (principe général de bonne foi), güçsüz tarafın korunmasına ilişkin hukuki ve sosyal bir politikaya dayanır. Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.334-338.

³⁰ Baysal, **a.g.e.**, s.47-48.

³¹ Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.341-342.

2. İngiliz Hukuku

Mahkemeler, ihale sürecini askıya almak, kararları iptal etmek ve tazminata hükmetmek de dâhil olmak üzere geçici ya da nihai kararlar almak üzere gerekli olan tüm yetkiye sahiptirler. İhale kararı verilmedikçe, iddialar her koşulda üç ay içinde incelemeye alınmalıdır. Eğer ihale verilmiş ise tek çözüm yolu tazminat talebinde bulunmaktır. Zarar giderime hükmetme yetkisi mahkemelerindir ve uğranan zararın miktarını belirlerken ihale masrafları, kaçırılmış fırsatlar ve kaybedilen kâr unsurları dikkate alınabilir.³²

İngiliz hukukunda kamu alım sözleşmesinin yapılmasından sonra, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Öyle ki, ihale hukuku kurallarına aykırı olarak bir teklifin kabul edilmesi ve sözleşme imzalanmasından sonra, teklifleri haksız olarak dikkate alınmayan şahısların ihale işlemini iptal ettirmeleri durumunda da yapılan sözleşmenin geçerli olduğu, mahkemenin bu durumda sadece hukuka aykırı bir şekilde değerlendirme dışı bırakılan teklif sahipleri lehine bir tazminata hükmedebileceği kabul edilmektedir.³³

İngiltere’de 19. yüzyılın ortalarına kadar, sözleşmenin mutlak kutsallığının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu konuda en ünlü dava, *Paradine v. Jane* davası olup, tarihi 17. yüzyıla kadar uzanmaktadır.³⁴ Bu davada mahkeme, öngörülemeyen bir durumla karşılaşan tarafın borcundan kurtulmak için yaptığı başvuruyu reddetmiştir.³⁵ Bu katı tutum, mahkemelerin sözleşmede *beklenmeyen hâl* kuramını geliştirmesinden 200 yıl sonra ancak yumuşatılabilmiştir. Kuram, *Taylor v.*

³² 30 No’lu SIGMA Raporu, s.22.

³³ Buz, **a.g.e.**, s.96.

³⁴ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.201. İngiliz Hukukunda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunun ele alınması, 1647 tarihli *Paradine v. Jane* olayı ile başlar. Bu olay kısaca şöyle olmuştur: Jane’in arazisini işgal eden Prens Rubert adlı bir Alman prensi, Jane’i arazisinden uzaklaştırmış ve arazisinden ürün almasını da engellemiştir. Bu öngörülemeyen durum karşısında Jane, kira borcundan kurtulmak için mahkemeye başvurmuştur. Ancak mahkeme, bu duruma rağmen kira parasının yine de ödenmesinin gerektiğine karar vermiştir.

³⁵ İngiliz hukukunda *Paradine v. Jane* davasında belirlenen ilkeler uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri, mücbir sebepten de kaynaklansa, ifa etmeme açısından bir gerekçe olarak ileri sürüleliyordu. İngiliz hukukunda bu dava, Kıta Avrupası’nda *pacta sunt servanda* ilkesine karşılık gelen *sanctity of contracts* veya *absolute contracts* kuramının emsal kararı olma özelliği taşımaktadır. Bu dava ile İngiliz hukukunda imkânsızlık nedeniyle borçlunun sorumluluktan kurtulmasına izin verilmemiş ve sözleşme ile borç altına giren kişi bununla her ne olursa olsun bağlı tutulmuştur. Baysal, **a.g.e.**, s.50-51.

Caldwell davasına dayalı olarak 1863 yılında ortaya çıkmıştır. Bu davada, sanıklar davacıların konser programı için, bir müzik salonunu dört gece kullanmasına izin vermeyi kabul etmiştir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra, konserin yapılacağı ilk günden önce, konser salonu, tarafların sorumlu olmadığı bir yangında tahrip olmuş ve davacılar, gerçekleşen maliyetlerini karşılamak için tazminat davası açmıştır. Mahkeme, kişi veya şeyin tahribatından kaynaklanarak sözleşmenin uygulanmasının imkânsızlığının bahane olacağı bir durum, sözleşmede belirtildiği temeline dayanarak iddiayı reddetmiştir. İlk zamanlarda, beklenmeyen hâl kuramı sözleşme konusu işin fiziken kaybolması ile sınırlı tutulmuştur. Ancak, kısa sürede kuramın kapsamı sözleşmenin amacında beklenmeyen hâl gibi benzer davalara da genişletilmiştir. *Krell v. Henry* kararı, kuramın uygulama alanını genişleten ilk ve en önemli karardır. Taç giyme davası olarak da bilinen *Krell v. Henry* davasında, davalı VII. King Edward'ın taç giyme alayını gözlemlemek için davacının evinde bir oda kiralamayı 20 Haziran 1902 tarihli sözleşme ile yazılı olarak kabul etmiştir. Kralın beklenmedik hastalığı nedeniyle, taç giyme töreni, gününden birkaç gün önce iptal edilmiştir. Davalı kararlaştırılan kirayı ödemeyi reddetmiş ve mahkeme, “*Coronation alayı bu sözleşmenin temelini oluşturmaktadır ve bunun olmaması sözleşmenin uygulanmasını engellediği*” gerekçesiyle davanın reddedilmesini onamıştır. Mahkeme, kira sözleşmesinin taç giyme alayı için herhangi bir doğrudan atıf yapmadığı gerçeğini görmezden gelmiştir.³⁶ Mahkeme ise, her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmede taç giyme töreninden söz edilmemiş ise de; sözleşmenin, tören alayının geçişini izlemek için yapıldığı ve bu nedenle tören alayının geçişinin *sözleşmenin temelini* oluşturduğunu kabul ederek, bunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle, geri kalan kira bedelinin ödenmemesine karar vermiştir.³⁷

Krell v. Henry örnek olayı beklenmeyen hâl kuramının sistemik dalı -amaç yönünden beklenmeyen durum- için yasal zemin sağlamıştır. Amaç yönünden

³⁶ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.201-202.

³⁷ Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.41. Söz konusu davada, taç giyme töreninin iptal edilmesi ile birlikte Henry ödeyeceği kira bedelini ödemeyi reddetmiş ve Krell ödemenin yapılması için dava açmıştır. Henry de ödemiş bulunduğu depozito bedelinin iadesi için karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi Henry'yi haklı bulmuş, bunun üzerine Krell ihtilafı üst derece mahkemesine taşımış, üst derece mahkemesi de Henry'yi haklı bulmuştur. Üst derece mahkemesi, kira bedelinin talep edilemeyeceğini, zira sözleşme amacının zedelendiği sonucuna varmıştır. Baysal, **a.g.e.**, s.52-53.

beklenmeyen hâl, İngiliz yaklaşımının, Fransız hukukundaki mücbir sebep kuramından daha esnek olduğunun kanıtıdır.³⁸ Ancak, beklenmeyen hâl kuramının kabulüne rağmen, İngiliz hukuku değişen koşullar kurumu doğrultusunda nispeten katı tutumunu korumaktadır. Aşırı güçlük, mali zarar veya taraflarca üstlenilen ticari risk içinde olan sözleşmenin uygulanmasındaki gecikme ile ilgili diğer rahatsızlık, İngiliz mahkemelerince özel sözleşmelere mani olmak için yeterince ele alınmamıştır. *Davis Müteahhitler Ltd v. Fareham Kentsel Bölge Konseyi* davasında, davacı sabit bir fiyata sanık için 78 konut inşa etmek ve işin sekiz ay içinde tamamlanması üzerine bir sözleşme imzalamıştır. Öngörülemeyen işçilik eksikliği, kötü hava ve diğer nedenlerle işi tamamlamak yirmi iki ay sürmüş ve maliyeti başlangıçta hesaplanandan 17.000 £ daha yüksek çıkmıştır. Yüklenici, işgücü güçlüğünün sözleşmede beklenmedik bir durum olduğunu iddia etmiş ve bu nedenle sebepsiz zenginleşme temeline dayanarak ek tazminat istemiştir. Ancak, Lordlar Kamarası beklenmedik hâl olmadığına hüküm vererek davacının iddiasını reddetmiştir. Lord Radcliffe açıklamasında; “*Uygulama içindeki beklenmeyen hâl kuramını gerekli kılan şey, güçlük veya rahatsızlık veya madde kaybının kendisi değildir. Eğer sözleşmede olandan farklı bir şey uygulanmışsa, yapılan şey yükümlülüğün anlamında da böylesi bir değişiklik getirmelidir*” demiştir. İngiliz mahkemeleri, ünlü *Süveyş Kanalı* davalarında, malların satış sözleşmeleri tartışmasına yol açan savaş nedeniyle Süveyş Kanalı'nın kapatılmasına mani olmuş ve beklenmeyen hâl kuramını reddetmiştir. Mahkemeler, kanalın tıkanması temelde farklı bir durum getirmediği ve satıcıların daha pahalı ve zaman alıcı yolları da alternatif olarak düşünmek zorunda olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte, bu mahkemelerin sözleşme bedelinde görülen ciddi artış durumlarında *beklenmeyen hâl*

³⁸ Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sonucu ifanın güçleşmesi, daha doğrusu anlamsızlaşması İngiliz hukukunda karşımıza çıkan *frustration* kuramının bir bölümünü oluşturur. *Frustration* kuramı esas itibariyle imkânsızlık temeli üzerine oturur. Ayrıca, ifa ile izlenen amacın boşa çıkması durumunda, bu kuramın bir uygulaması kabul edilen *frustration of purpose* söz konusudur. *Frustration* kuramının diğer kuramlardan ve düzenlemelerden en önemli farkı sonuç bakımındandır. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması Kıta Avrupası'nın aksine İngiliz hukukuna yabancıdır. Bu anlamda, kuramın sonuçları işlem temelinin çökmesinden çok, mücbir sebebe yakındır. İngiliz hukukunda görülen *frustration* kuramının Türk hukukunun da dâhil olduğu Kıta Avrupası hukukunda uygulanabilirliği yoktur. Buna karşın, İngiliz hukukunda geliştirilen sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması durumunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi imkânı, Alman *işlem temelinin çökmesi* kuramına doğrudan *frustration* kuramının etkisi ile girmiştir. Bu bağlamda *frustration* kuramının da Kıta Avrupası hukukuna önemli bir katkısı olmuştur. Baysal, **a.g.e.**, s.50-55.

kuramını uygulayan İngiliz içtihat örnekleri olduğunu belirtmek gerekir. *Staffordshire Area Health Authority v. Staffordshire Staffs Waterworks Co* davasında, su temini için 1919 yılında sonuçlanan bir sözleşmede böyle bir durum inceleme altına alınmıştır. Bir su işleri şirketi, bir hastane için sabit fiyatlarla suyu “her zaman” sağlamayı kabul etmiş, fakat daha sonra enflasyondan etkilenmiştir. Gerçek uygulama maliyeti, sözleşmede öngörülen sabit ücretten kat kat daha yüksek olduğu için 1975 yılında, yüklenici sözleşmenin iptalini talep etmiştir. Mahkeme, sözleşmenin 50 yıl önce yapılmasından bu yana, durumun çok köklü bir şekilde değiştiğine karar vermiştir. Mahkeme, sözleşmenin tasfiyesi için taraflara izin vermiş ve tarafların daha sonra yenilenen hükümler ile yeni bir sözleşme yapabileceği sonucuna varmıştır. Bu *Staffordshire* davasındaki olayların, Fransız *Canal de Craponne* davasına benzer olduğu açıktır.³⁹

Amerikan hukukunda bazı davalarda uyarlama kabul edilmiştir. Örneğin *Alcoa* davasındaki çözüm Alman hukukundaki çözümle benzerlikler göstermektedir. Davada, sözleşme değişen şartlara uyarlanmış ve mahkeme taraflardan birinin sözleşmenin başında kararlaştırdıkları bedelden daha yüksek bir bedel ödenmesine karar vermiştir.⁴⁰ İngiliz hukukunda ise, esaslı bir şekilde sözleşmede değişen koşulların meydana gelmesi durumunda, tarafların yükümlülüklerinden serbest kalması için İngiliz mahkemelerinin yeterli zemini sağladığının örnekleri bulunsa da, İngiliz mahkemelerinin genellikle beklenmeyen hâl kuramını geniş yorumlamada isteksiz olduğu ortadadır. ABD mahkemelerinin aksine, İngiliz mahkemeleri ticari *uygulanamazlık* ilkesini tanımaz, dolayısıyla İngiliz mahkemeleri tarafından beklenmeyen hâl kuramını çoğunlukla tüketici sözleşmeleri için değil, ticari sözleşmeler için uygulanmaktadır. Bu sonuçlar ışığında, tarafların farklı gerçek koşullar altında beklenmeyen hâlin varlığını kanıtlamak için aradığını, çeşitli İngiliz davalarına dayanarak belirlenebilir. İngiliz mahkemelerinin konumunu ve/veya tutumunu, kısmen, taraflar arasında sözleşme ilişkilerinde iyi niyeti, İngiliz hukukunun genel bir görev olarak tanımadığı gerçeği ile açıklanabilir. Bazı yazarlar, İngiliz mahkemelerinin sadece uygulamanın imkânsızlığı davalarında değil ticari uygulanamazlık ve güçlük örneklerini de kapsayan daha esnek bir şekilde

³⁹ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.202-203.

⁴⁰ Baysal, **a.g.e.**, s.54.

beklenmeyen hâl kuramını yorumlamaya izin verdiği iyi niyet ve adalet ilkelerinin geniş bir uygulamaya sahip olduğunu iddia etmektedir.⁴¹

İngiliz mahkemelerinin geleneksel olarak beklenmeyen hâl kuramını uygulamasından sonra bile, bir sözleşmenin şartlarını değiştirmeye hakkının bulunmadığı vurgusu çok önemlidir.⁴² Daha esnek bir şekilde bu katı yargıyı yorumlama girişimleri, İngiltere'nin en yüksek yargı otoritesi Lordlar Kamarası'nın direnci ile karşı karşıya kalmıştır. Beklenmeyen hâlde, sözleşme her zaman sona ermektedir ve mahkemeler zararların karşılanması amacı dışında, tarafların hak ve yükümlülüklerini değiştirme hakkına sahip değildir. Fransa'da olduğu gibi, böyle katı yargı kararları, özel adaptasyon hükümlerinin ve sözleşmeler içindeki böylesi hükümlerin hazırlanmasında tarafları daha dikkatli olmaya teşvik etmiştir.⁴³

3. Alman Hukuku

Almanya'da kamu sektöründe alım faaliyetleri için yapılan harcamanın toplam hacmi 260 milyar Euro'dan fazla olması nedeniyle kamu alım süreci, yüksek derecede ekonomik ve siyasi bir etkiye sahiptir.⁴⁴ Bundan dolayıdır ki, AB Kamu Alım Direktifleri'nin uygulanması hakkındaki uzun tartışmaların ardından, Ağustos 1998'de, Alman Parlamentosu yeni bir Kanun kabul etmiştir.⁴⁵ Söz konusu Kanun, yeni bir inceleme sistemi kurulması esasına dayanmaktadır. Bu inceleme sistemi,

⁴¹ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.203.

⁴² İngiliz hukukunda bazı istisnai kararlar dışında (Minnevitich v. Café de Paris), sözleşmelerin hâkim tarafından uyarlanması mümkün olmadığı doktrinde ve içtihatla yerleşmiş bir görüştür. Baysal, **a.g.e.**, s.54-55.

⁴³ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.203-204.

⁴⁴ Michael Essig, Sandra Dorobek, Andreas Glas, Sabrina Leuger, "Public Procurement in Germany", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.309. Avrupa Komisyonu'nun 2010 yılı verilerine göre Fransa, Polonya ve Almanya AB'deki kamu alım hacminin yarısından fazlasına sahip üye devletlerdir (Fransa % 26, Polonya % 14 ve Almanya % 13). Commission Staff Working Document, Annual Public Procurement Implementation Review 2012, European Commission, Brussels, SWD (2012) 342 final, 9.10.2012, s.11. (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf, 5 Aralık 2014.

⁴⁵ Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Kanununun 4. Bölümü (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), 26 Ağustos 1998, Federal Gazete (Bundesgesetzblatt) 1998, I p. 2512. Alman kamu alım hukukuna bakıldığında, 1998'e kadar kamu alımlarının idare hukuku ile kamu bütçesi hukukunu ilgilendiren, kamu kaynaklarının doğru kullanılması, en düşük maliyetle en çok işin yapılmasının sağlanmasını hedefleyen bir süreç olarak kabul edildiği görülecektir. Zamanla, AB hukukunun da etkisiyle ihaleye katılanların haklarının gözetildiği daha ayrıntılı düzenlemeler söz konusu olmuştur. Özsunay, **a.g.m.**, s.55.

kamu alımı düzenlemelerinin ihlalden kaynaklanan şikâyetlerin etkin yollarla çözüme ulaştırılması amacına yöneliktir. Bu Kanun, isteklilere, ihale sürecinde yaşanan ihallere karşı şikâyette bulunma hakkını vererek alım kurallarına uygun hareket edilmesini sağlamayı hedeflemektedir.⁴⁶

1 Ocak 1999'dan bu yana *İhale Daireleri*, ihale süreciyle ilgili şikâyetleri karara bağlamakla görevlidir. Dairelerin kararlarına karşı yapılacak yargısal incelemenin usulü de söz konusu Kanun'da düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme niteliğine sahip olan ve *İhale Senatoları* isimli yeni kurumlar tesis edilmiştir. Bu kurumlar, Almanya'daki yargı sisteminin bir parçasını oluşturmaktadır. Almanya'nın federal bir devlet olması nedeniyle inceleme organları, hem federal düzeyde (Federal Kartel Ofisi bünyesinde) hem de federe devletler düzeyinde kurulmaktadır.⁴⁷ Diğer taraftan, Alman hukuku AB alım hukukunu referans aldığından, kamu alım hacmine bağlı olarak kamu alıcılarını, AB ve ulusal kavram düzeyinde ayırmak gerekir.⁴⁸

Alman hukuku bakımından söz konusu Kanunun 114'üncü paragrafının ikinci fıkrasında, ihale kararı ile birlikte meydana gelen sözleşmenin sonradan ortadan kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşme, kendisinden kaynaklı sakatlıklar nedeni ile hükümsüz kalabilir. Dolayısıyla, idarenin ihale hukuku kurallarına yönelik aykırı fiili sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz bırakmaz. İhale sürecindeki hukuka aykırılıklar, sözleşmenin dışında kalan bir durum olup, imza edilen özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğine engel teşkil etmemektedir.⁴⁹

Alman hukukunda, tarafların icap-kabul işlemini gerçekleştirmesi (ve/veya ihalenin kesinleşmesi) ile birlikte sözleşmenin kurulması sonrasında başlayan süreç,

⁴⁶ 30 No'lu SIGMA Raporu, s.15.

⁴⁷ 30 No'lu SIGMA Raporu, s.15. Federal Almanya devlet sisteminde yürütme üç farklı düzeyde konumlanmıştır: Federal düzeyde, eyaletler düzeyinde (16 eyalet bölgesi, örneğin; Baden-Württemberg, Bavyera,...) ve kentler ve belediyeler dâhil olmak üzere yerel düzeyde. Yerel yönetimler 125 milyar Euro ile kamu alımlarının en büyük kısmını oluşturmaktadır. Bu rakam, toplam kamu alımları hacminin % 50'sinden daha fazlası anlamına gelmektedir. Yerel yönetimleri 63 Milyar Euro (% 25) ile eyaletler takip etmektedir. Devletin kendisi ise kamu alım hacminin %20'sini (50 Milyar Euro) kullanmaktadır. Essig v.d., **a.g.m.**, s.310-311. Alman kamu alım mevzuatında genel nitelikte, tüm idari sözleşme türlerini ve kamu alım usullerini kapsayan tekdüze bir durum yoktur. Alman kamu alım mevzuatı, ülkenin federal bir yönetime sahip olması nedeniyle çok katmanlı bir sisteme sahiptir. Özsunay, **a.g.m.**, s.55.

⁴⁸ Essig v.d., **a.g.m.**, s.309.

⁴⁹ Buz, **a.g.e.**, s.94-95.

kamu alım hukuku çerçevesinden çıkararak özel hukuk (medeni hukuk) alanında düşünülmekte ve bu süreçte ortaya çıkan ihtilaflara adli yargı bakmaktadır.⁵⁰

Alman hukukunda kamu alım süreci şu aşamalardan oluşmaktadır:

- Talep yönetimi (talep geliştirme, talep analizi, talebi tanımlama),
- Piyasa araştırma (piyasa analizi, gözlem/inceleme, tahmin),
- İhale yapılması (prosedürün seçilmesi),
- Uygulama (sözleşme, lojistik araç).⁵¹

Uygulama aşamasına baktığımızda, sözleşme üzerinde kabul edilen hizmetlere, hem tedarikçi hem de kamu alıcısının çeşitli alım uygulaması ve lojistik eylemlerinin eşlik ettiği görülmektedir. Sonuçta bu, tedarikçinin sözleşme ile kararlaştırılanı, uygun kalite ve miktarda, doğru yer ve zamanda teslim edeceğini garanti etmek zorunda olduğu anlamına gelir. Diğer taraftan kamu alıcısının da ödeme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, akit taraflar, sözleşme hukuku ve genel şart ve hükümlere göre sözleşmenin uygulanmasında görülen kusurlarından sorumludur.⁵²

İfa engelleri alanında Alman-Fransız karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında sıklıkla şu saptamada bulunmaktadır: Fransız hukuku temelden değişen durumlar söz konusu olduğunda, sözleşmenin ilk hâlinde ısrar ederken, Alman hukuku bu hâllerde sözleşmelerin uyarlanmasını kabul etmektedir.⁵³ Bu nedenledir ki, değişen koşullara uyarlama bakımından Alman hukuku yaklaşımı en esnek olanıdır. Birinci

⁵⁰ Özsunay, **a.g.m.**, s.58. Almanya’da anayasal bir engel olmadıkça kamusal olmayan ihtilafların çözümünün de kanunla idari yargıya verilmesi mümkündür. Buna karşılık, bazı idari işlemlerin adli yargıda ve fakat idare hukuku ilkeleri doğrultusunda denetlenmesine de rastlanmaktadır. Devletin taraf olduğu ihalelerde taahhüt miktarının belirlenmesi buna örnek teşkil etmektedir. Bu durumda, temel çözüm, ihtilafın kamusal olup olmadığının ve dolayısıyla kamu-özel hukuk ayrımında yatmaktadır. A. Vahap Darendeli, **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.66.

⁵¹ Essig v.d., **a.g.m.**, s.313.

⁵² **A.e.**, s.318.

⁵³ Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.323. Alman *işlem temelinin çökmesi* kuramı, Fransız *emprevizyon* kuramının kapsamını aştığı vurgulanmakla birlikte, iki kavram birbirinden oldukça farklıdır. Alman *işlem temelinin çökmesi* kuramının uygulama alanı, Fransız hukukunda gelişen *emprevizyon* kuramından çok daha geniştir. Fransız hukukunda, özellikle sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması, *emprevizyon* kuramının sınırları dışındadır. Fransız öğretisinde *emprevizyonun* söz konusu olabilmesi için edim-karşı edim ilişkisinin mutlaka parasal bir değerle ifade edilebilmesi aranmaktadır. Dolayısıyla, Fransız hukuku Alman hukukuna göre sözleşmelerin uyarlanmasını daha dar çerçevede kabul etmektedir. Baysal, a.g.e., s.49.

Dünya Savaşı'nın başına kadar Alman mahkemeleri, değişen koşullar nedeniyle sözleşmelerde değişikliğe karşı çok katı bir tutum sergilemiştir. Geleneksel Alman sözleşme hukuku, sadece *imkânsızlık* kuramını (Unmöglichkeit) kabul etmiştir. Ancak, Birinci Dünya Savaşı'nın ekonomik sonuçları ve özellikle şok edici hiperenflasyon, özellikle büyük parasal değer kaybı gibi sözleşmelerin uygulanmasını tamamen imkânsız hâle getiren durumlar, Alman mahkemelerini daha esnek çözümler aramak zorunda bırakmıştır.⁵⁴ Ne yazık ki, 1896 Alman Medeni Kanunu'nu hazırlayanlar, değişen koşullar nedeniyle sözleşmeleri uyarlamak için Kanuna, mahkemelere ilgili hükümler içerecek şekilde karar vermeye izin veren, yasal bir düzenleme koymamışlardır. Sözleşmeye uyma zorunluluğu ile ilk karşılaşmalarda, Alman mahkemeleri *imkânsızlık* kuramını (Unmöglichkeit) geniş manada uygulamaya çalışmış, fakat bu tür girişimler sert eleştirilere maruz kalmıştır. Bundan dolayı mahkemeler, sözleşmelerin uyarlanabilmesi için, esasında yasal bir hizmet verebilmek adına belirli bir teorik temel bulma zorunluluğunu hissetmiştir. Bu nedenle, yasal bir kuram, bu amaç çerçevesinde seçilmiştir. On dokuzuncu yüzyılın ortasında, *Windscheid*-ünlü Alman bilim adamı ve *Gesetzbuch Bürgerliches* ilk taslağı hazırlayan çalışma grubu başkanı- "*istenen yasal etkinin sadece belirli koşullar altında olması gerektiği*" varsayımı üzerine bir sözleşme akdeden tarafların, eski *clausula rebus sic stantibus* kuramının yeni bir sürümü fikrini geliştirmiştir. Bu varsayım olmadan, sözleşme maddi dayanaktan yoksun olacak ve böylece ilgili taraf sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır. *Windscheid*'in öğretisinin eleştirilmesine⁵⁵ ve Alman Medeni Kanunu içinde uygulanmasının reddedilmesine rağmen, *Oertmann* tarafından Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra kuram yeniden

⁵⁴ 1896 Alman kanun koyucusu, birçok doğal hukuk yasasında bulunan, ortaçağa özgü dini hukuk kuramı *clausula rebus sic stantibus*/koşulların ya da durumların değişmeden aynı kalacağı ilkesini kabul etmemiştir. Bu adil kavram, genelde Alman tarihi ekolünün etkisi ve özeldi ise sözleşmede irade teorisinin yükselişine bağlı olarak, 19. yüzyılda çekiciliğini kaybetmiştir. Bu eksiklik, 1920 ile Weimar Cumhuriyetini vuran I. Dünya Savaşı sonrasında hiperenflasyonunun sonlandırıldığı ay olan Kasım 1923'deki para reformu arasında gözden geçirilmesi gerekmiştir. 1921'in sonunda fiyatlar savaştan öncesine göre 35 kat yüksekti. Ve bir yıl sonra fiyatlar 1475 kat daha yüksek bir seviyeye ulaşmıştı. İki yıldan az bir zamanda 20 Phennig değerindeki bir posta pulu 500 trilyon Marka yükselmişti. Rösler, **a.g.m.**, s.354.

⁵⁵ Alman hukukunda *clausula rebus sic stantibus* öğretisinin başarısız olmasından sonra, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi düşüncesini savunan *Windscheid*'in kayıt öğretisi hakkında bilgi için bkz.: Topuz, **a.g.e.**, s.71-75.

canlandırılmıştır.⁵⁶ Bu teorisyen sözleşme temelinin çökmesini (Wegfall der Geschäftgrundlage), bir kuram olarak geliştirmiştir.⁵⁷ Bu kurama dayanarak, sözleşme uygulanmasıyla ilgili ve karşı tarafın ya da diğer tarafın beklentilerinin en çok çatıştığı durumlarda, taraflar açıkça bu tür beklentileri hakkında bilgilendirilmelidir. *Windscheid*'den farklı olarak, bu kuram sözleşmenin gelecek dönem uygulanması için tarafların görüşlerine (beklentilerine) tek taraflı (karşılıklı değil) olarak gereksinim duymaktadır. Tarafların bu tür karşılıklı anlayışı, sözleşmenin temeli (Geschäftgrundlage) olarak adlandırılır. Eğer sözleşmenin akdedildiği koşullarda temelde değişiklik ve sözleşmenin birincil durumundan sapma olursa, sözleşmenin temeli çöker ve mahkeme sözleşmenin uygulanmasından tarafları muaf tutma hakkına sahiptir ya da sadece sözleşme dengesini sürdürmek için koşulları değiştirebilir. Eğer bu şartlar öngörülemiyorsa ve tarafların hiçbiri ortaya çıkardıkları riski kabul etmiyorsa, sözleşme değişen koşullar nedeniyle tadil edilebilir veya feshedilebilir. *Oertmann* tarafından geliştirilen sözleşme temeli kuramı kısa zamanda Alman mahkemeleri tarafından kabul edilmiş ve mahkemeler, kararlarının muhakemeye dayalı kısımlarında bu kuramı referans almıştır. Mahkemelerin diğer koşul ve durumların yanı sıra sözleşme fiyatlarını değiştirdiği birçok kararı bulunmaktadır. Bu emsal kararlardan birinde, Alman İmparatorluğu (Reichsgericht) Mahkemesi şunları söylemektedir: “*Alman para biriminin çöküşü o kadar büyüktür, ...mahkemeler yaratıcı olmalı ve hakkaniyet ile uzlaşarak bir hüküm vermelidir. Ana ilke söz konusu çıkarlarda adil bir düzenleme yapılmasını gerektirmelidir.*” Alman mahkemelerinin esnekliği de, hâkimlere göre enflasyon zamanlarında, ciddi sıkıntı yaşayan çoğunlukla orta sınıftan gelen alımlar sırasında gerçekleştiği ve kişisel deneyimlerinden dolayı kararları vasıtasıyla enflasyondan kaynaklanan sorunları çözmek için istekli oldukları ile açıklanabilir.⁵⁸

Quertmann'ın BGB § 242 hükmündeki dürüstlük ilkesinden hareketle geliştirdiği *işlem temeli* öğretisi, İmparatorluk Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı ile

⁵⁶ Bu teorinin temelleri 1900 tarihli BGB'nin yürürlüğe girmeden önceye kadar uzanır. Alman hukukunda kuram, 150 yıldır farklı adlar ile tartışılmıştır. Baysal, **a.g.e.**, s.23. Ayrıca bkz.: Topuz, **a.g.e.**, s.75-81.

⁵⁷ İşlem temelinin çökmesi kuramı Alman hukukunda geliştirilmiştir. Alman hukukunda teorinin içtihadındaki tarihi gelişimi için bkz.: Kenan Tunçomağ, “Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı”, **MHAD**, Yeni Seri Yıl:1, No:1, 1967, s.87-108.

⁵⁸ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.204-205.

Alman sözleşme hukukunun ayrılmaz bir parçası hâline gelmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ve hâlen de Alman Federal Mahkemesi tarafından istikrarlı bir şekilde *işlem temeli* öğretisinin uygulama alanına giren konularda uygulanmaktadır.⁵⁹

Alman Medeni Kanunu, önceden sadece kusursuz imkânsızlığı genel bir hükme bağlamış, onun dışında kalan hâller için münferit birkaç hükümden başka bir kurala yer vermemiştir. Bu durumun etkisiyle Alman Yargıtayı, *işlem temeli* ve *clausula rebus sic stantibus* kavramları ile sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hâllerini, önceleri karara bağlamakta tereddüt etmiş hatta bazı kararlarında bu kavramları açıkça reddetmiştir. Fakat sonradan, özellikle Birinci Dünya Savaşı sırasında ve takip eden yıllarda oluşan yeni koşulların etkisiyle sözleşmenin uyarlanması sorunu ile geniş ölçüde karşılaşmaya başlayınca tutumunu değiştirmek zorunda kalmıştır.⁶⁰

Fransız hukukunda görülen *beklenmeyen hâl* (emprevizyon) kuramının, Alman hukukunda daha da somutlaştırılarak, *işlem temelinin çökmesi* kuramı şeklinde geliştirildiğini belirtmek yerinde olacaktır. *Clausula rebus sic stantibus* görüşü,⁶¹ özellikle Alman hukukunda örtülü şart olmaktan çıkarılıp objektif temellere dayandırılmış ve böylece ortaya *işlem temeli* çıkmıştır. Sözleşmenin işlem temeli, belirli olguların varlığına veya gelecekte gerçekleşeceğine ilişkindir. Sözleşmenin temelini teşkil eden ve bu temele dayanarak karşılıklı edimlerin tayin olduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin, taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılamaz biçimde bozulduğu hâllerde, işlem temelinin çökmesi söz konusudur.⁶²

⁵⁹ Topuz, **a.g.e.**, s.107-108.

⁶⁰ Tunçomağ, **a.g.m.**, s.87.

⁶¹ Öğretide *clausula rebus sic stantibus* kuramı ile *işlem temelinin çökmesi* kuramının farklı ya da özdeş kuramlar olup olmadığı konusunda fikir birliği bulunmamakla birlikte, çalışma içerisinde, Akyol'un görüşüne katılarak, bu iki kuram özdeş anlamda kullanılmıştır. Yazar farka dikkat çekmekle birlikte *clausula rebus sic stantibus* kuramının işlem temelinin çökmesi veya sarsılmasını kapsadığını belirtmekte ve *clausula rebus sic stantibus* ile işlem temelinin çökmesi ifadelerini gelişmeleri dikkate alarak eş anlamlı kullanmaktadır. Akyol, **a.g.e.**, s.82 vd.

⁶² Burcuoğlu, **a.g.m.**, s.61-62. Bu kavram üzerinde uzlaşmaya varıldığını söylemek mümkün değildir. Alman hukukunda *işlem temelinin çökmesi* kuramının en zayıf noktası işlem temeline verilecek anlamdır. Windscheid ve Oertmann'dan Larenz'e öğretide büyük katkılar yapılan kuram, kavrama ilişkin tartışmalara maruz kalmıştır. Alman hukukunda verilen tanıma göre işlem temeli, sözleşme içeriğine dâhil olmayan, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan, mevcut veya gelecekteki

Alman yazar *Oertmann* tarafından ortaya atılan *işlem temelinin çökmesi* görüşü, (Geschäftsgrundlage) Alman Yargıtayı tarafından ilk defa 03.02.1923 tarihli kararında kabul edilmiştir. Buna göre, taraflar karşılıklı edimler arasındaki dengenin devamını sözleşmeyi kurdukları sırada bir ön şart olarak onaylamakta ve eğer bu denge sonradan bozulursa sözleşmenin temeli de çökmektedir.⁶³

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Almanya; ülkenin bölünmesi, binaların çok büyük miktarda yıkımı, vatandaşların göç etmesi ve ekonominin zarar veren sonuçları gibi çeşitli sorunlar yaşamıştır. Benzer şekilde iki savaş arası dönemde, kanun koyucu değişen koşullar sorununun çözümüne yönelik çok az katkıda bulunurken, mahkemeler bu süreçte ana rolü oynamayı üstlenmişlerdir. Mahkemeler yeniden Wegfall der Geschäftsgrundlage (işlem temelinin çökmesi) kuramını kullanmış ve *iyi niyet ilkesi* ile birlikte uygulamıştır. Örneğin, ünlü *drill hammers/delici matkap-hilti* davasında (1953), davalı (Batı Berlin menşeli bir şirket) 600 delici matkap teslim etmek üzere davacı için bir sipariş vermiştir. Davacı, delici matkapların Alman Demokratik Cumhuriyeti madenlerinde kullanılmak üzere olduğunu bilmektedir. Bu arada, "Berlin Abluka"sı ortaya çıkmış ve bu nedenle Alman Demokratik Cumhuriyeti'ne delici matkapları teslim etmek imkânsız hâle

bazı hal ve şartlara ilişkin olarak öyle ortak veya karşı tarafça bilinebilip de itiraz edilmeyen tek taraflı tasavvurlardır ki, tarafların işlem iradeleri bu tasavvurlar üzerine inşa edilmiştir. Baysal, **a.g.e.**, s.33-34. Alman hukukunda, işlem temelinin tanımının yapılması yerine, işlem temelinin pozitif olarak somutlaştırılması, negatif olarak da sınırlandırılması yoluna gidilmektedir. Bu çerçevede, işlem temelinin konusu, sadece sözleşme riski olup, gerçeğin doğru belirlenememesi tehlikesine dayanır. Sözleşme riskinin işlem temeli hâline gelmesi ya da işlem temelinin konusunu teşkil etmesi sözleşmeye müdahalenin ön şartıdır. İşlem temelinin çökmesi ile sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, aslolan sözleşme kurulduktan sonra işlem temeli hâline gelen durumların önemli ölçüde değişmiş olması gereklidir. Bu noktada, işlem temeli hâline gelen durumların önemli ölçüde değişip değişmediğinin belirlenmesi bakımından temel belirleyici unsur normatiftir. Normatif unsur, beklenilmezlik unsurudur. Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi işlem temelinin çökmesine ilişkin içtihatlarında beklenilmezlik kavramına sürekli atıfta bulunmaktadır. İstikrarla vurgulanan bu içtihatlarda: "*İşlem temelinin eksikliği veya sonradan çökmesi nedeniyle sözleşmeye herhangi bir müdahale yapılabilmesi için, değişen durumdan dolayı borçlunun sözleşmeye bağlı kalmasının BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük ilkesi gereği katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılamaz; bu nedenle de borçludan sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının beklenilemez olması gerekir.*" Mahkemeler bu içtihat ile, işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesini, beklenilmezlik unsuruyla sınırlandırmışlardır. Bu itibarla somut olayda, diğer şartların varlığı kabul edilse bile, borçlunun borcunu ifa etmesi kendisinden beklenebildiği durumlarda, sözleşmeye müdahale mümkün olmayacaktır. Topuz, **a.g.e.**, s.233 vd.

⁶³ Alman Yargıtay'ı ekonomik imkânsızlık ile ilgili vermiş olduğu kararlarında olduğu gibi, işlem temelinin çökmüş olduğunu kabul ettiği durumların varlığı hâlinde de, ilk başlarda sözleşmenin ya olduğu gibi korunmasına ya da sona ermesine karar veriyordu. Ancak müteakip kararlarında hâkimin sözleşmeyi değiştirebileceğini, bir başka deyişle işlem temelinin çökmesi nedeniyle ortaya çıkan zararın adil bir şekilde bölünebileceğini kabul etmiştir. Tunçomağ, **a.g.m.**, s.92-97.

gelmiştir. Davacı, delici matkapların üçte birinden fazlasını önceden üretmiş olmasına karşılık davalı ne bu matkapları ne de matkaplar için ödemeyi kabul etmemiştir. İhtilaf mahkemeye getirilmiş ve Alman Federal Adalet Mahkemesi (Bundesgerichtshof) her iki tarafın sözleşmenin subjektif amacının ortadan kalkması riskine katlanması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴

İşlem temelinin çökmesine ilişkin yeni yasal hüküm (Störung der Geschäftsgrundlage), sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmenin objektif esaslarındaki bir değişiklik ile ilgilenmekte ve özellikle, karşılıklı ifaların eşitliğinin bozulduğu ya da taraflardan biri için ifanın aşırı külfetli hâle geldiği durumları kapsamaktadır. Değişiklik öyle bir gerekçeye dayanmalı ki, taraflar değişiklik gerektiren durumu önceden bilmiş olsalardı, sözleşmeyi o hâliyle akdetmeyecek olmalıdır. Bu durumda, BGB § 313/I, bir taraf sözleşmeden doğan borcunu makul olarak yerine getirmekle yükümlü tutulamazsa, sözleşmenin uyarlanmasına izin vermektedir. Bundan dolayı olumsuz sonuçlara her iki tarafça katlanılmaktadır. İfanın makul olarak talep edilip edilemeyeceğine, somut olayın tüm şartları yanında, sözleşmeyle veya yasa gereği öngörülen risk dağılımı da göz önünde bulundurularak karar verilmelidir.⁶⁵ Söz konusu düzenleme, sırf edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmuş olması nedeniyle sözleşmeye müdahale hakkı vermemektedir. Bunun yerine somut olayda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu ve sonraki ifa güçlüğünün gerçekleştiği durumlarda, hâkimden sözleşmeye müdahale edilmesini talep etme hakkı vermektedir.⁶⁶

Yeni hüküm ayrıca subjektif bir ölçüt içermektedir: BGB § 313/II, ilk fikranın prensiplerini, sözleşmede vurgulanan, temel olgusal koşulları ilgilendiren,

⁶⁴ Mahkemeler, çoğunlukla ve bugüne kadar, işlem temelinin, "...sözleşmenin kuruluşunda açık olarak her iki tarafça paylaşılan ya da diğer tarafça anlaşılabilir ve karşı çıkılmamış, tarafların sözleşmedeki iradelerinin temelini oluşturan şimdiki veya gelecekteki belirli şartların mevcudiyetine ilişkin tasavvurlar" olarak tanımlamaktadır. Böylece sözleşmenin temelini oluşturan varsayımlar başlangıçtan beri eksik olabilir ya da sonradan tamamen veya sadece kısmen ortadan kalkabilir. Rösler, **a.g.m.**, s.355.

⁶⁵ Rösler, **a.g.m.**, s.356.

⁶⁶ Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sonraki ifa güçlüğüne ilişkin olay grupları, Alman hukukunda *işlem temelinin bozulması*ni düzenleyen BGB § 313 hükmü kapsamında sözleşmeye müdahale edildiği durumlar için kabul edilmektedir. Alman hukuk öğretisinde ve içtihatlarında Quertmann'dan itibaren daha ziyade *işlem temelinin çökmesi* (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ifadesi kullanırken, kanun koyucu BGB § 313 hükmünün kenar başlığında, aynı anlama gelmek üzere *işlem temelinin bozulması* (Störung der Geschäftsgrundlage) ifadesini tercih etmiştir. Topuz, **a.g.e.**, s.52-55.

tarafların karşılıklı hata durumlarına yaymaktadır. BGB § 313/III, son olarak, bir uyarılmanın mümkün olmadığı ya da makul olmadığı durumlarda farklı bir çözüm sunmaktadır: Mağdur taraf, bir son çare olarak, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebilir. Sürekli bir borcun ifasına ilişkin sözleşme hâlinde ise ancak ileriye etkili (ex nunc) sona erdirme mümkündür. BGB § 313 hükmünün kabul edilmesiyle birlikte, öğretisi ve mahkeme içtihatlarıyla dürüstlük ilkesinden hareketle geliştirilen *işlem temeli* kuramı kanunlaşmış olup, madde şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Sözleşmenin temelini oluşturan koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra önemli ölçüde değişmişse ve taraflar bu değişikliği önceden görebilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da farklı bir içerikte kuracak idilerse, somut olayın tüm şartları, özellikle sözleşmedeki ve kanundaki risk dağılımı dikkate alındığında, taraflardan birinden, sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası beklenemiyorsa, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(2) Sözleşmenin esası hâline gelen temel düşüncelerin yanlış çıkması da koşulların değişimi hükmündedir.

(3) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan biri için kabul edilmesi beklenilemez ise, mağdur taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edim içeren borçlarda, sözleşmeden dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.⁶⁷

Maddenin gerekçesine göre, *amaç bozulması, denge bozulması ve ifa güçlükleri* maddenin birinci fıkrası kapsamındadır. Bu olay grupları, işlem temelini sonradan bozulmasına neden olur. Maddenin ikinci fıkrasında ise *ortak saik hataları* uygulama alanı bulur. Somut olayda ortak saik hatasının olması, işlem temelini başlangıçtaki eksikliğine neden olur.⁶⁸

Alman hukukunda işlem temelini sarsılması iki hukuki olguyu kapsar: İşlem temelini ortadan kalkması ve işlem temelini eksikliği. BGB § 313, hem işlem temelini baştan eksikliğini hem de sonradan çökmesini birlikte düzenlemiştir. Dolayısıyla, BGB § 313'e göre işlem temeli, baştan eksik olabileceği gibi

⁶⁷ Rösler, **a.g.m.**, s.356-357.

⁶⁸ Hükmün gerekçesinde, "...söz konusu düzenlemenin, maddi hukuki durumda herhangi bir değişiklik getirmediği; sadece içtihatlar tarafından geliştirilen yaklaşımın, genel nitelikte bir düzenlemeyle kanun hükmü haline getirildiği" ifade edilmektedir. Topuz, **a.g.e.**, s.112-113.

sözleşmenin kurulmasından sonra da çökmesi mümkündür. Gerek işlem temelinin baştan eksikliği, gerek işlem temelinin sonradan çökmesi hâllerine bağlanan hukuki sonuçlar aynıdır: Uyarılama veya bu mümkün olmazsa sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden dönme. İşlem temelinin çökmesi için BGB § 313’de aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Koşullar sözleşmenin kurulmasından sonra değişikliğe uğramalıdır,
- Bu koşullar sözleşmenin içeriğine dâhil olmalıdır,
- Taraflar bu değişikliği önceden görebilselerdi, sözleşmeyi ya hiç kurmayacak ya da başka bir içerikte kuracak olmalıdır,
- Özellikle sözleşmeden kaynaklanan ya da yasal risk dağılımı dikkate alındığında, taraflardan biri için bu değişen koşullarda sözleşmeye katlanma kendinden beklenemez olmalıdır.⁶⁹

Alman hukuku öğretisinde ve içtihatlarında kabul edildiği üzere BGB § 313 hükmüyle edimin ifasının yeniden beklenebilirliğinin sağlanması amaçlanır. Söz konusu hükmün gerekçesinde, tarafların öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını müzakere etmek zorunda oldukları ifade edilmiş olmasına karşılık, Alman kanun koyucu, yeniden müzakere yükümlülüğünü madde hükmünde düzenlememiştir. Bir başka anlatımla, kanunun gerekçesine rağmen BGB § 313 hükmünde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir müzakere yükümlülüğü yoktur.⁷⁰

Rösler’e göre, BGB § 313 tam anlamıyla talidir. Önceden görülemeyen değişikliklerin üstesinden gelmenin ilk yolu esnek fiyat klozları gibi sözleşme hükümleri ve sözleşmenin yorumu olabilir. İptali ((Irrtumsanfechtung – BGB § 119), ifa imkânsızlığını (Unmöglichkeit – BGB § 275) ve kusurlardan sorumluluğu

⁶⁹ Baysal, **a.g.e.**, s.30-31. Öğretide, ilk şart *pratik unsur*, üçüncü şart *varsayıma dayalı unsur* ve dördüncü şart ise *normatif unsur* olarak değerlendirilmektedir. Topuz, **a.g.e.**, s.158.

⁷⁰ Denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında taraflar arasında müzakerenin önemi kuşku götürmez. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların uyarılama konusunda öncelikle kendi aralarında müzakere etmeleri, her şeyden önce sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun düşer. Ayrıca, dava sürecinde tarafların yargı yoluyla değil de kendi aralarında birebir görüşme yapmaları daha yaratıcı ve esnek hareket etmelerine ve uzlaşa sağlamalarına imkân verir. Yargı sürecinin uzaması ve mahkeme masrafları da düşünüldüğünde taraflar için müzakerenin tercih edilmesi daha isabetli ve akılcı bir mekanizmadır. Diğer taraftan yeniden müzakerenin bir yükümlülük olarak tarafların önüne gelmesinde birtakım sakıncalar da bulunmaktadır. Yeniden müzakere yolu, dava sürecinin uzatılması maksadıyla zaman kazanma amacına yönelik bir suiistimal aracı olarak kullanılabilir. Topuz, **a.g.e.**, s.331-333.

(Mängelhaftung) düzenleyen yasal hükümler, diğer yasal çözümler arasında, aynı zamanda BGB § 313'den önce gelmektedir. Bu bir çözüm sunmazsa, hâkim tarafından sözleşmeyi tamamlayıcı bir yorum (ergänzende Vertragsauslegung) yapılabilir.⁷¹ Böylece, şartlar sözleşmenin bir parçası/içeriği hâlinde bulunuyorsa, Geschäftsgrundlage (işlem temeli) kavramı uygulanabilir değildir. Sözleşmeye ilişkin *hardship* doktrini, asıl sözleşmenin dışındaki koşullarla ilgilendir.⁷²

İşlem temelinin konusu, sadece sözleşme riskidir. Sözleşme riski ise, gerçeğin doğru olarak takdir/tespit edil(e)memesi ve/veya öngörül(e)memesi tehlikesidir. Sözleşmenin kurulduğu andaki gerçeğin doğru takdir edilmemiş olması, işlem temelinin başlangıçtaki eksikliği olarak adlandırılan olay grubuna neden olur. Buna ilişkin sözleşme riski ortak saik hatalarıdır. Ortak saik hataları, BGB § 313/II hükmünde düzenlenmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek olan gerçeğin doğru takdir/tespit edilememiş olması ise, işlem temelinin sonradan bozulması kapsamındaki olay gruplarına neden olur. Buna ilişkin sözleşme riskleri, amaç bozulması, denge bozulması ve ifa güçlüğüdür. Bu olay grupları ise, BGB § 313/I hükmünün uygulama alanındadır.⁷³ BGB § 313/I hükmüne göre, somut olayda işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, işlem temeli hâline gelen durumların sözleşmenin kurulmasından sonra *önemli ölçüde değişmiş* olması gerekir.⁷⁴

⁷¹ Alman Medeni Kanununda çok sayıda tamamlayıcı nitelikte düzenleme bulunmaktadır. Alman hukukunda BGB'de düzenlenen tipik sözleşmeler bakımından tamamlayıcı nitelikteki hükümler, BGB § 433 vd. hükümleridir. Bu düzenlemelerin yanında borçlar hukukunun genel kısmında tamamlayıcı nitelikte daha başka kurumlar da vardır. Bu kurumlar arasında, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarına ilişkin sözleşmedeki risk boşluğunun doldurulmasının yollarından biridir. Ancak, somut olayda sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu düzenleyen BGB § 157 hükmünün mü yoksa işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün mü uygulanacağına tespiti son derece güçtür. Topuz, **a.g.e.**, s.225.

⁷² Rösler, **a.g.m.**, s.357.

⁷³ Gerçeğin taraflarca doğru olarak takdir/tespit edilememesi tehlikesinin en önemli nedeni, hali hazırdaki gerçek duruma ilişkin bilgisizliklerdir. Bir başka nedeni de, gerçekleşecek duruma ilişkin belirsizliklerdir. Sözleşmenin kurulduğu ana ilişkin bilgisizlikler ile sözleşme kurulduktan sonraki geleceğe ilişkin belirsizlikler, sözleşme risklerinin doğmasına neden olan faktörlerdir. Topuz, **a.g.e.**, s.222-223.

⁷⁴ *Önemli ölçüde değişmiş* olma unsuruna, BGB § 313 hükmünün kanunlaşmasından önce, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında da vurgu yapılmıştır. Ancak, *önemli ölçüde değişme* olgusuna BGB § 313 hükmünde vurgu yapılmakla birlikte, gerek Kanunun lafzında gerekse hükmün gerekçesinde bundan ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Topuz, **a.g.e.**, s.228.

Almanya'nın birleşmesinden sonra, işlem temeline ilişkin öğreti ve içtihatlardaki gelişmelerin ardından, Alman kanun koyucu tarafından, 2002 tarihinde yürürlüğe giren reform kanunundaki BGB § 313 hükmü ile *işlem temelinin bozulması* (Wegfall der Geschäftsgrundlage) kuramı yenilenmiş ve mahkemelerce başarılı bir şekilde iyi niyet (dürüstlük) ilkesine paralel olarak çok sayıda kararda uygulanmıştır. Söz konusu düzenleme, öğretilerdeki hâkim görüş tarafından dürüstlük ilkesinin (BGB § 242) özel bir uygulama alanı olarak kabul edilmiştir.⁷⁵ Akademisyenler tarafından geliştirildiği ve soyut olarak esnek bir şekilde hâlâ mahkemeler tarafından uygulandığı için kuramın temel özellikleri yakalanmaya çalışılmıştır. Sonradan yanlış olduğu anlaşılan sözleşmenin temeli olan maddi varsayımlarda aynı kurallar geçerlidir (Paragraf 313, Bölüm 2, kuramın subjektif yönü). Paragraf 313 Bölüm 3, sözleşmeye uyarlama mümkün değildir ya da tek bir tarafa zorla kabul ettirilemez, dezavantajlı taraf sözleşmeyi feshedebilir olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kuram zaten gelişmiş hukuka dayanarak kodifiye edildiğinden, sözleşme temeli kuramının yasal tesisi üzerine hukuk sistemi oluşturan hiçbir devrimci değişikliğin olmadığını belirtmek gerekir. Her durumda, mahkemelere, değişen koşullar hukuk müessesesine özellikle özel yasal hükümler üzerine kararlarını resmî zeminde almaları için fırsat verilmiştir.⁷⁶

Hem PECL hem de UNIDROIT Principles sözleşme taraflarının sözleşmeyi yeniden müzakere etme zorunluluğunu öngörmüştür. Bu yeni müzakereler dürüstlük kuralı çerçevesinde sürdürülmeli ve de buna yanaşmayan sözleşme tarafı, bu durumdan sorumlu tutulmalıdır. Yeniden girişilen müzakerelerden sonuç alınmadığı takdirde, hâkim sözleşmenin uyarlanmasına veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına hükmedebilir. Bu noktada Alman hukuku, uluslararası mekanizmalarla ve Fransız hukukuyla farklılık gösterir: PECL da, UNIDROIT Principles'da da, hâkim sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına veya tazminata hükmedebilme yetkisi ile donatılmıştır. Fransız idare hukukunda da, uyarlama sadece hâkimin kararı ile olur. Hâkim, tazminata veya sözleşmeden dönme hakkının

⁷⁵ Topuz, **a.g.e.**, s.121. Alman hukukunda hâkim görüş tarafından, dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB § 242 hükmünün Türk-İsviçre hukukunda dürüstlük ilkesini düzenleyen MK madde 2/I hükmünden çok daha geniş bir uygulama alanı olduğu kabul edilmektedir. Topuz, **a.g.e.**, s.140.

⁷⁶ Baranauskas, Zapolskis, **a.g.m.**, s.206.

kullanılmasına da karar verebilir. Bu hususta da, bir yöntem farkı mevcuttur: Alman hukukunda, sözleşmenin tarafları büyük bir özgürlüğe sahiptirler: Onlar da sözleşmeyi yeniden müzakere etmelidirler ancak bundan sonuç alınmadığı takdirde, taraflardan her birinin tek taraflı olarak sözleşmeden cayma hakkı vardır. Fransız hukukunda ise aksine, tarafların yeniden müzakerelere başlama zorunluluğu yoktur, taraflar isterlerse sadece hâkimden sözleşmenin sona erdirilmesini de isteyebilirler. İki hukukta da, hâkimin tazminata hükmedebilmesi mümkündür.⁷⁷

Devlet Planlama Teşkilatı (DPT)'nin Dokuzuncu Kalkınma Planı'nda belirtildiği üzere, AB ve Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde ağırlıklı bir yeri olan Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hukuk düzeni ve yargı sistemi özellikle dikkat çekmektedir. Avrupa hukuk alanında ulusal yargı sistemleri ile ilgili olarak, standart ölçütlerle belirlenmiş araştırmalar sonucunda da görülmüştür ki, ulusal yargı sistemi ve adalet hizmetlerinin kalitesi bakımından bu devlette olumlu veriler gözlemlenmektedir. Almanya'da hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği yasal ve hukuki güvenceler, hem maddi hukuk hem de yargılama (usul) hukuku alanlarında ileri düzeylerde karşılanabilmiştir. Gerçekten de, Almanya'da özellikle sosyal hukuk devletinin tüm gereklerini karşılama çabaları doğrultusunda, sağlam bir çalışma ve sosyal güvenlik sistemine dayanan modern iş hukuku başta olmak üzere; etkin, hızlı ve güvenilir işleyen bir yargı düzeni içerisinde adalet hizmetleri süreklilik ve kararlılık göstermektedir. Alman yargı sistemine dâhil tüm mahkemeler, temelde bir birlik oluşturan yargılama düzeni içerisinde örgütlenmiş olup; işleyişlerini etkin, uyumlu ve verimli bir biçimde sürdürmektedir.⁷⁸

B. Kamu Alım Sözleşmelerinde Görülen İhtilaf ve Çözümlerinin Fransa ve ABD Uygulaması Çerçevesinde Mukayeseli Analizi

Kirat ve Vidal tarafından ortak yapılan ve ABD ile Fransa'nın mukayeseli değerlendirildiği çalışmada, yazarlar Fransız ve Amerikan hukukundaki kamu alım sözleşmeleri davalarının her ikisinden de seçilen kararlar ışığında, sözleşmenin

⁷⁷ Cashin-Ritaine, **a.g.m.**, s.340.

⁷⁸ Devlet Planlama Teşkilatı, Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2007, s.25-26, (Çevrimiçi) <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zet%20ihtisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/1/oik684.pdf>, 27 Eylül 2014.

uygulanmasına ilişkin ihtilafları incelemiştir. Söz konusu çalışmada, Amerika yargısında yer alan 2005 yılına ait, *Genel Hizmetler Sözleşme Temyiz Kurulu* (General Services Board of Contract Appeals/GSBCA) tarafından alınan 41 yargı kararı ile Fransa yargısında yer alan 2004 ve 2005 yıllarına ait Fransız idari hâkimi tarafından alınan 51 yargı kararının ampirik analizine dikkat çekilmiştir. Fransız yargısındaki kararların ağırlıklı kısmını *Temyiz İdare Mahkemeleri* (Cours administrative d'appel/CAA) kararları (% 85) oluştururken, *Danıştay* (Conseil d'Etat/CE) kararları kalan kısma (% 15) karşılık gelmektedir.⁷⁹

Kıta/kara Avrupasını temsilen ve ayrıca AB'nin kurucu üyesi vasfını taşıyan Fransa'nın yargısı ile Anglo-sakson hukuk geleneğinin önemli temsilcisi Amerika'nın kamu alım sözleşmelerinin uygulanmasında karşılaşılan ihtilaflar üzerinden karşılaştırılması, konunun Türk hukuku bakımından anlaşılmasında ve kıyaslanmasında yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan, iki devlet yargısında kamu alım sözleşmeleri uygulamalarında görülen ihtilaflar ve çözüme ilişkin uygulamaların, çalışmaya katkı sunacağı düşüncesiyle bu başlık altında, bahse konu çalışmanın veri, istatistik ve sonuçları irdelenecektir.

Söz konusu çalışmanın incelenmesinden önce genel hatlarıyla iki hukuk düzenine *sözleşmelerin ifa edilmemesi* konusu üzerinden bakmak yerinde bir yaklaşım olacaktır. Anglo-Amerikan hukuk düzeninin, kaynağını İngiliz hukukundan alarak oluşturulduğu ve *common law* tabiri ile ifade edildiği bilinmektedir. Tek hukuk/yargı sistemi olarak da adlandırılan bu düzende, idare de bireyler gibi telakki edilmekte ve faaliyetlerine, bireylerin faaliyetlerine uygulanan genel ve ortak hukuk uygulanmaktadır. Dolayısıyla, idari faaliyetlerin hukuka uygunluğu, bireylerin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen adliye mahkemeleri tarafından denetlenmektedir.⁸⁰ Kıta Avrupası hukuk düzenlerinden (Fransız-Alman) oldukça farklı olan *common law* hukuk düzeninin özelliğini, her şeyden önce yüz yılı aşkın bir süredir, yüksek mahkemeler tarafından yaratılan içtihat hukukuna (*case law*) ve yine mahkemelerin ele aldıkları kanun metinlerine dayanmasında kendini

⁷⁹ Kiratand-Vidal, **a.g.m.**, s.158.

⁸⁰ Başta Fransa olmak üzere diğer Kıta Avrupası devletlerinde ve Türkiye'de de uygulanan ve iki ayrı hukuk ve iki ayrı yargı düzeni olarak da adlandırılan idari rejim uygulanmaktadır. Günday, **a.g.e.**, s.24-25.

göstermektedir. Bunun yanında, bu hukuk sisteminde dikkatli, özenli bir biçimde hayati ilişkilerin gözlem altına alınarak sorunların ele alınması ve verilen kararların soyut ve sistematik bir çalışma ile değil daha çok somut ve tarihsel bir bakış açısıyla ortaya çıkması da önemli bir unsurdur.⁸¹ *Common law*'da bazı hukuki kurumların Kıta Avrupası'ndakinden oldukça farklı olmasına karşılık, kamu alım sözleşmelerine ilişkin olarak bu iki hukuk düzeninin karşılaştırılmasında benzer çözüm yaklaşımlarının olduğunun burada belirtilmesi önemli bir husustur.⁸²

Anglo-Amerikan hukuk düzeni, Kıta Avrupası hukuk düzeninden farklı bir bakışla sözleşmeleri ele almakta ve bu durum da doğal olarak, sözleşmelerin ifasında ortaya çıkan engellere ve aksamalara uygulanan kuralların düzenlenişini etkilemektedir. Kıta Avrupası hukuk çevresinde Roma hukukunun etkileri ile sözleşmeye taraf olan kişi, sözleşme ile belirli bir şeyi yapmaya veya yapmamaya kendisini bağlamaktadır ve eğer gerekli görülürse o şeyi yapması mahkeme tarafından sağlanabilmektedir. Ana kural bu olduğundan Kıta Avrupası hukuk düzeni, sözleşme ihlallerini ancak borçlunun ifa etmemeden sorumlu sayılabildiği durumlarda yaptırım altına almaktadır. Bir başka ifadeyle borçlu, sözleşme ile üstlendiği davranış biçimini gösterebilecek durumdayken başka türlü davranmakta kusurluysa, bir yaptırım söz konusu olmaktadır. *Common Law*'da ise durum bunun tersidir. Bu hukuk düzeninde sözleşme ile üstlenilen bütün yükümlülüklerin, ifa edilmemeleri durumunda tazminata götüren birer garanti durumu söz konusudur. Bu temel ilke, Kıta Avrupası hukukundaki düzenlemelerle *common law* arasındaki farklılıkları ortaya koymaktadır. Bu farklılıklardan ilki ve en önemlisi, sözleşmenin ihlali (*breach of contract*) kavramının yeknesak bir biçimde bütün sözleşme ihlali türlerini ifade edecek şekilde kuşatıcı bir kavram olarak kullanımınıdır. İkincisi ise, bütün sözleşme ihlallerinin sözleşme ile üstlenilen edimlerin, niteliğine

⁸¹ Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk: Kavram, Amaç ve İşlevler, Metot, Tarihçe, Büyük Hukuk Çevreleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.253-254.

⁸² Bununla birlikte, yapma borçları bakımından borcun ifa edilmemesi durumunda da, Fransız hukuku düzenlemesinin Anglo-Amerikan hukukuna paralel olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, Anglo-Amerikan hukukunda da yapma borçları itibarıyla aynen ifa talebine ya hiç yer verilmemiş ya da çok tereddütlü yaklaşmıştır. Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) CCfr art. 1142'nci maddesi gereğince, yapma borçlarında, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde aynen ifayı talep hakkı tanınmamış, bu durumda parasal tazminat yaptırımı öngörülmüştür. Markus Müller-Chen, **Folgen der Vertragsverletzung**, Zürich, Schulthess Verlag, 1999, s.109 vd.'den nakleden Aydıncık, **a.g.e.**, s.79, 24 dn.

bakılmaksızın birer garanti yükümlülüğü doğurması nedeniyle, tazminata yol açmasıdır. Buna göre, borçlunun üstlenmiş olduğu bütün edimler için garanti sorumluluğu olduğunu kabul eden bir sistemde sözleşmelerin ifa edilmemesini çeşitli nedenlere göre ayrıma tabi tutup sistematize etmeye gerek yoktur. Bunun gibi borçlunun borcunu kısmen mi yoksa bütünüyle mi ifa etmediği ya da geç ifanın söz konusu olup olmadığı gibi durumlar da *common law*'ı ilgilendiren durumlar değildir; zira sözleşme ile üstlenilen sonuç elde edilemediyse garanti borcu gerçekleşmemiş ve sözleşmeye aykırılık oluşmuştur.⁸³

Tazminata ilişkin talepler sözleşmeye aykırılıktan borçlunun ya da yardımcılarının kusurlu olmasını gerektirmemektedir. Ancak bu demek değildir ki, *common law* hiçbir şekilde borçlunun kusuru ile ilgilenmez. Bu noktada, sözleşmenin ihlali dolayısıyla en birincil yaptırım seçeneği olan tazminatın miktarının belirlenmesinde somut olay bazında kusur incelemesi mahkemeler tarafından yapılabilecektir. Diğer taraftan *common law* hukuk sisteminin, ayıplı ifa durumunda ortaya çıkan sorunlarla başa çıkmak konusunda özel bir yöntem öngörmesine de gerek kalmamıştır. Zira, Anglo-Amerikan hukukçuları için satım, hizmet veya kira sözleşmelerinin hepsi bakımından garanti yükümlülüğünün ihlali, tazminatı gerektiren birer sözleşmeye dair ihlal oluşturur. Sözleşmeye dair sorumluluğun bir garanti sorumluluğu olması ve genel sorumluluğun söz konusu olması anlayışlarının bir araya gelmesi, ayıplı ifada bulunan tarafın ayıplı mal teslimi ile karşı tarafa verilen zararlardan sorumluluğunun neden bu kadar sıkı olduğunu açıklamaktadır.⁸⁴

⁸³ Örneğin, ifa yerine, ifa zamanına, teslim edilecek malın niteliklerine ilişkin olarak yapılan taahhütler, sözleşmeye dair garanti taahhüdüdür. Dolayısıyla mal teslim edilmezse teslim taahhüdü, geç teslim edilirse, vaktinde teslim taahhüdü, sözleşmeye aykırı teslim edilirse, uygun teslim taahhüdü ihlal edilmiş olur. Teslim etmemenin somut olayda imkânsızlıktan veya teslim etmek istememekten kaynaklanması, tazminat sonucu bakımından bir fark yaratmaz. Buna karşılık, ifa etmemenin ya da sözleşmeye aykırılığın varlığı tespit edildikten ve/veya ortada bir *breach of contract* olduğu anlaşıldıktan sonra, uygulanacak en doğru yaptırımın hangisi olduğunun belirlenmesi noktasında, tazminat yaptırımı en birincil başvuru yöntemi olmak kaydıyla, ifa etmeme durumunun somut olay bazında derecesi (kısmi veya tam), niteliği (eksik ifa- ayıplı ifa- gecikmiş ifa) gibi durumlar incelenmektedir. Ersin, **a.g.t.**, s.70, 226 nolu dn.

⁸⁴ Konrad Zweigert, Hein Koetz, **An Introduction to Comparative Law**, (Almancadan İngilizceye çeviren: Tony Weir), 2nd Edition, Oxford University Press, 1992, s.539-540. Nakleden ersin, **a.g.t.**, s.70-71.

Sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla alacaklının her zaman tazminat talebinde bulunması kural olmakla birlikte, bazı durumlarda sözleşme ihlalinin *esaslı* (*fundamental breach*) sayılması ile alacaklının sözleşmeyi feshetme ve ifa etmiş olduğu edimlerini talep etme gibi hakları da bulunmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme ihlallerinden, tazminat dışında alacaklının fesih yoluna başvurması, sözleşme ihlalinin esaslı sayılmasına bağlanmıştır. Bu anlamda bir sözleşmeye dair yükümlülüğün esaslı olup olmadığı hususlarına cevap verirken İngiliz mahkemeleri, genellikle iki kavramdan hareket etmektedir. Bunlardan ilki garanti/kefalet anlamlarına gelebilecek *warranty*; diğeri ise koşul/şart anlamına gelebilecek *condition* kavramıdır. Bu yükümlülük ihlal edilirse, zarar gören taraf sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı tazminat talebinde bulunabilir. Ancak, kendi üzerine düşen edimi ifa etmeye devam etmelidir. Bu kavramların sözleşmenin ihlalinin esaslı olup olmadığı hususunu aydınlatmak bakımından oldukça şekilci bulunması üzerine Amerika'da *Restatement (Second) of Contracts*,⁸⁵ sorunu çözmek bakımından bu kavramlardan vazgeçmiş ve taraflardan birisinin karşı tarafın sözleşmeyi ihlalinden dolayı kendi edimini ifa etmeyi reddetme hakkına sahip olduğu durumlarda tam tazminat hakkı tanımıştır. Bu durum elbette, diğer tarafın sözleşme ihlalinin *esaslı bir ihlal* olması hâlinde söz konusu olacaktır.⁸⁶

Sözleşmenin kısmen ifa edilmemesi veya yanlış ifa edilmesi gibi durumların yanı sıra sözleşmenin hiç ifa edilmemiş olması durumları da *common law* için önemlidir. Ancak *common law* burada, imkânsızlık ile temerrüt arasında bir ayırım yapmamaktadır. Sözleşmenin ifası için kararlaştırılan zaman, sözleşmenin diğer unsurları gibi herhangi bir unsur olarak kabul edilmektedir ve zamana ilişkin yükümlülüğün ihlal edilmesi de diğerlerinde olduğu gibi zarar gören tarafa tazminat talebi hakkını vermekte ve şayet bu, sözleşme bakımından esaslı bir unsur ise sözleşmeden dönme hakkını tanımaktadır. Beklenen sözleşme ihlalleri ise *common law* tarafından özel bir muameleye tabi tutulmaktadır. Kural olarak sözleşmenin ifa

⁸⁵ Restatement (Second) of Contracts § 241, sözleşme ihlalinin esaslı sayılıp sayılmadığını tespit etmek bakımından bazı durumları saymaktadır: zarar gören tarafa ifanın halen yapılıp yapılamayacağı, tazminatın böyle bir durumda zararı karşılamak bakımından yeterli olup olmayacağı ve edimini ifa etmeyen tarafın bu davranışının iyi niyet standartları ile ne derecede uyumlu olduğu gibi.

⁸⁶ Reinhard Zimmermann, **The Law Of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996, s. 803. Nakleden Ersin, **a.g.t.**, s.72.

edilmemesinden dolayı talepte bulunmak ancak sözleşme ile üstlenilen edimlerin ifa zamanının dolmasından sonra mümkün olabilmektedir. Ancak, bundan önce taraflardan birisi sözleşme ile üstlendiği edimlerini ifa etmeyeceğini açıkça ifade etmiş veya göstermişse diğer taraf bu durumda sanki sözleşme ihlali varmış gibi davranarak sözleşmeyi sona erdirebilir ve zararlarını talep edebilir. *Common law*'da sözleşen tarafların tazminat sorumlulukları, ifa etmemenin nedenlerinden etkilenmemektedir. Özellikle, Kıta Avrupası'ndan farklı olarak tazminat sorumluluğu açısından sadece zarar ile sorumlu olan kişi arasındaki bağ yeterli sayılmaktadır.⁸⁷

1. Fransa ve ABD Kamu Alım Sözleşmelerinin Karşılaştırılması

Yapım sözleşmelerindeki ihtilaflar, Fransa'da ABD'ye nispetle daha fazla iken; hizmet sözleşmelerinde tersi bir durum olduğu görülmektedir (Tablo 6.1). İhtilaf olasılığının sözleşmenin karmaşıklığı ile ilişkili olduğu da yine bu tablodan anlaşılmaktadır. Genel olarak, yapım sözleşmeleri karmaşık işlemler içerdiği için daha kompleks olabilirken, sözleşmenin diğer türlerine göre yapım işlerinde beklenmeyen olaylarla daha sık karşı karşıya kalınabilmektedir. Benzer şekilde, hizmet sözleşmeleri de tedarik/alım sözleşmelerinden daha karmaşık olabilmektedir.

Fransa'nın kamu hizmet alım sözleşmelerine gelince, onların ihtilafli karakteri yapım sözleşmeleri ve hizmet sözleşmelerine göre daha az belirgindir. Kamu hizmet alım sözleşmelerinin nispeten az sayıda olduğu Fransa'da, kendi koşullarının büyük gelişmişliği ile birlikte, ihtilafli sözleşmelerin sadece % 11,8'ini temsil ettiği görülmektedir.

Tablo 6.1: İhtilafli Sözleşme Türleri

	GSBCA (ABD) %	CE ve CAA (Fransa) %
Yapım Sözleşmeleri	26,8	60,8
Hizmet Sözleşmeleri	39	21,5
Tedarik/Mal Alım Sözleşmeleri	12,2	5,9
Diğer (GSBCA açık artırma teklif)	22	-
Kamu hizmet alımı sözleşmeleri (Fransa)	-	11,8
TOPLAM	100	100

Kaynak: Thierry Kirat, Laurent Vidal, "Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France", **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.159.

⁸⁷ Zweigert, Kötz, a.g.e., s.543.

İhtilafın nedenlerine gelince, Tablo 6.2’de her iki sistemin kendine özgü özellikleri olduğu gözlemlenmektedir. Fransa’da, ilave iş veya masraflar/maliyetler oldukça yüksek bir oranda olup, bu ihtilaf nedeninde en tartışmalı görülen yapım sözleşmeleridir. ABD’de teknik özelliklerin göz ardı edilmesi veya önemsenmemesi sözleşme ihtilafının başlıca nedeni olarak görülmekteyken, Fransa’da minimal bir rol oynamaktadır.

Tablo 6.2: İhtilaf Nedenleri

GSBCA (ABD)	CE ve CAA (Fransa)
1. Teknik özelliklerin göz ardı edilmesi (önemsenmemesi) <i>Toplamın % 19,5</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 75</i>	1. İlave iş ya da masraflar <i>Toplamın % 31,3</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 75</i>
2. İlave iş <i>Toplamın % 9,7</i> <i>Hizmet sözleşmeleri ile alakalı davaların % 75</i>	2. Fesih veya sözleşmenin feshinin sonuçları <i>Toplamın % 13,7</i> <i>Hizmet sözleşmeleri (davaların % 43) ve Taviz/kabul (davaların % 43)</i>
3. Beklenmeyen olay doğa (grev, ücretler) <i>Toplamın % 9,7</i> <i>Özellikle hizmet sözleşmeleri</i>	3. Teknik özelliklerin göz ardı edilmesi (önemsenmemesi) <i>Toplamın % 7,8</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 75</i>

Kaynak: Thierry Kirat, Laurent Vidal, “Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.159.

Tablo 6.3 incelendiğinde, ihtilafın ekonomik yapısı ile ilgili olarak Fransız yargısında, talep edilen çözüm yolunun üç ana tipinin var olduğu görülmektedir: Düzenleme, revizyon veya fiyat belirlenmesi için talepler, tazminat talepleri, zarar ve faiz için talepler. Bu üç ana tip, ihtilaf nedenlerinin toplam % 88,23’ünü oluşturmaktadır. Tek başına tazminat talepleri, toplam talep edilen çözüm yolunun % 60.8’i oranında bulunmaktadır. Burada yine, tazminat taleplerinin üç temel formu dışında, yapım sözleşmesi oldukça önemli bir farkla tazminat talebinde öne çıkmaktadır.⁸⁸ Bu durum, özellikle yapım sözleşmelerinin ihtilafı boyutunu teyit eder niteliktedir.

Tablo 6.3: İhtilafın Ekonomik Yapısı

GSBCA (ABD)	CE ve CAA (Fransa)
1. Ek maliyetler ya da sözleşme bedelinin düzenlenmesi için tazminat	1. Sözleşme dışı masraflar için tazminat talebi

⁸⁸ Yapım sözleşmeleri: Tazminat talebi davalarında % 67,7; düzenleme, revizyon veya fiyat ödenmesi için taleplerin davasında % 62,5 ve tazminat ve faiz talepleri için % 66,6.

<i>Toplamın % 24.4</i> <i>Hizmet sözleşmeleri ile alakalı davaların % 70</i>	<i>Toplamın % 60.7</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 67</i>
2. Adil düzenleme <i>Toplamın % 17</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 58</i>	2. Düzenleme, revizyon veya fiyat ödemesi <i>Toplamın % 15,7</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 62</i>
3. Fesih veya sözleşmenin feshinin sonuçları <i>Toplamın % 9,7</i> <i>Hizmet sözleşmeleri ile alakalı davaların % 75</i>	3. Zararlar ve faizler için talep <i>Toplamın % 11,7</i> <i>Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 66</i>

Kaynak: Thierry Kirat, Laurent Vidal, "Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France", **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.160.

Amerikan hukukunda ihtilafın vukuu hâlinde, GSBCA için yükleniciler tarafından vurgulanan taleplerin ekonomik profilleri, yapım sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri veya tedarik sözleşmeleri ile ilgili olup olmadıklarına bağlı olarak değişir. Hizmet sözleşmelerinde taraflar, çoğunlukla fiyat ve ücretler hakkındaki ihtilaflar ile meşgul iken, özellikle yapım sözleşmelerinde eşit/adil düzenleme talepleri öne çıkmaktadır. Hizmet sözleşmeleri de yükümlülüklerini yerine getirmemeden kaynaklı fesih ile ilgilidir. Tedarik sözleşmeleri, kusurlu bir fiyatlandırma uygulamasının varlığını idarenin fark etmesinden sonra, geri ödeme talepleri ve buna sebebiyet veren fiyat üzerinden ihtilaflar ortaya çıkmaktadır.

Tablo 6.4'e bakarak yüklenici tarafından itiraz edilen sözleşme yetkilisinin kararının yapısını nitelendirmek mümkündür. Burada da, iki devlet açıkça farklıdır. Nitekim, idarenin uygunluğu veya varsayılanı sona erdirmek Fransa'da çok nadirken (rücu nedenleri % 6'dan daha az), GSBCA'dan önceki vakaların üçte birinin daha gerisindedir. Uygulamada beklenmeyen olaylarla ilgili davalarda, Amerikan hâkimleri, Fransız idari hâkimlerinden sözleşme ilişkisinin sürekliliği hakkında daha az endişeli görünmektedir.

Fransız sözleşme uygulaması ihtilaflarında, başlıca iki tür neden ortaya çıkmaktadır: İlave iş veya maliyetler ve fiyat konusunda ihtilaflar. Özellikle bu ihtilaflar yapım sözleşmeleri ile ilgilidir. Yapım sözleşmelerinde ihtilafın başlıca nedeni teknik özelliklerin yeterince tanınmaması iken hizmet sözleşmelerinde her şeyden önce ilave iş için talepleri bulunan ABD'de bu durum, sözleşme ihtilafındaki farklılığın önemli bir kaynağıdır. Fransa'da, teknik özellikler nedeniyle sözleşmeye uymama, bir idari hâkim önüne getirilen ihtilaf için küçük bir nedendir.

Tablo 6.4: İtiraz Edilen Sözleşme Yetkilisi Kararı

GSBCA (ABD)	CE ve CAA (Fransa)
1. Sözleşmenin feshi (İdarenin onayı veya yükümlülük yerine getirilmediği için) Toplamın % 36.5 Hizmet sözleşmeleri ile alakalı davaların % 33	1. Maliyet aşımını karşılamamanın reddi Toplamın % 58.9 Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 76
2. Maliyet aşımını karşılamamanın reddi Toplamın % 29.2 Hizmet sözleşmeleri ile alakalı davaların % 66	2. Fiyat ödemenin reddi Toplamın % 7,8 Yapım sözleşmeleri ile alakalı davaların % 75
3. Kabul edilen teknik çözümün reddi Toplamın % 7.3 Özellikle yapım sözleşmeleri	3. Sözleşmenin iptali Toplamın % 5,8 Yapım, tedarik ve imtiyazın her biri için gözlemlenen bir durum

Kaynak: Thierry Kirat, Laurent Vidal, "Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France", **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.161.

İki devlette ihtilaf prosedürleri sorununun göz önünde bulundurulması, idari hâkimlerin idarenin yüklenicilerine karşı aynı ağırlığı sergilemesi sonucuna yol açmaktadır. Fransız yargısında, yasal/prosedürel boyutlar, kararların büyük kısmının neredeyse % 45'ini oluşturmaktadır. GSBCA kararlarında, özellikle uygulama koşullarına, sözleşme ilişkisini etkileyen teknik nitelikteki olaylara ve malzeme unsurlarına bağlı olarak nispeten daha fazla önem verilirken, yasal biçimciliğin önemli bir yeri olduğunu ifade eden kararların varlığı, yasal motivasyonun bir göstergesidir. Ayrıca GSBCA'nın davalarında, yasal referanslar esas itibariyle yargı örnekleri olup, Fransa'da bu durum yaygın olmasına karşılık ABD'de Fransa'nın sadece yarısı kadardır. Ancak, Fransız ve Amerikan federal kamu sözleşme yasaları çarpıcı ve önemli derecede benzerlik göstermektedir. Bu benzerlikler, özel hukukun ağır basan koşulları içinde bir hukuk sistemine dâhildir: Sözleşme yetkilisi veya kamu otoritesinin özel imtiyazları (örneğin, tek taraflı değişiklik gücü ve sözleşmelerin ihtiyari fesih imkânı); bir sözleşmeyi dengelemek ve yeniden sözleşmenin dengesini kurmak için alınan önlemler ve uzman hâkimler. Bununla birlikte, bu temel benzerliklere rağmen, kendi karar verme üslupları/tarzları radikal şekilde farklıdır ve her davada özel olarak tecrübe edilmektedir.

GSBCA'dan önceki sözleşme ihtilaflarında, yapım ve tedarik sözleşmelerinin tartışma niteliği açısından, açıkça bir farklılık görülür. Yapım sözleşmesi ihtilafının niteliği öncelikle işin uygulanması ve şartlarındaki maliyet ile bağlantılıdır. Tedarik sözleşmesi ihtilafının niteliği, ancak fiyat belirleme ile ilgilidir. Hizmet sözleşmelerinin aradaki konumu, fiyat ve uygulama şartları arasında ortada

bulunmaktadır ve bu itibarla belirli/özel bir profil göstermemektedir. Bununla birlikte, bu özel duruma bağlı olarak, yapım veya tedarik sözleşmelerine de benzeyen yönleri bulunmaktadır.

Fransa ve ABD’de, kamu sözleşmeleri düzenlemeleri ve idari içtihadın belli bir noktaya yönelmesi ve bu noktada, mevzuat uygulayıcıları ve yargı mekanizmaları, sözleşmelerin mali dengesinin sürdürülmesi için kurum veya idarenin yüklenicilerine müsaade (ruhsat verme) etme eğilimindedir.

Tablo 6.5: Sözleşmede Öngörülemeyen Dış Olaylar

Fransa	Amerika Birleşik Devletleri
Mücbir sebebin dâhil olduğu durumlar: 1) Doğal olaylar 2) İnsan eliyle meydana gelen durumlar: - Üçüncü tarafın eylemleri, - Grevler, - Savaşla ilişkili olaylar	1) "Mücbir sebep" veya "halkın düşmanca eylemleri" 2) "Yangınlar" 3) "Seller" 4) "Salgınlar" 5) "Karantina kısıtlamaları" 6) "Grevler" 7) "Nakliye ambargoları" 8) "Olağandışı şiddetli hava" 9) Kontrol dışı öngörülemeyen nedenlerden kaynaklanan ve yüklenici ve altyüklenici ya da tedarikçilerin ihmali ya da hatası olmadan, herhangi bir aşamadaki altyüklenici ya da tedarikçi gecikmeleri
Öngörülemeyen Olaylar	Hiçbir karşılık yoktur (Olağanüstü Sözleşme İşlemleri ile ilgili Federal Acquisition Regulation/FAR ⁸⁹ Bölüm 50 tek referans: "Yapılan iş için uygun bir sözleşme dokümanında, uygulanamazlığı sağlamanın bir ifadesi ve delili")
Öngörülemeyen Şartlar Çıkarlarda beklenmedik artış (1) veya azalış (2) (1) yeni iş, ilave iş ya da daha büyük miktarda bir iş; (2) daha az iş	"Beklenmeyen hâl" teorisi ve çok nadiren Amerikan hâkimleri tarafından kullanılan "uygulanamazlık" durumları ve bunların özellikleri çok belirsiz kalmaktadır. Buna ek olarak, idare ile yapılan sözleşmelerin kuramlarını uygulama ve kendi yürütmelerinin net bir kanıtı yoktur.
İşin çeşitli yönlerinin öneminde değişiklikler	Uygulama alanı koşul maddesi farklı

⁸⁹ Federal Satın Alma Yönetmeliği

Üçüncü taraf eylemleri	<i>"İdare ile bir sözleşmenin uygulanmasında başka yüklenicinin eylemleri."</i>
------------------------	---

Kaynak: Thierry Kirat, Laurent Vidal, "Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France", **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.170.

Beklenmeyen dış olaylar ile ilgili olarak Amerikan hukuku, sözleşmenin uygulamasında *gecikme* (mazur görülebilir gecikmeler), *inkâr* veya *yapmama* ile bir *yükümlülüğü yerine getirmeme* şeklinde birtakım muhtemel haklı durumları dikkate almaktadır: Doğal olaylar ya da halkın düşmanca eylemleri, idarenin hem egemenliği hem de sözleşme kapasitesine ilişkin eylemleri, yangınlar, sel, salgın hastalıklar, karantina kısıtlamaları, grev, navlun/nakliye ambargolar, olağandışı şiddetli hava ve yüklenici ve alt yüklenicinin kontrol dışı öngörülemeyen nedenlerden kaynaklanan hatası veya ihmali söz konusu olmaksızın, herhangi bir aşamadaki alt yüklenicinin ilerlemeyi gerçekleştirmede veya uygulamada başarısızlığı.

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerde değişiklik yapılması sorunu gündeme geldiğinde Amerikan hukuku, idarenin tek taraflı sözleşmede değişiklik yapma gücünü onaylamaktadır. İdarenin ihtiyari/keyfi eylemleri ile sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma gücü arasında Fransız hukukunda ayrıma karşılık gelen "*idarenin hem egemenliği hem de sözleşme kapasitesine ilişkin eylemleri*" hipotezini, Amerikan kamu sözleşme hukukunun öngördüğünü burada not etmek ilginçtir.

Tablo 6.6: Sözleşme Uygulamasında Değişiklikler

Fransa	Amerika Birleşik Devletleri
<p>Çıkarlarda artış (1) ya da azalış (2):</p> <p>(1) yeni iş, ilave iş ya da daha büyük miktarda bir iş;</p> <p>(2) daha az iş</p> <p>İşin çeşitli yönlerinin öneminde değişiklikler</p> <p>Tek taraflı değişiklik gücünün sınırları: Mali hükümler bu alanın dışındadır ve değişiklikler yeni bir sözleşmenin hazırlanması gerektiği sonucuna yol açması öngörülen kadar yenilikçi olmamalıdır.</p> <p>Tek taraflı değişiklik gücü: sözleşmeyi yapan idare, sözleşmenin bir tarafı olarak hareket eder ve sözleşme uygulanması koşullarını değiştirir.</p>	<p><i>Değişik hükümler: "sözleşmenin genel kapsamı içinde" dâhil olmak üzere</i></p> <p>- <i>"resmî değişiklikler";</i></p> <p>- <i>"yapısal değişiklikler,"</i> örneğin, <i>sözleşmenin yorumlanması, idarenin işe müdahalesi, kusurlu şartnameler, bilgilerin gizliliği ve işte acele etme.</i></p> <p><i>"Esaslı değişiklikler,"</i> mesela, <i>sözleşmenin genel kapsamı dışında olanlar, yüklenicinin siparişlerinde esaslı bir değişiklik olursa, idare sözleşmeyi ihlal ettiğinde ve yüklenici sözleşmeyi iptal etme ve tazminat alma hakkına sahiptir.</i></p> <p><i>"Hem egemenlik hem de sözleşme ehliyetinde idarenin eylemleri"</i></p>

Keyfi idari eylem: - Taraf olmayan başka bir kamu otoritesi sözleşmenin uygulama koşullarını ağırlaştırmaya hizmet eden önlemler alır - Ortak yüklenicinin durumu, kamu otoritesi (ancak sözleşmeye taraf olarak rollerinin dışında hareket ederek) tarafından alınan önlemler nedeniyle ağırlaştırılmıştır.	
--	--

Kaynak: Thierry Kirat, Laurent Vidal, “Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.171.

2. Sözleşmelerde “Adil Uyarılama”

Sözleşmenin adil bir şekilde uyarlanması denildiğinde, idarenin bir sözleşmeyi değiştirirken yükleniciyi tümüyle korumak için kullanılan sadece düzeltici önlemler anlaşılmaktadır. Bu düzenlemelerin temelinde yatan amaç, değişiklik doğuran yüksek maliyetlere karşı yükleniciyi korumak olduğundan, bu zararların ölçüsünün idare tarafından kabul edilen değerde olamayacağı aşikârdır.

Sözleşmelerde adil uyarılama kavramı, ilave maliyetler için tazminat ve yapılan işin bir bölümü için kâr sağlar. Fakat *kazanılmamış kâr* için tazminat bunun dışındadır. Genel hukuk, telafi/tazmin edilebilir zarar arasında kazanılmamış kârın bütünleşmesine olanak verdiği için, özel sözleşme hukuku ile karşılaştırıldığında, bu durum kamu sözleşmelerinde önemli bir yasal farklılığa sahiptir.

Adil uyarılama kavramı, Fransa'daki mali denge sorununa ilişkin olup, kurum ya da kamu otoritesi tarafından sözleşmede değişiklik yapma gücünü (hükmü değiştirme yoluyla) kullanmak ile bağlantılıdır. Dolayısıyla, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma gücü, Fransa'da olduğu gibi, sözleşmenin mali dengesi içinde tarif edilmektedir. Sözleşmede *temel değişiklik* meydana getiren bir değişiklik, herhangi bir yükümlülükten yükleniciyi kurtarmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmede *temel değişiklik* kavramının, ABD Federal Satın Alma Yönetmeliği (FAR)'nde eksik olduğunu belirtmek önemlidir. Hâkim için, bir *temel değişiklik* meydana gelip gelmediği gerçekten bir sorundur. Zira *temel değişiklik*, hâkim tarafından tüm koşulların dikkate alınarak, tek tek her durumun analiz edilmesini gerekli kılan bir özellik taşımaktadır.

Sözleşmede öngörülmeven işi gerçekleştirmek için kamu otoritesi tarafından verilen buyruklar *yapısal değişiklik* ilkesini ortaya çıkarmıştır. “*Yapısal bir değişiklik genellikle idarenin, yüklenicinin sözleşme belgelerinde belirtilmeyen işi yapması için açık bir şekilde ya da buyruk anlamına gelmeden ortaya çıkar.*” Yapısal değişiklik kuralı, sözleşmenin uygulanmasının takibinde bir denge olarak ilave masraflar için tazminat hakkı sunmaktadır.

Bir kurum ya da kamu otoritesi tarafından sözleşmenin feshi durumunda, masrafların tazmin/telafi edilmesi konusunda, Fransız ve Amerikan hukuk düzenlemeleri hemen hemen aynıdır. Her iki devlette de, *menfaat beklentisinden ziyade güven/inanç menfaati* daha çok tercih edilmektedir. Amerikan kamu sözleşme hukukunda, idareye kolaylık sağlamak için fesih çerçevesinde, fesih ücretleri dışında idarenin üstünlüğü FAR 49/201(a)’da tanımlanmaktadır (Sözleşmenin Feshi): “*Bir uzlaşma, yapılan iş ve kazanç için makul bir ödenek dâhil olmak üzere sözleşme bölümlerini sona erdirmek için yapılan hazırlıklar için yükleniciye adilane bir şekilde tazmin edilmelidir.*” Yüklenicilere, sözleşmenin bir kısmı için yüklenici tarafından yapılan iş ve yapılan hazırlıklar üzerine kâr elde etmesine izin verilir, fakat uzlaşma/uyuşma/kesin hesap giderlerine değil. Ayrıca, sözleşmenin feshinden sonra diğer zararlar ve sözleşmeden beklenen ama elde edilmeyen kâr için tazminata izin verilmez.

3. Değişen Sözleşme Uygulaması ve Sözleşmeye Bağlı Nitelendirilmesi

Fransız yargısı, değişen sözleşme uygulamasının bağlamlarına göre beklenmedik olayları sınıflandırmaktadır: Beklenmedik koşullar, öngörülemez engeller, mücbir sebep, tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme yetkisi vb. Bu durumlar, tarafların dışında, analitik standartlara ait bazı kavramlar aracılığıyla belirlenir: Öngörülebilir, öngörülemez, dayanıl(a)mazlık, vb.

Amerikan hukuku, tek taraflı sözleşmeleri değiştirmede kurumlara gerekli onayı ve/veya gücü bahşetmektedir. Ancak hâkimler, değişen sözleşme uygulamasının sonuçları üzerine daha fazla vurgu yapmakta ve bu sonuçlara önem vermektedir. Risk kaynaklarının tipolojisinin (sözleşme dâhilinde veya haricinde) ve özelliklerinin (öngörülebilirlik ve dayanıl(a)mazlık) yerine, Amerikan sözleşme

mevzuatı ve idare mahkemelerinin kararları, sözleşmede değişiklik ve dengesizlik değerlendirilmesinden farklı bir mantığa dayanmaktadır.

Amerikan düzenlemeleri; sözleşmede (haklı nedenlerle maliyet hesaplanırken) bir düzenleme talebini takip prosedürü, uygulama sonuçlarını değiştirme maddesine ve sözleşme giderlerinin belirlenmesine dayanmaktadır. Bundan dolayı, Amerikan hâkiminin daha kapsamlı standartlara başvurduğu söylenebilir: Sözleşme kapsamı, temel değişiklikler, uygun maliyet, makul kâr vb. Bu fark, açıkça idarenin yüklenicisinin adil bir uyarlama talep ettiğinde, maliyetlerin değerlendirilmesinde görülür.

Adil uyarlama için talepleri hâkimin yürütmesi, yasal bir sorun (tazminat için) ve olay (hesaplama ve kanıt) ile birlikte tasarlanmıştır. Gerçekten de, adil bir uyarlama ile tazminat hakkını vermek için, istekte bulunanın bir sorumluluğu ya da yükümlülüğünün ispatı, nedensellik ve hasarlar veya bir şekilde ilave maliyetlerin zararını tespit etmek için gereklidir. Bununla birlikte, Amerikan adli ve idari mahkemeleri, adil uyarlama kullanımının kesin maliyetlerini değerlendirmek için süreçler geliştirmiştir. Süreçlerin içeriği ve prosedürü açısından sözleşmenin uyarlanması, Amerikan federal sisteminde Fransa'ya nispetle daha fazladır.

İdari yargı ve Federal Tazminat Mahkemesi'nin genel hukuktan kaynaklanan ilke ve standartları uygulaması ve olayları maddi veya davranışsal yönüyle ele alması gerçeklere büyük ölçüde açık bir yargı sistemi olduğu görüntüsü vermektedir. Bu nedenle, adil uyarlama için talepler, sözleşmenin hem yasal hem de mali boyutları aynı anda dikkate alınarak incelenmektedir. Diğer bir deyişle, Amerikan hâkimi sıralı bir şekilde talepleri değerlendirmez; sözleşmenin yasal ve mali yönüne eşit olarak eğilmektedir. Ancak Fransız idari hâkiminin, idarenin yükleniciye tazminat hakkı üzerinde karar verirken ve miktarı belirlerken bu yönde bir eğilimi bulunmaktadır.

4. Tazmin Edilebilir Maliyetlerin Özellikleri

Adil bir uyarlama için taleplerin ele alınmasında önemli bir konu “uygun maliyetler” standardını hâkimin uygulamasıdır. Bu, temyiz konusu edilen masrafların, makul ve tahsis edilebilir olduğunu göstermek için bir yükümlülüğün, kısmen çok sayıda yargısal inceliklerini açıklamaya imkân vermektedir. Duruma

bağlı olarak, masrafların hesaplanmasında, verilen tazminatın hangisi esastır, neye göre yapılacaktır. Burada iki yaklaşım söz konusudur: Etkin maliyet ya da geriye dönük/gerçek maliyet fiyatlandırma yaklaşımı veya olası maliyet fiyatlandırma yaklaşımı.

Sözleşme değişikliği gerektiren iş, kısmen gerçekleştirildiğinde ya da yüklenicinin, tam da bu değişime bağlı potansiyel maliyetleri değerlendirmesi yeteri kadar mümkün olduğunda, önceki durum tercih edilecektir. İkinci durumda, ki devlet tarafından genelde tercih edilir, temyize giden, maruz kalınan maliyetlerini kesin olarak hesaplamak/kıymetlendirmek durumundadır.

Ancak, bu iki yaklaşım (potansiyel maliyetler için muhtemeldir ve gerçek maliyetler için geçerlidir) maliyetleri değerlendirme metodolojik çerçeveye sorununu meydana getirmez. Buna ek olarak, kurum ya da kamu otoritesinin yüklenicisi tarafından talep edilen tazminatı hesaplamak için bir dizi yöntem mevcuttur. Hâkimler, yüklenici tarafından talep edilen tazminatın değerlendirilmesinde, tazminatın hesaplanmasında dört yönteme başvurmak zorundadır. Bu yöntemlerin seçimi, muhtemel ya da geçerli bir yaklaşım açısından akıl yürütme olanağına kısmen bağlıdır. Sözleşmenin adil uyarlanmasında tercih edilen ispat yöntemi, değişikliğin fiyatlandırılmasında gerçek maliyet verilerine dayanmakta ve daha sonra bu maliyete kâr ilave etmektedir. Diğer üç yöntem (toplam maliyet, değiştirilmiş toplam maliyet ve Jüri kararı), gerçek maliyet yönteminin haklı nedenlerle kullanılmadığı zaman kullanılır. *Toplam maliyet* yöntemi, işin negatif gerçek tahmini ile yapılan işin toplam maliyetini karşılaştırır. *Toplam maliyet* yöntemi temyize başvuran kişi tespit edilemediğinde ya da sözleşmenin başlangıçtan itibaren bir muhasebe analizi kurulamadığında ve öngörülen değişiklikten kaynaklanan maliyetler olduğunda, katlanan için derecesinin belirlenemediğinde kullanılır. Yüklenici verimsizliği, ilgisi olmayan yüklenici maliyetleri ve düşük fiyata (fiyat kırımı) atfedilebilecek toplam maliyeti karşılaştırma miktarları hariç olduğu için, *değiştirilmiş toplam maliyet* yöntemi ikinci tür bir yöntemdir. Hâkim, tarafların sundukları ispat unsurları ile ilgili olarak iki tarafın iddiaları arasında karar veremediği zaman *jüri kararı* yöntemini kullanır. Yükleniciler, tazminat miktarı için iyi bir neden belirlemenin imkânsız olduğunu göstermelidir.

5. Fransa ve ABD’de Yüklenicinin Durumu

Kurum ya da kamu otoritesinin ortağına (yüklenici) verilen tazminat hesaplama yöntemlerinde, sözleşme makamının mutlak egemen rolü tarafından gündeme getirilen büyük endişeler, kamu alım sürecinin sağlıklı işleminde belirleyici niteliktedir. Bu rasyonel durumun özünde ve genellikle teknik açıdan ötesinde, ikinci bir sözleşme ile bağlı olmayı kabul eden egemen otoritenin yapısı ve elde edilen sonuçları ile ilgili soruna, Amerikan sistemi tepkilidir. ABD’de uzun süredir devam eden, bu sorun ile gündeme gelen zorluklar, henüz çözülmüş de değildir. Yargıtay’ın idarenin keyfi karar verme sorunu üzerine verdiği kararında sunduğu çözüm, Fransız idari hâkimi tarafından uygulanan idari çözümlere çok benzer mekanizmaların varlığına tanıklık eden gelişmelere yol açmıştır.

Gerilimi çözmek için, kurum ve yüklenici arasındaki sözleşmede dengeli bir ilişki sağlamak adına tazminat şekillerinin hesaplanmasında, objektifliği Amerikan hâkimleri aramaktadır. Bu objektiflik, idarenin sözleşmeyi değiştirme gücü ile sözleşmede yükleniciye verilen tazminat hakkı arasında uzlaşmaya varmada bir araçtır. İdarenin tek taraflı değişiklik yetkisinin varlığının onaylanmasının ötesinde, ABD’de yapıldığı gibi, böyle bir ayrıcalık tanınması esasına dayanan kesin ve tartışmasız bir görevi, idare kendisine belirlemeye kalkışmaktadır. Bugün, tek taraflı değişiklik gücünün kamu otoritesinin tasarrufunda olduğu kesindir. Bu algı, bir kamu sözleşmesinde idareye tanınan belirli yetkiler için açıklayıcı bir faktör olarak kullanılmaktadır. Bu durum, derinlemesine incelemeye dayanmayan ve taraflar arasında eşit olmayan bir ilişkiyi kaçınılmaz kılmaktadır. En azından, kamu yararını tam olarak bu yetkilerle açıklamak zordur. Özellikle, kamu yararının takibi, idarenin sahip olduğu olağanüstü ayrıcalıklarını açıklamak için bize imkân verirken; kendi çıkarını gözeterek tek taraflı eylemde bulunan idare ile yüklenicinin neden böyle bir sözleşmeyi kabul ettiğini açıklamakta yetersizdir.

Kamu yararı, sözleşme tarafları arasında eşit olmayan bir ilişkinin varlığını ifade ettiğinde, idarenin konumu bir kamu otoritesi olarak üstlendiği rolü ile bir yüklenici gibi sözleşmenin tarafı olması arasındadır. Bu durumun da iki sonucu vardır: (1) Kamu otoritesi, sözleşmeyi değiştirmek mümkün olmazsa, yüklenici gibi hareket ederek, imtiyazlarından kendisini mahrum bırakır veya (2) sözleşmenin

yerine getirilen hükümlerini değiştirmek için, kamu yararı koruyucusu olarak, bu yetkisini egemenliğin azaltılamaz kısmı ile bağdaştırarak kullanır. İdari sözleşmeler için geçerli genel bir kural olan tek taraflı değişiklik yetkisini korumak adına, Danıştay açıkça ikinci sonucu tercih etmektedir. Bunu yaparken, çok sayıda ulusal hukuk sistemlerinin yanı sıra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve özellikle de Amerikan hukuk sistemi ile uyum içindedir. Kurumlar veya kamu makamlarının önceki sözleşmeleri ile ilgili olarak, Amerikan sistemi, daha sonradan Germen sistemlerinden (Avusturya veya Alman) ilham alan Fransız sistemine daha yakındır. Bunun nedeni felsefi olmayıp, tamamen pratik gereksinimleri karşılamada sözleşme kavramı, güç işlerin uygulanmasını iyileştirmede idareyi rahatlatmak ve çeşitli komplikasyonlar sunan durumlarda daha somut ve hızlı çözümler için imkânlar sağlamak adına ortaya çıkmıştır. Ek olarak, çok taraflı düzenlemeler, kişiler ve idare arasında daha iyi işbirliğini teşvik etmek ve aynı zamanda, bir yandan kamunun yararını diğer yandan yüklenicilerin meşru hak ve bireysel çıkarları arasında belirli bir denge kurmak için vazgeçilmez görünmektedir.

Bununla birlikte, kamu idaresine egemenlik ayrıcalığından kaynaklanan tek taraflı değişiklik yetkisi tanıyan bu iki devlet, yükleniciye tazminat belirlenmesi konusunda farklı yöntemlerle birbirinden ayrılmaktadır. Fransa, kamu otoritesinin imtiyazlarına cevap olarak geliştirdiği oldukça cömert mali uyum mekanizmaları ile Amerikan sisteminin rasyonelleştirilmesine karşılık vermektedir. Sonuçta, yargı kararlarının bir parçası ve hizmetin görülmesinde idarenin ortağı sayılan yüklenici, hem ortaya çıkan zararlar (*damnumemergens*) hem ortadan kaybolan kazançlar (*delucrumcessans*) için tazminat talep etme hakkına sahiptir. Burada, kuvvet bazlı güçlü hatlardan ziyade, ahlak kuralları ile ilgili kurallara itaat edilmektedir. Bu fark, hâkimin görevinin adaleti dikkate alması açısından belirli bir farklılık ortaya koymaktadır.

6. İki Devlet Yargısının Değerlendirilmesi

Sözleşmenin adil uyarlanması alanında tazminat mekanizmasında maksimum nesnellik elde etmeye çalışılırken, Amerikan sisteminin, tarafların karşılıklı eşitliği teşvik ettiği görülmektedir. Ayrıca, Amerikan sisteminde, maliyetlere göre nesnelleştirilmiş bir rasyonelliğin göz önünde bulundurulması dikkat çekicidir.

Amerikan ve Fransız sistemleri ve idari yargı tarafından getirilen çözümler incelendiğinde, Fransız idari yargısındaki pratisyenler ve sözleşme temyiz kurullarının uzmanları genellikle farklılıktan ziyade benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte her biri birbirlerinin ayırt edici özelliklerini dikkate almaktadır. Bu, yasal geleneklerine bağlı iki devletin, Amerikan federal hukuku ve Fransız düzenlemesinin, dikkate değer bazı temel noktalarda farklılıkların engellenemediği bulgusuna öncülük etmektedir. Bu farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür: Kamu hukuku, sözleşmeyi tek taraflı değiştirme ve yönlendirme yetkisi, ekstra sözleşme giderlerinin telafi edilebilmesi ve hatta beklenmedik olaylar karşısında sözleşme uygulamasını sürdürme yükümlülüğü.

Amerikan hâkimleri, maddi olaylar ve boyutlar (örneğin, ekonomik ve mali konular) konusunda, Fransız muadillerine göre daha açık/net bir görünüm vermektedir. Dolayısıyla, Fransız hâkiminin Amerikan hâkiminden daha biçimci (formalistik) olduğu yargısı yanlış olmayacaktır. Ancak, maliyet değerlendirme teknikleri ile sözleşme ve uygulamalarda hâkimlerin özendirici/destekleyici yaklaşımı, biçimcilik ve pragmatizm arasında melez bir forma işaret ettiği yorumuna imkân tanımaktadır. Başlangıçtan beri ve bazı paradoks durumlarda, Fransız hâkimleri Amerikan hâkimlerine göre daha büyük ölçüde takdir yetkisinden yararlanmaktadır. Diğer bir deyişle, Fransız hâkimleri resmîleştirilmiş bir pragmatizm çerçevesinden ziyade pragmatik bir biçimcilik (formalizm) çerçevesi içinde daha fazla özgürlüğe sahiptir.

C. Kamu Alımlarında Sözleşmelerin Uygulanmasında Görülen İhtilafların İdare İle Yüklenici Arasında Yargıya İntikal Etmeden Çözülebilme Olanağı

İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan ihtilafların çözümünde iki temel mekanizma öngörülebilir. Birincisi, ihtilafın yine idare tarafından giderildiği *idari denetim yoludur*. Bu yöntemde, meydana gelen ihtilafa konu sorunu, bizzat soruna yol açan idarenin yetkilisi veya üst makam giderir. Bu bir yargılama yöntemi olmayıp, tarihî kökleri itibarıyla inayettir (ihsandır). İdari ihtilafların çözümü için izlenen diğer mekanizma yargı yoludur. İdare-birey ilişkisinin dışında yer alan,

devletin üçüncü işlevini oluşturan yargının hükmü ile yaşanan ihtilaf çözüme bağlanır.⁹⁰

İhtilafların çözümünde, işin önem ve önceliğinin taraflarca dikkate alınması gerektiği kadar, karşılıklı tutum ve davranışlar da etkilidir. Bu çerçevede, sözleşmeye dayalı ihtilafların, idare ve yüklenicinin müzakere ve mutabakatları ile çözülmesi en ideal çözüm yöntemidir. Bilinmelidir ki, yargı yoluna başvurulması, taraflar için birçok yönden kayıplara sebep olmaktadır.⁹¹ İhtilaf çözümünde yargı dışı yöntemlerin kullanımı, özellikle kamu alımları alanında, sözleşme sorunlarında yadsınamaz avantajlara sahiptir. Bir yandan, uzun bir dava yolunun tercih edilmesi pahalı ve sonucu belirsiz olduğundan, genellikle yargı dışında gerçekleşen bu yolun kullanılması makul görülmektedir. Öte yandan, yargı dışı ihtilaf çözümünde dava işlemleri bulunmadığından, yargı dışı yöntemler daha esnek olma vasfıyla da öne çıkmaktadır. Bu yöntemler, tarafların özgürlüğü ile karakterize edilen, karşılıklı ilişkileri geliştirmek ve bir bütünün parçaları olma fikrine her iki sözleşme tarafını da adapte etmek üzere, çeşitli uzlaşma usullerinin, çeşitli mekanizmaların kullanımına izin vermektedir. Ancak, bu olumlu düşüncelere karşılık, uygulamada bu mekanizmaların yeterince kullanılmadığını söylemek gerekir. Fransız hukukunda, iki ana neden bu durumu açıklamaktadır. İlki, uzlaşma yöntemlerinin genellikle yeterince bilinmemesi ve bu yöntemlere ilişkin oluşturulan metinlerin dağınık ve çok karmaşık yolları düzenlemesidir. İkinci sebep, Fransız idare hukuku yargı incelemesi içinde yargı dışı alternatif çözüm arayışının, yaygın olarak doğal bir dava olmayıp normal yöntem şeklinde görülmesiyle ilgilidir. Her nasılsa, yargı dengesini tehlikeye atmadan, ihtilaf çözümü, adli olmayan yolların kullanımındaki artış, muhtemelen yararlı olacak ve hukukun her zaman taraflar için yeterli olmadığı söylenen alanlarda hâkimin eylemi tamamlayıcı olacaktır.⁹²

İdarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan ihtilaflar genelde iki durumda meydana gelir. İlk olarak, idarenin yaptığı hukuki işlem ve/veya eylemler, kişilerin malvarlığında zarara neden olabilir. Diğer durumda kişiler, idarenin hukuki sonuç

⁹⁰ Kalabalık, **a.g.e.**, s.714.

⁹¹ Uyanık, **a.g.e.**, s.128.

⁹² Thierry Ablard, "Règlement Non Juridictionnel Des Litiges", **Juris Classeur Contrats et Marchés Publics**, Fasc. 195, LexisNexis SA, 2007, s.2.

doğuran irade açıklamalarını, işlem ve eylemlerini hukuk düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle ihtilafa konu edebilir. İdare ile kişiler arasındaki ilişkiden doğan ve bu ilişki nedeniyle özgüllük taşıyan ihtilaflar, idareye isnat edilir ve uğranılan zararların giderimi ve hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılması idareden talep edilebilir. Burada yargının iki işlevi söz konusudur. *Hukuki koruma*, sübjektif kişi hakların gerçekleşmesi ile idarenin işlem ve eylemlerinden kişilerin korunması; *yargısal denetim*, objektif hukuk düzeninin korunması ile hukuk devletinin gerçekleşmesi.⁹³

1. Kamu Alım Sözleşmelerinin Uygulanmasında Görülen İhtilafların Yargı Dışı Çözümüne Duyulan Gereklik

Sözleşmelerin uygulanmasında görülen ihtilaflar, taraflar arasında gerilime neden olurken, ayrıca, psikolojik tahribatın yaşanmasına ve tarafların sağduyudan uzaklaşmasına yol açmaktadır. Bu ortamda, çözüm odaklı sağlıklı bir müzakerenin başlaması da imkânsız hâle gelmektedir. Dolayısıyla, tarafların kendi aralarında ihtilafın hallini sağlayamadığı bu gibi durumlarda, ihtilaf konusu sorunlara hâkim, tarafsız üçüncü kişi konumundaki uzlaştırıcıların veya bu nitelikteki kurumların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kurumlar arasında; uzlaştırma, arabuluculuk, tahkim ve mahkemeler sayılabilir. Tahkim ve mahkeme yargısında ihtilaflar nihai olarak çözülmekte ve taraflar için bağlayıcı bir kararla sonuçlanmaktadır. Uzlaştırma ve arabuluculuk gibi alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinde ise, uzlaştırıcı ve/veya arabulucu adı verilen kişi veya kurumların anlaşmazlığın çözümüne yönelik çabaları, tarafların rızası ve desteği ile takviye edildiği ölçüde bir çözüm getirmekte ve devlet veya tahkim mahkemelerine gitmeksizin ihtilaflar ortadan kaldırılmaktadır.⁹⁴ Bu bakımdan ihtilafların çözümünde, tarafların öncelikle aralarında müzakere yolunu seçmesi, daha sonra alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerine yönelmeleri en makul ve çözüm odaklı yol olarak gözükmektedir.

DPT'nin Dokuzuncu Kalkınma Planı'nın Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda, belli bazı devletlerin nüfus oranları göz önünde

⁹³ Kalabalık, **a.g.e.**, s.714-715.

⁹⁴ Uyanık, **a.g.e.**, s.129-130. Arabuluculuk yöntemini uzlaşma yönteminden ayıran temel fark, uzlaşma yönteminin; *uzlaştırıcı* denilen tarafsız bir üçüncü kişi tarafından ihtilafın taraflarına ihtilaf konusunda somut öneriler sunularak, tarafların sunulan bu çözüm önerilerini tartışmasını ve bu önerilerden biri ile ihtilafın sonlanmasını hedefleyen bir çözüm yolu olmasıdır. Tuğsavul, **a.g.e.**, s.29.

bulundurularak mevcut ilk derece mahkemelerinin sayısının karşılaştırmalı bir biçimde verildiği istatistik, bu devletlerin yargı ve adalet hizmetlerinde karşılaşılan sorunların çözümüne yönelik temel uygulama stratejilerinin ortaya konulmasına yardımcı olacak niteliktedir.

Tablo 6.7: Devletlerin Nüfus Oranlarına Göre Mahkeme Sayıları

Devletler	Genel İlk Derece Mahkemeleri Sayısı	Her Bir İlk Derece Mahkemesinin Hizmet verdiği kişi	İlk Derecede Uzmanlık Mahkemeleri	Her Bir 1.000.000 Kişiye Düşen Mahkeme Sayısı
Avusturya	162	49.798	9	21.20
Belçika	27	381.842	Bilgi Yok	-
Fransa	657	91.608	4	21.07
Almanya	828	99.758	262	13.20
Hollanda	19	842.105	2	1.31
İngiltere-Galler	583	89.266	Bilgi Yok	-
Polonya	337	113.442	25	9.47
Türkiye	2.508	27.980	1.440	56.26

Kaynak: DPT, Dokuzuncu Kalkınma Planı, Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2007, s.30.

Aynı raporda, bazı devletlerdeki her bir 20.000 kişiye düşen hâkim sayısı ise şöyle verilmiştir: Avusturya 4.3; Danimarka 1.4; Almanya 5.1; İtalya 2.3; İspanya 2.0; İngiltere-Galler 0.8; İsveç 3.8; Türkiye 1.5.⁹⁵

Bu istatistiklerden çıkan ve en dikkat çeken sonuç, Türkiye'nin mahkemelerindeki nicelik bakımından görülen fazlalığın, aynı oranda hâkim sayısında görülmemesidir.⁹⁶ Türkiye'deki mahkemelerin iş yükünün sebebi bu noktadır. Ayrıca, adaletin gecikmesini ve adil yargılama ilkesinde görülen erozyonu buraya bağlamak gerekir. Almanya adalet sisteminde ise Türkiye'deki durumun aksi net bir şekilde ortadadır. Türkiye'de yargı yolunun mercileri mahkemeleri artırmak dava sürelerindeki uzunluğu azaltmada yeterli olmadığı bugün için de geçerli bir tespit olup, bunun yerine ihtilafların giderilmesinde yargı dışı alternatif çözüm kanallarını açmak ve işler kılmak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Fransız hukukunda, Yargıtay'ın yolunu açtığı, sözleşmenin taraflarının ifa zorluklarını bertaraf etmek için işbirliği yapmak zorunda olduklarına ilişkin bir nev'i

⁹⁵ DPT (2007-2013), **a.g.r.**, s.30-31.

⁹⁶ Türkiye'deki hâkim ve diğer adalet personeli sayısı yetersizliği sabit bir olgudur. 100.000 kişiye düşen hâkim ve diğer adalet personeli sayısı; gelişmiş bir kısım AB üyesi devletlerdeki genel ortalamanın altında bulunmaktadır. DPT (2007-2013), **a.g.r.**, s.38.

sözleşmelerin *yeniden müzakere* edilmesi yükümlülüğü getirilmektedir. Fransız hukukunda *emprevizyon* kuramı çerçevesinde görülen ve sözleşmenin uyarlanmasından önce bir yükümlülük olarak karşımıza çıkan *yeniden müzakere* önemli bir gerekliliktir. Önemi, sözleşmenin uyarlanması yenilik doğuran bir hak ve bu hakkın kullanımı yeniden müzakere ödevinin yerine getirilmesi şartına bağlı tutulmasından ileri gelmektedir. Sözleşme taraflarının uyarlama hakkını kullanmadan önce sözleşmeyi *yeniden müzakere* etmeleri, sözleşme dengesinin adil olarak kurulması ve sözleşmenin yeni koşullara göre tarafların karşılıklı rızasına dayanarak şekillenmesi bakımından yerinde bir çözümdür.⁹⁷ Alman hukuku öğretisinde ve içtihatlarında kabul edildiği üzere BGB § 313 hükmünün gerekçesinde, tarafların öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını müzakere etmek zorunda oldukları ifade edilmiş olmasına karşılık, Alman kanun koyucu, yeniden müzakere yükümlülüğünü madde hükmünde düzenlememiştir. Bir başka anlatımla, kanunun gerekçesine rağmen BGB § 313 hükmünde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir müzakere yükümlülüğü yoktur.⁹⁸

İhtilafların çözümünde esas olan nokta şudur ki; tarafların, aralarında hukuki ilişkinin kurulduğu günden itibaren, kamu alımları da dâhil olmak üzere, sözleşme yönetimi ile ilgili gerekli desteği birbirlerine sağlaması gereğidir. Sözleşme konusu işin başında sözleşme uzmanı bulundurmayıp anlaşmazlığa düştüğünde, hukuk hizmetinden faydalanmayı düşünmek hatalı bir tutumdur. İhtilafın meydana gelmesinden sonra, hukukçunun ve hukuk düzeninin verebileceği hizmet sınırlıdır. Bu itibarla, ihtilafların büyümeden ve kilitlenme noktasına varmadan izalesi akıllıca bir davranış olacaktır. Sözleşme yönetiminin sorunlar çıkmadan işletilmesi, bir nevi

⁹⁷ Sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen durum değişiklikleri sonucu mağdur olan taraf sözleşmeyi tek taraflı yenilik doğuran beyanı ile değişen bu koşullara uyarlayabilir. Ancak bu hakkını kullanabilmesi için önce sözleşmeyi yeniden müzakere etmelidir. Aslında bu durum, mağdur taraf açısından bir yüküm değil ödevdir. Bu ödevi uymaması durumunda herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmaz, ancak bu hukuki ödevi yerine getirmez ise mağdur taraf uyarlama hakkını kullanamaz. Uyarlama hakkından önce mağdur tarafın yönelteceği uzlaşma çağrısı/isteği sözleşmenin yeniden müzakeresine davet niteliğindedir. Uzlaşma teklifi sonucu, karşı tarafın sözleşmenin ayakta tutulmasına yanaşmayacağı anlaşılıyor ise, mağdur taraf yenilik doğuran hakkını sözleşmeden dönme şeklinde kullanabilmelidir. Eğer, karşı tarafın sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama niyeti var ise müzakereler neticesiz kalsa da mağdur taraf hakkını sözleşmeyi sona erdirmeye şeklinde kullanmamalıdır. Baysal, **a.g.e.**, s.243-245.

⁹⁸ Topuz, **a.g.e.**, s.331.

koruyucu hekimlik benzeri bir uygulama olup, hastalık gelmeden gerekli önlemleri almayı hedefler.

2. Fransız Kamu Alım Hukukunda Yargı Dışı Çözüm Yolları

İhtilafların yargı dışı çözümüne ilişkin Fransız hukukunda öne çıkan hususların başında şu seçenek gelmektedir: Sözleşme tarafları, muhtemel ihtilafların hâkime başvurulmasını sağlamadan önce *dostane çözüm arama* yolunu seçmede serbesttir. Tabiidir ki, bu seçenekte herhangi bir başvurunun kabul edilebilirliği, bu uzlaşmanın *sözleşme hükümleri* içinde düzenlenerek uygulanmasına bağlıdır. Bununla birlikte, çeşitli *yargı dışı ihtilaf çözümünün mekanizmaları* taraflar için hâlihazırda mevcut olabilir veya gerekirse tamamlanabilir. Böylece kamu alımı çerçevesinde Genel İdari Hükümler,⁹⁹ sözleşmede açıkça bahsedildiğinde taraflar tarafından göz ardı edilemez öncelikli müracaat prosedürlerini düzenlemektedir. Sözleşme aynı zamanda, taraflara dostane sulh için bir *danışma komitesi*¹⁰⁰ veya *ad hoc uzlaştırma* imkânı sağlayan bir uzlaşma maddesi de içerebilir. İdari hâkim de kişiler tarafından talep edilebilir ya da üçüncü bir arabulucu¹⁰¹ tayini veya İdari Yargı Kanunu madde L. 211-4 temelinde uzlaşma misyonunu uygulamak, bu alanda, olası çözümlerin çeşitliliği bakımından ve tarafların çözüm seçme özgürlüğü yönünden Fransız kamu alım hukukunun zengin bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. Son olarak, taraflar anlaşmanın şartlarını ve koşullarını uyarlamak için sözleşme yapma hakkına sahip olarak anlaşmaya varabilir. Herhangi bir olayda, bu sözleşmenin geçerliliği için *karşılıklı taviz* koşullarının varlığı gerekebilir. İdari

⁹⁹ Cahiers des clauses administratives générales (CCAG).

¹⁰⁰ Comité consultatif de règlement amiable (CCAR).

¹⁰¹ Fransa'da arabuluculuk uygulaması uzun yıllardan beri kullanılmakta olup, kanunlaşması 1990'lı yıllara dayanmaktadır. Arabuluculuk; yargısal arabuluculuk (mahkeme içi arabuluculuk) ve sözleşmeye dayalı arabuluculuk (mahkeme dışı arabuluculuk) olmak üzere iki çeşit olarak uygulanmaktadır. Sözleşmeye dayalı arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmayıp, tarafların iradesine dayalıdır. Arabuluculuğun bu türünde taraflar her zaman, özellikle dava açılmadan önce, hâkim müdahalesi olmadan her konuya ilişkin olarak arabuluculuk yöntemine başvurulabilir. Buna karşılık mahkeme içi arabuluculuk, yalnızca medeni hukuk, ticaret hukuku, aile hukuku ve iş hukuku ihtilaflarında uygulama alanı bulur. Burada arabuluculuk yargılaması hâkimin önerisi üzerine ve hâkimin kontrolünde, tarafların da kabulü ile görülmekte olan yargılama içerisinde gerçekleşmektedir. Hâkim arabulucuyu kendi seçer ve arabuluculuk faaliyetinin ne kadar süreceğini belirler. Tuğsavul, **a.g.e.**, s.39.

hâkimin, tarafların talebi üzerine ve belirli koşullar altında, söz konusu anlaşmada *yaptırım* uygulaması da gerekli olabilir.¹⁰²

Fransız hukukunda yargı dışı ihtilaf çözüm rejiminin niteliğini ve kapsamını üç farklı süreç içinde ele almak mümkündür. Kamu alımlarında çoğunlukla bağlayıcılık gerektiren önceki idari çareler yargılamanın bir parçasıdır. Gayri resmî veya resmî uzlaştırma, bu uzlaşma yöntemleri arasındadır. Bunu kimin tayin edeceği tarafların takdirine bırakılmıştır ve üçüncü bir kişinin müdahalesini gerektirir. Son olarak, tarafların bir anlaşmazlığa son vermeyi ve karşılıklı tavizlerin paylaşımını üstlendiği süreçtir.¹⁰³

Genel İdari Hükümler, dört tür kamu alım prosedürünü düzenlemektedir: Mal ve hizmetlerin alımı (m.33-34); endüstriyel pazarlar (m.40); entelektüel hizmetlerin alımı (m.40) ve kamu yapım sözleşmeleri (m. 50 ve 13). Mal ve hizmetler ile entelektüel hizmetlerin yanı sıra endüstriyel piyasalarda uygulanacak hükümler nispeten basit ve esasında benzerdir. Ancak, yapım sözleşmeleri için geçerli Genel İdari Hükümler çok daha karmaşık ve özel ilgi gerektirmektedir.¹⁰⁴

Yapım sözleşmeleri için uygulanan Genel İdari Hükümler iki ayrı şikâyet prosedürü öngörmektedir. Genel olarak tarif edilen ilki, sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek tüm ihtilafları çözmek için tasarlanmıştır. İkincisi, sadece alımın genel hesabına ilişkin ihtilaflarla ilgilidir. Genel İdari Hükümlerin 50'inci maddesi iki durumu dikkate almaktadır. İlki, yüklenici ile denetleyici arasında "ihtirazı kayıtlar şeklinde yapılan ya da diğer herhangi bir şekilde" bir ihtilaf olduğu durumdur (m. 50.11). Bu durumda, yüklenici denetçiye nedenleri ile birlikte bir açıklama göndermesi ve bu açıklamada şikâyetlerini hülâsa ederek belirtmesi gerekmektedir. Bu aşamada, gecikme olmaması esastır. Genel İdari Hükümlerin 50'nci maddesi altındaki ikinci durum, idarenin temsilcisi ve yüklenici arasında doğrudan kaynaklanan bir ihtilaf olduğunu ifade etmektedir. İdarenin olumsuz bir kararı durumunda yüklenicinin ikinci bir ihtar gönderme hakkına sahip

¹⁰² Ablard, **a.g.m.**, s.1.

¹⁰³ **A.e.**, s.2.

¹⁰⁴ **A.e.**, s.4.

olmadığını burada belirtmek gerekir. Eğer, alınan nihai karardan memnun değilse yüklenici Bölüm 50.31 uyarınca yetkili mahkemeye başvurabilir.¹⁰⁵

Fransız hukukunda uzlaştırma, ihtilafların çözümünde zorunlu olarak seçilen bir prosedür olup, görevi taraflar için tatmin edici bir çözüm sağlamak olan ve tarafsızlığı tartışılmaz bir üçüncü kişi tarafından nitelenen bir yöntemdir.¹⁰⁶ Başarılı bir uzlaştırma, genellikle uzlaştırıcı tarafından önerilen çözüm işlemi onaylayan bir sözleşmeye tarafları yönlendirmektir. Böyle bir uzlaşma tanımının arabuluculuk benzeri bir kavram olduğunu hatırlamak ve bu konuda gerçekten birini diğerinden ayırt etmek için kriterlerin varlığı zorunlu olabilmektedir. Zira, uzlaşma kavramı gayri resmî uzlaşma ya da resmî uzlaşma içinde çeşitli alım/tedarik süreçlerini kapsar. Gayri resmî uzlaşma durumunda, sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Bir diğer anlatımla, sözleşme tarafları uzlaşma şartlarını ve koşullarını belirlemede serbesttir. Ayrıca, sözleşmede böyle bir şartın yokluğu dava başladıktan sonra tarafların uzlaşma için başvurmasına engel değildir. Sözleşme hükümleri altında uzlaştırma davası isteğe bağlı veya zorunlu olabilir.¹⁰⁷

Bununla birlikte, uzlaşma ile ilgili olarak, idare hukuku hâkiminin rolü tarafsız bir üçüncü tarafın istemini sadece ifade etmez. Hâkim, İdari Yargı Kanunu madde L. 211-4 tarafından yetkilendirilmiş bir uzlaşma mercii da olabilir. Ancak, idari yargı içinde, sadece idari mahkemelere uzlaşma için başvuru mümkündür. Bu sınırlama madde L. 211-4 metninde açıktır. Her halükârda, bir üçüncü tarafın aracı olarak yargıya müdahalesi yasayla düzenlenmiştir. Fransız hukukunda uzlaşma, mevzuat ya da yasa tarafından öngörülerek biçimlendirilmiştir. Alımda resmî uzlaşma, bir yandan idari müdahale danışma komitelerinin¹⁰⁸ çözümünü ve diğer

¹⁰⁵ **A.e.**, s.5.

¹⁰⁶ Fransa'da, taraflar arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcılığı garanti altına alınır ve arabuluculuk sözleşmesi yapıldıktan sonra devlet mahkemelerine başvurulamaz. Bunun nedeni, tarafların kendi iradeleri ile ihtilaf hakkında karar verme yetkisinin kendilerine bırakmış oldukları düşüncesidir. Bununla birlikte, birçok devlette yapılan arabuluculuk sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı ve tarafların arabuluculuk sözleşmesine rağmen devlet mahkemelerine başvurabileceği düzenlenmiştir. Tuğsavul, **a.g.e.**, s.107.

¹⁰⁷ Ablard, **a.g.e.**, s.7-9.

¹⁰⁸ Fransa'da kamu alımları alanında danışma komitelerinin çözüm ortaya koyması eskidir. Bu tür organların izleri yirminci yüzyılın başına kadar gider. Nitekim, 1907 yılında Bayındırlık Bakanlığı bu tür bir komite ile ilk olmuştur. Ancak, bu komitelerin kurulması savaşlar arası dönemle sınırlıdır. Bu bağlamda, 16 Eylül 1948 tarihli bir kararname ile kurulan bir çalışma komisyonu tarafından hazırlanan konuyla ilgili bir raporda, her bakanlıkta bir uzlaşma komitesinin kurulması önerilmiştir.

yandan İdari Yargı Kanunu'nun L. 211-4 tarafından idari mahkemelere ayrılan uzlaşma fonksiyonunu içermektedir.¹⁰⁹

Uygulamada, farklı çözümler benimsenmiştir. Buradan hareketle, baş hâkim kendisi tek başına ya da bir raportörden yardım alarak uzlaşma misyonunu destekleyebilir. Ayrıca kendisi tarafından belirlenen bir hâkime bu görevi verebilir. Bir uzman da, bu rolü üstlenebilir. Nihayet, dava önem gerektirdiğinde hâkim başkanlığında bir *ad hoc komite* de kurulabilir. Uygulamada bu çeşitli örnekler de hâkim tarafından uzlaştırmamanın hem öncesinde hem de dava aşaması sırasında

Bu öneri, ticaret yasalarının ve kullanımının konusu olmayıp, kamu sözleşmeleri ve ulusal kamu kurumlarının uzlaşması üzerinde 28 Mayıs 1953 kararnamesine dâhil edilmiştir. Fransız İhale Kanunu'nun 127'nci maddesi uyarınca, idareler ve kamu alımlarının sahipleri, danışma komitelerinin farklı dostane çözümlerini ya da kararname ile belirlenen şartlar altında alıma ilişkin ihtilafları kullanabilir. Anlaşmazlık veya sözleşmenin uygulanması ile bağlantılı olarak doğan dava, kamu tüzel kişiliğine tabi Danışma Komitesinin görüşüne ihtiyaç gösterir. Böylece, mal ve hizmet alımları için Komite, başvurunun idare tarafından açıkça veya zımnen reddedilmiş şikâyet bildirimini sunumundan sonrasına kadar müdahale edemez. Yapım işleri sözleşmelerinde ise, Komiteye müracaat yüklenici tarafından önceden sunulan iddiaların/şikâyetlerin idare tarafından reddini takiben inceleme sonrasına kadar müdahale edilemez. Yüklenici idarenin kararından tatmin olmadığında başvurusunu ilgili Komiteye yapabilir. İhtilafın tüm yönleri, fayda ve gecikme ile ilgili konularda dâhil olmak üzere komite tarafından yeniden gözden geçirilir. İlgili komitenin başkanı tarafından Raportör atanır. Raportör raporunu veya bir taslak görüş hazırlamak amacıyla, tarafların temsilcileri tarafından düzenlenen bütün evrak ve soruları yazılı veya sözlü olarak erişebilecektir. Raportör ayrıca teşvik etme yeteneğine sahiptir. Raportörün raporunu Komiteye sunması ile Komite gizlilik içinde görüşür. Sorunlara çoğunluk oyuyla karar verilir. Eşitlik durumunda, Başkanın oyu belirleyicidir. Raportörün görüşmelere katılımına sadece danışman sıfatıyla izin verilir. Komiteye sevk olunan ihtilafa ilişkin olarak, Komite altı ay içinde görüşünü/düşüncesini bildirmek zorundadır. Ancak, Cumhurbaşkanının gerekçeli kararıyla, bu süre üç ay daha uzatılabilir. Taraflar üzerinde bağlayıcılığı bulunmayan görüşün, yüklenici ve idareye bildirilmesi gerekir. Bildirim tarihi itibarıyla, kendi tutumunu bildirmek için üç aylık bir süre vardır. Bu süre içinde bir karar olmaması komitenin görüşünün reddi anlamındadır. Komitenin teklifi veya idare tarafından yapılan inceleme sonrası ortaya çıkan çözümün bir sonucu olarak alınan kararı kabul edilmezse, yüklenici mahkemeye başvurabilir. Danıştay, bir yapım sözleşmesinin hesap işlemlerinde, Komite'nin katılmış olduğu görüşü göz önünde bulundurarak, idare tarafından alınan karara bağlı etkilerini açıklığa kavuşturmak için fırsata sahiptir. Genel olarak, komitenin görüşüne taraflar tarafından uyulur. Ablard, **a.g.e.**, s.9-11.

¹⁰⁹ İdari mahkemeler, özellikle kamu alımlarına ilişkin anlaşmazlıklar sırasında, tamamen yargısal bir uzlaştırıcı rolü oynayabilir. Pratikte oldukça nadir görülen bu yargı müdahalesi mümkündür. Şu anda, idari hâkimin uzlaştırma görevi "idari mahkemeler bir uzlaşmayı uygulayabilir" olduğunu öngören İdari Yargı Kanunu madde L. 211-4 ile kodifiye edilmiştir. Ayrıca, uzlaşmada hâkimin yetkisi konusunda Danıştay, mahkemelerin kendi yargı yetkileri içinde anlaşmazlıklar vesilesiyle uzlaştırma görevini yerine getirebileceğine hükmetmiştir (CE, 22 mars 1995, Dadillon, cité supra n° 88. – D. Chabanol, Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, attributions contentieuses et non contentieuses : J.-Cl. Justice administrative, Fasc. 20). Buna karşılık madde L. 211-4 prosedürünün izlendiğini gösteren hiçbir uygulama kararı yoktur. Böyle bir durum, muhtemelen mahkemeye uzlaşma adına bir müracaat için tarafları teşvik etmenin olası olmadığını ve/veya tarafların mahkemeye gitmedeki isteksizliğini göstermektedir. Hâkim tarafından uzlaşma dâhil yargı dışı ihtilaf çözüm süreçlerinin kullanımını geliştirmek arzusunun gösteren diğer bir yasal dayanak, idari dava reformu olarak da ifade edilen 31 Aralık 1987 tarih ve 87-1127 sayılı Kanundur. Ablard, **a.g.e.**, s.11-12.

herhangi bir zamanda meydana gelme olasılığı olduğunu göstermektedir. Hâkim tarafından yürütülen uzlaştırma sonucunda başarılı olunabilir. Uzlaştırma dava aşamasında olmuşsa, taraflar bir anlaşmaya varmayı, hâkim yargılaması sonunda ihtilafın çözümünü reddetme sonucuna da gidebilir. Bu süreçte başvuran da çekilebilir. Diğer taraftan, her halükârda, taraflar hâkimden anlaşmayı dikkate almasını da talep edebilir. Eğer uzlaşma başarısızlıkla sona ererse uzlaşma tutanakları tutulur daha sonra taraflar, mahkemeye ihtilafı götürmek için başka kaynaklara sahip olmakla birlikte davanın devam etmesine de onay verebilir.¹¹⁰

Uzlaşma öncelikle bir medeni hukuk işlemidir. Ancak, bunları kullanmak için kamu kurumlarının/kişilerinin istidadının, uzun zaman aldığı kabul edilmektedir. Danıştay, devlete önceden uzlaşma (ödün vererek uzlaşma) gücünü tanımıştır.¹¹¹ Ayrıca, kamu ile ilgili olarak, Medeni Kanun'un 2045'inci maddesinde "*Kral [Başbakan] izni ile uzlaşma olamaz*" ifadesini içermektedir. Görüldüğü gibi, uzlaşmanın amacı var olan anlaşmazlığı sona erdirmek veya olası dava çıkmasını önlemektir. Bu amaca ulaşmak için, tarafların önemli bir özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak, bu özgürlük sınırsız değildir.¹¹²

3. Türk Kamu Alım Hukukunda Yargı Dışı Çözüm Yolları

Kamu alımlarına ilişkin olarak sözleşmelerin yapılması ve yorumlanmasında oldukça geniş bir kanunlar manzumesi ile karşılaşmaktadır. Bir de bu kanunlara ikincil mevzuat eklendiğinde külliyat iyice genişlemekte ve buna nispetle konuya hâkimiyet ve yorum iyice zorlaşmaktadır. Genel anlamda *sözleşme hukuku* olarak tanımlanan hukuk düzeninde kanun, kararname, yargı kararları ve şartnamelerden yararlanılır. Bu kapsamda: Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Sorumluluk Hukuku, Gelir Vergisi Kanunu, Kamu Mali Yönetim ve Kontrol

¹¹⁰ Ablard, **a.g.e.**, s.12.

¹¹¹ CE, 23 déc. 1887, Évêque Moulins : DP 1889, 3, p. 57. – CE, 17 mars 1893, Cies du Nord, de l'Est et a. c/ Min. guerre : DP 1894, 3, p. 119. – CE, 28 avr. 1921, Cie N'Goko Sangha : Rec. CE 1921, p. 351. Uzlaşma/anlaşma karşılıklı tavizler gerektirir. Bu nedenle bu yükümlülük, uzlaşma sağlanırken her iki tarafın hem haklarından hem de şikâyetlerinden karşılıksız feragatte bulunulmasını engeller. Ablard, **a.g.e.**, s.13-14.

¹¹² Kamu düzeninin bir kuralını ihlal eden bir uzlaşma/anlaşma üzerinde anlaşmak yasaktır. Medeni Kanunun 6'ncı maddesi, aslında "*özel sözleşmelerle, kamu düzeni ve ahlak yasaları ihlâl edilemez*" ifadesini içermektedir. Ayrıca hâkimin, kamu düzeninin hiçbir kuralının sözleşme ile ihlâl edilmediğini sağlaması gerekmektedir. Ablard, **a.g.e.**, s.13-14.

Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Tebligat Kanunu, İmar Kanunu vb. kanunlar ile Bakanlar Kurulu Kararnameleri, Yargıtay ve Sayıştay kararları, Uygulama Yönetmelikleri, Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Kamu İhale Genel Tebliği, Şartname ve Tip Sözleşmeler vb. mevzuat sayılabilir.

a. Borçlar Kanunu ve KİSK Çerçevesindeki Düzenlemeler

Sözleşmenin hukuki kapsamında, idare ile yüklenici arasında doğan ihtilafların çözümü için, sözleşme hükümlerinin bir bütünlük içinde ve TBK'nin 19'uncu maddesi (BK m.18) çerçevesinde yorumlanıp uygulanması gerekir. Maddenin birinci paragraf hükmüne göre: *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”* Bu hükme gereken itina gözetildiği takdirde ve sözleşmenin yorumunda aşağıdaki ilkelere uyulduğunda, ihtilafların çözümü taraflar açısından daha kolaydır:

- Sözleşmenin yorumlanmasında önemli olan söz değil, gerçek istek ve iradedir. Tarafların gerçek ve ortak amaçları belirlenmeli ve amacı aşan bir yoruma başvurulmamalıdır,
- İhtilaf konusu sözleşme hükmü açık değilse, şüphe ve duraksama varsa, o hükümle yükümlülük altına giren taraf yararına yorum yapılmalıdır,
- Sözleşmeler hükümsüz olacak biçimde değil, geçerli sonuç doğuracak biçimde yorumlanmalıdır,
- Sözleşmeler; doğruluk, dürüstlük ve güven kuralına göre yorumlanmalıdır.¹¹³

4735 sayılı Kanunun 36'ncı maddesinde bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla ihtilafın; öncelikle ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde, burada hüküm bulunmaması hâlinde genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, ihtilaf yargıya taşınmadan kamu alım hukuku alt mevzuatında

¹¹³ Uyanık, **a.g.e.**, s.129.

izlenecek yöntemle çözüm bulmak mümkündür. YİGS'nin *Anlaşmazlıkların çözümü* başlıklı 51'inci maddesi uyarınca:

“İşin yürütülmesi veya kesin hesapların çıkarılması aşamasında yapı denetim görevlisi ile yüklenici arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar, öncelik sırası sözleşmesinde belirtilen, sözleşme eklerindeki hükümler dikkate alınmak suretiyle aşağıda yazılı olduğu şekilde idare tarafından çözüme bağlanacaktır. Yüklenici, anlaşmazlığa yol açan konuda, bu durumun ortaya çıktığı günden başlamak üzere on beş gün içinde itiraz ve şikâyetlerinin sebeplerini açıklayan bir dilekçe ile idareye başvuracaktır.

İdare, bu dilekçeyi aldığı tarihten başlamak üzere en çok iki ay içinde inceleyip bu husustaki kararını yükleniciye bildirecektir. İki ay içinde kendisine bir cevap verilmediği veya verilen karara razı olmadığı takdirde, yüklenici anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerine göre hareket etmekte serbesttir.”¹¹⁴

Sözleşme koşullarının başlangıçta öngörülmüş olandan çok farklı sonuçlara sebebiyet vermesi, daha doğrusu hakkaniyet açısından değerlendirmelerin gerekli olduğu özel hâllerde de bazı farklılıklar göstereceği açıktır.¹¹⁵ Sözleşmenin yapılması ile işin tamamlanması gereken zaman arasında durum ve şartlar itibariyle çok önemli değişiklikler olabilir. Beklenmeyen ve/veya önceden görülemeyen bu değişiklikler, sözleşmede gözetilen dengenin bozulmasına sebebiyet verebileceği gibi, sözleşmenin devamında taraflardan biri için, sözleşme şartlarına tahammülü de imkânsız kılabilir. Bu durumda, iyi niyet kuralına dayanılarak, sözleşme şartlarının değiştirilmesine olanak tanıyan öngörememe ve/veya beklenmeyen hâl (emprevizyon) kuramının uygulanması, ihtilafın büyümeden çözümüne katkı sağlayacaktır.¹¹⁶

TBK madde 480 hükmünün ilk ve son fıkrası, sözleşme hukukunun genel ilkesi olan sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) ilkesinin bir görünümüdür. Ana ilke, sözleşmeye bağlı kalınmasıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesine göre, sözleşme tarafları, özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlere, ne

¹¹⁴ Hizmet alımlarına ilişkin olarak benzer hükümleri Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 59'uncu maddesinde *Kontrol Teşkilatı ile Yüklenici arasındaki anlaşmazlıklar* başlığı altında görülmektedir.

¹¹⁵ Işıқтаç, **a.g.e.**, s.272.

¹¹⁶ Uyanık, **a.g.e.**, s.74.

pahasına olursa olsun riayet etmeye mecburdurlar. Zamanla değişen hâl ve şartların sözleşmeye herhangi bir etkisi olmamalıdır; koşullar bir taraf için ne denli zorlaşırsa zorlaşırsın, sözleşmenin kurulduğu andaki şartlarında bir değişikliğe gidilemeyecektir. Fransız hukukundan farklı olarak, sözleşmeye bağlılık ilkesi ile ilgili açık bir genel hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. TBK madde 480'de bu ilke vurgulanmaktadır. Türk mevzuatında genel bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen, sözleşmeye bağlılık ilkesinin Türk borçlar hukukunun da ana ilkesi olduğuna şüphe yoktur.¹¹⁷

TBK madde 480'in ilk ve son fıkrası birbirine paralel düzenlenmiştir. Götürü bir bedel belirlendiğinde, yüklenici eseri daha fazla emek ve masraf harcayarak meydana getirirse de, belirlenen bedel karşılığında eseri meydana getirmek, başka bir deyişle sözleşmeye bağlı kalmak zorundadır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi sadece yüklenici için değil, iş sahibi için de geçerlidir. Sözleşmenin ikinci fıkrası ise, buna bir istisna getirmekte, sadece yüklenici bakımından eser sözleşmesinin değişen koşullara uyarlanmasını düzenlemektedir.¹¹⁸

Sözleşmeye bağlılık ilkesine getirilen bu istisnanın nedeni şu şekilde açıklanabilir: Sözleşmeye bağlılık ilkesinin katı uygulanmasını kabul etmek, her somut olay bakımından adalete uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler sözleşmenin ifasını o derece katlanılmaz kılabilir ki, bu değişiklikler sonucu mağdur olan tarafa sözleşmenin o şekilde ifasında ısrar edilmesi büyük adaletsizliklere yol açmakla birlikte, bu ısrar dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil eder. Bu nedenle Türk hukukunda diğer birçok devlet hukukunda olduğu gibi sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, belli şartlarla kabul edilmektedir. 6098 Sayılı TBK sözleşmenin uyarlanmasını 138'inci madde açık olarak düzenlemiştir. *Aşırı İfa Güçlüğü* başlığını taşıyan bu hükme göre:

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağaniüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini

¹¹⁷ Başak Baysal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1 -2, s. 478, 2011.

¹¹⁸ Baysal, **a.g.m.**, s.478.

dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

TBK madde 480 hükmünün ilk fıkrası sözleşmeye bağlılık ilkesini vurgularken ikinci fıkrası götürü bedel üzerinden kararlaştırılmış eser sözleşmesinin uyarlanmasını düzenlemektedir. Bu hükme göre: “*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*”

TBK madde 480 hükmü ile getirilen en önemli değişiklik, daha önce öğretide de kabul edildiği üzere, bu hükümden doğan uyarılama hakkının bir yenilik doğuran hak olarak düzenlenmesidir. Uyarılama hakkının mutlaka mahkeme önünde kullanılmasına gerek yoktur. Madde hükmünün eski hâlinde kullanılan hâkimin takdir hakkı ifadesi, madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere bu nedenle değiştirilmiştir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK madde 138’de de hâkimin takdir hakkından bahsedilmemektedir. Bu nedenle, TBK madde 138, TBK madde 480/II ile beraber değerlendirilmeli ve bu hüküm bakımından da uyarılama hakkının bir yenilik doğuran hak olduğu kabul edilmelidir.¹¹⁹

Anahtar teslimi bir sözleşmede, yüklenici hem çalışan, danışman, mühendis (mimar) ve taşeronlar için vekaleten sorumludur hem de tasarım ve yürütmeye ilişkin risk almaktadır. Kamu idaresinin yapılacak işinin detayları belli olmadığı sürece

¹¹⁹ Baysal, **a.g.m.**, s.484.

yüklenicinin aleyhine risk taşıyacak ekstralar ihale dokümanı tasarım projesine karşılık beklenmemektedir. Bazı Avrupa sözleşme hukuku rejimlerinde, sözleşmeden doğan herhangi bir belirsizliğin risk taşınması gerektiği, sözleşmenin içeriğini yürüten ve onun dönem ve koşullarını bir pazarlık içinde dikte eden taraf için iyi yapılandırılmış bir ilkedir. Belirsizlik kuralı sadece tüketici sözleşmelerinde geçerli değil aynı zamanda ticari sözleşmelerle de ilgili ve uygulanabilir. ¹²⁰

KİSK'in 30'uncu maddesi, idarenin yüklenici karşısındaki asimetric üstünlüğü/önceliğine karşı ileri sürülebilecek önemli bir düzenlemedir. Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. TBK'nin 478'inci maddesinde, eser sözleşmesine dair zamanaşımına ilişkin olarak, yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Eski BK'nin 363'üncü maddesinde, yüklenicinin ağır kusur hâli öngörülmemiş, sadece taşınmaz yapılar için beş yıllık bir zaman aşımı belirlenmiştir. Yeni düzenleme ile iki farklı zamanaşımı süresi tayin edilmiştir.

İdare ile yüklenici arasında ortaya çıkan ihtilaflar, sözleşme türünden (götürü bedel, teklif birim fiyat) kaynaklandığı gibi sözleşme kapsamı ile ilgili olarak da ortaya çıkabilir. Sözleşmelerde ihtilafların en aza indirilmesi, ihaleden önce sözleşme türünün seçiminde yapılacak isabetle doğru orantılıdır. Bu husus karar vericinin bilgi ve deneyimi ile çözümler gibi görünse de, sonuç her zaman risk taşımaktadır. Buna bağlı olarak, Türk alım mevzuatında, ihaleye çıkarılan işin niteliğine göre sözleşme türü (anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, teklif birim fiyat sözleşme) belirlenmiş olduğundan, taraflara seçimlik bir hak bırakılmamaktadır. Dolayısıyla, idarelerin tek

¹²⁰ Krüger, **a.g.m.**, s.646-649.

tarafli olarak sözleşme türünü belirlerken, kanunu ve ilgili mevzuatı doğru yorumlaması, sonradan ihtilafların çıkmasını önleyecektir.¹²¹

Taylor'a göre bir alım tespitinde, anahtar teslim (götürü bedel) sözleşme sağlam bir politika tercihidir. Anahtar teslim sözleşmeler, alıcıdan satıcıya riski kaydırarak değişim tehlikelerini azaltır. Detaylı bir sözleşme imzalanıncaya kadar, satıcı ilk fizibilite çalışması, tasarım, mühendislik ve tesis yapımından yasal olarak sorumludur. Buna ilaveten, birtakım üretim/imalat süreçleri tamamlanana kadar satıcı tam ödeme alamaz. Anahtar teslim sözleşmenin avantajları olduğu kadar dezavantajları da bulunmaktadır.¹²²

b. Kamu Yapım Sözleşmelerinde İhtilafların Yargı Dışı Yollarla Çözümü

İnşaat sözleşmeleri gibi kamunun yapım işleri sözleşmeleri de her iki tarafa aynı zamanda hem hak tanıyan hem de borç yükleyen iki taraflı (synallagmatique) sözleşmelerdir. İş sahibinin hakkı sözleşme ile taahhüt edilen esere sahip olmaktır. Borcu ise sözleşme ile kararlaştırılan bedeli yükleniciye sözleşmedeki şartlara göre ödemektir. Yüklenicinin borcu, taahhüt ettiği eseri imal edip ayıpsız ve noksansız olarak iş sahibine teslim etmek, alacağı ise sözleşme bedelini iş sahibinden almaktır. İnşaat sözleşmeleri TBK'de 470–486 maddeler arasında düzenlenen eser (istisna) sözleşmesi içinde bir tür olarak yer almıştır.

Yapım işleri sözleşmelerinde, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş diğer sözleşmelerde olduğu gibi yapı sahibi idarenin hakları yüklenicinin borçlarına

¹²¹ Uyanık, **a.g.e.**, s.127.

¹²² Travis K. Taylor, "Offset Policy Design in International Procurement", **International Handbook of Public Procurement**, Edited by Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.756. Söz konusu avantaj ve dezavantajları Taylor şöyle sıralamaktadır:

Avantajlar:

- Sözleşme sonrasında kontrol ve mülkiyet alıcı tarafından korunur,
- Yasal olarak sorumlu tek bir satıcının olması, alıcı için işlem maliyetlerini azaltır,
- Genellikle tek bir satıcı, projenin en kısa sürede tamamlanmasını garanti eder,
- Alıcının riski daha azdır,
- Tesislerin komple inşası için faydalıdır.

Dezavantajlar:

- Yüksek fiyat ve daha az teklif durumu,
- İşletme tesisi (ya da başka sözleşmeli iş), alıcı ve çalışanlar tarafından daha az katılımı inşa edilmektedir, bir diğer ifadeyle yaparak öğrenme azdır,
- İkincil yetkiler kolayca aktarılabilmesine rağmen, yerel çalışanların tecrübeye dayalı önemli bilgilere sahip olmayabilirler.

karşılık gelmektedir. TBK’de yapı sahibi ihlaller karşısında birtakım hak ve yaptırımlara sahiptir. Bunlar:

- TBK’nin 473/I hükmüne göre yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak inşaat işini geciktirirse ve bu hâliyle temerrüde düşerse, TBK’nin 123 ve 125’inci maddeleri uyarınca yapı sahibinin sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur,
- Yapı sahibi tarafından inşaatın devamı sırasında işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülmesi durumunda, inşaatı başkasına yaptırma hakkını kullanabilmesi, yükleniciye vereceği veya verebileceği uygun bir süre içerisinde ayıbın veya aykırılığın giderilmesini ihtar edip, aksi takdirde, hasar ve masrafları kendisine (yükleniciye) ait olmak üzere, onarım veya inşaatın devamını sağlayabilir.
- TBK’nin 475/I fıkrasına göre, inşaatın tesliminden sonra ortaya çıkan yapı ayıplarından dolayı yükleniciye karşı seçimlik olarak; sözleşmeden dönme, inşaatın ücretsiz onarılmasını talep etme, inşaatı kullanıp, ayıp oranından bedel indirimi haklarını kullanabilir. Ayrıca, yapı sahibinin bu üç seçimlik haktan birisi ile birlikte genel hükümlere göre, tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır.

Yapı sahibi idarenin, yüklenici ile yaptığı yapım sözleşmesinde tespit olunan bedeli, sözleşmenin türü ne olursa olsun ödemekle yükümlüdür. Ayrıca, idarenin ihtar ve muayene külfeti bulunmaktadır. TBK’nin 473/II fıkrası hükmüne göre, yapının yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, idarenin bunu önlemek için yükleniciye ihtarda bulunması gerekmektedir. TBK’nin 474/I fıkrası gereğince de idare, yapının tesliminden sonra, işlemin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz, inşaatı gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu yükleniciye uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Bu hükümde, yapı sahibinin inşaatın tesliminden sonra inşaatı kontrol ve muayene etmesi, inşaatdaki gözle görülebilen açık ayıpları hemen, gizli ayıpları ise tespitinden sonra derhal yükleniciye bildirmek (ihbar etmek) yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, yapı sahibine inşaatı muayene

külfeti ve mevcut ayıpların yükleniciye bildirilmesi külfeti getirilmiştir. TBK'nin 474/I maddesi ile bağlantılı olarak TBK 477'nci maddesinde, yapı sahibi yapıyı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, yapım işini kabul etmiş sayılır. Aynı şekilde yapıdaki gizli ayıp sonradan ortaya çıkarsa ve yapı sahibi bunu bildirmezse kabul ettiği anlaşılır.¹²³

Yüklenicinin ise ücret hakkı dışında başkaca hakları da bulunmaktadır. Yüklenicinin, yapı sahibinin sonuçlarına katlanması gereken hâller ile yapım işi sözleşmesinin kapsamı dışında kalan ilave işler ile süre uzatımından doğan ücret ve tazminat talep etme haklarına sahiptir. Yükleniciye tanınan haklar yanında birtakım borç ve yükümlülükler de yüklenicinin uhdesindedir. Bunlar:

- TBK'nin 471/III fıkrası uyarınca, yüklenici meydana getireceği işi doğrudan kendisi yerine getirmekle veya kendi yönetimi altında gerçekleştirmekle mesuldür. Ancak, söz konusu işi kişisel edime bağlı değilse işi başkasına yaptırabilir. Kamu yapım sözleşmelerinde işin başkasına yaptırılması, yapı sahibi idarenin onayına tabidir. Aksi durumlarda sözleşmenin feshi gündeme gelir ve iş tasfiye edilir. Doğan zararlar da yüklenici tarafından tazmin edilir.
- TBK'nin 471/I-II fıkralarına göre, yüklenici üstlendiği edimlerini iş sahibinin haklı menfaatlerini göz önünde bulundurarak, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özenli, mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı kıstas alınır. Eğer yüklenici, sadakat ve özen borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde, genel hükümlere göre, yapı sahibinin bu durumdan kaynaklanan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür.
- Yüklenicinin üstlendiği işi zamanında tamamlama ve teslim borcu bulunmaktadır. TBK'nin 474/I, 477/I ve 483/I hükümlerinde, sözleşme konusu iş tamamlanmasından ve bitirilince tesliminden söz edilmektedir. Yapım sözleşmelerinde yüklenicinin iki önemli edim borcu vardır. İlki çalışma edim borcudur, ikincisi ise çalışma edimi sonucu tamamladığı işi

¹²³ Kaplan, a.g.e., 373-374.

teslim etme borcudur. Çalışma ediminin ifası tek başına yeterli olmayıp, işin teslim borcunun da yapı sahibine karşı yerine getirilmesi gereklidir. Teslimden sonra yüklenicinin işteki ayıplardan dolayı sorumluluğu ortaya çıkar. Ancak, işin tesliminde ayıpsız olma hâli aranmaz.

- Yüklenicinin tamamlayarak teslim ettiği iş ayıplı ise, bu ayıplardan doğan ve yapı sahibine karşı sorumluluk doğuran tekeffül borcu (ayba karşı güvence borcu) vardır.

Yüklenicinin yukarıdaki borç ve yükümlülüklerine ilave olarak ihbar ve ihtar sorumluluğu da bulunmaktadır. TBK'nin 472/III fıkrası uyarınca, iş devam ederken, yapı sahibinin sunduğu malzemenin veya gösterdiği iş yerinin ayıplı olduğu anlaşılır veya işin gerçekleşmesini zorlaştıracak başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu derhal yapı sahibine bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde doğan/doğacak sonuçlardan sorumludur. Ancak, TBK madde 476 gereğince işin ayıplı olması, yüklenicinin açık ihbarına karşılık, yapı sahibinin verdiği emirden doğmuşsa veya herhangi bir sebeple yapı sahibine yüklenebiliyorsa, yapı sahibi işin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz. Burada yüklenicinin ihtar etme eylemi anahtar rol oynamaktadır. Yüklenici bu ihtar etme yükümlülüğü ile yapı sahibinin işteki ayıplar nedeniyle doğan haklarını kendisine kullanmasını engelleyebilir. Bunun dışında, yüklenici TBK madde 471/I hükmü uyarınca, sadakat ve özen borcu gereği üstlendiği işin yapımını engelleyen fiili ve hukuki her türlü engeli mutlaka yapı sahibine genel ihbar yükümlülüğü gereğince ihbar etmelidir. Aksi hâlde yüklenici, bildirimden kaçınır veya ihmal ederse, doğan zararları tazmin etme durumunda kalabilir. Ayrıca yüklenici, kamu yapım işleri tip sözleşmesi ile sözleşmenin eki YİĞŞ hükümleri uyarınca üstlendiği ihtar ve ihbar yükümlülüklerini somut olayda yerine getirmediği takdirde, sözleşmeden doğan haklarını kaybedebilir.¹²⁴

4735 sayılı KİSK, “*Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek*” amacıyla yürürlüğe girmiş ve bu alanda çıkarılan ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır.

¹²⁴ Kaplan, a.g.e., s.376-378.

Kamunun istisna sözleşmelerinin tarafı olması Borçlar Kanunu'nun sözleşme ilişkilerine uygulanan temel hükümleri açısından herhangi bir farklılığı beraberinde getirmemekle birlikte 4735 sayılı Kanun bu alandaki özel düzenlemelere yer vermiştir. Kanunun *İlkeler* başlıklı 4'üncü maddesinde “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur*” hükmü özel önem taşımakta, bu yönde bir hükmün yasada yer almış olması ise sözleşme taraflarının benimsemesi gereken yaklaşım biçimini göstermektedir. Bu ilke esasen borçlar hukukunda sözleşme ilişkilerinde uygulanacak ilkelerden biridir. Ancak taraflarından birinin kamu olduğu istisna sözleşmelerine henüz gereği gibi yansımış değildir.

İmzalanan sözleşmeler, kamunun yükleniciye taahhüdüdür. Bu sözleşme hükümleri ile bağlı olan sadece yüklenici değil, aynı zamanda kamu idaresinin kendisidir. Ancak, sözleşmenin uygulamasında idare-yüklenici eşitliğinin göz ardı edilmesi, kamu gücünün sözleşme kurallarına üstün tutulması taraflar arasındaki dengeyi bozmakta ve ihtilaflara sebep olmaktadır.

Yükleniciden tüm işlerini zamanında yapmasını, yapmazsa cezai şartlarını düzenleyen sözleşme mevzuatı, zamanında ödenmeyen hak edişlerle ilgili olarak devletin gecikmelerine karşı herhangi bir düzenleme içermemektedir. Yüklenicinin en temel beklentisi olan ödemelerinin zamanında yapılması konusu müeyyideye bağlanmış değildir. Taraf edimleri arasındaki bu dengesizlik uygulamada işlerin yürütümünü olumsuz yönde etkileyen temel sorunlardan biridir.¹²⁵

Yapım işlerini konu alan istisna sözleşmelerinin önemli özelliklerinden biri de, gerek sözleşme yürütümünde gerekse ihtilafların halinde mühendis ve hukukçuların birlikte çalışmalarını zorunlu hâle getirmesidir. Zira burada yürütülen

¹²⁵ Geç ödeme sorunu AB'de de yaşanmakta ve bu tür ödemeler hakkında 2000/35/AB Sayılı ve 29 Haziran 2000 Tarihli “*Ticari İşlemlerdeki Geç Ödemenin Önlenmesi Hakkında Direktif*” kullanılmaktadır. Direktif ticari işlemleri; işletmeler arasındaki işlemler veya işletmeler ile kamu otoriteleri arasındaki işlemler olarak tanımlamakta yasal süresinde yapılmayan ödemelere Avrupa Merkez Bankası tarafından uygulanan faiz oranlarının uygulanacağını öngörmektedir.

işlemler hukuki ve teknik yönleri ile farklı disiplinlerin alanlarında yer almaktadır. Bahsedilen birliktelik sağlanmadığı takdirde sonuç her zaman adil olamamaktadır.

Sözleşmelerde taraflar arasında çıkan ihtilafların giderilmesi ise bir diğer sorundur. Kamu idaresine karşı yargıya başvurmak gerek yargılama sürecinin uzunluğu gerekse taraflar arasındaki ilişkinin daha da gerginleşmesine yol açması nedeniyle genellikle tercih edilmemektedir. Bu bakımdan, sözleşme ihtilaflarının çözümü için mahkemelerin dışında alternatif yöntemlerin geliştirilmesinin gerekli olduğu açıktır. Sözleşme uygulamaları konusunda yönlendirici, ihtilafları giderecek bir kamusal otoritenin belirlenmesi, ihtilafların çözümüne hız kazandıracaktır.

İhtilafların çözümünde ana kural mahkemeler olmakla birlikte Türkiye’de ve dünyada *tahkim* sistemine başvurulmakta, bu yöntem tüm sözleşme ihtilaflarında taraflarca *-uluslararası kuruluşlar dâhil-* yaygın biçimde kullanılmaktadır. Nitekim Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmelerde yabancı yükleniciler için tahkim şartı öngörülmüş, yerli yükleniciler içinse yalnızca mahkemeye gidilebileceği belirtilmiştir. Bu farklılık giderilmeli ve sözleşme ihtilaflarının adil ve hızlı bir şekilde çözümünü içeren alternatifler geliştirilmelidir.¹²⁶

Kamu ile imzalanan yapım sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtilafların sebepleri arasında, çözüm yöntemlerinin kendisi ile ihtilaf sonrası ilişkiler yer almaktadır. Sözleşme yönetiminde tarafların hukuki ve teknik altyapılarının sağlamlığı işin kalitesini ve zamanında tamamlanmasını etkileyen ana faktörlerdendir. Sekizinci Kalkınma Planı’ndan bugüne sözleşme yönetimi ve yürütümündeki beşeri sermaye yetersizliği, taraflar arasındaki ilişkileri ve yapı kalitesini son derece olumsuz etkilemiştir. Dolayısıyla, sözleşme yönetim ve yürütümünde yer alan teknik ve idari personelin mesleki kapasitelerinin geliştirilmesi zaruri görülmektedir. Ayrıca sözleşme ihtilaflarının çözümünde klasik yargı sisteminin dışında alternatif yöntemlerin hayata geçirilmesi gerekmektedir.¹²⁷

İhtilafların çözümüne ilişkin YİĞŞ 51’inci madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, yüklenici ile idarenin yapı denetim görevlileri arasında meydana gelen ihtilafların, sözleşmede ve eklerinde belirtilen hükümler çerçevesinde idare

¹²⁶ DPT 9. Kalkınma Planı (2007-2013), **a.g.r.**, s.48-51.

¹²⁷ DPT 9. Kalkınma Planı (2007-2013), **a.g.r.**, s.111-112.

tarafından çözüme kavuşturulacağı açıktır. Bu mevzuat hükmü ile çözümün tek taraflı olarak idare tarafından sağlanması öngörülmüştür. Eğer idare bir çözüm öneremezse ve/veya yüklenicinin bu çözüme rızası olmazsa, yüklenici sözleşme ve eklerinden doğan haklarını takip edebilir. Hâlbuki çözüm, karşılıklı uzlaşya dayanırsa hem anlam bulur hem de kalıcı ve tatmin edici olur. Bu itibarla, kamu alım sözleşmelerinde tarafların eşitliği esası gözetilmesi gereğinden hareketle, idareye üstünlük tanınan alt mevzuat hükümlerinin de gözden geçirilmesinde isabet bulunmaktadır.

c. 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Düzenlemeleri

Türk hukukunda, adli ve idari ihtilafların taraflar arasında sulh yoluyla halline imkân tanıyan 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹²⁸ ile, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde belirtilen genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri¹²⁹ ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi amacıyla yönelik bir düzenleme bulunmaktadır.

Kararname'de sulhe ilişkin olarak adli ihtilaflar ve idari ihtilaflar ayrı maddelerde düzenlenmiştir. İdarelerin adli yargıda dava açmadan veya icra takibine başlamadan önce karşı tarafı sulhe davet etmesi esastır. İdareler, kendi aleyhlerine dava açılacağını veya icra takibine başlanılacağını öğrenmeleri durumunda da karşı tarafı sulhe davet edebilirler. Sulhe davet, ihtilafın tarafı olan gerçek veya tüzel kişilerce de yapılabilir. İlgili mevzuatında daha uzun bir süre öngörülmediği takdirde, sulhe davette karşı tarafa, ifa, itiraz veya sulh teklifinde bulunmak üzere otuz güne kadar süre verilir (m.9/1).¹³⁰ Sulh anlaşması, anlaşma tutanağında

¹²⁸ 26.09.2011 tarih ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmî Gazete.

¹²⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay da dâhildir.

¹³⁰ Aynı maddede yer alan diğer hükümler şöyledir; "(2) Gecikmesinde sakınca bulunan veya işin mahiyeti gereği süre verilmesinde fayda görülmeyen hallerde doğrudan dava ve icra yoluna başvurulabilir. (3) Dava konusu edilmiş veya icraya intikal etmiş uyuşmazlıklarda da taraflarca sulh teklifinde bulunulabilir. (4) 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü

belirtilen tutar kadar bir hakkın tanınması, menfaatin terki, bir şeyin verilmesi, yapılması ya da yapılmaması konusunda anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini kapsar. Sulhe konu işte birden çok ihtilaf bulunduğu takdirde asıl olan, ihtilafın tamamının çözümlenmesidir. Ancak kamu menfaati görüldüğünde kısmi sulh de mümkündür (m.10/1). Maddi ve hukuki nedenlerle kamu menfaati görülmesi hâlinde, 11'inci maddedeki yetkiler çerçevesinde asıl alacak ve fer'ilerinden kısmen ya da tamamen vazgeçilebilir (m.10/2). Sulh hâlinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (m.10/4).

*Adli uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli, uzlaşma ve vazgeçme yetkileri başlığı altında Kararnamenin 11'inci maddesi birinci fıkrası uyarınca; "İdarelerin; (a) Kendi aralarında ortaya çıkan her türlü hukuki uyuşmazlığın sulh yoluyla hallinde, dava açılmasında, bunlardan yargı veya icra mercilerine intikal etmiş olanların takiplerinden veya davalarda verilen kararlara karşı kanun yollarına gidilmesinden vazgeçilmesinde, sözleşmelerin değiştirilmesinde veya sona erdirilmesinde, (b) Gerçek veya tüzel kişilerle aralarındaki sözleşmelerde belirtilen sebeplerle yapılan her türlü sözleşme değişikliklerinin yapılmasında, bu hususlarla ilgili olarak çıkabilecek uyuşmazlıkların sözleşme hükümleri çerçevesinde sulh yoluyla hallinde, hukuk birimlerinin uyuşmazlığın bu şekilde sonlandırılmasında maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaati bulunduğu yönündeki görüşü üzerine, buna dair onay ve anlaşmaları imzalamaya bakanlıklarda bakan, diğer idarelerde üst yönetici yetkilidir. Bakan ya da üst yönetici bu yetkisini sınırlarını açıkça belirlemek suretiyle alt kademelere devredebilir."*¹³¹

Hakkında Kanun kapsamı dışında kalan tüm taksit tekliflerinin değerlendirilmesi de bu madde kapsamında yapılır. (5) Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır."

¹³¹ Kararnamenin 11'inci maddesinin devamı hükümleri şöyledir: "(2) Birinci fıkrada belirtilenler dışında, idarelerin, herhangi bir sözleşmeye dayanıp dayanmadığına, yargıya intikal edip etmediğine bakılmaksızın gerçek veya tüzel kişilerle aralarında çıkan her türlü hukuki uyuşmazlığın sulh yoluyla halline, her türlü dava açılmasından veya icra takibine başlanılmasından, bunlardan yargı veya icra mercilerine intikal etmiş olanların takiplerinden veya verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi dışındaki kanun yollarına gidilmesinden vazgeçmeye, davaları kabule, ceza uyuşmazlıklarında şikâyetten vazgeçmeye veya uzlaşmaya, davadan feragat etmeye, sözleşmede belirtilmeyen sebeplerle sözleşmelerin değiştirilmesinde veya sona erdirilmesinde maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaati görülmesi halinde, buna dair onay veya anlaşmaları imzalamaya, vazgeçilen veya tanınan ya da terkin edilen hak ve menfaatin değeri dikkate alınmak suretiyle; a) Tutara ilişkin olmayanlar ile 1.000.000 Türk Lirasına kadar olanlarda (1.000.000 Türk Lirası dâhil)

İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir (m.12/1).¹³²

hukuk biriminin görüşü alınarak, ilgili harcama yetkilisinin teklifi üzerine üst yönetici, b) 1.000.000 Türk Lirasından fazla olanlardan 10.000.000 Türk Lirasına kadar olanlarda (10.000.000 Türk Lirası dâhil), hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonunun görüşü alınarak, üst yöneticinin teklifi üzerine ilgili bakan, Milli Savunma Bakanlığında Müsteşarın teklifi üzerine Bakan, c) 10.000.000 Türk Lirasından fazla olanlarda, ilgili bakanlık hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonunun ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak, ilgili bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu, yetkilidir. Bakan ya da üst yönetici bu yetkisini sınırlarını açıkça belirlemek suretiyle alt kademelere, münhasıran taşra birimlerinin iş ve işlemleriyle ilgili olup illerde valilik, ilçelerde kaymakamlık onayına bağlanan iş ve işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluklarda vali ve kaymakamlara devredebilir. (3) Açılmasında ve takibinde Hazine veya idareye ait herhangi bir hak ve menfaat bulunmayan, yanlışlıkla açılan veya konusu kalmayan dava ve icra takipleri ile her türlü davada karar düzeltme yoluna başvurulmasından vazgeçmeye, davayı takip eden hukuk müşaviri veya avukatın gerekçeli teklifi üzerine hukuk birimi amiri yetkilidir. Hukuk birimi amiri bu yetkisini alt kademelere devredebilir. (4) 7 nci maddeye göre başka idare tarafından takip edilen davalar ile Maliye Bakanlığı tarafından takip edilen diğer idarelere ait dava ve icra işlemlerindeki vazgeçme, feragat ve kabul işlemleri ile yargıya intikal etmiş uyumsuzlukların sulhen çözümlenmesine ilişkin işlemler, dava veya icra dosyasını takip eden idarenin tabi olduğu usulde yapılır.”

¹³² İdari uyumsuzlukların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri başlıklı Kararnamenin 12'nci maddesinin diğer hükümleri şöyledir; “(2) Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılmaz. (3) Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır. (4) Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir. Bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonuna gönderilir. Hak ihlaline neden olan birden fazla idarenin varlığı halinde, ortak hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonu oluşturulabilir. (5) Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemde doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonu tarafından, bilirkişi incelemesi dâhil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapılır, olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler dinlenebilir. (6) Hukuki uyumsuzluk değerlendirme komisyonunun inceleme sonunda hazırlayacağı rapor 11'inci madde uyarınca karar vermeye yetkili mercilere sunulur. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi halinde başvuru sahibine, hazırlanan sulh tutanağının imzalanması için en az onbeş günlük süre verilir. Davet yazısında, belirtilen tarihte gelmesi veya yetkili temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulh tutanağını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının bulunduğu belirtilir. (7) Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan miktar idare bütçesinden ödenir. Vadeye bağlanmamış alacaklarda tutanağın imzalandığı tarihten itibaren iki aylık sürenin dolmasından, vadeye bağlanmış alacaklarda ise vadenin dolmasından önce tutanak icraya konulamaz. (8) Sulh tutanağının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hallerinde bir uyumsuzluk tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye verilir. (9) Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz. (10) Bu madde kapsamındaki idari uyumsuzlukların sulhen halli ile idari davaların

D. Kamu Alımlarında Sözleşmenin Uygulanması Aşamasında Görülen İhtilafların Çözümünde İhale Sürecinin Önemi ve Etkisi

Sözleşme hukukunun üç temel işlevi olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Sözleşmelerin hukuken bağlayıcılığının belirlenmesi, icra edilebilir sözleşmelerin getirdiği hak ve ödevlerin tanımlanması ve sözleşmeye aykırılık hâllerinin çözümlenmesi.¹³³ Bu çerçevede, sözleşmenin uygulanması aşamasında görülen ihtilafların çözümlenmesi, sözleşme hukuku içinde önemli bir yere sahiptir.

Sözleşmelerde sorun çıkmaması beklentisi, gerçek olmaktan uzak bir yaklaşımdır. Zira, sözleşmeler ne kadar dikkatli, özenli ve kapsamlı hazırlanırsa hazırlansın, katılımcılar arasında her türlü sorunun öngörülmesi ve sözleşmede önlem alınması kolay değildir. Öngörülemeyen sebeplerden ya da sözleşme hükümlerinin algılanmasındaki farklılıklardan ötürü katılımcılar arasında çatışmalar yaşanabilmektedir. Çatışmalar, görmezden gelindikleri ya da iyi yönetilmedikleri durumlarda ihtilafa/uyuşmazlıklara dönüşür ve uygulama üzerinde olumsuz etkilere yol açar.¹³⁴ Ayrıca, sözleşmenin uygulanması aşamasında görülen ihtilaflar, kamu alımı ile hedeflenen sonuca ulaşılmasına engel olacağı gibi kaynak ve zaman kaybına da neden olmaktadır.

Bugünün Avrupasında kamu sözleşme hukuku, esas olarak kısmen kodifiye edilmiş ulusal hukuk (German Bürgerliches Gesetzbuch-BGB, French Code Civil, ve diğerleri) ve kısmen içtihat hukukudur. Dolayısıyla, kamu sözleşmelerinin uygulanması aşamasında görülen ihtilafları çözmeye yönelik bir AB düzenlemesi yoktur. Bu alan üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Kamu sözleşmelerindeki ihtilaflara ilişkin olarak AB hukuk düzeni, ABD federal hukuk yapısı ile kıyaslandığında farklılık hemen göze çarpmaktadır. ABD federal düzenlemesinde

açılmasından, takibinden, davayı kabul ve feragatten, kanun yollarına başvurulmasından vazgeçilmesi, 11'inci maddede belirtilen esaslara ve tutarlara göre belirlenir."

¹³³ Işıқтаç, **a.g.e.**, s.306.

¹³⁴ Gökçe Deniz Gül ve Emrah Acar, "Yüklenici İnşaat Firmaları Tarafından Başvurulan Çatışma Çözüm Yaklaşımları ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", **1. Proje ve Yapım Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı**, ODTÜ Kültür ve Kongre Merkezi, Ankara, 29 Eylül – 1 Ekim 2010, s.826.

“Sözleşme İhtilafları” United States Code (USC) 41 numaralı *Kamu Sözleşmeleri* başlığı, 9’uncu bölümde özellikle ele alınmış ve müstakil olarak düzenlenmiştir.¹³⁵

Kamu işleri, düzenli olarak, hizmetin varlığının devamlılığını sağlamakla ilgili riski karşılamak için hizmet sağlayıcıya gereksinim duymaktadır. Bundan dolayı, sözleşme işlemlerine bağlı risk, çoğunlukla özel kişiye yüklenmektedir. Diğer taraftan, hizmet sözleşmesi süresinin (muhtemelen 15-25 yıl) tamamı boyunca hizmet sağlayıcıya karşı kamu kurumunun çıkarlarını korumak da çok önemlidir. Aynı zamanda devlet, sözleşmenin yüksek kalitede yerine getirilmesi ve hizmetin alınmasını amaçlamaktadır. Eksik hizmet sunumu durumunda da daha az ödemenin yapılması gerektiği, genellikle idari bir tedbir olarak gündeme gelmektedir. Sözleşmenin yürütülmesinin yüklenici/tedarikçi ile bazı ihtilaflara yol açtığı da bilinmektedir ki, bunun anlamı; teslimde gecikme ya da sorunların çözümünün çok uzun sürmesidir. Her iki tarafın bir dizi çıkarlarının çatıştığı bu durumlarda da yüklenici/tedarikçi ile ilişkileri geliştirmenin ve iletişimi korumanın, ihtilafların çözülmesinde ve ihtilafların giderilmesinde hayati önemi vardır.¹³⁶

Kamu alım sözleşmelerinin ifa edilmesinde, ihale sürecinde yapılan işlemlerin iyi planlanmış ve hazırlanmış olması, sözleşmenin tarafı olan idarelere büyük avantaj ve kolaylık sağlamaktadır. Özellikle sözleşme hükümleri arasında çelişki bulunmaması ve ihale dokümanlarını oluşturan belgelerin iyi organize edilmesi ifanın kuvvetini artıran bir unsurdur. Kamu alım sözleşmelerinde ifanın kuvveti, kamu yararına hizmet etmenin yanında, yapılan işin verimliliği ve düzgünlüğünü sağlayan bir etkidir.¹³⁷

1. Yapım Sözleşmeleri Üzerinden Konunun İncelenmesi

Türkiye ve dünyada inşaat işleri; kapsamaları ve boyutları oldukça geniş, hukuki ve iktisadi etkileri ve mali sonuçları büyük, problemleri hayli fazla konulardandır.¹³⁸ İnşaat sözleşmesinden doğan ihtilaflar ve inşaat bedeli ile ilgili

¹³⁵ Krüger, **a.g.m.**, s.650.

¹³⁶ Csáki, Gelléri, **a.g.m.**, s.684.

¹³⁷ Demirboğa, **a.g.e.**, s.95.

¹³⁸ *Kirat ve Vidal* tarafından ortak yapılan çalışmada yer verilen istatistiğe göre, Fransa’da kamu alımlarındaki ihtilafların % 60,8’i yapım işlerinde görülmektedir. *Kiratand-Vidal*, **a.g.m.**, s.159.

ulusal ve uluslararası bütün konular, maddi hukuk, usul hukuku ve tahkim hukuku açısından incelenmekte ve değerlendirilmektedir.¹³⁹

Dünyada ve Türkiye’de yatırımların en az yarısı inşaatır.¹⁴⁰ Doğal olarak yatırım denildiğinde yapım işleri de yatırımın içinde düşünülmelidir. Bir fabrika kurulurken önce fabrikanın binası yapılır, dolayısıyla her sanayi oluşumunun bir parçası yapım işleridir.¹⁴¹ Devletler kaynaklarının kullanımı ile gerçekleştirilen ihalelerde, en büyük dilimi yapım işleri oluşturmaktadır.¹⁴² Bundan dolayı, Türkiye’de ve AB’de ihaleler için tespit edilen eşik değerler yapım işleri için mal ve hizmet alımlarına oranla çok daha yüksektir. Bu sebepten konu incelenirken yapım işlerinde görülen ihtilafların değerlendirilmesi ayrıca uygun görülmüştür.

AB’de inşaat, bir trilyon Euro tutarında cirosu olan büyük bir sektör konumundadır. Avrupa GSYİH’sının % 10’undan fazlasını oluşturmakta ve 12 milyon kadar kişiye iş imkânı sunmaktadır. Avrupa vatandaşları için önem taşıyan sürdürülebilir gelişmenin başarılmasında *inşaat* dolayısıyla yapım işleri, merkezi konuma sahip bir sektör olarak kabul edilmektedir.¹⁴³

¹³⁹ İnşaat sözleşmeleri; ister iç hukukun usûl ve maddi hukuk kurallarına, ister tahkim kaydı nedeniyle yabancı hukukun usûl ve maddi hukukuna tabi olsun, sözleşmenin taraflarını yapı sahibi ile inşaatı üstlenen müteahhit ve yan müteahhit ve alt müteahhitler oluşturmaktadır. Sözleşmenin yapı sahibi tarafında gerçek kişi veya özel hukuk veyahut kamu hukuku tüzel kişisi olabilir. Sözleşmenin müteahhit tarafını ise, müşterek iş ortaklığı/joint venture, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi oluşturabilir. Kaplan, **a.g.e.**, s.11.

¹⁴⁰ Günümüzde inşaat sektörünün dünyadaki toplam büyüklüğünün 3,5 trilyon dolar civarında olduğu, dünya sınaî istihdamının yaklaşık % 30’unu inşaat sektörünün karşıladığı tahmin edilmektedir. İnşaat sektörünün GSMH içindeki doğrudan payı ortalama % 6 iken, doğrudan ve dolaylı olarak etkilediği sektörlerle beraber dikkate alındığında bu oran % 30'lara kadar çıkmaktadır. Yakup Aydın, “FIDIC Sözleşmeleri”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.230.

¹⁴¹ M. Rifat Hisarcıklıoğlu, “Türkiye’deki Yatırımların En Az Yarısı İnşaatır”, **ANİMDER**, S.1, Ağustos 2006, s.25.

¹⁴² 2013 yılı Kamu İhale Kurumu resmî istatistik verilerine göre 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan 89.237.530.000 TL kamu alımının 53.082.361.000 TL’lik kısmı yapım işlerinde gerçekleştirilmiştir. % 60 gibi yüksek bir oranla yapım işleri önemli bir paya sahiptir. Bu rakamlara yap-işlet devret modeli ile gerçekleştirilen, ikili protokoller neticesinde yapılan baraj, otoyol, raylı sistem, alt yapı çalışmaları gibi yüksek maliyetli işleri dâhil ettiğimizde Türkiye’de yapım işlerinin kamu sektörü açısından ne kadar önemli bir yer tuttuğu vurgusu daha belirgin bir hal almaktadır. Kamu İhale Kurumu, **Kamu Alımları İzleme Raporu 2013**, s.1. (Çevrimiçi) http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2013_y%C4%B1lsonu_kamu_alimlari_istatistik_raporu.pdf, 20 Mart 2014.

¹⁴³ DPT 9. Kalkınma Planı (2007-2013), **İnşaat, Mühendislik-Mimarlık, Teknik Müşavirlik ve Müteahhithlik Hizmetleri**, Özel İhtisas Komisyonu Nihai Raporu (Nisan 2006), s.8. (Çevrimiçi) http://plan9.dpt.gov.tr/oik56_insaat/56insaata.pdf, 05 Kasım 2013.

Diğer taraftan inşaat, sadece çevrenin inşa edilmesini değil, bakım, onarım ve işletilmesine katkıda bulunan faaliyetlerin tümünü içerecek şekilde değerlendirilmektedir. İnşaat üretimi artık sadece yapının üretimi olarak algılanmamakta; çevreyle dost, sosyal sorumluluk taşıyan, sosyal yaşama, toplumsal yapıya doğrudan etki eden, saydam ve sürdürülebilir üretim anlamına gelmektedir. Toplumsal, sosyal ve ekonomik hedeflere, doğru şehir ve inşaat planlamaları ile ulaşılabileceği açıkça görülmüştür. Sektör sadece somut olarak yapıyı inşa etmekle kalmamakta, inşa ettiği yapılarla ekonomik ve sosyal çevre üzerinde itici ve belirleyici bir güç yaratmaktadır. İnşaat sektörünün göz ardı edilen sosyal katma değerini de esasen bu dolaylı ama etkin gücü oluşturmaktadır.¹⁴⁴

Devlet bütçesinde iktisadi ve mali yönden bu derece önemli bir yer teşkil eden inşaat sektörü kamu otoritesi tarafından dikkate alınmış ve gerek kamu alımlarına konu yapım işlerinde gerekse özel sektör inşaat yatırımlarında belirli standartlar belirlenmiştir. Özellikle kamu yapım işlerinde devlet çapında tüm kamu kurumları arasında yeknesaklığı sağlamak amacıyla tip şartnameler ve sözleşmeler hazırlanmıştır. Diğer taraftan, farklı devletlere mensup kredi kuruluşları, müteahhitler, işverenler ve müşavir firmaların katılımıyla birden fazla hukuk sistemiyle bağlantılı hâle gelen inşaat projelerinin taraflar arası ihtilaflara sebebiyet verme riski, uluslararası düzeyde inşaat projelerinin istenilen sürede ve kalitede bitmesi için taraflar arasında iyi hazırlanmış bir sözleşme ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Zira, yüklenicinin kâr marjını maksimize etmek adına işin kalitesini eksiltme çabasından doğan kusurlu imalatların bulunması, işin işverenin isteklerine uygun yapılmaması, işveren tarafından projenin kontrol ve denetiminde zafiyet gösterilmesi türünden devam eden sorunlar silsilesi sözleşmenin uygulanması sırasında görülmekte ve sözleşmenin feshine sebep olmaktadır.¹⁴⁵

Kamu alımlarında sözleşmenin uygulanması aşamasında görülen en sorunlu noktalar; sözleşmenin açık olmaması ve ödenek yokluğunun yaşanmasıdır. Ayrıca, kamu alım ihalelerinde tip sözleşme kullanılması ve sözleşme maddelerinin tartışılmaması, sorunlu konulara inşaatçı gözüyle bakabilecek uzman hukukçu

¹⁴⁴ DPT 9. Kalkınma Planı (2007-2013), **a.g.r.**, s.16.

¹⁴⁵ Aydın, **a.g.m.**, s.231.

eksikliği, kullanılan şartnamelerin işvereni kayırmacı niteliği ve idareler üzerine getirilmiş yaptırımların olmayışı, yüklenicilerin sıkıntı çektiği diğer konulardır. Uygulama sürecinde yüklenicilerin en çok yakındığı bir diğer husus ise, projelerin tamamlanmadan ihaleye çıkılmasıdır.¹⁴⁶

Sözleşmenin uygulanması aşamasında idare ile yüklenici arasında görülen hukuki sorunların çözümünde, yüklenici firmaların (holding türü ortaklıklar) büyüklük ve kurumsal özellikleri belirleyici bir rol oynamaktadır. Firma büyüdükçe sürekli çalışan hukuk departmanlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bünyesinde bir hukuk bürosu bulunduran firmalar ise, sözleşme imzalanmadan önce de hukukçularına danışabilmekte ve ayrıca sözleşme yönetimi sürecinde yaşanan ihtilaflarda hak arama konusunda çekingen/geri durmamaktadır. Nispeten küçük ölçekte yüklenici firmalar (Anonim ortaklıklar), ya kendi hukuk birimine sahiptir ya da sorun çıktığında konunun uzmanı avukatlardan hukuki destek almayı tercih etmektedir. Daha küçük firmalar (Limited ortaklıklar), daha çok dışarıdan hukuki danışmanlık hizmeti alarak ihtilaflara çözüm aramanın peşindedir. Burada firmaların yaşı, deneyimi ve iş birliği ile de yakından bir ilişki kurulabilir.

İhaleye çıkan idarenin hazırlamış olduğu şartname hükümlerinin genel itibariyle idare lehinde olması, ayrıca işi yaptıran ve denetleyen tarafın aynı olması, tarafsız bir kontrol biriminin olmayışı yüklenici firmalar tarafından dile getirilen eleştiri konularıdır. İdareyle girdiği sözleşme ilişkisinde, yüklenici sözleşme hükümlerini olduğu gibi kabul etmekte ve sözleşmeye şerh de düşmemektedir. Örneğin, Türk alım hukukunda idare, yapım işlerine dair akdedilen sözleşmede, işin zamanında bitmemesi durumunda gecikilen her gün için sözleşme bedeli üzerinden % 0,03 - % 0,06 (Onbinde Üç - Onbinde Altı) aralığında ceza oranını belirleme keyfiyetine sahiptir. İdarenin belirlemiş olduğu ceza oranını yüklenici pazarlık ve/veya tartışma konusu edememektedir. İdarenin belirlediği oran ve süreler üzerinden sözleşme kurulmaktadır. Yüklenici ya tümüyle sözleşmeyi kabul edecek

¹⁴⁶ Bu hükümlere, Türkiye Mühendisler Birliği üyesi 97 firmadan 65'inin katıldığı bir anket çalışmasının sonuçları dikkate alınarak varılmıştır. Türk inşaat endüstrisindeki hukuki anlaşmazlıkların bir profilinin çıkarılmasını amaçlayan söz konusu anket çalışması, Birgönül ve Günay tarafından gerçekleştirilmiştir. M. Talat Birgönül, Göksu Günay, "Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Nitelikleri", (Çevrimiçi) <http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/13121.pdf>, 25 Eylül 2012.

ya da reddederek sözleşmeyi imzalamadığı için geçici teminatından olacak ve aynı zamanda ihalelere katılmaktan yasaklama cezası alacaktır. Yüklenici firmaların kamu alımlarında, aslında tek taraflı bir sözleşme ilişkisine girdiği ortadadır. Sözleşmenin *kamu* olma karakteristiği, kamu alımlarında ağırlığını açıkça hissettirmektedir.

Yüklenici tarafından bakıldığında, kamu alımları sözleşme uygulama aşamasında görülen ihtilafların ihale konusu işin sonucuna en önemli etkisi, firma imajının zarar görmesi ve yıllarca süren davaların sonucunda hâkim tazminata hükmetse de mali anlamda bir kazanım sağlanamamaktadır. Bu menfi algı, firmaları ihtilafların çözümünde, yargı yolundan uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında, dostane bir çözüm bulunması ya da bağlayıcı olmayan alternatif çözüm kanallarının kullanılması yargı tercihinden daha yaygındır.

Birgönül ve Günay'ın 65 Türk inşaat firması üzerinde yapmış olduğu anket çalışmasında hukuki ihtilaflarda çözüm biçimleri şu şekilde çıkmıştır.

Tablo 6.8: Türk İnşaat Sektöründeki İhtilafların Çözüm Biçimleri

Çözüm Biçimi		Yanıt Sayısı
Anlaşma	Haktan feragat	5
	Kısmi kabul	32
	Karşılıklı masrafların karşılanması	26
Yargı	Mahkeme	5
	Hakem heyeti (Tahkim)	33

Kaynak: M. Talat Birgönül, Göksu Günay, “Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Nitelikleri”, (Çevrimiçi) <http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/13121.pdf>, 3 Ekim 2014.

Görüldüğü üzere firmaların en çok kaçındığı çözüm seçenekleri; haktan feragat ve mahkemeye gitmedir. İhtilafların çözümünde tahkim seçeneği ve kısmi kabul farkedilir derecede öne çıkmaktadır. Yükleniciler genelde yargı yoluna gitmeyi yeğlememektedir. Diğer taraftan idareler, ihtilafların yargıya intikal etmesini kendilerine karşı bir meydan okuma olarak değerlendirmekte ve gereğinden fazla alınganlık/hazımsızlık göstermektedir. Firmaların mahkemeye gitmekten imtina etmelerinin muhtelif sebeplerini sıralamak mümkündür: Yargılama sürecinin çok uzun sürmesinden dolayı maddi/manevi kayıplara yol açması, idareyle sürtüşmeye girip işin sürüncemede bırakılmak istenmemesi, idarenin daha sonraki işlerde tavrı koymasından duyulan çekince, idareyi mahkemeye veren yüklenicinin yeni ihalelerde kısıtlanması, yargı yoluna gidildiğine dair sektörde çıkan olumsuz söylenti

ve itibar kaybı, şartname ve sözleşmenin idare lehine olması ve hükümlerin genelde yükleniciyi bağlaması, yargının tarafsızlığı ve bilirkişi kurullarının yeterliliği konusunda duyulan endişe.¹⁴⁷

İhaleyi genellikle en düşük teklifin kazanması, ihale sistemiyle ilgili olarak kamu alım piyasasında faaliyet gösteren firmaları en çok rahatsız eden konudur. Bu durum hem kalite düşüklüğüne, hem de haksız rekabete yol açmaktadır. Deneyim ve finans ölçütleri nev'inden kriterler fiyat kriteri gibi teklifte öne çıkarılmalı ve yüklenici seçiminde öncelikle ele alınmalıdır. İhale, en düşük teklif kriterine göre değil, en iyi biçimde yapma potansiyeline sahip firmaya verilmelidir. Genellikle idareler, en düşük fiyat kriterini tercih ederek ihaleye çıkmaktadır. Bunun da sebebi, mali yönden denetçilere hesap vermenin daha kolay olacağı algısıdır. Batılı örneklerde olduğu gibi firma deneyiminin öncelikle ele alınması gerektiği firmalar tarafından sıklıkla dile getirilmektedir. 4734 sayılı Kanun'da iş deneyimi etraflıca düzenlenmiş olsa da, idarelerin en düşük fiyat kriteriyle ihaleye çıkararak sadece fiyatı esas almaları, iş deneyimini değil fiyatı önemli kılmaktadır. Bu durumun olumsuz sonuçlarıyla da, idarenin denetim ve kontrol birimlerinde görevli personeli yüzleşmektedir. İhale süreci sonunda en düşük fiyat teklifini veren ve hatta ihaleyi alabilmek için kârından da feragat eden firma, yüklenici sıfatıyla idarenin muhatabı olmakta ve sözleşmenin uygulanması aşamasında işin kalitesi, zamanında teslimi gibi hususlarda ihtilaflara sebebiyet vermektedir.

Yüklenicilerin uygulama sürecinde en çok şikâyet ettiği konu, projelerin tamamlanmadan eksik şartname ile ihaleye çıkılmasıdır. Uygulama projeleri; gerekli teknik donanım, gerçekçi keşifler ve yeterli bütçe imkânları sağlanmadan idare ihaleye çıkmamalıdır. Örneğin, uygulama projesi ve mahal listesinde olmamasına rağmen metrajlarda veya porsantaj cetvelinde yer alan bir imalatın yüklenici tarafından gerçekleştirip gerçekleştirilmeyeceği uygulamada sıklıkla ihtilafa konu olmaktadır. Yüklenici, ihale sürecinde teklifini hazırlarken ihale dokümanı kapsamında metrajları göremediğinden, diğer taraftan porsantaj cetvelleri ödemeye

¹⁴⁷ Birgönül, Günay, **a.g.m.**, s.57.

ilişkin olduğundan imalata esas alınamaz ve bu durumda yüklenicinin imalatı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁴⁸

Ödemelerdeki gecikme ve proje değişiklikleri yüklenici ile idare arasında önemli bir sorun alanıdır. Kamu kurum ve kuruluşları, ihaleye konu ihtiyaçların önem sırasını belirlemeden ihaleye çıktığı ve ödenek olanaklarını yeterince iyi kontrol etmediği takdirde ödemelerde ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Türkiye'deki yükleniciler, kamu ile yaptıkları sözleşmelerde, ödenek yetersizliği, ödemelerde yaşanan aşırı gecikmeler, fizibilitesi ve ödeneği olmadan ihale edilen plansız projeler, sözleşme şartlarına tek taraflı uyulmaması dolayısıyla yüklenicinin hak kaybı yaşaması gibi sorunlarla karşı karşıyadır. Çeşitli siyasi nedenler, idari baskılar ve mahalli idare talepleriyle, fizibilitesine bakılmadan sınırlı ödeneklerle ihaleler yapılmaktadır. Diğer taraftan, 2 ila 3 yıl içinde bitirilmek üzere sözleşmesi taraflarca imzalanan yıllara sâri işlerde, işin normal süreler içinde ödenek yetersizliği nedeniyle bitirilemediği bilinmektedir. İşin uzaması sebebiyle, yıllara yayılan işlerin hak edişinden kesilen stopaj, peşin vergi verme durumu ile karşı karşıya kalınmakta ve işin bitiminde Maliye Bakanlığı ile yüklenici arasında çözümü zorlaşan ihtilaflar çıkmaktadır.¹⁴⁹ Yaşanılan bu sorunlar, günümüzde de varlığını korumaktadır.

Şartnameler, inşaat sözleşmelerinin uygulanmasında yol gösterecek, işin en az sorunla istenilen şekilde bitmesini sağlayacak ve tarafların menfaatlerini koruma altına alacak hukuki ve idari kurallar dizinidir. HMK'nin 193'üncü maddesi gereği kamu alım ihalelerindeki şartname hükümleri delil sözleşmesi olarak dikkate alınmak zorundadır. Türkiye'de uzun süre uygulanan 2886 sayılı Kanun ve bu kanunun eki olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ile işvereni devlet olan ihalelerde inşaat sözleşmesinin çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. 2003 yılından itibaren uygulanan 4734 sayılı KİK ve eki olan YİĞŞ ise aynı misyonu devam ettirmektedir. Özellikle uluslararası dış finansmanla yaptırılan projelerde, projeye teklif verecek olan istekliler; şartnamelerin ve sözleşme taslaklarının devleti koruyan ve müteahhidin haklarını biraz devletin insafına bırakan ihaleler olduğu gerekçesiyle teklif vermekten kaçınmakta ve ihale şartlarının ve sözleşmenin iki eşit taraf arasında

¹⁴⁸ Demirboğa, a.g.e., s.104.

¹⁴⁹ Hisarcıklıoğlu, a.g.r., s.25.

oluşmadığını düşünmektedir. Sözleşmenin uygulanmasına yön verecek olan şartnamelerin temel yapısında, tarafları eşit ve adil olarak koruyan hükümler olması gerekirken, *kamu yararını koruma* görevi daha baskın bir biçimde öne çıkmaktadır. Kamu alım ihalelerinde esas alınan kanun ve şartnameler, TBK'deki genel hükümlere göre öncelikli olduğundan taraflar arasında eşitlik uygulamada sağlanamamaktadır.¹⁵⁰

2. Türkiye Uygulamasında Kamu Alım Sözleşmelerinin Uygulanması Aşamasında Görülen İhtilaflarda İhale Sürecinin Etkisine Dair Değerlendirme

Aşırı düşük teklif sorgulamasının gereği gibi yapılmaması, işin sözleşme kurallarına uygun olmaması yanında kalitesiz üretim riskini ve sözleşmenin yüklenici açısından gerçekleştirilememesi ihtimalini artıran bir unsurdur.¹⁵¹ Aşırı düşük teklife ilişkin Türk alım hukukundaki son değişiklikler¹⁵² ile yaklaşık maliyeti KİK'in 8'inci maddesinde öngörülen eşik değerinin yarısına kadar olan ihaleler için idarenin aşırı düşük teklif sorgulaması yapması zorunluluğu kısmen kaldırılmıştır. Bu durumda, idarenin seçeneklerinden biri, aşırı düşük teklif sınır değerinin altındaki tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması ve sorgulamaya gidilmemesidir. Diğer seçenek, aşırı düşük teklif sınır değerinin hesaplaması yapılmadan geçerli en düşük teklife ihale sonucunun bağlanmasıdır.¹⁵³ Bu ikinci durum, idare ve yükleniciler için uygulama aşamasında birtakım sıkıntılara sebep olabilecek niteliktedir. Zira, idare ile sözleşme

¹⁵⁰ Aydın, **a.g.m.**, s.234-235.

¹⁵¹ Yaşar Gök, "Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Bağlamında Fiyat Rekabeti ve Aşırı Düşük Teklifler", **İNTEŞ İnşaat Sanayi Dergisi**, Ocak Şubat 2005, Sayı 87, s.18.

¹⁵² Yönetmelik değişiklikler şöyledir: Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik. Tebliğ değişiklikleri ise şöyledir: Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ; İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ; Elektronik Kamu Alımları Platformunun Kullanılmasına İlişkin 1 Nolu Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ. 07.6.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵³ Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 25'inci maddesi ile Aynı Yönetmeliğin 60'inci maddesinde düzenleme getiren değişiklik. 07.6.2014 tarih ve 29023 sayılı Resmî Gazete.

imzalayan yüklenicinin, ihale aşamasında ihaleyi almak için çok zaman hesapsız ve kontrolsüz bir şekilde hareket ettiği/edeceği düşünüldüğünde piyasa gerçeklerinin dışına çıkarak, uygulanması zor bir sözleşme bedeli üzerinden işin yürütülme sorunu ile idarenin karşılaşacağı açıktır. Bu nedenle, aşırı düşük bir teklifle sözleşmesi imzalanan alımın, uygulama aşamasında paragraf başında ifade edilen kaygı ve risklerin doğmaması imkânsızdır. Bununla birlikte, sözleşme fesihleri, iş bırakmaları, firma iflasları, zaman kayıplarının ve maddi sorunların yaşanması, ihalenin yeniden yapılmasından kaynaklı yatırımda ve kamu hizmetinde gecikme ve aksamaların görülmesi nev'inden risklerin oluşma ihtimali yüksektir.¹⁵⁴

İdarelerin ihtiyaçlarını tedarik ederken ve yatırımlarını gerçekleştirirken kullandıkları ihale yönteminde, alım mevzuatı ihalenin karara bağlanması konusunda idarenin önüne iki seçenek koymaktadır. Bu itibarla, idarenin ihale yoluyla aradığı ekonomik açıdan en avantajlı teklif; sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir.¹⁵⁵ Uygulamada idarelerin

¹⁵⁴ 29 Mart 2012 tarih ve C-599/10 sayılı SAG ELV Slovensko ve Diğerleri davasında ABAD, isteklinin teklifinin neden aşırı düşük olduğuna dair açıklama istemekle idareyi yükümlü tutmuştur. ABAD'in bu kararı, 2004/18/EC sayılı Direktifin aşırı düşük tekliflerle ilgili 55'inci maddesinde (2014/24/EU sayılı Direktif m.69) yer alan hükümlere dayanmaktadır. Aynı zamanda, yeni Direktifin aşırı düşük tekliflerle ilgili 69'uncu maddesine göre de, idareler, aşırı düşük olduğunu düşündükleri tekliflerle ilgili isteklilerden açıklama istemek zorundadır. Bu hüküm, C-599/10 sayılı SAG ELV Slovensko ve Diğerleri davasında ABAD'in aldığı kararı yansıtmaktadır. Aynı kararda ABAD, net olmayan unsurlar içeren veya şartnamedeki koşullara uymayan teklifler hakkında da bir hüküm tesis etmiştir. ABAD'a göre, bir idare, net olmayan unsurlar içerdiğini veya şartnamedeki teknik koşullara uymadığını düşündüğü tekliflerle ilgili açıklama istemekle yükümlü değildir. Ayrıca, bu gerekçelerle bir teklifi reddedebilir.

¹⁵⁵ Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir. KİK m. 40. 2014/24/EU sayılı AB Klasik Alımlar Direktifi'nin 67 ila 69'uncu maddeleri ihalenin karara bağlanmasına yönelik hükümlere yer vermektedir. İhalenin karara bağlanmasında kullanılan kriterler: 67'nci madde uyarınca, idareler ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklife vermek zorundadır. Yeterlik kriterlerinin kullanımı özellikle vurgulanmıştır. Madde 67(2): *“İdare'ye göre ekonomik açıdan en avantajlı teklif, 68'inci maddede belirtilen yaşam döngüsü maliyetlendirmesi gibi maliyet etkinliğe dayalı bir yaklaşım benimsenerek, fiyat veya maliyet temelli belirlenir ve ilgili ihalenin konusuyla bağlantılı olmak üzere, yeterliğe dayalı, çevreci ve/veya sosyal unsurlara dayanılarak değerlendirilecek en iyi fiyat-kalite oranını veren teklif olabilir. Bu kriterler aşağıdakileri kapsayabilir:*

(a) kalite ve bu bağlamda teknik liyakat, estetik ve işlevsel özellikler, erişilebilirlik, tüm kullanıcılara hitap eden tasarım, sosyal, çevreci ve yenilikçi özellikler ve ticaretinin yapılabilirliği ve koşulları; (b) personel kalitesinin sözleşmenin ifasında önemli etkiye sahip olduğu durumlarda, sözleşmenin gerçekleştirilmesi için görevlendirilen personelin organizasyonu, yetkinliği ve deneyimi; veya (c) satış sonrası hizmetler ve teknik destek, teslimat ilişkin teslim tarihi, teslim süreci, teslim dönemi ve işi tamamlama dönemi gibi koşullar. Maliyet unsuru, sabit fiyat veya maliyet olarak belirlenebilir. Bu

sadece fiyat esasından hareketle ihalelerini yaptığı ve diğer seçeneği kullanmaktan kaçındığı görülmektedir. Fiyat dışı unsurların kullanılması seçeneğinde, idarelerin gösterdiği çekincenin temelinde mali denetime hesap verme kaygısı, işlem karmaşıklığı gibi nedenler vardır.¹⁵⁶ İdarelere seçim imkânı tanındığında, sade, kolay ve en az riskli olanı seçme yönünde refleks gösterir. Ayrıca, alım mevzuatı sıkı şekil şartlarına tabi olduğu için idareler, olası tereddütleri dar yorumlama eğilimindedir. Bu nedenle, idarelerin kaygılarını giderecek somut düzenlemelerin kamu alım mevzuatında yapılması ve optimum fiyatla sözleşmelerin imzalanması, sözleşmelerin uygulanmasında olası sorunları asgariye düşürecektir.

İhaleye katılabilecek isteklilerin yeterliliklerinin son derece doğru tespit edilmesi gerekmektedir. İşin yapılabilirliği için en doğru yeterlik kriterlerinin belirlenerek katılabilecek isteklilerin bu çerçevede belirlenmesi teklif verecek istekli profili arasında bir uyumu sağlayacak, sonucunda da teklifler arasında ki uçurum başlangıçta bir ölçüde giderilmiş olacaktır.¹⁵⁷ Mesela uygulamada, iş deneyim belgeleri üzerindeki tutarın teklif bedelini karşılaması dışında bir önemi yoktur. İhaleye katılan firmaların iş deneyimlerinin, idarenin belirlediği oran üzerinden tekliflerini karşılayıp karşılamadığı belge kontrolünde önem arz ederken, ayrıca eşit teklif olması hâlinde iş deneyim tutarı yüksek olanın seçilmesinde dikkate alınır. Bu hususların dışında iş deneyim belgelerinin ihale kararı ile doğru kişiye verilmesinde çok belirleyici bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Hâlbuki, uygulamaya yönelik iş deneyimleri konusunda idarelerin başkaca etkin kriterlere ihtiyacı vardır. Bu noktada

durumda istekliler kalite kriterleri üzerinden rekabet edecektir. Üye devletler, idarelerin ihaleleri karara bağlarken sadece fiyata dayalı veya sadece maliyete dayalı kriterler kullanmalarına dair dayatma yapmayabilir veya bu kriterlerin kullanımını belli idarelerle ya da belli ihale türleriyle sınırlandırabilir.” Direktifin 67’nci maddesinde, belli durumlarda personelin organizasyonu, yetkinliği ve deneyiminin değerlendirilmesine izin veren bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm, personel kalitesinin sözleşmenin ifasında büyük etkiye sahip olduğu ihaleler için önem arz eder. SİGMA, **a.g.e.**, s.101-102.

¹⁵⁶ Fiyat dışı unsurlara ilişkin olarak Kamu İhale Kurulu kararları incelendiğinde şu hususlar öne çıkmaktadır: Belirlenen fiyat dışı unsurlar rekabeti kısıtlayıcı olmamalıdır, 21.01.2013 tarih ve 2013/UM.I-391 numaralı karar; Fiyat dışı unsurların ölçülebilir olması gerektiği, 19.01.2009 tarih ve 2009/UH.III-285 numaralı karar; İdarece fiyat dışı unsur olarak iş deneyim belgelerinin toplamı, çalıştırılan personel sayısı gibi belirlenen kriterlerin yeterlik kriteri niteliğinde olduğu, bu haliyle yeterlik kriterlerinin aynı zamanda fiyat dışı unsur olarak belirlenemeyeceği, 03.10.2011 tarih ve 2011/UH.I-3321 numaralı karar; İhale dokümanında fiyat dışı unsurlar dikkate alınarak ihalenin sonuçlandırılacağı belirtilmesine rağmen ihalede, fiyat dışı unsurlar dikkate alınmaksızın ihalenin en düşük fiyat esasına göre sonuçlandırılmasının mevzuata aykırı olduğu, 14.06.2010 tarih ve 2010/UH.I-703 numaralı karar.

¹⁵⁷ DPT 9. Kalkınma Planı (2007-2013), **a.g.r.**, s.48.

şöyle bir öneri getirmek mümkündür. İş değerlendirmeleri konusunda idare, yüklenicileri objektif ve keyfiyetten uzak ölçütler çerçevesinde yapılan her sözleşme konusu iş üzerinden puanlaması ve bu puanlar üzerinden oluşan genel iş değerlendirme puanının ihalede fiyat unsuru ile birlikte dikkate alınması sonucunda en doğru fiyat ve kişinin seçiminde olumlu bir katkı sağlayacaktır. Öneriyi biraz daha açarsak, piyasada kamu işlerine talip firmaların bir nev'i karnesinin EKAP üzerinden oluşması¹⁵⁸ ve bu oluşan firma puanının idarelerce dikkate alınması yasal çerçevede sağlanırsa, örneğin % 70 fiyat unsurunun % 30 firma puanının hesaplandığı bir değerlendirme yapılması,¹⁵⁹ firmaların idareyle imzaladığı sözleşmelerin uygulanmasında gösterdiği performanslarının da ihale aşamasında ihale kararına etkili bir katkı sunacaktır. Bir başka anlatımla, idareler alımlarını gerçekleştirirken aynı zamanda yüklenicileri birtakım kriterler üzerinden olumlu ya da olumsuz değerlendirme imkânına sahip olacak¹⁶⁰ ve bu sayede yüklenicilerin sözleşme

¹⁵⁸ Burada öngörülen, her idare tarafından sözleşmesini yaptığı işe ilişkin olarak yüklenicinin uygulama bitiminde seçilen kriterler üzerinden belirlenen puanlamasını EKAP'a girmesi ile sağlanacak bir sistemdir. Bir diğer anlatımla, kamudan ihaleli işler alan firmalara tamamladığı işlere farklı idarelerce yapılan puanlamaların, güncel aritmetik ortalama puanın ihale sürecinde dikkate alınacağı bir prosedür söz konusudur. Hiç kamudan iş yüklenmemiş veya iş yapmamış firmalar için bir başlangıç puanı tespit edilebilir. Firmanın bu puan üzerinden ihalelere katılması sağlanabilir.

¹⁵⁹ İdare, firma puan aralığını ihalede belirleme imkânına sahip olmalıdır. Örneğin % 25-% 50 aralığında bir oran belirlenebilir. Bir örnekle açıklamaya çalışalım. İdare 100.000,00 TL yaklaşık maliyetli bir yapım işini ihaleye çıkardığını ve firma puanı oranını % 40 olarak açıkladığını, dolayısıyla fiyat unsurunun % 60 olarak kabul edildiğini düşünelim. Geçerli tekliflerinde sırasıyla, A- 60.000,00 TL, B- 65.000,00TL, C- 75.000,00 TL, D- 85.000,00 TL, E- 70.000,00 TL olduğunu farzedelim. İş deneyim puanlarının da yine aynı sıra ile 65, 80, 95, 85, 90 olarak belirleyelim. En düşük teklif (t) ile en yüksek firma (f) puanlarını baz olarak 100 puan üzerinden diğer teklif ve puanlara oranlayarak yüzdelik karşılığı olan puanlarını bulalım.

A-60.000,00 = 100, 60/100= **60** (t puanı) – 65/95= 68, 68*40/100=**27,20** (f puanı)

B-60.000,00/65.000,00= 92, 92*60/100= **55,20** (t puanı) – 80/95= 84, 84*40/100 = **33,60** (f puanı)

C-60.000,00/75.000,00= 80, 80*60/100= **48,00** (t puanı) – 95/95= 100, 100*40/100= **40,00** (f puanı)

D-60.000,00/85.000,00= 71, 71*60/100= **42,60** (t puanı) – 85/95= 89, 89*40= **35,60** (f puanı)

E-60.000,00/70.000,00= 86, 86*60/100= **51,60** (t puanı) – 90/95= 95, 95*40/100= **38,00** (f puanı)

A'nın toplam puanı : t+f = **87,20**; B'nin toplam puanı : t+f = **88,80**; C'nin toplam puanı : t+f = **88,00**; D'nin toplam puanı : t+f = **78,20**; E'nin toplam puanı : t+f = **89,60** (t=teklif; f=firma). Bu sistemde ihale 60.000,00 TL ile en düşük teklifi veren (A) firmasında değil, 89,60 toplam puan alan ve 70.000,00 TL teklif veren (E) firmasında kalmıştır. Burada kullanılan oran ve teklifler itibari rakamlar kullanılarak belirlenmiştir. Uygulamada çok daha karışık ve komplike durumlar görülmesi muhtemeldir.

¹⁶⁰ Bu kriterler objektif olmalı ve tamamen idarenin inisiyatifine bırakılmamalıdır. Örneğin, işin süresinde bitirilmesi belli bir puan aralığında olurken, gecikmeli bitirilmesi yine belli bir aralıkta ceza puanı ile karşılık bulmalıdır. İşin hiç bitirilmemesi, terk edilmesi, kusurlu teslim vb durumlar da ceza puanı devreye girmelidir. Bu sayede ihaleye katılmaktan yasaklama prosedürüne gerek kalmayacak, zira firma düşük puanından dolayı ihale almakta zorlanacaktır. Burada önemli bir husus, idarelerin firma hakkında verdiği değerlendirme puanları her idare için açık olarak görülebilmeli ve gerektiğinde itiraz etme imkânı yükleniciye tanınmalıdır.

uygulama aşamasında daha nitelikli çalışması temin edilmiş olacaktır. Zira, firma idareye sunduğu işten ne kadar yüksek puan alırsa, ihalelerde başarılı olma şansı da o nispette yükselecek olduğundan, yüklendiği sözleşme konusu işte gereken ve kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterecek ve işi süresi içinde bitirmeye çalışacaktır.

Sözleşme uygulaması aşamasında görülen ihtilaflara dair ihale sürecinin etkisine ilişkin olarak burada belirtilmesi gereken diğer bir husus, yüklenicinin idareye yaptığı önceki işlerinde yaşanan sorunların ihale yapılırken İhale Komisyonunca dikkate alınması gereğidir. Önceki dönemlerde idareye yaptığı işleri sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi hâlinde 4734 sayılı Kanunun 10/f maddesi kapsamında değerlendirileceğine ilişkin Kurul kararında;¹⁶¹ sözleşmenin uygulanması sürecinde işlerin şartnameye uygun yürütülmediği durumlarda ya da işin süresinde bitirilmemesi hâllerinde tutulan tutanaklar ve ihtarlar 4734 sayılı Kanunun 10'uncu maddesi (f) bendine göre işlem yapılmasının şartlarını oluşturur. Ayrıca müfettiş tarafından idarenin denetimi sonucunda düzenlenen raporunda, bazı firmaların ilgili idarenin yapacağı ihalelere alınmaması yönünde öneride bulunması hâlinde 4734 sayılı Kanunun 10/f maddesi kapsamında değerlendirileceğine ilişkin Kurul kararı mevcuttur.¹⁶² Bu yönde Kurul kararları olmasına rağmen, uygulamada idarelerin yaptıkları kamu alım ihalelerinde bu hususu çok dikkate almadıkları, isteklilerin tekliflerini sadece belge üzerinden değerlendirdikleri görülmektedir.

ABAD'ın konuya ilişkin 13 Aralık 2012 tarih ve C-465/11 sayılı *Forposta ve ABC Direct Contact* davasında, bir isteklinin daha önce kamuya sunduğu hizmetlerdeki kötü performansın yeni ihalelerin doğrudan dışında tutulması için bir gerekçe olarak kullanılmasına izin veren ulusal (Polonya) mevzuatın, *orantılılık ilkesini ihlal ettiği sonucuna varmış ve ihale dışında tutulma gerekçesinin ağır mesleki kusurlu davranış olması gerektiğine işaret etmiştir.*¹⁶³ Divan'ın konuya

¹⁶¹ 10.07.2006 tarih ve 2006/UY.Z-1643 sayılı Kurul kararı.

¹⁶² 27.10.2008 tarih ve 2008/UH.II-4352 sayılı Kurul kararı.

¹⁶³ ABAD, daha önce aldıkları ihalelerde kötü performans gösteren isteklilerin ihale dışı bırakılmasını zorunlu kılan Polonya kanununu mülahaza etmiştir. Bu kanunun sonucu olarak, daha önce kötü performans gösteren belli isteklilerin ihalelere katılmasının önü alınmıştır. ABAD, verdiği karar kapsamında, Direktifin (2004/18/EC) 45'inci maddesinin 2/1 bendi uyarınca neyin "mesleki kusurlu davranış" neyin "ağır kusurlu davranış" olduğuna dair görüşünü belirtmiştir. Polonya'da geçerli olan Kamu İhale Kanunu'nun, Direktifin 45'inci maddesinin 2'nci paragrafında verilen ihale dışı bırakma

ilişkin bir başka kararında vardığı sonuç da önemlidir. ABAD’ın verdiği hükme göre, isteklinin mesleki nitelikleriyle ilgili ihale dışı bırakma nedenlerinin listesi (olması gereken bütün nedenleri içeren) kapsamlı bir listedir. Üye devletler veya idareler bu listeye mesleki niteliklere ilişkin başka ihale dışı bırakma nedeni ekleyemez.¹⁶⁴

2014/24/EU sayılı AB Klasik Alımlar Direktifi’nin 57’nci maddesinde İhale dışı bırakma nedenleri, zorunlu ve tercihe bağlı olarak iki şekilde düzenlenmektedir. Direktifin 57’nci maddesinin 4’üncü paragrafi üye devlet tarafından zorunlu kılınabilecek tercihe bağlı ihale dışı bırakma nedenlerini sıralamaktadır. Bu liste daha önce alınan bir ihalede gösterilen kötü performansla ilgili nedenleri de içermektedir. “...bir isteklinin daha önce bir idare veya kuruluş ile imzaladığı kamu alım sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi kapsamında, bu sözleşmenin süresinden önce feshine, tazminat ödenmesine veya benzer yaptırımların doğmasına neden olacak şekilde sözleşmenin koşullarını yerine getirmede gösterdiği ciddi veya tekrar eden eksiklikler.” (2014/24/EU m. 57/4-g).

E. İdarelerin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Çözüm Usullerine İlişkin Ortak Bir Hukuk Arayışı

İdare, tek taraflı hukuki işlemleri yanında karşılıklı sözleşme ilişkisine de girmektedir, fakat bu ikincilerin uygulama alanı sınırlıdır. Çünkü idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin niteliği ve tüm faaliyetlerinde kamu yararını izleme zorunluluğu tek taraflı idari işlemlerin yaygın kullanımına yol açmaktadır. Diğer taraftan idare, bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi, kamu gücü yetki ve ayrıcalıklarını kullanarak idari sözleşmeler de yapmaktadır. Ancak idare, özel hukuk sözleşmesi yaparken de bazı usul kurallarına uymak zorundadır.¹⁶⁵ Dolayısıyla, idarenin belli alanlarda, kamu hizmetini yerine getirme amacına yönelik olsa da özel hukuk içinde hareket etmesi mümkün olduğu gibi bunun tersi de imkân dâhilindedir.¹⁶⁶ Ayrıca, bir sözleşmenin

nedenlerinin uygulanması konusunda üye devletlere tanınan takdir yetkisini aştığı sonucuna varmıştır. ABAD ayrıca, ihale dışında bırakmanın doğrudan gerçekleşmesi nedeniyle, idarenin iddia edilen kusurlu davranışı her bir durumda ayrı ayrı değerlendirme yetkisinden mahrum kaldığını belirtmiştir. SİGMA, **a.g.e.**, s.79.

¹⁶⁴ 16 Aralık 2008 tarih ve C-213/ 07 sayılı Michaniki davası. SİGMA, **a.g.e.**, s.76-77.

¹⁶⁵ Tan, **a.g.m.**, s.291.

¹⁶⁶ M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFD**, C.55, S.2, 2006, s.225.

konusu ile kamu hizmeti arasında bir bağ bulunması ya da sözleşmede özel hukuku aşan yetkileri içeren hükümlerin yer alması, maddi unsur olarak değerlendirilmektedir. Tabii olunan hukuki rejime bakılmaksızın, sözleşmenin taraflarından birinin, kamu gücüyle donatılmış ve buna dayanarak tek taraflı ve icraî işlem yapabilme yetkisini haiz idare olması hâlinde, idarenin sözleşmeden kaynaklanan haklarının yanı sıra, kamu hizmetinin gereği olarak sahip olduğu ayrıcalıklar ve yetkiler de söz konusu olacaktır. İdare, yükümlülüğü altındaki bütün faaliyetlerinde nihai amaç olarak gözettiği kamu yararını gerçekleştirmek için, özel kişilere nispeten üstün ve ayrıcalıklı bir konumdadır. İdarenin sözleşmeleri, iradelerin uyuşması ve sübjektif hukuki durumların meydana gelmesi bakımından benzerlik gösterse de, özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmeler, tarafları eşit konuma getirirken, kamu hizmeti yürütmekle mükellef idarenin taraf olduğu sözleşmelerde, bu anlamda bir eşitlik görül(e)mez.¹⁶⁷ Zira bu sözleşmeler, KİSK'in 24'üncü maddesinde olduğu gibi, özel hukuk sözleşmesinden farklı olarak, uygulama sırasında idarenin kamu gücü kullanabilmesine imkân tanımaktadır.¹⁶⁸

Özel hukuk alanında sözleşme kuramının ulaştığı düzeyi dikkate aldığımızda, idari sözleşmelerde yer alan hükümlerin özel hukuk sözleşmelerinde yer alamayacağı söylenemez. Ayrıca ticari sözleşmelerde taraflara tanınan hak ve yetkiler, büyük ölçüde idari sözleşme hükümleriyle benzerdir. Diğer taraftan, sözleşme üzerindeki kamu gücü ayrıcalıkları ve idarenin üstün yetkileri, sözleşmeyi *idari* kılan bir neden değil sözleşmenin *idari* olmasının bir sonucudur. Bu itibarla, sözleşmenin tarafları olan yüklenici ile idare arasındaki ilişkileri bir bütün olarak özel hukuk ya da kamu hukuku rejimine tabii tutmak yerine, her ilişki ve işlemi anlamlı olduğu rejim içinde değerlendirmek yerinde bir düşüncedir.¹⁶⁹ Zira *idari* nitelemesi doğrudan, içeriği kamu hukuku ilke ve kurallarıyla belirlenen özel bir hukuki rejime atıf yaparken, *sözleşme* özel hukukun tipik ve temel kavramıdır. Bu ikisinin bir araya gelmesi aslında iki farklı hukuk anlayışının/yaklaşımının karşılaşması ve kaynaşması anlamına gelmektedir.¹⁷⁰ İdari yargı ile adli yargı arasındaki ayırım ise, *idare hukuku*

¹⁶⁷ Uz, **a.g.e.**, s.54-55.

¹⁶⁸ Günday, **a.g.e.**, s.217.

¹⁶⁹ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.225.

¹⁷⁰ **A.e.**, s.184.

ile *özel hukuk* arasında var olan ilke ve bünye farklılığına dayandırılmaktadır. Bu hukuk alanlarının ilkelerine dayanılarak düzenlenen konuların farklılığı, bu iki yargı yolunun birbirinden ayrılmasının ve birbirinden bağımsız olmasının nedeni sayılmaktadır.¹⁷¹

Kamu alımı bakımından ihale aşaması idare işlevi nedeniyle idare hukuku kapsamında değerlendirilmekte; sözleşme aşaması ise, özel hukuk alanına girmektedir. Bu iki alanın farklı hususiyetler taşıması, yargı yolları bakımından da etkisini göstermektedir. Türk hukukunda yargı yolu kavramı, ihtilafın çıktığı aşamaya göre şekillenmektedir.¹⁷² Daha açık bir ifadeyle, ihale aşaması işlemleri idari yargının; sözleşme aşaması işlemleri ise, adli yargının konusudur. Dolayısıyla, idare ihale aşamasında kamu gücüne dayandığı için özel hukuk kişisinden daha üstün konumdadır.¹⁷³

Tekinsoy'a göre, kanunun özel hukuk sözleşmesi öngörmesi durumunda, kurulan ilişkinin esasına özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak yargı organlarının kamu hizmeti olarak değerlendirdiği yatırım ve hizmetlerin gördürülmesi için yapılan özel hukuk sözleşmeleri, uygulanacak rejim itibariyle farklılık gösterebilir. Bu sözleşmeler, kamu hizmeti ve kamu yararı gerekleri nedeniyle özel hukuk alanında *özel* bir sözleşme tipi olarak algılanmak zorundadır. Bu sözleşmelerde ve eklerinde yer alacak kamu hizmetinin işleyişi ve örgütlenişiyle ilgili hükümlerin yorumunda ve uygulanmasında, bu kez idare hukuku kurallarının ve çözümlerinin adli yargı organlarıncaya ödünç alınması düşünülebilir.¹⁷⁴

Günümüzde uluslararası ticari sözleşmelerin düzenlenmesi, uygulanması ve bunlardan doğan ihtilafların çözüm yollarının belirlenmesi hususunda, milletlerarası kabul görmüş objektif bir hukuk düzeni mevcut değildir. Bu nedenle milletlerarası ticari sözleşmelerin içeriğini ve bu sözleşmelerden doğan ihtilafların çözüm yollarını, esas itibariyle milli hukuk sistemleri ve bunların seçimine yönelik olarak taraf iradeleri belirlemektedir. İşte bu noktada, tarafların iradesi ile uygulama alanı

¹⁷¹ Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1825-1826.

¹⁷² Taşdelen, **a.g.m.**, s.59.

¹⁷³ **A.e.**, s.56.

¹⁷⁴ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.191-192.

bulabilen ve taraflara yol gösteren kodlar, genel şartlar, standart sözleşmeler, anlaşmalar, yazılı hâle getirilmiş veya getirilmemiş yeknesak kurallar ve uygulamalar ortaya çıkmaktadır. İhtilafları en aza indiren bu tür kurallar, bir de çıkan ihtilaflarda nasıl bir yol izlenebileceği hakkında yol ve yöntem göstererek belirsizliği de ortadan kaldırmaktadır. Hazırlanan bu standart kurallar ile tarafların sözleşme öncesi, sözleşmenin uygulanması ve sonrasında karşılaşılabilecekleri durumlarda anlayış birliğine varmaları ve ortak dil kullanmaları sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede, uluslararası ticari uygulamada inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak çeşitli standart kurallar kullanılmaktadır. Bu kurallardan birisi olan FIDIC¹⁷⁵ kurallarında yer alan düzenlemeler, milletlerarası nitelikli inşaat faaliyetlerinde tarafların en çok tercih ettikleri ve bu sebeple de en çok uygulama alanı bulan kurallardır. Uluslararası inşaat projelerinin % 30’unda FIDIC kurallarının uygulandığı bilgisi FIDIC’in dünya çapında genel kabul gördüğünü ortaya koymaktadır.

1. Yargı Ayrımına İlişkin Çözüm Arayışı

Bir sözleşmenin niteliğinin yasama organı tarafından belirlenmiş olması durumunda başkaca bir kritere ve/veya değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaksızın sorun hallolmuş demektir. Zira, sözleşmenin niteliği kanuni düzenlemede verilmiştir.¹⁷⁶ Burada, kanun koyucunun sözleşmenin niteliğini kanunla tayin etmesinden anlaşılması gereken, ilgili kanunlarda sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümü için

¹⁷⁵ Fransızca “Federation Internationale des Ingenieurs Conceils”in baş harflerinden oluşan FIDIC, Türkçeye “Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu” olarak tercüme edilebilir. Müşavir ve Mühendislerin yer aldığı, ulusal müşavir mühendislik birliklerinden oluşan uluslararası bir federasyon olan FIDIC, 1913 yılında İsviçre’nin Lozan kentinde, Avrupa’da bulunan üç ulusal bağımsız müşavir mühendislik birliği tarafından; federasyon oluşturan ulusal birliklerin üyelerinin ortak mesleki yararlarına hizmet etmek, mesleki çıkarlarını gözetmek ve üyelerin gelişmelerden haberdar edilmesi amacıyla kurulmuştur. Günümüzde 78 den fazla devletin ulusal birliği FIDIC üyesidir ve bu üyelik kapsamı içerisinde bağımsız müşavir mühendislerin büyük çoğunluğu FIDIC tarafından temsil edilmektedir. FIDIC’e her devletten ancak bir temsilci atanabilmektedir. Türkiye’den Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği (TMMMB) 1987 yılında üye olduğu FIDIC, bugün dünya teknik müşavirlik kurallarını belirleyen, Dünya Bankası gibi milletlerarası finans kuruluşlarına yön veren en önemli milletlerarası mühendislik kuruluşudur. FIDIC’in Türkiye temsilcisi TMMMB Dernekler Kanunu’na göre çalışmalarını sürdürmektedir. Türkiye’de de FIDIC Kuralları özellikle yurt dışı kredili yapılan büyük teknik ve mali boyutu olan projelerde kullanılmıştır. Bunlardan bazıları: İstanbul Boğazında yapımı tamamlanan Marmaray Projesi; Erzincan ve Kocaeli’nde yapılan Deprem Konutları; Samsun, Bursa, Kayseri ve Adana’da yapılan Hafif Raylı Sistem Projeleri; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattının İnşaatı Projesi; İstanbul-Ankara Otoyolu Projesinin bir kısmı; Tarsus ve Şanlıurfa gibi pek çok şehrimizin İçme Suyu Arıtma Projeleri. Aydın, **a.g.m.**, s.233.

¹⁷⁶ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.185.

görevli yargı yerinin belirlenmesi ve bu sözleşmelerin hukuki rejiminin saptanmasıdır.¹⁷⁷

İdarenin yapım, mal ve hizmet alımı işleri konusunda yaptığı sözleşmeler kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Türk hukukunda bu tür sözleşmelerin yapılmasında başta 2886 sayılı DİK, 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK olmak üzere kanunlar ve diğer düzenleyici işlemlerle belirlenen idari usuller izlenmekte ve dolayısıyla sözleşmenin yapılmasına kadar geçen aşamalardaki usulsüzlükler idare hukuku esaslarına göre idari yargıda çözümlenmektedir. Kısacası, bu konularda karma bir hukuki rejim uygulanmaktadır.¹⁷⁸ Bu tür sözleşmelerin de idari rejimi benimseyen devletlerde idari sözleşme sayılması, örneğin Fransa'da özel hukukun yapısal özellikleri ile açıklanıp, bizim hukuk sistemimiz açısından özel hukuk sözleşmesi sayılmalarının daha isabetli olduğu ileri sürülmektedir.¹⁷⁹ Benzer bir görüş de su, havagazı, elektrik abonman sözleşmeleri ile yol ve benzeri bayındırlık işi taahhüt sözleşmelerinin de idari sözleşme olarak nitelenmeleri mümkün olmakla beraber, pratik düşünceler ve ihtilafların olağan adli yargı yerlerince çözümlenmesinin kolaylığının böyle bir sınırlamayı haklı kıldığıdır.¹⁸⁰

İdari sözleşmeyle özel hukuk sözleşmesi arasında esaslı bir fark olduğunun kabul edilmesi, çoğu zaman kanunla yapılan nitelenmenin yargı organları tarafından farklı biçimlerde yorumlanması olasılığını doğurmaktadır. Nitekim Fransız idare hukuku uygulamasında kanunun nitelediği idari sözleşme kategorisi, karmaşık bir yapı oluşturmakta, bazen kanuni nitelme sorununu çözmemektedir. Yargı organları, önlerine gelen sorunu çözerken hukuki işlemlerin niteliğinden yola çıkarak karar verirler. Niteliği gereği idari sözleşmelerin var olduğu kabul edildiğinde, yargı organlarının kanun koyucunun iradesini bu çerçevede yorumlamaları ve benzer sözleşmeleri, konuları ya da içerdikleri hükümler nedeniyle farklı nitelermeleri mümkündür. Genellikle, sözleşmeyi niteleyen kanunun kapsamı yargı organı tarafından belirlenmektedir.¹⁸¹

¹⁷⁷ A.e., s.185-186.

¹⁷⁸ Tan, a.g.m., s.295-296.

¹⁷⁹ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE, 1970. s.187.

¹⁸⁰ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s.122.

¹⁸¹ Tekinsoy, a.g.m., s.187-188.

Uygulamada bazen sözleşmeden kaynaklanan ihtilafları çözecek görevli yargı yerinin sözleşmenin içinde veya yasama organınca belirlendiği görülmektedir. Bu şekilde görevli yargı yerinin adli yargı olarak gösterilmesi sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi; idari yargının gösterilmesinin de idari sözleşme olduğunun kanıtı sayılabilir mi? Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği sözleşmeyi kendisi bizzat niteleyerek idari sözleşme kabul ettikten sonra; “...niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması”nın Anayasa’nın 2, 11, 37 ve 125’inci maddelerine aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır.¹⁸² Ancak, Yargıtay, “Sözleşmede uyumsuzluk hâlinde adalet mahkemelerinin yetkili kılınması, davalı kurumun sözleşmeyi genel hukuk kurallarına göre kurmuş olduğunu ifade eder” demektedir.¹⁸³ Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi de, sözleşmenin niteliğinin sözleşmede gösterilen yargı yerine göre değil, niteliğine göre tayin edilmesine karşın, “...mukaveleli mahiyeti hakkında tarafların müşterek niyet ve kasıtlarını göstermesi itibariyle ehemmiyeti de dikkate alınmaktan vareste tutulamaz. Çünkü, bir amme hizmetine taalluk ettiği hâlde hususi hukuk mukavelesi vasfını haiz mukaveleli mahiyeti bir hakikattir” demektedir.¹⁸⁴

Öğretide de ihtilafı çözecek yargı yerini göstermek üzere sözleşmeye konulacak hükümlerin sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemek için yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, sözleşmede ihtilafların idari yargıda çözümleneceğinin öngörülmesi sözleşmenin idari sözleşme sayılmasını gerektirmeyeceği¹⁸⁵ gibi; idari sözleşmede görevli yargı yerinin adli yargı olarak belirtilmesi durumunda da “...kamu düzenine ilişkin bir hususun tarafların iradesiyle ve dolayısıyla bir işlemin ve konusu olan kamu hizmetinin hukuki rejiminin onlarca belirleneceği sonucuna varılır. Böyle bir şey hukuken kabul edilemeyeceğine göre

¹⁸² Anayasa Mahkemesi’nin 09.12.1994 tarih E.994/43-K.994/42-2 sayılı kararı (RG; tarih:24.1.1995 sayı: 22181.)

¹⁸³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 18.12.1988 tarih ve E. 982/6438-982/6996 sayılı kararı.

¹⁸⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 26.2.1953 tarih E. 953/2-K.953/6 sayılı kararı.

¹⁸⁵ A.Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1993, s.62.

*anılan yetki şartı, sözleşmeyi özel hukuk kümesine sokmak şöyle dursun etkisiz ve geçersiz saymak” gerekeceği savunulmaktadır.*¹⁸⁶

Kanunun niteliğini açıkça belirtmediği sözleşmeler açısından, bunlara uygulanacak hukuki rejimin saptanmasında yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğreti tarafından sistemleştirilen ölçütler kullanılmaktadır. İdari sözleşme ölçütleri aslen burada devreye girmekte ve bunlar, bir sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin ve sözleşmeden doğan ihtilafları çözmekle görevli yargı organlarının saptanmasında kullanılmaktadır.¹⁸⁷

Geleneksel olarak sözleşmenin niteliğinin saptanmasında, organik ve maddi ölçütler kullanılarak sözleşmenin taraflarına, konusuna ve içeriğine ilişkin değerlendirmelerden yola çıkılarak sonuca varılmaktadır. Taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması organik ölçütü oluştururken, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve özel hukuku aşan hükümler içermesi maddi ölçüt çerçevesinde değerlendirilir.¹⁸⁸

Maddi ölçüt, sözleşmenin düzenlediği ilişkinin niteliğinden ve sözleşme hükümlerinden yola çıkılarak sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin saptanmasında kullanılır. İdari yargı düzeninin var olmasının sonucu olarak, idarenin birtakım sözleşmelerinin de idari işlev kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur. Farklı yargı ve hukuk düzenlerinin olması, yasal düzenlemelerde açıkça yer almasa da idarenin bazı faaliyet ve işlemlerinin, niteliklerine bakılarak farklı hukuki rejimlere tabi olmasını gerektirir. Yargı organlarının idari sözleşmeleri ayırt etmek için kullandığı bu ölçüte içtihadi ölçüt de denilmektedir.¹⁸⁹

Sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinin temel ilkelerine uygun yürütülmesi ve kamu yararının gözetilmesi sorumluluğunu taşıyan idare bazı yetkilere sahip olup sözleşmenin karşı tarafına göre üstün konumdadır. İdarenin elindeki ve özel hukuku aşan bu yetkilerin tam olarak belirlenmesi zordur.

¹⁸⁶ Lütfi Duran, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (II)”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S.3, Haziran 1985, s.67.

¹⁸⁷ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.192.

¹⁸⁸ **A.e.**, s.192.

¹⁸⁹ Laurant Richer, **Droit des contrats administratifs**, 2e Edition, L.G.D.J., Paris 1999, s.84. Nakleden Tekinsoy, **a.g.m.**, s.195.

Sözleşmenin yerine getirilmesinde kusuru görülen karşı tarafa yaptırım uygulayabilme, sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapabilme ve gereğinde son verebilmek gibi yetkiler bu cümleden sayılabilir.¹⁹⁰

Türk hukukunda, yargı organları genel ifadelerle, sözleşmenin idarenin diğer tarafa göre üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşımasını ölçüt olarak kullanmaktadırlar. Türk hukukunda, özel hukuku aşan şartların tanımı konusunda, Fransız hukukunda olduğu gibi bir kriz ve zorluk yoktur. Özel hukuku aşan şart, sözleşmenin idari sayılmasına yol açan bir ölçüt olarak kullanılmakla birlikte formülasyonun kendisi sorunludur. Bu ölçüt, sözleşme hükümlerinin incelenmesini gerektirir. Sözleşme hükümlerinde idareye birtakım üstünlük ya da ayrıcalıkların tanınmış olmasının, diğer bir ifadeyle sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesinin sonucu, sözleşmeye idare hukuku rejiminin uygulanmasıdır. İdari sözleşmenin tabi kılındığı bu özel rejimin temel özelliği de, büyük ölçüde idarenin üstünlük ve ayrıcalıklara sahip olmasıyla tanımlanmasıdır. Dolayısıyla sözleşmede yer alan bazı ayrıcalık ve üstünlükler, sözleşmenin ayrıcalık ve üstünlüğe dayanan rejimini harekete geçirmektedir.¹⁹¹

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından yapılan ayırım aslen bu sözleşmeler için geçerlidir: İdarenin sözleşmenin imzalanmasına kadar yaptığı işlemler idari niteliktedir ve idari yargı denetimine, sözleşmenin uygulanma aşaması ise bütünüyle özel hukuk kurallarına tabidir. Bu ilkenin açıklanmasında kullanılan temel argüman, idarenin özel hukuk alanında olsa da bir ilişkiye girerken karar alma sürecinin idare hukuku kurallarına tabi olduğudur. Bu yaklaşım, idarenin özel hukuk sözleşmesi akdederken de temel saikinin kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan yola çıkmaktadır. Ancak idarenin kamu yararı amacıyla girdiği bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin imzalanmasından itibaren neden özel hukuk kurallarına tabi olabileceğini açıklamakta yetersizdir. Çünkü sözleşmenin imzalanması sonrasında idare, kamu yararı önceliğinden uzaklaşmamaktadır.¹⁹²

¹⁹⁰ Tan, **a.g.m.**, s.294.

¹⁹¹ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.203-204.

¹⁹² **A.e.**, s.222-223.

Kamu alım ihalelerine uygulanan mevzuat çerçevesinde yapılan her türlü sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılacağına ilişkin kategorik değerlendirmenin yanlışlığı açıktır.¹⁹³ En azından yeni uygulamaların sözleşmenin konusu ve hükümleri açısından değerlendirilmesi gerekir. Sorun yargı organlarının bu yöndeki içtihadının rasyonelleştirilerek idari sözleşme kuramının bu kararlara uyarlanmaya çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu yaklaşım, sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen aşamayla uygulanması aşamasında nedensiz bir ayrıma dayanır. İdare hukukunda sözleşme kuramıyla açıklanması gerekmeyen ilişki biçimlerini sözleşmeler alanına taşımak, kuramın kendini iç tutarlıktan yoksun hâle getirmektedir. Ayrıca, yargı organlarının sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak sözleşme ile ilgili idari işlemleri denetleme yolunu seçmeleri, idari sözleşme ölçütlerinin kullanılmasında belirsizliklere neden olmaktadır. Bu durumda, idari işlemden yola çıkarak yargı denetiminin sağlanabildiği durumlarda idari sözleşme ölçütleri göz ardı edilebilmektedir. İdari sözleşme ölçütlerinin yalnızca idari yargının görev alanının belirlenmesi açısından değerlendirilmesi de idari sözleşme alanını daraltabilir.¹⁹⁴ Nitekim Fransız uygulamasında bir dönem, idari sözleşme ölçütlerinin ve özellikle de özel hukuku aşan şartlar ölçütünün idari sözleşmeler alanını genişletmek için değil, bu alanı daraltmak için kullanıldığı savunulmuştur.¹⁹⁵

Tekinsoy'a göre, özel hukuku aşan rejim, sözleşmenin konusundan (kamu hizmetinin yürütülmesi) ya da sözleşmeyi düzenleyen kanunlardan kaynaklanır. Kamu alım ihalelerine ilişkin düzenlemelerin bu tür bir rejimin iyi bir örneği olduğu düşünülebilir. DİK ve KİK ile öngörülen rejim, idare ve sözleşmenin karşı tarafı açısından içerdiği hak ve ayrıcalıklarla hem zorunlu hem de yeterli bir idari sözleşme rejimi sayılmalıdır. Böylece, idarenin özel hukuk alanında yalnızca objektif iyiniyet kurallarıyla bağlı olarak hareket ettiği yanılsaması da ortadan kaldırılarak işlemlerini, bir hakkın kullanılmasının ötesinde kamu yararını gerçekleştirmek üzere yapan ve bu nedenle de kamu hukuku rejimine tabi idare anlayışı, bu alanda da, benimsenebilir.¹⁹⁶

¹⁹³ Tan, **a.g.m.**, s.297.

¹⁹⁴ Tekinsoy, **a.g.m.**, s.223.

¹⁹⁵ **A.e.**, s.223.

¹⁹⁶ **A.e.**, s.225.

2. Tahkime İlişkin Çözüm Arayışı

Her hukuk sisteminde idari ihtilafların çözümünde bir yandan idari yargının yükünü hafifletmek, öte yandan da ihtilafları basit yöntemlerle hızla çözüme kavuşturmak amacıyla alternatif çözüm yolları arayışına gidildiği gözlenmektedir.¹⁹⁷ Fakat tahkim, bağlayıcı olması ve hakem kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi yönüyle alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinden ayrılmaktadır. Tahkim bir yargı yolu iken, alternatif ihtilaf çözüm yollarına başvurmak ve buradan çıkan sonuçlara uymak iradidir.¹⁹⁸

TBK'ye tabi genel olarak yabancılik unsuru ihtiva etmeyen inşaat sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda tahkim kaydına bakıldığında, aralarındaki sözleşme ilişkisine bağlı olarak taraflar, bu sözleşmenin uygulanması ve sözleşmenin konusu inşaat edimi ve onun bedel borcu ile ilgili her türlü ihtilafı, sözleşmede öngörecekları ticaret odasının kurumsal tahkim kurallarına göre çözümleneceğini belirleyebilir.¹⁹⁹

İdare hukukunda tahkim yasağının iki boyutu olduğu kabul edilmektedir. Biri, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde -özel hukuk veya idare hukukuna giren- tahkime gidip gidemeyeceği; diğeri de idari ihtilafların çözümünde tahkim yolunun kabul edilip edilemeyeceğidir.²⁰⁰

Tahkim mekanizmasının özel hukuk alanındaki ilişkilerde ihtilafa düşen taraflara vermiş olduğu hukuki tatmin, devlet yargısına istisna teşkil eden bu yolu *de facto* tartışılmaz kılmaktadır. Ne var ki, tahkim mekanizmasının idari rejimi benimsemiş olan devletlerde idare hukukuna taşınması, ister istemez bir ihtiyat dürtüsünü canlandırmaktadır. İdari rejimi benimsemiş olan devletlerde idari yargının varlık nedeni ve işlevi, hem bireyin hak ve hürriyetlerini, hem de kamu düzenini, kamu yararını korumak ayrıca birey ile yönetim arasındaki ilişkilerde hukuk devletinin temel ilke ve kurallarını hâkim kılmaktır.²⁰¹

¹⁹⁷ Tan, **a.g.m.**, s.309.

¹⁹⁸ İbrahim Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", **EÜHFD**, C.X, S.3-4, 2006, s.473.

¹⁹⁹ Görevlendirilen hakem heyeti üyelerinin, dava konusunu teşkil eden inşaat sözleşmesi ile ilgili maddi hukuk kurallarında uzman olması gerekmektedir. Kaplan, **a.g.e.**, s.267.

²⁰⁰ Tan (1999), **a.g.m.**, s.4.

²⁰¹ Orak, **a.g.m.**, s.203.

Yabancı şirketlere yaptırılacak işlerle ilgili sözleşmelere konulacak tahkim koşulu, idare hukuku açısından benzer sisteme sahip Fransa’da da sorun olmuştur. Örneğin, Eurodisney’in yapımı ile ilgili olarak, Fransız Danıştay’ının, devletin veya yerel idarelerin yabancı şirketlerle yapacakları sözleşmelere, tahkime ilişkin hüküm koyamayacaklarına ilişkin kararı üzerine, 19 Ağustos 1986 tarih ve 86/9721 sayılı Kanun çıkarılarak, *devlet yararına* işlerin gerçekleştirilmesi amacıyla devletin, yerel idarelerin ve kamu kurumlarının yabancı şirketlerle yapacakları sözleşmelere tahkime ilişkin hüküm koyabilecekleri kabul edilmiştir.²⁰² Bu durum, Fransız hukukunda idari sözleşmelere tahkim şartı konulamaması genel ilkesine bir istisna teşkil etmektedir. Ayrıca 17 Nisan 1906 tarihli Kanuna göre; İhale Kanunu’nun (eski Kanun) 247 ve 361’inci maddeleri uyarınca yapılacak malzeme alımları ve bayındırlık ihalelerinde alacak ve borç miktarının saptanmasına ilişkin olarak, merkezi idarelerin ihaleleri için Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yerel yönetimler için ise karar organlarının olumlu görüşü üzerine tahkim yolu işletilebilir. Görüldüğü üzere, Türkiye’de idari sözleşmeler içerisinde imtiyaz sözleşmeleri için mümkün görünen tahkim yolu, Fransa’da idari sözleşme olarak kabul edilen bayındırlık işleri sözleşmelerinde de mümkün olmaktadır.²⁰³ Ayrıca sözleşme içerisinde yer alan tahkim şartının, sözleşmeden bağımsız bir nitelik arzettiği, söz konusu tahkim şartının sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmeyeceği ve bağımsız bir nitelik taşıdığı Fransız yargı organlarının içtihatlarında kabul edilmektedir.²⁰⁴

Türkiye’de bazı altyapı tesislerinin hızla gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik bir finansman yöntemi olarak sunulan yap-işlet-devret modeline göre özellikle yabancı sermayeli şirketlerle yapılan sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan ihtilafların çözümünde tahkim yoluna gidilmek istenmesi üzerine ileri sürülen görüşler, bu kurumun idari ihtilafların çözümünde uygulanabilirliğini; dolayısıyla da idare hukukundaki yeri sorununu ortaya çıkarmıştır. Yabancı

²⁰² Françoise Decarouge, “Le juge administratif et les modes alternatif de reglement des conflits: transaction, mediation, conciliation et arbitrage en droit public français”, **RFDA**, 1996, No:I. s. 86. Nakleden Tan, **a.g.m.**, s.309-310.

²⁰³ René Chapus, **Droit du contentieux administratif**, Paris, Montchrestien, 1992, s.183-184’dan nakleden Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, DEÜHF, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, 1997, s.52.

²⁰⁴ Alper Yılmaz, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Yabancılık Unsuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002-1, s.239.

yatırımcıların bu modele uygun yapılmak istenen yatırımlar için, tahkime gitmenin olanaksızlığı nedeniyle isteksiz davrandıkları,²⁰⁵ hatta katılan firmaların da tahkim yolunun kapalı olması nedeniyle yüksek teklif verdikleri ileri sürülmektedir.²⁰⁶ Ancak sorun Türkiye'ye özgü olmayıp, başka devletlerin de bu konuda çözüm arayışına gittikleri görülmektedir. UNCITRAL da bu türden yatırım projelerinin uygulamaya geçirilmesinde, uygulanacağı devlette ihtilafların çözümüne ilişkin hukuki çerçevenin önemli olduğunu, girişimcilerin ihtilafların çözümünde

²⁰⁵ İzmit Körfez Geçiş Projesi ile ilgili olarak gerçekleşen ihalede, yabancı firmaların bu çekincesi açıkça görülmektedir. 20 nci Yasama Döneminde Çanakkale Milletvekili Nevfel Şahin ve 55 Arkadaşı Tarafından Verilen İzmit Körfez Geçiş Projesi ihalesinde Devletin Zarara Uğratılmasına Göz Yumarak Görevini Kötüye Kullandığı ve Bu Eyleminin Türk Ceza Kanununun 240'ıncı Maddesine Uyduğu İddiasıyla Eski Başbakan Ahmet Mesut Yılmaz Hakkında Anayasanın 100'üncü ve içtüzüğün 107'nci Maddeleri Uyarınca Bir Meclis Soruşturması Açılmasına ilişkin Önerge ve (9/33) Esas Numaralı Meclis Soruşturması Komisyonu Raporu'nda sorun şu şekilde ifade edilmiştir.

"Bilindiği gibi, Yap-İşlet-Devret modeli ile 1995 yılında İzmit Körfez geçişi ihaleye çıkarılmıştır. Bu ihaleye 10 ayrı konsorsiyum başvuruda bulunmuş, 6 konsorsiyum yeterlilik almıştır. Yeterlilik alan 6 konsorsiyumdan biri de Bouygues-Vinsan Konsorsiyumudur.

Projenin ihalesine katılabilmek için yeterlilik alan diğer beş ayrı konsorsiyumun Türk ortakları, yabancı ortaklarını uluslararası tahkimin Türk Hukuku bakımından mümkün olmayışı nedeniyle ikna edemedikleri için ihaleye katılmak istememişler, sadece Vinsan konsorsiyum ortağı Bouygues firması Türk Yasalarına ve yargısına güven duyarak teklif veren tek grup olmuştur. Yeterlilik alan firmaların istekleri üzerine idarenin iki defa süre uzatımı vermesine rağmen, bu firmalar uluslararası tahkimi şart koştukları için ihaleye girmemişlerdir. İhaleye girmeyen konsorsiyumlardan birinin ortağı olan Enka firması, ihalenin son gününde Karayolları Genel Müdürlüğüne mektup göndererek, ihalenin tekrarlanması halinde iştirak edeceğini bildirmiştir." **TBMM**, 13.6.2000 tarih ve (9/33) Esas Numaralı Meclis Soruşturması Komisyonu Raporu, (S. Sayısı: 495), Sayı: A.01.1.GEÇ.91 33-36.

²⁰⁶ *"Bizim kamu kuruluşları "uluslararası tahkim şartı"nu kabul etmeyen biçimde ihaleler açtığında, (a) Bazı ciddi firmalar bu ihaleye girmiyor. Bazı ciddi bankalar bu tip ihalelerdeki işler için kredi vermiyor. (b) Bazı firmalar, tahkimsiz mukavelelerin riskini dikkate alarak, fiyatı yükseltiyor. Bazı bankalar tahkimsiz mukaveleye göre riski dikkate alarak faizi artırıyor. (c) Bazı yerli ve yabancı firmalar ise "Allah kerim... Hele işi alalım. Sonra bir yolunu buluruz. Tahkim şartını koydururuz. Bu işten para vururuz" diyerek işi alıyor.*

Basit bir örnek ile anlatayım. Türkiye "yap - işlet - devret" modeli ile elektrik santrali yaptıracak. Uluslararası büyük firmalar ihale için teklif hazırlıyor. "A" firması, "tahkim şartlı ihale" yapılırsa elektriğin kilovatını 3 sente satmaya hazır. Tahkim şartı olmadığından "B" firması 6 sentten ihaleye giriyor. "Allah Kerim"ci "C" firması 5 sent fiyat teklifi ile işi tahkimsiz olarak alıyor.

Sonra "C" firması başlıyor yaygaraya: "Tahkim şartı olmadan bu iş yapılamaz" diyerek. Bunları neden yazıyorum? Çünkü Dünya'da Gönül Dursun'un Ankara kaynaklı bir haberi vardı: "Daha önce tahkim şartsız ihalesi tamamlanan, mukavelesi imzalanan 'yap - işlet - devret' modelindeki 4 santral projesinde tahkim şartı çözülmüş." Açık anlatımıyla tahkim şartı olmadan ihalesi yapılan 4 projeyi kazananlara şimdi tahkim şartı "hediye edilmiş". Hayırlı olsun!

*(Dikkat buyurunuz. Burada tartışılan tahkim'in iyiliği, kötülüğü değildir. Tahkimsiz yapılan ihaleleri kazananlara daha sonra bu imkânın hediye edilmesidir.)" Güngör Uras, "Tahkim' kumarını oynayan kazanıyor", **Milliyet Gazetesi**, 4 Mayıs 1999, (Çevrimiçi) <http://www.milliyet.com.tr/1999/05/04/yazar/uras.html>, 20 Eylül 2012.*

uluslararası düzeyde kabul gören hukuki mekanizmaların kabul edildiği devletlere yöneldiklerini belirtmektedir.²⁰⁷

Dünya Bankası başta olmak üzere uluslararası kreditor kuruluşlar tarafından da özellikle taraflar arası sağlamış olduğu dengeli risk paylaşımı ve ihtilaf çözümünde getirmiş olduğu alternatif yöntemlerden ötürü FIDIC genellikle tercih edilmektedir. Proje devam ederken ortaya çıkabilecek ihtilaflarda FIDIC alternatif çözümleri ile de projenin devamı açısından çözümler sunabilmektedir. Müzakere ve uzlaşma gibi seçicilik ve bağlayıcı olmayan çözüm yöntemlerinin yanı sıra tahkim gibi zorunlu ve bağlayıcı yöntemlerin de varlığı, projenin bitirileceği konusunda özellikle kreditor kuruluşlara güven vermekte ve kreditor kuruluşları daha rahat kredi vermeye sevk etmektedir. FIDIC sözleşmelerinde ihtilaf çözümünde son merci olan tahkim yargılamasının uluslararası şirketler ve yatırımcılar tarafından devletleri sıkıntıya sokacak tarzda art niyetli kullanımlarının önüne geçmek adına, özellikle yatırımcı devlet kurumlarının, Enerji ve Ulaştırma Bakanlıkları ile Devlet Su İşleri ve Karayolları Genel Müdürlüğü gibi kurumların, işin en başından sonuna kadar müzakere, toplantı ve yazışma bilgilerini çok iyi dokümanete etmeleri ve bunları çok iyi muhafaza etmeleri gerekir. Şirketlerin yatırımı en başından tahkime götürmeyi amaçlayarak, projeye başladıklarının da görüldüğü bu ortamda devlet kurumlarının değişen personel durumu dolayısıyla oluşan dezavantajına rağmen kamu adına bunu başarmak zorunda olduklarının bilincinde olmaları gerekmektedir.²⁰⁸

3. İhtilafların Çözümünde FIDIC Yaklaşımı

Uluslararası ticarete devletlerin milli mevzuatların uygulanmasının sakıncalarından kurtulmak amacıyla milletlerarası uygulanabilir ortak hukuk normları oluşturabilmenin bir eseri olan FIDIC kurallarının, bu amaca hizmet edip edemeyeceği ve uygulama alanının genişliğine rağmen bağlayıcılığı bakımından FIDIC kurallarının niteliği önem kazanmaktadır. FIDIC standart sözleşmelerinden oluşan FIDIC kuralları sadece, konusunda uzman kuruluşlarca düzenlenmiş olan bir kurallar bütünüdür ve bağlayıcı hukuki değeri yoktur. FIDIC örnek sözleşme kuralları kendisinin uygulanmasını zorunlu kılacak nitelikte bir hüküm

²⁰⁷ Turgut Tan, "İdare Hukuku ve Tahkim", **Amme İdaresi Dergisi**, C.32, S.3, Eylül 1999, s.3-4.

²⁰⁸ Aydın, **a.g.m.**, s.240.

içermemektedir. Sadece ilgililerin FIDIC kurallarının uygulanması konusunda anlaşmaları hâlinde bu hükümler uygulama alanı bulmaktadır. FIDIC kuralları dünya genelinde kabul görmüş olsa da, dernek statüsüne sahip bir organizasyon tarafından yayımlanmış olduğu için, hukuki anlamda bunun herhangi bir dernek faaliyetinden farkı yoktur. Uluslararası alanda teamül hukuku olarak kabulünü sağlayacak güce henüz sahip değildir. Bu durum yayımlanan standart kuralların ve tip sözleşmelerin uygulamada taraflarca değiştirilmesine ve dolayısıyla FIDIC kurallarının taraflarca aksi belirtilmediği müddetçe esas alınması gerektiğini göstermektedir.²⁰⁹

Türkiye'deki uygulamada, 4734 sayılı Kanunda işveren ve yüklenici olarak ifade edilen sözleşme taraflarına FIDIC sözleşmeleri, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte sözleşme uygulaması aşamasının en önemli aktörü olan, teknik müşavir olarak nitelendirebileceğimiz *mühendis* tarafını da eklemiştir. Mühendis iş sahibi ile müteahhit arasında yapılan sözleşmeye taraf değildir. İş sahibi ile müteahhit arasında ortaya çıkabilecek maddi sorunlardan kaynaklanan ihtilafların yargı yoluna gidilmeden çözümlenmesinde mühendisin önemli bir rol üstlendiği söylenebilir. FIDIC kuralları çerçevesinde mühendisin, iş sahibi adına işi denetleme ve yönetme yetkisi bulunmaktadır. 1999 yılında değişiklik yapılmadan önceki FIDIC kurallarında mühendis tamamen kendi adına bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahipti. Bu yetki, özellikle bazı teslim belgelerinin düzenlenmesi ya da taraflar arasındaki ihtilaflar hakkında karar verme hususunu kapsamaktaydı. Ancak iş sahibi tarafından tayin edilen, ücreti iş sahibi tarafından ödenen mühendisin taraflar arasındaki ihtilaflarda tarafsızlığını koruyamayacağı konusundaki tartışmalar neticesinde, bu yetki *İhtilafları Sonuçlandırma Kuruluna* verilmiştir.²¹⁰

Türkiye'deki inşaat sözleşmelerinde ve kamu alım ihalelerinde işveren idareler, Türkçe baskısı mevcut olduğu için, FIDIC Şartnamelerinin 1987 yılında yayınlanan 4. baskısını yaygın olarak kullanmayı tercih etmektedirler. FIDIC şartnameleri bağlayıcı mevzuat gibi olmadıklarından, sonradan çıkan baskının önceki baskıları geçersiz kılması veya onların yerine geçmesi söz konusu değildir. Taraflar, 1999 yılında yayınlanan yeni versiyon baskı yerine, yapacakları sözleşmede 1987'de

²⁰⁹ A.e., s.235.

²¹⁰ A.e., s.237-239.

yayınlanan baskıyı esas alabilirler. Ancak, yabancı işveren idarelerin ihaleye çıkardığı uluslararası projelerin veya Türkiye'deki uluslararası finans kuruluşlarının kredileri ile finanse edilen projelerin uluslararası rekabete açık ihalelerinde İngilizce baskısı kullanıldığından, FIDIC'in 1999 baskı şartnamelerin kullanıldığı gözlenmektedir.²¹¹

FIDIC (1999 baskı) 20'nci maddesinde *İddialar, İhtilaflar ve Tahkim* başlığı altında ihtilafların çözümüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.²¹² Genel İdari Şartnamenin *İhtilafları Sonuçlandırma Kurulunun Atanması* başlıklı 20/2 maddesine göre ihtilaflar, *İhtilafları Sonuçlandırma Kurulunun Kararını Elde Etme* başlıklı 20/4 maddeye uygun olarak, bir İhtilafları Sonuçlandırma Kurulu (İSK) tarafından karara bağlanacaktır. Taraflar, ihale ekinde belirtilen tarihe kadar müştereken bir İSK atayacaklardır. İSK, uygun nitelikte bir veya üç kişiden oluşmaktadır. Taraflar bir sayı öngörmemişlerse, Kurul üç üyeden teşekkül eder.

20/4 maddeye göre; mühendisin sertifikaları, tespitleri, talimatları, görüşleri ve değerlendirmelerine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, işlerin yürütülmesine ilişkin veya sözleşmeyle bağlantılı veya sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir ihtilaf taraflar arasında doğarsa, taraflardan her biri ihtilafı, yazılı olarak karar vermesi için İSK'ye havale edebilir ve bu başvurunun suretlerini diğer taraf ve mühendise iletir. Kurulun bu gibi bir ihtilafta bir karar verebilmesi amacıyla talep edeceği her türlü ilave bilgiler, her iki tarafça vakit geçirilmeden sağlanmalıdır. Başvuruyu aldıktan itibaren 84 gün içinde veya Kurulun önerdiği ve her iki tarafın da onayladığı başkaca bir süre içinde Kurul, gerekçeli kararını vermelidir.²¹³ Her iki taraf da Kurulun kararından tatmin olursa, o zaman taraflardan her biri, karar alındıktan itibaren 28 gün içinde, karardan tatmin olduğunu diğer tarafa bildirir. Tatmin olunmaması hâlinde nedenleri belirtilmelidir. Tatmin olunmadığına ilişkin bir

²¹¹ Tunay Köksal, **Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku**, Ankara, Adalet, 2011, s.176.

²¹² FIDIC (1999 baskı) Genel İdari Şartnamenin ekinde *Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşmasının Genel Şartları* yer almaktadır. Bu genel şartlar arasında; tanımlar, genel hükümler, garantiler, Kurul üyesinin genel yükümlülükleri, işverenin ve müteahhidin genel yükümlülükleri, ödemeler, sürenin sona ermesi, üyenin hatası, ihtilaflar gibi hususlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

²¹³ Bir tahkim kararı ile veya bir dostane çözüm ile gözden geçirilene kadar veya bu prosedürlerden geçirilmediği takdirde karar, kendisine derhal yürürlük kazandıracak biçimde her iki taraf üzerinde bağlayıcı olacaktır. Sözleşmeden vazgeçilmediği, sözleşme reddedilmediği ve sona erdirilmediği takdirde, müteahhit sözleşmeye uygun olarak işlerini yürütmekle yükümlüdür. Köksal, **a.g.e.**, s. 178.

bildirim verilmediği takdirde, taraflardan hiçbiri ihtilafa ilişkin olarak tahkim prosedürünü başlatmaya yetkili değildir.

Dostça Çözüm başlıklı 20/5 maddeye göre: “20/4 maddeye göre tatminsizlik bildirisi verildiği durumlarda, tahkim başlamadan önce ihtilafı dostça halledebilmek için her iki taraf da girişimde bulunabilir. Bununla birlikte, her iki taraf da aksini kararlaştırmadığı takdirde, dostça çözüm için herhangi bir girişimde bulunulmamış olursa da, tatminsizlik bildirimının verildiği günden itibaren 56 gün geçtikten sonra, tahkim prosedürü başlatılabilir.” Tahkim başlıklı 20/6 maddeye göre: “Dostça çözümlenmediği takdirde, hakkında İhtilafları Sonuçlandırma Kurulunun kesin ve bağlayıcı bulunmadığı herhangi bir ihtilaf, nihai olarak uluslararası tahkim ile çözümlenecektir. Her iki tarafça aksi kararlaştırılmadığı takdirde:

- a) İhtilaf, nihai olarak Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Kurallarına göre çözümlenecektir.
- b) İhtilaf, bu kurallara uygun olarak atanacak üç hakem tarafından çözümlenecektir.
- c) Tahkim, Hukuk ve Lisan başlıklı 1.4 maddede belirtilen iletişim dilinde yürütülecektir.”

Hakemler tam yetkiye sahiptir. İhtilafı herhangi bir biçimde ilişkili olan herhangi bir meselede, mühendisin hakemler önünde tanıklık yapmaya çağırılmasına ve delil sunmasına, hiçbir mazeret engel değildir. Ayrıca, İSK'nin her kararı, tahkimde delil olarak kabul edilebilir. Tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesinden doğacak uygulama ve yoruma ilişkin ihtilafları, İSK'ye götürebilmeleri için önce işveren, müteahhit ve Kurul üyeleri arasında üç taraflı bir *İhtilafları Sonuçlandırma Anlaşmasının* imzalanması gerekmektedir. Bu anlaşmanın ekinde ise, Kurulun kendisine havale edilen ihtilafları incelerken ve karar verirken uygulayacağı usul kurallarının düzenlendiği 9 maddelik *Usul Kuralları* yer almaktadır.²¹⁴

4. Kamu Alımlarında Sözleşme Taraflarının İnisyatifiyle Dostane Çözüme İlişkin Düzenlemelerin Uygulanabilirliğine İlişkin Durum

²¹⁴ Köksal, a.g.e., s.181.

Alternatif ihtilaf çözüm yolu, en genel tanımı ile tarafların resmî yollara başvurmadan anlaşma sağlamak üzere yaptığı görüşmelerin tümünü içermektedir.²¹⁵ Alternatif ihtilaf çözümü²¹⁶ olarak da bilinen dostane çözüm yöntemlerinin kamu alımlarına uygulanabilirliği incelendiğinde, kamu alım görevlileri ile kendi hukuk müşavirlerinin; yargı, mahkeme ve/veya dava açma sürecinin dışında kalarak anlaşmazlığı adil ve süratle çözmek isteği hemen dikkat çekmektedir.²¹⁷ Günümüzde idareler, mahkeme sürecinin ve yargılamanın uzun süreye yayılması ve dolayısıyla alım konusu ihtiyacın gecikmesi gibi nedenlerle devlet yargısına alternatif teşkil eden, tahkim yargısının dışındaki çeşitli ihtilaf çözüm yöntemlerini tercih etme eğilimi göstermektedir.²¹⁸ Hatta bazı devletler, özellikle başta kamu sektöründe alıcı ve tedarikçi arasındaki ticari sözleşme ihtilafları alanında, çatışma çözümü için birincil kaynak olarak alternatif ihtilaf çözümünü kurumsallaştırmaktadır.²¹⁹

AB genelinde alternatif ihtilaf çözümü konusunda, merkezi kamu alımının takındığı tutum gibi, kamu ve özel sektör arasındaki ihtilafların çözümü için yol gösterici bir araç olarak artan bir farkındalık vardır. AB genelinde işletmeler, özellikle kamu sektöründe sınır ötesi ticari ihtilaflarda, çözümde tarafsız ol(a)mayacağına inanılan ve güven vermeyen bölgesel/ulusal mahkeme sistemleri nezdinde dava açılmasının bir zorunluluk gerektirebileceği algısı nedeniyle kamu sektöründen uzak durmayı tercih etmektedir.²²⁰ Bundan dolayı, AB bir dizi tedbir yoluyla adalete erişimi kolaylaştırmak için çaba göstermektedir. Bu noktada alternatif ihtilaf çözümü, ticari ihtilaflarda adalete erişimi iyileştirmeyi hedefleyen kritik bir unsur kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, 2002 yılında Brüksel’de AB

²¹⁵ Gül, Acar, **a.g.m.**, s.827

²¹⁶ Alternative Dispute Resolution (ADR) küresel bir kavram olup, ihtilaf konusu sorunu mahkeme ve dava anlayışı dışında tutarak, sözleşme anlaşmazlıklarını adil ve süratli bir şekilde çözenin peşindedir. Dava açmanın bir alternatifi olarak kabul edilen kavram, dünya genelinde bir bütün olarak yargı sistemleri ve çoğu mahkeme sistemlerinin bir parçası olarak kurumsallaşmıştır. Aynı zamanda ekonomik küreselleşme ADR benimsenmesinde önemli bir güçtür. Büyük uluslararası işletmelerden kamu idarelerine satım artmaya başlarken, ADR uluslararası hukukun dışında sözleşme anlaşmazlıkları çözümünde gittikçe artan bir role sahip olacağı öngörülmektedir. John R. Miller, “Alternative Dispute Resolution (ADR): A Public Procurement Best Practice That Has Global Application”, **International Public Procurement Conference Proceedings**, 21-23 September 2006, s.633-658.

²¹⁷ Miller, **a.g.m.**, s.654.

²¹⁸ Özbay, **a.g.m.**, s.459.

²¹⁹ Miller, **a.g.m.**, s.654.

²²⁰ **A.e.**, s.661.

Komisyonu tarafından sunulan *Medeni ve Ticari Hukuk Alternatif İhtilaf Çözümü Üzerine Yeşil Kitap*²²¹da ifade edilmektedir. AP, 12 Mart 2002 tarihinde Yeşil Kitap hakkında bir “Çözümü” kabul etmiş ve belirli prosedürel garantiler içeren Avrupa çapında bir model kodu desteklemiştir. Bu gelişmeler neticesinde, Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Bazı Yönleri Üzerine 2008/52/EC sayılı Direktif²²² 21 Mayıs 2008 tarihinde AP ve Konsey tarafından çıkarılmıştır.²²³ Direktif, medeni ve ticari konularda sınır ötesi ihtilaflar için tasarlanmış olup; devlet otoritesinin uygulamasındaki eylem ve ihmaller ile gelir, gümrük ve idari konular kapsam dışında bırakılmıştır.²²⁴ Bir başka deyişle bu Direktif, medeni ve ticari konularda ihtilafları çözüme yöntemi olarak *arabuluculuk* kullanımına imkân tanımaktadır. Ayrıca üye devletler, arabulucuların eğitimi yanı sıra meslek için gönüllü yürütme kurallarının geliştirilmesi ve uygulanmasını teşvik etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte AB, ihtilaflara etkili çözüm bulunması konusunda ilerleme sağlamak amacıyla çıkardığı Kamu Alımı İhtilaf Direktiflerinin temel amaçlarından biri olarak alternatif ihtilaf çözümünü önermektedir. AB, alternatif ihtilaf çözümünün ihale ihtilaflarında, tedarikçi ile ihale makamları arasında tazminat talebinde açık ve etkili prosedürler sağlandığını ve güven oluşturulduğunu kabul etmektedir.²²⁵

Alternatif ihtilaf çözüm usullerinin çok eski olduğu kabul edilse de, bu usuller AB üyesi devletlerde son yıllarda gelişme göstermiştir.²²⁶ Mahkeme kararıyla ihtilafın çözümünün üçüncü bir kişiye havale edilmesini öngören alternatif ihtilaf çözüm usulleri, üye devletlerin çoğunda kanun hükümlerinin veya kanun taslaklarının konusunu oluşturmaktadır. Bu düzenlemeler, alternatif ihtilaf çözüm

²²¹ Komisyon Yeşil Kitapları, belirli bir konu (örneğin; bir sosyal politika, telekomünikasyon, tek para birimi,...) üzerinde tartışmayı teşvik etmek ve Avrupa düzeyinde istişarî süreci başlatmak amacıyla hazırlanan belgelerdir. Bu istişarelerin ardından, Birlik eylemi için pratik önerilerle tartışmanın sonuçlarını dönüştürerek bir Beyaz Kitap yayımına gidilebilir.

²²² OJEU, 24 Mayıs 2008, L 136/3.

²²³ Ayrıca, arabulucular için de yetki ve sorumluluklarının düzenlendiği bir yürütme yönetmeliği yayımlanmıştır. European Code of Conduct for Mediators, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf, 12 Ekim 2012.

²²⁴ OJEU, 24 Mayıs 2008, L 136/3, Article 1/2.

²²⁵ Miller, **a.g.m.**, s.664.

²²⁶ Mustafa Özbek, “Avrupa Birliği’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **TBB Dergisi**, Sayı 68, 2007, s.266. Örneğin, Almanya’da Arabuluculuk Kanunu, 26.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Almanya’da arabuluculuk ve diğer alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinin desteklenmesi olarak amacı ortaya konulan Kanun, Alman kanun koyucusu tarafından 2008/52/EG sayılı Belirli Medeni ve Ticari İhtilafların Çözümüne İlişkin Avrupa Direktifi’ni üye devletlerin 20 Mayıs 2011 tarihine kadar iç hukuklarına uygulama zorunluluğu kapsamında hazırlanmıştır. Tuğsavul, **a.g.e.**, s.37.

usullerine başvurma imkânının tanınması (örneğin Belçika ve Fransa), alternatif ihtilaf çözüm usulüne başvurulmasının teşvik edilmesi (örneğin İspanya, İtalya, İsveç, İngiltere ve Galler) ve hatta, kanunen veya hâkim kararıyla alternatif ihtilaf çözüm usullerine başvurulmasının bir ön şart haline getirilmesi (örneğin, Almanya, Belçika ve Yunanistan) şeklinde olabilmektedir.²²⁷

AB’de 750’den fazla alternatif ihtilaf çözümü kuruluşu bulunmaktadır. Çoğu üye devlette var olanlar sadece bazı sektörlerde (özellikle telekomünikasyon, enerji, finansal hizmetlerinin yanı sıra seyahat ve turizm sektörlerinde düzenlenmiş) tüketici ihtilafları üzerine işlemektedir. Diğer bazı devletlerde ise, bu kuruluşlar sadece belirli bölgelerde vardır. Diğer taraftan alternatif ihtilaf çözümünün AB üyesi devletlerde uygulanma durumuna bakıldığında, önemli eksiklikler görülmektedir. Bazılarında varlığı mevcut değilken ve/veya hiç tanınmamışken (Slovakya ve Slovenya gibi), bazılarında (Kıbrıs ve Romanya gibi) sistemin geliştirilmeye ihtiyacı vardır. Ayrıca, şu anda Komisyon’un kalite kriterleri (örneğin tarafsızlık, şeffaflık, etkinlik ve adalet gibi) açısından, özellikle alternatif ihtilaf çözümü kuruluşlarının düzenli kullanımı ve etkinliğini izlemek için ulusal kamu makamlarında hiçbir zorlama yoktur.²²⁸

Alternatif ihtilaf çözümü AB genelinde dayanak buldukça, bir *Avrupa Arabuluculuk Merkezi* oluşturmak için çağrı olmuştur. Merkezin rolü mahkemelerin dışında kendilerine sunulan çeşitli arabuluculuk seçeneklerinde, işletmelere ve idarelere danışmanlık, tanıtım ve eğitim gibi hizmetler sunmaktır. Ayrıca, Avrupa boyunca merkezi bir kuruluş olarak ortaya çıkan arabuluculuk kurumları, arabuluculuk ve diğer etkili en iyi uygulamaların kullanımını yaygınlaştırmada yardımcı olmaktadır. Avrupa’da alternatif ihtilaf çözümüne ilgi arttıkça, Avrupa genelinde kamu kurumlarının da dâhil olacağı, ihale ihtilaflarını çözmek ve iş ilişkilerini geliştirmek için, sözleşme dilinde kullanılmaya başlanacağı açıktır.²²⁹

Avrupa’da ilk arabuluculuk kurumu 1991’de İngiltere’de kurulmuştur. ABD’de federal hükümetin federal düzeyde alımlarında alternatif ihtilaf çözümü

²²⁷ Özbek, **a.g.m.**, s.282-283.

²²⁸ Alternative Dispute Resolution and Online Dispute Resolution for EU consumers: Questions and Answers, (Çevrimiçi) http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-840_en.htm?locale=en, 12 Ekim 2012.

²²⁹ Miller, **a.g.m.**, s.662-663.

uygulanmasına öncülük ettiği gibi, Avrupa’da da liderlik İngiltere’dedir. İngiltere’de hukuk ihtilaflarında arabuluculuğa başvurulması diğer AB üye devletlerine kıyasla oldukça yaygındır. İngiltere’de, hukuk arabuluculuğuna ağırlıklı olarak küçük miktarlı talepler, tüketici ve iş ihtilafları, ticari ihtilaflar, haksız fiil ve sözleşmeden doğan ihtilaflar ile hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat taleplerinde başvurulmaktadır.²³⁰

İngiltere’de alternatif ihtilaf çözümü güvencesi ile, Mart 2001’de başlatılan “*diğer tarafın kabul ettiği bütün uygun davalarda*” devlet kurumlarının alternatif ihtilaf çözümünü göz önünde bulundurması gerekmektedir. Güvence, merkezi idarenin, idari ihtilaflarda alternatif ihtilaf çözümü için kullanılabilir farklı seçenekler üzerine alım konusunda rehberlik edilmesini ve bunların nasıl farklı koşullarda en iyi uygulanabildiklerini ifade eder. Bu sayede idareler arasında tutarlılık sağlanacak ve en doğru uygulama yaygınlaşacaktır. Ayrıca, Anayasal İşler Dairesi (Department for Constitutional Affairs/DCA), devlet idareleri tarafından alternatif ihtilaf çözümünün kullanım ölçümlerinin sonuçlarını İzleme Raporu’nda yayımlamaktadır. Bu raporlarda, dava açma kültürü yerine uzlaşma kültürüne yakınlık dikkat çekmekte ve İngiltere genelinde devlet idarelerinde bu yönde belirgin bir çaba gözlenmektedir.²³¹

Aslına bakılırsa, alternatif ihtilaf çözümleri kamu alımlarında ve idari sözleşme yönetimlerinde değil de, özel hukukun çeşitli alanlarında kullanılmaktadır. Örneğin; tüketici ilişkileri, uluslararası ticaret, çevre düzenleme, işyeri sorunları ve

²³⁰ 1996 yılında iki yıllık bir pilot proje olarak kurulan Londra Merkez İlçe Mahkemesi Arabuluculuk Programı, 1998 yılında süreklilik kazanarak, 5.000 Pound’un üzerindeki ihtilaflarda arabuluculuk hizmeti sunmaktadır. Dolayısıyla, miktar ve değeri 5.000 Pound ve üzerindeki davalar mahkemenin arabuluculuk programına gönderilmektedir. Bu çerçevede haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan davalar, alacak ve tazminat davaları ile kiracı-kiralayan ihtilaflarında arabuluculuğa gidilmekte, buna karşılık ihtiyati tedbir talebi içeren davalar arabuluculuk kurumu için uygun kabul edilmemektedir. Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.274-275.

²³¹ Miller, **a.g.m.**, s.663. İngiltere’de 2002/2003 mali yılında alternatif ihtilaf çözümü kullanılmış/denenmiştir İdari ihtilaflarda başvuru sayısının 617 olduğu görülmüş ve bu rakamın bir önceki mali yıla göre % 1200 artış gösterdiği tespit edilmiştir. Alternatif ihtilaf çözümü uygulanan 617 başvurudan % 27’si kabul edilmiş ve alternatif ihtilaf çözümü kullanılan bu sorunların % 89’unda bir oturma başvurmaksızın karara ulaşılmıştır. Bu istatistiki bilgi, İngiltere devlet idarelerinde alternatif ihtilaf çözümü eylem düzeyinde önemli bir artış olduğunun delilidir ve ayrıca bu durum dava açma kültürü yerine idarelerin bir uzlaşma kültürüne bağlılığının geliştiğini gösterir. Ayrıca idarelerin alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerini kullanarak yadsınamaz oranda tasarruf sağladığı tahmin edilmektedir. Martin Partington, “ADR: Prospects and Challenges”, ADR Committee of the Civil Justice Council, 22 October 2003, s.6, (Çevrimiçi) <http://www.academy-experts.org/docs/fmadr221003.pdf>, 12 Ekim 2012.

boşanma gibi alanlardaki ihtilafları çözmek için tercih edilmektedir. Kamu alım amaçları bakımından alternatif ihtilaf çözümleri değerlendirildiğinde, alıma ilişkin herhangi bir ihtilaf konusunda ya da kamu alımı sözleşme yönetimi aşaması boyunca bir yüklenici, herhangi bir satın alma ile ilgili sorunun bir sonucu olarak istekli veya teklif verenle bir anlaşmazlığı çözmek için daha önceden belirlenen yöntemlerden herhangi birinin kullanımı anlamında genişletilerek tefsir edilebilir.²³²

Alternatif ihtilaf çözümü; ihtilafları çözmek adına kullanılan ve görece yaygın kabul gören uluslararası bir kavram olmasına rağmen, AB, Kanada ve ABD eyalet ve yerel düzeyde kamu alım yetkilileri ve yasal danışmanları tarafından ne oranda kullanıldığını ölçmek adına çok az nicel araştırma ve çalışma kabulü vardır. Bundan dolayıdır ki, uluslararası kamu sektörü alımları ve ulusal kamu alımlarında alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinin benimsenmesi üzerine yeterince araştırma mevcut değildir.²³³ Türkiye'ye baktığımızda, Türkiye merkezli yüklenici inşaat firmalarının yurt içi ve dışı pazarlarda karşılaştıkları muhtelif ihtilafların profilini ortaya koyan çeşitli araştırmalar olmakla beraber bunların sayıca sınırlı olduğu ve gelişmiş devletlerdeki literatür ile kıyaslandığında iç ve dış pazarlarda başvurulmuş ihtilaf çözüm yolları konusunda çok az bilgi birikimi bulunduğu anlaşılmaktadır.²³⁴

Diğer taraftan, alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinin geleneksel dava/yargıya kıyasla birçok avantaja sahip olduğu yönünde resmî ve kamu alımı yetkilileri arasında genel bir mutabakat söz konusudur. Bu avantajları şu şekilde sıralamak mümkündür: Anlaşmazlığın taraflarına sorunları kendi aralarında tanımlama imkânı verir; süreç gizli, uzlaşmacı ve kontrol edilebilirdir; ihtilaf süratle çözülebilir; iş ilişkisi korunmuş olur; idarenin hakları korunmaktadır; dava sonuçları önceden tahmin edilemezken alternatif çözümlerin sonuçları öngörülelebilmektedir; dava/yargı masraflarından kaçınılmaktadır; idarenin yönetim ve teknik kaynakları korunmaktadır. Görüldüğü üzere alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri pek çok avantaj sunmaktadır, fakat dikkat edilmesi gereken önemli dezavantajlar da yok değildir. Örnek vermek gerekirse; çözüm sürecinde içtihat hukuku ve hukuki emsalden kaçınılmaktadır, süreç iki katmanlı bir adalet sistemi meydana getirme riski

²³² Miller, **a.g.m.**, s.654.

²³³ **A.e.**, s.655.

²³⁴ Gül, Acar, **a.g.m.**, s.827.

taşımaktadır, süreç kararlılık gerektirmektedir, süreç birden fazla karmaşık sorunla karşılaşılması hâlinde işletil(e)meme gibi bir sonuç doğurmaktadır.²³⁵

Alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri devlet mahkemelerindeki yargılamaya alternatif teşkil eder, fakat yargı yolu yerine ikame edilecek bir usule karşılık gelmez. Özellikle arabuluculuk ve müzakere gibi alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri dava yoluyla birlikte uygulanan, dava yolunun yanında seçimlik olarak başvuru olan enstrümanlardır.²³⁶ Bir başka anlatımla alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri tabiriyle kastedilen, tarafların aralarında çıkan ihtilafları çözmek için devlet yargısı ve tahkim gibi kendileri için bağlayıcı olacak karar mekanizmalarına başvurmak yerine, müzakere, arabuluculuk, uzlaşma, bağlayıcı olmayan tahkim gibi yöntemlere başvurmalarıdır.²³⁷ Taraflara yardımcı olan arabulucu, uzlaştırıcı, tarafsız ön değerlendirici gibi üçüncü kişilerin ihtilaf hakkındaki görüşleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bağlayıcı nitelikte değildir. Bu husus, alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerini devlet yargısından ve tahkimden ayıran en temel özelliktir.²³⁸

Çatışma süreci genellikle hak talebi ile başlamaktadır. Hak talebi, başlangıçta öngörülemeyen bir sebepten dolayı meydana gelen kaybın telafisinin istemidir. Hak talebi süreci, etkili olarak yönetilmediği takdirde artarak çatışmalara dönüşmekte ve çözüm zorlaşmaktadır. Bu süreçte etkin çatışma yönetimi ve çatışma kontrolü, sözleşme ve buna bağlı olarak hukuk üzerinden sağlanmaktadır. Resmî yargı güce dayalı bir çözümü ifade ederken, tahkim haklara dayanır, alternatif ihtilaf çözüm

²³⁵ Miller, **a.g.m.**, s.655-656.

²³⁶ İhtilafların çözümü için birbirlerine göre çeşitli avantajları ve dezavantajları olan muhtelif yollar kullanılmaktadır. Müzakere, Arabuluculuk, Tahkim, Mini-Deneme, Gerçekleri Bulma ve Aracılı Tahkim anlaşmazlık çözüm sürecinde en sık kullanılan genel tekniklerdendir. Miller, **a.g.m.**, s.656.

²³⁷ Alternatif çözüm yolları denilince, devlet yargısının alternatifini oluşturan yollar anlaşılmalıdır. Zira bu durumda tahkim müessesesi de alternatif çözüm yolları içerisine girer. Hâlbuki tahkimde, hakemler taraflar için kesin ve bağlayıcı kararlar verirler ve hakem kararı, tenfizine veya tasdikine karar verildiğinde aynen mahkeme kararları gibi icra edilir. Ziya Akıncı, “Milletlerarası Ticarete Alternatif Çözüm Yolları”, **BATİDER**, C.17, S. 4, 1996, s. 101.

²³⁸ Alternatif ihtilaf çözümünde üç unsurdan söz etmek mümkündür. Temel unsur olarak da kabul edebileceğimiz birinci unsur, çözüme ulaşmada tarafsız üçüncü kişinin müdahalesinin gerekliliğidir. Çünkü taraflar arasında yaşanan ihtilaf taraflarca giderilemediği için ihtilafa dönüşür ve bu aşamada alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri devreye girer. İkinci unsur, söz konusu yöntemlere tarafların iradesi ile başvurulabileceği gibi, mahkeme veya tahkim süreci devam ederken, tarafların talebi veya doğrudan hâkimin/hakemin inisiyatifi ile başvurulabilmesidir. Ayrıca, alternatif ihtilaf çözümü, yargılamanın zorunlu bir uzantısı olarak da düzenlenebilir. Üçüncü unsur ise, kullanılan yöntemlerle ulaşılan çözüm, kural olarak bağlayıcı olmamakla birlikte tarafların alternatif ihtilaf çözüm yönteminin bağlayıcı olmasını karşılıklı olarak kararlaştırabilmeleridir. Özbay, **a.g.m.**, s.460-464.

yolları ise uzlaşmaya yönelik dostane çözüm olarak görülebilir. Araştırmalar, ihtilafların taraflarını sorun çözümünde daha etkin işlevler üstlenmeye zorlayan *arabuluculuk* gibi yaklaşımların, çözümü üçüncü tarafın eline bırakan *tahkim* gibi yaklaşımlara kıyasla daha olumlu sonuçlar doğurduğunu ortaya koymaktadır.²³⁹

İhtilafların birden fazla sebebi bulunmaktadır. Bunları: Müşterilerin (kamu için işveren) gerçekçi olmayan beklentileri, teknik şartnamelerin yetersizliği, projedeki değişiklikler, işlerin kalitesindeki sorunlar, taraflar arasındaki enformasyon iletişimi ve paylaşımındaki aksamalar, takım ruhunun olmaması, ödemelerdeki aksaklıklar, risklerin taraflar arasındaki dağılımıyla ilgili ihtilaflar şeklinde sıralamak mümkündür. Taraflar aralarındaki ihtilafı çözmek üzere *bağlayıcı* ya da *bağlayıcı olmayan* çeşitli alternatif çözüm yollarına başvurabilirler. Bağlayıcı olan çözüm yolları resmî yargı ve tahkim ile tanımlanırken; bağlayıcı olmayan çözüm yolları sektörlerin ihtiyaçlarına bağlı olarak sürekli olarak gelişerek tarafların çıkarlarına en uygun çözümü bulmak üzere farklılaşmaktadır. Bağlayıcı olmayan çözüm yolları türlerine baktığımızda bazısı bir nevi *yarı bağlayıcı* yabancı literatürdeki ifadesiyle *soft-law* bir niteliğe sahiptir. Bağlayıcı olmayan alternatif ihtilaf çözüm yolları, daha az resmî metotlardan oluşmaktadır. Bu metotlar yasal çözümlerin yüksek maliyetlerinden ve uzun sürelerden korunmak amacıyla ortaya çıkmıştır. Sözleşme belgeleri, tarafları mahkemeye gitmekten alıkoyamaz; hükümler bağlayıcı olmasa da, taraflar adli çözümün külfetlerine katlanmak yerine ihtilafı çözmek için, alternatif bir çözüm yoluna gitme eğilimi gösterebilirler.²⁴⁰

Bağlayıcı çözüm yolları bağlayıcı olmayan çözüm yollarının yetersiz kaldığı veya çare olamadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Taraflar alternatif ihtilaf çözüm yolları ile ihtilafı çözüme kavuşturamamışlarsa, bağlayıcı bir karar verecek üçüncü tarafın varlığına ihtiyaç duyabilirler. Bu durumda taraflar avukatlar ve/veya danışmanlar ile savunmalarını iyi oluşturmaları ve gerekli ise savlarını tanıklarla desteklemeleri gerekmektedir. Taraflar, üçüncü kişinin bağlayıcı karar verebilme yetkisini sözleşme aşamasında belirleyebilecekleri gibi ihtilaf aşamasında alternatif

²³⁹ Gül, Acar, **a.g.m.**, s.829

²⁴⁰ **A.e.**, s.830-831.

ihtilaf çözüm yolları ile çözülememesi durumunda da bu yetkiyi üçüncü kişiye verebilirler.²⁴¹

Kamu alım sözleşmelerinin taraflarından bir olan idarenin, dostane çözüme ilişkin olarak yargı dışı yöntemlere başvurması tek başına yeterli bir eylem olmayıp, uygulanabilirliğini de sağlaması gerekir. Bu bakımdan idare, bir ihtilaf söz konusu olduğunda yargı yoluna gitmeden yargı dışı ihtilaf çözüm yöntemine başvurmasının hem kendi hem ilgilisi hem de kamu yararı bakımından daha doğru olacağı konusunda bilinçlendirilmelidir. Dostane çözümün işlerliği için idare, ilgili tarafından kendisine yargı dışı çözüm yöntemine başvurma teklifi geldiğinde, kabul etmeyi prensip edinmeli, bir başka anlatımla yargı dışı çözüm yöntemi kural olmalı, yargı yolunu tercih etmek istisna olmalıdır. Hatta idare, ilgiliye bu yolu önermelidir. Bununla birlikte idare, isteyerek veya istemeyerek kabul ettiği yargı dışı çözüm sürecinde uzlaşmayı esas almalıdır. İdare, müzakereye veya uzlaşmaya; anlaşmak, sonuca varmak, mahkemeye gitmeden ihtilafı kendi içinde kendi inisiyatifıyla çözmek üzere başlamalıdır. Böylece, ihtilaf konusu idari işlemi değiştirmeyi, kaldırmayı, geri almayı veya idari eylemden doğan hak ihlalini gidermeyi göze alarak sürece dâhil olmalıdır.²⁴²

F. Türkiye Uygulamasında Kamu Alımı Sözleşme İhtilaflarının Yargıya Gidilmeden Çözülmesine Dair Öneriler

Fransa'da Conseil d'Etat'ya yapılan başvuruların 1970 yılında yıllık bazda 2800'den az olduğu hâlde, başvuruların giderek artması ile 1990'da bu istatistiğin 9700'lere varması idari yargı alanındaki iş yoğunluğunun arttığını göstermektedir.²⁴³ Türkiye'ye bakıldığında da durum farklı değildir. Danıştay'a gelen toplam dava sayısının 1986'da 22943 iken, 2000 yılında bu sayının 64352'ye ulaşması, idari yargı sistemimizin iş yoğunluğu dolayısıyla tıkanmaya doğru gittiğini göstermektedir.²⁴⁴

²⁴¹ A.e., s.831-832.

²⁴² Odyakmaz, a.g.m., s.80-81.

²⁴³ 2011 yılı itibarıyla Conseil d'Etat'ya gelen dava sayısı 9801 olarak açıklanmıştır. (Bir önceki yıl [2010] bu sayı 9942 olarak verilmiştir. 2009 yılında ise 9986'dır.) Davaların % 96'sında, davanın nihai kararı, ön karar veren hâkim tarafından varılan kararı yansıtmaktadır. **The Conseil d'Etat in 2011**, (Çevrimiçi) http://www.conseil-etat.fr/media/document/RAPPORT%20ETUDES/bilan_2011_english.pdf, 18 Mayıs 2013, s.34.

²⁴⁴ Son 10 yılda Danıştay'da açılan ve sonuçlanan dosya istatistikleri ise şöyledir: "2000 yılında açılan dosya sayısı 64 bin 352; sonuçlanan dosya sayısı 58 bin 933. 2001 yılında açılan dosya sayısı 56 bin

Bu tıkanıklığı önlemek için Fransa'da 31 Aralık 1987 tarihinde çıkarılan yasa ile idari yargı reformuna yönelik atılımlar yapılmış ve tahkim ya da milli yargı yoluna başvurulmadan önce, idari bir başvuru sonucu gidilecek uzlaşma usullerinin kurulmasını öngören bir hüküm, idari yargının iş yükünü hafifletmek amacıyla kabul edilmiştir.²⁴⁵

Türkiye'de idarenin taraf olduğu çok sayıda dava bulunmaktadır. Bu davalar şekli yargılama hukuku kuralları yüzünden uzun sürmekte; bu durum da hem idarenin hem de vatandaşların gereksiz masraflara katlanmasına yol açmaktadır. Dahası, idare mahkemeleri davaların geç sonuçlanması nedeniyle, idari eylem ve işlemlerden dolayı zarar gören kişilerin zararlarını tam olarak tazmin edecek kararlar verememektedirler.²⁴⁶ Türkiye'de kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilileri ileride herhangi bir sorumlulukla karşılaşmamak düşüncesiyle, hukuk müşavirlerini gereksiz yere dava açmaya veya açılmış olan davaları sonuna kadar sürdürmeye zorlamaktadırlar.²⁴⁷ Pek çok ihtilafta uzlaşma teşebbüsünde bulunulmaması veya uzlaşma için çaba gösterilmemesi yüzünden davalar yargı aşamasına taşınmaktadır. Bu nedenle, idari mercilerin bünyesinde oluşturulacak alternatif ihtilaf çözüm birimlerine yetki verilerek alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri, idare hukukunun bir parçası haline getirilmelidir.²⁴⁸

791; sonuçlanan dosya sayısı 58 bin 187. 2002 yılında açılan dosya sayısı 59 bin 98; sonuçlanan dosya sayısı 59 bin 896. 2003 yılında açılan dosya sayısı 50 bin 937; sonuçlanan dosya sayısı 57 bin 687. 2004 yılında açılan dosya sayısı 63 bin 480; sonuçlanan dosya sayısı 56 bin 500. 2005 yılında açılan dosya sayısı 70 bin 783; sonuçlanan dosya sayısı 64 bin 931. 2006 yılında açılan dosya sayısı 79 bin 269; sonuçlanan dosya sayısı 68 bin 49. 2007 yılında açılan dosya sayısı 107 bin 41; sonuçlanan dosya sayısı 83 bin 101. 2008 yılında açılan dosya sayısı 124 bin 363; sonuçlanan dosya sayısı 91 bin 961. 2009 yılında açılan dosya sayısı 121 bin 303; sonuçlanan dosya sayısı 101 bin 481. 2010 yılında açılan dosya sayısı 123 bin 497; sonuçlanan dosya sayısı 99 bin 474. 2011 yılında açılan dosya sayısı 146 bin 595; sonuçlanan dosya sayısı 110 bin 22. 2012 yılında açılan dosya sayısı 143 bin 133; 140 bin 815." (Çevrimiçi) http://www.danistay.gov.tr/danistay/3_acilan_10_yil.pdf, 18 Mayıs 2013. İstatistikten de görüldüğü üzere en az dosya 2003 yılında, en fazla dosya ise 2011 yılında açılmıştır. 2000 yılından bu güne artma yönünde bir eğilimle, Danıştay'ın iş yükündeki artış açıkça gözlenmektedir.

²⁴⁵ Keskin, **a.g.e.**, s.145.

²⁴⁶ Mustafa Özbek, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), **TBB Dergisi**, Sayı 56, 2005, s.93.

²⁴⁷ Devlet Planlama Teşkilatı, "Adalet Hizmetlerinde Etkinlik", Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000, s.51.

²⁴⁸ Özbek, **a.g.m.**, s.94. Bu konuya Dokuzuncu Kalkınma Planı'nda da şu ifadelerle yer verilmektedir: "İdari başvuru sürecinde etkin rolleri olan başta kamu denetçisi (ombudsman) olmak üzere, hakem heyetleri, arabuluculuk ve uzlaştırma kurulları gibi yargı dışı alana özgü alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına mevzuatımızda yer verilmemiş olması dava sayılarında artışa yol açmaktadır."

Günümüzde alternatif ihtilaf çözüm yöntemleri, geleneksel ihtilaf çözüm mercileri mahkemelere göre daha makul karşılanmaktadır. Bununla birlikte, ihtilaf çözümünü öne çıkaran literatür, mahkeme yargılaması dışında çok sayıda ihtilaf çözüm yolunun mevcut olduğuna vurgu yapmaktadır. Gerçekten de dava konusu olmaya uygun olmayan ihtilafların başlangıçta hakemler, arabulucular, vakıa tespitçileri veya ombudsmanlar gibi bir grup ihtilaf çözüm uzmanına havale edilmesi mümkündür.²⁴⁹

Türk hukukunda bazı kanunlarda ihtilafların çözümünde idarelere yetki tanındığı görülmektedir. 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 26'ncı maddesinde, hak sahipleri arasındaki ihtilafların yargıya intikal etmeden önce, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü tarafından müzakere ve sulh yoluyla çözülmeye çalışılacağı öngörülmüştür. Benzer şekilde, Vergi Usul Kanunu'nun ek 1-12'nci maddeleri arasında düzenlenen uzlaşma, mükellefle idare arasında çıkan ihtilafların yargı yoluna başvurmadan önce, taraflarca müzakere edilerek çözülmesi; diğer bir deyişle, vergi ya da cezanın miktarı konusunda her iki taraf arasında uzlaşma sağlanarak ihtilafın giderilmesi mümkündür.

Ancak, idare hukukumuzdaki bu hükümler alternatif ihtilaf çözümünü düzenlememekte ve belirli türdeki ihtilaflarla sınırlı kalmaktadır. Oysaki yapılacak genel bir yasal düzenlemeyle, idare hukukumuzda alternatif ihtilaf çözümüne genel olarak işlerlik kazandırılmalıdır. İdare hukukuyla ilgili olarak hazırlanan bazı kanun taslak ve tasarılarında alternatif ihtilaf çözümünden açıkça söz edilmektedir. *Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı*'nda yargı dışı çözüm usulünün kullanılması ile ilgili hükme göre, müzakere ve uzlaştırma olmak üzere iki çeşit yargı dışı çözüm usulü öngörülmüştür. Bir başka tasarı ise, kişilerle idare arasında, özel hukuk ilişkilerinden doğan, konusu para alacağı olan ve adliye mahkemelerinin görevine giren ihtilafların uzlaştırma yoluyla çözülmesi amacıyla 1994 yılında "Uzlaştırma Kurullarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerine Dair Kanun Tasarısı" şeklinde hazırlanmıştır. Bu tasarı Adalet Komisyonu'nda *Kişilerle İdare Arasında Özel Hukuk İlişkilerinden*

Devlet Planlama Teşkilatı, Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2007, s.22, (Çevrimiçi) <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zel%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/1/oik684.pdf>, 27 Eylül 2014.

²⁴⁹ Özbeke, a.g.m., s.91.

Doğan İhtilafların Uzlaştırma Yolu İle Halline Dair Kanun Tasarısı adını alarak aynen kabul edilmiş; fakat, tasarının kanunlaşması m¼mk¼n olmamıştır.²⁵⁰

T¼rkiye’de kamu alımlarında, açık bir yasal d¼zenleme olmaksızın, uzlaşma k¼lt¼r¼n¼n olduğunu ve uygulamada anlaşmazlığın öz¼lmesine katkı sağladığını s¼ylemek m¼mk¼nd¼r. Taraflar aralarındaki sorunu bir şekilde aşma çabası g¼stermektedir, fakat bu çabanın her zaman iyi niyet çerçevesinde y¼r¼mediđini de belirtmek gerekir. T¼rk kamu alımları uygulamasında, asıl sorun yargıya gitmek değil, gitmemektir. Y¼klenici, işveren olarak g¼rd¼đ¼ idare ile ilişkilerini ve ticaretini devam ettirmek adına, haksızlığa uğradığını d¼ř¼nse de yargı yolunu tercih etmekten imtina etmektedir. Dolayısıyla, m¼zakere kamu alımları bakımından uygulamada tarafların öncelik ve önem verdiği bir uzlaşma aracı olarak d¼ř¼n¼lmelidir, ancak m¼zakereden sonuç alınamaması h¼linde öz¼m için gidilecek sonraki yerin yargı olması yerinde bir d¼zenleme değildir. M¼zakere ile yargı yolu arasına, KİSK ve alt mevzuatta yapılacak d¼zenlemelerle, tarafların m¼racaat edebileceği en az bir yargı dışı alternatif öz¼m aracı konulmalıdır. Kanunlaşarak uygulama imk¼n¼ bulan arabuluculuk bu anlamda önerilebilir bir araçtır. İdarenin kendini g¼l¼ ve imtiyazlı hissettiği m¼zakere s¼reci, y¼klenicinin genelde haktan feragat etmek zorunda kaldığı ve ihtilafı yargıya taşımak istemediğinden, idarenin öneri ve isteğini, onaylamasa da kabullendiği gayrı resm¼ bir uzlaşı y¼ntemidir. Eğer, m¼zakere ile yargı arasına arabuluculuk gibi alternatif bir öz¼m mekanizması konulabilirse, y¼klenici bu aşamada daha adil bir öz¼me ulaşma imk¼n¼ bulabilecektir. Arabuluculuk, tarafların kendi öz¼m önerilerini ortaya koydukları ve bunun ¼zerinden uzlaşı aradıkları bir öz¼m y¼ntemidir. Karşılıklı rızaya dayanan öz¼m, en adil öz¼md¼r. Bu nedenle arabuluculuk m¼essesini kamu alımlarında m¼zakere aşamasından sonra işletilebilecek bir öz¼m aracı olarak d¼ř¼n¼lebilir.

Tarafların serbest iradesine dayanan arabuluculuk y¼nteminin kamu alımlarında uygulanabilmesinde kapsam y¼n¼nden de bir sorun g¼r¼nmemektedir. Özel hukukta, irade serbestisine geniş bir alan tanınmışken, kamu hukukunda bu alan daha dardır. Buna karşılık, medeni usul hukuku hem kamu hukuku hem de özel hukuka ilişkin özellikler g¼stermektedir. Zira, medeni yargılama hukukunda irade

²⁵⁰ A.e., s.98.

serbestisinin sınırlarını *kamu düzeni* belirlemektedir. Bu nedenle, ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümü, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece hukukumuzda uygulama alanı bulacaktır. Arabuluculuk sözleşmesinin geçerli olabilmesi için diğer bir husus, ihtilaf konusunun arabuluculuğa elverişli olması gerekir. Maddi hukukun, taraflara ihtilaf konusu üzerinde anlaşarak tasarrufta bulunma yetkisi vermediği hâllerde arabuluculuk sözleşmesi geçersizdir. Bir başka anlatımla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, sulh yolu ile halledebilecekleri bir konu mevcut ise arabuluculuk sözleşmesi geçerlidir. Dolayısıyla, alacak davasına konu ihtilaflar, tazminat istemleri, taşınır mallara ilişkin ihtilaflarda taraflar ihtilaf konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebileceklerinden arabuluculuk sözleşmesinin yapılması mümkündür.²⁵¹

Bu çerçevede, Türk hukukunda ticari ve medeni konularda ortaya çıkan özel hukuk ihtilaflarının yargıya varmadan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla çözüme kavuşturulmasını amaçlayan *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*'nun²⁵² kamu alım sözleşmelerine de teşmil kılınması ve bu anlamda kamu alım mevzuatında arabuluculuk müessesine izin veren düzenlemelerin yapılması, kamu alım sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtilaflarda daha sağlıklı ve adil sonuçların alınmasına katkı sağlayacaktır. Kanun koyucu söz konusu Kanun'un kapsamını, "...yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır" demek suretiyle belirlemiştir. Kamu alım sözleşmeleri de, çalışmada görüldüğü, yüksek yargı ve büyük ölçüde öğretinin de kabul ettiği üzere idarenin özel hukuk sözleşmesidir. Geniş bir yorumla, kamu alım sözleşmelerinin uygulanmasında tarafların düştüğü ihtilafın (ya da belirli bir

²⁵¹ Tuğsavul, **a.g.e.**, s.108-110.

²⁵² Türkiye'de yargı reformu çerçevesinde davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesini sağlamak amacıyla AB ile bu konudaki mukayeseli hukuktaki düzenlemeler incelenerek *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı* hazırlanmış, 25.10.2011 tarihinde esas komisyon olarak Adalet Komisyonu'na ve tali komisyon olarak da Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonu'na havale edilmiştir. Tasarı 07.06.2012 tarihinde 6325 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. 14.06.2012 tarihinde Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmiş ve 22.06.2012 tarihli, 28331 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Tuğsavul, **a.g.e.**, s.18. Görüldüğü üzere Kanunun çıkışında AB dinamikleri ve gerekleri etkili olmuştur.

ihtilafın) arabulucu²⁵³ aracılığıyla çözümlenmesine olanak tanımak, idare ile yükleniciyi yargıya müracaat etmeden adil bir çözüme daha da çok yaklaştıracaktır.

²⁵³ Buradaki arabulucudan, kamu alımları konusunda hem teknik hem de hukuki anlamda uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi anlaşılmalıdır. Zira, Türkiye ve birçok AB üyesi devlette *arabulucu* denilen aktör, avukatlar ve/veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerden oluşmaktadır. İngiltere’de ise, Londra Merkez İlçe Mahkemesinin Arabuluculuk Programındaki arabulucuların tümü arabuluculuk eğitimi almış olup birçoğu avukattır. Bununla birlikte, bazı davalarda arabulucular uzmanlıklarına göre seçilmektedir. Örneğin, bir inşaat ihtilafında, bu konuda uzman bir arabulucu atanmaktadır. Nitekim, tarafların da arabulucunun belli bir meslekten olmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Özbek, **a.g.e.**, s.276.

SONUÇ

Bu çalışmada, kamu alımlarında sözleşme sonrası görülen ihtilaflar, Türkiye uygulaması üzerinden ele alınarak, AB hukuku ve üye devlet uygulamaları bakımından incelenmiştir. Çalışmada konu hakkında genel bir görünüm vermek ve bu yönüyle literatüre katkı sağlamak amaçlanmıştır. Bu amaç çerçevesinde, çalışma içinde öne çıkan bulgular ve sonuç kabilinden değerlendirilebilecek çıkarımlar genel hatlarıyla aşağıda tartışılmaktadır.

Sözleşme hukukunun üç temel işlevi bulunmaktadır: Sözleşmelerin hukuken bağlayıcılığının belirlenmesi, uygulanabilir sözleşmeler ile ortaya çıkan hak ve yükümlülüklerin tanımlanması ve sözleşmeye aykırılık hâllerinin çözümlenmesi. Bu çerçevede sözleşmeler, taraflar arasında hukuki ilişki tesis eden ve zaman zaman da çeşitli ihtilafların yaşandığı hukuki işlemlerdir. Zira, sözleşmelerde hiç sorun yaşanmaması beklentisi, uygulama pratiği ile bağdaşmayan bir tutumdur. Sözleşmeler ne kadar dikkatli, özenli ve kapsamlı hazırlanırsa hazırlansın, katılımcılar arasında her türlü sorunun öngörülmesi ve sözleşmede önlem alınması her zaman mümkün değildir. Bu nedenle, öngörül(e)meyen sebeplerden ya da sözleşme hükümlerinin algılanmasındaki farklılıklardan kaynaklı, katılımcılar arasında çatışmalar çıkması olağan bir durumdur. Sorun, bu olağan durumda tarafların çözüm odaklı, uzlaşma merkezli bir yaklaşım göstermemesidir. Çatışmalar, görmezden gelindikleri ya da iyi yönetilmedikleri durumlarda ihtilafa/uyuşmazlığa dönüşmekte ve uygulama üzerinde olumsuz etkilere yol açmaktadır. Ayrıca, çalışma konusu kamu alım sözleşmelerinin uygulanması aşamasında görülen ihtilaflar, kamu alımı ile hedeflenen sonuca ulaşılmasına engel bir durum yaratacağı gibi kamu kaynaklarının israfına ve hizmetin görülmesinde zaman kaybına da neden olmaktadır.

Çalışmada görüldüğü üzere, kamu alım sözleşmelerinde de ihtilaflar yaşanmaktadır. Kamu alımlarında sözleşme ihtilafı olarak nitelendirilen ve çeşitli değişkenlere göre davaların tasnifi sonucunda öngörülen ana hatlar: Sözleşme türü (yapım, hizmet ve mal alım sözleşmesi); maddi açıdan aranan çözüm yolunun mahiyeti (beklenmedik olaylar için tazminat, sözleşmenin ihlali durumunda tazminat miktarı, sözleşme bedelinin revizyonu, vb); bir yargı/hâkim kararından önce itiraz

edilen idarenin kararının mahiyeti (ek maliyetlerin ya da gecikmelerin varlığının kabulünün reddi, sözleşmenin feshi, vb); yükleniciye karşı idarenin şikâyeti (yetersiz çalışma, uygulamada gecikmeler, vb) ve karar türleri (kabul, ret, yasal adımlar atılmadan önce uzmana danışma, vb) şeklinde sıralanabilir.

Türkiye uygulamasında kamu alım sözleşmelerinin uygulanması aşamasında görülen en sorunlu noktalar; sözleşmenin açık olmaması ve ödenek yokluğunun yaşanmasıdır. Ayrıca, kamu alım ihalelerinde tip sözleşme kullanılması ve sözleşme maddelerinin tartışılmaması, yapım işi sözleşmelerinde sorunlu konulara yapı tekniği yönüyle bakabilecek uzman hukukçu eksikliği, kullanılan şartnamelerin işvereni (idare) kayırmacı niteliği ve idareler üzerine getirilmiş yaptırımların olmayışı, yüklenicilerin sıkıntı çektiği diğer konulardır. Bununla birlikte, yapım işlerinde yüklenicilerin uygulama sürecinde en çok şikâyet ettiği konu, projelerin tamamlanmadan eksik şartname ile ihaleye çıkılmasıdır. Kamu kurum ve kuruluşlarının uygulama projeleri üzerinde; gerekli teknik donanım, gerçekçi keşifler ve yeterli bütçe imkânları sağlanmadan ve ayrıca ihaleye konu ihtiyaçların önem sırasını belirlemeden ihaleye çıktığı ve ödenek olanaklarını yeterince iyi kontrol etmediği, bunun sonucunda da ödemelerde ciddi sorunların yaşandığı uygulamada rastlanılan bir husustur. Dolayısıyla, ödemelerdeki gecikme ve proje değişiklikleri yüklenici ile idare arasında önemli bir sorun alanı teşkil etmektedir.

Kamu alım sözleşmelerine ilişkin olarak meydana gelen ihtilaf konularının biri veya birkaçı uygulamada ihtilaf konusu olabilmektedir. Kamu alımı kapsamındaki bu ihtilaf konularını; öngörülemezlik, sözleşme şartlarının değişmesi (iş miktarında artma veya eksilme, süre uzatımı, fiyat farkı uygulanması), yer teslimi, projelerin hazırlanması, taahhüdün yerine getirilmemesi, ifa imkânsızlığı, sözleşmenin feshi, hak ediş raporlarının düzenlenmesi ve ödemenin yapılması, kabul işlemleri, teminatların iadesi şeklinde sıralamak mümkündür. Türkiye uygulamasında bu konulara ait ihtilafların önemli bir bölümü, bir sözleşme rehberi olan ve kapsamında birçok çözümü de içeren KİK ve KİSK alt mevzuatının ilgili hükümleri çerçevesinde çözümlenebilmektedir. Anlaşmazlığın çözülememesi hâlinde ise idareler, çözümlenemeyen ihtilaflar için idarenin bulunduğu yer mahkemesini sözleşmede çözüm yeri olarak göstermektedir.

Yüksek yargı kararlarına ve öğretideki hâkim görüşe göre, 2886 sayılı DİK ve 4734 sayılı KİK'e göre yapılan ihaleler sonrası akdedilen sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Buna göre, 2886 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılarak sözleşme tarafının seçildiği; satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisine yönelik sözleşmeler ile 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan mal ve hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmesidir. Bu itibarla, Türk kamu alım mevzuatına göre akdedilen sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu saptamadan doğan zorunlu sonuçlar; sözleşmenin kurulması aşaması ile imzalanmasından sonraki döneme ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde bir ihtilaf çıkarsa hem iş sahibi idare hem de yükleniciler hak ve hukuklarının korunmasını özel hukuk hükümlerine göre, özel hukuk kuralları doğrultusunda adli yargı mercilerinden talep edeceklerdir. Ancak, sözleşmenin kurulmasından ayrılabilen işlemler (sözleşmenin imzalanmasından önceki idarenin işlemleri), idari işlem olma özelliklerini koruduğundan taraflar arasında bu aşamada çıkacak ihtilafların çözümü, idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı mercileridir.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, ihtilafın tarafı olan ve sözleşme hukukuna göre eşit kabul edilen idarenin, nasıl ki sözleşme öncesinde birtakım üstünlük ve ayrıcalıklarını dikkate alarak davranmakta ve yetki kullanmakta ise, sözleşmenin uygulanmasında görülen bahse konu ihtilaf alanlarında da üstün yetki ve ayrıcalıklarını korumaya çalıştığı ve ihale sürecine benzer refleksler gösterdiğidir. Zira, KİK mevzuatı ve ihale dokümanlarına bakıldığında, idareye tanınan üstünlükler, sözleşmenin imzalanmasından önce başlamakta ve sözleşmenin uygulanması ile birlikte sona ermesine kadar devam etmektedir. Bir başka anlatımla, kamu alım mevzuatındaki hükümler idarenin sözleşme ilişkisinde güçlü ve üstün taraf olmasına olanak tanımaktadır. İdarenin bu durumu, kamu hizmeti gibi sihirli bir kavrama dayanmasından ileri gelmektedir. Nitekim Yargıtay da, 4735 sayılı Kanuna tabi idarelerin kamu hizmeti ifa ettiğini ve ihale işlemlerinin de bu hizmetin gereklerinden olduğunu kabul etmektedir. Esasen, kamu alımı olmadan bir devleti yönetmek veya hizmet sunmak da olanaklı değildir. Diğer taraftan, yüklenicinin kamu alımlarında, aslında tek taraflı bir sözleşme ilişkisine girdiği ortadadır.

Yüklenici ya tümüyle sözleşmeyi kabul edecek ya da reddetmesi hâlinde sözleşmeyi imzalamayarak geçici teminatını kaybedecek ve bununla birlikte ihalelere katılmaktan yasaklama cezası alacaktır. Bu itibarla, sözleşmenin *kamu* olma karakteristiği, kamu alımlarında ağırlığını açıkça hissettirmektedir. Bu durum, ilgili düzenlemeler ve tip dokümanlar esas alındığında, kamu gücü ayrıcalıklarının ön planda olduğu bir özel hukuku aşan rejimin varlığına açıkça işaret etmektedir.

AB üyesi devletlere bakıldığında, Türk kamu alım hukukundaki bütüncül/kategorik yaklaşım görülmemektedir. Örneğin, Türkiye uygulamasında idarenin bayındırlık işleri konusunda yaptığı sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi sayılmakta ve gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında adli yargının görevine girdiği kabul edilmektedir. İspanya, Portekiz ve Fransa'da ise bayındırlık işleri sözleşmeleri yasa ile idari sözleşme sayılmaktadır. Türkiye uygulaması bakımından konu irdelendiğinde varılan sonuç, sözleşmenin tarafları olan yüklenici ile idare arasındaki ilişkileri bir bütün olarak özel hukuk ya da kamu hukuku rejimine tabi tutmak yerine, her ilişki ve işlemi anlamlı olduğu rejim içinde değerlendirmenin yerinde bir düşünce olacaktır. Zira, *idari* niteliği doğrudan, içeriği kamu hukuku ilke ve kurallarıyla belirlenen farklı bir hukuki rejime atıf yaparken; *sözleşme* ise özel hukukun tipik ve temel kavramıdır. Bu ikisinin bir arada düşünülmesi, aslında iki farklı hukuk anlayışının/yaklaşımının karşılaşması ve kaynaşması anlamına gelmektedir. Öğretide, idari yargı ile adli yargı arasındaki ayrım ise, kamu hukuku ile özel hukuk arasında var olan ilke ve bünye farklılığına dayandırılmaktadır. Bu hukuk alanlarının ilkelerine dayanılarak düzenlenmiş konuların farklılığı, bu iki yargı yolunun birbirinden ayrılmasının ve birbirinden bağımsız olmasının nedeni sayılmakta ise de, bu iki yargı yolunun uygulamada birbiriyle karşılaştığı ve birbirini etkilediği görülmektedir.

Bu çalışmada da incelendiği üzere, kamu alımlarında idare hukuku ve özel hukukun karşılaştığı en tipik ihtilaf konusu, idari işlemin yargı organınca iptalinin sözleşmeye etkisidir. İster idari ister özel hukuk sözleşmesi olsun, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin yargı organınca iptalinin sözleşmenin hukuki geçerliliğini etkilemesi, bir başka deyişle sözleşmeyi hükümsüz kılıp kılmayacağı sorunu, sadece Türk hukuk öğretisinde tartışılan bir mevzu olmayıp, Avrupa boyutuyla da çözüme

kavuşturulmuş değildir. Hatta, bu durum Fransız idare hukukunda şaşırtıcı bir yasal boşluk olarak nitelenmektedir. Konu kapsamında, ayrılabilen idari işleme karşı davayı açana (taraf veya üçüncü kişi) ve bu işlemle sözleşme arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bağlı olarak farklı çözümler önerilmiştir. Genellikle benimsenen görüş, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin iptalinin kendiliğinden sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmayacağı yönündedir. Ancak, ayrılabilir işlemin iptali durumunda bu işlemle sözleşme arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınarak çözüm getirilmelidir. Dolayısıyla ayrılabilir işlem sözleşmede yer alan bir hükmün hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmişse, sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açacaktır. Bu çerçevede, idari yargıdaki iptal kararı, işlemi geriye yürütür şekilde ortadan kaldırarak sözleşmeyi dayanaksız bırakacağına göre, iptal kararının sonucu olarak sözleşmenin de geçersiz sayılması gerekecektir. Nitekim, iptal kararının, karşı tarafın zararları tazmin edilerek sözleşmenin feshi suretiyle yerine getirilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, iptal kararının gereğini yerine getirmenin idarenin takdirine bırakıldığı; idarenin ihlalin türüne göre, sözleşmenin butlanının tespiti için hâkime başvurabileceği gibi, karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeyi fesih veya feshin sonuçlarının ağırlığını, sözleşme konusu işin ifa edilmiş olmasını veya kamu hizmetinin gereklerini dikkate alarak sözleşmenin ifasına devam edebileceği de savunulmaktadır.

AB hukuk düzeninde, kamu yönetimi alanında genel geçer bir Avrupa hukuku mevzuatının olmadığı ve üye devletlerin idare eylemlerini kendi iç hukuklarına uygun şekilde yürüttükleri görülmektedir. Ayrıca, Birliğin her yerinde belirli bir standardın geçerli olduğu söylenebilir de, üye devletlerdeki ilgili hukuku bulmak ve onun gerçek anlamını saptamak kolay değildir. Üye devletler çoğunlukla farklı hukuki anlayışlara, ilkelere ve ilgili hukuk sisteminin sistematik yapısına bağlı kalarak Birlik hukukunu üstlenmektedir. Zira, günümüz idare hukuku, hâlâ üye devletlerin münhasır egemenlik alanı olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurulmasından günümüze bir tartışma konusu olan ortak idare hukuku oluşturulması konusunda da henüz sonuca ulaşıldığı söylenemez. Dolayısıyla, bugünün Avrupa'sında kamu sözleşme hukuku, esas olarak kısmen kodifiye edilmiş ulusal hukuk (German Bürgerliches Gesetzbuch-BGB, French Code

Civil, ve diğerleri) ve kısmen içtihat hukukudur. Bu itibarla, kamu alım sözleşmelerinin uygulanması aşamasında görülen ihtilafları çözmeye yönelik bir AB düzenlemesi bulunmamaktadır. Direktifler; sözleşmeler, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil gibi özel hukukun bazı temel konularına dokunmamaktadır. AB kurumlarının bu konuda yetkisi yoktur. Bu nedendir ki, temel bazı konularda direktifler aracılığıyla, kapsamlı ve sistematik ortak kurallar getirilememiştir. Sonuç olarak, kamu alım sözleşmelerinin yürütülmesi ile ilgili kurallar büyük ölçüde ulusal kalmakta ve içtihadı fazlasıyla açık bir özellik göstermektedir. Bir başka anlatımla kamu alım sözleşmelerinin uygulama alanı, üye devletlerin egemenliğine bırakılmakta ve iç hukuk düzenlerine göre şekillenmektedir.

Yukarıdaki paragraftan hareketle, AB'nin lokomotifi devletlerde, kamu alımlarında sözleşme sonrası ortaya çıkan ihtilaflarda büyük ölçüde özel hukuk kurallarının işletildiğini söylemek mümkündür. Ayrıca, ABAD kararlarında daha çok gözetilen kaygının, idarenin muhatabı ve aynı zamanda sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicilerin (özel hukuk kişilerinin) haklarının korunduğu yönündedir.

AB'nin kamu alımlarına ilişkin çıkardığı direktifler, sözleşmede öngörülen mal ve hizmetlerin sağlanmasında ve yapım işlerinin görülmesinde yüklenicilerin gösterdikleri performansa ilişkin olarak doğabilecek sorunlarla ilgilenmemektedir. Odak noktası, kamu ihale usullerine uygunluktur. Bu nedenle, çalışmamızın temel konusunu teşkil eden ve kamu alımlarında sözleşme sonrası karşılaşılan, sözleşmenin uygulanmasından ya da uygulanmamasından kaynaklı ihtilaflara ilişkin AB hukukunda belirgin bir düzenlemenin olmadığına altını çizmek gerekir. Ancak, şu da belirtilmelidir ki, AB'nin 2014 yılında gerçekleştirdiği kamu alım mevzuatındaki düzenleme ve değişikliklerde, sözleşmenin ifasına ilişkin olarak yeni AB kamu alım direktiflerinin önceki direktiflere göre daha fazla hükme yer verdiği görülmektedir. Buradan şu yoruma gitmek mümkündür: AB, kamu alım hukukunun ihale sürecini düzenleyen direktiflerde, sözleşme uygulaması aşamasına doğru sınırlarını ve etkisini genişletme eğilimindedir.

İdarenin yetkisi/üstünlüğü yönetme ve kontrol gücündedir. Bu itibarla idare, tek taraflı değişiklik yapma (kamu yararı gerektiğinde) ve hatta fesih gücüne (ya ceza olarak ya da kamu yararı nedenleriyle) sahip olabilmektedir. Mali dengeye riayet

etme hakkı özel yükleniciye, *fait du prince* gereğince tazminatın gerekebileceği ilave hizmetlerden dolayı ödeme almak için olanak tanırken; sözleşme ekonomisini altüst eden öngörülemeyen ve kaçınılmaz durumlar, sözleşme kapsamı dışında (örneğin, bir güvenlik tedbiri), sözleşme ortağı idare tarafından alınan tek taraflı bir eylem sonucunda yüklenici giderlerindeki artış, sözleşme değişikliğine veya fesih durumuna imkân vermektedir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, AB üyesi devletler kendi hukuk sistemini kendilerince daha özgün düşündüğünden, hukuk sistemlerinde idarelere tanınan imtiyaz özel bir yer işgal eder. Bu çerçevede, sözleşmenin bazı terimleri bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olduğundan, düzenleyici bir karaktere sahip olduğu kabul edilmektedir. AB üyesi devletlerde görülen idarenin bu imtiyazlı durumunun, Türk kamu alımları uygulaması için de geçerli bir tespit olduğunu söylemek mümkündür.

Türk kamu alımları uygulamasında, 4735 sayılı KİSK 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, sözleşmenin uygulanması aşamasında karşılaşılan sorunlar ve hukuki ihtilaflar, mevzuatın her konuyu düzenlemesi ve karşılaşılabilecek her türlü soruna önceden cevap verecek şekilde hazırlanması mümkün olmadığından uygulamada fazlaca görülmektedir. Şüphesiz, KİSK'in getirdiği en önemli yeniliklerden biri, sözleşmenin uygulanmasında tarafların eşitliği ilkesidir. İdarelerin ve yüklenicilerin ihtilafların çözümünde ihale dokümanındaki hükümlerle birlikte tarafların eşitliği ilkesini de gözeterek hareket etmeleri gerekmektedir. Ancak, ihale dokümanını oluşturan belgelerde, özellikle YİĞŞ ve HİĞŞ'de, tarafların eşitliği ilkesine uymayan ve açık bir şekilde idare lehine olan ve yüklenicilerin mağduriyetine yol açacak düzenlemeler yer almaktadır.

İhtilafların birden fazla sebebi bulunmaktadır. Alım sahibinin (kamu için işveren) gerçekçi olmayan beklentileri, teknik şartnamelerin yetersizliği, projedeki değişiklikler, işlerin kalitesindeki sorunlar, taraflar arasındaki bilgi iletişimi ve paylaşımındaki aksamalar, takım ruhunun olmaması, ödemelerdeki aksaklıklar, risklerin taraflar arasındaki dağılımıyla ilgili ihtilaflar şeklinde bu ihtilafları sıralamak mümkündür. Taraflar aralarındaki ihtilafı çözmek üzere bağlayıcı ya da bağlayıcı olmayan çeşitli alternatif çözüm yollarına başvurabilir. Bağlayıcı olan çözüm yolları resmî yargı ve tahkim ile tanımlanırken; bağlayıcı olmayan çözüm

yolları sektörlerin ihtiyaçlarına bağlı olarak sürekli olarak gelişerek tarafların çıkarlarına en uygun çözümü bulmak üzere farklılaşmaktadır. Bağlayıcı olmayan alternatif ihtilaf çözüm yolları, daha az resmî metotlardan oluşmaktadır. Bu metotlar yasal çözümlerin yüksek maliyetlerinden ve uzun sürelerden korunmak amacıyla ortaya çıkmıştır. Sözleşme belgeleri, tarafları mahkemeye gitmekten alıkoyamaz; hükümler bağlayıcı olmasa da, taraflar adli çözümün külfetlerine katlanmak yerine ihtilafı, alternatif bir çözüm yolu tercih ederek çözebilir.

Sözleşme hukuku çerçevesinde tarafların kurduğu hukuki ilişki, ihtilaf riskini her daim bünyesinde taşımakta ve bu bağlamda tarafların hakları zaman zaman çatışmaktadır. Çatışma süreci genellikle hak talebi ile başlamaktadır. Hak talebi alım konusu edimin başlangıçta öngörülemeyen bir sebepten dolayı meydana gelen kaybın telafisinin istemi olup, hak talebi süreci, etkili olarak yönetilmediği takdirde artarak çatışmalara dönüşmekte ve çözüm zorlaşmaktadır. Bu süreçte, etkin çatışma yönetimi ve çatışma kontrolü, sözleşme ve buna bağlı olarak hukuk üzerinden sağlanmaktadır. Resmî yargı güce dayalı bir çözümü ifade ederken, tahkim haklara dayanır, alternatif ihtilaf çözüm yolları ise uzlaşmaya yönelik dostane çözüm olarak görülebilir. Araştırmalar, ihtilafların taraflarını sorun çözümünde daha etkin işlevler üstlenmeye zorlayan *arabuluculuk* gibi yaklaşımların, çözümü üçüncü tarafın eline bırakan *tahkim* gibi yaklaşımlara kıyasla daha olumlu sonuçlar doğurduğunu ortaya koymaktadır.

İhtilafların çözümünde esas olan nokta; tarafların, aralarında hukuki ilişkinin kurulduğu günden itibaren, kamu alımları da dâhil olmak üzere, sözleşme yönetimi ile ilgili gerekli desteği birbirlerine sağlaması gereğidir. Sözleşme konusu işin başında sözleşme uzmanı bulundurmayıp anlaşmazlığa düşüldüğünde, hukuk hizmetinden faydalanmayı düşünmek hatalı bir tutumdur. İhtilafın meydana gelmesinden sonra, hukukçunun ve hukuk düzeninin verebileceği hizmet sınırlıdır. Bu itibarla, ihtilafların büyümeden ve kilitlenme noktasına varmadan izalesinin akıllıca bir davranış olacağı kabul edilmelidir. Aslında, kamu alım kanunu ve yönetmeliklerinde, sözleşme ihtilaflarının nasıl çözüleceğine dair çareler mevcuttur. Ancak, bu çareler, çözümü tek taraflı olarak idarenin performansına bırakmaktadır. Bunun yanında, işbirlikçi kamu yönetiminin giderek arttığı bir dönemde, kamu

kurumlarının örgütsel hedeflere ulaşmasında daha çok yardımcı olacak örgütler arası ilişkilere girdiği ve geçmişe oranla müzakere becerilerinin çok daha gerekli bir hâl aldığı unutulmamalıdır.

Sözleşmede, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da taraflar arasında müzakerenin önemi kuşku götürmez. Öyle ki, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların uyarılma konusunda öncelikle kendi aralarında müzakere etmeleri, her şeyden önce sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun düşmektedir. Ayrıca, dava sürecinde tarafların yargı yoluyla değil de kendi aralarında görüşme yapmaları daha yaratıcı ve esnek hareket etmelerine ve uzlaşa sağlamalarına imkân vermektedir. Yargı süresinin uzaması ve mahkeme masrafları da düşünüldüğünde taraflar için müzakerenin tercih edilmesi daha isabetli ve akılcı bir mekanizmadır.

Kamu idaresi ile imzalanan yapım sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtilaflarda, çözüm yöntemleri ve ihtilaf sonrası ilişkiler önemlidir. Bu bakımdan, sözleşme yönetiminde tarafların hukuki ve teknik altyapılarının sağlamlığı, işin kalitesini ve zamanında tamamlanmasını etkileyen ana faktörlerdendir. Sekizinci Kalkınma Planı'ndan bugüne sözleşme yönetimi ve yürütümündeki beşeri sermaye yetersizliği, taraflar arasındaki ilişkileri ve yapı kalitesini son derece olumsuz etkilemiştir. Bu itibarla, sözleşme yönetim ve yürütümünde yer alan teknik ve idari personelin mesleki kapasitelerinin geliştirilmesi zaruri görülmekte ve sözleşme ihtilaflarının çözümünde yargı sisteminin dışında alternatif yöntemlerin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

Kamu alım sözleşmelerinde görülen ihtilafların Türkiye uygulaması özelinden Avrupa boyutuyla incelendiği bu çalışmada, kamu alım sözleşmelerinde karşılaşılan ihtilaflara ilişkin olarak önemsenen çözüm, ihtilafın yargıya intikal etmeden tarafların kendi arasında, müzakere yolunu tercih ederek ihtilafı gidermesidir. Müzakere; tarafların, alternatif ihtilaf çözüm sürecini ve seçilen çözüm yolunu bizzat kontrol etmelerine olanak tanıyan ve üçüncü bir kişinin katılımını gerektirmeyen çözüm yoludur. Bu yönüyle müzakere, anlaşmazlığın, tarafsız üçüncü bir kişinin müdahalesini gerektirecek gerçek bir ihtilafa dönüşmesini engelleyen bir özellik göstermektedir. İhtilafların çözümünde, tarafların öncelikle aralarında müzakere yolunu seçmesi, daha sonra alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerine

yönelmeleri en makul ve çözüm odaklı yol olarak görünmektedir. İdare tarafından bakıldığında, alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinin geleneksel dava/yargıya kıyasla birçok avantaja sahip olduğu yönünde resmî ve kamu alımı yetkilileri arasında genel bir mutabakat söz konusudur. Yüklenici tarafından bakıldığında da, kamu alım sözleşmelerinin uygulama aşamasında ortaya çıkan ve yargıya taşınan ihtilafların alım konusu işin sonucuna en önemli etkisi, firma imajının zarar görmesi ve yıllarca süren davaların sonucunda hâkim tazminata hükmetse de mali anlamda bir kazanım elde edilememesidir. Bu menfi algı, kamu taahhüdü altına giren yüklenicileri ihtilafların çözümünde, yargı yolundan uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında, dostane bir çözüm bulunması ya da bağlayıcı olmayan alternatif çözüm kanallarının kullanılması, yargı tercihine oranla daha fazla dikkate alınmalıdır.

2008 yılında AB, medeni ve ticari ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin kullanılmasını düzenleyen direktifi çıkartmış ve bu direktifi 20 Mayıs 2011 tarihine kadar üye devletlerin iç hukuklarına uygulama zorunluluğunu getirmiştir. Buna karşılık, kamu alımlarında sözleşme sonrası ihtilaflara ilişkin alternatif ihtilaf çözümü, üye devletlerin iç hukuk düzenlerine bağlı olarak uygulama imkânı bulmaktadır. Ancak, AB'nin ihale sürecine ilişkin ihtilaflarda alternatif ihtilaf çözümüne sıcak bakan yaklaşımını, sözleşme sonrası ihtilaflar için de genişleterek okumak mümkündür. Bununla birlikte, Avrupa'da alternatif ihtilaf çözümüne ilgi arttıkça, Avrupa genelinde kamu kurumlarının da dâhil olacağı, kamu alım ihtilaflarını çözmek ve iş ilişkilerini geliştirmek için, sözleşme metninde bu yöntemlerin kullanılmaya başlanacağı söylenebilir.

Bu çalışmada da kamu alım sözleşmelerinde görülen ihtilaflarda kullanılması benimsenen alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerinden *arabuluculuk* kurumu, Avrupa'da ilk olarak İngiltere'de kurulmuştur. İngiltere'de alternatif ihtilaf çözümü güvencesi ile, Mart 2001'de başlatılan *diğer tarafın kabul ettiği bütün uygun davalarda* devlet kurumlarının alternatif ihtilaf çözümünü göz önünde bulundurması gerekmektedir. Güvence, merkezi idarenin, idari ihtilaflarda alternatif ihtilaf çözümü için kullanılabilir farklı seçenekler üzerine alım konusunda rehberlik edilmesini ve bunların nasıl farklı koşullarda en iyi uygulanabildiklerini ifade etmektedir. Bu

sayede, idareler arasında tutarlılığın ve en doğru uygulamanın yaygınlaşması hedefi gerçekleşmektedir.

İngiltere’de 2002/2003 mali yılında, alternatif ihtilaf çözüm yöntemi kamuda kullanılmış/denenmiştir. İdari ihtilaflarda başvuru sayısının 617 olduğu görülmüş ve bu rakamın bir önceki mali yıla göre ciddi artış gösterdiği tespit edilmiştir. Alternatif ihtilaf çözümü uygulanan 617 başvurudan % 27’si kabul edilmiş ve alternatif ihtilaf çözümü kullanılan bu sorunların % 89’unda bir oturuma başvurmaksızın karara ulaşılmıştır. Bu istatistiki bilgi, İngiltere devlet idarelerinde alternatif ihtilaf çözümünde, eylem düzeyinde kayda değer bir artış olduğunun delilidir ve ayrıca bu durum, dava açma kültürü yerine idarelerin bir uzlaşma kültürüne bağlılığının geliştiğini göstermesi bakımından önemlidir. Ayrıca, bu sayede idarelerin alternatif ihtilaf çözüm yöntemlerini kullanarak yadsınamaz oranda tasarruf sağladığını tahmin etmek de zor değildir. Türkiye’nin de İngiltere deneyimini göz önünde bulundurarak, kamu kurum ve kuruluşlarında, özellikle kamu alımlarında alternatif ihtilaf çarelerine başvurmasında büyük yarar bulunmaktadır.

Aslına bakılırsa, yargı dışı bir yöntem öneren alternatif ihtilaf çözümleri, kamu alımlarında ve idari sözleşme yönetimlerinde değil de, özel hukukun çeşitli alanlarında kullanılmaktadır. Ancak, ihtilaf çözümünde yargı dışı yöntemlerin kullanımı, özellikle kamu alımları alanında, sözleşme sorunlarında göz ardı edilemez avantajlara sahiptir. Dava yolunun tercih edilmesi uzun, pahalı ve sonucu belirsiz olduğundan, genellikle yargı dışında gerçekleşen bu yolların kullanılması daha cazip görülmektedir. Yargı dışı ihtilaf çözümünde dava işlemleri bulunmadığından daha esnek bir yöntem izleme imkânı da vardır. Bu yöntem, tarafların özgürlüğü ile karakterize edilmekte, karşılıklı ilişkileri geliştirme ve bir bütünün parçaları olma fikrine her iki sözleşme tarafını da yaklaştırmakta, aynı zamanda çeşitli uzlaşma yöntemlerinin ve çeşitli mekanizmaların kullanımına izin vermektedir.

Fransa uygulamasına baktığımızda, olası çözümlerin çeşitliliği bakımından ve tarafların çözüm seçme özgürlüğü yönünden Fransız kamu alım hukukunun, ihtilafların yargı dışı çözümüne ilişkin olarak zengin bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Öncelikle, sözleşme tarafları, muhtemel ihtilaflarda hâkime başvurmadan önce dostane çözüm arama yolunu seçmede serbesttir. Bununla

birlikte, Fransız hukukunda uzlaştırma, ihtilafların çözümünde zorunlu olarak seçilen bir prosedür olup, görevi taraflar için tatmin edici bir çözüm sağlamak olan ve tarafsızlığı tartışılmaz bir üçüncü kişinin yer aldığı bir yöntemdir. Zira, uzlaşma kavramı gayri resmî uzlaşma ya da resmî uzlaşma içinde çeşitli alım/tedarik süreçlerini kapsamaktadır. Gayri resmî uzlaşma durumunda, sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Bir diğer anlatımla, sözleşme tarafları uzlaşma şartlarını ve koşullarını belirlemede serbesttir. Ayrıca, sözleşmede böyle bir şartın yokluğu dava başladıktan sonra tarafların uzlaşma için başvurmasına engel değildir.

Türk kamu alım hukukunda da tıpkı Avrupa devletleri hukuklarında olduğu gibi ihtilafların çözümüne ilişkin benzer çareler bulunmaktadır. Türk kamu alım mevzuatının ikincil düzenlemeleri olan YİĞŞ ve HİĞŞ'de; yüklenici ile idarenin görevlileri arasında meydana gelen ihtilafların çözüme kavuşturulmasına dair hükümler mevcuttur. Bununla birlikte, kamu alım sözleşmesinin taraflarını da yakından ilgilendiren ve sözleşme taraflarını öncelikle sulhe teşvik eden, ancak uygulamada yeterince bilinmeyen 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname de önemlidir. Kararname'de sulhe ilişkin olarak adli ihtilaflar ve idari ihtilaflar ayrı maddelerde düzenlenmektedir. İdarelerin adli yargıda dava açmadan veya icra takibine başlamadan önce karşı tarafı sulhe davet etmesi Kararname uyarınca esastır. İdareler, kendi aleyhlerine dava açılacağını veya icra takibine başlanılacağını öğrenmeleri durumunda da karşı tarafı sulhe davet edebilirler.

Türk hukukunda bazı kanunlarda ihtilafların çözümünde, alternatif uzlaşma seçeneklerinin kullanılmasına dair idarelere yetki tanınmaktadır: 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 26'ncı maddesi ile Vergi Usul Kanunu'nun ek 1 ila 12'nci maddeleri. Bu Kanunların ilgili maddelerinde, çıkan ihtilafların yargı yoluna başvurmadan önce, taraflarca müzakere edilerek çözülmesi esası düzenlenmiştir. Ancak, idare hukukumuzdaki bu hükümler alternatif ihtilaf çözümünü düzenlememekte ve belirli türdeki ihtilaflarla sınırlı kalmaktadır.

Türk kamu alımlarına ilişkin olarak ihtilafların çözümünde yukarıdaki yasal düzenlemelerin dışında yargıya gitmeden ihtilafa çözüm olabilecek başkaca somut bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, Türk uygulamasında kamu alımı sözleşme ihtilaflarının çözümü için mahkemelerin dışında alternatif yöntemlerin

geliştirilmesinin gerekli olduğu açıktır. Sözleşme uygulamaları konusunda yönlendirici, ihtilafları giderecek bir kamusal otoritenin belirlenmesinin, sözleşme ihtilaflarının çözümüne hız kazandıracığında ve uygulamada birliği sağlayacağına da şüphe yoktur. Bu itibarla, kamu alımı sözleşme ihtilaflarının en adil ve en hızlı şekilde çözümünü içeren alternatif yöntemlere Türk kamu uygulamasında da yer verilmesi ve bu yöntemlerin işler kılınması gereği kendini göstermektedir.

Türkiye uygulamasında kamu alımları ihtilaflarının yargıya gidilmeden taraflar arasında uzlaşma zemininde çözümlenmesi, yasal bir düzenlemeye dayanılmadan işlemektedir. Bir başka anlatımla, Türkiye’de kamu alımlarında, açık bir yasal düzenleme olmaksızın, uzlaşma kültürünün olduğunu ve uygulamada anlaşmazlığın çözülmesine katkı sağladığını söylemek mümkündür. Taraflar, aralarındaki sorunu bir şekilde aşma çabası göstermekte olup, bu eğilimin merkezinde, yüklenicilerin yargıya gitmekten kaçınması yatmaktadır. Türkiye’de kamu alımlarında asıl sorun yargıya gitmek değil, gitmemektir. Uygulama pratiğinde görülen gerçek, yüklenicinin, işveren olarak gördüğü idare ile ilişkilerini ve ticaretini devam ettirmek adına, haksızlığa uğradığını düşünse de yargı yolunu tercih etmekten imtina etmesidir. Dolayısıyla, müzakere (resmî ya da gayri resmî) kamu alımları bakımından uygulamada tarafların öncelik ve önem verdiği bir uzlaşma aracı olarak düşünülmelidir, ancak müzakereden sonuç alınamaması hâlinde çözüm için gidilecek sonraki adresin yargı olması doğru değildir. Müzakere ile yargı yolu arasına, KİSK ve alt mevzuatta yapılacak düzenlemelerle, tarafların müracaat edebileceği en az bir yargı dışı alternatif çözüm aracı konulmalıdır. Kanunlaşarak uygulama imkânı bulan arabuluculuk bu anlamda önerilebilir bir araçtır. İdarenin kendini güçlü ve imtiyazlı hissettiği müzakere süreci, yüklenicinin genelde haktan feragat etmek zorunda kaldığı ve ihtilafı yargıya taşımak istemediğinden, idarenin öneri ve isteğini, onaylamasa da kabullendiği bir uzlaşma yöntemi. Eğer, müzakere ile yargı arasına arabuluculuk ve/veya uzlaştırma gibi alternatif bir çözüm mekanizması konulabilirse, yüklenici bu aşamada sorunu kendi açısından dile getirebilecek, varsa çözüm önerisini sunabilecek ve adil bir çözüme ulaşma imkânı bulabilecektir. Zira, kişilerin daha adil muamele görmesi için düşünülen arabuluculuk, tarafların kendi çözüm önerilerini ortaya koydukları ve bunun üzerinden uzlaşma aradıkları bir çözüm

yöntemidir. Karşılıklı rızaya dayanan çözüm, en adil çözümdür. Bu nedenle arabuluculuk müessesesi kamu alımlarında müzakere aşamasından sonra işletilebilecek bir çözüm aracı olarak düşünülebilir. Türk hukukunda ticari ve medeni konularda ortaya çıkan özel hukuk ihtilaflarının yargıya gitmeden tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla çözüme kavuşturulmasını amaçlayan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kamu alım sözleşmelerine de uygulanabileceğinin daha açık olarak belirtilmesi ve bu anlamda kamu alım mevzuatında arabuluculuk müessesine izin veren somut düzenlemelerin yapılması (ve hatta bu çözüm yönteminin zaruri kılınması), kamu alım sözleşmelerinde ortaya çıkan ihtilaflarda daha sağlıklı ve adil sonuçların alınmasına katkı sağlayacaktır.

Sonuç olarak, idarenin ihale sürecindeki üstün yetki ve ayrıcalıklarının, tarafların eşit kabul edildiği kamu alım sözleşmesinin imzalanmasından sonra da devam ettiği gerçeği dikkate alınarak, Türk kamu alımlarında görülen ihtilaflarda (en azından birtakım ihtilaflar için) yasal düzenlemelerle alternatif ihtilaf çözüm yollarına (arabuluculuk, uzlaştırma) başvuru imkânı taraflara tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AB Komisyonu.: EU Public Procurement Legislation Evaluation Report, Executive Summary, 24.06.2011.
- Abacıoğlu, Muhittin,
Abacıoğlu, Ali.: **Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Ablard, Thierry.: “Règlement Non Juridictionnel Des Litiges”, **Juris Classeur Contrats et Marchés Publics**, Fasc. 195, LexisNexis SA, 2007.
- Akbulut, Kadir.: “Kamu Alımlarına İlişkin Avrupa Topluluğu İhtilaf Direktifleri”, (Çevrimiçi) <http://fenafil.com/2008/09/19/kamu-alimlarina-iliskin-avrupa-toplulugu-ihtilaf-direktifleri/>, 05 Kasım 2011.
- Akdoğan, Muzaffer.: “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, ss.683-703.
- Akdoğan, Muzaffer.: **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, İstanbul, XII Levha, 2010.
- Akdoğan, A. Argun.: **Türk Kamu Yönetimi ve Avrupa Birliği: Karşılaştırmalı Eleştirel Bir İnceleme**, Ankara, TODAİE, 2008.
- Akıncı, Müslüm.: “Kamu İhalelerinden Yasaklama ve Hukuk Yolları”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.114-123.
- Akıncı, Ziya.: **Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Seçkin, 2007.
- Akıncı, Ziya.: “Milletlerarası Ticarete Alternatif Çözüm Yolları”, **BATİDER**, C.17, S. 4, 1996, s.93-109.
- Akyılmaz, Bahtiyar,
Sezginer, Murat,

- Kaya, Cemil.: **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Akyol, Şener.: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995.
- Altinkülçe, M. Rasih.: **Yapım İşleri İhale Rehberi**, İzden yayıncılık, İzmir, 2013.
- Altinkülçe, M. Rasih,
Barçın, H. Bahadır.: **Soru ve Cevaplarla Kamu Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012.
- Ancarani, Alessandro.: “Service Sourcing”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.187-210.
- Andrecka, Marta.: “Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU”, **EPPPL**, 3/2014, s.174-186.
- Aral, Fahrettin.: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin, 2011.
- Arat, Ayşe.: **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara, Seçkin, 2006.
- Arsava, A. Füsün.: **Roma Antlaşması’nda Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar**, ATAUM Dizisi, Yayın No: 5, Ankara, 1989.
- Arrowsmith, Sue.: “EC Regime on Public Procurement”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.251-289.
- Atamer, Yeşim.: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta, 2001.
- Ateş, M. Okan.: **4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Çerçevesinde Sözleşme Hukuku**, Ankara, İzden Yayıncılık, 2012.
- Ayan, Serkan.: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin, 2008.

- Aydıncık, Şirin.: **Yapma Borçlarının ifa edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Ayhan, Önder.: “İdari Sözleşmeler”, **Danıştay Dergisi**, S.32-33, 1979, s.84-136.
- Ayrancı, Hasan.: ”Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, **AÜHFD**, C.52, S.3, 2003, s.229-252.
- Aydın, Yakup.: “FIDIC Sözleşmeleri”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- Azrak, Ali Ülkü.: “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikatı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 29, Sayı 3, 1963, s.521-550.
- Balta, Tahsin Bekir.: **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE, 1970.
- Baranauskas, Egidijus, Paulius, Zapolskis.: “The Effect of Change in Circumstances on The Performance of Contract” **Jurisprudence**. 2009, 4(118), s.197-216.
- Baruch Bush, Robert A., Folger, Joseph P.: **Arabuluculuk ve Getirileri: Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı**, Çev. Gamze Sart, Ankara, Nobel, 2013.
- Basedow, Jürgen.: “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, Çev. Arzu Oğuz, **AÜHFD**, C.52, S.3, 2003, s.1-18.
- Baysal, Başak.: **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul, On İki Levha, 2009.
- Baysal, Başak.: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1 -2, s. 477-484, 2011.
- Bianchi, Tiziana, Guidi, Valentina.: **The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems Across the PPN**, Roma, Authority for the Supervision of Public Contracts Department for the co-ordination of European Union Policies, PPN Presidency, December 2010.
- Birgönül, M. Talat,

- Günay, Göksu.: “Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Nitelikleri” (Çevrimiçi) <http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/13121.pdf>, 25 Eylül 2012.
- Bovis, Christopher,: “New Directions in Public Private Partnerships: Judicial Developments from the European Court of Justice”, Editorial, **EPPPL**, 1/2011, s.1-13.
- Bovis, Christopher,: “Public Procurement, Public-Private Partnerships and Public Services in the EU”, **EPPPL**, 2/2010, s.85-96.
- Burcuoğlu, Haluk.: “Hukukta Uyarılama-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarılama”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20, 1996, s.59-91.
- Buz, Vedat.: **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin, 2007.
- Buz, Vedat.: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin, 1998.
- Canbolat, Ferhat.: **Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Canbolat, Ferhat.: “Kamu İhale Hukukuna Göre Banka Teminat Mektuplarında Teminatın Sona Ermesi ve Teminat Mektubunun İadesi”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.264-273.
- Cashin-Ritaine, Eleanor.: “Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, Çev. Başak Baysal, **İÜHFİM**, C. LXIII, S. 1-2. s. 321-342, 2005.
- Chapus, René.: **Droit du contentieux administratif**, Paris, Montchrestien, 1992.
- Cohen, George M.: “The Fault That Lies Within Our Contract Law”, **Michigan Law Review**, Vol. 107, June 2009, s.1445-1460.
- Commission Staff

- Working Document.: Annual Public Procurement Implementation Review 2012, European Commission, Brussels, SWD (2012) 342 final, 9.10.2012, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf, 5 Aralık 2014.
- Cooper, Phillip J.: "Government contracts in public administration: The role and environment of the contracting officer", **Public Administration Review**, 40(5), September–October, 1980, s.459–468.
- Csáki, Csaba,
Gelléri, Péter.: "Decision Technological Foundations of Public Procurement Processes", **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.673-678.
- Çal, Sedat.: "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010, s.223-274.
- Darendeli, A. Vahap.: **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Dayındarlı, Kemal.: "Kamu İhale Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Yabancı Şirketlerle İmzalanan Yüksek Bedelli İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Milletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Şartı", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.155-159.
- Derbil, Süheyp.: **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, Ankara, AÜHF Yayını, 1959.
- Demirboğa, Dursun Ali.: **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Deynekli, Adnan.: "İhale Sözleşmelerinin Devrinden Kaynaklanan Sorunlar", Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.148-154.

- Dinç, Mutlu.: **Yeni Türk Borçlar Kanunu**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.
- Devlet Planlama Teşkilatı
9. Kalkınma Planı
(2007-2013).: “İnşaat, Mühendislik-Mimarlık, Teknik Müşavirlik ve Müteahhitlik Hizmetleri”, Özel İhtisas Komisyonu Nihai Raporu (Nisan 2006), (Çevrimiçi) http://plan9.dpt.gov.tr/oik56_insaat/56insaат.pdf, 05 Kasım 2013.
- Devlet Planlama Teşkilatı.: Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2007.
- Devlet Planlama Teşkilatı.: “Adalet Hizmetlerinde Etkinlik”, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000.
- D’Hooghe, David.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Belgium”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.91-110.
- Duran, Lûtfi.: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Duran, Lûtfi.: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (II)”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S.3, Haziran 1985.
- Duran, Lûtfi.: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S.4, 1985.
- Duran, Lûtfi.: “İdari Yargı Adlileşti”, **İdare hukuku ve İdare İlimleri Dergisi**, Sarıca’ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982, s.53-83.
- Duran, Lûtfi.: “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, **İHFM**, C.XXXII, S.1-2, 1964, s.418-447.
- EFCA.: “Issues on implementation of the new directive on public procurement (2014/24/EU)”, Mayıs 2014, s.1. (Çevrimiçi) <http://www.efcanet.org/Portals/EFCA/ELOKET/12866/>

Issues%20on%20implementation_Directive%202014-24_May%202014.pdf, 21 Kasım 2014.

- Emek, Uğur.: **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukukî Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT, 1999. (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/tahkim.pdf>, 04 Kasım 2013.
- Enhoş, Şükrü.: “Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Olası Sözleşme İhlalleri”, (Çevrimiçi) <http://www.enhos.av.tr/tur/default.asp?id=190>, 04 Kasım 2013.
- Eren, Fikret.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Ergün, Çağdaş Evrim.: “Sözleşmeler Hukukunda Consideration/Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi”, **AÜHFD**, C.53, S.4, 2004, s.85-100.
- Erkut, Celal.: **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.
- Erman, Hasan.: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri, **İBD**, 1984, s.209-219.
- Erman, Hasan.: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Ersin, Meryem Kübra.: “Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007.
- Erzurumoğlu, Erzan.: **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Essig, Michael, Dorobek, Sandra, Glas, Andreas, Leuger, Sabrina.: “Public Procurement in Germany”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai,

Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.307-322.

Fouchard, Philippe,
Gallard, Emmanuel,
Goldman, Berthold.:

On International Commercial Arbitration, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999.

Fromont, Michel.:

Droit Administratif des États Européens, Puf, 2006.

Giritli, İsmail, Bilgen,
Pertev, Akgüner, Tayfun,
Berk, Kahraman.:

İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2011.

Gözler, Kemal.:

İdare Hukukuna Giriş, Bursa, Ekin Yayınevi, 2005.

Gözler, Kemal.:

İdare Hukuku, II. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.

Gözler, Kemal.:

İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2007.

Gözübüyük, A. Şeref.:

Yönetmelik Yargı, 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

Gözübüyük, A. Şeref.:

Türkiye'nin Yönetim Yapısı, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.

Gözübüyük, A. Şeref,
Tan, Turgut.:

İdare Hukuku, Cilt 1 Genel Esaslar, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Gözübüyük, A. Pulat.:

Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Ankara, Kazancı Yayınları, 1977.

Gül, Gökçe Deniz,
Acar, Emrah.:

“Yüklenici İnşaat Firmaları Tarafından Başvurulan Çatışma Çözüm Yaklaşımları ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **1. Proje ve Yapım Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı**, ODTÜ Kültür ve Kongre Merkezi, Ankara, 29 Eylül – 1 Ekim 2010, s.826-838.

Gülan, Aydın.:

“Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s.140-154.

- Günay, Göksu,
Birgönül, M. Talat.: **Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Çözüm Yolları**, Ankara, Türkiye Müteahhitler Birliği Yayını, 2001.
- Günday, Metin.: **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 10. Baskı, 2011.
- Güngör, Gülin.: **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, Yetkin, 2000.
- Gürsoy, Kemal Tahir.: **Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara, 1950.
- Hatemi, Hüseyin,
Gökyayla, Emre.: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Heintz, Jean-Jacques.: “Alternatif İhtilaf Çözüm Yollarına Genel Bakış”, Ed. Mehmet Tiryaki, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu (3-5 Nisan 2006)**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2006.
- Hesselink, Martijn W.: “The Politics of a European Civil Code”, **European Law Journal**, Vol. 10, No. 6, November 2004, s. 675-697.
- Hesselink, Martijn. W.: **The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe**, Kluwer Law International, Vol. 3, 2002.
- Hisarcıklıoğlu, M. Rifat.: “Türkiye’deki Yatırımların En Az Yarısı İnşaatır”, **ANİMDER**, S.1, Ağustos 2006.
- Howells, Geraint.: “European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes”, **ERCL**, 2/2011, s.173-194.
- Işıқтаç, Yasemin.: **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.
- James, Simon.: “European Contract Law: Coming Out”, **Law and Financial Markets Review**, September 2010, s.485-489.
- Kalabalık, Halil.: **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2014.

- Kalabalık, Halil.: “İhale Sürecindeki İşlemlerin İptalinin İdarenin Sözleşmelerine Etkisi ve Sonuçları”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.21-50.
- Kalkınma Bakanlığı.: Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2014.
- Kalpsüz, Turgut.: **Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu Tasarısında İç Tahkim (M. 411-448) Paneli**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Kalpsüz, Turgut.: “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim”, **İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları**, (Seminer, BTHAE), Ankara, 1996, s.337-379.
- Kaplan, İbrahim.: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Karaca, Mehmet.: **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin, 2009.
- Karahanogulları, Onur.: “Kamu Hizmetleri Kavramı ve Kamu Hizmetleri Alanında Yeni Eğilimler”, **Değişim Sürecinde Kamu Hizmetleri ve Sendikal Politikalar Sempozyumu**, KESK, 1-2 Şubat 2003.
- Karahanogulları, Onur.: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Karatoprak, Ertuğrul.: “Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personelinin Sorumlulukları”, **Maliye Dergisi**, Sayı 160, Ocak-Haziran 2011, s.411-422.
- Kauffman, Ralph G.,
Lightfoot, Philip G.: “Controlling Service Process Performance with Statistical Process Control”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public

- Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.579-590.
- Kaymakçıoğlu, Fatih.: **Kamu Yönetiminde Uluslararası Tahkim ve Enerji Politikaları**, Ankara, Paragraf Yayınevi, 2005.
- Keisler, Jeffrey M.,
Buehring, William A.: “How Many Vendors Does It Take to Screw Down a Price? A Primer on Competition in Procurement”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.211-229.
- Kekeç, Elif Kısmet.: **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Keskin, Bayram.: **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, İstanbul, Arıkan, 2008.
- Kılıç, Duygu.: **Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet, 2010.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış)**, 16. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Kirat, Thierry,
Vidal, Laurent.: “Litigation on Public Contract Performance: A Comparative Study of The Treatment of Additional Costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in The United States and France”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 38, No. I, 2008, s.153-185.
- Kocayusufpaşaoğlu,
Necip.: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Koninck, Constant De,
Flamey, Peter.: **European Public Procurement Law Part II – Remedies**, Wolters Kluwer, 2009.

- Köksal, Tunay.: **Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku**, Ankara, Adalet, 2011.
- Krüger, Kai.: “Ban-on-Negotiations in Tender Procedures: Undermining the Best Value for Money”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.631-658.
- Kutlu, Meltem.: **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, DEÜHF, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, 1997.
- Küçükyalçın, Arzu.: “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **AÜHFD**, C.53, S.4, 2004, s.101-124.
- Lando, Ole,
Beale, Hugh.: **The Principles of European Contract Law, Parts I and II**, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.
- Larsen, Kirsten Hee.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Denmark”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.111-119.
- Lawther, Wendell C.: “Contract Negotiations”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.563-578.
- Mahçupyan, Etyen.: “Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm”, **Doğu/Batı**, Yıl 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 23-30.
- Martin, José M. Fernandez.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Spain”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.239-270.
- Martin, Lawrence L.,
Stutte, Corey T.: “Public–Private Partnerships”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.703-724.

- Mastragostino, Franco.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Italy”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.119-162.
- McCourt, Kieran.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Ireland”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.305-326.
- Meet, Gert-Wim
A. Van de.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Netherlands”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.195-238.
- Miller, John R.: “Alternative Dispute Resolution (ADR): A Public Procurement Best Practice That Has Global Application”, **International Public Procurement Conference Proceedings**, 21-23 September 2006, s.633-668.
- Mozatti, Andrea,
Afferni, Giorgia.: “Recent Developments in the European Law of Public Contracts” **ERCL**, 04.2011, s.552-566.
- Müller-Chen, Markus.: **Folgen der Vertragsverletzung**, Zürich, Schulthess Verlag, 1999.
- Niedzela, Andrea,
Engshuber, Reinhard.: “Enforcing the Public Procurement Rules in Germany”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.357-383.
- Nomer, Halûk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- Odyakmaz, Zehra.: “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları”, Ed. Mehmet Tiryaki, **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm**

- Yolları Sempozyumu (3-5 Nisan 2006)**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2006.
- Oğuz, Arzu.: **Karşılaştırmalı Hukuk: Kavram, Amaç ve İşlevler, Metot, Tarihçe, Büyük Hukuk Çevreleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Oğuz, Arzu.: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, **AÜHFD**, C. 49, S. 1-4, 2000, s.31-65.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11 Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, Kemal.: **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.1, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, 1987.
- Onar, Sıddık Sami.: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, C. 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onderstal, Sander, Felsö, Flóra.: “Procurement Design: Lessons from Economic Theory and Illustrations from the Dutch Procurement of Welfare-to-Work Projects”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.780-792.
- Orak, Cem Çağatay.: “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, **TBB Dergisi**, S.68, 2007, s.161-240.
- Öz, M. Turgut.: **İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte**, İstanbul, Kazancı, 1989.
- Özay, İl Han.: “İhale Usulleri ya da “İskambilden Şato” ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım, 2007, s.871-896.
- Özay, İl Han.; **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 1996.
- Özay, İl Han.; **Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, C.1, İstanbul, 1986.

- Özby, İbrahim.: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, **EÜHFD**, C.X, S.3-4, 2006, s.459-475.
- Özbek, Mustafa Serdar.: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Özbek, Mustafa Serdar.: “Avrupa Birliği’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **TBB Dergisi**, Sayı 68, 2007, s.265-320.
- Özbek, Mustafa Serdar.: “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, **TBB Dergisi**, Sayı 56, 2005, s.90-132.
- Özçelik, Şemsi Barış.: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009.
- Özer, Serhat.: **İnşaat Sözleşmelerinden Doğabilecek Uyuşmazlıkların Alternatif Hukukî Çözüm Yolları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Özkan, Gürsel.: **Demokratik Yönetime Geçiş**, Ankara, Tutubay Yayınları, 2001.
- Özkan, Meral
Sungurtekin.: **Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Özsunay, Murat R.: “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Kamu İhale Hukukuna Genel Bakış”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.51-61.
- Partington, Martin.: “ADR: Prospects and Challenges”, ADR Committee of the Civil Justice Council, 22 October 2003. (Çevrimiçi) <http://www.academy-experts.org/docs/fmadr221003.pdf>, 05 Kasım 2013.
- Pietz, William.: “Material Considerations: On the Historical Forensics of Contract”, **Theory, Culture and Society**, Vol: 19(5/6), 2002, s.35-50.
- Polatkan, Vahit.: **Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000

- Rhodd, Rupert G.: “Pricing Strategies and Cost Analysis in Public Procurement”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.689-702.
- Richer, Laurant.: **Droit des contrats administratifs**, 2e Edition, L.G.D.J., Paris, 1999.
- Robinson, Kristi D. Caravella.: “U.S. Federal Government Procurement: Organizational Structure, Process, and Current Issues”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.291-305.
- Rösler, Hannes.: “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, Çev. Tülay Aydın Ünver, **İÜHFİM**, C. LXVI, S.1, 2008, s.353-364.
- Sancakdar, Oğuz.: “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.17-20.
- Sarial, M. Enis.: “Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi (I)”, **Yargı Dergisi**, 1980/Nisan, Sayı: 47, s.24-28.
- Sarıtaş, Hatice.: “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 73, Nisan-Haziran 2009, s.51-68.
- Seliçi, Özer.: **Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977.
- Serozan, Rona.: “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarının Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım, 2007, s.715-741.
- Serozan, Rona.: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm III. Cilt (İfa, İfa engelleri, Haksız Zenginleşme)**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Serozan, Rona.: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

- Sezginer, Murat.: **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin, 2013.
- Sezginer, Murat.: **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin, 2000.
- Sezginer, Murat.: “İdari İşlem - İcraîlik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 241-250,
- SİGMA.: **Avrupa Birliği Adalet Divanının Kamu Alımlarına İlişkin Kararlarından Seçmeler (2006-2014)**, (Çevrimiçi)
<http://www.sigmaxweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-2Sept2014-Turkish.pdf>, 17 Kasım 2014.
- SİGMA.: “İhtilaf Çözümleri”, Kamu Alımları Politikası 12. Bilgi Notu, **OECD**, Ocak 2011, (Çevrimiçi)
http://www.sigmaxweb.org/publications/Remedies_Public_Procurement_2011.pdf, 19 Kasım 2014.
- SİGMA Rapor No:30.: “Kamu Alımları İnceleme Usulleri”, Çev. Pelin Kuzey, **OECD**, 2000.
- Şanlı, Cemal.: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2005.
- Şanlı, Cemal.: “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usûlü ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası (ASO) Yayını, 1998, s.35-51.
- Şimşirgil, Ahmet,
Ekinci, Ekrem Buğra.: **Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul, KTB Yayınları, 2008.
- Tan, Turgut.: “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu** (Bildiriler-Panel, Ankara, 19.06.1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999.

- Tan, Turgut.: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1995, C.50, S.3, s.291-309.
- Tan, Turgut.: “İdare Hukuku ve Tahkim”, **AİD**, C.32, S.3, Eylül 1999, s. 3-23.
- Tandoğan, Haluk.: **Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri**, Cilt II (İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2010.
- Taşdelen, Aziz.: “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1-2, 2011, s.43-60.
- Taylor, Travis K.: “Offset Policy Design in International Procurement”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.749-761.
- Tekinsoy, M. Ayhan.: “Sözleşmenin 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 21. Maddesine Göre Feshedilmesinde Görevli Yargı Yeri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, S.1, 2008, s.315-319.
- Tekinsoy, M. Ayhan.: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFD**, C.55, S.2, 2006, s.181-228.
- Tezcan, Mehmet.: “Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2004.
- Thai, Khi. V.: **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009.
- Thai, Khi. V.: “International Public Procurement: Concepts and Practices”, **International Handbook of Public Procurement**, Ed. Khi V. Thai, Public Administration and Public Policy/146, New York, CRC Press, 2009, s.1-24.

- Topuz, Seçkin.: **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara, Yetkin, 2009.
- Topuz, Seçkin.: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.282-285.
- Tuğsavul, Melis Taşpolat.: **Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Tunçomağ, Kenan.: “Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı”, **MHAD**, Yeni Seri Yıl:1, No:1, 1967, s.87-108.
- Turan, Çetin.: “Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, İzmir Barosu Yayını, 2000.
- Türkiye Adalet Akademisi.: **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu** (3-5 Nisan 2006), Ed. Mehmet Tiryaki, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Türkiye Barolar Birliği.: **Dünya Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı**, Ankara, Mart 2011.
- Tüzüner, Özlem.: “Kamu İhale Hukukunda Fransa Örneği”, Ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Seyyid Ahmet Hakkakul, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, İstanbul, Bilge Yayınevi, 2014, s.200-218.
- Ulu, Güher.: “Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü”, **AÜHFD**, C.57, S.4, 2008, s.405-414.
- Ulusoy, A.: “Anayasa Mahkemesi ve Kamu Hizmeti”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, 26 Mart 2004.
- Ulusoy, A.: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, ICC. Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 5 Kasım 2001, s.77-98.

- Us, Eser.: **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, İstanbul, XII Levha, 2012.
- Uyanık, Nedim.: **İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi**, İstanbul, Beta, 2004.
- Uz, Abdullah.: **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Ünal, Akın.: **Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması**, Ankara, Adalet, 2012.
- Yavuz, Nihat.: “Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, 1999, C.25, S.4, s.570-603.
- Yayla, Yıldızhan.: **İdare Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.
- Yeşilirmak, Ali.: **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim; Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Yılmaz, Alper.: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Yabancılık Unsuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002-1.
- Yılmaz, Dilşat.: “İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2013, s.163-179.
- Valadou, Patrice.: “Enforcing the Public Procurement Rules in France”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.327-356.
- Weatherill, Stephen.: “Enforcing the Public Procurement Rules in the United Kingdom”, Editör Sue Arrowsmith, **Public Procurement in the European Community: Volume IV, Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**, United Kingdom, Earls Gate Press, 1993, s.271-304.

- Zabunoğlu, Yahya.: “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, C.1, 12-16 Ocak 2000, s.491-496.
- Zaki, Hamed.: **L'imprévision en droit anglais**, Paris, Librairie A. Rousseau, 1930.
- Zevkliler, Aydın,
Emre, Gökyayla.: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Zimmermann, Reinhard.: **The Law Of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996.
- Zweigert, Konrad,
Koetz, Hein.: **An Introduction to Comparative Law**, (Almancadan İngilizceye çeviren: Tony Weir), 2nd Edition, Oxford, 1992.

ÖZGEÇMİŞ

1976 yılında Çankırı’da doğdu. İlk, orta ve lise öğrenimini Kastamonu ve Çankırı’da, lisans öğrenimini 2003 yılında Selçuk Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü’nde tamamladı. 2007 yılında İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı’nda yüksek lisansa başladı. 2009 yılı Ağustos ayında “*Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi*” başlıklı tezi savunarak mezun oldu. 2009’da başladığı İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı’ndaki doktorasını “*Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası ihtilafların Çözümü ve Türkiye Uygulaması*” başlıklı tezi savunarak 2015 yılı Ocak ayında tamamladı.