

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA
YERİ VE İHALENİN YARGI KARARIYLA İPTALİ KARŞISINDA
AKİBETLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yunus Akşin PINAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Haziran 2019

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan bu tez çalışmasının konusu, kamu ihale sözleşmelerinin bir özel hukuk yaklaşımıyla incelenmesinin büyük ölçüde ihmal edildiği gerekçesi ve ilhamıyla seçilmiştir. İdare Hukukuna yakınlığının yanı sıra Borçlar Hukuku alanında ilgi sahibi hukukçular açısından ilginç araştırma konuları ve tartışmalar barındıran kamu ihale sözleşmelerine bir miktar daha açıklık getirmek, bu çalışmanın temel amaçlarından biriydi. Bu tezin henüz araştırma aşamasında hem Türk hukuku özelinde yazılmış sayılı kaynaklar, hem de karşılaştırmalı hukuk alanındaki kaynaklar incelendiğinde çarpıcı bir biçimde göze çarpan bir tezatlık ortaya çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta yasal düzenlemelere arz ettikleri hassasiyet ve önem gereği gösterilen özene ve titizliğe Türk ihale hukukunda rastlamak maalesef mümkün değildir. Bu çalışmanın sonucunda temennilerimden biri, yasal düzenlemelerin de doktrinin bu konuya gelecekte göstermesi ümit edilen ilgiyle birlikte gelişip layık olduğu yapıya kavuşmasıdır.

Büyük bir emek ve uğraş gerektiren bir tez sürecinin tamamlanmasında şüphesiz birçok kişinin desteği her zaman olmaktadır, bu kişilere ayrı ayrı teşekkürlerimi sunmayı borç bilirim.

Öncelikle tez danışmanım Prof. Dr. H. Murat Develioğlu, yoğun programının arasında danışmanım olmayı kabul ederek tez sürecinde sorularıma sabırla cevap vermiştir. Kendisine teşekkürlerimi sunarım.

Her alanda benden desteklerini esirgemeyen ailem, tez süresince de her türlü desteklerini sunmuşlardır. Özellikle, annem Leyla Akşin Pınar ve babam Prof. Dr. Mustafa Ç. Pınar'a, verdikleri emek, moral destek ve bende bıraktıkları görev bilinci için en derin şükranlarımı sunarım. İş ahlakı ve akademik başarının birer emsali olan bu iki insana her başarıyı borçluyum. Ayrıca bu tezin yazıldığı sürede üniversite sınavına hazırlanan ve bu sebeple bir tez çalışmasının hummalı ve yorucu sürecini en iyi anlayacak durumda olan kardeşim Verda'ya ayrıca teşekkür ederim.

Tez çalışması süresince çalıştığım kurumun değerli ve bilgili insanlarının desteği ve anlayışı olmadan, bu tez çalışmasının tamamlanması çok güç olacaktı. Bu sebeple Türkiye Sınai Kalkınma Bankası Hukuk İşleri Müdürlüğü'ndeki çalışma arkadaşlarım ve üstlerim, hem sağladıkları güzel çalışma ortamı ile verdikleri destek, hem de tezimi okuyup görüşlerini beyan etmeyi kabul etme fedakârlığını göstermeleri sebebiyle ayrıca bir teşekkür hak ediyor.

Hukuk öğretimi sırasında mesleğimi severek yapmamı sağlayan ve iyi hukukçu yetiştirmeye kendini adanmış pek çok öğretim üyesiyle karşı karşıya gelme fırsatına eriştim. Ancak hukuk mesleğini ilk seçmeye karar verdiğimde üzerimde özel emekleri olan hocalarıma, Bilkent Üniversitesi öğretim üyeleri Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu, Prof. Dr. Erdal Onar ve Prof. Dr. Osman B. Gürzumar'a ayrıca teşekkürlerimi belirtirim. Son olarak, Ankara'ya bir ziyaretim sırasında Bilkent Üniversitesi'nde ziyaret isteğimi kabul eden ve kendisinin öğrencisi olma fırsatına erişmemiş olsam da konuyla ilgili sorularımı büyük bir sabırla yanıtlayan, bu tezin çalışma konusundaki başlıca referans eserin sahibi Prof. Dr. Vedat Buz'a da ayrıca teşekkür ederim.

Tezimi titizlik ve özveriyle okuyarak görüşlerini sunarak bu çalışmanın niteliğini önemli ölçüde arttıran, tez jürisi üyeleri Doç. Dr. Zafer Kahraman ve Dr. Öğr. Üy. Özge Aksoylu'ya teşekkürlerimi iletmek isterim.

Son olarak, tezimi okuyarak kıymetli görüşlerini benimle paylaşan veya yazım sürecinde bana destek olan Deniz Torun, Doğaç Günaydın ve Sinan Akyol'a özellikle şükranlarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	viii
ÖZET.....	x
ABSTRACT.....	xv
RÉSUMÉ	xx
1. GİRİŞ.....	1
1.1. TARİHSEL GELİŞİM VE TEZİN KONUSU	1
1.2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI.....	5
2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TABİ OLDUĞU REJİM.....	7
2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	7
2.1.1. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler Bağlamında İdari Sözleşme – Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı	8
2.1.2. Türk Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	19
2.1.2.1. Özel Hukuk Sözleşmesi – İdari Sözleşme Ayrımı Bakımından.	20
2.1.2.2. Akit Tipolojisi Bakımından.....	25
2.2. Kamu İhale Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuki Rejim	30
2.2.1. Kamu Hukuku Teorisi	31
2.2.2. Özel Hukuk Teorisi	34
2.2.3. Ayrılabilir İşlem Teorisi.....	37
2.2.4. İki Aşama Teorisi	39
3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU	46
3.1. İhale Açılması	48
3.1.1. İcaba Davet Hakkında Genel Açıklamalar	48

3.1.2.	İhale İlanının Niteliği	50
3.2.	Tekliflerin Alınması.....	50
3.2.1.	İcap Hakkında Genel Açıklamalar	50
3.2.2.	Kamu İhalelerinde İcabin Niteliği ve Şekli.....	51
3.3.	İhale Kararı ve Sözleşme Görüşmelerine Davet.....	53
3.3.1.	İhale Kararı	54
3.3.2.	Sözleşmeye Davet	55
3.4.	Sözleşmenin Şekli ve İçeriği.....	57
3.4.1.	Sözleşmenin Şekli	57
3.4.2.	Sözleşmenin İçeriği	58
3.5.	Kamu İhale Sözleşmelerinde Sözleşme Yapma Zorunluluğu	59
3.5.1.	Genel Olarak Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	60
3.5.2.	Kamu İhale Sözleşmelerinde Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	62
4.	KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN İFA DIŞI SONA ERME VE GEÇERSİZLİĞİ REJİMİ	66
4.1.	Butlan.....	67
4.1.1.	Kamu İhale Mevzuatının Emredici Olup Olmadığı	68
4.1.2.	Kamu İhale Sözleşmelerinin Butlanını Doğuran Haller.....	70
4.1.2.1.	KİK m. 55-56'da Öngörülen İtiraz Sonuçlanmadan Sözleşmenin İmzalanması	70
4.1.2.2.	İhale Açılmadan Sözleşme Yapılması.....	72
4.1.2.3.	İhale Dokümanlarına Aykırı Sözleşme Yapılması	74
4.2.	İptal	75
4.2.1.	KİSK m. 21 Uyarınca Sözleşmenin İptali	75
4.2.2.	TBK m. 30 vd. Uyarınca Sözleşmenin İptali	80
4.3.	Fesih ve Dönme	86
4.3.1.	Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	87

4.3.1.1.	Fesih ve Dönme Kavramları ve Farkları	87
4.3.1.2.	Sürekli Borç İlişkisi Kavramı ve Bazı Sözleşme Türleri Açısından Değerlendirilmesi.....	89
4.3.1.3.	Kamu İhale Sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sona Erdirilmesi.....	96
4.3.2.	Kamu İhale Mevzuatından Doğan Sona Erdirme Sebepleri.....	101
4.4.	Tasfiye	104
5.	KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT TALEPLERİ.....	107
5.1.	İdarenin Kamu İhale Mevzuatından Doğan Sorumluluğu.....	109
5.1.1.	Genel İlkeler	109
5.1.2.	Türk Kamu İhale Mevzuatında Sorumluluk Düzenlemeleri	111
5.2.	İdarenin Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması.....	113
5.2.1.	Türk Hukukundaki Görüşler.....	113
5.2.2.	Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum	119
5.2.2.1.	Alman Hukukundaki Durum	119
5.2.2.2.	Fransız Hukukundaki Durum	120
5.2.3.	Talep Edilebilecek Zararlar	123
5.3.	Haksız Fiil Sorumluluğu.....	127
6.	İDARİ YARGI TARAFINDAN VERİLEN İPTAL KARARLARININ KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ	129
6.1.	Geçersizlik Görüşü	130
6.2.	Geçerlilik Görüşü.....	133
6.2.1.	Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum	133
6.2.1.1.	Avrupa Topluluğu'ndaki Duruma Genel Bakış	133
6.2.1.2.	Alman Hukuku	134
6.2.1.3.	Fransız Hukuku	134

6.2.2. Türk Hukukundaki Geçerlilik Görüşü ve Yasal Düzenlemelerin Eleştirisi	136
6.2.2.1. Doktrindeki Görüşler.....	136
6.2.2.2. Türk Hukukundaki Yasal Düzenleme Denemeleri	138
6.2.2.3. Kamu İhale Genel Tebliği Madde 25.4.'ün Tahlili	140
6.3. Hukuki İfa İmkânsızlığı Görüşü	142
6.3.1. İfa İmkansızlığı Hakkında Genel Açıklamalar.....	142
6.3.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İfa İmkânsızlığı Görüşü.....	144
6.4. Görüşlerin Değerlendirilmesi	145
7. SONUÇ	151
KAYNAKÇA.....	153

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Alman Medeni Kanunu)
Bkz./bkz.	Bakınız/bakınız
BoeB	<i>Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen</i> (İsviçre Kamu İhale Federal Kanunu)
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Alman Yüksek İdare Mahkemesi)
C.	Cilt
CE	<i>Conseil d'Etat</i> (Fransız Danıştay)ı)
D.	Daire
DİK	2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
E.	Esas
f.	fıkra
HB	[Uyuşmazlık Mahkemesi] Hukuk Bölümü
HD.	[Yargıtay] Hukuk Dairesi
İDDK	[Danıştay] İdari Dava Daireleri Kurulu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
Karş./karş.	Karşılaştırınız/karşılaştırınız
Kazancı	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KİK	4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun
Lexpera	Lexpera İçtihat Bilgi Bankası
M. / m.	Madde / madde
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> (Alman İstinaf Mahkemesi)

ÖUHK	4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun
Par./par.	Paragraf / paragraf
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
SGK Kanunu	5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK	6100 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Yap-İşlet-Devret Kanunu	3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun

ÖZET

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA YERİ VE İHALENİN YARGI KARARIYLA İPTALİ KARŞISINDA AKİBETLERİ

Yunus Akşin Pınar

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi faaliyetleri esnasında idareler, sıklıkla birtakım mal ve hizmetlere ihtiyaç duyar. Bu mal ve hizmetlerin her zaman idarelerin iç bünyesinden sağlanması mümkün olmadığından dolayı devlet kurumları ihtiyaç duyduğu edimlerin temini için özel sektöre gidecektir. Fakat devletin keyfiyetini engellemek, şeffaflığı ve rekabeti sağlamak adına idarelerin mal ve hizmet temini için sözleşme akdederken belli kurallara uyma zorunluluğu şüphesizdir. Bu zorunluluğun sonucu olarak kamu ihale hukuku ortaya çıkmıştır. Kamu ihale hukukunun temel çıkış noktasına göre devlet kural olarak ancak yaptığı bir ihalenin sonucunda belirlenen ekonomik olarak en avantajlı teklif sahibiyle sözleşme yapabilecektir. İhale sonucunda imzalanan sözleşmeye kamu ihale sözleşmesi adı verilmektedir ve bu çalışmanın inceleme konusunu bu sözleşmeler oluşturmaktadır.

Borçlar hukuku açısından kamu ihale sözleşmelerinin incelenebilmesi için bu sözleşmelerin niteliği öncelikle incelenmiştir. Burada en ön önemli ayırım idare hukuku doktrininde yer alan idari sözleşme – idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmesi ayırımıdır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kabul ettiği ölçüde göre, idarenin taraf olduğu bir sözleşmeyi idari sözleşme yapan üç koşul bulunmaktadır: öncelikle taraflardan en az biri idare olmalıdır, sözleşme kamu hizmetini ilgilendirmelidir ve idareye “özel hukuku aşan” üstünlükler sözleşmeyle tanınmış olmalıdır. Ancak bu kriterlerin soyut olduğunu söylemek mümkündür. Bu kriterlere göre idarenin taraf olduğu bir sözleşmeyi belli bir yönde nitelendirmek mümkün olsa da, ve idare hukuku doktrini bunlara belli birtakım sonuçlar bağlasa da, ayırımın gerekli olup olmadığı tartışılabilir. “Özel hukuku aşan şartlar” ifadesinin tam olarak neyi karşıladığı belli olmadığı gibi idareyi üstün kılan hükümlere özel hukuk kavram ve kurumlarıyla ulaşılabilir, bunun için ayrı bir idari sözleşme kavramına ihtiyaç yoktur.

Yukarıda zikredilen ayırım içerisinde kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğu kanaatine varılmıştır, bu yönde açık kanun hükümleri mevcuttur. Bir akit tipolojisi çerçevesinde incelenince, kamu ihale sözleşmeleri, karakteristik edim borcunun içeriğine göre birden fazla akit tipi içerisinde yer alabilmektedir, zira üç farklı türde kamu ihale sözleşmesi mevcuttur. Mal alım sözleşmeleri, satış ve eser sözleşmesi biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Hizmet alım sözleşmelerinin eser veya vekalet sözleşmesi niteliğinde olabileceği sonucuna varılmıştır. Nihayet yapım işleri sözleşmeleri, doktrinde eser sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduklarından yola çıkarak, kamu ihale sözleşmelerine uygulanabilecek dört farklı hukuki rejim tespit edilmiştir. Bu rejimler, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş dönemi olan ihale süreciyle olan ilişkiyi belirlemektedir. Kamu hukuku teorisi, hem ihale hem de sözleşme aşamasına kamu hukukunun uygulanmasını öngörür ve Türk hukukunda sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle kabul görmemektedir. Özel hukuk teorisi uyarınca hem ihale, hem de sözleşme aşaması özel hukuka tâbidir. Bu yaklaşıma göre ihale, idari işlemler silsilesi oluşturmaktan ziyade bir özel hukuk sözleşmesinin kuruluş aşamasından ibarettir. Ancak Türk hukukunda ihale aşaması, kamu hukukuna tâbi idari işlemlerdir. Bu sebeple özel hukuk teorisi de Türk hukukunda kabul edilmemiştir. Ayrılabilir işlem teorisi, Fransız idare hukukundaki ayrılabilir işlem kuramını kamu ihale sözleşmelerine uygulamayı öngörür. Ayrılabilir işlem kuramına göre ihale sürecinin her bir aşaması (sözleşmenin akdedilmesi dâhil), idare hukuku uyarınca iptal edilebilir birer idari işlem den ibarettir. Türk hukuku, sözleşmeyi bir idari işlem kabul etmeyip özel hukuka ve adli yargıya tâbi tuttuğundan bu teori de uygulama alanı bulmamaktadır. Ayrılabilir işlem teorisi, yalnızca ihale aşaması içerisindeki ayrılabilir işlemler bakımından söz konusu olabilir ve sözleşmeye sirayet etmemektedir. Nihayet iki aşama teorisi, Türk hukukunun kabul ettiği rejimdir. Buna göre, kamu ihale sözleşmelerinin akdedilmesi, iki ayrı aşamaya tâbi tutulmaktadır. Sözleşmenin kuruluş aşaması olan ihale aşaması, kamu hukuku esaslarına ve idari yargıya tâbidir. Buna mukabil sözleşme aşaması ise bütünüyle özel hukuka ve adli yargıya tâbidir. Danıştay bu ayrımı kabul ederek ayrıma katı yaklaşmakla beraber, sözleşmenin tâbi olduğu özel hukuk aşaması sözleşme öncesine de istisnai durumlarda sirayet edebilir, buna örnek olarak kamu ihale sözleşmelerinin akdedilmesinden önce tarafların birbirine *Culpa in contrahendo* esasına göre sorumlu olmaları gösterilebilir.

İhale aşamasını takiben, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu özel hukuk esaslarına tâbi olduğundan bu sürecin borçlar hukuku temeline yerleştirilmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu uyarınca sözleşme, icap ve kabul ile kurulmaktadır. Bu doğrultuda kamu ihale sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'ndaki artırma yoluyla satış usulüne benzer şekilde, ancak daha sıkı şekil şartlarına tâbi olarak kurulmaktadır. Buna göre idarenin ihale ilanı açması, bir icaba davet niteliğindedir. İsteklilerin sunduğu tekliflerin her biri, birer icaptır. İsteklilerin, ihale dokümanı ve/veya kamu ihale mevzuatına aykırı teklif sunmaları halinde borçlar hukuku uyarınca geçerli bir icap olacak, ancak ihale mevzuatına aykırılık sebebiyle idare bu teklifleri ihale dışı bırakacaktır. Bunu takiben idare, ekonomik olarak en avantajlı teklifi belirlemektedir, ancak bu kabul beyanından ziyade yalnızca ihalenin kazananını belirlemeye yöneliktir. Bu aşamadan sonra gelen sözleşmeye davet ve sözleşmenin idare tarafından imzalanması kabul beyanını teşkil edecektir ve bu şekilde sözleşme kurulmuş olacaktır.

Sıkı şekil şartları ve ekonomik olarak en avantajlı teklifle sözleşmeyi imzalama zorunluluğu, akla idare bakımından sözleşme yapma zorunluluğunu getirmektedir. Bu hususta doktrindeki tartışmalara değinilmiştir. Her ne kadar bazı görüşler, kamu ihale sözleşmelerinde sözleşme yapma zorunluluğu olduğunu ifade etse de, bu yetersiz bir analiz olacaktır. İdare ihale sonucu sözleşme yapmak için aynen ifaya zorlanamaz, keza ifa menfaatine tekabül eden müspet zarar da talep edilemez (*asli koruma*). Bunun yerine haksız yere sözleşme imzalamaktan kaçınırsa karşı tarafın menfi zararlarını tazmin etmekle yükümlü olacaktır (*tali koruma*). Bu sebeple idarenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Kuruluşa ek olarak, çalışma konusunu ilgilendirdiği ölçüde kamu ihale sözleşmelerinin geçersizliği ve sona erme rejimi incelenmiştir. Evvela kamu ihale mevzuatının borçlar hukuku açısından emredici hükümler içermediği kanaatine varılmıştır, zira bu hükümlere aykırılığa akdi değil, akit dışı müeyyideler öngörülmüştür. Bu sebeple kamu ihale mevzuatına aykırılık, kural olarak sözleşmenin butlanına yol açmaz. Bununla beraber, sözleşmenin butlanına yol açacak üç özel hal tespit edilmiştir, bunlar ihale açılmadan sözleşme yapılması, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu tamamlanmadan sözleşme yapılması ve ihale dokümanına aykırı olarak sözleşme yapılması halidir.

Kamu ihale sözleşmelerinin iptaline gelince, bu sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan irade sakatlıkları sebebiyle iptale konu olabileceği gibi, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 21'de belirtilen ve "hile" kapsamına giren sebeplerden dolayı da iptal yaptırımına maruz kalabilir. Ancak bu hükmün özensiz olarak düzenlendiği ve iptal yerine "fesih" yaptırımının hatalı olarak ifade edildiği görülmektedir.

Kamu ihale sözleşmeleri ayrıca sona erdirilebilir, bu sözleşmenin süreklilik arz edip etmediğine göre dönme veya fesih olabilir. Bu bağlamda satış, eser ve vekalet sözleşmelerinin ne şekilde sona erdirileceği irdelenerek kamu ihale sözleşmelerinde hangi durumda fesih, hangi durumda dönme söz konusu olacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Nihayet çalışmanın önemli tespitlerinden biri, eser ve vekalet sistemindeki serbest fesih ilkesinin, tam tazminat esasına rağmen kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulanmaması gerektiğidir. Kamu ihale mevzuatındaki sona erdirme sebeplerinin amaçsız kalmaması açısından örtülü kanun boşluğunun varlığı kabul edilmesi ve eser ya da vekalet sözleşmesi niteliğindeki kamu ihale sözleşmeleri bakımından da haklı sebeple fesih esasının kabul edilmesi gerekliliği arz edilmiştir.

Kamu ihale sözleşmelerinden doğan tazminat talepleri açısından karşılaştırmalı hukuk çözümlerinden faydalanılmıştır. Başta Fransız ve Alman sistemleri olmak üzere Avrupa Birliği ülkelerinin yaklaşımı uyarınca etkin bir tazminat mekanizması tesis etmek amacıyla menfi zararlarla hukuk aykırılık arasındaki illiyet bağıını ispat yükü istekliler bakımından hafifletilmiştir. Ayrıca istekliler, birden fazla dava çeşidiyle zararlarını talep edebilirler, buna *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, ihale mevzuatından doğan özel dava türleri ve idarenin haksız fiil sorumluluğu dahildir. Türk hukukunda benzer bir yaklaşımın kabul edilmesi çalışmamızda isabetli görülmüş ve isteklilerin hem *Culpa in contrahendo*, hem de tam yargı davasıyla idarenin kusur sorumluluğuna gidilmesi kabul edilmiştir.

Nihayet çalışmamızın son inceleme konusu, ihalenin yargı kararları tarafından iptali halinde sözleşmenin akıbetidir. Bu konuda Türk hukukunda üç farklı görüş ifade edilmiştir. İdare hukuku doktrininde daha fazla taraftar gören bir görüş, ihalenin iptal edilmesi halinde sözleşme işleminin yetkiden ve dayanaktan yoksun kaldığını iddia ederek sözleşmenin batıl olduğunu iddia etmektedir. Bu görüş, iptal davası sonucu verilen iptal kararlarının geçmişe etkili olarak işlemi ortadan kaldırdığı yaklaşımından

yola çıkar ve iptal kararının yerine getirilmesinin ancak bu şekilde mümkün olduğunu savunmaktadır.

Bir diğer görüş olan geçerlilik görüşü, iptal kararı sonucu sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olmayacağı, ancak şartlarının varlığı halinde idarenin sözleşmeyi feshedebileceği görüşünü savunmaktadır. Bu görüş ise dayanağını hem iki aşama teorisinden, hem de borçlar hukukundaki geçersizlik rejiminden almaktadır. Bu yaklaşıma göre iki aşama teorisinin kamu hukukuna ilk aşamasında yer alan bir hukuka aykırılık, özel hukuk işlemi geçersiz kılamaz. Kaldı ki geçerlilik görüşüne göre, bir sözleşmenin batıl olabilmesi için TBK m. 26-27'deki şartları taşıması gerekmektedir, bunu gözetmeden bir sözleşmeyi geçersiz kabul etmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Bu görüşün destekçisi olarak karşılaştırmalı hukuk gösterilebilir, inceleme konusu hiçbir karşılaştırmalı hukuk sistemi sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz kabul etmemektedir. Almanya, Fransa ve İsviçre'de sözleşme iptal kararı sonrası geçersiz kılınmamaktadır, ancak idare hukuka aykırı ihale işlemi sebebiyle bir önceki kısımda esasları belirtilen tazminat talepleriyle muhatap olmaktadır. Türk hukukuna gelince, Kamu İhale Genel Tebliği'ne yakın tarihte eklenen bir hüküm uyarınca ihalenin iptali halinde idarenin fesih yetkisi doğacaktır. Her ne kadar bu maddenin eleştirilecek tarafları bulunsa da, bu da Türk hukukunda geçerlilik teorisinin esas alındığına dair bir göstergedir.

Nihayet Yargıtay'ın son yıllarda bazı kararlarında benimsediği hukuki ifa imkânsızlığı görüşü, iptal kararının sözleşmenin ifasını TBK m. 136 uyarınca hukuken imkânsız kıldığını savunmaktadır. Ancak bu yaklaşımın eleştirisi de geçersizlik görüşüne getirilen eleştiriyle aynıdır. Kamu hukukuna tâbi bir ihale işleminin iptali halinde farklı bir yargı koluna tâbi bir özel hukuk işleminin hukuken imkânsız olması mümkün olmayacaktır.

Çalışmamızda varılan sonuç, karşılaştırmalı hukuk sistematikleri ve Kamu İhale Genel Tebliği'nde kabul edilmiş olan geçerlilik görüşünün isabetli olduğu yönündedir. İhalenin iptal olması halinde sözleşme geçersiz olmayacaktır. Şartlarının oluşmuş olması halinde idarenin sözleşmeyi feshetmesi ve tercih etmesi halinde tekrar ihaleye çıkması mümkün olacaktır. Sözleşmeyi feshetmemesi halinde ise diğer isteklilerin uğradığı zararları *Culpa in contrahendo* veya idarenin sorumluluğu ilkelerine göre tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

ABSTRACT**THE PLACE OF PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS WITHIN
TURKISH CONTRACT LAW AND THE EFFECT OF THE ANNULMENT
OF THE TENDER BY THE COURTS ON PUBLIC PROCUREMENT
CONTRACTS****Yunus Akşin Pınar**

State agencies often require certain goods and services in acting for public service. Since these goods and services cannot always be obtained from the agency's own resources, the state will turn to the private sector to obtain these deeds. However, in order to prevent arbitrariness and to promote transparency and a competitive market, it is doubtless that the state must obey certain rules when entering into contracts. Public procurement law is the product of this obligation. According to the primary principle of public procurement law, the state may only enter into a contract after a tender process, which will determine the economically most favorable bid. The contract signed following the tender is deemed a public procurement contract, which are the subject of this thesis.

From a contract law perspective, the first topic examined is the nature of public procurement contracts. The most important distinction in this context is the administrative law contract – private law contract distinction that exists in the administrative law doctrine. In accordance with the criteria accepted by the Constitutional Court and the Council of State, three conditions are required to deem a contract an administrative law contract: at least one of the parties must be a state agency, the subject of the contract must be a public service and the administration must be bestowed rights that “exceed private law”. However, it will be possible to say that these criteria are abstract. Even though it may be possible to determine a contract one way or the other through these criteria, it is doubtful whether the distinction is necessary in the first place. Not only is it unclear what “conditions exceeding private law” refers to, bestowing additional contractual rights on the administration can easily be attained via private law methods as well. A separate type of “administrative contract” is not necessary.

In the distinction described above, public procurement contracts are deemed to be private law contracts, as there are express legal provisions to that effect. An examination of contract typology reveals that public procurement contracts may correspond to several different contract types depending on the characteristic obligation involved. Goods supply contracts are deemed to be contracts of sale or construction. Contracts for the supply of services are either construction or agency contracts, whereas building contracts are deemed to be construction contracts.

Moving from the fact that public procurement contracts are private law contracts, four different legal regimes that may be applicable to public procurement contracts have been determined. These regimes determine the relationship between the contract and its formation stage, the tender process. The public law theory stipulates that the tender process and the contract are subject to public law and is not accepted in Turkish law since the contract is subject to private law. The private law theory stipulates that both the tender and the contract itself are subject to private law. This approach claims that the tender process is not composed of various administrative acts but is merely the formation stage of a private law contract. However the tender process in Turkish law is an administrative act subject to private law. Therefore, the private law theory is also not accepted in Turkish law. The theory of separable acts stipulates that the separable acts doctrine in French administrative law applies to public procurement contracts. According to the separable acts doctrine, every stage of the tender process (including the contract) is part of a series of separate administrative acts subject to possible annulment. Turkish law rejects the theory that the contract is an administrative act and subjects it to private law and the civil courts, rejecting this theory as well. The separable acts doctrine applies only to the tender stage and does not transfer to the contract. Finally, the two stages theory applies to Turkish law. Accordingly, the formation of public procurement contracts is subject to two separate stages. The formation stage, which is the tender stage is subject to administrative law principles and the jurisdiction of administrative courts. On the other hand, the contract stage is subject to private law and the civil courts. Even though the Council of State accepts this theory and applies it rigidly, private law principles may also be applied on occasion to the pre-contractual stage, an example is the parties being liable to each other pre-contractual liability of *Culpa in Contrahendo*.

Following the tender stage, given that the formation of the public procurement contract is subject to private law principles, this process must be defined in terms of contract law. According to the Turkish Code of Obligations, a contract is formed by an offer and acceptance. In this regard, public procurement contracts are formed similar to sale by auction prescribed in the Turkish Code of Obligations, but with more rigid form conditions. The announcement of the tender is an invitation to offer. Each bid by the bidders constitute an offer. If the bidders submit bids in violation of the tender documents or the procurement legislation, this will be a valid offer from a contract law perspective but these offers will be disqualified. Following this stage, the administration determines the economically most favorable bid, but this is a determination of the winner of the tender rather than an acceptance. Afterwards, the acceptance will be the invitation to and the signing of the contract, and the contract will be formed.

Rigid form requirements and the requirement to sign a contract with the economically most favorable bid brings to mind an obligation to enter into a contractual relationship. While some views claim that there is such an obligation, this will be an incomplete analysis. The administration cannot be forced into specific performance to sign the contract after the tender, neither can positive damages in lieu of performance be demanded (*primary protection*). Instead, the administration that does not sign the contract without just cause will be liable for negative damages (*secondary protection*). This is why it has been found that the administration is not under obligation to enter into a contractual relationship.

In addition to formation, the voidability and termination of public procurement contracts have been examined to the extent that they pertain to the subject at hand. First of all, it has been found that the public procurement legislation does not contain mandatory provisions in a contract law sense, given that violation of these provisions result in non-contractual sanctions. Additionally, three instances have been determined where the contract is void, these are concluding a contract without a tender, concluding a contract without completing the complaint procedure to the Public Procurement Agency and concluding a contract in violation of tender documentation.

With regard to the annulment of public procurement contracts, these contracts are subject to annulment according to the Turkish Code of Obligations, but also in accordance with Public Procurement Contracts Law Art. 21, which list reasons that

fall under the category of deceit. However, this article has been enacted incorrectly and lists these annulment reasons as grounds for “termination”.

Public procurement contracts may also be ended, which takes the form of termination or rescission depending on the duration of the contract. In this respect, it has been resolved how contracts for sale, construction and agency may be ended, with emphasis on when termination and rescission is possible. Finally, an important determination of the thesis is that the free termination system of construction and agency contracts is not suitable for public procurement contracts, despite the principle of full liability. The grounds for ending given in the public procurement legislation is rendered pointless, a legal gap exists which is filled by accepting the principle of termination for just cause.

Damage claims under public procurement contracts have been resolved through a comparative law study. European Union countries, foremost France and Germany, has loosened the requirement to prove causality between damages and violation of the law on the part of the administration, limited to negative damages. Furthermore, bidders may request damages by way of more than legal recourses, this includes tort liability, *Culpa in contrahendo* liability and special lawsuits arising out of the relevant procurement legislation. It has been found appropriate that a similar approach be taken in Turkish law and that the bidders must be able to request damages in accordance with both *Culpa in contrahendo* and the tort liability of the administration by way of a full remedy action.

The final topic of our thesis is the fate of the contract in the event the tender is annulled by the courts. Three separate viewpoints have been stated under Turkish law. An argument that has found more supporters in administrative law doctrine states that the contract is devoid of legal ground and authorization and is therefore void. This view moves from the fact that actions for annulment result in a retroactive decision whereby the legal act annulled from the start, and that this is the only way by which annulment decisions may be carried out properly.

Another view states that the contract cannot be automatically void due to an annulment decision, but that the contract may be terminated by the administration if the situation arises. This view is dependent on the two stages theory and the voidability regime of Turkish contract law. This viewpoint states that a violation of the law in the first stage, which is subject to public law, cannot render a private law stage voids. In

any case, this view argues that for a contract to be void, the conditions under TCO Arts. 26-27 must be met, it will be a flawed approach to simply accept the contract as void. Comparative law may be shown as a support of this argument, no legal system examined renders the contract void. In Germany, France and Switzerland, the annulment decision does not render the contract void, but the administration will face liability claims due to its violation of the law. In Turkish law, a recent amendment to the General Communiqué on Public Procurement states that the right to terminate arises after the annulment of the contract. While this article may be criticized on many fronts, it shows that the validity view is adopted in Turkish law.

Finally, the legal impossibility view adopted by the Court of Appeals in recent years states that an annulment decision will yield the performance of the contract impossible in accordance with TCO Art. 136. However, criticism of this view is the same that can be brought to the first viewpoint, it is not possible for the annulment of a public law act to cause the impossibility of a private law contract.

The conclusion we have reached is that the validity viewpoint as also accepted in comparative law systems and the General Communiqué on Public Procurement is applicable in Turkish law. The contract will not be void if the tender is annulled. If the conditions are met, the administration may terminate the contract and re-tender. If termination is not preferred, the administration will be liable for damages incurred with third party bidders in accordance with the principle of *Culpa in contrahendo* and the liability of the state.

RÉSUMÉ

LA PLACE DES MARCHÉS PUBLICS DANS LE DROIT DES CONTRATS TURC ET L'EFFET DE L'ANNULATION DE L'APPEL D'OFFRES SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Yunus Akşin Pınar

Au cours des activités de conduite des prestations publiques, les autorités nécessitent un ensemble de biens et de prestations fréquemment. Etant donné qu'il n'est pas toujours possible que ces biens et ces prestations soient assurés du cadre interne des autorités, les établissements publics feront recours au secteur privé pour s'approvisionner ses nécessités. Seulement, l'obligation de respecter certaines règles est sans aucun doute lors de la conclusion de contrat pour l'approvisionnement de bien ou de prestation des autorités afin d'assurer la transparence et la concurrence et d'empêcher l'arbitraire de l'Etat. En conséquence de cette obligation, le droit des marchés publics est apparu. En fonction du point de sortie fondamental du droit des marchés publics, l'Etat ne pourra réaliser de contrat qu'avec le titulaire de l'offre la plus avantageuse économique déterminé suite à une appel d'offre. Le contrat signé suite à l'appel d'offres est appelé le contrat de marché public et ces contrats constituent l'objet d'examen de cette étude.

Afin de pouvoir examiner les contrats de marché public au niveau du droit des obligations, la qualité de ces contrats a été en priorité examinée. La distinction la plus importante ici est la distinction du contrat du droit privé avec comme partie prenante l'autorité – le contrat administratif présent dans la doctrine du droit de l'autorité. En vertu de la dimension acceptée par la Cour Constitutionnelle et le Conseil d'Etat, trois conditions sont présentes pour rendre un contrat avec comme partie prenante l'autorité comme un contrat administratif : tout d'abord au moins une des parties prenantes doit être l'autorité, le contrat doit intéresser la prestation publique et les supériorités « dépassant le droit privé » doivent être reconnues à l'autorité avec contrat. Seulement, il est possible de dire que ces critères sont abstraits. Même s'il est possible de qualifier dans un sens précis un contrat avec partie prenante l'autorité en fonction de ces critères, et même si la doctrine du droit de l'autorité relie certaines conséquences précises ici,

on peut débattre de la nécessité ou non de la distinction. Tout comme il n'est pas absolument clair de savoir ce qu'assure l'expression « les conditions dépassant le droit privé », il est possible d'atteindre les notions et les établissements du droit privé avec les obligations rendant supérieure l'autorité, pour ceci une notion contractuelle administrative séparée n'est pas nécessaire.

Au sein de la distinction susmentionnée, on a atteint la conviction que les contrats de marché public sont des contrats de droit privé, les dispositions du droit clair sont présentes dans ce sens. Lors de l'examen dans le cadre d'une typologie contractuelle, les contrats de marché public peuvent prendre place dans plusieurs types de contrat en fonction du contenu de la dette d'acquisition caractéristique, en effet trois différents types de contrat de marché public sont présents. Les contrats d'achat de bien apparaissent sous la forme de contrat de vente et d'œuvre. On a atteint la conclusion que les contrats d'achat de prestation peuvent être de qualité de contrat d'œuvre ou de procuration. Finalement, les contrats des travaux de construction ont été qualifiés comme contrat d'œuvre dans la doctrine.

En partant du constat que les contrats de marché public sont des contrats de droit privé, quatre différents régimes juridiques ont été constatés de manière applicable aux contrats de marché public. Ces régimes déterminent la relation avec le processus de marché qui est la période de création des contrats de marché public. Le droit public prévoit l'application du droit public à la fois en étape d'appel d'offres et à la fois en étape de contrat et il n'est pas accepté dans le droit Turc en raison de la qualité de contrat de droit privé du contrat. En vertu de la théorie du droit privé, à la fois la création et à la fois l'étape de contrat sont soumis au droit privé. D'après cette approche, le marché est limité à l'étape de création d'un contrat de droit privé au-delà de constituer des opérations administratives. Seulement, dans le droit Turc, l'étape de marché est une des opérations administratives soumises au droit public. Pour cette raison, la théorie du droit privé n'a pas non plus été acceptée dans le Droit Turc. De plus, la théorie de l'opération prévoit d'appliquer aux contrats de marché public la notion d'opération distinctive dans le droit de l'autorité Française. D'après la notion d'opération distinctive, chaque étape du processus de marché (inclus la conclusion du contrat) est limitée à une opération administrative annulable en vertu du droit de l'autorité. Le Droit Turc n'accepte pas le contrat comme une opération administrative et le soumet au droit privé et au procès judiciaire et cette théorie ne trouve donc pas l'espace d'application. La théorie de l'opération distinctive peut être en question

uniquement au niveau des opérations distinctives au sein de l'étape de marché et ne répand pas le contrat. Au final, la théorie deux étapes est le régime accepté par le Droit Turc. D'après quoi, la conclusion des contrats de marché public est soumise à deux étapes différentes. L'étape de marché qui est l'étape de création du contrat est soumise aux fondements du droit public et au procès administratif. Alors que l'étape de contrat équivalente est soumise au droit privé et au procès judiciaire en ensemble. Le Conseil d'Etat accepte cette distinction et en se rapprochant de manière définitive à la distinction, l'étape de droit privé de soumission du contrat peut se répandre dans des situations exceptionnelles avant le contrat, en exemplaire, on peut montrer la responsabilité en vertu du fondement *Culpa in contrahendo* réciproquement des parties prenantes avant la conclusion des contrats de marché public.

Etant donné qu'après l'étape de marché, la création des contrats de marché public est soumise aux fondements du droit privé, il est nécessaire d'installer ce processus au fondement du droit des obligations. En vertu du Code Turc des Obligations, le contrat est établi avec nécessité et acceptation. Dans ce sens, les contrats de marché public sont établis uniquement soumis à des conditions de forme plus strictes semblablement au principe de vente avec la voie d'augmentation du Code Turc des Obligations. D'après quoi, le lancement d'annonce d'appel d'offres de l'autorité est de qualité d'invitation à une nécessité. Chacune des soumissions présentées par les soumissionnaires sont une nécessité chacune. Une nécessité valide sera présente en vertu du code des obligations en cas de présentation d'une offre contraire à la réglementation des marchés publics et/ou des documents de l'appel d'offres par les soumissionnaires mais l'autorité tiendra ces offres en dehors de l'appel d'offres en raison de la contradiction à la réglementation des appels d'offres. Après quoi, l'autorité détermine l'offre la plus avantageuse économiquement mais ceci est uniquement en vu de déterminer le gain du marché au-delà de cette déclaration d'acceptation. La convocation au contrat après cette étape et la signature du contrat par l'autorité constitueront la déclaration d'acceptation et le contrat sera constitué de cette manière.

Les conditions strictes de forme et l'obligation de signer le contrat avec l'offre la plus avantageuse économique apportent l'obligation de conclure le contrat au niveau de l'autorité. Sur ce sujet, on s'est appuyé sur les débats de la doctrine. Même si certains avis expriment l'obligation de conclure le contrat dans les contrats de marché public, ceci sera une analyse mal placée. L'autorité ne peut pas être tenue obligée de

faire le contrat suite à l'appel d'offres, en effet les dommages positifs correspondant à l'intérêt d'exécution ne peuvent pas être demandés (*protection principale*). A la place, s'il évite de signer le contrat à tort, il sera chargé de dédommager les pertes négatives du parti adverse (*protection secondaire*). Pour cette raison, on a atteint la conviction de l'absence d'obligation de faire un contrat de l'autorité. En supplément à la création, l'invalidité et le régime d'achèvement des contrats de marché public ont été examinés dans la mesure de l'intérêt de l'objet de travail. Tout d'abord, on a atteint la conviction de l'absence des obligations ordonnatrices au niveau du droit des obligations de la réglementation des marchés publics, en effet non les sanctions contractuelles mais les sanctions hors contrat ont été prévues à la contradiction à ces obligations. Pour cette raison, la contradiction à la réglementation des marchés publics ne provoque par en règle la nullité du contrat. Avec cela, trois états privés pouvant provoquer la nullité du contrat ont été constatés, ceux-ci sont la conclusion de contrat sans faire d'appel d'offre, la conclusion de contrat avec l'accomplissement de recours de plainte d'objection auprès de l'Institut des Appels d'Offres Publiques et la conclusion de contrat contrairement au document de l'appel d'offres.

Pour en venir à l'annulation des contrats de marché public, ces contrats peuvent être sujets à l'annulation en raison des handicaps de la volonté présent dans le Code Turc des Obligations et peuvent aussi être soumis à la sanction d'annulation en raison des causes entrant dans le cadre de la « fraude » et mentionné dans l'article 21 du Code des Contrats de Marché Public. Seulement, on remarque que cette obligation a été établie sans soin et que la sanction de « résiliation » a été exprimée en erreur au lieu de l'annulation.

Les contrats de marché public peuvent être aussi achevés, ceci peut être le retour ou la résiliation en vertu de la présentation ou non de permanence de ce contrat. Dans ce sens, les situations de résiliation et les situations de retour ont été éclairées dans les contrats de marché public en examinant la fin de quelle manière des contrats de vente, d'œuvre et de procuration. Au final, l'un des constats importants de l'étude est la nécessité de ne pas appliquer au niveau des contrats de marché public malgré le fondement d'indemnité complet du principe de résiliation libre dans le système d'œuvre et de procuration.

On a profité des solutions de droit comparé au niveau des demandes d'indemnité naissant des contrats de marché public. On a affaiblit au niveau des soumissionnaires

la charge de preuve du lien de dépendance entre la contradiction du droit avec les dommages négatifs dans l'objectif d'établir un mécanisme d'indemnité efficace en vertu de l'approche des pays de l'Union Européenne avec prioritairement les systèmes Français et Allemand. De plus, les soumissionnaires peuvent demander leurs dommages avec plusieurs diversités de procès; sont inclus la responsabilité *Culpa in contrahendo*, les types de procès privé naissant de la réglementation du marché et la responsabilité de fait injuste de l'autorité.

Finally, the last subject of examination of our study is the recourse of the contract under the form of annulment by the judicial decisions of the market. On this subject, three different views are expressed in the Turkish Law. One view receiving more supporters in the doctrine of the law of the authority claims that the contract is false in pretending the deprivation of power and support of the contractual operation in case of annulment of the appeal of offers. This view starts from the approach of the disappearance of the operation effectively after the decisions of annulment taken after the process of annulment and defends that the implementation of the decision of annulment is possible only in this manner.

The view of validity which is another view defends that the contract will not be automatically invalid after the decision of annulment but in case of presence of conditions, the authority will terminate the contract. And this view takes its support at the same time from the theory of two steps and at the same time from the regime of invalidity of the law of obligations. According to this approach, the contradiction to a law present in the first step of the public law theory of two steps does not make the operation of private law invalid. Moreover, according to the view of validity, for a contract to be false, it is necessary that it meets the conditions of articles 26-27 of the Turkish Code of Obligations, accepting as invalid a contract without observing this condition will be an erroneous approach. The law compared can be presented as the support of this view, no system of law compared does not accept automatically the invalidity of the contract. In Germany, in France and in Switzerland, the contract is not rendered invalid after the decision of annulment but the authority corresponds with the claims of indemnity mentioned in the foundations of the previous part in reason of the operation of appeal of offers contrary to the law. In order to come to the Turkish Law, in virtue of an obligation added to a date in the General Notification of Public Markets, the power of termination of the authority will arise in case of annulment of the market. Even if this article has some critical sides, this is an indicator showing that the theory of validity is taken as a foundation in the Turkish Law.

Finalement, l'avis d'impossibilité d'exécution juridique adopté dans certaines décisions au cours des dernières années défend que la décision d'annulation rend impossible juridiquement en vertu de l'article 136 du Code Turc des Obligations l'exécution du contrat. Seulement, la critique de cette approche est identique à la critique développée à l'avis d'invalidité. En cas d'annulation d'une opération de marché soumis au droit public, il ne sera pas possible l'impossibilité juridiquement d'une opération de droit privé soumis à une branche judiciaire différente.

Le résultat atteint dans notre étude est dans le sens que l'avis de validité accepté dans la Notification Générale des Marchés Publics et les systématiques du droit comparé sont applicables. En cas d'annulation de l'appel d'offres, le contrat ne sera pas invalide. En cas de constitution des conditions, en cas de résiliation et de préférence du contrat par l'autorité, il sera possible de sortir à nouveau au marché. En cas de non-résiliation du contrat, il sera chargé de dédommager en vertu des principes de la responsabilité de l'autorité ou *Culpa in contrahendo* les dommages subis par les autres soumissionnaires.

1. GİRİŞ

1.1. TARİHSEL GELİŞİM VE TEZİN KONUSU

Devlet, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sürecinde birtakım mal ve hizmetlere ihtiyaç duyar. Bu mal ve hizmetlerin temin edilmesi evvela idarelerin iç bünyesi tarafından karşılanmasıyla mümkün olmakla birlikte, her zaman idarelerin bu yöntemle ihtiyacı olan mal ve hizmetleri temin etmeleri mümkün değildir. Bu sebeple idareler, bu mal ve hizmetlerin edinilmesi için özel hukuk sùjeleriyle sözleşme imzalayacaktır. Bu şekilde idare, özel hukuk alanına adım atarak, borçlar hukukuna tâbi bir sözleşme ile ihtiyacı olan mal veya hizmeti temin edecektir.

Ancak, idarelerin özel hukuk sùjeleri gibi bir sözleşme yapma özgürlüğünden söz edilemez, zira özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda esas olan “fiil ehliyeti” değildir. İdare bir özel hukuk sùjesiyle denk biçimde serbest irade ile işlem ve eylemlerde bulunamaz. Tam aksine, idare hukukunda “yetki”den söz edilebilir, idareler yasal olarak belirlenmiş esaslar ve yöntemlerle faaliyetlerini yürütecektir.¹ İdarelerin statüleri sebebiyle kamu hukukuna dair gözetmeleri gereken menfaatler de vardır, bunların arasında bütçelerin harcanmasında savurganlık olmaması, idarelerin işlem ve eylemlerinde şeffaflık, keyfiyetin engellenmesi ve rekabetin korunması sayılabilecektir. Dolayısıyla, mal ve hizmetlerin temininde idarelerin tercih ettiği kişiyle sözleşme ilişkisi içerisine girmesi söz konusu olmadığı kabul edilmektedir: “İdare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapmadan önce çeşitli usul kurallarına uymak zorundadır”². Bunun yerine idarelerin sözleşme yapma sürecinde bütçenin mümkün olan en etkin biçimde kullanılmasını, temin edilen mal ve hizmetlerin kalite itibariyle yeterli nitelikte olması, devlet görevlilerinin idare adına sözleşme yapma yetkilerinin olası kötüye kullanmalarının önlenmesi ve tüm bu sürecin şeffaflık içerisinde ilerlemesini

¹ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 529; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009, s. 103.

² Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 1998/8 E. 1999/17 K. 21.6.1999 T. (23823 sayılı ve 21.9.1999 tarihli Resmi Gazete)

sağlayacak bir sözleşme yapma yönteminin idareler için öngörülmesi zaruridir. Bu doğrultuda kamu ihale hukuku ortaya çıkmıştır.

Kamu ihale hukukunun tarihsel kökeni Antik Roma'ya dayanmaktadır, özel hukuk sùjelerine yapım işleri ihaleyle verilmekte, temel prensip itibariyle teklifler toplanmakta ve en uygun teklif sahibi belirlenerek bu kişiye yapım işi ihale edilmekteydi³. Roma Hukukunda *Licitatio* adı verilen usulde ihale edilecek işin niteliğini ve ödeme esaslarını belirleyen bir şartname hazırlanmakta ve bu şartname doğrultusunda teklifler sözlü olarak alınmaktaydı. İhaleyi yapacak olan kamu görevlilerinin yakınlarının ihaleye katılmaları ihaleye fesat karıştırılmaması amacıyla yasaktı. *Licitatio* usulü 19. Yüzyıla kadar Avrupa'da devam etmiştir, ardından yerini tekliflerin yazılı olarak alındığı "ihale" usulüne bırakmıştır. Bununla beraber, *Licitatio* usulüne hakim olan temel prensipler, kamu ihale hukukunun yukarıda belirtilen amaçları doğrultusunda bugün de geçerlidir: İhale "ekonomik açıdan en avantajlı teklif" sahibi üzerinde bırakılır.

Bütün hukuk sistemlerinde kamu alımlarının denetlenmesi yüksek önem arz etmekte ve titiz yasal düzenlemelerle korunmaktadır. Bu durum en net biçimde Avrupa Birliği'nin kamu ihale düzenlemelerinde görülebilir. Günümüzde 2014/24/EU sayılı Avrupa Birliği Yönergesiyle düzenlenen kamu alımları, devlet otoritelerinin mal ve hizmet temin etmeleri sürecinde birçok menfaat gözetmeyi amaçlamaktadır: Bir yandan kamu alımları süreci şeffaflık içerisinde hareket etmeli, diğer yandan serbest piyasa ve kişilerin, malların ve hizmetlerin dolaşımını mümkün olan azami oranda sağlamalıdır. Bunların yanı sıra Avrupa Birliği ihale mevzuatı ülkelerin kısıtlayıcı ulusal ihale mevzuatı öngörmelerini engelleyerek Avrupa Birliği içerisinde sağlıklı işleyen bir İç Pazar muhafaza etmelidir, yani malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi kamu alımlarında da Birliğin tamamına sirayet edebilmelidir⁴.

Türk hukukunda kamu ihale hukukunun gelişimi çok aşamalı olmuştur. İlk yasal düzenleme Osmanlı döneminde çıkarılan 1857 tarihli Nizamname olarak belirtilir, buna göre çeşitli satın alma ve yapım işlerinin bakanların izniyle çıkılacak ihaleyle yapılması öngörülür. Cumhuriyet döneminde ise ilk ihale kanunu, 1925 tarihinde

³ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 35-37; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 748: *Licitatio* ifadesi Latince "artırma ve eksiltme" anlamına gelmektedir.

⁴ Servet Alyanak, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Kurallarına Tâbi Kurum ve Kuruluşlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2009/2 s. 167 vd.

yürürlüğe giren 661 sayılı Müzayede, Münakaşa ve İthalat Kanunu olmuştur, bu kanun yeni ihtiyaçlar karşısında yerini 1934 yılında yürürlüğe giren 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'na bırakmıştır. 2490 sayılı kanun oldukça katı hükümler içermektedir, bu hükümlerin kamu ihtiyaçlarını karşılayamaması sebebiyle 1 Ocak 1984 tarihinde halen yürürlükte olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir⁵.

Devlet İhale Kanunu, ilk yürürlüğe girdiğinde kamu ihaleleri konusunda temel kanun niteliği teşkil etmiştir ve idarelerin yapacağı alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleri bu kanuna bağlanmıştır (DİK m. 1). Ancak zaman içerisinde Devlet İhale Kanunu da yetersiz kalmıştır. Kamu harcamaları ve şeffaflık açısından Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütünün standartlarına uygun yasal düzenlemelerin gereksinimi karşısında kamu ihale hukukunda yeni bir kanunlaşma sürecine gidilmiştir.

1 Ocak 2003 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe girmiş, ancak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ilga edilmemiş, yalnızca kapsamı daraltılmıştır. Bunun sebebi, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun gerekçelerinde de ifade edildiği gibi, Devlet İhale Kanunu'nun yukarıda belirtilen kapsamının fazla geniş olması ve bu sebeple özel durumlara karşı ihtiyaçları karşılayamaması olmuştur⁶. Bununla birlikte, Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütünün şeffaflık standartları karşısında yeni bir ihale mevzuatına ihtiyaç duyulmuştur⁷. Bu sebeplerle, idarelerin mal, hizmet ve yapım işleri teminini kapsayacak yeni ihale mevzuatı (Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu) 2002'de yürürlüğe girmiştir. Devlet İhale Kanunu ise yürürlükte kalarak Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı dışında kalan ihalelere uygulanmaktadır. Avrupa Birliğinin yukarıda kısaca arz edilen kamu alımları ilkeleri, KİK m. 5'te kamu ihale hukukunun temel ilkelerine yansıtılmıştır: “İdareler, bu

⁵ Dinçer Gönen / Hikmet Işık, **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 31-32; Abdullah Uz, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 127.

⁶ Kamu İhale Kanunu Gerekçesi - www.ihale.gov.tr/DokumanDownload.aspx?DokumanID=995, erişim tarihi: 7.04.2019.

⁷ Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, her ne kadar Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde şeffaflık ve rekabetin korunması güdüleriyle çıkarılmış olsa da, bu yönleriyle ve özellikle açıklık ve icrailik açısından yetersiz kaldığına dair eleştiriler mevcuttur. Bu konuda hem hukuki, hem de konuyla ilgilenen sair disiplinlere mahsus detaylı açıklamalar için bkz. Yasin Sezer, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.35/4, 2002, s. 57-82; Sami Kaplan, “İdeal bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 162, 2012, s. 18-50.

Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur”.

Kamu İhale Kanunu'nun barındırdığı esaslar, ana hatları itibariyle ihalelerin tarihsel gelişimi açısından benzerlik sağlamaktadır. Kamu İhale Kanunu uyarınca mal, hizmet ve yapım işlerinin temininde istisnaî haller haricinde⁸ ihale yapılması zorunludur, ihalenin yapılmasını takiben ihale edilen işin bir sözleşmeye bağlanması KİSK m. 6 uyarınca zorunludur. Tezimizin konusunu oluşturan sorunun temelinde bu iki ilke yatmaktadır. Zira, kamu ihale sözleşmesinin temelini oluşturan ihale aşaması, bir idari işlemler zinciridir, yani birden çok idari işlemi haizdir. İdari işlemler ise idari yargıda iptal davasına konu olacaklardır. Buna mukabil, aşağıda⁹ detaylı olarak izah edileceği üzere, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşırlar. Dolayısıyla, sözleşmenin temelinde yatan ihalenin iptalinin sözleşmeye etkisi tartışmalıdır.

Konu Türk hukuk doktrininde olduğu gibi, uygulamada da bütünüyle çözüme kavuşturulamamış, idarelerin ve yargının uygulamalarında sıklıkla karışıklığa yol açmıştır. İhalenin iptal edilmesinin sonucu olarak idarelerin söz konusu yargı kararına uygun işlem tesis etmesi gerekliliği ve bu bağlamda kamu ihale sözleşmesinin akıbeti idareler açısından da uygulamada sorunlara yol açmıştır. Bu çalışma konuya açıklık getirmeyi ve birtakım çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır.

Bu meselenin incelenmesi esnasında görülecektir ki, kamu ihale sözleşmelerine ilişkin birçok soru özel hukukta çözümlenmemiş olup, gerek doktrin, gerek kanun koyucu ve yargı kararları tarafından ihmal edilmiştir. Bu tezin ana konusunun çözüme kavuşturulabilmesi için bu sorunların üzerinde de detaylı olarak durulması gerekecektir. Bu sebeple çalışmanın başlıca amaçlarından birisi kamu ihale

⁸ Bu istisnaî hallerden kastedilen, KİK m. 22'de hüküm altına alınan doğrudan temin usulü olabileceği gibi, devletin ihale yapmadan mal ve hizmet tedarik edebileceği konular da bu istisna kapsamına girer, bunlar için bkz KİK m. 3, geçici m. 13, 16, 18, 19, ek m. 9, 10. Ayrıca özel kanunlarla da benzer istisnalar getirilmiştir, örneğin 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m.8/2 uyarınca “Bakanlık, TOKİ, İller Bankası Anonim Şirketi ve İdare; danışmanlık, yazılım, araştırma, her tür ve ölçekte harita, etüt, proje, kadastro, kamulaştırma, mikro bölgeleme, risk yönetimi ve sakınım planı çalışmalarını, her tür ve ölçekte plan yapımı ve imar uygulaması işlerini ve dönüşüm uygulamalarını Bakanlığın bağlı, ilgili ve ilişkili kurum, kuruluş ve bunların iştirakleriyle ve 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idareler ile akdedecekleri protokoller çerçevesinde 2886 sayılı Kanuna ve 4734 sayılı Kanuna tâbi olmaksızın ortak hizmet uygulamaları suretiyle de gerçekleştirebilir”.

⁹ Bkz. Bölüm 2.

sözleşmelerinin niteliği, kuruluşu, geçersizlik rejimi gibi konuların Türk özel hukukunun getirdiği kurallar temeline oturtulması olacaktır.

1.2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI

Tezimizin konusu kamu ihale sözleşmeleriyle sınırlı olduğundan dolayı, inceleme konusu Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca akdedilen kamu ihale sözleşmeleriyle sınırlı olacaktır. Konunun sınırlandırılması bakımından, her ne kadar yeri geldiğinde uygun düştüğü ölçüde bahsi geçecek olsa da Devlet İhale Kanunu kapsamında yapılan ihale ve sözleşmeler inceleme kapsamı dışındadır. Aynı şekilde, ihale sonucu imzalanan ve özel hukuk sözleşmesi niteliği atfedilen başka birtakım sözleşme türleri ayrı kanunla düzenlenmiştir. Buna örnek olarak Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun uyarınca imzalanan Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri gösterilebilir. Dolayısıyla kavramsal olarak bu tez kapsamında “kamu ihale sözleşmeleri” teriminden anlaşılacak olan, Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan ihale sonucunda Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca kurulan sözleşme olacaktır.

Yine bu tezin konusu bakımından, inceleme alanı kamu ihale sözleşmelerinin niteliği ve borçlar hukuku nezdinde yeridir. Dolayısıyla, idare hukukuyla iç içe geçmiş bir alan olmakla beraber, bu konu özel hukuk açısından incelenecektir. Konumuz bu sebeple bir idari işlemin iptalinin özel hukuk sözleşmesine etkisinin olup olmadığı ve varsa, bu etkilerin borçlar hukuku bakımından ne olacağının tespiti ve bu amaçla sözleşmenin belli özel hukuk kurumlarıyla ilişkilendirilmesinden ibarettir. İdari yargı kararlarının etki alanı gibi konu açısından önem arz eden hususlar haricinde, idare hukuku disiplini konu dışındadır.

Kamu ihale hukuku aynı şekilde ihaleden yasaklılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ceza hukukuna değinen hükümler de ihtiva etmektedir, bu hususlar da bütünüyle inceleme alanımızın dışındadır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, bu çalışmanın inceleme planı aşağıdaki gibidir:

Bu giriş bölümünü takip eden ikinci bölümde, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği ve bunlara uygulanacak rejim ele alınacak, bu yöndeki tartışmalar bir sonuca bağlanacak ve kamu ihale sözleşmelerinin borçlar hukukundaki yeri irdelenecektir.

Üçüncü bölümde kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu, borçlar hukuku yaklaşımıyla incelenecektir.

Dördüncü bölümde kamu ihale sözleşmelerinin geçersizlik rejimi incelenecek, bu sözleşmelerin kanun ve sözleşme uyarınca geçersizlik halleri açıklanarak borçlar hukukundaki geçersizlik türlerinin uygulama alanı belirtilecektir. Bu bağlamda herhangi bir sebeple akamete uğrayan kamu ihale sözleşmelerinde takip edilecek tasfiye usulü incelenecektir.

Beşinci bölümde kamu ihale sözleşmeleri tahtında söz konusu olabilecek tazminat talepleri ve bilhassa *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun kamu ihale sözleşmeleri açısından mümkün olup olmadığı incelenecektir.

Altıncı ve son bölümde tezin ana inceleme konusu olan kamu ihale sözleşmesinin dayanağı olan ihale aşamasının idari yargı tarafından iptalinin sözleşmeye etkisi incelenecek ve bu doğrultuda tezimizin savı ve uygulamaya dair çözüm önerisi sunulacaktır. Doktrinde yer alan farklı görüşler ve yargı kararlarındaki durum arz edilecek, çözüm önerileri bakımından Alman, Fransız ve yeri geldikçe İsviçre hukuklarında soruna getirilen çözümler de incelenecektir. Son olarak, konuya ilişkin hususi birtakım meselelere değinilerek çalışma bir sonuç bölümünde toparlanacaktır.

2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TABİ OLDUĞU REJİM

2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Kamu ihale sözleşmelerinin temelinde yatan ihalenin iptalinin sözleşmeye olan etkilerinin izahı için, öncelikle kamu ihale sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin niteliği, bunlara uygulanacak hukuki rejim ve dolayısıyla idari yargıda verilen bir iptal kararının sözleşmeye olan etkisi bakımından önem taşımaktadır.

İdare hukuku doktrini, idarenin taraf olduğu işlemler bakımından çeşitli ayrımlara gitmiştir. Bu bakımdan farklı ayrımlar yapılmaktadır, ancak konumuzu ilgilendiren ayırım idarenin tek taraflı – çok taraflı işlemleri biçiminde yapılan tasniftir. İdarenin tek taraflı işlemi, işlemi yapan tarafın (idare) işlem yapma iradesini açıklamasıyla tesis edilir¹⁰. İdarenin tek taraflı işlemlerinin özelliği; rıza ve muvafakate bağlı olmayan, tek taraflı ve icrai niteliğinde olmalarıdır, zira alınmalarında kamu gücüne dayanılmaktadır¹¹. İdarenin tek taraflı işlemine konumuz bakımından bir örnek, idarenin ihaleyi Kamu İhale Kanunu hükümleri dahilinde iptalidir.

İdarenin iki taraflı işlemlerini ise karşılıklı irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulan “idarenin taraf olduğu sözleşmeler” oluşturmaktadır.

Bu ayırım dâhilinde kamu ihale sözleşmelerinin, idarenin taraf olduğu bir sözleşme olduğuna şüphe yoktur, ancak idare hukuku doktrini bu sözleşmeler bakımından da ayrıma gitmektedir, konumuz bakımından esas önem arz eden ise bu ayrımdır. Kamu tüzel kişilerinin yalnızca idare hukuku alanında faaliyet gösterdiği ve gösterebileceği görüşü günümüzde geçerliliğini korumamaktadır, idarenin özel hukuk alanında faaliyet göstererek bu alanda sözleşme ilişkisi içine girme olanağı

¹⁰ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 216; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2017, s. 124.

¹¹ Günday, **a.g.e.**, 124.

bulduğuna dair şüphe yoktur¹². Dolayısıyla doktrinde ikili bir ayrıma gidilmiş, “idari sözleşme” ve “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” kavramları ortaya çıkmıştır¹³. Yargı kararlarında, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmeleri, söz konusu sözleşmelere uygulanacak hukuki rejim açısından farklılık göstermektedir.

Öncelikle yukarıda belirtilen ayrım izah edilecektir. Hem idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi ayrımındaki kriterler detaylandırılacak, hem de bu ayrımın sonuçları tartışılacaktır. Ardından, kamu ihale sözleşmelerinin söz konusu ayrımdaki yeri belirtilecektir.

2.1.1. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler Bağlamında İdari Sözleşme – Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı

İdare hukuku doktrini idarenin özel hukuk sùjeleriyle taraf olduğu sözleşmeler bakımından ikili bir ayrıma gitmektedir. Bu ayrıma göre idareler, idare hukuku kurallarına tâbi sözleşmeler akdederler, bu sözleşmeler nitelikleri gereği kamu hukuku kurallarına tâbidir ve “idari sözleşme” olarak ifade edilir¹⁴. Buna mukabil, idarenin borçlar hukuku kurallarına tâbi olarak da sözleşme akdettiği kabul edilmektedir, bu sözleşmeler “idarenin özel hukuk sözleşmesi” adını almaktadır.

İdari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden idare hukuku öğretisi uyarınca belli temel noktalarda ayrılır:

Sözleşmenin tarafları olan idare ve özel hukuk sùjesinin arasında hukuki eşitlik olup olmadığı, idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi arasındaki temel farklılardan biri olarak ifade edilmiştir¹⁵. İdari sözleşmelerde, taraflar arasında hukuki eşitlik söz konusu değildir, idare özel hukuk sùjesine nazaran üstün konumdadır. Bu ölçüt, bütünüyle belirli ve kesin değildir. İdarenin üstün konumda olması, idarenin tek taraflı iradesiyle sözleşmeden doğan ilişkiyi etkileyebilmesi olarak ifade edilmekle beraber¹⁶, bu üstün ayrıcalıkların tam olarak neler oldukları kesin çizgilerle belirlenmemiştir.

Kaldı ki, idarenin kanunla veya sözleşmeyle tanınmış üstün ayrıcalıklara sahip olmasının ne sebeple idarenin taraf olduğu bir sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi

¹² A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, **İdare Hukuku, C.1**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 515.

¹³ **A.g.e.**, s. 515-517.

¹⁴ **A.g.e.**, s. 517.

¹⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 186;

¹⁶ **A.g.e.**

olmaktan çıkardığını da anlamak mümkün olmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu'na tâbi özel hukuk sözleşmelerinde sıklıkla taraflardan birine üstün ayrıcalıklar tanınmaktadır, buna örnek olarak tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri gösterilebilir. Benzer şekilde, sözleşmenin taraflarından birinin korunması amacıyla Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme tiplerinde belli ayrıcalıklar tanınmaktadır, bu konuda örnek olarak kira sözleşmesi verilebilir.

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme veya idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak ayırt edilmesinde ilk ölçüt bu nitelendirmenin kanunda yapılmış olmasıdır. Nitekim Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun, idare ile özel hukuk sùjeleri arasında imzalanan yap-işlet-devret sözleşmeleri için açıkça bu nitelendirmeyi yapmaktadır. Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5 uyarınca, “*idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tâbidir*”¹⁷. Hatta söz konusu madde, idarenin özel hukuka tâbi sözleşme akdedip edemeyeceğine ilişkin tartışmaların çıkış noktasıdır. Anayasa Mahkemesi, aslında imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerin özel hukuka tâbi tutularak idari yargı denetimi ve Danıştay ön denetimi dışına çıkarılması gerekçesiyle Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5’i iptal etmiştir¹⁸. Bu karar üzerine 1999 yılında 4446 sayılı kanunla Anayasa’nın 47. maddesi değiştirilmiş, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapmasının önü açılarak Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5 aynı biçimiyle yeniden düzenlenmiştir.

Kanunda belli sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağına dair bir düzenleme yapılması bağlamında, yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararı ve bunun üzerine Anayasa m. 47’ye getirilen değişikliğin üzerinde kısaca durulması gerekecektir. Yap-işlet-devret sözleşmelerini “*özel hukuk hükümlerine tabi*” tutan Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5’i Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 2, 11, 37, 125 ve 155. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre yap-işlet-devret sözleşmeleri, niteliği itibariyle birer kamu imtiyazı sözleşmesidir ve bunlar birer idari sözleşmedir. Anayasa Mahkemesi, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine ve adli yargının denetimine kanunla dahi tâbi tutulamayacağına kanaat getirmiştir. Anayasa m. 155, imtiyaz sözleşmelerinin

¹⁷ Bu örneği genişletmek mümkündür, örneğin 6428 sayılı Kanun madde 3 uyarınca kamu özel işbirliği modeli ile sağlık hizmetleri tesisi yapılması, Sağlık Bakanlığı ve özel hukuk sùjeleri arasında imzalanacak, özel hukuk hükümlerine tâbi bir sözleşmeyle gerçekleştirilecektir.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.6.1995 T. (R.G.: 20.03.1996-22586); kararın eleştirisi için bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, II Cilt, Bursa, Ekin, 2003, C.II, s. 472.

Danıştay incelemesinden geçeceğini buyurmaktadır; Anayasa Mahkemesi anılan kanun hükmünü bu maddeye aykırı bulmuştur. Keza, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı yolunun açık olduğunu belirten Anayasa m. 125 ve kimsenin kanunen tâbi olmadığı mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını emreden Anayasa m. 37 hükümlerini Anayasa Mahkemesi şu şekilde değerlendirmektedir. “*Kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir*”¹⁹. Bu sebeplerden dolayı Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 5’i Anayasa Mahkemesi iptal etmiştir. Kararın isabetine ilişkin yoğun tartışmalar olmuştur, ancak bu tartışmaları detaylı olarak irdelemeyeceğiz. Ancak karar, Anayasa m. 47’ye getirilen değişikliğe doğrudan sebep olması açısından çok önemlidir.

Bu karar üzerine 1999 yılında Anayasa’nın 47. Maddesine eklenen 4. Fıkrası, “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği ve devredebileceği kanunla belirlenir*” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükmün anlamı şudur: niteliği gereği idari sözleşme olan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi tutulması ancak bir kanun hükmüyle mümkün olacaktır. Şu halde devletin, kamu iktisadi teşebbüsünün veya kamu tüzel kişinin taraf olduğu sözleşme, yürüttükleri yatırım ve hizmetin gerçek veya tüzel kişilere devri veya bu kişilere yaptırılması halinde (ki bunlar niteliği gereği kural olarak idari sözleşme olacaklardır) bunların özel hukuk sözleşmesiyle tesis edilebilmesi için kanunda bir belirleme olması gerekecektir.

Sözleşmenin konusu ve niteliği itibariyle idari sözleşme olmaması halinde kanunda açıkça bir belirleme olmadan da idarenin özel hukuk sözleşmesine taraf olabileceğinin kabulü gerekir, bu halde yine de kanunla nitelendirme yapılmadıysa aşağıda belirtilen “*içtihadî şartlara*” göre sözleşmenin niteliği belirlenecektir²⁰.

Danıştay’ın da bu yönde bir yorumu mevcuttur: “*Anayasa’nın 47. maddesine 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle eklenen fıkrada, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve*

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.6.1995 T. (R.G.: 20.03.1996-22586)

²⁰ Gözler, **a.g.e.**, **C.II**, s. 18 vd., 38 vd.

*hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği belirtilmek suretiyle, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesinin yolu açılmıştır*²¹.

İdarenin taraf olduğu sözleşmenin niteliğinin tespitinde temel ölçüt, sözleşmenin içeriğinden yola çıkılarak yapılacak belirlemedir. Başta Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda üzerinde durulan iptal kararı²² olmak üzere yargı makamları idari sözleşmenin varlığı için üç şart aramaktadır:

- Sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması: Yukarıda da izah edildiği üzere, sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Karşı tarafın da kamu tüzel kişisi olması halinde sözleşme bizatihi bu sebepten idari sözleşme niteliğinde olmaz²³, diğer iki koşulun bulunması gerekmektedir²⁴. Bu kriter, *organik şart* olarak da ifade edilir.
- Sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması: Danıştay'ın aradığı ikinci niteliğe göre, sözleşmenin içeriğinin doğrudan kamu hizmetine ilişkin olması gerekmektedir²⁵. Bu, sözleşmenin ilk *maddi şartıdır*. Kamu hizmeti şartının ve kamu hizmeti kavramının tartışmalı olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Örneğin çok tartışmalı bir mesele olan sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi bakımından Kamu İhale Kurulu'nun 08.02.2005 tarih ve 2005/UH.Z-239 sayılı kararı bu duruma ışık tutacaktır. Anılan kararda bir devlet hastanesinin laboratuvar tahliline ilişkin hizmet alımı ihalesi bakımından Kurul, ihaleyi Kamu İhale Kanunu'nda yer alan rekabetin sağlanması şartını sağlamadığından dolayı iptal etmiştir, ancak Kurul bir özel hukuk sözleşmesiyle bu hizmetin idare tarafından alınmasında bir sakınca bulmamaktadır. Kurul

²¹ Danıştay 13. D., 2015/2162 E., 2017/664 K., 15.3.2017 T. (Lexpera).

²² Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.6.1995 T. (R.G.: 20.03.1996-22586).

²³ Danıştay 8. D, 1984/495 E., 1985/46 K. (Naklen: Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, s. 530, dn. 389) – Mezbahta hizmetlerinin yürütülmesi için belediye ile Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü arasındaki sözleşme, aşağıda irdelediğimiz üçüncü kriter olan “özel hukuku aşan şartlar” kriterinin yokluğu sebebiyle özel hukuk sözleşmesi olarak addedilmiştir. Yargıtay da bu görüşü kabul etmektedir, “*kamu teşekkülü olarak davalının kamu yararı gütmesi, sözleşmenin davalının görmekte olduğu kamu hizmeti ile ilişkili olması davada dayanan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir*” (Yargıtay 13.HD 1982/6438 E., 1982/6996 K., 18.12.018 T.; Lütfi Duran, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülazahalar III”, **Amme İdaresi Dergisi**, Aralık 1985, Cilt/Sayı: 18/4, s. 63-82); Kamu hizmeti kavramı hakkında detaylı açıklamalar ve tartışmalar için bkz. Ersin Örucü, “Kamu Hukuku – Özel Hukuku: Kavram ve Ölçüt Karmaşası”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 1991, Cilt 12, Sayı, 1-3, s. 303-316.

²⁴ Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, **C.I**, s. 530; Danıştay 8. D, 1984/495 E., 1985/46 K.

²⁵ Tan, *İdare Hukuku*, s. 297. Yayla, **a.g.e.**, s. 165.

karara konu laboratuvar tahlili hizmetinin bir kamu hizmeti olmadığını kabul etmektedir. Öte yandan kararın karşı oy yazısında azınlık görüşü, bu sözleşmenin kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinden ibaret olduğunu savunarak, bunun Anayasa gereği açık kanun hükmü olmadan özel hukuk sözleşmesiyle yapılamayacağını savunmaktadır²⁶.

- İdarenin karşı tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı konumu: Bu bakımdan “özel hukuku aşan şartlar” ifadesi de sıklıkla zikredilir. İkinci *maddi şart* olan bu kritere göre sözleşmenin kamu yararı gözetilerek ifa edilmesi gözetilerek idarenin üstün haklarla donatılması, sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bu üstün haklar arasında kusurlu tarafa yaptırım uygulama, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme, sözleşmeye son verme gibi haklar gösterilmektedir²⁷. Anayasa Mahkemesi ise kararlarında daha soyut ölçütler belirtmekte: “özel hukuk esaslarından çok kamu hukuku esaslarına uygun bulunması”²⁸ aranmaktadır. İdareyi üstün ve ayrıcalıklı konuma getiren hükümler için verilen örneklerden bazılarında katılmak mümkün değildir. Kusurlu bulunan karşı tarafa yaptırım uygulama ve haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshedebilme gibi haklar, özel hukuk sözleşmelerinde ve Türk Borçlar Kanunu’nda da mevcut haklardır. Bunların ne kanunla, ne de sözleşmeyle taraflardan birine bahşedilmesi, sözleşmeyi özel hukuk alanının dışına taşımamalıdır.

Borçlar Hukuku perspektifi açısından, yukarıda izah ettiğimiz “idari sözleşme”- “idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmesi” ayrımına ihtiyaç olmadığına dair, idare hukuku doktrininden ayrılan bir görüş, *Buz* tarafından sunulmuştur. Bilhassa kamu ihale sözleşmelerini de kapsayacak şekilde bu görüşü öne süren *Buz*, şu savı ortaya koymaktadır:

²⁶ Kamu İhale Kurulu’nun 08.02.2005 tarih ve 2005/UH.Z-239 sayılı kararı. R.G. 24.03.2005, 25765.

²⁷ Bilgen, **a.g.e.**, s. 127, Tan, *İdare Hukuku*, s. 299 –Karş., Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 224. Mehaç Fransız İdare Hukuku benzer bir yaklaşım benimsemiştir. *Conseil d’Etat*, bir kararında Fransız Uzay Ajansının bir sözleşmesinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelerken terditli bir yaklaşımla önce kanunda bu nitelendirmenin yapıp yapılmadığını inceler. Böyle bir nitelendirme olmadığını tespitinden sonra sözleşmenin belli hükümlerinin kamu yararı adına “kamu hukukunun aşkın rejimi” (*régime exorbitant de droit public*) kapsamında sayılacak hükümler olduğunu tespit ederek, sözleşmeyi bir idari sözleşme olarak niteler²⁷. Bunun sonucu olarak *Conseil d’Etat* hem idari sözleşmenin varlığı sebebiyle yetkili olduğuna kanaat getirmektedir, hem de uyumsuzluğun esasına, yani sözleşmeye dair uyumsuzluğa idare hukuku esaslarına tâbi bulunan ihale ilkelerini uygulayarak hüküm tesis eder. CE, 5 Şubat 2018, N° 414846 - <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-414846-cnes-clauses-exorbitantes.htm>

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 1988/5 E., 1988/55 K., 25.7.1989 T. (R.G.: 25.7.1989-20232).

Buz'a göre "Özel hukuku aşan şartlar" ve "idarenin üstün konumda olması" ölçütleri bir anlam ifade etmez. Ne kanunla ne de sözleşmeyle taraflardan birine üstün birtakım yetkiler verilmesi, "özel hukukun şartlarını" aşmaktadır, özel hukukun şartlarını aşan şartlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Tüketici sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri örneğinden hareketle yazar tarafından izah edildiği üzere kanun, iki özel hukuk süjesi arasındaki sözleşmeler bakımından da bir tarafa üstün yetkiler bahsedebilmektedir²⁹. Aynı üstün yetkilerin sözleşme tarafından idareye verildiğinde de aynı durum geçerlidir. Türk özel hukukunda sözleşme serbestisi geçerli olduğundan dolayı (TBK m. 26) tarafların tamamen özel hukuk kurumlarıyla bu yetkileri taraflardan birine vermesi, TBK m. 27'de yer alan sınırlamalara (kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmama veya konusunun imkânsız olmaması) uymak kaydıyla mümkündür³⁰.

Buz'un bu yaklaşımının yargı kararlarına da yabancı olmadığını eklemeyi uygun buluyoruz. Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında idare konumunda olan Bağ-Kur'un eczanelerle yaptığı sözleşmelerle ilgili yazarla aynı kanaate varmıştır. Bağ-Kur'un sözleşmedeki fesih yetkisinin daha fazla oluşu (sözleşme kamu hizmetine ilişkin olsa dahi) idarenin, idari sözleşmeler için gereklilik şartı olan üstün yetkilerle donatıldığı anlamına gelmez³¹.

Buz'un yaklaşımına göre idari sözleşme – özel hukuk sözleşmesi ayırımına örnek olarak gösterilen sözleşme kayıtları, bu açıklamalar karşısında ayırt ediciliğini kaybetmektedir. Örneğin, idari sözleşmelerde taraflardan birine vergi muafiyeti sağlanmış olması bir ölçüt olarak kullanılmakta, oysa bu ayrıcalık vergilerin kanuniliği ilkesi gereği³² ancak bir hukuk normuyla sağlanabileceğinden, bir idari sözleşmeye konması da hükmün geçersizliğine yol açacaktır. Keza, sözleşmenin cebri icrasının farklı bir usule tâbi tutulması da aynı sorunla karşı karşıyadır³³. Sözleşmeyle idareye yargısal yollara başvurmadan veya farklı bir usule başvurarak alacağını tahsil edebilmesi bizzat ihkak-ı hak anlamına geleceğinden idari sözleşmeler açısından mümkün değildir. Kanunla bu yetkinin tanınması ise özel hukuk sözleşmelerinde de görüleceğine yazar tarafından dikkat çekilmiştir, örneğin bir özel hukuk tüzel kişisi olan BOTAŞ, alacaklarını 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu m. 12/g hükmünden

²⁹ *Buz, İhale*, s. 56 vd.

³⁰ *Buz, İhale*, s. 56 vd.

³¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1991/15 E., 1991/16 K., 8.7.1991 T. (R.G. 20.10.1991, 20127).

³² Anayasa m. 73/3

³³ *Buz, İhale*, s. 56 vd.

dolayı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsil eder.

Bir diğer yaklaşım, sözleşmenin taraf özel hukuk sùjelerinin sözleşmeye koyamayacağı şartların varlığı halinde sözleşmenin idari sözleşme kabul edilmesi yönündedir. Bu görüş şu şekilde ifade edilmiştir: “*Özel kişilerin sözleşme özgürlüğü sınırlarını aşan ve kamu düzenine aykırı sayılan hüküm ve şartlar ile uygulamada, kamu yararı amacına yöneldiği için bireylerin ilişkilerinde yeri ve gereği olmayan unsurların, idari sözleşmelerde özel hukuktan ayrılan noktalar olduğu kabul edilebilir*”³⁴. Bu yaklaşımın ne kadar sakıncalı olduğu açıktır. Özel kişilerin sözleşme özgürlüğünü aşan bir sözleşme şartı olsa TBK m. 26-27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine veya ahlaka aykırı bir sözleşme kaydı olabilir, bu ve aynı yazarın ifade ettiği kamu düzenine aykırılık hali TBK m. 27 uyarınca sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açar. Kaldı ki kamu düzenine aykırı bir hükmün nasıl kamu yararı amacına yönelebileceğini tespit etmek güçtür. Yazar bu açıklamaya örnek olarak bir idari sözleşme hükmüne örnek göstermemiştir.

Günday benzer bir ifade kullanarak “*özel hukuk sözleşmelerinde görülemeyen hükümlere*” örnek vermiştir: “*tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkiler*”.³⁵ Öncelikle özel hukuk sözleşmelerine görülmeyen hükümler hatalı bir ifadedir. Az evvel de belirtildiği üzere, özel hukuk sözleşmesine konulamayacak hükümler TBK m. 26-27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız hükümlerdir. Kanunen bu hükümlerin yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. İdari sözleşmeler bakımından TBK m. 26-27’nin uygulama alanını kısıtlayan özel bir kanun hükmü bulunmadığına göre (ki bulunsa da Anayasa’ya aykırı olacağına iddia etmek güç olmayacaktır), özel hukuk sözleşmelerine konulamayan hükümlerin idari sözleşmelere konulması halinde de yaptırım kesin hükümsüzlük olacaktır. Eğer özel hukuk sözleşmelerinde hukuken öngörülebilir, ancak tipik olarak görülmeyen hükümler kast ediliyorsa yazarın verdiği hükümlere özel hukuk sözleşmelerinde sıklıkla rastlandığı gibi, sözleşme serbestisi doğrultusunda bunların öngörülmesi

³⁴ Fatma Ayhan, **İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi**, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2012, s. 30; Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 433

³⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 186.

mümkün olacak, idari sözleşmeyle amaçlanan tüm sonuçlar bir özel hukuk sözleşmesiyle sağlanmış olacaktır.

Kamu yararının korunması kıstası da, *Buz*'un bu konudaki son eleştirisine mahal verir; idareye üstün ayrıcalıklar tanınmasını kamu yararıyla açıklamak hatalı olacaktır. Yazara göre kamu yararı kavramı ve kamu hukuku kavramının asli amacı, bireyi üstün konumdaki devlet otoritesinden korumak olduğuna göre bunun yöntemi “idari sözleşme” akdetmek suretiyle idareye üstün ayrıcalıklar tanımak değil, hareket alanını sınırlayarak üstün konumunu hukuka uygun kullanmaya mecbur etmektir.

Buz, idari sözleşme – özel hukuk sözleşmesi ayrımının şu açıdan var olabileceğini kabul etmektedir: “*İdarenin taraf olduğu idari sözleşmelerde bu tür tek yanlı yetkilerinin, sözleşmede herhangi bir düzenleme olmasa dahi mevcut olduğu, bu nedenle idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında en azından bu yönüyle bir fark olduğu ileri sürülebilir*”³⁶. Ancak bu da ayrımı savunmak için yetersiz kalabilmektedir. İdari sözleşmeyi idari sözleşme yapan ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere yargı makamları ve öğretinin tarafından kabul edildiği gibi özel hukuku aşan üstün yetkiler ise, bu ölçütün sağlanıp sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin beraberinde sözleşmede yer almayan üstün yetkiler getirmesi, bir mantıksal kısır döngüye işaret eder. Sözleşmede veya kanunda yer almamasına rağmen, idarenin idari sözleşmeler mevzu bahis olduğunda birtakım üstün yetkilerle donatılmasının sakıncalı, hatta hukuka aykırı bir yaklaşım olduğu da ayrıca bir tartışma konusu olabilir, ancak bu çalışmamızın kapsamının dışında, kamu hizmeti ve kamu yararının anlamına dair tartışmalar ihtiva ettiğinden bu tartışmaya değinmiyoruz.

Kanaatimizce, *Buz* tarafından idari sözleşmeler doktrinine getirilen bu eleştiri haklıdır. Gerçekten de, hem yargı kararları hem de doktrinde idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farkların pratik olarak ortaya konması bakımından tatminkâr olmadığı gibi, “*idari sözleşme biçiminin vazgeçilmez olmadığı, benzer sonuçlara özel hukuk kavram ve kurumları ile de ulaşmanın mümkün olduğu*”³⁷ da şüphesizdir. İdare hukuku doktrinde de *Tan*, “*kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma yönteminin giderek çeşitlenip yaygınlaşması karşısında idari sözleşme kuramının gözden geçirilmesinde yarar*” olduğunu dile getirmektedir³⁸.

³⁶ *Buz, İhale*, s. 60-63.

³⁷ *Buz, İhale*, s. 61.

³⁸ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *AÜSBF Dergisi*, 1995, Ankara, Sayı: 3, Cilt 50, s. 309.

Yazarın bu tespitleri yaptığı 1995 yılında henüz Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe girmemişti. Bununla beraber – bu çalışmanın kapsamını bir miktar aşsa da – idari sözleşme kavramının yukarıdaki eleştiriler ışığında yerini idarenin sözleşme akdederken özel hukuk alanında hareket etmesine bırakması gerektiği kanaatindeyiz. Şüphesizdir ki, idareye birtakım üstün hak ve yetkiler sağlayan idari sözleşmeler kuramı önemli bir amaca; kamu hizmetinin muhafazası ve sürdürülmesine hizmet etmektedir. Fakat bu amaca bir özel hukuk sözleşmesiyle hizmet edilebilmesi pekâlâ mümkündür. Kamu menfaati amacıyla idareye üstün ayrıcalıklar tanınması şartsa bunun kanun veya sözleşmeyle tanınması, “özel hukukun kapsamını aşan” bir idari sözleşme tipi olmadan da mümkün olacaktır. Türk hukukunun bu yönde gelişimine dair bir öneri haliyle pek gerçekçi değildir, zira Türk idare hukukunun esas alındığı Fransız hukukunda bu ayrım belirgin bir biçimde mevcuttur ve terki son derece güç olacaktır. Dolayısıyla bu çalışmanın önerisi, idari sözleşme – idarenin özel hukuk sözleşmesi arasındaki ayrımın somutlaştırılması, daha kesin ölçütlere bağlanması ve sonuçlarının yine daha fazla belirlilik ve tutarlılık arz etmesi yönündedir.

Ayrıca, özel hukuku aşan şartlara örnek olarak gösterilen denetleme, fiyat tarifesini tespit etme, tek taraflı fesih yetkisi gibi “üstün ayrıcalıklar”, özel hukuk sözleşmelerinde de sözleşme serbestisi uyarınca tanınabileceği gibi, uygulamada idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilen sözleşmelerde de ekseriyetle tanınmaktadır, bu durum kamu ihale tip sözleşmelerinde açıkça görülebilmektedir. Bu üstün ayrıcalıkların kamu yararının korunmasını gözetmek durumunda olan idari sözleşmelerde yer alabileceği, ancak özel hukuk sözleşmelerinde yer alamayacağı savı, dayanaksız kalmaktadır. Kaldı ki idare hukuku doktrininde fazla açıklama getirilmeksizin ifade edilen “tek taraflı fesih” yetkisi de anlaşılması güç bir ifadedir, zira fesih yetkisi bir bozucu yenilik doğuran hak olduğundan zaten ancak tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilir bir haktır³⁹. “Tek taraflı fesih” yetkisinden anlaşılması gereken, yalnızca idareye bahşedilmiş bir fesih yetkisi olabilir. Nitekim imtiyaz sözleşmelerinde *rachat* olarak adlandırılan bu yetki uyarınca imtiyazın her daim “esas sahibi olan idare, imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmaksızın imtiyaz sözleşmesini feshederek hizmete el koyabilir. Ancak bu halde imtiyaz sahibinin tüm

³⁹ Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 91; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 65 vd.

zararlarını tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi kamu hizmetinin görülmesi için zorunlu tesislerin de bedelini ödeyerek mülkiyetini devralmalıdır⁴⁰. Bu her ne kadar idari sözleşmeyle özel hukuk sözleşmesi arasında önemli bir fark olsa da, şu noktaya da dikkat çekilmelidir ki, yukarıda izah edilen serbest fesih imkanına da özel hukuk kavram ve kurumlarıyla ulaşmak mümkündür. Hatta, TBK m. 484 uyarınca eser sözleşmesinin feshi, tam olarak aynı durumu karşıladığından⁴¹, bir tarafın haklı sebep olmaksızın tam tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetme kavramına yabancı olmadığını söylemek de mümkün olacaktır⁴².

Bütün bu açıklamalar, esas itibariyle idari sözleşme kuramıyla amaçlanan tüm sonuçların özel hukuk kavram ve kurumlarıyla sağlanabileceği sonucuna yönelmektedir. İdari sözleşmelerde ayırt edici ölçüt olarak kullanılan idarenin üstün yetkilerine doktrinde gösterilen örneklerin pek çoğu, sözleşme serbestisi tahtında taraflarca özel hukuk sözleşmelerinde öngörülebilir, hatta uygulamada öngörülen hükümlerdir. Özel hukuk sözleşmelerinde yasal olarak (TBK m. 26-27 uyarınca) öngörülemeyecek hükümler ise her bir “idari sözleşme tipi” için kanunda öngörülebilecektir. Zaten TBK m. 26-27’ye normalde aykırılık teşkil edecek bir sözleşme hükmünün geçerli olabilmesi için özel bir kanun hükmünün buna müsaade etmesi gerekecektir. Bu sayede idari sözleşmeler hem özel hukuka tâbi tutularak hukuk politikasının arzu ettiği hüküm ve sonuçlarını muhafaza edecektir, hem de daha sağlam bir yasal temel üzerine oturtulacaktır.

Karışıklığa mahal vermemek adına, idari sözleşme – idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımının var olmadığı veya pratikte içi boş bir ayrım olduğu iddiası şüphesiz hatalı olacaktır. İdarenin taraf olduğu bir sözleşmeyle karşı karşıya kalan hâkimin bu sözleşmeyi idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi beraberinde pratik sonuçlar getirecektir. Evvela bir sözleşmenin idari sözleşme niteliği uyuşmazlığı çözmeye görevli yargı kolunu belirleyecektir; idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ise adli yargıda görülür. Yine usuli bir fark olarak, bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay görüşünün alınması zorunluluğu

⁴⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 186; Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, **C.I**, s. 538; Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Baskı, İstanbul, 1966, s. 1640 vd.

⁴¹ TBK m. 484: İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.

⁴² Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 61 vd.

gösterilebilir⁴³. Sözleşmenin türünün belirlenmesi davanın esasına da belirgin olarak etki edecektir. Bir sözleşmenin Türk hukuku uyarınca idari sözleşme nitelendirilmesi yorumlanması bakımından kamu hukuku ilkelerine tâbi tuttuğu gibi, idari işlemlerin hukuki rejiminde tipik olanın aksine tek yanlı olmasa dahi bir idari işlem olarak değerlendirilmesine sebep olacaktır. Örneğin, *Buz'un* idari sözleşmelerin tâbi olacağı farklı hukuki rejime örneği sözleşmenin geçersizlik rejimidir⁴⁴: Burada, bir sözleşmenin hâkim tarafından idari sözleşme olarak tespiti “kamu yararına aykırılık”⁴⁵ sebebiyle geçersizlik yaptırımına maruz kalmasına sebep olur. Yine kamu yararına idarenin idari sözleşmeyi feshedebileceği de kabul görmektedir, az evvel bahsettiğimiz üzere *rachat* bunun bir örneğidir⁴⁶. İdarenin *rachat* yoluyla imtiyazı satın alabilme yetkisi, bu bölümde izah etmeye çalıştığımız görüşün çok iyi bir örneğini teşkil edecektir. Bu yetkinin idari sözleşmede öngörülmesinin varlığı, özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme arasında önemli bir farktır. Ancak aynı sonuca yukarıda izah ettiğimiz gibi özel hukuk kavram ve kurumlarıyla ulaşmak da mümkün olurdu. Dolayısıyla idari sözleşme – özel hukuk sözleşmesi ayırımı hukukumuzda belli sonuçları ihtiva eder. Bu kısımda detaylandırılan yaklaşım esasen böyle bir ayırımın hem gerekli olup olmadığına ve ayırımın kesin olmamasına getirilmektedir.

Bu kısımda izah edilmeye çalışılan hususlar kısaca toparlanacak olursa, şu iki temel sonuca varılabilir: Öncelikle, idare hukuku doktrininde varlığı ifade edilen idari sözleşme- idarenin özel hukuk sözleşmesi ayırımı uyarınca, bir sözleşmenin veya sözleşme türünün bu ayırım kapsamında nitelendirilmesi için önce kanuna, burada hüküm yoksa sözleşmenin içeriğine bakılacaktır. Sözleşmenin içeriği bir kamu

⁴³ Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, C.1, s. 549.

⁴⁴ **A.g.e.**, s. 63

⁴⁵ Kamu yararı kavramının tanımı ve bu kavramın tartışmalı ve tanımlaması güç bir kavram olduğu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi – Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı**, 1988, Ankara, Cilt 9, Sayı 1-3, s. 11-22.

⁴⁶ İdare hukukunda “kamu yararına fesih”, “yaptırım niteliğinde fesih” yetkisinden farklı görülmektedir (bkz. Tan, *İdare Hukuku*, s. 327). Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1998, Ankara, Sayı 12, s. 12: “*İdare, sözleşmede bir hüküm olmasa bile karşı tarafın bir kusuru olup olmadığını aramaksızın bu yetkileri kullanabilir, bu yaptırımları uygulayabilir*”. Hiçbir kusurlu veya sözleşmeye aykırı davranışta bulunmamış olan özel hukuk süjesinin yine de fesih yaptırımıyla karşı karşıya kalabilmesi sebebiyle (ya da hiç değilse kamu yararı gibi soyut bir kavram sebebiyle) sakıncalı olduğu düşünülebilir. Yaklaşımın bir diğer eleştirisi için yine bkz. Buz, *İhale*, s. 63: İdarenin kötü sözleşmeler yapmasını engellemek için soyut bir kavram olan kamu yararına aykırılık sebebiyle sözleşmeyi geçersiz kılmak veya fesih yetkisi tanımak hem ahde vefa ilkesinin içini idari sözleşmeler bakımından boşaltmak olacağı gibi, kamu yararı kavramı bireyleri idareye karşı korumak adına mevcuttur, kötü bir sözleşme yapan idareyi bireylere karşı korumak değil. Ayrıca bkz. Duran, *İdare Hukuku*, s. 25: Duran, “kamu yararı” kavramının “özel” ve “bulanık” olduğunu ifade eder.

hizmetini içeriyorsa ve sözleşme hükümleri idareye “özel hukukun şartlarını aşan” birtakım üstün hak ve ayrıcalıklar tanıdığı takdirde, sözleşme idari sözleşmedir. Aksi halde Türk hukuk sistemi, sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmektedir⁴⁷.

İkinci olarak ise, her ne kadar doktrinde ve yargı kararlarında bu ayrıma belli sonuçlar atfedilse de, bir “kamu yararı” kaygısıyla idareye üstün ayrıcalıklar tanıyan bir sözleşmeye özel hukuk kurumlarıyla da ulaşılabileceği gibi, ayırımın kesin ve her zaman mantıklı sınırlarla çizilmiş olmadığı da görülebilir. Bu da, idare hukuku doktrininde oluşmuş olan bu karmaşık “idari sözleşme” kurumuna ne kadar ihtiyaç olduğu eleştirisini de doğal olarak beraberinde getirecektir. Zira, “idari sözleşme” kavramıyla amaçlananlar (kamu hizmetinin görülmesi, kamu yararı, vb.) gözetilmek kaydıyla idari sözleşmeyi idarenin özel hukuk sözleşmesinden farklı ve ayrıcalıklı kılan tüm hüküm ve sonuçları özel hukuk kavram ve kurumlarıyla sağlamak mümkündür.

2.1.2. Türk Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmeleri nitelendirilirken ikili bir ayrıma gidilmelidir. Bu ayrımların ilki, hiç şüphesiz ki yukarıda detaylı olarak farkları irdelenen özel hukuk sözleşmesi – idari sözleşme ayırımıdır. İdarenin taraf olduğu sözleşmeler içerisinde kamu ihale sözleşmelerinin bu ayırım içerisine yerleştirilerek bu husustaki tartışmalar incelenmelidir.

Bu ayırımın yanı sıra, borçlar hukuku sözleşmeleri “akıt tipolojisi” bakımından da bir ayrıma tâbi tutmaktadır. Borçlar hukukunda kanunda düzenlenip düzenlenmeme ölçütü bakımından isimli-isimsiz sözleşmeler ayrımı, bunun yanı sıra kanunda belli hüküm ve sonuçlar öngörülen belli sözleşme tipleri mevcuttur. Kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelere veya birden fazla isimli sözleşmeye ilişkin özellik içeren sözleşmelere (karışık muhtevalı akıtlar)⁴⁸ uygulanacak hukuk normlarının saptanması için de Borçlar Hukuku doktrini belli yöntemler

⁴⁷ Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, **C.I**, s. 539 vd.; Anayasa Mahkemesi, 1994/71 E., 1995/23 K., 28.6.1995 T. (R.G.: 20.03.1996-22586); Danıştay 8. D, 1984/495 E., 1985/46 K. (Naklen: Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, s. 530, dn. 389).

⁴⁸ Türk Borçlar Hukukunda karışık muhtevalı akıtlara ilişkin birincil eserin sahibi olan *Kuntalp*, “karışık muhtevalı akıt” veya “karma sözleşmeyi” isimsiz sözleşmeler başlığı altında şu şekilde tanımlamaktadır: “*unsurları kanunen düzenlenmiş akıtlara ait, fakat bunları birleştirme biçiminin kanuna yabancı olduğu sözleşme*”. Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akıt**, 2 .Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 15-16.

geliştirdiğinden, kamu ihale sözleşmelerinin “akıt tipolojisi”⁴⁹ içerisinde hangi yere sahip olduğunun da belirlenmesi önem arz etmektedir.

2.1.2.1. Özel Hukuk Sözleşmesi – İdari Sözleşme Ayrımı Bakımından

Yukarıdaki idari sözleşme – özel hukuk sözleşmesi ayrımı doğrultusunda ve ayrıma getirdiğimiz eleştiriyi bir kenara koyarak, Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği saptanmalıdır. Bu çalışmanın konusu kamu ihale sözleşmelerinin Borçlar Hukukundaki yerini belirlemek ve buna bağlı belli sonuçlar çıkarmak olduğundan, tezin önemli bir kısmı kamu ihale sözleşmelerinin niteliğinin tespitidir. Buna bağlı olarak tarafların hak ve borçları ile sözleşmenin geçersizlik rejimi temele oturmaktadır.

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2002 yılında yürürlüğe girmeden önce kamu ihaleleri sonucunda özel hukuk süjesiyle akdedilen sözleşmenin niteliği tartışmalıydı. Hem 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, hem de Devlet İhale Kanunu konu hakkında açıklık getirmemekteydi. Bu kanunlar uyarınca imzalanan sözleşmelerin niteliği dolayısıyla tartışmalıdır. İdare hukuku doktrindeki hakim görüş, bu sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmeleri olduğu yönündedir⁵⁰. Kanaatimizce kanunda açık olarak nitelendirilmemiş bu sözleşmelerin kül olarak belli bir şekilde nitelendirilmesinin isabeti şüphelidir. İdare hukuku doktrini ve yukarıda incelediğimiz üzere Conseil d’Etat (Fransız Danıştay) kararları doğrultusunda kanunda sözleşmenin niteliği hakkında açık hüküm bulunmuyorsa, mahkeme sözleşme hükümlerini inceleyerek doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetinin ve “özel hukuku aşan şartların” varlığını aramalıdır. Öte yandan, DİK m. 5, kanunun kapsamını “*alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisleri ve taşıma işleri*”⁵¹ olarak belirlediğinden, DİK kapsamında imzalanan sözleşmelerin kural olarak kamu hizmeti içermeyeceği

⁴⁹ Akıt tiplerinin belirlenmesi metodunu karşılayan bu ifade *Kuntalp*’ten ödünç alınmaktadır.

⁵⁰ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, C.1, s. 580-581; Tan; *İdare Hukuku*, s. 294; Karş; Özay, **a.g.e.**, s. 511. *Tan*, ayrıca DİK ile ilgili şunu da belirtmektedir, bir ihale usulünün DİK’e tâbi olması onu kendiliğinden özel hukuk sözleşmesi yapmaya yetmez, bu yönde bir kategorik değerlendirme yapmak yanlış olacaktır. Bu görüşü aynı yazarın diğer eserlerinde DİK ile ilgili verdiği görüşlerle bağdaştıracak olursak, *Tan*’ın ifade ettiği etmeye çalıştığı şudur: Her ne kadar içeriği DİK kapsamında olan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olsa da, usulü DİK’e tâbi herhangi bir sözleşme için aynı nitelendirme yapılamayacaktır. Detaylı açıklamalar için bkz. Tan, *İdari Sözleşmeler Kuramı*, s. 297.

⁵¹ Şu hususu bu noktada hatırlatmayı uygun görüyoruz: Bölüm 1.1’de de ifade edildiği gibi 2002’de KİK’in yürürlüğe girmesiyle DİK’in kapsamı daraltılarak bu maddede belirtilen iş ve işlemlerden yalnızca idare mallarının satımı ve kirası DİK’te belirtilen ihale ve sözleşme usulüyle yapılacaktır. Devletin mal ve hizmet edimlerini temin etmesi KİK ve KİSK’e tâbidir.

savunulabilir. Hükümün lafzından anlaşılacağı üzere DİK m. 5'teki "hizmet" ifadesi, kamu hizmeti kavramını değil, hizmet ediminin ifasını, yani "işgörmeye" ifadesini karşılar. Nitekim DİK'in konusu olan ihalelerin (ve sözleşmelerin) kamuya kaynak sağlamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir⁵². Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında Belediye ile özel hukuk süjesi arasında DİK kapsamında yapılan sözleşmenin doğrudan kamu hizmetine ilişkin olup olmadığını incelerken, sözleşme konusu belediye nikâh salonunda fotoğraf ve video çekimi işinin (karar tarihinde yürürlükte olan) 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda sayılmış belediyenin görevleri arasında olup olmadığını ölçüt olarak almıştır⁵³.

Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bakımından durum daha az tartışmalıdır, zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bu doğrultuda iki farklı kanun hükmünü barındırmaktadır. Öncelikle KİSK m. 36, "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*" hükmünü ihtiva etmektedir. Ayrıca KİSK m. 4/3, "*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur*" hükmü yer alır. Bu hükümlerin ikisi de ayrı ayrı incelenmelidir.

KİSK m. 36'nın Türk Borçlar Kanunu'na yaptığı atıf, doktrinde kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirmeye, hükmü inceleme konusu eden yazarlar için yeterli görülmemektedir. Hem borçlar hukuku, hem de idare hukuku doktrininde farklı yazarlar Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun olarak uygulama alanı bulmasının idari sözleşmeler bakımından mümkün olduğunu ifade etmektedirler⁵⁴. Bu isabetli bir yaklaşım olacaktır. Şayet özel hukuk sözleşmelerinden bağımsız bir idari sözleşme türünün varlığı kabul edilecek olursa – nitekim yukarıdaki eleştirilerimiz bir yana, doktrinindeki durum budur – Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun olarak uygulama bulduğu her durumda idari sözleşmenin varlığını dışlamak, bu sözleşme türünün varlığını pratikte imkânsız hale getirecektir. Zira idari sözleşmeler "kamu hukuku kurallarına" tâbi olsa da, kamu hukuku sözleşme hukuku alanındaki çoğu temel meselede sessiz kalır⁵⁵; idari sözleşmeler bu rejime tâbi tutulduğunda dahi

⁵² Murat Sezginer, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sayı: 2007/1-2, 2007, s. 1091.

⁵³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1999/8 E., 1999/17 K., 21.06.1999 T. (R.G. 21.09.1999, sayı 23823).

⁵⁴ Buz, *İhale*, s. 70; Gözler, **a.g.e.**, C.2, s. 472.

⁵⁵ Buz, *İhale*, s. 63.

sözleşmenin kuruluşu gibi pek çok mesele için Türk Borçlar Kanunu her halükarda uygulama alanı bulacaktır⁵⁶.

Buna mukabil KİSK m. 4/3, şüpheye mahal vermeyecek şekilde kamu ihale sözleşmelerinin niteliğine işaret etmektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında akdedilecek olan sözleşmelerin taraflarının eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunun öngörülmüş olması, kamu ihale sözleşmelerine özel hukuk sözleşmesi niteliğini atfetmektedir. Bunun sebebi, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle tâbi tutulması idari sözleşmelerin temel ayırt edici özelliklerinden birini kamu ihale sözleşmeleri bakımından ortadan kaldırmasıdır. Tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle tâbi tutulması, hatta ihale belgeleri ve sözleşmede bu ilkeye aykırı hükümlere yer verilememesi idarenin üstün hak ve ayrıcalıklarını, yani doktrinde ve yargı kararlarında ifade edilen “özel hukuku aşan şartları” kamu ihale sözleşmelerinde ortadan kaldırmaktadır. Hem idare hukuku, hem de borçlar hukuku doktrinindeki hakim görüş, kamu ihale sözleşmelerinin KİSK m. 4/3 hükmü sebebiyle bir özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir⁵⁷.

Değinilmesi gereken bir sorun daha vardır. Her ne kadar KİSK m. 4/3, kamu ihale sözleşmelerinde eşit hak ve yükümlülükler ilkesine aykırı hükümler yer alamayacağını ifade etse de hem Kamu İhale Kanunu, hem de Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, idareye birtakım tek taraflı hak ve yetkiler sağlamıştır. Hatta, KİSK m. 5 uyarınca “uygulama birliğini sağlamak üzere” Resmi Gazete’de yayımlanan ve idarelere örnek teşkil eden tip sözleşmeler, kamu ihale sözleşmelerinin içeriğiyle ilgili de bize bilgi sağlamaktadır. Bu tip sözleşmeler ve uygulamada bunlar esas alınarak akdedilen kamu ihale sözleşmelerinde de idarenin tek taraflı birtakım yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu sözleşme hükümleri yalnızca kanunda yer alan tek taraflı hakların tekrarlarından ibarettir. Bu bağlamda Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda tanınan tek taraflı yetkilere gelince, bunlar haliyle

⁵⁶ İdari sözleşmelere uygulanacak hukuk açısından özel hukuka yapılan açık atıf için karşılaştırmalı hukuktan da örnek gösterilebilir; Alman İdari Usul Kanununun 62. paragrafı da kanunda hüküm bulunmayan hallerde BGB hükümlerinin kıyasen uygulanacağını da öngörmektedir. Mehmet Gemalmaz / Osman Doğru, “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi - Prof. Dr. Lütfi Duran’a Özel Armağan Sayısı**, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 127 vd.

⁵⁷ Buz, *İhale*, s. 69-70; Halil Kalabalık, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Mahkeme Kararlarının Uygulanması Amacıyla Feshi”, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, 1. Kamu İhale Hukuku Kongresi**, Editörler: Prof. Dr. Fehim Üçışık, Prof. Dr. Çetin Arslan, Av. Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 26; Aziz Taşdelen, “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale Ve Sözleşme Aşamaları İle Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 69/1-2, 2011, s. 52 vd.

kanuni istisna olduğu için KİSK m. 4/3'e aykırılık oluşturmayacağı gibi, kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri olmaktan çıkarmayacaktır. Yukarıda da detaylı olarak tartıştığımız üzere, muhtelif olarak özel hukuka ait alanlarda da kanun, sözleşmenin bir tarafına birtakım tek taraflı yetkiler tanır. Dolayısıyla, bir kamu ihale sözleşmesinde fiili olarak tarafların hak ve yetkileri yine kamu ihale mevzuatının müsaade ettiği ölçüde eşit olmasa da, idari sözleşmelere ölçüt olarak gösterilen, sözleşmede yer almasa bile idarenin sahip olduğu kabul edilen hakların kamu ihale sözleşmesine sirayet edememesi sebebiyle idari sözleşme söz konusu değildir.

Bu doğrultuda KİSK m.4/3, kanunda yer almayan tek taraflı yetkilerin idareye tanınmayacağını emrederek ve tarafları eşit zemine oturtturarak kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. *Buz*'un da ifade ettiği üzere, “*İdari sözleşmelerde asla söz konusu olmayan, özel hukuka tâbi sözleşmelerin karakteristik özelliğini oluşturan “tarafların eşitliği” ilkesi bu emredici nitelikteki düzenleme ile koruma altına alınmıştır*”⁵⁸. Keza, idari ve adli yargı arasındaki görev uyuşmazlığını çözmeye son söz sahibi yüksek yargı organı olan Uyuşmazlık Mahkemesi, aynı kanaattedir. Bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu ihale sözleşmeleri bakımından “*sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte*”⁵⁹ olduğunu vurgulamıştır.

Buna rağmen, doktrinde bir görüş, kamu ihale sözleşmelerini bir bütün olarak özel hukuka tâbi olmadığını savunmaktadır⁶⁰. Bu görüşte olan yazarlar, somut olarak sözleşmenin ihtiva ettiği hükümlerin incelenerek bir kanaate varılması, sözleşme şartlarının gerekli kriterleri sağlaması halinde sözleşmenin bir idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Fakat bu görüşün KİSK m. 4/3ün getirdiği açık hükümle uyumsuz olduğu açıktır. Sözleşme hükümleri incelenecek olsa bile KİSK m. 4/3 açıkça sözleşmede idarenin üstünlüğünü reddetmekte ve tarafları eşit zemine oturtturmaktadır. İdare hukuku doktrininde de idarenin üstün kılınmadığı bir idari sözleşme tipi düşünülemez ve ortaya atılmamıştır. Bir idari sözleşmenin olmazsa

⁵⁸ *Buz, İhale*, s. 71.

⁵⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2015/707 E., 2018/762 K., 30.11.2015 T. (R.G. 30.12.2015, sayı 29578). Kararda davaya konu işlemin sözleşmeden kaynaklı olduğu kanaatine varılıp uyuşmazlığın adli yargıya tâbi olduğuna karar verildiğini burada belirtiyoruz. Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2018/538 E., 2018/651 K., 22.10.2018 T. (R.G. 20.11.2018, sayı 30601); Danıştay 10. D., 2011/6143 E., 2013/732 K., 7.2.2013 T. (*Lexpera*); Yargıtay 13. HD., 2015/21046 E., 2018/4505 K., 12.4.2018 T. (*Lexpera*).

⁶⁰ Gözler, **a.g.e.**, C.2, s. 8 vd.; Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 223.

olmaz (*sine qua non*) özelliği idarenin üstünlüğü ise, KİSK m. 4/3'teki emredici kanun hükmü bu üstünlüğü ortadan kaldırarak kamu ihale sözleşmelerini bir özel hukuk sözleşmesi olarak niteler.

Yukarıda belirtilen iki zıt görüşün sentezi olarak görülebilecek bir karma görüş, *Günday* tarafından ifade edilmiştir: *Günday* öncelikle kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu ifade eder, gerekçe olarak da yukarıda ifade ettiğimiz üzere KİSK m. 4/3 ve 36 gösterilmektedir. İlk bakışta sarf edilen bu ifadelerin idare hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin niteliği bakımından hâkim görüşe iştirak ettiği sonucuna varılabilir. Fakat *Günday*, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda idare lehine ve idareyi sözleşmede özel hukuk süjesine nazaran daha üstün bir konuma getiren birtakım hükümler olduğunu belirterek özel hukuk sözleşmesinin bu tip hükümlerinin kamu hukukuna tâbi hükümler niteliği ihtiva ettiği görüşünü ifade etmiştir⁶¹. Bu görüşe karşı eleştirilerimizi ikiye ayırabiliriz:

Öncelikle, bir özel hukuk sözleşmesinde taraflardan biri lehine hüküm getirilmiş olması, daha önce de ifade edildiği üzere sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkarmaz. Kanun koyucu farklı kaygılarla kanunda düzenlenmiş her sözleşme tipi bakımından taraflardan biri lehine düzenlemeler yaptığı gibi bazı durumlarda açıkça taraflardan birinin menfaatlerini sözleşme hükümleri ve bunların yorumu bakımından üstün konumda tutmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz örneklerden birini somut olarak yinelemekte fayda bulunmaktadır: TKHK m. 5/4 uyarınca “*Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır*”. Bu doğrultuda kamu ihale sözleşmelerinde de idareyi üstün kılan hükümler bulunmaktadır, ancak KİSK m. 4/3'te belirtilen amir hüküm konuda çok açıktır ve idarenin üstün hak ve yetkilerini ortadan kaldırarak kamu ihale sözleşmelerini idari sözleşme olmaktan çıkarmaktadır. İdareye sözleşmeyle üstün yetkiler tanınmasının arkasındaki sebep olan “kamu yararı” kavramı da bu durumu değiştirmemektedir. Daha önceden belirtildiği üzere soyut ve kapsamı belirsiz bir kavram olan kamu yararı kavramı, her hâlükârda idari sözleşmelerin ölçütlerinden biri değildir.

İkinci olarak, *Günday*'ın varlığını ifade ettiği bu karma yapının idare hukuku doktrininde hiç yeri olmamasıdır. İdari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri keskin bir ayrımdır ve hem kanun, hem de yargı kararlarınca farklı

⁶¹ *Günday, a.g.e.*, s. 195.

rejimlere tâbi tutulmuştur. Karma bir sözleşme yapısına uygulanan hiçbir rejim yoktur, kaldı ki özel hukuk sözleşmesinin yalnızca belli başlı hükümlerini kamu hukuku kurallarına tâbi tutulmasının pratik anlamı da belirsizdir. Bir sözleşmenin bütün halinde idari sözleşme olarak nitelendirilmesine yukarıda da belirtildiği üzere doktrinde belli sonuçlar bağlanmıştır, fakat yalnızca belli hükümlerin kamu hukukuna tâbi olmasının hukuk âleminde ne gibi bir sonuç doğuracağını anlamak güçtür. Bir ihtimalde, *Günday*'ın kamu hukukuna tâbi olarak nitelendirdiği hükümlerin yorumlanmasında kamu yararı gibi idari sözleşmelere has kavram ve kurumların devreye gireceği düşünülebilir. Ancak bu da, KİSK'in yorumlanmasında gözetilecek eşit hak ve yükümlülükler prensibini öngören KİSK m. 4/3'e aykırı düşecektir. Gerçi *Sezginer*, idare hukukunda "bileşik idareli sözleşmelerden" bahseder, ama bunlar yazarın tanımına göre iki özel hukuk kişinin arasında imzalanan, regüle piyasada yer alması sebebiyle idarenin düzenleyici işlemle müdahale ettiği sözleşme türüdür⁶². Bu sebeple bu sözleşme türü *Günday*'ın yaklaşımıyla ilgisiz kalmaktadır.

Sonuç itibariyle görüşler değerlendirilecek olursa, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğuna şüphe bulunmadığı kanaatindeyiz. Doktrindeki hakim görüşe bu bakımdan katılıyoruz. Her ne kadar azınlıkta olan bazı görüşler kamu ihale sözleşmelerini idari sözleşme olarak nitelendirse de, bu yaklaşımı idari sözleşmelerin temel nitelikleri ve KİSK m. 4/3 arasındaki bağdaşmazlık sebebiyle hatalı olduklarını söylemek mümkün olacaktır.

2.1.2.2. Akit Tipolojisi Bakımından

Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki nitelendirilmesinde ikinci ayırım, bu sözleşmelerin Borçlar Hukukundaki "akit tipolojisindeki" yerlerinin belirlenmesidir.

Bu bakımdan evvela belirtilmesi gereken husus, kamu ihale sözleşmelerinin farklı türleri olduğudur. Tüm kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiren bir genel hükmün aksine, akit tipolojisi bakımından böyle bir genel hükmün varlığından söz edilemez; her bir kamu ihale sözleşmesi türü ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda KİK m. 4 uyarınca idare ihale yoluyla üç farklı edimi özel hukuk sùjelerinden kamu ihale sözleşmesi yoluyla temin edebilir: mal, hizmet ve yapım. Bu edimlerin temin edilebilmesi için de Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, üç farklı edim konusu ve bunların temini için beş

⁶² Murat Sezginer, "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeleri)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, 1589.

farklı sözleşme türü öngörür. KİK m. 4'te tanımlandığı şekilde bu üç edim konusu, aşağıdaki şekildedir:

- *Mal Alım Sözleşmesi:* Mal alım işlerini KİK m. 4, “Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakların” temin edilmesi olarak tanımlar. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, ihale şartnamesinde nitelikleri belirtilen malların mülkiyetinin ihaleyi açan idareye devrini konu alan bir sözleşme söz konusu olacaktır. Bu bakımdan akla ilk gelen sözleşme, satış sözleşmesidir⁶³. Bununla beraber, mal alım sözleşmeleri, idarenin ihtiyaç duyduğu malın niteliğine ilişkin detaylı bir teknik şartname uyarınca yapılmaktadır. Özellikle daha büyük çapta ve idarelerin spesifik ihtiyaçlarına yönelik ihalelerde (ör. belli ebatlar ve niteliklerde hazırlanması gerektiği teknik şartnamede belirtilmiş metro vagonu ihalesi) sözleşme konusu malın bu ihtiyaç doğrultusunda hazırlanması edimi daha öne çıkacaktır. Dolayısıyla, mal alım sözleşmesinin bir eser sözleşmesi niteliğinde olması da mümkündür. Satım sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki temel fark, sözleşmeye konu mülkiyeti devredilecek olan malın sözleşme tarihinde var olmaması ve satım sözleşmesine ek olarak yüklenicinin bir eseri meydana getirme borcu altına girmesidir. Diğer bir deyişle eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü bir eşyanın mülkiyetini devretme borcundan ibaret olmayıp eseri meydana getirdikten sonra iş sahibine devretme borcudur, yani dava edilebilir bir iş görme sözleşmesinden bahsedilir⁶⁴. Böyle bir durumda bir mal alım sözleşmesini satım sözleşmesi yerine eser sözleşmesi olarak nitelendirmek daha sağlıklı olacaktır. Mal alım sözleşmelerinin hem satım, hem de eser sözleşmesi biçiminde ortaya çıkabileceğini belirtmek kanımızca isabetli olacaktır.
- *Hizmet Alım Sözleşmesi:* Hizmet alım sözleşmesinin tanımı, KİK m. 4'te verilmiştir, ancak genel bir tanım yapmak yerine kanun koyucu hizmet alım sözleşmelerine örnek vermeyi tercih etmiştir. KİK m. 4 uyarınca hizmet alımı, “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım,*

⁶³ TBK m. 207 uyarınca “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*”.

⁶⁴ Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 333 vd.; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II*, 2 Cilt, 4. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 42 vd.; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul, Beta, 2013, s. 507 vd.

temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri [...] ifade eder". Hizmet alım sözleşmeleri, kira sözleşmesi olduklarına şüphe olmayan "*taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması*" haricinde, örneklerden anlaşılacağı üzere esasen yüklenicinin idare adına bedel karşılığında bir işi görmeyi üstlendiği sözleşmedir, bu da Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan iş görme sözleşmeleri kapsamına girmektedir. Başkası menfaatine bir sonuç taahhüdü olmaksızın bir işin görülmesini içeren vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet veren adına bir iş görme ediminde bulunurken bir edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumlu olacaktır⁶⁵. Öte yandan yukarıda verilen KİK m. 4'te sayılan bazı hizmet alım konularının vekâlet sözleşmesi kapsamında olmayacağına şüphe yoktur, örnek olarak "*sigorta*", "*taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması*" gibi hizmet alımları sayılabilir. Yine "*bakım ve onarım*", "*fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat*" gibi konularda hizmet alımları, bir sonuç taahhüdü içerip bir eserin teslimine yönelikse, vekâlet sözleşmesinden ziyade eser sözleşmesi kapsamına sokulabilecektir⁶⁶.

- *Yapım İş Sözleşmesi*: Yapım işi sözleşmeleri, yine KİK m. 4'te tanımlanmış ve genel bir tanım yerine örneksime yoluyla ifade edilmiştir. Buna göre yapım işi, "*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 işlerini*" ifade eder. Yapım işi sözleşmeleri, doktrinde ve yargı kararlarında eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁶⁷.

KİSK m. 6 ise kamu ihale sözleşmelerinin türlerini ifade eder, ancak bu sözleşmeler karakteristik edimlerin türü açısından bir nitelendirmeden ziyade

⁶⁵ Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407-411; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, 601 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 39.

⁶⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 39.

⁶⁷ Efraîl Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 103 vd.; Yargıtay 15. HD., 2017/313 E., 2017/2183 K., 23.5.2017 T.

(yukarıdaki üçlü ayırım gibi), idarenin para borcunu ne biçimde ifa edeceği ve miktarın ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bir nitelendirme olduğundan akit tipolojisi bakımından önem arz etmemekte, dolayısıyla tezimiz bakımından detaylı inceleme konusu olmayacaktır⁶⁸. Akit tipolojisi bakımından öne çıkan, karakteristik edimin niteliğidir.

Son olarak, KİSK m. 6 çerçeve sözleşme ve buna bağlı olarak yapılan münferit sözleşmeleri de öngörür; “çerçeve anlaşma”⁶⁹ KİK m. 4’te tanımlanan çerçeve anlaşma, “*belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmayı*” ifade eder. Bu tanım, doktrindeki çerçeve sözleşme tanımıyla büyük ölçüde örtüşmektedir: Çerçeve sözleşme, taraflar arasında ileride kurulacak münferit sözleşmelere ortak hükümleri düzenleyen bir sözleşmedir⁷⁰. KİK m. 4 haricinde çerçeve sözleşme Türk Borçlar Kanunu’nda, BGB’de veya OR’de tanımlanmamıştır.⁷¹ Bu bakımdan değinmekte fayda bulduğumuz bir mesele, çerçeve sözleşmenin tarafları münferit sözleşme akdetme yönünde bağlayıp bağlamadığıdır. *Tandoğan*, çerçeve sözleşmeyi ve en tipik örneklerinden tek satıcılık sözleşmesini tanımlarken çerçeve sözleşmenin hem ileride kurulacak “birel sözleşmelerin” temelini ve kaynağını oluşturmanın yanı sıra, tarafları bunları akdetme borcu altına soktuğunu savunmaktadır⁷². Başta *Kocayusufpaşaoğlu* olmak üzere karşıt görüşte olan ve doktrindeki hakim görüşü temsil eden yazarlar, çerçeve sözleşmenin münferit sözleşme yapma borcunu kural olarak içermediğini ve bu açıdan ön sözleşmeden farklı

⁶⁸ Yine de kısaca arz etmek gerekirse; evvela yapım işlerinde esas olan *anahtar teslimi götürü bedel sözleşme*, “*uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel*” üzerinden yükleniciye ödeme yapılan sözleşmedir⁶⁸. Mal ve hizmet alımlarında söz konusu olan *götürü bedel* sözleşme, işin özellikleri ve miktarı idarece belirlenen edimlerin karşılığı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden ödeme yapılan sözleşmedir. Yapım, mal ve hizmet işlerinde istisnai nitelikte olan *birim fiyat sözleşme*, 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 ödeme yapılan sözleşmedir. *Karma sözleşme* ise tek bir yapım işi sözleşmesine konu işlerin bir kısmının birim fiyat diğer, diğer kısımlarının götürü bedel üzerinden yapıldığı sözleşmeyi ifade eder.

⁶⁹ Kanun koyucu, kanun yapım tekniğinde istikrarsızlık yaratmış ve birini tercih etmek yerine KİK ve KİSK’te “sözleşme” ve “anlaşma” ifadelerini değişimli olarak kullanmıştır. Tezimizde kanundaki ifadelerle sadık kalmak adına iki ifade de kullanılmaktadır, burada iki terimin aynı anlamı ifade ettiğini ve ifadelerin sehven birlikte kullanılmadığını belirtmeyi uygun görüyoruz.

⁷⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku’na Giriş / Hukuki İşlem / Sözleşme*, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 112; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 214; Nami Barlas, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001, s. 807.

⁷¹ Barlas, *a.g.e.*, s. 809.

⁷² Haluk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku – Akit Dışı ve Akdi Sorumluluk*, 1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 32 dn. 63, Demirboğa, *a.g.e.*, s. 52.

nitelikte olduğunu, ancak tarafların öngörmesi halinde ön sözleşme ile birlikte bir arada bulunabileceğini kabul etmektedir⁷³. Kanaatimizce ikinci yaklaşım daha isabetlidir; çerçeve sözleşmenin, münferit sözleşmeleri akdetme borcunu doğurması ancak bu yönde bir ön sözleşme hükmü ihtiva etmesi halinde söz konusu olacaktır. Böyle bir hükmün yokluğu halinde çerçeve sözleşme, ileride münferit sözleşmenin akdedilmesi halinde uygulanacak genel hükümleri düzenlemekle yetinecektir.

Aynı durum, kamu ihale sözleşmeleri bakımından geçerli olmayacaktır. KİK Ek Madde 2'nin sekizinci ve son fıkraları, bu durumu çerçeve sözleşmenin yüklenicisi ve idare için ayrı ayrı düzenlemektedir:

“Münferit sözleşmeye davet edildiği halde ihale dokümanında belirtilen süre içerisinde sözleşme imzalamayan istekliyle yapılan çerçeve anlaşma feshedilir ve istekli hakkında 58 inci madde^[74] hükümleri uygulanır.

[...]

Çerçeve anlaşma yapılmış olması, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmez. İdare, çerçeve anlaşma kapsamındaki ihtiyaçlarını bu Kanunda yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebilir.”

İdare bakımından durum belirlidir, Kamu İhale Kanunu açıkça idareye münferit sözleşme akdetme borcunun çerçeve sözleşmeyle yüklenmeyeceğini belirtmektedir. Buna mukabil yüklenicinin münferit sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesi halinde kanun müeyyideler öngörmüştür; ilki idari bir yaptırım olan ihaleden yasaklılık yaptırımıdır, diğeri ise akdi bir yaptırım olan çerçeve sözleşmenin feshidir. Tarafların kanun tarafından eşit muameleye tâbi tutulmamasının isabetine dair tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, bu doğrultuda şu sonuca varmak mümkündür: münferit sözleşme imzalamaktan imtina edilmesi çerçeve sözleşmeye aykırılık ve bunun feshi anlamına geldiğine göre, yükleniciye bu yönde kanuni bir yükümlülük getirilmiştir.

Çerçeve sözleşmeler açısından son olarak değinilmesi gereken nokta, sözleşme serbestisinin kamu ihale sözleşmeleri bakımından sınırlandırılmış olmasıdır. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından fiyat tespitinin ve mümkün olması halinde miktar tespitinin çerçeve sözleşme aşamasında yapılması zorunluluğu öngörülmüştür.

⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 112, dn. 61. Barlas, **a.g.e.**, s. 815.

⁷⁴ KİK m. 58, “İhalelere Katılmaktan Yasaklama” kenar başlığını taşır ve tüm kamu kurum ve kuruluşların ihalelerini kapsayacak şekilde 1-2 yıl süreyle ihalelerden yasaklılık müeyyidesini düzenler.

2.2. Kamu İhale Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuki Rejim

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin yanı sıra, bu sözleşmelere uygulanacak hukuki rejimin de belirlenmesi gerekecektir. Zira sözleşmenin özel hukuka tâbi olarak nitelendirilmesi, tek başına sözleşmenin hangi rejime tâbi olduğunu belirlemede yetersiz olacaktır. Bunun sebebi, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu öncesindeki ihale sürecidir. Kamu İhale Kanunu'nun getirdiği katı şekil kurallarına tâbi olan ihale sürecinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Esasen bu bölümde detaylı olarak tartışılacak olan, ihale ilanı ile başlayan ve sözleşmenin akdedilmesi ve ifası ile tamamlanan kamu ihale sürecinin hangi hukuk kurallarına tâbi olduğu ve bahsedilen aşamaların bir bütün olarak aynı rejime tâbi tutulup tutulamayacağı meselesidir.

Tezimiz bakımından özellikle önem arz eden husus, ihale sürecine hakim olacak hukuki rejimin tespitidir. Hem kamu ihale sözleşmesinin tarafları, hem de ihalenin diğer isteklileri ihale sürecinde hukuken korunmaktadır. Bu korumanın biçimi idare hukukunun hukuki koruma biçimlerine (iptal ve tam yargı davaları) tâbi olabileceği gibi, sözleşmenin kuruluş aşamasını teşkil ettiğinden dolayı özel hukuka mahsus mekanizmalar da bu korumayı oluşturabilecektir. Bunların tespiti, örneğin idarenin ihaleyi kazanmayan isteklilere karşı tazminat sorumluluğu bakımından aşağıda yaptığımız bazı tespitler bakımından önem taşımaktadır⁷⁵.

Yine kamu ihalelerinin tâbi olduğu rejim, ihale aşmasında bir sakatlığın sözleşmenin kendisine ne şekilde etki edeceği bakımından önem taşımaktadır. Tezimizin başlıca konularından birini bu sorun oluşturmaktadır, konuya ilişkin görüşleri değerlendirirken kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının ne ölçüde ve ne şekilde uygulama alanı bulacağı tespit edilmelidir. Söz konusu tespitler bu bölümde yapılmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku incelendiğinde, kamu ihale sözleşmelerinin tâbi bulunduğu dört alternatif yaklaşım ortaya çıkmaktadır: Kamu hukuku teorisi, özel hukuk teorisi, idare hukukunda iptal davasının kapsamı bakımından gelişmiş bulunan ayrılabilir işlem teorisi ve iki aşama teorisi. Bunlar aşağıda ayrıntılı olarak izah edilmiştir.

⁷⁵ Bkz. Bölüm 4.2.2.

2.2.1. Kamu Hukuku Teorisi

Kamu hukuku teorisinin kökeni Alman Hukukundan gelmektedir ve bu yaklaşımın taraftarları, hem ihale sürecinin hem de bunu takip eden sözleşmenin bir bütün olarak kamu hukukuna tâbi olması gerektiğini savunmaktadır⁷⁶. Bu görüşün gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir:

Öncelikle, kamu gücüyle donatılmış olan idarelerin tüm işlemleri ancak kamu hukukuna tâbi olabilir. Eğer bir kanun hükmü açıkça işlemi farklı bir rejime tâbi tutmuyorsa, idarelerin faaliyet gösterdikleri alan kamu hukuku alanıdır. Ayrıca ihale süreci, kamunun mal ve hizmet alımlarında şeffaflığı sağlamak ve usulsüzlükleri önlemek amacıyla idarenin sözleşme yapma özgürlüğünü frenlemektedir. Bu gayelerin sağlanması bakımından kamu hukuku kurallarının daha elverişli olduğu ve idari yargının bu meselelerde daha tecrübeli olduğu ifade edilmektedir.

Son olarak, bu görüşü savunan yazarlar sözleşme ve sözleşme öncesindeki dönemin farklı hukuki rejimlere tâbi tutulmasını beraberinde yalnızca karışıklık yaratacağını ifade etmişlerdir. Bu tip karışıklıklara Türk hukukunda rastlamak mümkündür; örneğin ihalenin kamu hukuku kurallarına dayanarak yargı mercilerince iptal edilmesi karşısında özel hukuka tâbi bir sözleşmenin akıbeti ne olacaktır? Bu ve benzeri nev’ide sorunların önüne geçmek amacıyla kamu hukuku teorisi, tüm süreci tek bir hukuki rejime bağlamayı uygun görmektedir.

Öncelikle belirtelim ki, Türk hukukunda kamu hukuku teorisi açıkça reddedilmektedir. Sözleşme hükümlerinin özel hukuka ve adli yargının görev alanına tâbi kılınması, kamu hukukunun kamu ihale sözleşmelerine bütünüyle uygulanması imkansız kılınmıştır. Bununla birlikte, şu tartışma yapılabilir: Kamu hukuku teorisini savunan yazarlara göre, yukarıda belirttiğimiz üzere, kamu hukuku teorisi aksine açık kanun hükmünün yokluğunda uygulama alanı bulacaktır. Türk hukukunda idarenin taraf olduğu sözleşmelerin kamu hukuk teorisini takip ettiği, ancak kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu istisnai kanun hükümlerinin varlığı savunulabilir. Nitekim Anayasa’nın 47. Maddesi idarenin özel hukuk sözleşmesi akdetmesini, sözleşme konusunun Devlet yatırım ve hizmetlerinin özel kişilere yaptırılması veya gördürülmesi olduğu durumlarda, buna izin veren açık bir kanun hükmü şartına bağlamaktadır. Öte yandan, kamu hizmetinin var olmadığı durumlarda bu kanun

⁷⁶ Zuleeg / Zeszschwitz / Ruthe (Naklen: Buz, *İhale*, s. 74).

hükümünün açıkça aranmamasına rağmen doktrinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirdiği sözleşmeler mevcuttur; buna örnek olarak DİK'e tâbi sözleşmeler yine gösterilmelidir. Dolayısıyla, kamu hukuku teorisinin Türk hukukunda kabul görmeyeceği sonucuna varmak uygun olacaktır. Her halükarda, KİSK m. 4/3 sebebiyle kamu hukuku teorisi kamu ihale sözleşmeleri bakımından açıkça reddedilmektedir.

Buna mukabil, kamu ihale sözleşmeleri bakımından olmasa da Devlet İhale Kanunu kapsamında akdedilen sözleşmeler bakımından Alman hukukundaki bu “kamu hukuku” teorisinin bir destekçisi Türk hukukundan gösterilebilecektir: *Özay*, tıpkı kamu hukuku teorisini savunan yazarların ifade ettiği gibi, ihale sürecini ve bunu takip eden sözleşme sürecini kamu hukuku kurallarına tâbi tutmayı hukuken daha isabetli bulmaktadır. *Özay*'a göre, idarenin taraf olduğu hukuki işlemlerde kamu yararı gibi, kamu hukukuna dair gözetilmesi gereken kavramlar mevcuttur ve “*aynı kavramlara daha yakın olan idare mahkemeleri önünde çözümlenmesi*” hakkaniyete daha uygun olacaktır⁷⁷. İdarenin taraf olduğu sözleşmeleri mümkün mertebe kamu hukukuna ve idare mahkemelerinin görev alanına tâbi tutma eğilimi, “kamu hukuku teorisine” Türk hukukunda en yakın görüş olarak düşünülebilir. *Özay*'ın ifade ettiği bu yaklaşım eleştiri görmüştür; kuruluşu, ifası ve sona ermesi özel hukuka tâbi bir sözleşme türüne sırf bu gerekçeyle kamu hukuku kurallarının uygulanacağı tartışması dayanağı olmayan bir görüş olarak değerlendirilebilir. Belli uyuşmazlık konularına belli mahkemelerin bakması Türk hukukunda doğaldır, mahkemelerin görev ilişkisi ve yargı kollalarının varlığı bu sebepten dolayı vardır, ancak bu idare hukukuna da değinen bir işlemin kanun koyucu tarafından özel hukuka tâbi tutulmasını engellemez. Nitekim, kanun koyucu da sıklıkla bu yönde tercihler yapmaktadır; örneğin SGK Kanunu uyarınca faaliyet gösteren Sosyal Güvenlik Kurumu bir idari kurum olmasına rağmen SGK Kanunu kapsamında tesis ettiği idari işlemler bakımından görevli mahkeme idare mahkemeleri değil, SGK Kanunu m. 101 uyarınca iş mahkemeleridir. Bu yaklaşımı Anayasa Mahkemesi hukuka uygun bulmuştur⁷⁸.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin, bazı kanunlarda yer alan, belli uyuşmazlıkları adli yargının görev alanına sokan kanun hükümlerini iptal ettiği de

⁷⁷ *Özay, Günışığında Yönetim*, s. 511

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, 2010/65 E., 2011/169 K., 22.12.2011 T. (RG: 25.1.2012, 28184): Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik hukuku kapsamında idarenin tesis ettiği işlemlerde artık özel hukuk alanına adım attığını ve bu işlemler bakımından iş mahkemesinin “uzman mahkeme” sıfatıyla bu işlemlere dair uyuşmazlıkları çözebileceğini, böyle bir görev tayininin Anayasa'ya aykırı bulunmadığını belirtmektedir.

görülmektedir. Buna örnek olarak “ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında” uyuşmazlığı adli yargının görev alanına sokan HMK m. 3, idari para cezasına itiraz yolunun sulh ceza mahkemesine yapılacağını öngören 3194 sayılı İmar Kanunu m. 42/5, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 140/4 hükümleri gösterilebilir. Anayasa Mahkemesi bu hükümleri Anayasa m. 125 ve 155’e aykırı görerek iptal etmiştir. İptal gerekçesi olarak, “[n]iteliği gereği idari olan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerle ortaya çıkan maddi ve manevi zarar tazminine ilişkin davaların, Anayasa gereği, idari yargı yerlerinde görülmesi gerekir”⁷⁹ ifadeleri kullanılmıştır. Fakat incelememize konu durumda idari yargı yerlerinde görülmesi gereken bir idari işlem söz konusu değil, bir özel hukuk sözleşmesi söz konusudur. Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen hükümleri, bazı hakimlerin kamu hizmetini etkili olarak gözetemeyeceği kaygısıyla değil, idari işlem söz konusu olduğundan dolayı iptal etmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından yukarıda SGK Kanunu m. 101 hükmünü uygun bulan Anayasa Mahkemesi kararının daha uygun düştüğü kanaatiyle, Özey’in yaklaşımına katılmıyoruz.

Benzer yaklaşımları karşılaştırmalı hukukta da görmek mümkün olacaktır; Fransız Anayasa Mahkemesinin (*Conseil Constitutionnel*) 1987 tarihli bir kararı bu bakımdan aydınlatıcı olacaktır. Kararda adaletin bir kararda iyi ve etkin bir biçimde tezahür edebilmesi için benzer konuları belirli bir yargı sistemine ve belli mahkemelerin görev alanına sokulmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir⁸⁰. Yukarıda da bahsedildiği gibi, kuruluşu, ifası, geçerliliği ve sona ermesi özel hukuka tâbi bir sözleşmenin özel hukuk hâkiminin görev alanına bırakılması, bahsi geçen kararlarda mahkemelerin göreve dair ifade edilen bu kaygıyı fazlasıyla tatmin edecektir.

Sonuç itibarıyla, Türk hukukunda Kamu Hukuku Teorisinin uygulama alanı bulmadığını kesin olarak söylemek mümkün olacaktır. Bu teoriyi destekleyen yazarların yaklaşımlarını yukarıda ifade edilen sebepler doğrultusunda isabetsiz buluyoruz.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 2011/35 E., 2012/23 K., 16.2.2012 (R.G. 19.5.2012, sayı 28297). Benzer gerekçelerle yukarıda bahsi geçen İmar Kanunu m. 42/5 ve Sosyal Sigortalar Kanunu m. 140/4 hükümlerini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, 1996/72 E., 1997/51 K., 15.5.1997 T. (R.G.1 Şubat 2001, sayı 24305); Anayasa Mahkemesi, 2001/225 E, 2002/88 K., 8.10.2002 T. (R.G. 26.03.2003, sayı 25032).

⁸⁰ Conseil Constitutionnel, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm>

2.2.2. Özel Hukuk Teorisi

Alman hukukunda hakim olan bir ‘‘Özel Hukuk Teorisi’’ uyarınca, ihale süreci de dahil olmak üzere kamu ihale sözleşmelerine bir bütün olarak özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Özel hukuk teorisinde devlet, ihtiyaç duyduğu edimlerin temininde serbest piyasada talepte bulunduğu anda serbest piyasada faaliyette bulunan özel şahıslardan farkı bulunmamaktadır. Bu görüşe uygun olarak Alman hukuku kamu ihale sözleşmelerini de özel hukuk sözleşmesi olarak addetmektedir; bunun yanı sıra ihale sürecini, yani bu teori uyarınca sözleşmenin kurulma aşamasını ve sözleşme yapma hazırlıklarını da bir bütün olarak özel hukuka tâbi kılmaktadır. Dolayısıyla bu teorinin uygulama bulması halinde ihale süreci sözleşmenin kuruluş aşamasını teşkil etmektedir ve kamu ihale sözleşmesinin kendisine bağlı uyumsuzluklarla beraber adli yargıya tâbi olacak, sürecin bütünü özel hukuk ilkeleri ve kurumlarıyla yürütülecektir.

Yukarıda özetlenen yaklaşım, Alman Hukukunda ihalenin konusu edimin değeri itibariyle belirli eşik değerleri aşan ve bu sebeple Alman Hukukunda ihale usullerini düzenleyen ‘‘Rekabetin Korunmasına İlişkin Kanun’’ hükümlerine tâbi olan ihaleler bakımından tartışmasızdır⁸¹. Bu eşik değerler altında kalan ihaleler bakımından ise Alman Yüksek İdare Mahkemesi’nin (*Bundesverwaltungsgericht*) 2007 yılında verdiği karar, özel hukuk teorisini kesin olarak benimsemiştir⁸². Bu karar, hem özel hukuk teorisinin, hem de Alman Hukukunun kamu ihale sözleşmelerinin niteliğine olan yaklaşımının iyi bir göstergesi olacaktır: İdarenin bir ihale kararı almasıyla, bir özel hukuk süjesiyle sözleşme hukukuna tâbi bir ilişki içerisine girmek niyetini bildirmektedir. Bunu takip eden ihale süreci, idarenin birden fazla teklif veren arasında tercih yapmasına hizmet eder. Bu vesileyle teklif verenler ile ihaleyi açan arasında özel hukuka tâbi bir hukuki ilişki ortaya çıkar⁸³. Bu doğrultuda kamu ihale hukukunun özel hukuk niteliğiyle donatılması, ihalenin başlamasından itibaren tarafları sözleşme benzeri bir güven ilişkisine sokacaktır, bu da taraflara, ihlali halinde tazminat yükümlülükleri doğuracak belli özen yükümlülükleri getirmektedir⁸⁴. Zaten Alman hukukunun, kamu ihale mevzuatını idare hukukunun bir sahasından ziyade rekabet hukuku ve rekabetin korunması hükümleri kapsamında değerlendirdiği de açıktır. İhale mevzuatı, serbest piyasadaki mal ve hizmet edimleri temin edecek olan devletin

⁸¹ Buz, *İhale*, s. 77.

⁸² BVerwG, 2.5.2007 tarih ve 6 B 10.07 sayılı karar (<https://www.bverwg.de/020507B6B10.07.0>).

⁸³ BVerwG, 2.5.2007 tarih ve 6 B 10.07 sayılı karar, par. 7.

⁸⁴ BVerwG, 2.5.2007 tarih ve 6 B 10.07 sayılı karar, par. 8.

rekabetin korunması, şeffaflık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak bu işlemleri yapmasını sağlayan mekanizmadan ibarettir⁸⁵.

Yukarıdaki karara atıf yaparak Alman ihale hukukuna dair tartışmalara değinen *Abegg*, aynı doğrultuda iki önemli tespit yapmaktadır: Öncelikle, tüm sürecin sonunda varılan nokta tarafları bir sözleşme ilişkisine sokmaksa, ihale süreci, idarenin sözleşme yapacağı kişiyi seçmesi ve bu kişiyle sözleşme müzakeresi içerisine girmesinden ibarettir. İkinci olarak, hukuk sisteminin belli kaygıları (yazarın burada kanun koyucunun ihale sürecinin şeffaflığını sağlamaya yönelik kaygısını kast ettiğini anlıyoruz), kamu yararı ve temel hakları koruma gibi kamusal amaçlar, ihale sürecini kamu hukukuna tâbi tutmak için bir gerekçe oluşturmaya yeterli değildir.⁸⁶ Burada özel hukuk teorisinin, ihalenin şeffaflığı, idarenin kaynaklarını etkin biçimde kullanması ve ekonomik olarak en avantajlı teklifin kabul edilmesi gibi şüphesiz haklı amaçların önünde engel teşkil etmeyeceği görüşü savunulmaktadır.

Evvela Alman Hukukuna hakim olan bu görüş, Türk hukukunda kabul görmüş bir görüş değildir. Yukarıda detaylı olarak tartışıldığı üzere, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de sözleşme öncesi dönemin kamu hukuku esaslarına dayandığına dair şüphe yoktur, zira ihale usulünün varlık sebebi idarenin özel hukuk süjesi gibi sözleşmenin karşı tarafını keyfi olarak seçemeyeceği esasıdır⁸⁷. Bu yazarlar, özellikle “özel hukuk teorisini” tartışmasalar da, teoriyi reddetmelerinin sebepleri kanımızca açıktır: İdare, kamu yararı ve kamu hizmeti amaçlarıyla donatılmış olduğundan, özel hukuka tâbi bir sözleşme ilişkisine girerken dahi bu amaçları gözetmek ve kamu hukuku alanında hareket etmeye mecburdur. Devletin üstün yetkileriyle donatılmış idarenin tüm faaliyetlerine kamu hukukunun uygulanması gerektiğini savunma eğilimini doktrinde bazı yazarlarda görmekteyiz⁸⁸.

Bununla birlikte, burada bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. “İhale süreci” ile “sözleşmenin kuruluş dönemi” terimlerinin birbiriyle tümüyle örtüştüğünü söylemek yerinde olmayacaktır. Her ne kadar sözleşmenin kuruluş dönemi, kamu hukuku kurallarına ve idari yargının görev alanına tâbi bir ihale sürecinden oluşsa da,

⁸⁵ Hanna Schebesta, **Damages in EU Public Procurement Law**, Springer, 2016, s. 119.

⁸⁶ Andreas Abegg, “Funktion und Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz”, **Droit de Construction**, 3/2008, Fribourg, 147-148.

⁸⁷ Gözübüyük / Tan, **a.g.e., C.I.**, s. 572; Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2018/538 E., 2018/651 K., 22.10.2018 T. (R.G. 20.11.2018, sayı 30601); Danıştay 10. D., 2011/6143 E., 2013/732 K., 7.2.2013 T. (*Lexpera*).

⁸⁸ Özey, *Günüşığında Yönetim*, s. 545.

sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde özel hukuk esaslarına tâbi kurumların da mevcut olması mümkündür. Örnek olarak sözleşmenin kurulmasında “öneri” ve “kabul” beyanlarının yer alması⁸⁹ veya bu dönemde tarafların uğradıkları zararları birbirilerinden nasıl talep edecekleri meselesi gösterilebilir. Zarar, idarenin ihale işlemlerinden kaynaklanıyorsa idarenin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğu kaynaklı, idari yargıda görülecek tam yargı davası söz konusu olacaktır. Öte yandan idarenin sözleşme öncesindeki ihale işlemlerinden kaynaklanmakla beraber akdi sorumluluk kapsamına da sokulabiliyorsa (*Culpa in contrahendo*) bir özel hukuk kurumunun sözleşme öncesi sırayeti söz konusu olabilir. Bu ikinci örneğe dair tartışmalar ilerleyen bölümlerde incelenmiştir⁹⁰. Dolayısıyla idarenin kamu hukuku kurallarına tâbi bir ihale usulüyle bağlı olması, kamu ihale sözleşmesinin kuruluşundan önceki dönemin bütünüyle kamu hukuku kurallarına tâbi olduğunu gerektirmemek için yeterli olamaz.

Buna ek olarak, yukarıda zikredilen BVerwG kararından yola çıkan *Buz*, şu savları ileri sürmektedir: İdarenin, ihale aşamasından geçerek imzaladığı sözleşme özel hukuk sözleşmesidir. Şayet bu özel hukuk sözleşmesinin kuruluş aşaması kamu hukuku kurallarına tâbi tutulursa bu, “*sürecin yapay olarak ikiye bölünmesi*” anlamına gelecektir. Alman Hukuku kamu ihale sözleşmesini tüm aşamalarıyla bir bütün olarak değerlendirmektedir. İhale süreci ise yalnızca idarenin sözleşmeyi akdetme iradesinin oluşturulması faaliyetinden ibarettir, tıpkı sözleşmenin kendisi gibi ihale sürecine dair uyuşmazlıklar da adli yargıda görülmektedir. Alman hukuku uyarınca, Türk hukuku ve Fransız hukukunun aksine sözleşmeden ayrı tutulacak bir idari işlem niteliğinde bir ihale kararı veya ihale süreci söz konusu değildir.

Türk hukukunda ihale süreci sözleşmeden bağımsız olarak idari yargıda uyuşmazlık konusu olduğundan, özel hukuk teorisinin uygulama alanı bulmadığı açıktır. Bunun tartışmasız olduğunu belirtmekle beraber, *de lege ferenda* olarak kamu ihale sözleşmeleri açısından uygulamada süregelen belli sorunlara cevap niteliğinde olacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki; özel hukuk teorisi uyarınca “sözleşmenin kuruluş aşaması” olarak nitelendirilebilecek ihale aşamasını kamu hukukuna ve idari yargının görev alanına tâbi tutmak yerine özel hukuk teorisini uygulayarak tüm süreci tek bir rejime tâbi tutmak, tarafların sözleşme öncesi dönemdeki tazminat talepleri,

⁸⁹ Bkz. Bölüm 3.

⁹⁰ Özellikle tazminat yükümlülüğü açısından detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm 5.

sözleşmenin kuruluş aşamasındaki sakatlıkların sözleşmeye etkisi, sözleşmenin kurulması ve sona ermesi gibi uygulamada sorun arz eden birçok kurumu özel hukuka tâbi tutmak anlamına gelecektir. Özel hukukun yukarıdaki sorunlara bir cevabı, yerleşmiş bir içtihat ve doktrin zenginliği mevcuttur. Buna mukabil kamu ihale sözleşmesinin bir aşamasını kamu hukuku, diğer aşamasını özel hukuka tâbi tutmak bir bilinmezliğe yol açmaktadır⁹¹. Dolayısıyla, kanun koyucunun kamu ihale sözleşmelerinin niteliği bakımından tercihini özel hukuktan yana koyduğu açıkça belli olmasından mütevellit⁹², ihale sürecinin tamamını aynı rejime tâbi tutmak kanımızca daha isabetli olacaktır.

2.2.3. Ayrılabilir İşlem Teorisi

Kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak rejime üçüncü yaklaşım, idarenin yaptığı ihale işlemlerinin iptal edilebilirliği meselesi tarafından yaklaşan, Fransız Hukukuna egemen olan ayrılabilir işlem teorisidir (*theorie de l'acte détachable*). Esas itibariyle ayrılabilir işlem teorisi, bizatihi kamu ihale sözleşmelerini ilgilendirmeyip Fransız İdare Hukuku'nda hakim bir teori olduğu gibi, Fransa'dan esinlenen Türk İdare Hukuku'na da yabancı değildir. Dolayısıyla, bu teorinin kamu ihale sözleşmeleri bakımından değerlendirilmesi yapılırken, öncelikle ayrılabilir işlemin tanımı ve Türk hukukunda uygulama alanına, ardından teorinin konumuz bakımından uygulanabilirliğine ayrı ayrı değinilmelidir.

Anayasa m. 125 uyarınca “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. Bu ilke gereği idarenin tesis ettiği tüm işlemlere karşı mahkemelere başvurma hakkına sahiptir. İYUK m. 2 ise idari işlemler aleyhine açılacak dava türlerinde aşağıdaki ayrıma gitmektedir: İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından iptal davası açılabilir. İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından tam yargı davası açılabilir. Son 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 mevcuttur.

⁹¹ Bkz. Bölüm 2.2.3.4- Türk hukukunda ihale sözleşmelerine uygulanan iki aşama teorisi, pratikte yarattığı karışıklıklar için eleştirilmektedir.

⁹² Bkz. Bölüm 2.1.2.

Hukuka aykırı idari işlemin iptali için açılacak yegâne dava olan iptal davası bakımından ayrılabilir işlem teorisinin bahsi geçmektedir. İdarenin iptale konu işlemleri, “tek yanlı ve icrai nitelikteki tüm işlemleridir”⁹³. Bununla beraber, tek yanlı ve icrai bir idari işlem, birden fazla idari işlemin (gerek aynı idari makam tarafından, gerek farklı idari makamlar tarafından tesis edilen) bir parçası olarak tesis edilmiş olabilir⁹⁴. Bu karmaşık işlemler bütünüünün içerisindeki bir tek yanlı, icrai ve hukuka aykırı işlemin iptal davasına konu edilebilmesi ayrılabilir işlem kuramıyla mümkündür. Ayrılabilir işlem kuramıyla önce Fransız İdare Hukuku doktrini ardından da Türk İdare Hukuku tarafından kabul görmesi ile söz konusu ayrılabilir işlemler de iptal davasına konu edilebilmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak rejim bağlamında ayrılabilir işlem kuramı, şunu ifade eder: İhale sözleşmesinin imzalanmasından önceki dönemde idare, birden fazla işlem tesis eder; bunlara örnek olarak ihale açılması, ihale şartnamesinin yayınlanması ve sözleşme yapma kararının alınması gibi ihalenin aşamaları verilebilir. Ayrılabilir işlem kuramına göre bu işlemlerin hepsi tek yanlı, icrai işlemlerdir ve kamu ihale sözleşmesinden bağımsız olarak iptale konu olabilirler. Fransız hukukunda ayrılabilir işlem kuramının kamu ihale sözleşmesine uygulanmasıyla tüm ihale süreci ve sonucunda imzalanan sözleşme iptale konu olmamaktadır, yalnızca iptal davasına konu edilen işlem iptal olmuş olacaktır.

Söz konusu iptal işleminin sözleşmeye (gerek idari, gerek özel hukuk sözleşmesi bakımından) etkisi bakımından ise ayrılabilir işlem teorisi gereği, iptal kararının sözleşmeye bizatihi etkisi olmayacaktır. Şayet işlemin iptal edilmesi, sözleşmenin geçerliliğine etki eden bir durumu ortaya çıkarmaktaysa, taraflar sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkemeye başvurarak bunu ayrıca talep etmelidir⁹⁵. Bununla beraber, Anayasa’dan kaynaklanan, idari makamların idari yargı kararlarına uyma yükümlülüğü sebebiyle idarenin yukarıda izah edilen durumda ya sözleşmeyi hukuka uygun hale getirmesi ya da *Sezginer*’in ifadesiyle “sözleşme yargıcına” başvurma zorunluluğundan da savunulmuştur⁹⁶. İhalenin yargı kararıyla iptalinin

⁹³ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 35.

⁹⁴ Birden fazla idari işlemde oluşan muameleler çok çeşitli olmaktadır ve idare hukuku doktrini içerisinde düzenleyici işlemler, idari sözleşmeler ve birel işlemler içerisinde ortaya çıkabilirler, bunlara göre detaylı bir terminoloji mevcuttur. Konunun sınırını aştığından dolayı birden fazla idari işlemi içerebilecek idari muamelelerin varlığını ortaya koymakla yetinip bu ayrımlara girmiyoruz. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sezginer**, *Ayrılabilir İşlem*.

⁹⁵ Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, s. 172.

⁹⁶ **A.g.e.**, s. 172.

sözleşmenin geçerliliğine etkisi aşağıda detaylı olarak incelenecektir⁹⁷. Bu sebeple bu aşamada Fransız ihale hukukunun bu çalışmadaki soruna nasıl yaklaştığını ve ayrılabilir işlem teorisini nasıl uyguladığını burada tartışmadan, ayrılabilir işlem teorisi hakkında genel açıklamalarla yetiniyoruz.

Türk kamu ihale hukuku bakımından ayrılabilir işlem teorisinin geçerli olduğu söylenemeyecektir. İhale aşamasında tıpkı Fransız Hukuku gibi birden fazla idari işlem söz konusu olabilmektedir, ancak Fransız Hukukunda kabul gören ayrılabilir işlem teorisinin aksine Türk Hukuku, sözleşmenin kendisini idari işlem silsilesinin içinde tutmamaktadır. Türk Hukuku uyarınca sözleşmeye dair tüm uyuşmazlıklar adli yargıya tâbi olacaktır. Yargı mercileri, istikrarlı olarak sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada idarenin sözleşme bakımından yaptığı işlemleri de iptal davasının kapsamının dışında tutmakta ve adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir⁹⁸. Dolayısıyla, ayrılabilir işlem teorisinin Türk hukuku bakımından kamu ihale sözleşmelerine uygulanmadığı söylenebilecektir. Öte yandan, sözleşmeden önceki ihale sürecinin kendi içinde, ihale sürecinin dava edilmeyen idari işlemlerinden bağımsız olarak bir işlemin iptali açısından ayrılabilir işlem kuramının bir işlevi olacağı da şüphesizdir. Ancak ayrılabilir işlem kuramının bu alanda uygulama alanı çalışmanın kapsamı dışındadır.

2.2.4. İki Aşama Teorisi

Kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak rejim açısından en son yaklaşım ve Türk hukukuna egemen olan yaklaşım, iki aşama teorisidir. Türk idare hukuku ve borçlar hukuku doktrininde iki aşama teorisinin zikredildiği ve detaylı olarak incelendiği örneklere rastlamak güçtür. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu konuyu detaylı olarak inceleyen, hatta iki aşama teorisinin Türk hukukunda uygulama alanı bulunduğunu açıkça ifade eden tek yazar *Buz*'dur. Bununla beraber, doktrindeki yazarların ihale sözleşmelerine ilişkin ifade ettiği görüşler ve yargı kararları, *Buz*'un ortaya koyduğu "iki aşama teorisi" ile uyuşmaktadır. Bu doğrultuda iki aşama teorisi ile ilgili aşağıdakiler söylenebilecektir.

İlk olarak Alman Hukukunda ortaya atılan iki aşama teorisi uyarınca idarenin ihaleyle mal ve hizmet alma edimi süreci, iki aşamaya ayrılır. İlk aşama, sözleşmenin

⁹⁷ Bkz. Bölüm 6.

⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2015/707 E., 2018/762 K., 30.11.2015 T. (R.G. 30.12.2015, sayı 29578); Danıştay 10. D., 2011/6143 E., 2013/732 K., 7.2.2013 T. (*Lexpera*); Yargıtay 13. HD., 2015/21046 E., 2018/4505 K., 12.4.2018 T. (*Lexpera*); ayrıca bkz. *Buz*, *İhale*, s. 82, dn 44.

yapım aşamasıdır ve idarenin mal ve hizmet alımı için bir sözleşme akdetmesinin hazırlık aşaması, yani ihale sürecidir. İhale süreci bütünüyle idari işlemlerden ibarettir ve bütünüyle idare hukuku kurallarına tâbidir. Bu ilk aşamanın sonucu olarak idare, mal ve hizmeti temin edeceği özel hukuk süjesiyle bir sözleşme imzalamaktadır, bu sözleşme ve sözleşmeye dair tüm uyuşmazlıklar (sözleşmenin geçerliliği, ifası, sona ermesi veya erdirilmesi, sözleşmeden kaynaklı tazminat talepleri, vb.), özel hukuka tâbidir.

İki aşama teorisi ilk olarak Alman Hukukunda doğmuş olsa da, ancak özel hukuk teorisinin hakim olarak uygulanması sebebiyle fazla taraftar bulmamıştır. Buna mukabil eşik değerlerin altında kalan bazı ihaleler bakımından iki aşama teorisini savunanlar mevcuttur, bu azınlık yaklaşım BVerwG'in yukarıda tartışılan kararı sebebiyle günümüzde artık kabul görmemektedir. İsviçre Hukukunda ise hakim olan yaklaşım iki aşama teorisidir⁹⁹. İsviçre'de federal düzeyde geçerli olan kamu ihale mevzuatı, ihale kararlarına karşı kamu hukukuna tâbi bir itiraz prosedürü kabul etmektedir ve yalnızca ihale sürecine (sonraki sözleşme aşamasına taşmayacak şekilde) kamu hukuku kurumları atfetmektedir¹⁰⁰. Kamu ihale sözleşmelerine aynı hukuki rejimi uygulayan İsviçre ve Türk Hukukunun bu sebeple içerik itibarıyla kamu ihale mevzuatında paralellikler mevcuttur; örneğin İsviçre Kamu İhale Federal Kanunu'nda sözleşme imzalanmadan önce ihale usulüne hukuka aykırılık iddiasıyla itirazlar, ilk olarak BoeB madde 9/3 uyarınca İtiraz Komisyonu tarafından değerlendirilir. Şayet sözleşme kurulmuşsa, İtiraz Komisyonu ihaleyi iptal edemez, ancak hukuka aykırılığı tespit edebilir. Benzer şekilde KİK m. 56 uyarınca ihale sürecinde vuku bulan hukuka aykırılıklar, Kamu İhale Kurulu'na itirazın şikayet konusu olabilir, ancak itirazın şikayetin sözleşme imzalanmadan önce yapılması gerekmektedir. Burada itiraz başvurusunda bulunulacak istekliler bakımından hak düşürücü süreler mevcuttur.

İki aşama teorisinin Almanya'da çoğunlukla benimsenmemesinin sebebi olarak yazarlar, ilk aşamanın kamu hukukuna tâbi tutulmasının makul bir gerekçeye dayanmadığını savunmaktadırlar ve ihale sürecini iki farklı hukuk disiplinine bağlayarak ikiye bölünmesi, bu görüşe göre süreci yapay olarak ikiye böler¹⁰¹. İki

⁹⁹ Martin Beyeler, **Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens**, Zürich, Schulthess, 2004, Nr. 143.

¹⁰⁰ Abegg, **a.g.e.** 149-151; Rhinow, s. 313 (Naklen: Buz, *İhale*, s. 82 vd.).

¹⁰¹ Buz, *İhale*, s. 83; Zuleeg (Naklen: Buz, *İhale*, s. 83)

aşamanın uyuşmazlıkları farklı hukuk kuralları ve yargılama usulleriyle farklı yargı kollarında çözüldüğünden, karışıklıklar ve gecikmelerin ortaya çıktığı, iki aşama teorisini eleştirenlerin temel çıkış noktasıdır. Öte yandan doktrin, özel hukuk teorisinin getirdiği kolaylıkların ve Alman Hukukuna uyumunu savunurken, şu noktayı da dile getirmektedir. Fransa’da Conseil D’Etat’nın, Fransız Hukuku tarihi boyunca hukuk sistemini şekillendirmesi ve yüksek derecede özerklik sahibi olması, Fransız Hukuku açısından ayrılabilir işlem teorisi veya iki aşama teorisi gibi ihale sürecinde kamu hukukunu ön plana koyan yaklaşımları daha mantıklı kılmaktadır¹⁰². Abegg’in ifade ettiğine göre idare hukukunun Fransa kadar gelişim göstermediği Almanya’da özel hukuk teorisinin iki aşama teorisi yerine benimsendiğini görmek ve ihale sürecinin itibarını farklı yöntemle korumak, hukuk sistemlerinin farklı tarihsel yaklaşımlarının tabii bir sonucudur.

Türk Hukukunda ise, evvelden de belirttiğimiz gibi doktrinde iki aşama teorisini açıkça zikreden bir yazara veya yargı kararına rastlamak güçtür. Görebildiğimiz kadarıyla, aynı eksikliği tespit eden *Buz* haricinde iki aşama teorisini açık bir ifadeyle Türk kamu ihale hukukuna atfeden bir yazar yoktur. Buna mukabil, kamu ihale sürecinin hukuki niteliği ve rejimine dair yorumda bulunan yazarların kanaati, yukarıda izah edilen iki aşama teorisiyle birebir uyuşmaktadır. *Gözler*, doktrindeki hakim durumu özetler: “*Kamu ihale sözleşmesinin kendisi özel hukuka ve dolayısıyla adli yargıya tâbi olsa bile, bu sözleşmenin akdedilmesine kadar ortaya çıkan uyuşmazlıklar kamu hukukuna (idare hukukuna) tâbidir ve dolayısıyla bu uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır*”¹⁰³. İfade edilen bu görüş, idare hukuku öğretisinde¹⁰⁴ ve yargı kararlarında¹⁰⁵ tekrarlanmaktadır.

Yargı kararlarında da aynı yaklaşım sergilenmektedir. Yargıtay, kararlarında istikrarlı olarak sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkları ihale sürecinden farklı olarak özel hukuka tâbi tutmaktadır. Örnek kabilinden: “*Taraflar arasında akdedilen hizmet*

¹⁰² Abegg, **a.g.e.**, s. 150; ayrıca Fransız İdare Hukukunun tarihsel gelişimi için bkz. François Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

¹⁰³ *Gözler*, **a.g.e.**, **C.2**, s. 94 vd.

¹⁰⁴ *Günday*, s. 201 vd.; *Gözübüyük / Tan*, **a.g.e.**, **C.1**, s. 570 vd.; ayrıca bkz. *Gözler*, **a.g.e.**, s. 473’te belirtilen diğer yazarlar.

¹⁰⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2018/538 E., 2018/651 K., 22.10.2018 T. (R.G. 20.11.2018, sayı 30601); Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2016/91 E., 2017/3 K., 20.02.2017 T. (R.G. 08.04.2017, 30032): “*4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde [...] görülmesi gerekmekte [...]*”.

alımları tip sözleşmeleri Özel Hukuk hükümlerine tâbidir"¹⁰⁶. Aynı tespiti Yargıtay, görevli yargı kolu bakımından da yapmaktadır: “*DİK’e göre yapılan ihalelerin iptali davası idari yargıda görülürse de; ihale ile oluşan eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılır*”¹⁰⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi, yine görevli yargı kolundan yola çıkarak aynı yönde karar vermiştir:

“Kamu ihalelerinde, idarenin yasada belirtilen usul kurallarına uyması zorunlu olup, buna göre ihale kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir. Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği bu tür ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasızdır.

Ancak, ihalenin kesinleşmesinden sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tâbi olacağına tespiti için, bu işlemlerin taraflar arasında akdedilmiş sözleşmenin kapsamında olup olmadığının, bir başka deyişle, davanın sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasından doğup doğmadığının incelenmesi gerekmektedir”¹⁰⁸.

Yine aynı doğrultuda karar veren, ancak iki aşama teorisini zamansal açılarından katı yorumlayan bir Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararı, iki aşama teorisine dair açıklamalarımıza ilginç bir örnek teşkil edecektir:

“Uyuşmazlığa konu ihale yapıldıktan sonra taraflar arasında bir ön sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi nedeniyle ihalenin feshi yoluna gidilmişse de, ön sözleşme ile öngörülen kredi temin yükümlülüğünün şartnamede de yer alan ve sözleşmenin yürürlüğe girmesini, yani ihalenin kesinleşerek asıl sözleşmenin noterce onaylanmasını sağlayacak bir ön koşul olduğu, ihale sonucu yapılacak işin yerine getirilmesi aşamasına ilişkin olan bir

¹⁰⁶ Yargıtay 13. HD., 2015/29468 E., 2017/9267 K., 9.10.2017 T. sayılı karar (Lexpera).

¹⁰⁷ Yargıtay 15. HD., 1997/2847 E., 1997/3122 K., 17.06.97 T. sayılı karar (Kazancı). Aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 2014/1026 E., 2015/1765 K., 16.9.2015 T. sayılı karar (hukukmedeniyeti.org); sözleşme öncesi yapılan idari işleme (geçici teminat mektubunun irad kaydı) dair uyuşmazlığın idari yargıda görülmesiyle ilgili bkz. Yargıtay 15. HD., 2003/3170 E., 2004/420 K., 28.1.2004 T. sayılı karar.

¹⁰⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 2004/31 E., 2004/40 K., 1.7.2004 T. (RG: 29.11.2004, 25655)

yükümlülükten, dolayısıyla özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmadığı sonucuna varıldığından, idarenin kamu gücünü kullanarak ve 2886 sayılı Yasanın verdiği yetkiye dayanarak tek taraflı ve buyurucu nitelikteki irade beyanı ile tesis ettiği ihalenin feshine ilişkin işleme karşı açılan davanın İdare Mahkemesince karara bağlanması gerekmektedir”¹⁰⁹

Yukarıdaki Danıştay kararı doktrindeki ve diğer yargı kararlarındaki görüşleri tekrarlamaktadır. Bununla beraber iki aşama teorisine zamansal olarak yaklaşımı açısından ilginç ve irdelemeye değer bir karardır. Alıntı yapılan kısımdan görüleceği üzere, Danıştay sözleşme öncesi dönem ve sözleşmenin imzalanmasından sonraki dönemi çok katı çizgilerle ayırmıştır. Sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemde gerçekleşen tüm hukuki işlemleri idare hukukuna tâbi tutan Danıştay, bu dönemde imzalanan ön sözleşmeyi idare hukukuna tâbi tutmuştur. Bu yaklaşımın gerekçesini anlamak güçtür. Borçlar hukuku kurallarına göre kurulan bir özel hukuk sözleşmesinin ön sözleşmesinin de özel hukuk hükümlerine göre kurulması kanaatimizce doğru yaklaşım olacaktır. Esas ihale sözleşmesinin feshi özel hukuk hükümlerine göre, ön sözleşmenin feshi ise idare hukukundaki iptal davasına göre muamele görmesinin mantıklı bir izahatı yoktur. Kaldı ki ön sözleşmenin niteliği ve sözleşmenin feshi de özel hukuka ait kurumlardır. Ön sözleşmenin feshi bakımından mahkemenin vereceği karar, borçlar hukukuna göre tesis edilecektir, ancak Danıştay kararına göre bu kararı verecek olan idare mahkemesidir.

İki aşama teorisinin ne denli katı uygulanacağı ve özellikle iki aşama arasındaki ilişki arasındaki bu tartışma, bizi iki aşama teorisi hakkında *Buz*'un görüşüne getirmektedir. Türk Hukuku'nda iki aşama teorisinin kamu ihale sözleşmelerine uygulanacağını kuşkusuz olduğunu belirten *Buz*, bu bakımdan ayrıksı bir görüş sunmamaktadır. Bununla beraber, iki aşama teorisinin bir adım ileri götürüleceği görüşünü ileri sürmüştür. Buna göre; her ne kadar sözleşme öncesi işlemler idari işlem niteliği taşısa da, bu aşama yine de bir özel hukuk sözleşmesinin kuruluş aşamasını teşkil etmektedir. *Buz*'a göre kamu hukuku ve özel hukuk birbirlerini dışlayan iki disiplin değil, tek bir hukuk düzeninin farklı dallarıdır. Dolayısıyla kamu hukukuna tâbi olan sözleşme öncesi aşamada da özel hukuka özgü sorunlar ve uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Bunlarda da özel hukuk kuralları tamamlayıcı olarak

¹⁰⁹ Danıştay İDDK, 2002/725 E., 2003/88 K., 07.03.2003 T. (Kazancı).

uygulama alanı bulacaktır¹¹⁰. İki aşama teorisinin benimsendiği İsviçre’de de özel hukuk ve kamu hukukunun birbirlerini destekleyen iki “sütun” olduğu dile getirilmiştir.¹¹¹

Buz’un görüşü iki farklı yaklaşımın çatışma içerisinde olduğu izlenimini vermektedir. Bir yandan, özel hukuk kurumlarının sözleşme öncesi döneme uygulanması, bizi yukarıda izah edilen özel hukuk teorisine yaklaştırmaktadır. İki aşama teorisinin getirdiği sistemin öngördüğü, ihale süreci esnasında meydana gelen uyuşmazlıkların idare hukuku kurallarına göre çözülmesidir. Öte yandan, sözleşme öncesi dönemde meydana gelen uyuşmazlıklar için gerekli olması halinde özel hukuk kurumlarının uygulanması, ihalenin idari yargıda iptaline ve sürece genel olarak kamu hukuku kurallarının uygulanmasını engellemez. Bunun yanı sıra, idare hukuku kurallarına göre yürütülmeye devam eden ihale sürecinin, sözleşmenin kuruluş aşamasını teşkil ettiğine şüphe yoktur ve bu niteliği gereği özel hukuka mahsus uyuşmazlıkların ortaya çıkması veya bir uyuşmazlığın çözümünün özel hukuk alanında yatması mümkündür. Ancak her halükarda özel hukuk kaynaklı kurumların sözleşme öncesi döneme “taşabilmesi” kamu ihale sözleşmelerinin iki ayrı aşamaya tâbi olması gerçeğini değiştirmedikten, Türk / İsviçre hukuk sistemlerinin iki aşama teorisi yönünde tercihinin ortadan kaldırılacak nitelikte değildir.

Kanaatimizce bu soruna daha şık bir çözüm mevcuttur ve konuyla ilgili yargı kararlarında da görülebilmektedir. Buna göre iki aşama teorisi, ihale sürecinin kronolojik olarak ikiye ayrılması değil, süreçte yer alan işlemlerin niteliğine göre sürecin ikiye ayrılmasını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle bir işlemin ya da vakıanın tâbi olduğu rejimin tespiti için sözleşme öncesinde veya sonrasında gerçekleşmesinden ziyade, niteliği araştırılacaktır. Eğer söz konusu işlem veya vakıa, sözleşmenin taraflarını ve şartlarını belirlemeye yönelik sürecin (ihale) tamamlanabilmesi için gerçekleştiyse, yani ihale aşamasının bir parçasıysa ilk aşamaya ait olacak ve kamu hukuku uygulama alanı bulacaktır. Sözleşme kurulduktan sonra ilk aşamaya dahil işleme örnek olarak idarenin yükleniciye KİSK m. 26 uyarınca ihaleden yasaklılık cezasını vermesi gösterilebilir.

Öte yandan eğer işlem veya vakıa sözleşme ilişkisine dayalı, akdi (sözleşmesel) bir işlem veya vakıaysa, bu iki aşama teorisi içerisinde ikinci aşamaya dahil olacaktır

¹¹⁰ *Buz, İhale*, s. 88 vd.

¹¹¹ Hubert Stoeckli, “A Tender Of Works At The Gotthard: Observations On A Complex Procedure And Its Consequences”, *The International Construction Law Review*, Informa Law, 2008, s. 10

ve işlem veya vakıanın sözleşme kurulmadan önce gerçekleşmiş olması bu sonucu değiştirmeyecektir. Buna örnek olarak sözleşmenin kuruluşu (icap – kabul silsilesi) veya sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkacak tazminat talepleri gösterilebilir. Sözleşmenin kurulmadan tarafların birbirlerinden özel hukuka mahsus bir kurum olan *Culpa in contrahendo* uyarınca tazminat isteyip isteyemeyecekleri tartışmalı ve irdelemeye değer bir konudur. Bu tartışmaya Bölüm 5’de detaylı olarak değinilecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin; sözleşme kurulmamış olsa dahi idarenin sözleşmeye dayalı sorumluluğuna dayanarak dava ikame edildiğinden uyuşmazlığın adli yargıda görüleceğine dair bizce isabetli kararları mevcuttur, bu da iki aşama teorisine yargı kararlarında da belirttiğimiz şekilde yaklaşıldığının bir göstergesi olacaktır. İki kararda da ihale usulüne uygun olarak sonuçlanmış, ancak sözleşme imzalanmamıştır. Buna mukabil yükleniciler edimlerini ifa etmiş, idareden karşı edimi talep etmektedirler. Uyuşmazlık Mahkemesi sözleşmelerin iki durumda da kurulmadığını, ancak sözleşmeye dayalı uyuşmazlığın var olduğuna kanaat getirerek iki kararda da adli yargıda görüleceğine kanaat getirmiştir¹¹².

Kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak hukuki rejime dair açıklamalarımızı toparlayacak olursak, şu sonuçlara varılabilir: Fransız, Alman ve İsviçre Hukuk sistemleri gerek kanun koyucunun bilinçli tercihi, gerek hukuk sistemlerinin tarihsel gelişimi sebebiyle kamu ihale sözleşmelerine farklı rejimler uygulamaktadır. Türk hukuk sistemi, İsviçre ile benzer bir yaklaşımla iki aşama teorisini uygulamaktadır, buna göre ihale süreci idare hukuku kurallarına, sözleşme aşaması ise özel hukuk kurallarına tâbi tutulmaktadır. İhale aşaması ve sözleşme aşamasını birbirlerini zamansal olarak takip etseler de bu iki aşama zamansal değil, işlemlerin niteliğine dayalı bir ayırmadır. Bu yaklaşımın sonuçları tezin ilerleyen kısımlarında karşımıza çıkacaktır.

¹¹² Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2013/528 E., 2013/905 K., 27.12.2011 T. (R.G. 21.12.2013, 28858); Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2015/948 E., 2016/121 K., 14.03.2016 T. (R.G. 01.04.2016, 29671 - mükerrer).

3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU

Bir önceki bölümde kamu ihale sözleşmelerinin niteliğinin ve bunlara uygulanacak rejimin saptanması aşamasında anlaşılacağı üzere, sözleşmenin kuruluş öncesi aşamaları ve kuruluşu hem önem arz etmektedir, hem de sözleşmeler hukuku bakımından nev'i şahsına münhasır bir yapıdır. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin borçlar hukukundaki yerinin irdelenmesi açısından değinilmesi gereken önemli bir nokta, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşudur. Zira kamu ihale sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin tarafının ve belli hükümlerinin belirlenmesi tarafların ve bilhassa idarenin tasarrufunda değildir, Kamu İhale Kanunu gereği ancak bir ihale ile bu belirleme yapılabilir¹¹³.

Bu amaç ışığında, bu bölümde sunulacak olan açıklamalar, ihale aşamasının izahatından ibaret değildir. Konumuzun dışında olduğundan, kamu ihalelerinin aşamaları ve buna dair idare hukuku doktrininde yer alan sorunlar ve tartışmalar gerekmedikçe detaylı olarak irdelenmeyecektir. Bilhassa farklı ihale usulleri, ihaleden yasaklılık, ihaleye katılmak için verilecek teminatlar gibi ihale sürecini yakından ilgilendiren ve şüphesiz önemli konular, borçlar hukuku perspektifinde konumuz dışında kaldığından kapsam dışıdır. Bunun yerine, tezimizin amacına da uygun olarak, ihale aşamalarının borçlar hukuku kurumları ve bir borç ilişkisinin kuruluş aşamalarıyla bağlantıları kurulacaktır.

Bu doğrultuda kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu, beş ana başlığa ayrılabilir. Bunların ilk dördü, kronolojik olarak ihale aşamalarını takip eder: idarenin ihale kararı ve tekliflerin toplanabilmesi için ihale açması, ihale sonucunda tekliflerin alınması, bunun sonucunda ihale kararı verilmesi ve ihale üzerinde kalan özel hukuk süjesinin sözleşme görüşmelerine davet edilmesi ve en nihayetinde (şekil ve içeriğe dair Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun öngördüğü kuralları da detaylandırarak) kamu ihale sözleşmesinin kurulması.

¹¹³ İhalesiz yapılabilecek mal ve hizmet alımlarına dair KİK'te ve diğer kanunlarda istisnaların varlığını burada tekrar belirtelim.

Beşinci başlık ise, kamu ihale sözleşmelerinin kurulması açısından genel önem taşıyan bir tartışmadır. İhale sözleşmeleri, evvelden de belirttiğimiz üzere sözleşme serbestisinin bütünüyle söz konusu olmadığı bir durumdur ve idare sözleşme akdedeceği kişiyi serbestçe tayin edememektedir. Bu durum da, borçlar hukukunda işlenen “sözleşme yapma zorunluluğu” kurumunu akla getirmektedir. Beşinci kısımda bu soruna değinilecek ve iki sorun ele alınacaktır; Sonuçlanan bir ihalenin sonucunda idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı ve ihalenin iptali halinde idarenin yeniden sözleşme yapma sürecinin başlatıp başlatmama zorunluluğu.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda bazı genel açıklamalarda bulunulacak olursa; Türk Borçlar Kanunu’nun esas aldığı sistematik gereği tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (TBK m. 1). Yine Türk Borçlar Kanunu uyarınca bu karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ise bir tarafın karşı tarafa sözleşme kurma önerisi veya icabı¹¹⁴, karşı tarafın ise kabulü suretiyle gerçekleşir (TBK m. 3-11)¹¹⁵. Bu bölümde amaçlanan, Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen icap ve kabul sürecinin kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşunun sözleşmelerinin kuruluş süreciyle bağlantısının kurulmasıdır. İcap ve kabule ilişkin detaylı açıklamalar, yeri geldiğinde yapılacaktır.

Yine dikkat çekilmesi gereken bir nokta, çoğu ihale usulüne hakim olan açık arttırma (veya açık eksiltme) sürecinin Türk borçlar hukukuna bütünüyle yabancı olmamasıdır. TBK m. 274 vd. (e.BK m. 225 vd.) hükümleri, açık arttırma yoluyla satışı düzenler. TBK m. 275/1 uyarınca “*Satıcı arttırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, herkesin katılabileceği isteğe bağlı açık arttırmalarda satış sözleşmesi, arttırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olur*”. Bu fıkradan anlaşılacak olan şudur: Satıcının, satılan şeyi açık arttırma yoluyla satma niyetini açıklaması, yani ihale açılması icaba davet niteliğindedir.

¹¹⁴ e.BK’da “icap” olarak ifade edilen terim, TBK’de “öneri” ifadesiyle değiştirilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi eleştiriyile karşılanmıştır, icabın sözleşmeyi kurmaya yönelik nitelikli bir öneri olduğu ifade edilmiştir (bkz. Rona Serozan / Emre Gökyayla / Faruk Acar / M. Turgut Öz / H. Murat Develioğlu, **İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu**, 2 Cilt, İstanbul, Vedat Kitaplık, 2018, C.1, m. 1, s. 28). Doktrinde “icap” terimi daha isabetli bulunduğu ve hala tedavülden çıkmadığından, çalışmada bu ifadeyi kullanmaya devam etmeyi uygun görüyoruz.

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 166 vd. TBK uyarınca bir sözleşme icap ve kabul ile kurulacak olsa da, Kocayusufpaşaoğlu başta olmak üzere doktrin, sözleşmenin yalnızca bu şekilde kurulması gerekmediği kanaatindedir. Nitekim bir sözleşme, icap ve kabul ayırımı yapma imkanı olmaksızın, müzakere sonucu hazırlanan bir metnin benimsenmesi suretiyle kurulabilecektir. Hatta bu yöntem o kadar yaygın hale gelmiştir ki, icap ve kabul yönteminin istisna hale geldiği de iddia edilmiştir. Bu doğrultuda bkz. **A.g.e.**, s. 166, 168 vd.

İhaleye katılan kişilerin teklifleri birer icap niteliğindedir ve bu icaplardan en yüksek olanına ihale edilmesiyle kabul beyanı açıklanmış olur¹¹⁶.

Bu şekilde satış sözleşmesi kurulmuş olur. Haliyle Türk kamu ihale mevzuatı daha detaylı bir ihale sistematığı öngördüğü gibi, TBK m. 274'ün öngördüğü yaklaşımdan sapmaktadır¹¹⁷. Bu sistematik, aşağıda detaylı olarak izah edilmektedir.

3.1. İhale Açılması

KİK m. 24 vd. maddeleri uyarınca ihale sürecini başlatan ilk adım, idarenin ihale ilanıdır. Bu ihale ilanı uyarınca idare, ihtiyacı olan mal, hizmet veya yapım işini ve bu ihtiyacın karşılanması için bir sözleşme imzalama niyetini ilan eder. Doktrinde, ihalenin açılması aşaması bir *icaba davet* olarak nitelendirilmektedir¹¹⁸. Bu nitelendirmenin ihale süreci bakımından sonuçlarının irdelenebilmesi için, icaba davetin borçlar hukukundaki yerinin de detaylı incelemesi gerekmektedir.

3.1.1. İcaba Davet Hakkında Genel Açıklamalar

İcaba davetin tanımı Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça yapılmış olmasa da, icabın niteliğinden yola çıkarak doktrinde icaba davetin tanımı yapılmıştır. Sözleşmenin kurulmasına yönelik icap, evvela sözleşmenin esaslı unsurlarını belirleyen veya belirlenebilir hale getiren, kabulüyle birlikte sözleşmenin kurulmasına mahal verecek “olgunlukta” bir tekliftir¹¹⁹. İkinci şart olarak bir teklifin icap sayılabilmesi için, teklifte bulunanın teklifle bağlı bulunmasıdır. İcapta bulunan, icap reddedilinceye, süreli icapta sürenin geçmesiyle veya TBK m. 10 uyarınca¹²⁰ süresinde geri alınmaya kadar, icabıyla bağlıdır. Diğer bir deyişle, icabı yapan taraf, karşı tarafın kabulüyle bir akdi ilişki içerisine gireceğini göze alarak teklifte bulunmuştur.

¹¹⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 320 vd.; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 268. Nitekim *Türk Hukuk Lügatı* ihaleyi aynen bu şekilde tanımlamaktadır: “*Artırma ve eksiltme suretiyle yapılan akitlerde en çok artıranın veya eksiltmenin icabını kabul mahiyetinde olmak üzere artırma ve eksiltmeye çıkaranın vâkı irade beyanıdır. Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanununa göre gerek artırma veya eksiltme ve gerek pazarlık suretiyle yapılan akitlerde daire namına hareket eden komisyonun en münasip teklifi kabul mahiyetinde olmak üzere ittihaz ettiği karardır*” (**Türk Hukuk Lügatı**, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Basımevi, 1991).

¹¹⁷ Buz, *İhale*, s. 206.

¹¹⁸ Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997, s. 96; Beyeler, **a.g.e.**, Nr.140; Dursun Ali Demirboğa, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 8; Buz, *İhale*, s. 218.

¹¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 180.

¹²⁰ “**Önerinin ve kabulün geri alınması: TBK MADDE 10-** Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır.”

Bu iki şarttan yola çıkarak; eğer bir sözleşme yapma teklifi sözleşmenin esaslı unsurlarını içermiyor veya içerse dahi tarafın icapla / sözleşmenin kurulması açısından bağlı bulunma iradesi anlaşılmıyorsa, bir icaptan bahsedilemeyecektir ve teklifte bulunan “son sözü söyleyerek” bir icapta bulunmamış olacaktır. Şu halde yapılan teklifler, karşı tarafın “son sözü söyleyerek” bağlayıcı bir teklif yapmasına davet olarak nitelendirilmektedir, bu da “icaba davet” (*invitatio ad offerandum*) niteliği taşımaktadır¹²¹. İcaba davetin hukuk dünyasında bağlayıcı bir etkisi yoktur ve ancak karşı tarafı bağlayıcı bir icapta bulunmaya davet etmektedir.

Doktrinde icaba davetin en tipik örneklerinden birinin “arttırma ve eksiltmeler” olarak verilmesi şüphesiz ki konumuz bakımından önemlidir. Bir görüşe göre (*ilan teorisi*) TBK m. 274 (e. BK m. 225) uyarınca yapılan açık arttırmada pey sürmeye davet bir icap değil, icaba davettir. Pey süren, daha iyi bir teklif gelene kadar sürdüğü pey ile bağlıdır, yani icapta bulunmuş olur. Açık arttırmayı veya eksiltmeyi yapanın en iyi teklif veren kişinin teklifini kabul etmesi ile sözleşme kurulmuş olur. Bir an için ihalenin açılmasını icap, verilen en iyi teklifin ise kabul olduğu düşünülebilecek olsa da, bu görüş kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde reddedilmektedir. Bunun sebebi şudur: şayet pey sürenin teklifi kabul niteliğindeyse, bundan daha uygun bir teklif gelmediği anda sözleşme kurulmuş olur ve icapta bulunan, belki de istediği düzeyde olmayan bir pey ile bağlı kalacaktır. Bu sakıncayı bertaraf etmek adına, kanun koyucu değiştirdiğimiz ilk yöntemi tercih etmektedir¹²².

Bir diğer görüşe göre, TBK m. 274 (e. BK m. 225) uyarınca yapılan açık arttırmada pey sürmeye davet icap niteliğinde olacaktır (*icap teorisi*). Buna karşılık pey sürenlerin verdiği teklifler kabul niteliğinde olacaktır. Bu görüş uyarınca her pey sürüldüğünde sözleşme bir bozucu şarta bağlı olarak kurulmuş olacaktır. Bu bozucu şart, daha yüksek bir teklifin gelmesi halidir. Şayet başka bir pey süren tarafından daha yüksek bir teklif gelirse önceki kurulan sözleşme bozulacak, yeni bir sözleşme kurulmuş olacaktır¹²³.

İki yaklaşımı da savunan yazarlar, TBK m. 274’ün emredici olmadığını ve bu sebeple iki yaklaşımdan birinin ihaleyi açan tarafından tercih edilebildiğini iddia

¹²¹ Serozan, *İstanbul Şerhi*, s. 28, Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.180; Herman Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Çev. A. Suat Dura, Ankara, 1993, s. 187; Eren, *Borçlar*, s. 247; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 50-51.

¹²² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 180.

¹²³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 320; ayrıca bkz. **a.g.e.**, s. 320, dn. 2’de belirtilen yazarlar.

etmektedirler. Yani pey süren, burada ifade edilen iki görüş arasında seçebilecektir. Pey sürenin, gelen en yüksek teklifi kabul edeceğini beyan etmesi halinde icap teorisi uygulama alanı bulacaktır.¹²⁴

3.1.2. İhale İlanının Niteliği

Kamu ihalelerine dönülecek olursa, ihale ilanını icaba davet olarak kabul etmek gerekecektir. Kamu İhale Kanunu'nda yer alan icaba davet, Türk hukuk düzeninde özel bir yere sahiptir. Borçlar hukuku uyarınca hiçbir şekil şartına bağlı olmayan icaba davet, kamu ihale hukukunda çok sıkı şekil şartlarına bağlıdır. KİK m. 24, ihale ilanlarında bulunması gereken zorunlu hususları belirtir, bu hususların arasında ihalenin türü, miktarı, işe başlama ve bitirme tarihi, uygulanacak ihale usulü ve verilecek teminata ilişkin bilgiler bulunmaktadır.

İcaba davet niteliği taşımasından dolayı ihale ilanı, idareyi sözleşme yapma doğrultusunda bir icap gibi bağlamamaktadır. Fakat doktrinde, icaba davetin şekle bağlanması sebebiyle ihale açılmasından dönülmesinin bütünüyle sonuçsuz kalmayacağı ifade edilmiştir. Şayet haklı bir gerekçe olmaksızın idare ihale sürecini sona erdirirse, teklifte bulunan tarafların tazminat taleplerine muhatap olacaktır¹²⁵.

3.2. Tekliflerin Alınması

İhale açıldıktan sonra, ihaleye katılmak isteyen istekliler tekliflerini öngörülen ihale usulüne göre sunacaklardır. Doktrinde teklif¹²⁶, hukuki niteliği itibariyle icap olarak kabul edilmektedir¹²⁷. İcabin tanımını detaylandırarak bu görüşün açıklanması gerektiği gibi, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşunda icabin özel şekil şartlarına da kısaca değinmeyi faydalı görüyoruz.

3.2.1. İcap Hakkında Genel Açıklamalar

Yukarıda da tanımlandığı üzere sözleşmenin kuruluş aşamalarından olan icap, karşı tarafa bu kişiyle sözleşme yapma iradesini bildiren ve bu yönde bir teklif götüren, tek taraflı hukuki işlem niteliğinde bir irade açıklamasıdır¹²⁸. Bağlayıcı bir icaptan söz

¹²⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 320; Becker, **a.g.e.**, s. 187.

¹²⁵ Buz, *İhale*, s. 218.

¹²⁶ KİK m. 4, "Teklif" ifadesini şöyle tanımlar: "Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgiler".

¹²⁷ Buz, *İhale*, s. 218; Demirboğa, **a.g.e.**, s. 63 vd.

¹²⁸ Eren, *Borçlar*, s. 257; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 180-194; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s. 50 vd. İcabin niteliği esasen doktrinde tartışmalıdır, konumuzun sınırlarını aştığından ve pratik bir sonucu olmadığından kısaca burada belirtiyoruz: Doktrindeki çoğu yazara göre icap, tek taraflı bir hukuki işlem niteliğini taşır, bkz. Eren, *Borçlar*, s. 259; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu

edilebilmesi için aşağıdaki dört özellik doktrin tarafından tayin edilmiştir: Teklifte sözleşmeyle bağlı olma iradesi anlaşılmalıdır, sözleşmenin hukuki sebebinin teşkil etmelidir, sözleşmenin esaslı noktalarını taşımalıdır ve karşı tarafa ulaşmalıdır¹²⁹. İcap, TBK’da herhangi bir şekil şartına tâbi değildir, TBK m. 1/2 uyarınca açık veya örtülü olabilir.

İcap açısından yapılabilecek bir ikili ayırım konu bakımından önem arz etmektedir, TBK m. 3 vd., süreli ve süresiz icap ayırımlarını yapmaktadır. Süresiz icap halinde, icapta bulunan kabul için bir süre tayin etmemektedir. Bu halde, tarafların hazır bulunması halinde icap derhal kabul edilmezse icapta bulunan icapla bağlı değildir. Buna mukabil taraflar hazır değilse zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş bir yanıtın beklenebileceği ana kadar icapla bağlıdır. Süreli icapta ise icapta bulunan kabul için bir süre tayin ederek karşı tarafa iletir, tarafların hazır bulunup bulunmadığına bakmaksızın bu sürenin sonuna kadar icabıyla bağlıdır. Sürenin başlangıcında hâkim görüş, başlangıç tarihinin açıkça belirtilmemesi halinde icabın gönderildiği tarihin esas alınması gerektiği yönündedir¹³⁰. Nitekim Danıştay, kamu ihaleleri bakımından da bu kanaate varmıştır: “*isteklilerin tekliflerini sundukları ihale tarihinde de tekliflerinden sorumlu oldukları dikkate alındığında, 120 günlük teklif geçerlilik süresinin hesaplanmasında, ihale tarihi olan 07.09.2015 tarihinin de süreye dahil edilmesi*”, Danıştay 13. D. tarafından hukuka uygun bulunmuştur¹³¹.

3.2.2. Kamu İhalelerinde İcabın Niteliği ve Şekli

Kamu ihale sürecinde teklifin verilmesi (*licitum*), icap olarak nitelendirilmiştir¹³². Ancak kamu ihalelerine özel olarak belli hususi noktalara ve tartışmalara bu noktada değinilmesi gerekmektedir.

Öncelikle icap kamu ihale sürecinde belli şekil şartlarına tâbidir. KİK m. 30 vd. bu şekil şartlarını detaylandırmaktadır. Örneğin KİK m. 30 uyarınca idareye verilecek

/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 83, ayrıca bkz. Eren, *Borçlar*, s. 226, dn. 62’de sayılan yazarlar. Bu yazarlar, İsviçre Hukukundaki hakim görüşe iştirak etmektedir, gerekçe olarak da icabın hukuk dünyasında tek başına sözleşmeden bağımsız sonuç doğurduğunu göstermektedirler, karşı tarafa sözleşmenin kurulmasını sağlayan bir yenilik doğuran hak sağlamak ve irade beyanı ile belli bir süre bağlanmak gibi. Karş bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 194, Koller (Naklen: Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 194). Bu yazarlara ve Alman Hukukuna göre tarafların icap ve kabul yönünde irade beyan etmelerinin amacı sözleşmeye varmaktır, dolayısıyla hukuki işlem olan sözleşmenin kendisidir. İcap sözleşmenin bir parçasından ibarettir.

¹²⁹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, **C.1**, s. 50 vd.

¹³⁰ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, **C.1**, s. 60; Eren, *Borçlar*, s. 244 vd.

¹³¹ Danıştay 13. D., 2016/296 E., 2016/1586 K., 11.5.2016 T. (Lexpera).

¹³² Beyeler, **a.g.e.**, Nr. 140; Kutlu, **a.g.e.**, s. 96;

teklifte teklif mektubu, geçici teminat ve içerik itibariyle de ihaleye katılmak için ihale ilanında belirtilen tüm belgelerin imzalı ve kapalı zarf içerisinde idareye sunulması gerekmektedir. Ayrıca KİK m. 32, “*tekliflerin geçerlilik süresi ihale dokümanında belirtilir*” hükmünü ihtiva ederek, kanun gereği ihaleye katılan kişilerin teklifini bir “sürelî icap” olarak niteler. Her ne kadar teklif verenler icaplarını açık olarak süreye bağlamasalar bile, ihale ilanındaki teklif süresine istinaden teklifte bulunarak bu süreyi zımnen kabul ettiklerini söylemek mümkündür. Dolayısıyla bir “örtülü sürelî icaptan” bahsedilecektir¹³³. İdare, kendi ilan ettiği ve teklif verenlerin de zımnen kabul ettiği teklif süresini tek taraflı olarak uzatamayacaktır, bu KİK m. 32’de açıkça belirtilmektedir: “*Tekliflerin geçerlilik süresi ihale dokümanında belirtilir. İdarece ihtiyaç duyulması halinde bu süre, teklif ve sözleşme koşulları değiştirilmemek ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatılabilir*”.

Tekliflerin bağlayıcılığı ya teklif geçerlilik süresinin sonunda, ya da teklif verenlerden biriyle sözleşmenin imzalanmasıyla son bulacaktır. Teklifin sözleşme imzalanmasıyla birlikte icap niteliğini kaybetmesi önem taşımaktadır, zira imzalanan sözleşme herhangi bir şekilde sona ererse, idare hiçbir hal ve şart altında başka bir teklif sahibinin icabını kabul ederek sözleşme imzalayamaz, ancak yeni bir ihale yapılmasıyla tekrar sözleşme imzalayabilecektir.

Bu açıklamalarımız, beraberinde şu tartışmayı getirir: Teklif verenler, ihale ilanına rağmen tekliflerine farklı bir geçerlilik süresi öngörebilirler mi? Sürenin daha kısa olmasında cevap tartışmasız olarak hayır olacaktır. Böyle bir teklif Türk Borçlar Kanunu açısından geçerli olacağı belirtilse de¹³⁴ ihale şartlarına aykırılık sebebiyle geçersiz bir teklif sayılacaktır¹³⁵. Kabulü ihale ilanındakinden daha uzun süreye bağlanan bir teklif verilmesi halinde ise *Buz*, bu tekliflerin de hem Türk Borçlar Kanunu hem de Kamu İhale Kanunu açısından geçerli olacağı kanaatindedir¹³⁶. Yazar açıkça belirtmiş olmasa da, kanaatimizce bu görüşün kabul edilmesinin pratik sonucu şu olacaktır. Teklif geçerlilik süresinin teklif veren tarafından daha uzun olarak belirlenmiş olması halinde, idarenin süreyi uzatırken teklif verenden tekrar muvafakat

¹³³ *Buz, İhale*, s. 219.

¹³⁴ **A.g.e.**

¹³⁵ Aynı tespit ihale mevzuatına herhangi bir aykırılık taşıyan bir teklif için de söylenebilir, TBK bakımından geçerli bir teklif olsa da ihale mevzuatına aykırılık sebebiyle ihale dışı kalma sebebi teşkil edecektir.

¹³⁶ **A.g.e.**

almasına gerek olmayacaktır (uzatılan sürenin teklifte belirtilen süreyi aşmaması kaydıyla), zira teklifin verilmesi aşamasında bu yönde açık rıza zaten verilmiştir. Bu sonuç, yukarıda açıklanan görüşe gerekçe olarak da gösterilebilir, şayet teklif süresinin teklif verenin muvafakatiyle uzatılmasına izin veren bir durum Kamu İhale Kanunu'nda yer almaktaysa, bu muvafakatin önceden verilmesinin önünde bir yasal engel bulunmamalıdır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda verilmiş bir yargı kararı yoktur.

Verilmiş bir teklifin hangi şartlar altında geri alınabileceği de kamu ihaleleri bakımından özellik arz eder. Öncelikle bu konuda “*Önerinin ve Kabulün Geri Alınması*” kenar başlıklı TBK m. 10, genel kuralı sunmaktadır: “*Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır. Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır*”. Öte yandan, KİK m. 30/son uyarınca “*Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez*”. Kamu ihalelerinde teklifler kapalı zarf ile verilir (KİK m. 30/1) ve ihale tarafından zarfın açılması anında teklifin içeriği öğrenilir. Her ne kadar TBK m. 10 uyarınca bu tarihe kadar idareye sunulan bir teklif geri alınabilecek olsa da KİK m. 30 teklifin sunulmasından itibaren bir daha geri alınamayacağına hüküm altına alır. Dolayısıyla KİK m. 30, TBK m. 10’a nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan TBK m. 10 kamu ihalelerinde verilen icaplara uygulanmayacaktır¹³⁷.

3.3. İhale Kararı ve Sözleşme Görüşmelerine Davet

İhale şartnamesinde öngörülen sürede verilen tekliflerin toplanmasını takiben, idare önce ihale kararını açıklayarak ihaleye katılmak için yasal, idari ve teknik yeterliliklere sahip olan istekliler arasında ekonomik olarak en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine bırakır (KİK m. 40). KİK m. 40’ta tarif edilen aşamalarla ihale kararı kesinleşir ve isteklilere bildirilir. Bu aşamanın ardından ihale üstüne bırakılan kişi sözleşme imzalamaya davet edilir.

Kamu ihalelerinde icap ve kabul suretiyle sözleşmenin kurulmasının Türk Borçlar Kanunu’ndaki ihale sürecinden saptığı yukarıda belirtilmiştir. İhaleye kararı ve sözleşmeye davet, bu aşamanın yaşandığı noktadır. TBK m. 274 vd. hükümlerinde en uygun teklifin tespiti ve kabulü yönünde irade açıklaması, sözleşmenin kurulmasına

¹³⁷ A.g.e, s. 221; karşı. Gauch (Naklen: Buz, *İhale*, s. 221).

dair kabul beyanı niteliğindeyken, kamu ihalelerinde en uygun teklifin tespiti yönünde idarenin yapacağı açıklama, (ihale kararı) kabul niteliğini taşımamaktadır. Bunun yerine, bu kabul beyanı “sözleşmeye davet” aşamasının sonunda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu iki aşamanın niteliği detaylı bir incelemeye muhtaçtır.

3.3.1. İhale Kararı

Yukarıda da ifade edildiği üzere KİK m. 40-41 uyarınca idare, isteklilere ihale sonucunu ve ekonomik olarak en avantajlı teklifi, yani ihaleyi kazanan kişiyi isteklilere bildirir. Her ne kadar bu en avantajlı teklif sahibinin saptanması TBK m. 274 anlamında bir kabul beyanı gibi gözükse de, durum kamu ihaleleri açısından böyle değildir. Zira ihale kararının sözleşmeyi kurucu etkisi yoktur. Bu husus, KİK m. 44’ten anlaşılabilir. Eğer ihale kararı bir kabul beyanı olsaydı, ekonomik olarak en avantajlı teklifin ilanı ile beraber bu teklif sahibiyle sözleşme kurulmuş, teklif sahibi ise sözleşmeyle bağlı olacaktı. Bu noktadan sonra sözleşmeyi kurucu etki bakımından sözleşme metninin imzalanmasının bir önemi olmayacaktı. Buna mukabil, KİK m. 44’te isteklinin sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesi hali öngörülmektedir. Her ne kadar böyle bir davranışın kamu ihale mevzuatı açısından birtakım müeyyideleri olsa da¹³⁸, sözleşme metnini imzalamayan isteklinin sözleşmeyle bağlılığı söz konusu olamaz. Buna uygun olarak da ihale kararının açıklanmasıyla isteklinin akdi sorumluluğu doğmayacak, kamu ihale sözleşmesine konu edimlerin aynen ifası talep edilemeyecektir. Hatta idareye bu durumda ihale kararında yer alan, ekonomik olarak ikinci en avantajlı teklifi kabul ederek bir sözleşmeye bağlama imkanı verildiğinden dolayı idarenin de sözleşmeyle bağlılığından bahsedilemez. Şu halde ihale kararı aşamasında sözleşmenin kurulduğundan bahsetmek mümkün değildir, icap niteliğindeki teklifin kabulü, bir sonraki aşamada gerçekleşecektir¹³⁹.

İsviçre Hukuku, kamu ihale mevzuatında aynı genel yaklaşımı benimsemektedir. İsviçre Hukukuna göre de ihale kararının açıklanması bir kabul beyanı teşkil etmez, yalnızca Türk Hukukunda olduğu gibi ihaleyi kazanan teklif sahibinin saptanmasından

¹³⁸ Bu müeyyideler, tarafların birbirinden hangi hal ve şartlara göre tazminat talep edebileceğine de etki etmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm 5.

¹³⁹ Buz, *İhale*, s. 213 vd.; karş. Kutlu, *a.g.e.*, s. 100 vd. Burada belirtilmelidir ki Kutlu’nun karşıt görüşüne Buz kendi açıklamalarına yer vermiştir (bkz. Buz, *İhale*, s. 213, dn. 16). Buz’a göre yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda Kutlu’nun görüşü tutarsızlık içermektedir. İhale kararı TBK anlamında bir kabul beyanı teşkil etse ve sözleşmeyi kurucu etkisi olsaydı, taraflar bu aşamadan itibaren sözleşmeyle bağlı olacaktı ve Kutlu’nun sözleşmenin kurulmuş olduğunu belgeleyen bir “formel işlem” olarak nitelendirdiği sözleşmenin imzalanmaması bu durumu değiştirmeyecekti. Aksine yukarıda belirttiğimiz üzere, KİK m. 44 uyarınca sözleşme imzalanıncaya kadar taraflar sözleşmeyle bağlı değildir.

ibarettir. İsviçre Hukukunda idarenin ikinci bir beyanla saptadığı bu en uygun teklifi kabul etmesi suretiyle sözleşme kurulmaktadır. Burada Türk Hukukuna nazaran önemli bir değişiklik fark edilecektir. İsviçre Hukuku, kamu ihale sözleşmesinin kuruluş anını sözleşmenin imzalanması anına bağlamamaktadır. Onun yerine idarenin ikinci beyanı kabul niteliğindedir ve bu noktada taraflar sözleşmeyle bağlıdır. Kabul beyanından itibaren isteklinin sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesi gibi bir durum düzenlenmemiştir ve isteklilere bu imkan tanınmaz. Dolayısıyla *Kutlu*'nun sözleşmenin imzalanması aşmasını “formel işlem” olarak nitelendirmesi, ancak İsviçre Hukuku açısından yapılmış olsaydı doğru bir nitelendirme olacaktır.

Kamu İhale Kanunu'ndaki ihale kararına dönülecek olursa, bu işlemin bir kabul beyanı teşkil etmediği şüphesiz olsa da, işlemin niteliği yine önem taşıyacaktır. Bu bakımdan kısaca değinilmesi gereken husus, ihale kararının bir idari işlem olup olmadığı yönündedir. Bu tartışmanın konumuz bakımından büyük bir öneme sahip olduğu kuşkusuzdur. Kamu ihale hukukunda karşılaşılan idari davalar sıklıkla ihale kararının iptali istemli davalardır. İhale kararının idari işlem olup olmadığı tezin ilerleyen kısımlarında yer alan tartışmalara da ışık tutacaktır.

Türk hukukunda ihale kararının bir idari işlem olduğuna dair şüphe yoktur¹⁴⁰. İhale kararı, ekonomik olarak en avantajlı iki teklifi belirleyip bunların arasında en avantajlı teklif sahibini sözleşmeye davet etme yetkisini idareye bahşettiği gibi, diğer teklif sahiplerinin icaplarını reddetme işlevi de görmektedir. İdare hukuku doktrininin yargı kararlarından yola çıkarak yaptığı idari işlem tanımını bu noktada ele almak gerekir: “*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re'sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflar*”¹⁴¹ olarak tanımlanmaktadır. Bu geniş tanımdan yola çıkarak, hukuk dünyasında müspet ve menfi sonuçlar doğuran ihale kararının idari işlem olduğu sonucu tartışmasızdır.

3.3.2. Sözleşmeye Davet

İhale kararının ilan edilmesinden sonra evvela idarenin bir bekleme süresi olacaktır. KİK m. 21/b-c uyarınca doğal afet, salgın hastalık, güvenlik vb. sebeplerle

¹⁴⁰ Danıştay 13. D., 2016/4679 E. 2017/550 K. 3.3.2017 T. (Lexpera); Onur Karahanoğulları, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 45, sayı 1-4, Ankara, 1996, sayfa 296.

¹⁴¹ Gözübüyük / Tan, *a.g.e.*, C.1, s. 397; Yayla, *a.g.e.*, s. 108 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi, 1988/2 E., 1989/1 K., 20.2.1989 T. (R.G., 15.4.1989, sayı 20140); Danıştay 10. D, 1987/1159 E., 1987/1458 K., 1.7.1987 T. (R.G. 24.7.1987, sayı 19427).

ivedi olarak yapılan idarelerde beş, diğer ihalelerde on gün boyunca sözleşme imzalanamaz (KİK m. 41/3). Öngörülen bu kısa itiraz sürelerinin sonunda idare, en avantajlı teklif sahibini KİK m. 42 uyarınca sözleşme yapmaya davet edecektir. Davette, davetin tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içerisinde kesin teminat vererek sözleşmenin imzalaması hususu istekliye ihtar edilir. Bu sürenin sonunda sözleşme imzalanır ve kamu ihale sözleşmesi kurulmuş olur. Bu sürecin ihalenin kabul beyanı olduğu açıktır ve Türk Borçlar Kanunu'nda kabulü düzenleyen hükümleriyle bağdaştırılması gerekmektedir.

Öncelikle, idarenin kabul beyanı, KİK m. 42'de belirtilen sürecin sonunda, idarenin sözleşmeyi imzalamasıyla vuku bulur. Bu bakımdan sözleşmenin kurulması idarenin sözleşmeyi imzalamasıyla gerçekleşir, isteklinin sözleşmeyi imzalamasının sözleşmeyi kurucu etkisine sahip olmadığı kabulü gerekmektedir¹⁴². Buna iki istisna gösterilebilir. Evvela yukarıda da belirttiğimiz üzere, isteklinin teklif verirken idareye sunduğu icap, "sürelî icap" niteliğindedir. Dolayısıyla teklifle bağlılık süresinin geçmesi halinde idarenin istekliyi sözleşme yapmaya daveti bir icap olacak, sözleşme ancak teklif sahibinin kabulü, yani sözleşmeyi imzasıyla kurulmuş olacaktır. Bu paragrafta yapılan tespitlerin doktrindeki her yazar tarafından yapılmadığı not edilmelidir. *Demirboğa* her ne kadar ihalenin üzerine bırakıldığı isteklinin açıklanmasının sözleşmeyi kurucu etkisi bulunmadığını ve bu açıklamanın "*sözleşmenin imzalanacağına dair bir garantiyi*" içermediğini belirtse de, kuruluş anını sözleşmenin imzalanması olarak tespit etmektedir. Adı geçen yazar, spesifik olarak isteklinin imzasının kurucu etkisi olup olmadığını tartışmamaktadır.

İkinci olarak, kabul beyanının ve dolayısıyla sözleşme içeriğinin icaptakinden farklı olması halinde idarenin kabul beyanı, kabul niteliğinde değil karşı icap niteliğinde olacaktır ve yine ancak isteklinin kabulüyle sözleşme kurulabilecektir. Bu ikinci hal Türk Borçlar Kanunu açısından söz konusu olabilmektedir, pratikte kamu ihale sözleşmeleri bakımından gerçekleşmesi muhtemel değildir. Kamu İhale Kanunu, ihale dokümanları ve ihaleye esas tekliflerde değişiklik yapma yasağı öngördüğünden dolayı bu belirttiğimiz durum kamu ihale hukuku açısından çeşitli engellerle karşılaşacaktır¹⁴³.

¹⁴² A.g.e.; *Demirboğa*, a.g.e., s. 81.

¹⁴³ Bu doğrultuda detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm 3.4.

İdarenin kabul beyanına dönülecek olursa, bu kabul beyanının sözleşme imzalamaya davet ve sonunda sözleşmenin imzası sonucunda ortaya çıkıyor olması, Kamu İhale Kanunu'nun hazırlar arası yapılacak kabul beyanını esas aldığına dair bir işarettir. Buna ek olarak idare kabul iradesini açıkça sözleşme metnini imzalamak suretiyle göstermekle mecbur olduğundan, TBK m. 6'nın öngördüğü zımni kabul hükmü uygulama alanı bulmaz. TBK m. 6 uyarınca, “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*”. KİK m. 46¹⁴⁴, TBK m. 6'nin aksine bir kanuni düzenleme getirmekte ve kabul beyanını sözleşmenin imzalandığı ana bağlamaktadır. Bu ana kadar taraflar sözleşme ilişkisi içerisinde olmayacaktır.

3.4. Sözleşmenin Şekli ve İçeriği

Bir önceki üç kısımda, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş safhaları ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan icap ve kabul trafiğiyle nasıl bağdaştıkları izah edilmiş, zamansal olarak sözleşmenin kurulması aşamasına kadar gelinmiştir. Bu kısımda ihale ve istekli ile imzalanmış bulunan sözleşmenin şekil şartları ve sözleşmenin içeriğine ilişkin kamu ihale mevzuatının getirmiş bulunduğu zorunluluklar ve sınırlamalar aktarılacaktır.

3.4.1. Sözleşmenin Şekli

Öncelikle kamu ihale sözleşmelerinin şekil şartlarına değinilecek olursa, bu şekil şartları KİK m. 46'da yer almaktadır: “*Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir*”. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin tek zorunlu şekil şartı, yazılı olmasıdır¹⁴⁵. Öte yandan ihale dokümanında sözleşmenin notere tescili ve onaylatılması zorunluluğunu getirmek idarenin takdirine bırakılmıştır. Bu açıdan, TBK m. 17 açısından bir iradi şekil şartı olduğu söylenebilecektir. İhale dokümanında noter nezdinde tescil şartı öngörüldüyse buna aykırı sözleşmeler tarafları bağlamayacaktır. Kaldı ki KİK m. 46/2 ve KİSK m. 4/1

¹⁴⁴ KİK m. 46: “*Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır*”.

¹⁴⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, C.3, s. 112; Buz, *İhale*, s. 229; Yargıtay 15. HD, 2016/169 E., 2016/2211 K., 11.4.2016 T. (Lexpera); ayrıca bkz. Buz, *İhale*, s. 229, dn. 58'de yer alan Yargıtay kararları.

uyarınca ihale dokümanlarına aykırı sözleşme düzenlenemeyeceğinden, bu şartın ihale dokümanında öngörülmesi halinde kamu ihale mevzuatı gereği de noter tarafından tescil aranacaktır.

3.4.2. Sözleşmenin İçeriği

Kamu ihale sözleşmelerinin içeriğinde değinilecek olursa, belirtilmesi gereken ilk husus, sözleşmelerin ihale dokümanlarıyla olan ilişkisidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere KİK m. 46/2 ve KİSK m. 4/1, ihale dokümanına aykırı sözleşme düzenlenemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu, ihale ve sonrasındaki sözleşme akdetme süresince rekabeti ve şeffaflığı korumak adına getirilmiş bir kuraldır ve en temel sonucu şu olacaktır: Tarafların sözleşme serbestisi, ihale dokümanı tarafından tesis edilen ihale şartlarıyla sınırlanmaktadır. Örneğin bir ihale dokümanının teknik şartnamesinde yer alan ve ihaleyi kazanabilmek için uyulması gerekli olan teknik zorunluluklar, ihale sonrasında değiştirilemeyeceği gibi kamu ihale sözleşmesi bu teknik şartlara aykırı olarak düzenlenemez. Buna paralel olarak, tüm kamu ihale sözleşmesi türleri için Kamu İhale Kurumu'nun yayımladığı tip sözleşmelerde ihale dokümanını sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olarak belirleyen bir hüküm mevcuttur¹⁴⁶.

İhale şartlarına aykırı sözleşme yapılamayacağına dair kuralın ne kadar katı uygulanacağı bir tartışma konusu olabilecektir. Eğer ihale dokümanına aykırı sözleşme yapılamayacağı katı ve dar bir biçimde yorumlanacak olursa, ihale dokümanında yayınlanan tip sözleşme hiçbir değişiklik gerçekleşmeden aynen imzalanması gerekecektir, aksi takdirde sözleşme hukuka aykırı olarak imzalanmıştır. Öte yandan, sözleşme müzakerelerinde yapılacak değişikliklerin esaslı değişiklikler ve ihale şartlarını değiştirecek nitelikte olmaması hallerinde bu değişikliklerin

¹⁴⁶ Tüm tip sözleşmelerin 8. Maddesinde yer alan bu hükme örnek olarak, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği Ek-7 (R.G. 04.03.2009, 27159 mükerrer) yer alan Hizmet Tip Sözleşme Madde 8'e aşağıda yer verilmiştir:

“Madde 8- Sözleşmenin ekleri

8.1. İhale dokümanı, bu sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, İdareyi ve Yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki veya farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır.

8.2. İhale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması aşağıdaki gibidir:

- 1) Hizmet İşleri Genel Şartnamesi,
- 2) İdari Şartname,
- 3) Sözleşme Tasarısı,
- 4) Birim fiyat tarifleri (varsa),
- 5) Özel Teknik Şartname (varsa),
- 6) Teknik Şartname,
- 7) Açıklamalar (varsa)”.

yapılmasına bir yasal engel olmayacağı da savunulabilir. Gerçekten de, ihalenin sonuçlanmasını takiben müzakerelerle birtakım tali noktalarının müzakeresi, yukarıda belirtilen şartları ihlal etmemesi halinde kabul edilmelidir. Bu şartların olası bir uyuşmazlıkta hakim tarafından hangi ölçüte göre belirleneceği de kanaatimizce basittir. Şayet sözleşme hükümlerinde yapılan değişiklikler ihale sonuçlandıktan sonra değil de ihale aşamasında yapılsaydı bu değişiklikler, teklif sahiplerinin farklı teklif vermelerine sebep olacaktıysa, ihale şartlarında sonradan yapılan bir değişiklik olarak kabul görmelidir. Aksi halde, sözleşmenin yalnızca tali bir noktasına değişiklik getirildiğinden, ihale mevzuatına aykırılık söz konusu olmamalıdır. Bu görüşü destekleyen bir yazar veya yargı kararı tespit edilememiştir.

Yukarıda izah edilenler, kamu ihale mevzuatının kamu ihale sözleşmelerinin içeriğine getirdiği menfi sınırlamalar olarak düşünülebilir. Bunların yanı sıra, kamu ihale mevzuatı birtakım müspet sınırlamalar da getirmiştir. Diğer bir deyişle, kamu ihale sözleşmelerinde yer alması gereken zorunlu içerik de kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. KİSK m. 7, sözleşmede yer alması zorunlu hususları açıkça belirtmiştir. Söz konusu zorunlu hususların yer almaması halinde sözleşmenin akıbeti ise kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bir taraftan, maddeyi TBK m. 27 anlamında bir emredici hüküm olarak düşünmek mümkün olacaktır. Bu halde zorunlu hususlardan herhangi bir tanesinin eksikliği, sözleşmenin geçersizliğine sebep olacaktır. Diğer taraftan, bizim de katıldığımız görüşe göre KİSK m. 7'nin bir düzenleme hükmü olduğunun ve idareye yönelik bir talimattan ibaret olduğunu da savunmak mümkündür. Bu görüşün dayanağı olarak, KİSK m.7'de belirtilen bazı hususlar gösterilebilir. Örneğin, KİSK m. 7/y uyarınca anlaşmazlıkların çözümünün sözleşmede yer alması zorunluluğunun TBK m. 27 anlamında bir emredici hüküm olduğunu kabul etmek güç olacaktır. Bu gibi hususların tali noktalar olduğu ve idareye yönelik bir düzen hükmü olduğunu söylemek daha tutarlı olabilecektir¹⁴⁷. Ancak belirtilmelidir ki bu tartışmanın uygulamada ortaya çıkma ihtimali düşüktür, zira idareler ekseriyetle ihale sonucunda mevzuata uygun hazırlanmış tip sözleşmeler üzerinden sözleşme akdetmektedirler.

3.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Kamu ihale sözleşmelerine, tâbi oldukları sürece ve sözleşmenin taraflarına kanun koyucu tarafından belli başlı sınırlar konmuş olması, TBK m. 26'nın öngördüğü sözleşme yapma özgürlüğü ilkesinden sapmaktadır. Yukarıda kamu ihale

¹⁴⁷ Buz, *İhale*, s. 238.

sözleşmesinin kuruluşu aşamaları ışığında idarenin dilediği kişiyle ve şartlarda sözleşme yapamaması, beraberinde şu soruyu getirmektedir: Bir özel hukuk yaklaşımından, idarenin sözleşme yapma zorunluluğu var mıdır? Bu kısımda, sözleşme yapma yükümlülüğüne dair genel açıklamalarla beraber bu soru yanıtlanacaktır.

3.5.1. Genel Olarak Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Az evvel belirtildiği üzere TBK m. 26 ve bunun yanı sıra Anayasa m. 48, kişilere kanunun çizdiği sınırlar içerisinde sözleşme yapma özgürlüğünü vermektedir. Sözleşme özgürlüğü, hukuk sistemimize hâkim olan irade özerkliğinin borçlar hukukundaki tezahür biçimidir ve sözleşmenin herhangi bir kişiyle, tarafların dilediği şartlarda yapılmasını, ayrıca değiştirilmesini, şeklinin belirlenmesini ve sona erdirilmesini mümkün kılar¹⁴⁸. Bunun yanı sıra, Anayasa m. 48 ve TBK m. 26'nın bir sözleşme yapma özgürlüğünün yanı sıra, bir sözleşme yapmama özgürlüğünü de kapsadığı kabul edilmektedir¹⁴⁹. Dolayısıyla tıpkı sözleşme yapma özgürlüğü belli durumlarda kanunla sınırlandırıldığı gibi (kamu ihale sözleşmelerinde olduğu gibi), sözleşme yapmama özgürlüğü de TBK m. 26 uyarınca kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, sözleşme yapma zorunluluğu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰.

Sözleşme yapma zorunluluğu, bir kanun maddesiyle açıkça öngörülmüş olabilir. Örnek olarak, 5187 sayılı Basın Kanunu m. 23 gösterilebilir: süreli yayın dağıtımını yapan kişiler, dağıtım talebinde bulunan kişilere söz konusu süreli yayınları dağıtmakla yükümlüdürler. Aynı şekilde, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 uyarınca “*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz*”. Bu hüküm sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı açısından tartışmalara mahal vermektedir, bir aksi görüşe göre umuma mal teşhir eden işletmelerin kanunla getirilmiş bir sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu görüşü savunanlar, söz konusu olanın

¹⁴⁸ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1; Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s. 24; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 362 vd.; Eren, *Borçlar*, s. 313 vd.; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. ; Osman B. Gürzumar, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 42; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Cilt I**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s. 73-74.

¹⁴⁹ Gürzumar, *Sözleşme Yapma Zorunluluğu*, s. 42; ayrıca dn. 127'de belirtilen diğer yazarlar.

¹⁵⁰ **A.g.e.**, s. 42-43.

umuma açık bir icap olduğunu ileri sürmektedir. Bu icabın kabulüyle sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁵¹.

Diğer taraftan, sözleşme yapma zorunluluğunun, bu yönde açık bir kanun hükmü olmaksızın somut olaya göre doğabileceği kabul edilmektedir. TMK m. 2 uyarınca sözleşme yapmaktan kaçınmanın hakkın açıkça kötüye kullanılması olduğu haller gibi daha genel bir örnek verilebileceği gibi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 6 de sözleşme yapma zorunluluğunu doğuran bir norm olarak gösterilebilir. Teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasada hakim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklayan bu hüküm uyarınca, rakiple sözleşme yapmaktan kaçınmanın hakim durumu kötüye kullanma hali teşkil ettiği durumlarda sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır¹⁵².

Sözleşme yapma zorunluluğunun ortaya çıktığı hallerde zorunlu olan tarafın sözleşme yapmaktan kaçınması halinde, karşı tarafın aynen ifa talep etme hakkı bulunacaktır. Böyle bir durumda mahkemeye başvurulması halinde verilecek hakim kararı, sözleşme yapmakla zorunlu tarafın beyanı yerine geçecektir ve sözleşmeyi kurucu etkiye sahip olacaktır¹⁵³. Bunun yanı sıra, sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olması için sözleşme yapmaktan kaçınılması sebebiyle ortaya çıkan zararları (müspet zarar) talep etme imkanı bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Şayet talep edilebilecek olan, sözleşmenin kurulması beklentisiyle uğranılan zararlardan ibaretse (menfi zarar), ifa menfaatinin tazmini kabul edilmemiş olduğundan sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez. Doktrinde kabul edilen yaklaşımdan çıkarılacak olan sonuç şudur: sözleşme görüşmeleri sırasında uğranılan menfi zararın tazminini öngören *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, sözleşme yapma zorunluluğu doğurmayacaktır¹⁵⁴. Bu tespit, bilhassa Bölüm 5'te yapılacak bazı değerlendirmeler açısından önem arz etmektedir. Bu yaklaşımın tartışmasız olmadığını bu noktada ifade etmek yerindedir; *Ergüne*'ye göre her ne kadar *Culpa in contrahendo* sorumluluğu kural olarak menfi zararın tazmini imkanını beraberinde getirse de hakkaniyetin gerektirdiği bazı istisnai durumlarda ifa menfaatine ulaşan müspet zararların tazmini

¹⁵¹ Eren, *Borçlar*, s. 285.

¹⁵² Gürzumar, *Sözleşme Yapma Zorunluluğu*, s. 33 vd. Burada belirtmelidir ki anılan madde, her hal ve şart altında rakiple sözleşme yapma yükümlülüğünü hakim durumda olan teşebbüslere getirmemektedir. Hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorusunun cevabı, somut olayın şartlarına göre evet veya hayır olacaktır.

¹⁵³ Buz, *İhale*, s. 119.

¹⁵⁴ A.g.e., 119-120.

Culpa in contrahendo sorumluluğunda mümkün olabilmelidir.¹⁵⁵ Bu istisnai yaklaşım kabul edilecek olursa, *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun müspet zararın tazmini talebine yol açmak suretiyle sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkarabileceğini kabul etmek gerekebilecektir.¹⁵⁶

3.5.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Kamu ihale sözleşmelerinde sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı meselesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk hukukunda çok eksik olarak incelenmiş bir meseledir. Ancak doktrinde özellikle idarenin sözleşmeler hukukuna adım atması açısından yapılan değerlendirmeler incelendiğinde ortaya çıkan farklı görüşler değerlendirilebilecektir.

Giriş kısmında da bahsedildiği üzere, özel hukukun yapı taşlarından biri olan “hak ehliyeti” kavramının idare hukukuna aynı biçimde yansımadağı söylenebilir. Bazı idare hukukçuları, idarenin / yürütmenin tam anlamıyla hak ehliyetine sahip olmadıklarını savunurlar. İdare hukuku, daha ziyade sùjelerinin yasalar çerçevesinde “yetkisinden” ve buna uygun olarak işlemlerde bulunmasından bahsetmektedirler¹⁵⁷. Bu ilke, idare hukukunda “yasallık ilkesi” adını alır. Bu ilke dayanağını, yürütme yetki ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını buyuran Anayasa m. 8’den alır. Bu doğrultuda Özey, idarenin sözleşme özgürlüğü veya idarenin işlem ve eylemlerinde serbest iradedden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁵⁸. Bu ifadelerden yola çıkarak, sözleşme özgürlüğünün ve dolaylı olarak bunun bir kanuni sınırlaması olan sözleşme yapma zorunluluğunun idare hukuku bakımından söz konusu olmadığını kabul etmek gerekir. Bunun yerine idare, kendi yasal yetki alanında işlemleri ve eylemleri ile hareket edecektir.

Diğer bir görüş, idare hukukuna hâkim olduğu şüphesiz olan yasallık ilkesinin özel hukukta geçerli olan sözleşme serbestisini dışlamadığını belirtmektedir. Anayasal ve kanuni düzenlemeler ışığında idarenin özel hukuk sözleşmesi yapabileceği kabul edildiğine göre, idarenin kendine çizilen yetkiler ve yasal sınırlar içerisinde sözleşme özgürlüğünün olması mümkündür. Özellikle kamu ihale sözleşmeleri bakımından geçerli olduğunu yukarıda da belirttiğimiz iki aşama teorisi de bu yaklaşımı

¹⁵⁵ Mehmet Serkan Ergüne, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 919 vd.; karş. Buz, *İhale*, s. 173-174.

¹⁵⁶ Bu hususlara detaylı olarak Bölüm 5’te değinilecektir.

¹⁵⁷ Özey, *Günişığında Yönetim*, s. 536; Kutlu, *a.g.e.*, s. 17; Yayla, *a.g.e.*, s. 103.

¹⁵⁸ Özey, *Günişığında Yönetim*, s. 536.

gerektirmektedir. İdare, sözleşme yapacağı tarafı ve sözleşmenin bedelini seçerken idare hukuku kurallarına tâbidir ve bu esnada kanunun çizdiği çerçevede hareket eder. Fakat sözleşme kurulduktan sonra bütünüyle özel hukuk kuralları geçerli olacağından, sözleşme serbestisinin uzantıları yine kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde görülecektir. Örneğin, kamu ihale sözleşmesini sona erdirmek için haklı bir sebebin varlığı halinde fesih veya dönme hakkını kullanmaya dair takdir yetkisi, idarenin olacaktır. Böyle bir serbest hareket imkânı da ancak sözleşme serbestisi ve onun bir sonucu olan sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisi ile mümkün olacaktır. Kaldı ki, ihalenin açılması aşamasında dahi sözleşme serbestliğinin ve idarenin belli bir hareket alanının görünebileceği söylenebilir. Zira hiçbir kanun hükmü, idareyi ihtiyaçlarını gidermek için piyasadaki karşılama kararı vermekle mecbur tutmamaktadır. Sözleşme yaparken Kamu İhale Kanunu gereği bu sürece uyulması gerekmektedir, ancak idarenin süreci başlatırken serbest yetkisi bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaları somutlaştırarak sözleşme yapma zorunluluğunun varlığına yönelik tartışmalara gelinecek olursa: İhale açmak suretiyle sözleşme akdetme sürecine giren idarenin, sözleşme serbestisi doğrultusunda bu ihale sürecinin ortasında ihaleden vazgeçip ihaleyi iptal etme serbestisi var mıdır, yoksa kanun örtülü olarak bir sözleşme yapma zorunluluğu mu getirmektedir? İdareye ihaleyi iptal etmek için bir takdir ve tasarruf yetkisi verilmesi için gerekçe gösterilmesi mümkündür; kamuoyu tepkisiyle karşılaşma veya siyasi ve idari konjonktürün değişmesi söz konusu olabileceği gibi ihaleye konu mal veya hizmete idarenin ihtiyacı da kalmayabilir. Öte yandan, idarenin sözleşme yapmak istemediği bir kişiye engel olmak için ihaleyi iptal etme ihtimali de her zaman mümkün olduğundan dolayı idarenin keyfiyetini bertaraf edecek bir düzenlemeden kaçınılması mühimdir.

Kanun koyucu bu önemi hesaba katarak, Kamu İhale Kanunu'nda ihalenin iptali bakımından idareyi kısıtlayan maddeler koymuştur. Örneğin KİK m. 11/4, ihaleye katılmaktan yasaklı olan kişi veya kişilerin üzerinde ihalenin bırakılmış olması halinde ihale iptal edileceğini hüküm altına almaktadır. Ayrıca KİK m. 16 uyarınca "*İdarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir*". Son olarak, KİK m. 39 ve 40 uyarınca belli gerekçelerle ihalenin iptal edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda ihalenin idare tarafından ancak haklı gerekçelerle iptal edilebileceği açıktır, idare herhangi bir sebeple ihaleyi iptal ederek sözleşme yapma sürecini sona

erdiremez. Bu hususta Danıştay kararları incelenecek olursa ihalenin idare tarafından iptaline yönelik iptal davalarına çokça rastlamak mümkündür, bu kararlarda ekseriyetle inceleme konusu idarenin ihaleyi iptal gerekçeleridir¹⁵⁹. Tespit edebildiğimiz kadarıyla KİK m. 16 ve 39'un anlamını en detaylıca tahlil eden karar, şu yoruma varmıştır: “4734 sayılı Kanun'un 16. maddesi gereğince [...] ihaleyi iptal etme konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği açıktır. [...] somut olayda idare tarafından ihalenin iptaline gerekçe olarak ileri sürülen hususların ihalenin iptalini gerektirip gerektirmediği konusunda inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra bir karar verilmesi”¹⁶⁰ gerekliliği kararda vurgulanmıştır.

Fakat bu tespit tek başına sözleşme yapma zorunluluğunu ortaya çıkarmak için yeterli olmamaktadır. İhalenin idare tarafından iptaline karşı dava açan istekliler hukuka aykırı iptal işleminin ortadan kaldırılmasını veya düzeltilmesini isteyebiliyorsa (asli koruma) sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilir. Eğer asli koruma yerine ancak idarenin hukuka aykırı işlemi sebebiyle yapılan masrafların tazmin talebi mümkünse, (tali koruma) yukarıda da belirtildiği üzere sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, talep edilebilecek zararların menfi veya müspet niteliğidir. Şayet ifa menfaatini koruyan müspet zararlar talep edilebiliyorsa, bu asli korumanın tazminat biçiminde görünümünden ibaret olduğundan yine sözleşme yapma zorunluluğunun var olduğunun kabulü gerekmektedir. Yalnızca menfi zararların talep edilebilmesi halinde ise sözleşme yapma zorunluluğu bulunmayacaktır. Kural olarak menfi zararlar kamu ihale sözleşmelerinde talep konusu olabileceğinden tali korumanın bu durumda tercih edildiği açıktır¹⁶¹.

Bunun yanı sıra, KİK m. 45 de asli koruma yerine tali korumanın tercih edildiğine yönelik bir hükümdür: “İdare, 42 ve 44 üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, 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

¹⁵⁹ Danıştay 13. D., 2015/4452 E. 2015/3671 K. 26.10.2015 T. (Lexpera); Danıştay 13. D., 2011/165 E., 2017/1219 K., 28.4.2017 T. (Lexpera); Danıştay 13. D., 2009/1421 E., 2013/290 K., 6.2.2013 T. (Lexpera).

¹⁶⁰ Danıştay 13. D., 2014/4870 E., 2015/207 K., 28.1.2015 T. (Lexpera)

¹⁶¹ Bu hususta detaylı tartışmalar için bkz. Bölüm 5.

ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır”. Hükümden görüleceği üzere, kanun koyucu isteklilerin menfi zararlarını talep edebileceklerini düzenlemiştir. Kanun koyucunun asli koruma yerine tali koruma seçtiği açıktır. İdarenin sözleşme imzalamaktan kaçınması halinde ihale mevzuatı idareyi sözleşme imzalamakla mecbur tutmamaktadır. Ancak idarenin taahhüdünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu olmayacağı yaklaşımı tabii ki söz konusu olmayacaktır. Usulüne uygun olarak yapılan bir ihale sonucunda idare ihale kararını açıklayıp sözleşme imzalamaktan imtina ederse, karşı tarafın olumsuz zararlarını tazminle yükümlü olması gerekecektir¹⁶². Bu doğrultuda, idarenin kamu ihale sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varmak mümkün olacaktır.

¹⁶² Aksi görüşte bkz. Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, s. 185 – Yazarlar, yalnızca olumsuz zararların tazmin edileceği tali koruma yönteminin KİK m. 57 uyarınca tercih edilmesine rağmen sözleşme yapma zorunluluğunun var olduğu kanaatindedirler.

4. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN İFA DIŞI SONA ERME VE GEÇERSİZLİĞİ REJİMİ

Bir önceki bölümde tezimiz bakımından öneme sahip olan bir konu olan kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşu incelenmişti. Tıpkı kuruluşu gibi, kamu ihale sözleşmelerinin sona ermeleri de tezin incelediği temel soruna cevap vermeye hizmet etmektedir. Yine bu bölümdeki açıklamalarımızın yanı sıra, tâbi oldukları rejim bakımından da TBK'nın sözleşmelerin hükümsüzlüğüne ilişkin düzenlemelerinden sapmalar, kamu ihale sözleşmeleri için söz konusu olmaktadır. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun hükümleri, TBK'ya ek olarak sözleşmenin sona erme hallerini düzenlemiştir. Bu sona erme hallerinin bazılarının incelenmesi, ihalenin mahkeme kararıyla iptalinin sözleşmeye nasıl bir hukuki etkisi olacağına tespiti açısından önemlidir.

Bu bölümde irdelenecek olan sona erme halleri, ne genel olarak sözleşmelere ne de kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak yegane durumlardır. Bazı sona erme sebepleri (ör. ibra, yenileme, takas, yetkisiz temsil vb.), tezin inceleme alanının kapsamı dışında tutulmuştur¹⁶³. Ayrıca, bu bölümdeki inceleme konusu yalnızca kamu ihale sözleşmelerinin hükümsüzlüğü hallerinden ibaret değildir. Yine öneme sahip olan sona erdirme hali de teze konu edilmiştir. Burada “sona erdirme” ifadesinin kullanılmış olması not edilmelidir. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, sözleşmenin taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi bakımından “fesih” ifadesini kullanmaktadır. Ancak her sözleşmenin feshe konu olması mümkün değildir. TBK m. 125 ve 126'da düzenleme altına alındığı üzere, fesih ancak sürekli borç ilişkilerinde mümkün olmaktadır. Ani edimli bir borcun mevcudiyeti halinde sözleşmeden “dönme” söz konusu olabilecektir. Kamu ihale sözleşmeleri ise ani edimli veya sürekli edimli sözleşme niteliği bakımından yeknesak değildir. Bölüm 2.1.2.2.'de izah edildiği üzere, kamu ihale sözleşmeleri akit tipolojisi açısından farklı niteliklere sahip olmaktadır. Tüm kamu ihale sözleşmeleri bakımından “fesih” ifadesinin kullanılması, kanun koyucunun hatalı bir düzenlemesi olarak ifade edilmiştir. Mevzuattaki fesih ifadesinin, “dönme” kavramını kapsayacak

¹⁶³ Detaylı açıklamalar için bkz, Demirboğa, **a.g.e.**, s. 93 vd.; Buz, *İhale*, s. 284 vd.

şekilde algılanması gerekmektedir. Dolayısıyla, “sona erdirme” ifadesinin kullanılmasını daha uygun görmekteyiz. Yine kanun yapma tekniğinde vahim bir hata sergilenerek KİSK m. 21, “sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesih” kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Oysa sözleşme öncesi dönemde gerçekleşen davranışların fesih veya dönmeye konu edilmesi mümkün değildir, bunlar olsa olsa irade sakatlıklarıdır ve sözleşmenin iptali mümkün olacaktır. Bölüm 4.2.’de bu husus daha detaylı olarak arz edilecektir.

Son olarak, Bölüm 4.5’te kamu ihale sözleşmelerinin tasfiyesine değinilecektir. Kamu ihale mevzuatı, sona eren sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin çeşitli hükümler getirmiştir. Bunlar, TBK uyarınca akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesiyle beraber irdelenecektir.

4.1. Butlan

Borçlar hukukunda bir sözleşmenin karşılaşılabileceği en ağır sakatlık türlerinden biri “kesin hükümsüzlük veya e.BK’daki ifadesiyle “butlandır”. Butlan yaptırımıyla karşı karşıya olan bir sözleşme, yani batıl bir hukuki işlem adeta hiçbir zaman doğmamış gibi, geçmişe etkili olarak, sonuç doğurmaz¹⁶⁴. Bir sözleşmenin batıl olması için tarafların veya üçüncü kişilerin irade beyanları veya sözleşmeyi batıl kılan bir mahkeme kararı aranmaz¹⁶⁵. Butlan, TBK m. 27’de (e.BK m. 19-20) düzenleme altına alınmıştır: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Bu fıkraya ek olarak fiil ehliyetinin bulunmaması, muvazaa ve kanuni şekle aykırılık hallerinin de sözleşmenin butlanına yol açtığı kabul edilmektedir¹⁶⁶.

Belirtilen hallerden bazılarının kamu ihale sözleşmeleri bakımından mümkün olmayacağını belirtmek gereklidir. Taraflardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması gibi durumlar teorik olarak mümkün olsa da pratik olarak imkânsıza yakındır, zira ihale aşamasında bu ihtimallerin gerçekleşmemesi için idare, isteklilerden detaylı bilgi ve belgeler toplamaktadır. Ahlaka ve kamu düzenine aykırılık ise tezimizin konusuyla doğrudan bağlantılı olmadıklarından ayrıca bu bölümde irdelenmemiştir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, Üçüncü Bası, İstanbul, İstanbul Üniversite Yayınları, 1978, s. 117 vd.; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk – Giriş / Kaynaklar / Temel Kavramlar**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 225.

¹⁶⁵ Tekinay, **a.g.e.**, s. 119; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁶⁶ Kanuni şekle aykırılığın yaptırımı tartışmalıdır. Bkz. Eren, *Borçlar*, s. 282 vd.

¹⁶⁷ Ahlaka ve kamu düzenine aykırılığın kamu ihale sözleşmelerinin butlanına yol açtığı haller hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Buz, *İhale*, s. 273 vd.

Dolayısıyla buradaki açıklamalar, tez konusu açısından büyük öneme sahip olan “emredici hukuk kurallarına aykırılık” haliyle sınırlandırılmıştır.¹⁶⁸

4.1.1. Kamu İhale Mevzuatının Emredici Olup Olmadığı

Bu genel açıklamalar doğrultusunda kamu ihale sözleşmelerine gelinecek olursa, kamu ihale mevzuatında yer alan hükümlerin emredici olup olmadığı meselesi önem taşımaktadır.

Evvela *Uz*, kamu ihale mevzuatının emredici olup olmadığını özellikle incelemeyen kamu ihale mevzuatına herhangi bir aykırılığın butlan yaptırımına sebep olacağını belirtmektedir¹⁶⁹. Aynı görüşte olan *Demirbaş*, ihale mevzuatının mutlak suretle emredici olduğunu şu gerekçeyle savunmaktadır: “Sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesine ilişkin idarenin iradesinin oluşumunu ilgili kamu otoritesinin serbest tasarrufuna bırakmayan bu sistemde idare söz konusu kurallar ve aşama aşama birbirini takip eden kararlar silsilesi çerçevesinde bu iradeyi oluşturmaya mecbur tutulmuştur”¹⁷⁰.

Doktrinde bir görüşe göre bir emredici hukuk kuralının sözleşmeyi batıl kılabilmesi için sözleşmenin taraflarının her ikisine de uygulanabilmesi gerekmektedir, yani her iki tarafa bir yasak getirmelidir¹⁷¹. Eğer emredici kural taraflardan ancak birine sözleşmeye katılmaya veya sözleşmenin içeriğine dair bir yasak getiriyorsa, ancak hükümde açıkça öngörülmesi halinde sözleşmenin butlanına yol açabilecektir.

Yukarıda izah ettiğimiz azınlık görüşten yola çıkarak detaylı olarak görüş beyan eden *Buz*¹⁷², şu kanaate varmaktadır: İhale hukuku kuralları temelde sözleşmenin iki tarafına değil, idare bakımından yükümlülükler getirmektedir; esasen hukuki işlemin içeriğini veya belli bir şekilde yapılmasını yasaklamaktansa sözleşmenin yapılmasında takip edilecek usul kurallarıdır. İdarenin piyasadan mal ve hizmet temin etmesini idare bakımından belli usullere tâbi tutan kamu ihale mevzuatı, istekliler bakımından yükümlülük getirmemektedir. İstekliler bakımından durum şöyle özetlenir: “İhale

¹⁶⁸ İmkânsızlığa ilişkin değerlendirmeler ise Bölüm 6.3’de arz edilmiştir.

¹⁶⁹ *Uz*, *Kamu İhale Hukuku*, s. 438-439.

¹⁷⁰ *Demirbaş*, **a.g.e.**, s. 118.

¹⁷¹ *Buz*, *İhale*, s. 249; Andreas Von Tuhr / Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, s. 249.

¹⁷² Anılan yazar da kamu ihale sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan özel hukuka dair sorunların neredeyse hiç işlenmediğini ve ihmal edildiğini belirtmektedir; bu sebeple eserinde ekseriyetle karşılaştırmalı hukuk literatüründen faydalanılmaktadır.

mevzuatında veya şartnamede öngörülen şekilde hareket etme zorunluluğu, bu hususun istekliler bakımından bir yükümlülük olarak öngörülmüş olmasının değil, isteklilerin kendi iradesi ile ihale esaslarına tâbi olmayı kabul etmesinin bir sonucudur”¹⁷³. Kanun koyucu da bu esaslara uygun olarak isteklinin ihale mevzuatına veya şartnamelere aykırı teklif vermesi durumlarına butlan yaptırımından ziyade isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yaptırımını öngörmüştür. Bu husus da butlan yaptırımını dışladığı gibi istekliler açısından bir yükümlülüğün var olmadığını göstermektedir, isteklilerin ihale mevzuatına aykırı olarak teklif vermeleri halinde, istekliler uygun teklif vermeye zorlanamazlar. Ayrıca *Buz*’a göre, sözleşmenin dışında kalan hususlara ilişkin bir emredici hukuk kuralına aykırılık, sözleşmenin butlanını doğurmaz. Buna örnek olarak, belirli bir saatten sonra bir işyerinin açık olmasını yasaklayan hükme aykırı olarak bu saatten sonra yapılan satış sözleşmesi gösterilmiştir¹⁷⁴. Yazara göre ihale kuralları da sözleşmenin tarafının belirlenmesi usulünden ibaret olup TBK m. 27 anlamında emredici hukuk kuralı teşkil etmez. Bu açıklamalar ışığında *Buz*’un görüşüne göre kamu ihale mevzuatı kural olarak emredici hukuk kuralları ihtiva etmemektedir¹⁷⁵.

Kanaatimizce, bir emredici hukuk kuralının iki tarafa yükümlülük getirmesi şartının aranması isabetli değildir. Doktrinde tek taraflı ve iki taraflı emredici hükümler ayrımının varlığı karşısında¹⁷⁶ bu gerekçeyle kamu ihale mevzuatının emredici olup olmadığının değerlendirilmesi hatalı olacaktır. Öte yandan, kamu ihale mevzuatının emredici olmadığı farklı sebeplerden dolayı isabetli bir yaklaşım olacaktır. Evvela ihale mevzuatı, sözleşmenin içeriğine veya şekline dair kurallar ihtiva etmemektedir. İhale mevzuatı yalnızca idarelerin ihtiyaç duyduğu edimlerin temininde belirlenecek usuli kuralları düzenler. Bu sebeple bunların TBK m. 27 uyarınca aksi kanun hükmünden anlaşılmadıkça emredici olmadığı kanaatine varmak gerekecektir. Kaldı ki, ihale mevzuatına aykırılık hali kanunda sıklıkla butlan dışında yaptırımlara bağlanmıştır, bunların başında teklif sahibinin ihale dışı bırakılması ve ihalenin iptali yaptırımları gelir. Bu da ihale mevzuatının kural olarak emredici hüküm

¹⁷³ *Buz*, *İhale*, s. 253; Beyeler, **a.g.e.**, Nr. 268.

¹⁷⁴ **A.g.e.**

¹⁷⁵ *Buz*, *İhale*, s. 253; karşı. Harun Demirbaş, “Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 4 (1), İstanbul, 2017, s. 118 vd.

¹⁷⁶ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 538; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 155. Örneğin, ehliyete ilişkin hükümler taraflardan yalnızca biriyle ilgili olacaktır, ancak tam ehliyetsiz kişinin yaptığı sözleşme batıldır.

içermesinden ziyade “düzen hükmü” içermesi sonucuna yol açmaktadır, zira bir hukuka aykırılığın sonucu sözleşme dışı birtakım müeyyidelere bağlandıysa, TBK m. 27 anlamında bir emredici hukuk kuralı ve buna bağlı olarak butlan yaptırımını söz konusu olamaz¹⁷⁷. Bu sebeple kamu ihale mevzuatının kural olarak emredici hükümler içermediğini ve bunların düzen hükmü olduğu kanaatindeyiz.

4.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Butlanını Doğuran Haller

Kamu ihale mevzuatında, sözleşmenin butlanını doğuran üç farklı durum tartışılmalıdır. Bu haller, ihale işlemlerine itiraz edilmesi halinde itiraz sonuçlanmadan sözleşmenin imzalanması, ihale açılmadan sözleşme yapılması ve ihale dokümanına aykırı sözleşme yapılması halleridir.

4.1.2.1. KİK m. 55-56’da Öngörülen İtiraz Sonuçlanmadan Sözleşmenin İmzalanması

KİK m. 55-56’da ihalenin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla itirazın şikâyet başvurusunu düzenlenmektedir. KİK m. 55’in son fıkrası uyarınca “*İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz*”. Fıkradan anlaşılacağı üzere şikayet süreci tamamlanmadan önce sözleşmenin imzalanması yasaklanmıştır. Sözleşmenin imzalanması halinde yaptırım belirtilmemiştir ve durum tartışılmalıdır. KİK m. 55, 22.11.2008 tarih ve 5812 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan önce butlan yaptırımının varlığı tartışmalı değildi. Değişiklikten önce maddenin son cümlesi “*İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır*” hükmünü ihtiva etmekteydi ve KİK m. 55’e aykırılığın sonucu açıkça belirlenmişti. Anılan değişiklikle durum tartışmalı hale gelmiştir. Bir yaklaşıma göre, yukarıdaki açıklamalardan butlan yaptırımının burada söz konusu olmadığını söylemek mümkün olacaktır¹⁷⁸. KİK m. 55, idareye sözleşmeyi imzalama yasağı getirirse de aynı yasak

¹⁷⁷ Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 221 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 395-396; von Tuhr / Peter, **a.g.e.**, 252-253.

¹⁷⁸ Buz, *İhale*, s. 256 – Yazarın bu görüşlerini ifade ettiği eser 2007’de yayınlandığından, butlan yaptırımının açıkça öngörüldüğü hale göre hazırlanmıştır. Ancak yazar, bu yönde açık bir hükmün olmadığı hali de tartışmıştır.

istekliler bakımından söz konusu değildir. Yükümlülüğün istekliler açısından da var olduğu kabul edilse dahi, isteklinin sözleşmeyi imzalaması sözleşmeyi kurucu etkiye sahip değildir¹⁷⁹. Dolayısıyla isteklinin KİK m. 55'e göre sözleşmeyi imzalaması hukuka aykırı olsa da, sözleşmenin ve kuruluşunun dışında kalan bir durum olduğundan sözleşmenin batıl olmasına sebep olmayacaktır. Buna karşılık Alman ve İsviçre Hukuku'nda durum tartışmalıdır. Yukarıda ifade edilen görüş bazı mahkeme kararlarında kabul edilmiş olsa da¹⁸⁰ aksine görüş mevcuttur, buna göre KİK m. 55'in mehzaz kanundaki karşılığına (BoeB m. 28) aykırı olarak sözleşmenin imzalanması, sözleşmenin her iki tarafı bakımından geçersizliğe sebep olacaktır. Ancak itirazın reddedilmesi halinde yapılan sözleşmenin geçerli hale geleceği, durumun bir "kendine özgü geçersizlik" hali olduğu ifade edilmektedir¹⁸¹.

KİK m. 55'e getirilen değişikliğin sebep olduğu belirsizliğe değinen *Yılmaz*, kamu ihale kurumuna itirazen şikayet başvurusu yapıldıktan sonra imzalanan sözleşmenin, şikayet başvurusu olumsuz sonuçlandıktan sonra geçerlilik kazanıp kazanmadığı konusuna değinerek KİK m. 55'e aykırılığın yaptırımlarını tartışmıştır. Anılan yazarın görüşleri şu şekilde özetlenebilir: KİK m. 55'e aykırılığın yaptırımının artık açıkça düzenlenmemiş olması sebebiyle itirazen şikayet başvurusu sona ermeden evvel sözleşme imzalanmasının yaptırımı artık tartışmalıdır. Ancak sözleşmenin batıl olduğunun kabul edilmesi halinde şikayet başvurusu reddedilse dahi yeniden sözleşme yapmak zorunda kalacağı, bu durumun ihaleler açısından masraf ve gecikmelere sebep olacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple sözleşmenin geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁸².

Evvela bir sözleşmenin butlan sebebiyle sakat olup olmadığının ölçütü hiçbir şekilde "ihaleler açısından masraf ve gecikme" kaygısı olamaz, bu sözleşmeler hukuku açısından kabul edilemeyecek bir yaklaşımdır. İkincisi, butlan yaptırımının söz konusu olması halinde ortaya çıkacak hiçbir durum sözleşmeyi yeniden geçerli hale getiremez. Bu, sözleşmenin baştan itibaren "ölü doğması" ve hiçbir şekilde geçerlilik kazanamaması, yani "diriltilememesi" anlamına gelen butlan kavramına aykırıdır. Butlan, asla düzelemeyecek bir hükümsüzlük haline işaret eder. Bu sebeple *Yılmaz*'ın görüşünün kabul edilebilmesi için KİK m. 55 hükmünün 2008'deki değişiklikle bir

¹⁷⁹ Bkz Bölüm 3: İsteklinin ihaleye teklif vermesi icap, idarenin yazılı sözleşmeye imza atması kabul niteliğinde olduğundan isteklinin de sözleşmeye imza atması sözleşmeyi kurucu etkiye sahip değildir.

¹⁸⁰ Buz, *İhale*, s. 256, dn. 28'de belirtilen kararlar.

¹⁸¹ Beyeler **a.g.e.**, Nr. 381; Gauch (Naklen: Buz, *İhale*, s. 260).

¹⁸² Dilşat Yılmaz, **Kamu İhale Hukuku'nda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, s. 228.

düzen hükmü haline geldiği sonucunun çıkarılması gerekmektedir. Ancak bir sözleşmenin önce geçersiz, ardından bir idari başvuru sürecinin tamamlanmasıyla yeniden geçerli hale gelmesi söz konusu değildir.

Öte yandan, KİK m. 55'in yukarıda anılan değişikliğe rağmen bir emredici hüküm ihtiva ettiğini söylemek kanaatimizce isabetli yaklaşım olacaktır. Kanun koyucunun “sözleşme imzalanamaz” ifadesi taraflara açıkça maddede belirtilen şartların varlığı halinde sözleşme yapmayı yasaklamaktadır. Bu da sözleşmeye dair bir emredici hukuk kuralına işaret eder. Kanaatimizce, KİK m. 55'e aykırılığın yaptırımını yine de butlan olmalıdır.

4.1.2.2. İhale Açılmadan Sözleşme Yapılması

Butlan yaptırımının incelenmesi gereken bir diğer durum, idarenin ihale açmadan sözleşme yapması halidir. Kamu ihale mevzuatı ihale açılmadan sözleşme yapılması halinde sözleşmeye uygulanacak yaptırım hakkında sessiz kalmıştır. Bu sebeple hiç ihale açılmadan akdedilmiş sözleşmenin geçersiz olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.

Bir idari makamın ihale usulüne hiç başvurmadan ihtiyacı olan edimleri temin etmesinin yasak olduğu şüphesizdir. Böyle bir halin kamu ihale mevzuatının en vahim aykırılığı olacağına da kuşku yoktur. Bu aykırılık kasten veya ağır ihmalle gerçekleşirse butlan yaptırımını kesin suretle mümkün olacaktır. İdarenin kasten veya ağır ihmalle kamu ihale mevzuatını dolanarak gerek ihale sürecinden geçmemek, gerekse dilediği özel hukuk süjesiyle sözleşme yapmak amacıyla ihale açmaması kabul edilemez bir durumdur. Bu durumda sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle olmasa dahi kamu düzenine aykırılık sebebiyle batıl olacağını kabul etmek gerekmektedir¹⁸³. Ancak idarenin ihale açmadan sözleşme yapmasının pek çok sebebi olabilir ve her durumda kasten veya ağır ihmalle hukuka aykırılık söz konusu olmayabilir. Bu özellikle irdelenmesi gereken durumların başında idarenin hatalı hukuki değerlendirmesi gelmektedir. Kamu ihale mevzuatı her durumu tam açıklıkla düzenlemediğinden idarenin bu tür hataları mümkündür. Örneğin idare, KİK m. 3 uyarınca kamu ihale mevzuatına tâbi olmadığı kanaatine hatalı bir değerlendirmeyle varabilir. Diğer bir örnek olarak “doğrudan temin” usulü gösterilebilir. KİK m. 22 uyarınca belli durumlarda idareler, ihale açmadan bir piyasa

¹⁸³ Buz, *İhale*, s. 265.

fiyat araştırması yaparak ihtiyaçları olan mal ve hizmeti doğrudan temin edebilirler. İdarenin bu konuda da hatalı değerlendirme yapması mümkündür, doğrudan temin yönteminin kullanılmayacağı bir durumda aksine yanlış bir yorumla ihale açmadan sözleşme yapması söz konusu olabilir. Bunun gibi durumlarda da sözleşme batıl olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

Kamu ihale mevzuatında ihtimallerin hiç düzenlenmemiş olması, bir “açık kanun boşluğuna”, yani somut olayı karşılayan hiçbir kanun hükmünün olmaması halini işaret eder¹⁸⁴. Açık kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin *Buz*, 2007 tarihli eserinde şu yaklaşımı benimsemektedir: KİK m. 55, değişikliğe uğramdan önce kamu ihale mevzuatında butlan yaptırımını açıkça öngören tek hükümdü. İtiraz süreci sonuçlanmadan yapılan sözleşme batıl olacağına göre, bu hükmün kıyasen daha ağır bir hukuka aykırılık olan hiç ihale açılmaması haline uygulanarak butlan yaptırımının bu durumda da söz konusu olacağı savunulabilir. Fakat 22.11.2008 tarihli değişiklikle bu ihtimal de ortadan kalkmıştır. Şu halde yaklaşım kanaatimizce şöyle olmalıdır: İhale açılmadan sözleşme yapılması, kamu ihale mevzuatına en vahim aykırılık olduğu gibi bu mevzuatın ve ihaleleri bağlayan kuralların varlık sebebini ortadan kaldırmaktadır. Bu denli ağır bir aykırılığın hukuk düzeni tarafından korunması söz konusu olmamalıdır. Bu sebeple butlan yaptırımının ihale açılmadan sözleşme yapılması durumuna da uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Yargı kararları ise bu konuda farklı yaklaşımlar sergilemiştir. Bir kararında Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 2886 sayılı DİK hükümlerine tâbi bir idari makamın ihale açmadan kira sözleşmesi imzaladığını tespit etmiş, ancak ihale açılmaması sebebiyle sözleşmenin Devlet İhale Kanunu kapsamında değil, Türk Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek sözleşmenin geçerli olduğuna kanaat getirmiştir¹⁸⁵. Bu kararın ciddi yanlışlar içerdiğini belirtmek yerinde olacaktır. Öncelikle bir kira sözleşmesi, ya Türk Borçlar Kanunu ya da Devlet İhale Kanunu kapsamına girmez. Bu iki hal Yargıtay’ın ifade ettiğinin aksine birbirini dışlayıcı değildir. Türk Borçlar Kanunu hükümleri kira sözleşmesinin hükümlerini düzenler, yani sözleşmenin içeriğini ilgilendirir. Devlet İhale Kanunu, veya duruma göre Kamu İhale Kanunu ise idarenin sözleşmeyi akdetme yolunda takip etmek zorunda olduğu usule işaret eder. Bir kira sözleşmesi dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu hükümlerine

¹⁸⁴ Tekinay, **a.g.e.**, s. 62; Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁸⁵ Yargıtay 6. HD, 2015/9803 E., 2016/4832 K., 20.6.2016 T. (Lexpera).

tâbidir ve idare kira sözleşmesi akdederken bu sözleşmenin tâbi olduğu ihale kanunlarına uygun olarak ihale açmalıdır. Mahkeme, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin kararını emredici hukuk hükümlerine aykırılığı hiç değerlendirmeden vermiştir.

Aksi yönde bir Yargıtay kararı ise yine 1995 yılında DİK uyarınca kurulan bir sözleşmeye konu mal alımına eklemeler yapılmasına ilişkindir. Sözleşmeye konu mallar teslim edilmiş, ardından taraflar aralarında anlaşarak sözleşmeyi uzatmak hususunda anlaşmışlardır. Tedarikçi, eklemeye konu malları idareye teslim etmiş, ardından malların bedelini talep etmiştir. Yargıtay ise kural olarak ek sözleşme için ihale yapılmadığından sözleşmenin batıl olduğunu belirttikten sonra, idarenin ek sözleşmeye konu malların teslimatını kabul edip malları kullanmaya başladığından sözleşmenin butlanını MK m. 2 uyarınca iddia edemeyeceğini belirtmiştir¹⁸⁶.

4.1.2.3. İhale Dokümanlarına Aykırı Sözleşme Yapılması

Kamu ihale mevzuatında öngörülen üçüncü butlan yaptırımına sebep olan durum, ihale dokümanlarında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenmesidir. Bölüm 3'te de kısaca değinildiği üzere ihale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez. Düzenlenmesi halinde emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle butlan yaptırımının söz konusu olacağı kabul edilmektedir, zira burada sözleşmenin içeriğine doğrudan müdahale eden bir hukuk normu mevcuttur¹⁸⁷. Söz konusu hukuka aykırılığa butlan yaptırımının uygun görülmesi, kanaatimizce ek olarak şu şekilde de anlamlandırılabilir: İhale dokümanına aykırı sözleşme yapılması durumu, esas itibarıyla bir ihaleye konu edilmemiş hükümlerin idareyle istekli arasındaki sözleşmeye konu edilmesidir. Bu da yukarıda izah edildiği üzere söz konusu hükümler için idare açılmaması halinin bir uzantısı olarak düşünülebilir. Nitekim yine yukarıda belirttiğimiz 1995 tarihli Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararı da bu yaklaşımı desteklemektedir.

Ancak diğer iki halin aksine sözleşmenin belli hükümlerinin ihale dokümanına aykırı şartlar içermesi özellikli bir durum arz etmektedir. Şöyle ki, burada TBK m. 27/2 devreye girebilmektedir: *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”*. Eğer ihale dokümanına aykırı bir hüküm sözleşmeden ayrılabilir

¹⁸⁶ Yargıtay 13. HD, 1995/3082 E., 1995/3651 K., 11.4.1995 T. (Kazancı)

¹⁸⁷ Bkz Bölüm 4.1.1..

nitelikteyse, sözleşmenin tamamının butlanı (tam butlan) yerine yalnızca bu hükmün butlanı söz konusu olacaktır (kısmi butlan).

Tam ve kısmi butlanın yanı sıra, üçüncü bir ihtimalin varlığı da doktrinde kabul edilmektedir. *Kocayusufpaşaoğlu* tarafından detaylı olarak ortaya atılan bu yaklaşım, “değiştirilmiş kısmi butlan” adını alır. Buna göre geçersiz olan hükmün yerine bir yedek hüküm yerleştirilerek sözleşmenin geçerliliği korunmaktadır. Bu yöntemle batıl olan hüküm sözleşmenin esaslı noktalarından birini teşkil etse de sözleşme geçerliliğini koruyacaktır¹⁸⁸. Bu “değiştirilmiş kısmi butlan” yaklaşımının ihale dokümanına aykırı kamu ihale sözleşmesi hükümlerine uygulanması mümkün ve basit olacaktır. İhale dokümanına aykırı hüküm yerine ihale dokümanındaki hüküm uygulama alanı bulacaktır. Nitekim evvelden de belirtildiği üzere kamu ihale tip sözleşmelerinde ihale dokümanı sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak düzenlenmektedir.

4.2. İptal

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından değinilmesi gereken ikinci geçersizlik türü, iptaldir. Hukuki işlemin sakat doğması sonucunu ortaya çıkaran iptal kabiliyeti, evlenme ve ölüme bağlı tasarruflar bir tarafa bırakılırsa iki farklı durumda ortaya çıkmaktadır. Bunlar, ikisi de Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan irade sakatlığı halleri ve gabindir. Gabir, yani karşı tarafın zor durumu veya tecrübesizliğinden yaralanma hali kamu ihale sözleşmeleri bakımından doğması muhtemel bir durum değildir. Bu sebeple gabir kamu ihale sözleşmeleri açısından inceleme kapsamımızın dışındadır. Ancak irade sakatlıkları kamu ihale sözleşmeleri bakımından mümkündür, hatta özel olarak idarenin iptal hakkı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu sebeple bu kısımda önce Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer alan özellikli halin tahlili yapılacaktır, ardından Türk Borçlar Kanunu’ndaki irade sakatlığı hallerinin kamu ihale sözleşmelerinin iptali izah edilecektir.

4.2.1. KİSK m. 21 Uyarınca Sözleşmenin İptali

Kamu ihale mevzuatında idareye iptal hakkı tanıyan bir madde düzenlenmiştir. “Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih” kenar başlığıyla

¹⁸⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları İle İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul, 1996; karşı. Antalya, a.g.e., C.1, s. 125-126.

düzenlenen KİSK m. 21, her ne kadar fesih ifadesi kullanılmış olsa da sözleşmenin iptali halini düzenlemektedir:

“Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, 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,

hallerinde, 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 hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir”.

Maddenin ilk fıkrasından anlaşılacağı üzere sözleşme öncesinde Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunun sözleşmenin akdedilmesinden sonra fark edilmesi halinde sözleşmenin idare tarafından “feshedilmesi” mümkündür. Bu yasak fiil ve davranışlar KİK m. 17'de düzenlenmiştir:

“a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

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 halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.*

e) *11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak”.*

KİSK m. 21, sözleşme kurulmadan önce isteklinin birtakım davranışlarından dolayı “fesih” sonucunu öngörmektedir ve bu davranışlar için KİK m. 17’de belirtilmiş olan “yasak fiil ve davranışlara” atıfta bulunmaktadır. KİK m. 17’de yer alan “fesih” sebepleri de görüleceği önce ancak ihale aşamasında, henüz sözleşme kurulmadan önce gerçekleşebilecek işlemlerdir. Ancak sözleşme kurulmadan önce gerçekleşen davranışlar, “fesih” yaptırımının konusu olamaz. Benzer şekilde ani edimli sözleşmelerde fesih yerine sözleşmeden dönme hali de ancak sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen temerrüt halleri açısından söz konusu olabilir¹⁸⁹. Sözleşmeden önceki davranışlar sebebiyle söz konusu olan yaptırım ancak “iptal” olabilir. Bu şekilde bir terminolojik hata içerisine girilmiş olması ciddi bir hatadır, zira bu yaptırımlar hem şartları hem de sonuçlar bakımından önemli farklar içermektedir. Fesih ve dönme terimleri arasındaki farklar özellikle bir sonraki kısımda irdelenecektir. Ancak bu noktada da kısaca terimler arasındaki farklılara değinmek yararlı olacaktır: Fesih, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin geleceğe etkili olarak sona erdirilmesini ifade eder, buna mukabil dönme ise ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır. Fesih gibi temerrüt halinde¹⁹⁰ söz konusu olabilecek bir bozucu yenilik doğuran hak olsa da dönme yalnız geleceğe etkili değil, geçmişe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirecek ve ifa edilmiş edimlerin iadesine de sebep olacaktır. Fesih ve dönme arasındaki farklılara detaylı açıklamalar Bölüm 4.4’te verilmiştir.

İptal ise bütünüyle farklı olarak irade sakatlıkları halinde kullanılabilen bir haktır. Yine bir bozucu yenilik doğuran hak olarak kullanılan iptal hakkı sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sözleşmeyi geçersiz kılar, ancak dönmenin aksine sürekli borç

¹⁸⁹ Buz, *Dönme*, s. 79 vd.

¹⁹⁰ Fesih her zaman temerrüt veya ifa engeli halinde kullanılan bir hak değildir, olağanüstü fesih hali bu durumu karşılar. Olağan fesih halinde ise haklı nedene dayanmaksızın belirsiz süreli bir sözleşmenin belli bir süre içerisinde feshi söz konusu olmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Altınok Ormancı, *a.g.e.*, s. 90 vd.

ilişkilerinde de geçerli olacağı gibi bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi olması açısından da farklılık arz eder. Dönme ve fesih hallerinde geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusuysen iptal durumunda sözleşme baştan itibaren geçersizdir, yalnızca sözleşmeyi geçersiz kılma hakkının belli bir süre içerisinde kullanılması zorunludur.

Toparlanacak olursa, sözleşmeden önceki döneme ait vakıalar sebebiyle kullanılabilir olan bozucu yenilik doğurucu hak iptaldir. Kanun koyucu burada pratik sonuçları olan terminolojik bir hata yapmıştır. Türk kanunlaşma sürecinde bu hatanın tekrarlandığı da görülmüştür¹⁹¹. Bu sebeplerle KİSK m. 21’de düzenlenen yaptırımın iptal olarak algılanıp bu şekilde muamele görmesi gerekmektedir.

Nitekim KİSK m. 21’den atıfla KİK m. 17’de düzenlenen iptal sebepleri incelendiğinde bunların Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan irade sakatlıkları halleri ile örtüştüğünü ve bu sebeplerin irade sakatlıklarının özellikli hallerinden ibaret olduğunu söylemek mümkün olacaktır. KİSK m. 17/a uyarınca “*Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak*” hallerinde idare sözleşmeyi iptal edebilecektir, bu da TBK m. 36’da düzenlenen “aldatma” halini (e.BK m. 28 – Hile) halini karşılar. KİSK m. 17/a’da sayılan haller *numerus clausus* değildir, fıkra da sayılmayan ihaleye fesat karıştırmaya hallerinde de iptal hakkı söz konusu olacaktır. Bu sebeple evvela KİSK m. 17/b-c fıkralarına esasen gerek bulunmadığı belirtilmelidir. KİSK m. 17/a zaten bu iki fıkrayı da kapsamaktadır.

Bu görüşle uyumlu olarak, bilhassa rüşvet suçu bakımından aynı tespit yapılmıştır. Bir rüşvet anlaşmasının (ceza hukukunu ilgilendiren suç olgusunun yanı sıra) müeyyidesi ahlaka aykırılık sebebiyle butlandır, fakat bu butlan halinin hedef sözleşmeye etkisi ne olacaktır? Alman Hukukunun yaklaşımı sözleşmenin de batıl olmasıdır. Ancak Türk-İsviçre Hukukunda yukarıda belirtilen yaklaşımla tutarlı olarak rüşvet suçunun işlenmesi, kamu ihale sözleşmeleri için ancak bir iptal sebebi oluşturabilir¹⁹².

Hile ve tehdit hallerinden farklı olan bir husus KİSK m. 17/a’da düzenlenmiştir. Fıkraya göre ihaleye fesat karıştırmaya *teşebbüs etmek* dahi idarenin iptal hakkını

¹⁹¹ Buz, *Dönme*, s. 79 vd.; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 116 vd.

¹⁹² Muhammet Sarıkaya, “Hukuki İlişkinin Kurulması Sırasında Rüşvet Suçunun İşlenmesi”, *Leges Hukuk Dergisi*, 6(62), 2015, s. 82 vd.

doğurmaktadır. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nda hile sebebiyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için sözleşmenin teşebbüs aşamasında kalmasının yeterli olması hukuk mantığıyla uyumsuzdur. Eğer hileli davranış ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı yoksa zaten karşı tarafın sözleşme yapma iradesi sakatlanmamış olacaktır, yani bir irade sakatlığı meydana gelmeyecektir¹⁹³. *Buz*'a göre KİK m. 17'de yer alan davranışların teşebbüs aşamasında kalması halinde taraflar arasında ihale süreci esnasında oluşan güven ilişkisi ve dürüstlük kuralı sebebiyle idareye karşı davranışı bildirme yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Bu bildirim yükümlülüğüne uymama durumu iptal sebebi oluşturacak hileli davranış olacaktır¹⁹⁴.

KİSK m. 21 uyarınca idarenin iptal hakkı doğması halinde idarenin iptal etme zorunluluğu var mıdır? İptal bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan bu sorunun cevabı prensipte “hayır” olmalıdır, ancak KİSK m. 21, idare için bir düzen hükmü getirmektedir. Kamu ihale sözleşmesindeki taahhütlerin %80inin tamamlanması ve kamu yararı bulunması kaydıyla, belli şartlar halinde idarenin sözleşmeyi “feshetmemesi” (iptal etmemesi) ve sözleşmenin geçerli olarak devam etmesi mümkündür¹⁹⁵. Hükmün zıt anlamından şu sonuç çıkacaktır; KİSK m. 21'de sözleşmeyi devam ettirme yetkisi için gerekli şartların ortaya çıkmaması halinde idarenin sözleşmeyi iptal etmesi zorunluluğu ihtiva eden bir düzen hükmü ortaya çıkmaktadır. Bu hükmün ihlali halinde sözleşmenin kendiliğinden iptali gibi bir durum söz konusu olamaz. İptal bir bozucu yenilik doğuran hak olduğundan ancak tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması söz konusu olabilir¹⁹⁶. Kanun koyucunun “fesih” terimini hatalı bir şekilde kullanmadığı varsayılsa bile sonuç değişmeyecektir, fesih yine de tek taraflı bir irade beyanıyla sonuçlarını doğurur. Bu hüküm yalnızca idareye belli durumlarda iptal hakkını kullanmaya zorunlu kılan bir düzen hükmüdür.

Aynı tespit yine önemli hatalar barındıran KİSK m. 22 için de yapılabilecektir. KİSK m. 22 uyarınca iptal sebebi oluşturacak davranışların tespiti halinde idare 7 gün içerisinde “fesih” kararı verecek, bu kararı da 5 gün içerisinde karşı tarafa bildirecektir. Bu süreler, bilhassa TBK m. 39'da irade sakatlıkları bakımından öngörülen 1 yıllık hak düşürücü süre karşısında ancak düzen hükmü olarak algılanabilecektir. Eğer KİSK

¹⁹³ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.1, s. 113; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 461; Eren, *Borçlar*, s. 417-418; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **a.g.e.**, s. 447.

¹⁹⁴ *Buz*, *İhale*, s. 324.

¹⁹⁵ Bununla beraber istekli hakkında KİSK m. 26 uyarınca işlem yapılacağı hüküm altına alındığından sözleşme geçersiz kılındığında dahi istekli kamu ihale mevzuatının cezai müeyyidelerinden kurtulamayacaktır.

¹⁹⁶ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 281.

m. 22’de yer alan süreler hak düşürücü süre olarak kabul edilecek olursa kusuru olmadan hataya düşen idare TBK m. 39 hükmü gereği iptal hakkını 1 yıl içerisinde kullanabilecektir. Öte yandan karşı tarafın aldatması veya korkutması halinde idare (irade sakatlığına düşmede kusuru olsun veya olmasın) ancak 7 gün içerisinde iptal hakkını kullanabilecektir. Bunun kabul edilemez bir sonuç olduğu açıktır. Bu sebeple KİSK m. 22’deki sürelerin de idareye yönelik bir düzen hükmü olduğu söylenebilecektir¹⁹⁷.

KİSK m. 22’de dikkat çekici bir diğer durum yine ilk fıkrada yer almaktadır: “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 içinde yükleniciye bildirilir”. Fıkra hem KİSK m. 21’e aykırılığın tespiti halinde sözleşmenin “feshedilmiş sayılacağı”, yani kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Bunu takip eden 7 gün içerisinde idare tekrar bir “fesih” kararı alacaktır. Yani sözleşme KİSK m. 22 uyarınca aynı davranıştan dolayı iki defa geçersizlik yaptırımına uğramış olacaktır: Önce kendiliğinden bir “infisah” durumu, ardından idarenin sözleşmeye dair bir iptal kararı alması. Bu hükmün kanun koyucunun vahim bir hatası olduğunu söylemek yerinde olacaktır¹⁹⁸.

Hile ve tehdidin kamu ihale sözleşmeleri bakımından özel durumlarını oluşturan KİSK m. 21-22 hükümleri hakkında konumuz açısından yapılabilecek tespitler bundan ibarettir. Bunların yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde yer alan irade sakatlıkları sebebiyle de kamu ihale sözleşmelerinin iptali söz konusu olacaktır. Yukarıdaki durumların dışında kalan bu haller bir sonraki bölümde arz edilmektedir.

4.2.2. TBK m. 30 vd. Uyarınca Sözleşmenin İptali

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer alan özel hükmün yanı sıra kamu ihale sözleşmelerinin iptalinin Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uyarınca mümkün olacağına dair şüphe yoktur. Bu kamu ihale sözleşmelerinin Türk borçlar hukukunun genel ilkelerine tâbi olmalarının bir sonucu olduğu gibi, kamu ihale

¹⁹⁷ Buz, *İhale*, s. 345-346.

¹⁹⁸ Kanun koyucunun bu “özensiz” hareketi sert eleştirilere muhatap olmuştur. Bu büyük çelişkinin “tevil” edilmeye çalışılması sonucunda yukarıda izah ettiğimiz sonuca varılmaktadır; sözleşmenin infisah olmuş sayılması kabul edilemez bir sonuç doğurur. 7 günlük süre ise ancak bir düzen hükmü olarak kabulü mümkündür (detaylı açıklamalar için bkz. Buz, *İhale*, s. 343-346).

mevzuatında hüküm yer almaması halinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağını açıkça belirten KİSK m. 36'nın ve bu hüküm var olmasaydı dahi aynı istikamete götüren TMK m. 5'in de bir sonucudur. Türk Borçlar Kanunu'nun 5. Maddesi *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”* hükmünü ihtiva etmektedir. Şu halde KİSK m. 21 kapsamına girmeyen irade sakatlıkları TBK m. 30 vd. hükümleri uyarınca kamu ihale sözleşmelerinin iptal sebebi olacaktır. Ayrıca fark edilmiş olacaktır ki, kamu ihale mevzuatı yalnızca idarenin sözleşmeyi iptal edebileceği halleri düzenlemektedir. İsteklinin sözleşmeyi irade sakatlığı sebebiyle iptali, yalnızca Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olacaktır.

Genel olarak irade sakatlıklarının ve bunların barındırdığı tartışmaların ve sorunların ayrı bir çalışma konusu olacak kadar kapsamlı olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla bu bölümde izlenen sistematik, irade sakatlıkları konusunu kamu ihale sözleşmelerine değindiği ölçüde daraltmak olmuştur. Konunun sağlıklı bir biçimde izahatı için elzem olmadıkça irade sakatlıklarına genel olarak değinilmemiş, yalnızca kamu ihale sözleşmeleri bakımından farklılık arz ettikleri durumlar üzerinde özellikle durulmuştur.

Bu sebeple bu kısımda hile ve tehdit konularına detaylı olarak değinilmemektedir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından özellik arz eden hile ve tehdit halleri zaten KİSK m. 21 bakımından yapılan açıklamalarla sınırlıdır. Bunlara ise bir önceki kısımda değinilmiştir. Şu halde buradaki açıklamaların ana konusu kamu ihale sözleşmelerinin hata sebebiyle iptalidir.

TBK m. 30, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen kişinin sözleşmeyle bağlı olmayacağını hüküm altına almaktadır. Esaslı yanılma halinin ne olduğuna dair bir tanımlama yapmak yerine TBK m. 31, örneksene yoluyla bazı esaslı hata halleri saymıştır: kurulması istenen sözleşmeden başka bir sözleşme için irade beyanı (TBK m. 31/1), sözleşmenin konusu bakımından yanlış irade beyanı (TBK m. 31/2), sözleşmenin karşı tarafı bakımından hata (TBK m. 31/3), sözleşmenin karşı tarafının niteliklerine ilişkin yanlış irade beyanı (TBK m. 31/4) ve sözleşmenin miktarı bakımından önemli ölçüde yanlış bir irade beyanı (TBK m. 31/5). TBK m. 31/4'te düzenlenen “karşı tarafın niteliğinde hata” hali haricinde, maddede sayılan kalan dört hal beyanda hata olarak nitelendirilmektedir. Diğer bir deyişle bu haller, sözleşme

akdetmek isteyen tarafın gerçek iradesiyle beyan ettiği iradenin bir yanılmaya düşmesi sebebiyle uyumsuz olması halleridir¹⁹⁹.

Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş aşamasında uyulması gereken ihale sürecinin getirdiği sıkı şekil şartları, bu hata hallerinin bazılarını olanaksız kılmaktadır. İdare, belli bir sözleşme türü ve sözleşme konusu edim için ihale açmakta ve hem idare, hem de istekliler bu durumu bilerek ve sözleşme türüne göre özellik arz eden şartname ve tip sözleşmelere uygun olarak ihale sürecine katılmaktadır. Bu sebeple iki tarafın da hataya düşmesi pratik olarak pek mümkün değildir. Örneğin idarenin mal alım yerine hizmet alım sözleşmesi için ihale açması, ya da belli bir malın temini için ihale açmak isterken başka bir malın temini için ihale açması ve ihale sonuçlanıp sözleşme imzalanana kadar durumu fark etmemesi mümkün görünmemektedir. İstekli bakımından, idarenin açtığı ihalenin sonucunda imzalanacak sözleşmenin niteliği ve konusu hakkında yanılığa düşme imkânı şartname ve tip sözleşmelerin yayınlanması karşısında yaşanması güç bir durum olmakla beraber, bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararına sözleşmenin konusunda hata konu olmuştur²⁰⁰. Sözleşmenin karşı tarafı bakımından beyan hatası da pratikte pek mümkün değildir. İsteklinin, örneğin Et ve Süt Kurumu'nun ihalesine katılmak isteyip yanlışlıkla Dışişleri Bakanlığı'nın ihalesine katılması hayal dahi etmesi güç bir durumdur. İdare açısından da ekonomik olarak en avantajlı teklifi veren (A) kişisi yerine (B) kişisini bir yanılma sonucu sözleşmeye davet etmesi mümkün görünmemektedir.²⁰¹

Miktarda hata bakımından da aynı tespit geçerli olacaktır. İhale sürecinin amacı şeffaf bir biçimde idarenin ihtiyaç duyduğu belirli bir edimin ekonomik olarak en avantajlı teklif karşılığı yaptırmasıdır. Yani bütün ihale süreci, sözleşmeye konu

¹⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 393 vd.; Eren, s. 394 vd.; Oğuzman / Öz, *a.g.e.*, **C.1**, s. 94 vd.; ayrıca bu konuda detaylı bilgiler için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968; Seyfullah Edis, **Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 11 vd.

²⁰⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2014/50 E., 2014/59 K., 27.01.2014 T. (R.G. 12.03.2014 – 28939) – Kararda 2003Kkale33 numaralı rumuzlu plastik boru ihalesi yapılmış, bu ihaleye giren istekliye daha sonra 2013Kkale33 numaralı rumuzlu demir boru teslim edilmiştir. Kararın içeriğinde belirsiz olan bir durum vardır; ihale aşamasındaki malların rumuzuna ilişkin hatalı bilgi vakiasını takiben sözleşmenin nasıl imzalandığı karardan anlaşılmamaktadır. Şayet sözleşme plastik boru olarak imzalandıysa, yani taraf iradeleri plastik boru satışı için birleştiyse beyanda hata değil, kötü ifa (*aliud* teslim) söz konusu olacaktır. Öte yandan sözleşmede demir boruların numarası yazıldıysa istekli plastik borusu alma iradesiyle ihaleye girip beyanını demir boru biçiminde yapmıştır ki, burada geçerli ancak iptal edilebilir bir sözleşme mevcuttur. Kararın içeriğinden edindiğimiz izlenim budur, ancak açıkça belirtilmemiştir. Her halükarda, sözleşmeden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusudur ve Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yargıyı görevli bulması yönünde kararı kanaatimizce hatalıdır.

²⁰¹ Buz, *İhale*, s. 303 vd.

miktarların belirlenmesini amaçlar. Bunun yanı sıra ihale mevzuatı sözleşmenin miktarına ilişkin hataların önlenmesine ilişkin hükümler içerir. KİK m. 37 uyarınca tekliflere ilişkin aritmetik hataları düzeltilecek, KİK m. 38 uyarınca da aşırı düşük teklifler açıklığa kavuşturulacaktır. Zaten ihalede yapılan tekliften önemli ölçüde sapılması halinde ihale dokümanına aykırı sözleşme imzalanmış olduğundan dolayı emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle butlan yaptırımını gündeme gelecektir²⁰².

Yukarıda belirtilen durumlar, irade ile beyanın uyuşmadığı hallerde oluşan hata hallerini kapsamaktadır ve görüldüğü üzere kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulanması güç hallerdir. Öte yandan beyan ve iradenin uyuşmasına rağmen iradenin oluşması esnasında kişinin hataya düşmesi mümkündür, bu halde saik hatası söz konusu olacaktır²⁰³. Bunun yanı sıra, TBK m. 31/4'te yer alan nitelik hatası da saikte hata olarak kabul edilmektedir. Saikte hatanın tanımıyla uyumlu olarak, sözleşmenin karşı tarafının belli niteliklere sahip olduğu yanılığısıyla bu kişiyle sözleşme yapma iradesini beyan etmiş kişi, beyan hatasına değil saik hatasına düşmüş olacaktır²⁰⁴. Saik hatasının esaslı hata sayılacağı haller ise TBK m. 32'de düzenlenmiştir: *“Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir”*. Anlaşılacağı üzere irade ve beyanın uyuştugu ancak iradenin oluşması aşamasında hatanın gerçekleşmesi halinde sözleşmenin iptali için geçerli şartlar oluşmamış olacaktır. Saikte hatanın esaslı hata olabilmesi için TBK m. 32'de yer alan şartların gerçekleşmesi gerekir.

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek hata halleri saikte hata olabilecektir, saikte hatanın esaslı olması halinde (TBK m. 32'deki şartları taşıması halinde) hem idare, hem de istekli sözleşmeyi iptal edebilecektir. Esaslı hata sayılacak saikte hata bakımından kamu ihale sözleşmelerinin özellik arz edeceği bazı durumlar bulunmaktadır. Öncelikle nitelikte hata üzerinde durulacak olursa, TBK m. 31/4'te düzenlenmiş bulunan karşı tarafın niteliklerinde yanılmanın yanı sıra, kanunda sayılmamış olsa da edimin niteliğine ilişkin saikte hata da söz konusu olabilir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu durumun gerçekleşmesi mümkündür. Ancak bu durumun sözleşmenin iptaline sebebi olup olmadığı tartışmalıdır. Zira bilhassa mal

²⁰² A.g.e., s. 304.

²⁰³ Eren, *Borçlar*, s. 396 vd.

²⁰⁴ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 401.

alım satım veya eser sözleşmesi niteliğini taşıyacağından, bunlara konu edimlerin niteliğine ilişkin bir hata, aynı zamanda ayıba karşı tekeffül hükümlerini de çağrıştırabilecektir. Hata ve ayıba karşı tekeffülün yarışıp yarışmayacağı da yalnızca kamu ihale sözleşmeleri için değil, genel olarak satım sözleşmeleri ve eser sözleşmeleri bakımından da doktrinde tartışılmıştır. Burada akla gelecek olan norm TBK m. 60 hükmüdür. Haksız fiil sorumluluğu bağlamında birden fazla sorumluluk halinin yarışması halini öngören TBK m. 60 uyarınca kişinin sorumluluğunun birden fazla sebebe dayanabilmesi halinde, hakimin en iyi giderim imkanına veren sorumluluk sebebini uygulayacağını öngörmektedir²⁰⁵. Evvela bir tartışma meselesi TBK m. 60 hükmünün kapsamıdır. Haksız fiil sorumluluğu altında düzenlenen TBK m. 60, yalnızca tazminat talebi öngören hükümleri mi “yarıştıracaktır”, yoksa mevcut durumda olduğu gibi tazminat talepleriyle beraber yenilik doğuran hakların yarışması da mümkün müdür? Doktrin bu soruya olumlu cevap vermektedir.²⁰⁶ İsviçre Federal Mahkemesinin de benimsediği bu görüş, satım sözleşmeleri bakımından hata ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışabileceği ve birinden seçimlik olarak yararlanılabileceği kanaatinde. Ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerinin tercih edilmesine rağmen zararı giderilmeyen tarafın (bu durumda idarenin) sözleşmeyi iptal etme hakkı da bulunacaktır. Doktrinde bu tutum, hata ve ayıba karşı tekeffülün yarışabileceğini kabul ettikten sonra ikisinin birden ileri sürülebileceğini kabul etmenin yarışmayı pratikte anlamsız hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰⁷ Diğer bir görüş, ayıba karşı tekeffülün ancak geçerli bir sözleşme için söz konusu olabileceği ve bu yola başvurulmasının sözleşmenin geçerliliğine dair zımni icazet niteliğinde olacağını savunmaktadır. Bu görüş kabul edilecek olursa ayıba karşı tekeffül hükümlerine bir kere başvuran kişi, bir daha sözleşmeyi hata sebebiyle iptal edemeyecektir²⁰⁸.

²⁰⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204-205; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 156-157; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, Cilt: XXIX, Sayı: 2, Haziran 2013, s. 21 vd.

²⁰⁶ Eren, *Özel*, s. 156; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204-205; Antalya, **a.g.e.**, C.1, s. 29-31.

²⁰⁷ Buz, *Sorumluluk*, s. 26; ayrıca satım sözleşmesine özel olarak hata ve ayıba karşı tekeffülün yarışması ve bahsi geçen İsviçre Federal Mahkemesi kararının tahlili için Vedat Buz, “İrade Sakatlığı Nedeniyle Malul Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 293 vd.

²⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 414; Konu ayrıca hile bakımından da tartışılmıştır; bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006 s. 931-965.

İkinci özellik arz eden hal ise KİSK m. 17/b’de ortaya çıkmaktadır. Yüklenicinin sözleşmenin kurulmasından sonra iflas etmesi halinde sözleşmenin KİSK m. 22 uyarınca feshedileceğini²⁰⁹ öngören KİSK m. 17/b aynı zamanda TBK m. 98 (e. BK m. 82) ile yakın ilişki içerisindedir. TBK m. 98 uyarınca “*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*”. Esas itibariyle sözleşme kurulduktan sonra borçlunun ödeme güçlüğü içerisine düşmesi halini kapsadığından, bu maddeler fesih ve dönmeyi ilgilendiren durumlardır. Fakat bu iki hükmün sözleşmeden önce acze düşen borçlu bakımından uygulanabilirliği de tartışma konusudur.

Evvvela KİSK m. 17 ve TBK m. 98 arasındaki ilişkiye kısaca değinilecek olursa, KİSK m. 17/b’nin TBK m. 98’e nazaran bir özel hüküm niteliği taşıdığını söylemek yerinde olacaktır. Bu sebeple KİSK m. 17/b kapsamına girmeyen ödeme güçlüğü hallerinde TBK m. 98 hükmü kamu ihale sözleşmelerine de uygulanacaktır. İki madde pratikte bazı farklar ihtiva etmektedir; TBK m. 98 uygun sürede güvence isteme hakkı tanımakta ve bu güvencenin verilmemesi halinde sözleşmeden dönme (veya sürekli borç ilişkilerinde fesih) hakkı tanımaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin tarafının iflas etmesi halinde KİSK m. 17/b’deki özel hüküm devreye girecek ve sözleşme doğrudan feshedilebilecektir (veya sözleşmeden dönülebilecektir)²¹⁰.

İki maddenin ilişkisine dair bu kısa açıklamadan sonra, sözleşmeden önce ödeme güçlüğü veya iflasın gerçekleşmesi halinde bu maddeler uyarınca iptal hakkının doğup doğmadığı sorununa gelince; bu durumların sözleşme yapılan kişinin niteliğine dair bir hata olduğundan dolayı esaslı saik hatası (temel hatası) olduğu kabul edilmelidir²¹¹. KİK m. 10 uyarınca ifa güçlüğü içerisinde bulunan kişilerin ihale dışı bırakılacağı hükmü dolayısıyla hem idare bakımından ifa güçlüğüne esaslı olduğuna işaret

²⁰⁹ KİSK m. 22’nin eleştirisi için bkz. Bölüm 4.2.1. Bu eleştirilerin KİSK m. 17 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi usulü açısından da geçerli olacağı kuşkusuzdur.

²¹⁰ “Fesih” ve “dönme” kavramlarının istikrarlı olarak Türk hukukunda hatalı kullanıldığına her ne kadar detaylı olarak değinilecek olsa da, kısaca feshin sürekli borç ilişkilerinde, dönmeyin ise ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olabileceği ve sonuçlarının pratik olarak farklılık arz ettiğini burada belirtmeyi faydalı görmekteyiz. Aynı tespit kamu ihale sözleşmeleri yönünden da yapılmıştır, bkz. Demirboğa, **a.g.e.**, s. 124.

²¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 403.

etmektedir, hem de istekliler bakımından ihale aşamasında ifa güçlüğü içerisinde olduğunu bildirme zorunluluğunu da doğurmaktadır. Bu bildirim yükümlülüğüne uyulmamasının sonucunda idarenin hile sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi söz konusu olacaktır.²¹² TBK m. 98'in uygulama alanının sözleşme öncesindeki ödeme güçlüğü hallerine genişletilmesi de tartışmalı olmakla beraber kabul görmektedir²¹³. Ancak pratik anlamda şu şerh de düşünülmelidir; kamu ihale sürecinde istekliler ihaleye katılma şartlarını sağladıklarına dair detaylı bilgi ve belgeleri ihaleyi açan idareye sunduğundan dolayı ödeme güçlüğü ve özellikle iflasın idare tarafından fark edilmemesi de çok güç olacaktır.

Son bir nokta, hataya kendi kusuruyla düşen tarafın sözleşmeyi iptal edebilmesindedir. Kendi kusuruyla hataya düşen taraf, sözleşmeyi yine de iptal edebilecektir. Ancak TBK m. 35 uyarınca *“Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir”*. Bu hüküm bilhassa Bölüm 5'te incelenecek tazminat talepleri bakımından önem taşımaktadır.

Sonuç itibariyle, dayanağını TBK'dan alan irade bozukluklarının (irade sakatlıkları) kamu ihale sözleşmelerinin iptaline sebep olabileceğini söylenebilecektir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından bazı durumlar özellik arz edecek ve sözleşmenin iptaline sebep olacak olsa da, uygun düştüğü ve mümkün olduğu ölçüde TBK m. 30 vd. hükümleri de kamu ihale sözleşmelerine uygulanacaktır. Yine de, kamu ihale mevzuatı özel birtakım durumlar için iptal müeyyidesini öngörürken kanun yapım tekniği ve doğru terminoloji bakımından titiz davranmamıştır. Uygulamada meydana gelecek sorunlar açısından bu mevzuat hükümleri yeniden düzenlenmeye muhtaçtır.

4.3. Fesih ve Dönme

Kamu ihale sözleşmelerinin ifa dışı sona ermesinde irdelenecek son husus, sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshidir. Tıpkı butlan ve iptal sebeplerinde olduğu gibi, kamu ihale mevzuatı, kamu ihale sözleşmelerine özel fesih sebepleri getirmektedir. Bunlar, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde alacaklıya sözleşmeden dönme (TBK m. 125) veya sözleşmeyi feshetme (TBK m. 126) hakkını

²¹² Buz, *İhale*, s. 311.

²¹³ A.g.e., s. 309; karşı. von Tuhr / Peter, a.g.e., s. 311.

tanıyan hükümlere ek olarak uygulama alanı bulacaklardır. Ancak yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere, kanun koyucu hatalı bir yaklaşımla “sözleşmeden dönme” hakkını ve fesihden farklı uygulama alanını gözetmeden sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuran tüm bozucu yenilik doğuran hakları²¹⁴ fesih olarak gruplamıştır. Dolayısıyla evvela bu iki terim arasındaki farkların irdelenmesi, uygulama alanları ve sonuçları üzerinde durularak TBK m.125 ve 126’nın kamu ihale sözleşmelerine uygulama alanının saptanması gerekmektedir. Ardından kamu ihale mevzuatının öngördüğü özel “fesih” sebepleri incelenecektir. Terminolojik kargaşayı ortadan kaldırmak amacıyla hem fesih, hem de dönmeyi kapsayacak ifade olarak “sona erdirme” ifadesinin bu çalışmada kullanıldığını hatırlatmakta fayda vardır.

4.3.1. Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Kamu ihale sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu uyarınca sona erdirilmesinin izahında izlenecek sistematik şu şekildedir: Evvela fesih ve dönme kavramlarının farkları incelenecektir. Ardından, feshin söz konusu olabilmesi için bulunması gereken sürekli borç ilişkisi kavramı kısaca irdelenecek ve kamu ihale sözleşmelerinin akit tipolojisi bakımından farklı alt türlerinin sürekli borç ilişkisi teşkil edip etmediğinden bahsedilecektir. Bu açıklamalar ışığında kamu ihale sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uyarınca sona ermesinin şartları ve sınırlı ölçüde sonuçları²¹⁵ üzerinde durulacaktır.

4.3.1.1. Fesih ve Dönme Kavramları ve Farkları

Önceden kısaca değinildiği üzere fesih ve dönme kavramları birbirlerine çok benzer bağlamlarda kullanılsa da esas itibarıyla hem mümkün oldukları haller bakımından hem birbirlerini dışlayan, hem de birbirlerinden farklı sonuçlar doğuran iki kavramdır. Şöyle ki; hem fesih hem de dönme temelde bir sözleşmenin tek taraflı irade beyanı ile taraflardan biri tarafından sona erdirilmesi sonucunu doğurur. Bu anlamda fesih ve dönme birer bozucu yenilik doğuran haktır. Kullanılması için karşı tarafın onay veya icazeti aranmaz, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır ve sonucunda bir hukuki ilişkiyi sona erdirir.

²¹⁴ Dönme ve feshin birer bozucu yenilik doğuran hak olduğuna dair hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 302 vd., s. 330 vd.; Buz, *Dönme*, s. 71 vd., s. 79 vd.; Altınok Ormancı, *a.g.e.*, s. 90 vd.

²¹⁵ Sözleşmelerin geçersizliği ve sona erdirilmesinin sonuçları arasında çok önemli bir yer işgal eden tasfiye meselesi kamu ihale sözleşmeleri bakımından da sorunlu bazı meselelere gebe olduğundan Bölüm 4.4’te ayrıca inceleme konusu edilmiştir.

Aralarındaki farklılıklara gelince, fesih hakkı TBK m. 126'nın lafzından anlaşılacağı üzere yalnızca sürekli borç ilişkileri bakımından mümkündür ve sonucu itibarıyla sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirir. Fesihten önce sözleşme kapsamında ifa edilen edimler kural olarak fesihten etkilenmez, geçerlilikleri korunur ve taraflar bu edimlerin iadesini talep edemez²¹⁶. Fesih hem tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hem de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kullanılabilen bir haktır.

Kanun koyucu ayrıca fesih kavramını ikiye ayırmaktadır: Süreli fesih ve süresiz fesih. Olağan fesih ve olağanüstü fesih isimlerini de alan bu terimler şu şekilde ayrılır. Herhangi bir temerrüt hali, sözleşmeye aykırılık veya sair bir haklı sebep olmasa dahi sonu belirlenmemiş bir sürekli borç ilişkisinin (belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi) taraflarının sözleşmeyi sebebe dayanmadan feshetme imkânına sahip olmalıdır. Zira bir kişinin sonsuza kadar bir sözleşmeyle bağlı tutulması kabul edilemez bir durum olduğu gibi TMK m. 23 uyarınca kişilik hakkına da aykırıdır²¹⁷. Bu sebeple belirsiz süreli sürekli borç ilişkisinin tarafları hiçbir sebebe dayanmadan belli sürelerle riayet ederek sözleşmeyi feshetme hakkına daima sahiptir. Taraflara süresiz bir borç ilişkisinin süresini sınırlayarak yeni edim borçlarının doğmasını engelleme hakkını tanıyan bu fesih hakkı "olağan fesih" adını alır²¹⁸. Olağan fesih kanunda veya sözleşmede yer almasa dahi tarafların sahip olduğu bir hak olsa da²¹⁹ bazı sözleşme tipleri bakımından öngörülmüştür. Örneğin TBK m. 329 uyarınca bir taşınmazın veya taşınır yapının kira sözleşmesini taraflar altı aylık kira dönemlerinin sonunda üç aylık fesih süresine uyararak feshedebilir.

Olağanüstü fesih hali ise fesih hakkını kullanan taraf için sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeyi derhal feshetme imkânını tanıyarak, ancak olağan feshin aksine olağanüstü feshin haklı bir sebebe dayanması şarttır. "*Başka bir ifadeyle olağanüstü fesih, sürekli borç ilişkisinin devamını engelleyen sebeplerin ortaya çıkması halinde, sözleşmeyi vaktinden önce ileriye etkili olarak sona erdirmeye yarayan bir imkândır*"²²⁰.

²¹⁶İstisnai olarak sözleşmenin feshedilmesi sonucunda bazı iade yükümlülükleri ortaya çıkabilir (ör. kiralanın malın iadesi), ancak bu sözleşmenin fesih sebebiyle geçmişe etkili olarak sona erdiği anlamına gelmez. Zira bu iade yükümlülükleri, sözleşme tam olarak ifa edilmiş olsaydı da ortaya çıkacak iade yükümlülükleridir ve feshin sonucu olmaktan ziyade fesih üzerine sözleşmenin sona ermesi sebebiyle muaccel hale gelen borçlardır. Bkz. Buz, *Dönme*, s. 83.

²¹⁷ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 90-92.

²¹⁸ **A.g.e.**; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 111 vd.

²¹⁹ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 91; karşı. Seliçi, **a.g.e.**, s. 133.

²²⁰ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 94.

Dönme ise sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olamaz ve ani edimli borç doğuran sözleşmelerde taraflara tanınan bir bozucu yenilik doğuran haktır. Yine feshin aksine dönme hakkının kullanılabilmesi için TBK m. 125 uyarınca sözleşmenin taraflara karşılıklı borç yüklemesi gerekmektedir. Ayrıca dönme, sözleşmeyi yalnızca ileriye etkili değil, aynı zamanda geçmişe etkili olarak da sona erdirir. Dönme, olağan ve olağanüstü ayırımına tâbi tutulmaz ve nev'i gereği daima olağanüstü bir haktır²²¹. Dönmenin sonucu olarak sözleşmenin tasfiye edilerek tarafların birbirine ifa ettiği edimlerin iadesi gerekmektedir. Tasfiye konusuna ve bilhassa kamu ihale sözleşmeleri özelinde getirdiği meselelere Bölüm 4.5'te değinilecektir.

Fesih ve dönmenin özellikleri açısından değinilmesi gereken son nokta, sözleşmede öngörülebilirlik özelliğidir. Bir sözleşmeyi feshetme veya sözleşmeden dönme hakkı kanunun yanı sıra sözleşmeyle de tanınabilecektir. Öte yandan iptal ve butlan gibi geçersizlik halleri, ancak kanunla tanınabilir²²².

Fesih ve dönmenin kullanılabilmesi hallerin ani edimli borç ilişkisi – sürekli borç ilişkisi ayırımında ortaya çıktığı yukarıda belirtilmişti. Bu sebeple “sürekli borç ilişkisi” kavramı üzerinde durulmalıdır.

4.3.1.2. Sürekli Borç İlişkisi Kavramı ve Bazı Sözleşme Türleri Açısından Değerlendirilmesi

Sürekli borç ilişkisi, borç ilişkisinin konusu olan ifa faaliyetlerinin belli bir zamana yayıldığı borç ilişkisi olarak tanımlanmıştır²²³. Bu tanım bir miktar açılmaya muhtaçtır. Öncelikle zamana yayılması aranan ifa faaliyetlerinin asli edim yükümlülüğü olması gerekmektedir, söz konusu asli edim yükümlülüğü de sözleşmenin karakteristik edim borcu olmalıdır. Bir örnekle somutlaştırılacak olursa, bir satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümlülüğü satışa konu malın mülkiyetini devretmektedir. Bunun yanı sıra ortaya çıkacak yan edim yükümlülüklerinin (malı paketleme gibi) zamana yayılması borç ilişkisini sürekli kılmadığı gibi, alıcının satıma konu malın bedelini ödemesinin zamana yayılması da sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi haline getirmez. “Zamana yayılma”, veya “süreklilik” kıstasının sağlanabilmesi doktrinde tartışma konusu olmakla birlikte, hem alacaklı hem de borçlunun sözleşmeden kaynaklı menfaati arasında dengesizlik yaratılmaması açısından şu

²²¹ Buz, *Dönme*, s. 84.

²²² **A.g.e.**, s. 88.

²²³ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 7; Seliçi, **a.g.e.**, s. 4.

çözüm kabul edilmektedir: Sözleşmeye rengini veren karakteristik edimin kapsamı zaman faktöründen bağımsız olarak tanımlanamıyorsa, bir sürekli borç ilişkisi söz konusudur. Yani diğer bir deyişle, karakteristik edimin tam kapsamı ancak zaman faktörünün eklenmesiyle tanımlanabiliyorsa sürekli borç ilişkisinden bahsedilecektir²²⁴. Yine bir örnek gösterilecek olursa, eser sözleşmesinin asli edim yükümlülüklerinden biri eseri meydana getirmek, ardından mülkiyetini karşı tarafa devretmektir. Eserin hazırlanması bir süreye yayılacak olsa da karakteristik edimin kapsamının belirlenmesinde bu süre etkisizdir. Baştan itibaren karakteristik edim borcunun kapsamı bellidir, eseri hazırlayıp belli bir tarihte alıcıya devretmek.

Bu doğrultuda sözleşmeler zamanla ilişkilerine göre sınıflandırıldığında yine ortaya farklı sınıflandırma yaklaşımları çıkmaktadır. Bunların en tipik olan “klasik sınıflandırmada”, üçlü bir sınıflandırmaya gidilmektedir: “Ani edimli sözleşmelerden doğan borç ilişkileri”, “sürekli edimli sözleşmelerden doğan borç ilişkileri” ve “dönemli edimli sözleşmelerden doğan borç ilişkileri”. Üçüncü sınıflandırmada karakteristik edimin ifası sürekli borç ilişkisi gibi zamana yayılmaktadır, ancak aralıklı olarak tekrarlanan ifa hareketleri söz konusudur ve ifanın art arda tekrarlanması asli unsur olduğu gibi birbirinden bağımsız edimler ifa ediliyor olmalıdır. Örnek olarak dergi abonmanlığı gösterilebilir, karakteristik edim borcu her ay bir derginin alıcıya teslim edilmesidir. Tek bir edimin kısım kısım ifası, art arda edimli sözleşme doğurmaz.

Bu sınıflandırma doktrinde yetersiz görülmüştür²²⁵ ve *Altınok Ormancı* tarafından farklı bir sınıflandırma önerisi ortaya konmuştur²²⁶. Zamanla olan ilişkileri bakımından sözleşmelerin sınıflandırması açısından kanımızca da en sağlıklı olan bu yaklaşım, şu şekilde ayrıma gitmektedir:

²²⁴ Altınok, **a.g.e.**, s. 7 vd.

²²⁵ Bu yetersizliğe bir örnek olarak şu gösterilmiştir: Bu sınıflandırmanın takip edilmesi halinde satım sözleşmesi ve eser sözleşmesi, edimin ifasının zamana yayılması açısından büyük farklar ihtiva etmelerine rağmen aynı sınıflandırmaya girecektir. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 22.

²²⁶ *Venturi ve Zen-Ruffinen* tarafından ortaya konulan sınıflandırmaya çeşitli değişiklik önerileriyle ilk defa *Altınok Ormancı* tarafından öne sürülen bu tasnif, pek tabiidir ki bu çalışmada yapılan özet niteliğinde açıklamalardan ibaret değildir. Tasnifi ana hatlarıyla yapan bu çalışmanın kapsamı dışında, sürekli borç ilişkisi kriterinin ortaya konması bakımından geniş kapsamlı ve detaylı bir inceleme söz konusudur. Detaylı açıklamalar için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 27 vd.

a. **Ani Edimli Sözleşmeler:** Yukarıdaki sınıflandırmayla benzer şekilde tek edimin söz konusu olduğu ve tek bir ifa hareketiyle ifa edildiği hallerde ani edimli sözleşme söz konusu olur²²⁷.

b. **Diğer Sözleşmeler**

ba. **Geniş Anlamda Sürekli Borç İlişkileri**

i. **Dar anlamda sürekli borç ilişkileri:** Karakteristik edim bu sözleşmelerde tektir ancak kapsamının belirlenmesi, yani edimin azlığı veya çokluğu ifanın yayıldığı zamana göre belirlenmektedir²²⁸.

ii. **Art arda ifalı sözleşmelerden doğan borç ilişkileri:** Bu sözleşme türünde edim çeşitli (düzenli veya düzensiz) aralıklarla ifa edilmektedir. Birden fazla edim söz konusu olduğundan dolayı dar anlamda sürekli borç ilişkisi söz konusu olmaz. Ancak art arda ifalı sözleşmeler ile kısım kısım ifa edilen bir ani edimli sözleşme farkının ayırt edilebilmesidir. Burada alacaklının edimin ifasındaki menfaati dikkate alınacaktır. Alacaklının menfaati, kendi ihtiyacı doğrultusunda edimin belli aralıklarla ifa edilmesi yönünde ise art arda ifalı sözleşme söz konusu olacaktır²²⁹. Art arda ifalı sözleşmelerde sona erdirmenin fesih sonucu doğuracağı ve haklı sebeple feshin kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.²³⁰

bb. **Sürekli Borç İlişkisi Benzeri Sözleşmeler:** Bu son halde ise “*borcun konusunu oluşturan edimin ifası zaman sürecine yayılmakla beraber, tüm edimin kapsamının belirlenmesinde zaman faktörü etkili değildir*”²³¹. Burada ani edimli sözleşmeler gibi edimin kapsamını belirlerken zaman faktörü etkili değildir, ancak zaman yayılma özelliği yabana atılmadığından ayrı bir sınıflandırmaya dahildir. Bunun örneği olan eser sözleşmesine ve sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşmelerde feshin mümkün olup olmadığına bu bağlamda aşağıda değinilecektir. Sürekli sözleşme

²²⁷ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 27 vd.

²²⁸ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 27 vd.

²²⁹ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 27 vd.

²³⁰ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 123-125.

²³¹ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 123-125.

benzeri borç ilişkilerinde sürekli borç ilişkilerine özgü ilkeler uygun düştüğü ölçüde uygulanır²³².

Bu sınıflandırma doğrultusunda dört farklı sözleşmenin ani edimli sözleşme - sürekli borç ilişkisi ayırımındaki yerlerini izah etmekte fayda görüyoruz. Bilhassa bu dört sözleşme türünün üzerinde durulmasının sebebi, kamu ihale sözleşmelerinin akit tipolojisi içerisinde yeri olan sözleşmelerin konumuz bakımından tespitinin önemidir.

Satım Sözleşmesi: Satım sözleşmeleri kural olarak ani edimli bir borç ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Karakteristik edim, yani satıma konu eşyanın mülkiyetinin devri tek seferde ifa edilmektedir ve ifanın kapsamını belirlemede zaman önem taşımaz. Yukarıda da belirtildiği gibi ifanın vadeye bağlanması veya ifanın kısım kısım gerçekleşmesi de sözleşmenin ani edimli niteliğini değiştirmemektedir²³³.

Art arda teslimli satım sözleşmeleri ise geniş anlamda sürekli borç ilişkisi niteliğindedir. Tek bir edim söz konusu olmadığından dar anlamda sürekli borç ilişkisi kapsamına girmese de edimin kapsamı ya baştan belli olmadığından ya da baştan belli olsa dahi alacaklının belirli bir süre boyunca ihtiyaçlarını karşılama menfaati mevcut olduğundan geniş anlamda sürekli borç ilişkisinden bahsedilecektir. Öte yandan elektrik satım sözleşmesi²³⁴ gibi sözleşmeler de istisnai nitelikler taşıyacaktır. Karakteristik edim basit bir teslim borcundan öte, alıcının ihtiyaçlarını karşılamak için her an ifaya hazır olma durumunu içerir. Bu sebeple bu tür sözleşmeler dar anlamda sürekli borç ilişkisi niteliğinde olacaklardır²³⁵.

Yukarıda arz edilen istisnai haller kapsamına girebilecek kamu ihale sözleşmeleri doğal olarak mümkün olsa da, idarelerin Kamu İhale Kanunu uyarınca yaptığı mal alım ihaleleri sonucu imzaladıkları mal alım sözleşmeleri (şayet eser sözleşmesi kapsamına girmiyorsa) tipik olarak belirli bir vadeye bağlanmış ani edimli satım sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler bakımından fesih değil, dönme mümkün olacaktır.

Eser Sözleşmesi: Kamu ihale sözleşmelerinde bazı mal alım sözleşmeleri, bazı hizmet alım sözleşmeleri ve yapım işleri sözleşmeleri eser sözleşmesi niteliğini haiz olduklarından, eser sözleşmesine ilişkin tartışmalar kamu ihale sözleşmeleri

²³² **A.g.e.**, s. 32.

²³³ **A.g.e.**, s. 33-34.

²³⁴ TMK m. 762 uyarınca edinmeye elverişli doğal güçler taşınır mülkiyetine tâbi olduğundan elektrik enerjisinin satışına dair bir sözleşme, taşınır satımı sözleşmesi niteliğindedir.

²³⁵ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 33-34.

bakımından geniş uygulama alanı bulacaktır. Eser sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi olup olmadığı tartışmalı olduğu gibi bu sözleşmelerin haklı sebeple feshe konu olup olmadığı da tartışmalı bir durumdur. Doktrinde eser sözleşmesini ani edimli olarak nitelendiren görüşler mevcuttur. Bu yaklaşıma göre müteahhidin eser sözleşmesinden doğan edimi ifa kapsamına eserin hazırlanması için geçen süre etkisizdir. Eser sözleşmesini ani edimli sözleşme kabul eden bu görüş zorunlu olarak eseri hazırlarken belli bir zaman harcayan müteahhidi korumak için özel düzenlemelerin getirildiğini belirtmektedir²³⁶. Aksi yönde bir azınlık görüş ise müteahhidin eseri hazırlama süresine önem atfederek eser sözleşmesini sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir²³⁷.

Eser sözleşmesinin nevi şahsına münhasır yapısına daha uygun bir karma görüş ise eser sözleşmelerini sürekli borç ilişkisi benzeri sözleşme olarak nitelendirmektedir²³⁸. Bu şekilde kapsamının belirlenmesinde zamanın etkisi olmayan tek bir edimin varlığıyla beraber zamana yayılan bir eser hazırlama faaliyeti beraber gözetilebildiği gibi, değişen şartlar sebebiyle uyarılma gibi sürekli borç ilişkilerine mahsus bazı kurumların eser sözleşmesinde uygulama alanı bulması gerekelendirilmiş olacaktır²³⁹. Karma görüşü savunan yazarlar bu doğrultuda Yargıtay'ın 1984 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararına işaret etmektedirler. Karara göre *"İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir"*²⁴⁰.

Türk Borçlar Kanunu sistematığının bu karma yaklaşımı benimsediği de söylenebilir. TBK m. 480 ve 482 belli şartlar altında iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanıdığı gibi TBK m. 484 uyarınca iş sahibine tazminat karşılığı serbest fesih

²³⁶ Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 75; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı, 1989, s. 21.

²³⁷ Gautschi (Naklen: Öz, *Eser*, s. 16).

²³⁸ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 41 vd.; Pierre Tercier / Pascal G. Favre, **Les Contrats Speciaux**, Zürich, Schultess, 2009, s. 630 vd.; Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 334. Venturi / Zen – Ruffinen (Naklen: Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 42)

²³⁹ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 42.

²⁴⁰ Yargıtay İBK, 1983/3 E., 1984/1 K. 25.01.1984 T. (Kazancı).

hakkı da tanınmıştır. Serbestçe eser sözleşmesini feshetme yetkisine sahip bulunan iş sahibi evleviyetle sözleşmeyi haklı sebeple de feshedebilir, bu halde tazminat ödemekle de yükümlü olmamalıdır²⁴¹.

TBK m. 125 ve 126'nın eser sözleşmelerine uygulanması meselesine gelince, bu çalışmada benimsenen görüşe göre eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi olmadığından dolayı sözleşmenin yukarıda iş sahibine tanınan istisnai hak haricinde haklı sebeple feshi mümkün değildir²⁴². Taraflardan herhangi birinin temerrüdü halinde genel hükümler tahtında karşı taraf sözleşmeden dönebilecektir. Ancak doğal olarak durum tartışmalıdır. Yukarıda zikredilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da kural olarak ani edimli sözleşme olarak kabul edilen eser sözleşmeleri bakımından sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirileceğini tespit etse de buna önemli bir istisna getirmektedir. Dürüstlük kuralı ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde dönme mümkün olmamalı, ancak fesih hakkı kullanılarak sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilebilmelidir²⁴³. Nitekim TBK m. 480 ve 482'ye yeni Türk Borçlar Kanunu ile dahil edilen hükümler Yargıtay'ın bu yaklaşımına uygun olarak dürüstlük kuralı dahil olmak üzere belli durumlarda dönme hakkı değil, ancak fesih hakkının kullanılabilmesini öngörmektedir.

Vekâlet Sözleşmesi: Vekâlet sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi olarak muamele görüp göremeyeceği hususu da tartışmalara yol açmış ve çeşitli farklı görüşlere mahal vermiştir²⁴⁴. Bu bölümde takip edilen sınıflandırma uyarınca, durum vekâlet sözleşmesinin ediminin kapsamına göre değişmektedir. Vekâlet sözleşmelerinde karakteristik edim borcu vekilin vekâlet veren adına bir iş görme borcudur, ancak bu borç her durumda yeknesaklık göstermemektedir²⁴⁵. Şayet vekil bir süre boyunca belli bir işi yürütüyor veya belli bir faaliyet yürütüyorsa dar anlamda bir sürekli borç ilişkisinin söz konusu olduğuna dair hiçbir şüphe yoktur. Öte yandan vekil, müvekkilin istediği belli bir amacın gerçekleşmesi için de iş görme borcu altına girmiş olabilir. Her ne kadar vekâlet sözleşmesinde belli bir sonuca ulaşma taahhüdü olmasa da belli bir sonuca ulaşma amacıyla iş görme borcunun ifası, müvekkilin istediği sonuçla veya bu sonuca ulaşılmasının mümkün olmadığı anlaşılmasıyla sona erecektir. Bu

²⁴¹ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 128-129.

²⁴² **A.g.e.**

²⁴³ Yargıtay İBK, 1983/3 E., 1984/1 K. 25.01.1984 T. (Kazancı).

²⁴⁴ Söz konusu farklı görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 47 vd. Ayrıca eser ve vekalet sözleşmelerinin sona erme rejiminin kamu ihale sözleşmeleri için bkz. Bölüm 4.3.1.3.

²⁴⁵ Aral / Ayrancı, **a.g.e.**, s. 407-411; Yavuz / Acar / Özen, **a.g.e.**, 601 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri.*, s. 355 vd.

durumda ifa hareketleri zamana yayıldığından ani edimli bir sözleşmeden bahsedilemeyecektir, ancak her bir ifa hareketi borcu sona erdirmeye işlevi de görmez. İfa, sonucun gerçekleşmesiyle tamamlanır. Bu hallerde sürekli borç ilişkisi benzeri bir sözleşme ortaya çıkar. Hatta müvekkilin istediği sonuç tek bir ifa hareketiyle elde edilebiliyorsa ani edimli borç ilişkisinden bahsedilebilir.

Bu doğrultuda vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesiyle ilgili yaklaşım, somut olayın durumuna göre dönme²⁴⁶ veya fesih yaptırımının uygulanması şeklinde olacaktır. Ancak vekâlet sözleşmelerinde TBK m. 125 ve 126 uyarınca haklı sebebe dayanılmasına gerek bulunmamaktadır. TBK m. 512 uyarınca “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Evvela kanun koyucunun vekâlet sözleşmelerinin somut olayda değişen niteliğini gözeterek “dönme” veya “fesih” değil, sona erdirmeye ifadesini kullandığını belirtmekte fayda vardır. Vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesi için haklı sebebe dayanılmasına gerek yoktur, iki taraf da serbestçe vekâlet sözleşmesini sona erdirebilir. Kanun koyucunun bu tercihi, vekâlet sözleşmesinin bir güven ilişkisine dayanmasının bir sonucudur²⁴⁷. Ancak haklı sebebin vekâlet sözleşmelerinin sona erdirilmesi açısından yine de bütünüyle önemini kaybettiği söylenemez. Uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın tazminat sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Eğer vekâlet sözleşmesi haklı sebeple sona erdiriliyorsa sözleşmenin uygun zamanda sona erdirildiğine dair şüphe bulunmayacaktır²⁴⁸.

Çerçeve Sözleşme: Kamu ihale mevzuatında yer alan yasal şartların varlığı halinde imzalanabilecek olan çerçeve sözleşmenin hukuki niteliği tartışma konusudur. Hakim görüş, çerçeve sözleşmenin ileride sayısı ve zamanı belli olmayan münferit sözleşmelere uygulanacak ortak hükümleri düzenlemesinden yola çıkarak çerçeve sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi olarak değerlendirmektedir²⁴⁹. Aksi görüş ise çerçeve sözleşmenin münferit sözleşme yapma yükümlülüğünü ortaya çıkarmamasına

²⁴⁶ Ani edimli sözleşmelerde dönmenin mümkün olabilmesi için iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin varlığı şart olduğundan dolayı vekile ücret kararlaştırılmadığı hallerde bu şartın sağlanıp sağlanmadığı bir tereddüt konusu olabilir. Ancak vekalet sözleşmesinde vekilin yaptığı masrafları müvekkilden talep etme gibi hakları mevcut olduğundan eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur ki, bu sözleşmelerde de dönme mümkün olacaktır. Bkz. Buz, *Dönme*, s. 97-98; Türker Yalçınduran, **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, Yetkin Yayınları, 2004, s. 45 vd.

²⁴⁷ Suat Sarı, **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 69 vd.; Yargıtay HGK, 2010/13-571 E., 2010/550 K., 3.11.2010 T. (Kazancı)

²⁴⁸ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 56.

²⁴⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 817; Buz, *İhale*, s. 239.

odaklanmaktadır²⁵⁰. Bundan yola çıkarak, ileride münferit sözleşmeler yapılmadıkça çerçeve sözleşmeyi ifa yükümlülüğü doğmadığından sürekli borç ilişkisi kavramının gündeme gelmeyeceği savunulmuştur²⁵¹. Ancak çerçeve sözleşmesinin asli edim yükümlülüğü düşünüldüğünde bu görüşe katılmak mümkün olmayacaktır. Tarafların çerçeve sözleşmesi kapsamında yükümlülüğü, münferit sözleşmeler imzalanırken çerçeve sözleşmenin “çizdiği çerçevenin” hükümlerine riayet etme borcudur. Bu borç da her münferit sözleşme imzalandığında tarafları bağlayıcı biçimde ortaya çıktığından²⁵², edimin kapsamı ancak zamana bağlı olarak belirlenebildiği gibi sözleşmenin imzalandığı anda edimin kapsamı da belli değildir. Dolayısıyla çerçeve sözleşmeyi art arda ifalı sözleşme olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu doğrultuda da çerçeve sözleşmeler bakımından uygulanacak olan sona erdirme halinin de ileriye etkili fesih olduğunu kabul etmek gerekecektir. Diğer yandan, çerçeve sözleşmenin feshedilmesinin pratik olarak pek anlam ifade etmeyeceğini kabul etmek gerekecektir. Çerçeve sözleşme, münferit sözleşmelerin tâbi olacağı genel şartları belirlediğinden dolayı pratikte münferit sözleşmeyi sona erdirmek daha anlamlı olacaktır.

4.3.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sona Erdirilmesi

Yukarıda ana hatlarıyla izah edilen fesih ve dönme kavramları ile bu çalışmada gündeme gelecek sözleşme tipleri bakımından uygulama alanları ışığında Türk Borçlar Kanunu uyarınca kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesi olacaktır. Bu bölümde yer alan açıklamalar kamu ihale mevzuatının öngördüğü fesih halleri dışında kalan durumlarda Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine dayanarak dönmenin ve feshin tetkiki olacaktır. Bununla beraber, görüleceği üzere dönme veya fesih hakkının genel hükümler uyarınca kullanılmasına kamu ihale mevzuatının etkisi belli durumlarda olacaktır.

Öncelikle, kamu ihale mevzuatında yer almayan bir haklı sebebin ortaya çıkması halinde Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uyarınca sözleşmenin sona erdirilebileceğine şüphe yoktur. Aksi durumun kabul edilmesi için kamu ihale mevzuatında yer alan sona erdirme sebeplerinde sınırlı sayı ilkesinin kabulü anlamına gelecektir ki, bu haklı sebebin tanımlanmasında kazuistik bir yaklaşım takip etmeyen

²⁵⁰ Bu husustaki tartışmalara çerçeve sözleşmelerin niteliği aşamasında değinilmişti. Bkz. Bölüm 2.1.2.2

²⁵¹ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 31-32.

²⁵² Barlas, **a.g.e.**, s. 817.

ve esnek bir yaklaşım izleyen Türk özel hukukunun sistematığıne bütünüyle aykırı olacaktır²⁵³. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme tiplerinin bazıları için özel sona erdirme maddeleri öngörülse dahi bunlar TBK m. 125 ve 126'nın uygulama alanını dışlamamaktadır.

Yukarıda Bölüm 4.2.2'de sözleşmenin TBK m. 30 vd. uyarınca iptali bakımından yaptığımız tespit tekrar burada geçerli olacaktır; Türk Borçlar Kanunu'nun 5. Maddesi "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükmün anlamını ve kamu ihale sözleşmelerine uygulama alanına ilişkin en güzel tespiti *Gürzumar*'da bulmak mümkün olacaktır. "[*TMK m. 5*], *TMK'nın ve (genel nitelikli hükümlerinin) ve TBK'daki genel nitelikli hükümlerin, özel hukuk niteliği taşıyan, yani, klâsik ayırımı göre, devletin ve kamu gücüyle donanmış kamu hukuku tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanmaksızın girdiği ilişkiler de dahil olmak üzere [...] tüm ilişkilerde – bu ilişkiler hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun – uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını işaret etmektedir*"²⁵⁴. Türk Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinden olan TBK m. 125 ve 126'nın bu kapsamda yorumlanacağına dair hiç şüphe yoktur.

Keza, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda fesih kurumunun düzenlenmiş olmasının, KİSK m. 36'da yer alan "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*" hükmünün zıt anlamı kapsamına sokularak TBK m. 125-126'nın uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varmak da doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Burada anlaşılması gereken ve Türk özel hukukuna uygun olan yaklaşım, somut olayda Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda karşılığı bulunmayan bir vakıanın varlığı halinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulacağıdır. Yani Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda bazı özellikli fesih sebeplerinin sayılmış olması, Türk Borçlar Kanunu'nun fesih bakımından uygulamasını tamamen dışlayıcı nitelikte olamaz. Öte yandan eğer somut olaydaki vakıa Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda bir fesih sebebi olarak gösterildiyse bu sebebin TBK m. 125-126 uyarınca haklı sebep teşkil edip etmediğinin araştırılmasına gerek kalmadan fesih yetkisi kullanılabilir. Üstelik bu bölümün ilerleyen kısmında detaylıca incelediğimiz üzere, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yükleniciye sözleşmeyi feshetme imkânı

²⁵³ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 538-539; Altınok Ormancı, *a.g.e.*, s. 97 vd.

²⁵⁴ *Gürzumar*, *TMK m. 5*, s. 127.

tanıyan bir hüküm yoktur, dolayısıyla yüklenicinin fesih hakkı bakımından zaten Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. KİSK m. 19 “yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi” kenar başlığını taşısa da yüklenicinin sözleşmeyi feshetme imkânı bu maddede yer almamaktadır. Bu maddeye özellikle aşağıda değinilmiştir²⁵⁵.

Dolayısıyla, şartların oluşması halinde ani edimli kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmeden dönülebilecek, sürekli borç ilişkisi niteliğinde kamu ihale sözleşmelerinde ise sözleşme feshedilebilecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere bu iki hakkın kullanılmasının şartları farklıdır. Dönme, TBK m. 98, 110 ve 125 uyarınca sırasıyla ifa güçsüzlüğü, alacaklı temerrüdü ve borçlu temerrüdünün varlığında başvurulabilecek bir haktır²⁵⁶.

Sürekli borç ilişkileri ise, TBK m. 126 uyarınca haklı sebeple feshedilebilir. “Haklı sebep” ise kanunda tanımlanmamış olan bir terimdir. Doktrinde haklı sebep, sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir durum olarak tanımlanmıştır. Haklı sebebin varlığının belirlenmesinde hakimın takdir yetkisi bulunacak ve somut olaya göre haklı sebebin varlığına karar verecektir. Ancak bu takdir yetkisinin titiz bir biçimde kullanması gerektiği şüphesizdir. Haklı sebeple fesih, ahde vefa ilkesinin bir istisnası olduğundan dolayı haklı sebebin varlığının tespiti çok dikkatli bir biçimde yapılmalıdır²⁵⁷. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından ise durum daha da fazla hassasiyet arz eder. Kamu alımlarında idarenin sözleşmenin tarafı olduğundan, fazladan gözetilmesi gereken şeffaflık ve keyfiliğin engellenmesi gibi kaygılar söz konusudur. Bilhassa idarenin keyfi bir biçimde sözleşmeyi feshetmesinin önünün açılması mümkün kılınmayacak şekilde haklı sebebin somut olayda belirlenmesi gerekmektedir.

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından fazladan gözetilmesi gereken hassasiyet hali akla bir başka tartışma daha getirecektir. Eser sözleşmeleri ve vekalet sözleşmeleri bir önceki bölümde izah edildiği üzere genel hükümlerden farklı bir sona erme rejimine tâbidir. Eser sözleşmelerinde işveren, vekalet sözleşmelerinde her iki taraf bakımından serbest sona erdirme ilkesinin geçerli olduğu ve haklı sebep veya temerrüt gibi şartların aranmadığı sona erdirme rejimi kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacak mıdır? Diğer bir deyişle, eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi niteliğindeki kamu ihale sözleşmeleri haklı sebep olmadan

²⁵⁵ Bkz. Bölüm 4.2.2.

²⁵⁶ Buz, *Dönme*, s. 92 vd.

²⁵⁷ Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 211.

feshedilebilecek midir, veya temerrüt olmaksızın bu sözleşmelerden dönülebilecek midir?

Tespit edilebildiği kadarıyla hiçbir kaynakta açıkça tartışmaya konu edilmemiş olan bu soru olumsuz olarak cevaplanmalıdır. İnşaat işlerini konu alan kamu ihale sözleşmelerinde fesih konusunu ele alan *Bilir*, eser sözleşmelerinde öngörülen serbest fesih ilkesini incelemekle beraber, bu soruna özellikle değinmemiştir. Ancak hem eser sözleşmesinin serbest fesih sistemi hem de kamu ihale mevzuatının öngördüğü fesih sebeplerini ayrı ayrı ele aldığından, yazarın iki sistemin de uygulanacağı kanaatinde olduğunu varsaymak mümkün olacaktır²⁵⁸. Bu varsayımdan yola çıkarak *Bilir*'in görüşünün tutarlı olabilmesi için ancak şu yaklaşım mümkün olabilecektir: kamu ihale mevzuatında yer alan haklı sebeplerin varlığı halinde idare sözleşmeyi tazminat yükümlülüğü olmaksızın feshedebilecektir. Bunun dışında kalan hallerde yine fesih mümkün olacak, ancak haklı sebebe dayanmaması halinde idare, karşı tarafın tazminat talepleriyle muhatap olacaktır.

Eser ve vekâlet sözleşmeleri güven ilişkisi sebebiyle serbest sona erdirmeyi öngörüyor olsa da kamu ihale sözleşmeleri söz konusu olduğunda kamu alımlarında şeffaflık ve rekabetin korunması ilkeleri karşısında tarafların keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkânının önü açılmamalıdır. Zira özel hukuk sükûletine güvene dayalı bir sözleşme ilişkisini serbestçe sona erdirmeye yetkisinin kanunla tanınmış olmasının bir sakıncası yoktur, ancak idarelere aynı keyfiyetin tanınması sakıncalı olacaktır. Aksinin kabulü büyük bir hukuk adaletsizliğine yol açacaktır. TBK m. 512 uyarınca uygun olmayan zamanda vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesinden doğan tazminat yükümlülüğü veya TBK m. 484 uyarınca eser sözleşmesinin tazminat karşılığı feshedilmesi de bu adaletsizliği gidermeye yeterli olmayacaktır. İdare, örneğin bir yapım işinde, tazmin edeceği zararlara katlanarak sözleşme yapmak istemediği isteklinin sözleşmesini serbestçe feshedebilecektir. Üstelik Bölüm 5'te değinileceği üzere isteklilerin etkin bir biçimde zarar talep edebilme mekanizmaları Türk hukukunda tatmin edici şekilde düzenlenmemiştir. Konunun detaylıca ele alındığı Avrupa Birliği hukukunda müteakip ihaleleri kazanamama kaygısıyla isteklilerin idareden tazmin talep etmekten çekindiği görülmüştür. Bu sebeplerle idarenin bu konuda keyfiyeti asgari seviyede tutulmalıdır. Düzenli iş ilişkisi içerisinde olan iki

²⁵⁸ Dilek Bilir, **Kamu İhale Mevzuatına tâbi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Ankara, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 95 vd.

özel hukuk süjesi arasında akdedilen sözleşmeler bakımından da taraflardan birinin benzer bir çekincesi olabilmesi mümkündür. Ancak kamu ihale sözleşmeleri bakımından idarenin keyfiyeti ile devletin mal ve hizmet alımlarında rekabet ortamının sağlanması gibi hukuk düzeninin göttüğü kaygılar sebebiyle tam tazminat karşılığı olsa dahi serbest fesih ilkesi kabul edilmemelidir. Kaldı ki, eser ve vekâlet sözleşmesi niteliğindeki kamu ihale sözleşmelerinin serbestçe sona erdirilebileceğinin kabulü, kamu ihale mevzuatının öngördüğü sona erdirme sebeplerini de bütünüyle anlamsız kılacaktır.

Tarif edilen bu durumda bir örtülü kanun boşluğu bulunduğu görüşündeyiz. Örtülü kanun boşluğu somut olaya uygulanacak bir kanun hükmünün var olmasını, ancak uygulanması halinde kanunun amacına aykırı sonuçların ortaya çıkması halini ifade etmektedir²⁵⁹. Kanun genel olarak eser ve vekalet sözleşmeleri için sona erdirme rejimini ortaya koymuştur, ancak bunların kamu ihale sözleşmelerine uygulanması kanunun amacına aykırı olacaktır. Bu örtülü kanun boşluğunu şu şekilde gidermek gerekecektir: Eser ve vekalet sözleşmelerinde serbest sona erdirme öngören genel kapsamlı hükümler amaca uygun sınırlandırma (*teleologische reduktion*)²⁶⁰ yöntemiyle sınırlandırılacak ve uygulama alanı bulmayacaktır. KİSK'te yer alan fesih (veya dönme) sebepleri bu sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulmaya devam edecektir. Kamu ihale mevzuatına girmeyen haklı sebepler bakımından ise TMK'nın ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkileri bakımından uygulama alanı bulacağını buyuran TMK m. 5 hükmü uyarınca TBK m. 125 ve 126 tekrar uygulama alanı bulacaktır²⁶¹.

Sonuç itibariyle kamu ihale mevzuatının dışında kalan haklı sebeplerin varlığı halinde TBK'nın 125 ve 126. maddeleri tüm kamu ihale sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacaktır.

²⁵⁹ Çiğdem Kırcı, "Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, 2001, s. 91 vd.

²⁶⁰ Kırcı, **a.g.e.**, s. 91 vd.

²⁶¹ TMK m. 5'in gördüğü işlevin kapsamı esas itibariyle burada tartışmalıdır. Burada uygun düşeceğine inandığımız azınlık görüş, kanun boşluğunun varlığı halinde TMK m. 1'e başvurmadan evvel TMK m. 5 uyarınca TMK ve TBK'da uygun düşen bir hükmün varlığı aranmalıdır. Bir diğer deyişle TMK m. 5, TMK m. 1'in öngördüğü "sıralamayı" değiştirme işlevine sahiptir. Bu hususla detaylı bilgiler için bkz. Osman Berat Gürzumar, "Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan**, 2004, s. 105 vd.; aynı görüşte Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 61-62.

4.3.2. Kamu İhale Mevzuatından Doğan Sona Erdirme Sebepleri

Bu bölümde kamu ihale mevzuatından doğan sona erdirmeye sebeplerinin bir tahlili yapılacaktır. Sözleşmenin “feshedilmesi”, KİSK m. 16 vd. hükümlerinde detaylı olarak ele alınmaktadır. Kanunun sistematüğini takip ederek madde madde sona erdirmeye sebeplerini incelemeyi uygun görüyoruz.

Evvvela KİSK m. 16, “Sözleşmenin Devri” kenar başlığını taşımaktadır ve yüklenicinin sözleşmeyi devretmesinin zorunlu hallerde ihale yetkilisinin izni ile mümkün olabileceğini hüküm altına almaktadır. Sözleşmenin ihale yetkilisinin izni olmaksızın devredilmesi fesih sebebi olarak gösterilmiştir. Ancak madde hukuk tekniği itibarıyla vahim hatalar ihtiva etmektedir. Öncelikle bir sözleşmenin tüm borç ve alacaklarıyla bir üçüncü kişiye devri zaten idarenin rızasına ve devredilen sözleşmenin şekline tâbi olacaktır²⁶². TBK m. 205 uyarınca sözleşmenin bir bütün olarak devri zaten sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan kişiler arasında yapılacak bir sözleşmeyle geçerli olacaktır. Şayet idarenin rızası olmaksızın bir devir sözleşmesi yapılırsa bu devir hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla idarenin izni olmadan hukuken geçerli ancak sözleşmenin fesih sebebini oluşturacak bir devrin hangi şartlar altında gerçekleşeceği anlaşılmamaktadır. Kaldı ki, idarenin izniyle sözleşmenin devredilebilmesini “zorunlu haller” gibi soyut bir sınırlamayla mümkün kılmanın da isabeti tartışmalıdır. İdarenin bir özel hukuk süjesiyle sözleşme yapabilmesi ancak o kişinin ekonomik olarak en avantajlı teklifi vererek kazanacağı bir ihale sürecinin sonunda olur. Sözleşmenin devrine müsaade edilmesi bu ilkenin bir istisnası niteliğinde olacaktır. Bu istisnanın gerekliliği başlı başına ayrı bir tartışma konusu olabilir, bir taraftan ihale sürecinin ve keyfiyetin önlenmesi gibi amaçlarının zedelenmemesi gerekmektedir. Öte yandan ihale şartlarının temelini (sözleşmenin türünü veya ihale konusu mal ve hizmetin konusu gibi) değiştirmemek kaydıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi yönünde bir esnekliğin gerekliliği de ifade edilmiştir²⁶³.

KİSK m. 17 ve 18, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti hallerini düzenler. KİSK m. 17 uyarınca bu hallerden birinin ortaya çıkması halinde idareye sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermektedir. KİSK m. 18 hükmü uyarınca ise yüklenicinin ortak girişim olması

²⁶² Oğuzman / Öz, **a.g.e., C.2**, s. 616 vd.

²⁶³ Albert Sanchez Graells, **Public Procurement And The EU Competition Rules**, 2. Baskı, Bristol, Hart Publishing, 2015, s. 432.

halinde ölen, iflas eden, ağır hastalığa yakalanan, tutuklanan veya mahkûm olan kişinin pilot veya koordinatör ortak olması hali hariç olmak kaydıyla sözleşme idare tarafından devam ettirilebilir²⁶⁴. Öte yandan pilot veya koordinatör ortağın ölmesi halinde kalan ortakların pilot veya koordinatör ortağın borçlarını üstlenmesi kaydıyla yine sözleşmenin devamına karar verilebilir.

KİSK m. 19 “Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” kenar başlığını taşır ancak yüklenicinin sözleşmeyi fesih yetkisini düzenlememektedir²⁶⁵. KİSK m. 19 uyarınca mali acz içerisinde bulunan yüklenicinin durumunu idareye bildirmesi halinde ve mali aciz mücbir sebep halleri dışında gerçekleştiyse idare sözleşmeyi yazılı bir bildirimle sona erdirebilecektir. Özensiz kanun yapım tekniği bir yana, yüklenicinin mali acz içerisinde olduğunu bildirmeden idarenin bu yönde bir tespiti halinde ne olacağı belli değildir. Kaldı ki yüklenicinin mali acz içerisinde olduğunu bildirmesinin ne sözleşmesel açıdan, ne de teminatları geri alabilmesi gibi tali yönlerden yükleniciye sağladığı bir avantaj bulunmadığından pratikte bu hükmün uygulanması güçtür²⁶⁶. KİSK m. 22 ise KİSK m. 19 uyarınca yüklenicinin yapacağı bildirim bir “fesih talebi” olarak değerlendirmektedir ki, bu kanun koyucunun bozucu yenilik doğuran hakların, feshin ve dönmenin özelliklerini gözetmeden kanunu hazırladığını da göz önüne sermektedir. Burada idarenin sözleşmeyi feshetmesi hali düzenlenmektedir. Nitekim TBK m. 98 uyarınca da borçlunun ödemediği acz haline düşmesi, karşı taraf için bir sona erdirmeye sebebiştir. Ayrıca, bir önceki bölümde de kısaca ele aldığımız üzere KİSK m. 19 yükleniciye sözleşmeyi feshetme imkanı vermediğinden dolayı, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkı hiç düzenlenmemiştir.

Son olarak, KİSK m. 20 idareye sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımaktadır. KİSK m. 21 de aynı hakkı tanımaktadır ancak Bölüm 4.3’ten hatırlanacağı üzere sözleşmeden önceki fiil ve davranışlar sebebiyle sözleşme feshedilemez, ancak irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilebilir. KİSK m. 20 uyarınca; “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*

²⁶⁴ Demirboğa, **a.g.e.**, s. 125 vd.

²⁶⁵ Demirboğa, **a.g.e.**, s. 127.

²⁶⁶ Demirboğa, **a.g.e.**, s. 130.

uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi” hallerinde sözleşme derhal feshedilecektir.

Evvvela KİSK m. 20/a'nın üzerinde durulacak olursa, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerini yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi halinde idarenin sözleşmeyi feshedeceği düzenlenmiştir. Genel olarak temerrüdü karşılayan bu madde olmasaydı da Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden dolayı sözleşmeden dönülmesi veya sözleşmenin feshedilmesi mümkün olacaktı. Nitekim bu madde temerrüt halinde fesih yetkisinin yalnızca idareye verildiği anlamına da pek tabii gelemez, yüklenici sözleşmeyi Türk Borçlar Kanunu uyarınca fesih yetkisine sahiptir²⁶⁷, ancak pratikte bu pek görülen bir durum değildir²⁶⁸. Dolayısıyla bu madde hukuk dünyasında iki değişiklik yaratır: öncelikle, yüklenicinin herhangi bir sözleşmeye aykırılığı halinde dönme / fesih hakkı ortaya çıkacaktır. Sözleşmeye aykırılığın “haklı sebep” boyutuna ulaşmış olmasının incelenmesine veya süre verilmesi gibi şartların yerine getirilmesine gerek olmayacaktır. İkincisi de, “feshedilebilecektir” yerine “fesheder” ifadesinin kullanılması, kanaatimizce idarenin feshini zorunlu tutan bir düzen hükmünü ortaya koymaktadır.

Atıf yapılan KİSK m. 25 ise kamu ihale sözleşmelerinin tarafları arasında güven ilkesinin önemini yansıtabilecek şekilde yasak fiil ve davranışları aşağıdaki şekilde sıralamaktadır:

“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.

²⁶⁷ Demirboğa, **a.g.e.**, s. 155.

²⁶⁸ Yüklenici fesih sahibine sahiptir, ancak hukuk dünyasında yalnızca teorik olarak sahiptir. Bilhassa Bölüm 5'te etkin tazminat kaygısında bahsini ettiğimiz durumlar burada da geçerlidir, yüklenici fesih hakkını idareye karşı kullanmakta tereddüt edecektir. Ancak bu, hukuken yüklenicinin, idarenin temerrüdü halinde sözleşmeyi feshedebileceği gerçeğini değiştirmez.

d) *Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.*

e) *Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek*²⁶⁹.

f) *Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*

g) *Sözleşmenin 16ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.”*

Görüleceği üzere kanun koyucu kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesini düzenlerken idare ve yüklenici arasındaki güvene büyük önem atfetmiş ve kamunun mal ve hizmet temin etmesini sağlıklı bir sürece tâbi tutmak için yükleniciyi sıkı davranış kurallarıyla bağlamıştır. Ancak kanun yapım tekniğindeki hatalar ve özensizlikler ile borçlar hukuku prensiplerine uyum eksiklikleri sebebiyle bu hükümler yeniden, daha az sorunlu bir biçimde yeniden düzenlenmeye muhtaçtır.

4.4. Tasfiye

Bu kısımda, yukarıdaki sebeplerden dolayı sona eren, diğer bir deyişle akamete uğrayan kamu ihale sözleşmesinin tasfiyesine değinilecektir. Bir kamu ihale sözleşmesinin akamete uğramasının sonuçlarına ayrı bir kısımda yer verilmesinin sebebi, yukarıda yer alan sona erme sebeplerinden fesih haricinde herhangi birinin vuku bulması halinde tasfiyenin aynı şekilde yapılacak olmasıdır. Bu sebeple butlan, iptal veya dönme sebebiyle sona eren sözleşmelerin tasfiye usulü, çalışmanın bu bölümünde arz edilmektedir.

Yukarıda da incelendiği üzere sürekli borç ilişkilerinin feshi, geçmişe etkili sonuçlar doğurmaz. Gerek olağan fesih, gerek olağanüstü fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşme ancak ileriye etkili olarak sona erecek, sözleşme tasfiye edilmeyecek ve fesih tarihine kadar ifa edilmiş olan edimlerin iadesi gerçekleşmeyecektir. Öte yandan butlan, iptal ve dönme hallerinde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden, sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekmektedir.

Evvla kamu ihale mevzuatının tasfiyeye dair içerdiği düzenlemelere bakılacak olursa, aynı ifadenin sıklıkla yinelendiği görülür. KİSK m. 17/a, 19, 20, 21, 23 ve 24’te öngörülen durumlar sebebiyle sözleşmenin “feshedilmesi” halinde sözleşme “*genel*

²⁶⁹ KİSK m. 29, gizli bilgilerin ifşasını ve bunlardan fayda sağlanmasını yasaklar.

hükümlere göre tasfiye edilir". Benzer hükümlere Kamu İhale Genel Tebliği gibi ikincil mevzuatta rastlamak da mümkün olacaktır (ör. Kamu İhale Genel Tebliği m. 25/4). Buradaki genel hükümlerden kast edilenin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri olduğuna şüphe yoktur, ancak Türk Borçlar Kanunu'nda "feshedilen", veya başka herhangi bir şekilde geçersizliğe uğrayan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin bir hüküm mevcut bulunmamaktadır²⁷⁰. Bu durum hem KİSK'in yürürlüğe girdiği 2002 tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı e.BK için, hem de şu an 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu için geçerlidir. Şu halde Türk hukuku uyarınca akdedilen herhangi bir sözleşmenin akamete uğraması halinde tasfiyesine uygulanacak olan sonuçlar, kamu ihale sözleşmeleri bakımından da aynen geçerli olacaktır.

Akamete uğrayan bir sözleşmenin tasfiyesi, temelde sözleşmeye konu edilmiş ve ifa edilen edimlerin iadesini içerir. Hangi sebeple sözleşme tasfiye ediliyor olsun, tasfiyenin değişmez özelliği budur, amacı sözleşme var olmasaydı söz konusu olacak hukuki duruma ulaşmaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nda akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun hem genel hükümlerinde, hem de özel hükümlerinde farklı uygulama alanları bulacak tasfiye rejimleri bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade yükümlülüğü (TBK m. 77 vd.), TMK m. 993 vd. uyarınca zilyedin iade yükümlülüğü ve TBK m. 136 vd. uyarınca ifa imkânsızlığı sebebiyle iade yükümlülüğü gösterilebilir²⁷¹.

Haliyle, tasfiyeye dair görüşlerin hepsine değinmek burada imkânsız olduğu kadar konunun odağı bakımından yersiz olacaktır. Tarihsel gelişim içerisinde sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk, dönmenin sözleşmenin tasarruf ve taahhüt işlemlerine olan etkisi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin farklı sebeplerle tasfiyeye uygulanabileceği konusunda yoğun tartışmalar bulunmaktadır. Burada değinilmek istenen, daha ziyade genel tasfiye hükümlerinin yokluğu halinde ortaya çıkan karışıklık ve önerilen çözümlerin sıklıkla yetersiz kalıyor olmasıdır. Örneğin, haksız zilyedin iadesi hükümlerinin uygulanması halinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesiyle bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır²⁷². TMK m. 993 uyarınca iyiniyetli zilyet, karineyle mevcut hakkına uygun olarak zilyedi bulunduğu

²⁷⁰ Vedat Buz, "Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt 1, İstanbul On İki Levha, 2010, s. 616, dn. 12.

²⁷¹ Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara 2004, s. 206-207.

²⁷² Buz, *Tasfiye*, s. 624 vd.

maldan yararlanırsa tazminat ödemek zorunda olmayacaktır, hatta şeyin kaybolmasından, hasara uğraması veya yok olmasından da sorumlu olmayacaktır. Bu hükmün, örneğin iptale uygulaması halinde karşı tarafın hatası sebebiyle iptal olan sözleşmenin karşı tarafı, iyiniyetli olduğunu ispat ederse yararlandığı miktarı iade etmek zorunda kalmayacağı gibi edimin iadesinden doğan hasarları da karşı tarafa yükleyecektir.²⁷³

Bu durum ve benzeri örnekler, yeknesak bir tasfiye düzenlemesinin gerektiğine dair bir emare olarak değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda ortaya atılan öneri, sözleşmenin tasfiyesine yol açan sebebin türünü ve ne zaman ortaya çıktığını göz ardı ederek şu model ileri sürülmektedir: Tasfiyeye konu edimin aynen, sözleşmenin kurulduğu tarihteki haliyle iadesi mümkünse, aynen iade söz konusu olmalıdır. Ancak aynen iadenin her zaman söz konusu olmaması mümkündür. Bu hem edimin iade edilemez niteliğinden kaynaklanabileceği gibi (ör. vekalet sözleşmesi kapsamındaki iş görme borcu) ifa edilmiş edimin üzerinde tasarrufta bulunulması, edim konusu malın kötüleşmesi veya değer kaybı yaşamış olması sebebiyle de olabilir²⁷⁴. Bu durumda edimin değeri üzerinden iade söz konusu olacaktır ve iade borçlusunun iyiniyetli olması gibi sözleşmelerin tasfiyesi usulüyle bağdaşmayan hallerin uygulama alanı bulamaması gereklidir.

Kamu ihale mevzuatının yeknesak ve kamu ihale sözleşmelerine özel bir tasfiye usulüne ihtiyaç duyup duymadığı da tartışılabilir. Bu sorunun olumsuz cevaplandırılması kanaatimizce daha uygundur. Kamu ihale sözleşmeleri akit tipolojisi içerisinde çeşitli türlere ayrıldığından dolayı, genel hükümlerin tâbi olacağı yeknesak tasfiye düzenlemelerinin uygulanması daha uygun olacaktır.

Bu konuda Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanan tip sözleşmeler de konuya yeterli belirliliği getirmemelidir. Tip sözleşmelerde birtakım “fesih” sebepleri yer almaktadır, ancak “fesihten” sonra tasfiye usulünün nasıl olacağına ilişkin yer alan ifadeler Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer alan ifadelerin tekrarından ibarettir; “hesabın genel hükümlere göre tasfiye” edileceği hükümlerine yer verilmektedir.

²⁷³ A.g.e.

²⁷⁴ A.g.e.

5. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT TALEPLERİ

Bu bölümde, kamu ihale sözleşmelerinin taraflarının birbirlerine sözleşme kapsamında zarar vermeleri halinde ortaya çıkacak olan zararların tazminine ilişkin özellik arz eden durumlar incelenecektir. Bölümün ana amacı, bu çalışmanın genelinde olduğu gibi, tarafların birbirlerinden olan tazminat taleplerinin kamu ihale sözleşmeleri bakımından özellik arz eden hallerini incelemektir.

Tıpkı kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu çalışmada incelenen diğer konularda olduğu gibi, taraflardan birinin idare olması ve sözleşmenin kuruluşu aşamasında idari işlem niteliğinde bir ihale sürecinden geçiliyor olması beraberinde nev'i şahsına münhasır tartışmalar getirmektedir. Bu tartışmaların kaynağı iki aşama teorisinin uygulanma biçimine temas etmektedir.

Öncelikle, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşundan sonra sözleşmeye dayanan uyuşmazlıklarda tarafların birbirlerinden olan tazminat taleplerine değinilecek olursa, burada borçlar hukuku kapsamında sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olacağı tartışmasızdır. Sözleşme Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi bir özel hukuk sözleşmesidir, buna dair uyuşmazlıklar adli yargıda görülür ve özel hukuk esasları uyarınca çözülür. Dolayısıyla aslında bu açıdan değinilecek tek bir tali husus olduğundan dolayı ayrı bir başlık altında değil, bu kısımdaki genel açıklamalar altında incelenmekle yetinilmiştir.

Burada özellik arz eden durum, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında zarar ve tazminata ve dair yer alan tek hükmün incelenmesidir. KİSK m. 22/5 uyarınca, *“19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir”*. KİSK m. 19, 20 ve 21 hakkında yukarıda değinilen sorunlar ve konumuzun dışında kalan ihalelere katılmaktan yasaklama hükmünü düzenleyen KİSK m. 26 bir yana koyulacak olursa,

aşağıdaki hususlar önem taşımaktadır. Öncelikle, KİSK m. 19, 20 ve 21²⁷⁵ uyarınca yüklenicinin her daim kusurlu olduğu varsayılmış ve idarenin zarar ve ziyanlarının yüklenici tarafından tazmin edileceği öngörülmüştür. Burada öngörülen zarar, sözleşmenin ifayla sonuçlanmamasından, edimin taahhüt edildiği gibi ifa edilmemesinden ve alacaklının sözleşmeden kaynaklanan ifa menfaatinin ihlalinden dolayı kaynaklanan zarar olduğundan dolayı, müspet zararın öngörüldüğü söylenebilecektir²⁷⁶. Öte yandan bu hükmün gerekliliği tartışmalıdır, hiç öngörülmemiş olsaydı Türk Borçlar Kanunu uyarınca sözleşmesel sorumluluk hükümleri, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan fesih sebeplerinden kaynaklı tazminat taleplerini düzenlemek için yeterli olacaktır. Nitekim bu hüküm, istisnai bir düzenleme de getirmediğinden her halükarda Türk Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulacaktır.

Yukarıdaki açıklamaların yanı sıra, diğer önem arz eden ve tartışmalı durum, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önceki dönemde tarafların birbirlerinden tazminat taleplerinin nasıl olacağıdır. Bu noktada idare hukuku ve borçlar hukuku arasındaki çatışmanın bir örneği görünmektedir. İdare hukuku kapsamında idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı zarara uğrayan kişinin hizmet kusurunun bu açıdan gündeme geleceği şüphesizdir; sözleşmenin kurulmasından önceki dönem ihale aşaması olduğundan idarenin bu süreçte yaptığı işlemler silsilesinden dolayı sorumluluğu olacaktır. Öte yandan, ihale aşaması bir sözleşme yapma görüşmesi olduğundan, özel hukuka mahsus “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” (*Culpa in contrahendo*) hükümlerinin de uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekmektedir.

Bu bölüm, bir önceki paragrafta özetlenen sorunların incelemesini üçe ayırmaktadır. Öncelikle tarafların kamu ihale mevzuatından birbirlerine karşı olan sorumluluğu sınırlamaları ve kapsamının tespit edilmesi gerekmektedir. Ardından, tarafların hangi şekilde tazminat talep edebileceği incelenecektir; *Culpa in contrahendo* ve idarenin kusur sorumluluğunun yarışması hali burada irdelenmelidir. Son olarak, tarafların Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil hükümlerine başvurup başvuramayacağını incelemek gerekmektedir. Bu incelemeleri yaparken

²⁷⁵ KİSK m. 21 uyarınca fesih değil iptal hakkının söz konusu olacağını tekrar belirtmekte fayda görüyoruz.

²⁷⁶ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008, s. 57.

karşılaştırmalı hukuktan ve Türk kamu ihale mevzuatının dayanağını oluşturan Avrupa Birliği mevzuatından faydalanılacaktır.

Konu, ihalenin iptali halinde sözleşmenin akıbeti bağlamında idarenin hukuka aykırılıkları sebebiyle isteklilerin tazminat talepleriyle sınırlandırılmıştır. İdarenin isteklilerin hukuka aykırılıkları sebebiyle zarara uğraması halinde başvurabileceği yollar konunun kapsamı dışındadır ve konu bağlamında gerek olmadıkça incelenmeyecektir.

5.1. İdarenin Kamu İhale Mevzuatından Doğan Sorumluluğu

5.1.1. Genel İlkeler

Kamu ihale sözleşmelerinin akdedilme süreci esnasında taraflar, birbirlerinin ticari ve malvarlıksal menfaatlerini ihlal ederek zarara uğratabilirler. Haliyle bu, evvela isteklilerin ihale mevzuatına aykırı davranışta bulunarak ihaleyi açan idareyi zarara uğratmaları biçiminde olabilir. Öbür taraftan, ihalenin hukuka veya daha dar anlamda ihale mevzuatına aykırı işlem tesis ederek isteklilerin ticari beklentilerini, menfaatlerine zarar verebilir. Bu örneklerin en başında, idarenin ihale mevzuatına aykırı bir ihale süreci yürüterek aslında ekonomik olarak en avantajlı teklifi usulüne uygun sunan istekliyi ihale dışı bırakarak sözleşme imzalamaması gösterilebilir. Aslında usulüne uygun yürütülen bir ihale sürecinde idareyle sözleşme girme menfaati bulunan isteklinin, bu menfaatinin ihlali sebebiyle hukuki korumaya ihtiyacı mevcuttur²⁷⁷.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk hukukunda idarenin isteklileri ihale sürecinde bu şekilde bir zarara uğratması halinde isteklilere sağlanan koruma iki aşamalıdır. Evvelce kısaca değinildiği üzere²⁷⁸, isteklilerin menfaatleri evvela “asli koruma” (*primary protection*) ile korunacaktır. Asli koruma kapsamında idareyle sözleşme imzalama hakkı veya usulüne uygun, adil ve şeffaf bir ihale sürecine katılma hakkı ihlâl edilen isteklinin bu haklarının aynen tesisidir. Yani asli koruma kapsamında istekli ya kamu ihale sözleşmesine taraf edilecektir ya da ihale tekrar edilerek isteklinin adil şartlarda bir daha yarışmasına müsaade edilecektir²⁷⁹.

²⁷⁷ Buz, *İhale*, s. 141 vd.

²⁷⁸ Bkz. Bölüm 3.5.2.

²⁷⁹ Schebesta, **a.g.e.**, s. 119.

Fakat durumun şartları her zaman istekliye asli koruma sağlanmasını mümkün kılmamaktadır. Zarara uğrayan isteklinin sözleşmeye taraf olması gerektiğinin yargı merci tarafından tespiti halinde dahi istekli sözleşmeye taraf olamayabilir. Özellikle Avrupa Birliği Hukukunda ihalenin iptali kararından evvel imzalanmış sözleşmelerin geçerliliklerini koruması esas karşısında isteklinin artık sözleşmeye taraf olması mümkün değildir. Benzer bir örneği Türk hukuku bakımından da verecek olursak, idarenin iptal edilen ihaleyi yeniden açma mecburiyeti yoktur. İhalenin iptal edilmesi ihtimalinde ihale konusu edime idarenin ihtiyacı olmadığına karar vermesi halinde istekliye asli koruma sağlayıp yeniden ihale sürecini başlatması zorunluluğu yoktur. Ancak bu hallerde, isteklinin hukuka aykırılıktan dolayı zararı baki olduğundan dolayı tali koruma (*secondary protection*) devreye girecektir. Tali koruma uyarınca ise isteklinin, idarenin hukuka aykırılığından dolayı zararı tazmin edilecektir.

Karşılaştırmalı hukukta tali korumanın (yani kamu alım sürecinden doğan tazminat taleplerinin) etkin bir biçimde tesisi için kanun koyucunun ciddi bir gayret gösterdiği gözlemlenecektir. AB Hukuku literatüründe isteklilerin tali korumaya başvurularındaki yetersizlik gözlemlenmiştir. Muhtelif sebeplerden dolayı hakları ihlal edilen ve asli korumadan faydalanmayan isteklilerin tali korumadan faydalanmak için dava yoluna gitmedikleri, gitseler de hukuka uygun yapılan bir ihale uyarınca kazanabileceği ihtimalini ispat edip buna dayanarak zarar talep etmesinin genelde mahkemelerce kabul edilmediği ifade edilmiştir²⁸⁰. İsteklilerin dava açmamalarının sebebi olarak bu ispat zorluğunun yanı sıra, isteklilerin ihaleyi kazanamama karşısında kazanacakları tazminatın yetersiz olduğu ve idareden tazminat almanın gelecekteki ihaleleri kazanma ihtimalini tehlikeye düşürdüğü inancı ifade edilmiştir²⁸¹.

Hem bu kaygılarla, hem de isteklilere uygun koruma sağlama güdüsüyle AB müktesebatı hem kamu alımlarının usulünü, hem de isteklilerin bu usullere aykırılık halinde etkin bir biçimde korunmalarını detaylı bir biçimde düzenlemiştir. Bu düzenlemelere verilebilecek en çarpıcı örnek 2007/66/EC sayılı Avrupa Konseyi Yönergesiyle ("**Etkin Tazminat Yönergesi**") ve Etkin Tazminat Yönergesinin değişiklik getirdiği 1992/13/EEC sayılı Yönerge'dir ("**İhtilaf Yönergesi**"). İhtilaf Yönergesi, esas itibarıyla ispatı çok zor olan illiyet bağına yöneliktir. İhale süreci

²⁸⁰ Despina Pachnou, **The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece**, Nottingham, University of Nottingham e-Prints, 2003, <http://eprints.nottingham.ac.uk/12431/1/289083.pdf>, s. 235 vd.

²⁸¹ **A.g.e.**; Schebesta, **a.g.e.**, 13 vd.

esnasında idarenin önce hukuka aykırılığını, ardından da uğradığı zararı ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ancak idarenin hukuka aykırılığı ile isteklinin zararı arasındaki illiyet bağının ispatının neredeyse imkânsız olduğu gerekçesiyle istekli bu ispat yükünden kurtarılmıştır. İhtilaf Yönergesi uyarınca zarar ve kusurun yanı sıra isteklinin ispat etmesi gereken tek vakıa, ihaleye kazanabileceğine dair “gerçekçi ihtimalin” varlığıdır. Bu sayede ihaleyi kazanma şansının ortadan kaldırıldığını ispat eden isteklinin tali korumadan faydalanması mümkün olacaktır. Ancak illiyet bağı yerine gerçekçi ihtimalin varlığının ispatı halinde sınırlı ölçüde isteklinin zararlarının tazmini mümkün olacaktır. Bu kapsamda istekli ancak tekliflerini hazırlamak ve ihaleye katılmak için yaptığı harcamaları talep edebilmektedir, yani sınırlı bir menfi zarar talebi mümkün olabilecektir. Bunun dışında kalan menfi zarar talepleri ve mevcutsa müspet zarar talepleri ise illiyet bağının ispatına bağlı olacaktır. AB’de kanun koyucunun ispat yüküne getirdiği bu değişikliğin daha kapsamlı bir zarar talebine imkân verebilmesi gerekliliği savunulmuştur²⁸². Etkin Tazminat Yönergesi ise bu farklılaştırılmış ispat yükünün dahi yetersiz olması gerekçesiyle geçici koruma önlemleri gibi ek imkânlar getirmiş, ancak İhtilaf Yönergesinin tazminat talep edebilme yapısını değiştirmemiştir.

5.1.2. Türk Kamu İhale Mevzuatında Sorumluluk Düzenlemeleri

Asli ve tali korumaya dair yukarıda ifade edilen ve AB müktesebatı üzerinden örneklendirilen genel ilkeler ışığında kamu ihale mevzuatında idarenin ve isteklilerin sorumluluğuna ilişkin yer alan hükümler bu kısımda inceleme konusu olacaktır. Öncelikle belirtmelidir ki Kamu İhale Kanunu, ihale döneminde idarenin hukuka aykırı davranışlarından dolayı tali korumaya dair yukarıda örnekleri verilen detaylı düzenlemeler ihtiva etmemektedir. Hatta isteklilerin ihale dönemindeki hukuka aykırılıklar sebebiyle uğradıkları zararların tazmin biçimine ilişkin genel hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Bu bakımdan KİK m. 16 ve 39’dan bahsedilmesi gerekmektedir. KİK m. 16 uyarınca:

“İdarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir.

²⁸² Pachnou, a.g.e., s. 235 vd.

*Bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiği isteklilere hemen ilân edilerek duyurulur. Bu aşamaya kadar teklif vermiş olanlara ihalenin iptal edildiği ayrıca tebliğ edilir. İhalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütün teklifler reddedilmiş sayılır ve bu teklifler açılmaksızın isteklilere iade edilir. **İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz.***

İhalenin iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabilir”.

KİK m. 39, benzer nitelikte bir hüküm içerir:

*“İhale komisyonu [aşırı düşük teklif] kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. **İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez.** Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir”.*

İhale saatinden önce ihaleyi idarenin iptal etmesi veya aşırı düşük tekliflerin varlığı halinde idarenin ihaleyi iptal etmesi hallerinde, idarenin ihale iptalinden doğan sorumluluğu KİK m. 16 ve 39 uyarınca kısıtlanmıştır. Bu iki hüküm de çok açık bir biçimde *“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”* hükmünü haiz Anayasa m. 125/7’ye aykırıdır ve iptali gerekir.

Anayasa’ya aykırılığın yanı sıra yerindelik incelemesi de yapılacak olursa, özellikle AB mevzuatının hassasiyetle ve detaylıca düzenlediği asli ve tali koruma karşısında bu hükümlerin Türk hukukunda varlığı, hayretler uyandırıcıdır. Bu maddeleri düzenlerken kanun koyucunun hangi menfaatleri gözettiği de anlaşılmamaktadır. Bu konuda Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun gerekçesinde bir ifade yer almamaktadır.

Bu maddelerin idarenin kendi hukuka aykırılıkları veya keyfi ihale iptalleri sebebiyle tazminat sorumluluğunu kısıtlayıcı şekilde yorumlanmaması gereklidir. Bu hükümlerin uygulanması, ancak haklı sebeplerle ihalenin iptali durumlarında mümkün olabilmelidir²⁸³. Aynı durum sözleşme yapma zorunluluğu kapsamında KİK m. 45 için de geçerli olacaktır, idarenin sorumluluğunun bazı menfi zarar kalemleriyle kısıtlı

²⁸³ Buz, *İhale*, s. 155.

olmasının kabul edilebilmesi için idarenin ancak haklı sebeple sözleşme yapmaktan kaçınmış olması gerekmektedir.²⁸⁴

KİK m. 39 özelinde bir ihtimal daha değerlendirilmelidir. İdarenin hiçbir yükümlülük altına girmeyeceğine dair hükmün lafzı, aşırı düşük teklif sebebiyle ihalenin iptal edilmesiyle birlikte düşünüldüğünde idarenin yalnızca sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna varılabilir. Diğer bir deyişle asli koruma kısıtlanmıştır, ancak isteklilerin tali koruma imkânı doğrultusunda mümkün olacaktır. Her ne kadar bu yaklaşım hiç değilse Anayasa'ya aykırılığı bertaraf edecek olsa da bu yaklaşımın da sorunları vardır. Daha önce incelendiği üzere²⁸⁵ idarenin sözleşme yapma zorunluluğu zaten yoktur. Kaldı ki aşırı düşük teklifler verilmesi sebebiyle ihale iptal edildiyse, idarenin zaten sözleşme akdetmesi beklenemez. Bu sebeple anılan ibarenin yalnızca asli korumayı dışladığı görüşü kabul edilecek olursa hüküm anlamsız hale gelmektedir.

Sonuç itibariyle, kamu ihale mevzuatı idarenin sorumluluğuna ilişkin bir genel hüküm getirmediğinden dolayı sorunun Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerine ve idarenin sorumluluğu ilkelerine göre çözülmesi gerekmektedir. Bir sonraki iki kısım, tazminatın hangi sorumluluk türü uyarınca istenebileceğini ve buna binaen talep edilebilecek zararları, karşılaştırmalı hukuktan da faydalanarak irdelemektedir.

5.2. İdarenin Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması

Bu bölümün inceleme konusu idarenin ihale sürecindeki hukuka aykırılıkları sebebiyle isteklilerin tazminatı ne şekilde talep edileceği sorunudur. İsteklilerin başvurabileceği iki imkân akla gelmektedir, bunların ilki idarenin hizmet kusuru esaslarına göre bir tam yargı davasıyla zararın tazmininin talebidir. İkinci imkân ise daha tartışmalı olan *Culpa in contrahendo* sorumluluğudur, bu bölümün esas olarak inceleyeceği mesele idarenin kusur sorumluluğunun yanı sıra *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanmanın mümkün olup olmayacağıdır.

5.2.1. Türk Hukukundaki Görüşler

İYUK m. 2/b uyarınca “*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından*” açılacak tam yargı davasının (*recours de plein contentieux*), ihale süreci esnasında zarara uğrayan istekliler bakımından bir

²⁸⁴ Buz, *İhale*, s. 155.

²⁸⁵ Bkz. Bölüm 3.

imkân olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Tam yargı davası usulüyle açılacak davada sorumluluk sebebi idarenin kusur sorumluluğu²⁸⁶ olacaktır. İdare, ihale aşamasında isteklilere kusuruyla zarar verdiği için dolayı bu sebepten dolayı isteklilere karşı sorumlu olacağına şüphe yoktur, bu taleple açılacak tam yargı davasında görevli yargı kolu doğal olarak idari yargı olacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki şartlara ve sürelerle uymak kaydıyla tam yargı davası vasıtasıyla istekliler her daim tazminat talebinde bulunabilirler. Ancak ihale süreci esnasında zarara uğrayan istekliler açısından ikinci bir seçenek de akla gelmektedir.

Üçüncü Bölümde detaylı olarak izah edildiği üzere, kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş aşaması ve müzakereleri aşamasını ihale süreci teşkil eder. Bir özel hukuk sözleşmesinin müzakeresi aşamasında tarafların birbirlerine kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı ortaya çıkabilecek tazminat talepleri, *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna işaret edecektir. İlk defa Pandekt hukukunda *Rudolf von Jhering* tarafından ortaya atılan *Culpa in contrahendo*, tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkan güven ilişkisini ihlal ederek birbirlerine kusurlarıyla zarar vermeleri halinde ortaya çıkan menfi zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade eder²⁸⁷. Bu sorumluluğun şartları ve talep edilecek zararın türüyle ilgili detaylı açıklamalar yapılmadan önce tartışılıp tespit edilmesi bir mesele daha mevcuttur. Tam yargı davası vasıtasıyla talep edilecek kusur sorumluluğunun varlığı karşısında ve Türk ihale hukukunda iki aşama teorisinin benimsenmesi karşısında *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna başvurulmasının mümkün olup olmadığı inceleme konusu edilmiştir. Diğer bir deyişle bu bölümün inceleme konusu sözleşme öncesi dönemde idarenin kusur sorumluluğu ve akdi sorumluluğunun bir arada bulunup bulunmadığı meselesidir.

Bu hususta iki yaklaşımın benimsendiği görülebilir. Öncelikle *Demirboğa*'nın kısaca işaret ettiği görüş uyarınca idarenin ihale aşamasında isteklinin kusuru

²⁸⁶ İdarenin sorumluluğu her zaman kusur sorumluluğuna dayanmamaktadır, idarenin yürüttüğü tehlike (risk) içeren faaliyetleri ve fedakarlığın denkleştirilmesi gibi sebeplerle idarenin kusursuz sorumluluğu da mevcuttur. Ancak ihale aşamasındaki hukuka aykırılıklardan dolayı bu kusursuz sorumluluk hallerinin ortaya çıkmasını muhtemel bulmuyoruz. Ayrıca tam yargı davası açıldığında idarenin kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluğuna dayanılması yargı yolu ve *Culpa in contrahendo* sorumluluğuyla yarışması gibi inceleme konumuz olan meseleleri etkilemediğinden dolayı, "idarenin kusur sorumluluğu" ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

²⁸⁷ Rudolf von Jhering, **Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, IV. Band, 1. Heft, 1861.

sebebiyle zarara uğraması halinde idarenin *Culpa in contrahendo* esaslarına göre tazminat talebinde bulunması mümkün olacaktır²⁸⁸. Ancak isteklinin zarara uğraması halinde aynı imkân bulunmayacaktır. İstekli, idarenin hizmet kusuruna dayanarak tam yargı davasıyla haklarını ileri sürecektir²⁸⁹. Yazar, bu idare lehine yaklaşımı benimseme sebebini ifade etmemiştir. Ancak yazarın ifadelerinden şu gerekçe varsayılabilir: İdarenin kusuruna dayanan sorumluluğun sözleşme sırasında gerçekleşen zarar sebebiyle ileri sürülmesi halinde adli yargıya tâbi bir sözleşmesel sorumluluk söz konusu olabilecektir. Buna mukabil sözleşme öncesinde zararın gerçekleşmesi halinde kamu hukukuna tâbi bir süreç söz konusu olacaktır. Bu durumda isteklinin tazminat talep edebilmesi idarenin kusur sorumluluğuna ve usulen tam yargı davasına bağlanmıştır.

İlk bakışta bu yaklaşımın Türk ihale hukukuna tâbi olan “iki aşama teorisi” ile daha çok bağdaştığı düşünülebilir. Hatırlanacağı üzere iki aşama teorisi uyarınca kamu ihale sözleşmelerinin akdedilme süreci ikiye ayrılmaktadır. İhale süreci olan ilk aşama bütünüyle kamu hukukuna tâbidir ve bu sürece ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıya tâbidir. Ancak sözleşmenin yürürlükte olduğu ikinci aşama özel hukuka tâbidir ve borçlar hukuku normları uyarınca sorumluluğa ancak bu ikinci aşamada gidilebilir. Dolayısıyla ilk aşama esnasında sözleşme henüz kurulmamışken, hatta geçersizlik halinde hiç kurulmamışken özel hukuka mahsus *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna başvurulması mümkün gözükmez.

Ancak aksi yönde görüş beyan eden *Buz*, tam yargı davası usulüne tabi idarenin kusur sorumluluğunun yanı sıra *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun iki taraf için de mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazara göre kamu hukuku uyarınca bir talebin ileri sürülebilmesi, aynı sonuca özel hukuk yöntemleriyle ulaşılamayacağı ihtimalini dışlamamaktadır. Böyle bir dışlamaya dair açık bir kanun hükmü olmadığı gibi bir genel hukuk ilkesi de mevcut değildir²⁹⁰. Hatta bir adım daha ileri gidilecek olursa *Culpa in contrahendo* sorumluluğu ile idarenin kusur sorumluluğunun yarışmamasına dair bir engel görünmediği gibi iki sorumluluk türünün de var olması için hukuki şartların gerçekleşmiş olması halinde idare hukuku uyarınca tazminat sorumluluğunun üstün geleceğine dair bir kaide yoktur.

²⁸⁸ Demirboğa, **a.g.e.**, s. 78.

²⁸⁹ **A.g.e.**, s. 79.

²⁹⁰ *Buz, İhale*, s. 158.

Kanaatimizce, idarenin hukuka aykırılıklarından doğan tazminat talepleri idari yargının görev alanına tam yargı davasıyla bırakılmış gibi görünse de bu durum *Culpa in contrahendo* biçiminde ortaya çıkan ve idarenin hizmet kusurundan bütünüyle bağımsız bir akdi sorumluluğun varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Netice itibariyle, bizim de katıldığımız görüşe göre kamu ihale sözleşmeleri bakımından mümkün olacak *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, akdi sorumluluğun sözleşme öncesine yansımadır²⁹¹.

İdarenin *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun varlığının kabulü iki aşama teorisinin esaslarına da daha uygun olacaktır. Evvelden detaylıca bahsettiğimiz üzere, iki aşama teorisi kamu ihale sözleşmelerini zamansal (kronolojik) olarak ikiye ayırmamaktadır. İki aşama teorisinde vakıalar ya idarenin tek taraflı, sözleşmenin tarafının belirlenmesine yönelik işlemlerden (ihale) kaynaklanmaktadır, ya da sözleşme ilişkisinden kaynaklıdır. Somut olaydaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuki rejimin saptanması için sözleşmenin kurulup kurulmadığının araştırılmasından ziyade akdi ilişkiden kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılarak bir sonuca varılması gerekmektedir²⁹². Hatta Uyuşmazlık Mahkemesinin sözleşme kurulmamış olsa dahi idarenin sözleşmeye dayalı sorumluluğuna dayanarak dava ikame edildiğinden uyuşmazlığın adli yargıda görüleceğine dair kararları mevcut olduğunu burada hatırlatmayı uygun buluyoruz²⁹³.

Şu halde kamu ihale sözleşmeleri özel hukuka tâbi olduğundan, kronolojik olarak sözleşme kurulmadan önceki dönemde bir zararın gerçekleşmesi hali özel hukuktan kaynaklanan bir akdi sorumluluğu dışlamamalıdır. Akdi sorumluluğun sözleşme öncesi dönemde mümkün olabilmesi, idare hukuku doktrininde sözleşme öncesi gerçekleşen zararların sözleşme kaynaklı değil, idari işlemde doğan zararlar olduğu yönünde eleştirilere²⁹⁴ de cevap niteliğinde olacaktır. Şayet sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde idarenin sözleşmeden doğan sorumluluğunu ortaya çıkaracak bir vakıa söz konusuysa – ki bu *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna işaret eder – bu sorumluluk sebebiyle adli yargıda idareye karşı dava açılabilmesi mümkün olmalıdır.

²⁹¹ Eren, *Borçlar*, s. 1159.

²⁹² Bkz. Bölüm 2.2.4.

²⁹³ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2013/528 E., 2013/905 K., 27.12.2011 T. (R.G. 21.12.2013, 28858); Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2015/948 E., 2016/121 K., 14.03.2016 T. (R.G. 01.04.2016, 29671 - mükerrer).

²⁹⁴ Tan, *İdare Hukuku*, s. 942.

Bu görüşü güçlendiren iki önemli hususa değinilebilir. Öncelikle tam yargı davası vasıtasıyla idarenin kusur sorumluluğunun ileri sürülebilmesinin *Culpa in contrahendo* sorumluluğunu dışlayan bir imkân olduğunu ileri süren *Demirboğa*, idarenin istekliden tazminat taleplerinde *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir. Taraflar arasındaki bu asimetri, *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun temeli olan güven ilişkisiyle bağdaşmamaktadır. İdarenin istekliye yönelttiği taleplerde güven ilişkisi söz konusuysa, istekli idareden güven ilişkisine dayalı taleplerde de bulunabilmelidir²⁹⁵.

İkinci husus ise evvelden izah ettiğimiz, sözleşmenin iptali bağlamında çıkmaktadır. TBK m. 35 uyarınca kendi kusuruyla hataya düşen tarafın sözleşmeyi iptal etmesi yine mümkündür, ancak karşı tarafın iptalden doğan zararları tazmin edilecektir. Burada söz konusu olan ve kamu ihale sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacak sorumluluk türü *Culpa in contrahendo* sorumluluğudur²⁹⁶. Dolayısıyla, esaslı hata sebebiyle sözleşmeyi iptal eden idareye karşı tam yargı davası açılmayacağına göre²⁹⁷, idarenin kamu ihale sözleşmeleri kapsamında *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulama alanı bulabileceği bir mevzuat hükmüne rastlamak dahi mümkündür.

İdarenin sorumluluk sebeplerinin birden fazla olması ve bunlar bakımından farklı yargı kollarının görevli olması bir tereddüde sebep olabilir. Şayet zarara uğrayan istekli, idarenin hizmet kusuruna dayanarak dava açacak olursa, yani tam yargı davası açarsa, görevli yargı kolu idari yargı olacaktır. Öte yandan, isteklinin dayanacağı sorumluluk sebebi akdi sorumluluk, yani *Culpa in contrahendo* olacaksa, görevli yargı kolu adli yargı olacaktır. Bu, sanki isteklinin yargı kolları arasında bir seçimlik yetkisi varmış gibi bir izlenim uyandıracaktır. Görev kamu düzeninden olduğundan dolayı ve kanunla belirlendiğinden dolayı bu kabul edilebilir bir sonuç olamaz. Fakat görüşümüz böyle bir sonuca asla varmamaktadır.

Aksine, burada sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde isteklinin yöneleceği idarenin iki farklı sorumluluk sebebi ve ikisinin de şartlarının oluşması halinde bunlar arasında bir seçimlik yetki mevcuttur. İki sorumluluk sebebinin şartları ve sonuçları farklılık arz etmektedir ve istekli bunların yalnızca birini seçebilir, eğer idarenin kusur sorumluluğunu tercih ederse kanun idari yargıyı görevli tayin etmiştir (İYUK m. 2).

²⁹⁵ Buz, *İhale*, s. 159.

²⁹⁶ A.g.e., s. 160.

²⁹⁷ A.g.e.

Öte yandan istekli, idarenin akdi sorumluluğunu tercih ederse adli yargı görevli tayin edilmiştir²⁹⁸. Dolayısıyla yargı kolları arasında bir seçimlik yetki değil, sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde bunlar arasında bir seçimlik yetki söz konusudur, sebepler ise farklı yargı kollarının görev alanına sokulmuştur.

Yargıtay'ın idarenin akdi sorumluluğu bağlamda verdiği çok ilginç bir karar vardır²⁹⁹. Karara konu olayda idare, kırsal motorin, euro dizel ve kurşunsuz benzin ihalesine çıkmış, ihalede en avantajlı teklifi veren istekliyle sözleşme imzalamıştır. Sözleşme belli bir süre boyunca devam etmiş, istekli idareye ihale konusu malları sağlamıştır. Ardından Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun kırsal motorini yasaklaması sebebiyle idare sözleşmeyi "feshetmiş" ve yasaklanmayan malların (euro dizel ve kurşunsuz benzin) alımı için tekrar ihaleye çıkmıştır. Sözleşmenin karşı tarafı olan istekli ise idareye önce feshin haksız olduğu gerekçesiyle dava açmıştır. Bu dava devam ederken ise ikinci ihaleye katılarak damga vergisi ödemek şeklinde ihale masrafları yapmıştır.

İsteklinin açtığı mahkemenin feshin haksız olduğuna karar vermesi ve kararın kesinleşmesi üzerine idare, ilk sözleşmenin devam etmesi sebebiyle ihaleyi iptal etmiştir. İstekli ise ikinci bir dava açmış ve yatırdığı damga vergisinin tazminini idareden talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş, bunun üzerine dava Yargıtay 13. HD'nin huzuruna gelmiştir³⁰⁰.

Yargıtay, isteklinin ikinci ihalede ödediği damga vergisini "menfi zarar" olarak değerlendirmiş ve isteklinin bu zararının tazmin edilmesi gerektiğine³⁰¹, kanaatimizce haklı olarak karar vermiştir. Yargıtay bu durumu açıkça belirtmese de, *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun varlığını kamu ihale sözleşmeleri bakımından kabul etmiştir. İhale sırasında isteklinin uğradığı zarar bakımından tam yargı davasına gitmeye istekli mecbur tutulmamıştır. Ayrıca zararın menfi olarak nitelendirilmesi, Yargıtay'ın bu zararı taraflar arasında mevcut bulunan sözleşme ilişkisi kapsamında değil, ikinci ihale sonucunda imzalanacak olan sözleşme kapsamına soktuğu anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım da doğrudur, çünkü mevcut sözleşmeden doğan bir ifa beklentisinden doğan bir zarar söz konusu değildir³⁰².

²⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2014/1097 E. 2014/1145 K., 29.12.2014 T. (R.G. 21.01.2015, 29243).

²⁹⁹ Yargıtay 13. HD., 2012/22272 E., 2013/3826 K., 20.02.2013 T. (Lexpera).

³⁰⁰ Yargıtay 13. HD., 2012/22272 E., 2013/3826 K., 20.02.2013 T. (Lexpera).

³⁰¹ Yargıtay 13. HD., 2012/22272 E., 2013/3826 K., 20.02.2013 T. (Lexpera).

³⁰² Menfi ve müspet zarar ayrımı bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm 5.2.3.

Özetle istekli, ikinci bir sözleşmenin akdedileceğine dair bir güven içerisinde masraflar yapmış, bu güvenin boşa çıkması sebebiyle zarara uğramıştır. Yargıtay da bu zararın tazminine karar vermek suretiyle kamu ihale sözleşmelerinde *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun önünü açmıştır.

Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan ihaleler bakımından da *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun kabul edildiği bir Yargıtay kararına rastlamak mümkündür. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün imzaladığı kira sözleşmesinde kiracı sıfatındaki davacıya sözleşme görüşmeleri esnasında kiralanan taşınmazın iskân durumuna ilişkin yanıtıcı bilgi vermesi sebebiyle bu dönemdeki kusurlu davranışından dolayı *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğduğuna kanaat getirilmiştir³⁰³.

5.2.2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar, yukarıdaki görüşümüzle benzerlikler taşımaktadır. Bu çalışmada Fransız hukuku ve Alman hukuku özellikle incelenmiştir.

5.2.2.1. Alman Hukukundaki Durum

Evvela Alman Hukukunda sözleşmeden önce isteklinin uğradığı zararların tazmininde (yukarıda bahsettiğimiz AB müktesebatı ile de uyumlu olarak) terditli tazminat imkanları öngörülmektedir. Öncelikle Almanya'da kamu ihalelerinin tâbi olduğu Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 126, yukarıda izah edilen 2007/66/EC sayılı AB Yönergesinin getirdiği ve ispat kolaylığının sağlandığı tazminat talebini öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu hükme dayanarak tazminat talebinde bulunan istekliler ancak ihaleye teklif verme hazırlığı sebebiyle uğradıkları zararları talep edebilirler; yani sınırlı menfi zararın tazmini imkânı söz konusu olacaktır³⁰⁴.

Alman Hukukunun istekliler için öngördüğü ikinci imkân, *Culpa in contrahendo* sorumluluğudur³⁰⁵. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca zararların tazmini için belli şartların varlığı aranmaktadır. Bunların ilki, taraflar arasında hukuk düzeninin koruduğu bir "güven ilişkisinin" varlığıdır. Bu güven ilişkisinin bir ihale sürecinde

³⁰³ Yargıtay 13. HD, 1992/2492 E., 1992/4759 K., 21.05.1992 T. (*Lexpera*).

³⁰⁴ Schebesta, **a.g.e.**, s. 130-131. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun Almanya'da yargı tarafından dürüstlük kuralı uyarınca uygulanan bir doktrin olarak ilk hayat bulduğunu, ardından yakın zamanda BGB'de düzenlenerek kanunlaştığını burada belirtmekte fayda vardır.

³⁰⁵ **A.g.e.**, 124.

ortaya çıktığına dair şüphe olmamakla beraber güven ilişkisinin ortaya çıktığı anın tespiti ihale usulüne göre değişmektedir; örneğin “açık arttırma usulünde” ihale ilanının yapıldığı an hatta bundan da önce, ihaleyi açan kurumun mal ve hizmet temin etmeye dair bir ilgi belirtmesi dahi olabilir³⁰⁶. Buna mukabil, Türk hukukundaki pazarlık ve doğrudan temin usullerine benzeyen ihale yöntemlerinde sözleşme imzalanmasına davet aşamasında da güven ilişkisinin ortaya çıktığı söylenebilir. Bu güven ilişkisinden dolayı birtakım davranış yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır, bunların kusurlu olarak ihlalleri *Culpa in contrahendo* sorumluluğunu doğuracaktır: Bilgi verme, açıklamada bulunma, sadakat yükümlülüğü gibi.³⁰⁷ Hatırlatılmalıdır ki ihale isteklilerine tanınan ispat kolaylığı *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna sirayet etmemektedir. Zarar ve kusurun yanında isteklilerin uygun illiyet bağıını ispat etmesi gerekecektir.

Şayet *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun da şartları yerine gelmediyse, isteklilerin genel hükümler uyarınca tazminat talep edebileceği birden fazla yöntem mevcuttur. Bunların başında gelen haksız fiil sorumluluğunun söz konusu duruma uygulanıp uygulanamayacağı Alman hukukunda tartışmalı olmakla beraber, henüz *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna sebebiyet verecek güven ilişkisinin doğmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği kabul görmektedir³⁰⁸. Ayrıca Alman Anayasasında (*Grundgesetz*) kaynağını bulan devletin sorumluluğu veya şartların varlığı halinde kamu görevlisinin sorumluluğu da isteklilerin zarar talep etmesi için var olan ikincil nitelikte imkânlardır.

5.2.2.2. Fransız Hukukundaki Durum

Türk idare hukukunun kaynağı olan Fransız hukukundaki yaklaşımı incelemekte de fayda olacaktır. Fransız hukukunda 2007/66/EC sayılı Yönergenin uygulanması idareyle sözleşmesel ilişki içerisinde olan tarafa yönelik olmuştur³⁰⁹. Buna mukabil üçüncü kişi sıfatında olan diğer isteklilerin tazminat talepleri yargı kararlarıyla gelişmiştir. *Conseil d'Etat*, önce *Tropic Travaux*³¹⁰ kararında genel ilkeyi ortaya koymuş, ardından *Société Rebillon Schmit Prevot*³¹¹ kararında bu ilkeyi genişletmiştir. İdarenin ihale sürecindeki hukuka aykırılıkları sebebiyle zarara uğrayan istekliler,

³⁰⁶ Schebesta, **a.g.e.**, s. 125 vd.

³⁰⁷ **A.g.e.**

³⁰⁸ **A.g.e.**, s. 127-128.

³⁰⁹ **A.g.e.**, s. 139.

³¹⁰ CE, 16 Temmuz 2007, *Sté Tropic Travaux signalisation*, n° 291545.

³¹¹ CE, 11 Mayıs 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot*, n° 347002.

şartların oluşmuş olması halinde ihale sözleşmesinin geçersiz olduğunun mahkeme tarafından tespitini ihalenin sonuçlanıp sözleşmenin imzalanmasını takip eden iki ay içerisinde talep edebilirler. Buna ek olarak, sözleşmenin geçersizliği iddiasıyla birlikte ve buna bağlı olarak bir tazminat talep edebilecekleri gibi, ayrı bir davayla ihale sürecine dair herhangi bir hukuka aykırılıktan doğan zararlarının tazminini de talep edebilirler. Tazminat talepleri iki aylık süreyle kısıtlı değildir³¹². Bu iki kararın yakın tarihli olduğuna ve sürekli olarak yeni yargı kararlarıyla yeniden yorumlandığına dikkat çekerek, doktrinde bu alanın yakında yeni gelişmelere konu olacağı belirtilmiştir³¹³.

İsteklilerin idareye yöneltecekleri tazminat talebi, Fransız hukukunda bir sözleşmesel sorumluluk hali olarak değerlendirilmez. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunu devreye sokarak akdi sorumluluğu sözleşme öncesine taşıyan Alman hukukunun aksine, Fransız hukuku isteklilerin idareyle bir “zımnî sözleşme” ilişkisi içerisinde olmadığı şeklinde değerlendirir. Dolayısıyla “sözleşme dışı sorumluluk” (*responsabilité extra-contractuelle*) burada söz konusu olacaktır³¹⁴.

Bu noktada Fransız hukuku yaklaşımıyla ilgili değinilmesi gereken son husus, kusur ve illiyet bağımlılığını ilgilendirmektedir. *Conseil d’Etat*, yerleşmiş içtihadına göre idarenin ihale sürecinde hukuka aykırı davranışının (AB hukukunun aksine idarenin hukuka aykırılığın ciddiyetine ilişkin ayrı bir inceleme Fransız hukukunda gerekmemektedir), haksız fiil hukuku bakımından kusuru beraberinde getirdiğine kanaat getirmiştir³¹⁵. Bu sebeple idarenin ayrıca kusurunun ispat edilmesine gerek olmadığından, idarenin ihale hukuku kapsamındaki tazminat yükümlülüklerini “kusursuz sorumluluk” olarak değerlendiren bir görüş mevcuttur³¹⁶. Bu değerlendirmenin Türk hukukuna uygulanabilirliği kanımızca şüphelidir. Kusursuz sorumluluk, sorumluluk hukukunda kusur sorumluluğuna istisnâ niteliktedir. İstisnai bir sorumluluk türünün kural olarak kanunla öngörülmesi gerekirken bütünüyle içtihadî olarak ortaya çıkması sakıncalı bir yaklaşım olabilecektir. Diğer taraftan, Türk

³¹² CE, 11 Mayıs 2011, *Société Rebillon Schmit Prevot*, n° 347002.

³¹³ Élise Langelier, “L’Évolution du Contentieux des Contrats Administratifs: À Quand l’Acte IV?” **La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales**, No. 47, 2014, s. 230.

³¹⁴ Schebesta, **a.g.e.**, s. 139 vd.; François Lichère, “Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France”, **Public Procurement Law Review**, 171, 2006, s. 172.

³¹⁵ Conseil d’Etat, 26 Ocak 1983, No. 84768.

³¹⁶ Schebesta, **a.g.e.**, s. 141. Çeviri hatası olmaması açısından, yazarın burada kullandığı ifadenin “objective liability” ve zaman zaman “strict liability” olduğunu not etmekte fayda vardır. Kusursuz sorumluluk için doktrinde “objektif sorumluluk” teriminin de kullanıldığından da hareketle, yazarın yaklaşımını Türkçeye çevirirken “kusursuz sorumluluk” ifadesi kullanılmıştır.

idare hukukundaki kusursuz sorumluluk halleri, özel hukuktan farklı olarak açık kanun hükümlerine dayanmaktansa zaten içtihadı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak Türk hukukunda idarenin kusursuz sorumluluk halleri bu durumu karşılamamaktadır. Fransız hukukunda idari makamların sorumluluğunu kusursuz sorumluluk tahtında değerlendirme geleneği³¹⁷ ile bu yaklaşım uyuşsa da, Türk hukuku bakımından bu yaklaşım uyumsuz durmaktadır. Bu sebeple idarenin ihale sürecinde hukuka aykırı davranışının aynı zamanda idarenin kusuruna işaret ettiğine dair bir adi karinenin varlığı yönünde görüşün kabul edilmesi daha sağlıklı olacaktır.

İllyet bağı açısından ise yukarıda belirttiğimiz AB Hukuku yaklaşımı burada da geçerlidir: Zarar ve kusuru beraberinde getiren hukuka aykırılık arasında uygun illiyet bağı aranmak yerine iki aşamalı bir kriter öngörülmüştür. öncelikle tazminat talep eden isteklinin ihaleyi kazanma ihtimalinin hukuka aykırılıkla ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı tespit edilir. Ardından isteklinin ihaleyi kazanmaya dair “ciddi bir ihtimali” olup olmadığı belirlenir³¹⁸.

Karşılaştırmalı hukuk sistemleri arasında Alman ve Fransız yaklaşımlarının ayrı ayrı incelenebilmesi, konunun aydınlatılması açısından büyük bir imkân tanımıştır. Türk hukuku özellikle idare hukuku ve özel hukukun kesiştiği noktada Kıta Avrupası sistemlerinden herhangi birini aynen takip etmediğinden, birden fazla hukuk sisteminin yaklaşımının Türk hukukuna uygulanabilir taraflarıyla ele alınarak çözüme varılması gerekmektedir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun kökeni Alman hukukuna dayanmaktadır. Almanya’da kamu alımlarından doğan zararların giderilmesinde *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun önemli bir yeri bulunmaktadır, ancak Türk hukukundan farklı olarak kamu ihaleleri rejiminde özel hukuk teorisinin benimsenmesi sebebiyle idari yargının görev alanına giren meselelere ilişkin yukarıda ifade edilen soruna dair uygulanabilir bir tespitte bulunmamaktadır. Bu bakımdan Fransız hukuku da idari yargının görev alanına giren meselelerde bile taraflar açısından akdi sorumluluk, istekliler açısından haksız fiil sorumluluğu öngörmekte ve taraflara birden fazla dava imkânı sunmaktadır. İki hukuk sisteminde de AB müktesebatına uygun biçimde isteklilerin zarar talep etmelerini koruma amacı güden önlemler ve yarışan sorumluluk sebepleri öngörülmektedir.

³¹⁷ Schebesta, **a.g.e.**, s. 141.

³¹⁸ **A.g.e.**, s. 142 vd.

Bu kısımda karşılaştırmalı hukuktaki duruma çalışmanın diğer bölümlerine kıyasla daha detaylı olarak yer verilmiştir. Bunun altında Türk hukukuna dair bir temenni yatan belli bir sebebi vardır. Kanun koyucunun veya kanun koyucunun gerekli düzenlemeleri yapmaması halinde yargı kamu ihale sözleşmelerinden doğan tazminat taleplerini daha somut bir zemine oturtmalıdır. Çok çeşitli yaklaşımları bilimsel ve yargısal içtihadında benimseyen yabancı hukuk sistemlerinden yararlanarak isteklilerin etkin bir biçimde tazminat talep edebileceği bir hukuki ortamın yaratılması, ihale hukukunun sağlıklı işleyebilmesi için çok önemlidir. Bu belirlemenin tazminat taleplerini somut ve öngörülebilir hale getirmesi, Türk hukukundaki mevcut sistemi zedeleyecek şekilde de olmayacaktır. Kanaatimizce hem idari yargıda tam yargı davası vasıtasıyla talep edilecek idarenin kusur sorumluluğuna dayanan, hem de adli yargıda talep edilecek *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanan tazminat davasının isteklinin seçimine amade olması gerekmektedir. Ancak karşılaştırmalı hukuka olduğu gibi bunun somut olarak yasal düzenlemeler veya yargı kararlarıyla belirlenmesi gerekmektedir. Yine aynı şekilde, etkin tazminata müsaade edecek mekanizmaların da oturtulması gerekmektedir.

5.2.3. Talep Edilebilecek Zararlar

Bu kısımda, idare tarafından sözleşme öncesinde zarara uğrayan isteklilerin talep edebileceği zarar kalemleri incelenecektir. Burada esas itibarıyla konumuzu ilgilendiren, uygulama alanı bulması gerektiğini savunduğumuz *Culpa in contrahendo* sorumluluğu tahtında isteklilerin talep edebileceği zarar kalemleridir. Bu bakımdan yeri geldiğinde karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılacaktır.

Evvela, müspet zarar ve menfi zarar kavramlarının açıklanması gerekecektir. Müspet zarar (olumlu zarar, *das positive interesse*) var olan bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından doğan zararlardır. Bugün zararın tanımı bakımından kabul gören *Mommsen*'in fark teorisi uyarınca müspet zarar, alacaklının malvarlığının sözleşmenin ifa edilmemesi sonrası bulunduğu gerçek durum ile sözleşme gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının bulunacağı farazi, fiktif durum arasındaki farktır³¹⁹. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere müspet zarar ifa

³¹⁹ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, C.1, s. 386; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 56; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Serozan, *Dönme*, s. 632 vd.; Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 436; Eren, *Borçlar* s. 1083 vd.; Jhering, **a.g.e.**, s. 17-18.

menfaatini karşılamaktadır, yani alacaklının ifanın sonucu olarak beklediği kazancın gerçekleşmemesi sebebiyle uğranılan zarardır.

Buna mukabil menfi zarar (olumsuz zarar, *das negative interesse*) ifa menfaatine ilişkin değildir. Menfi zarar uyarınca korunan, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulup ifa edileceğine ilişkin duyulan güvenin ihlali sebebiyle ulaşılan zarardır. Menfi zarara uğrayan taraf, sözleşmenin kurulacağına güvenerek masraf ve giderlere katlanmış, hatta aynı konuda başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmıştır. Eğer bu güven boşa çıkar³²⁰ ve sözleşme karşı tarafın kusuru sebebiyle kurulmaz veya geçersiz hale gelirse, zarara uğrayan menfi zararlarını talep edebilecektir³²¹. Menfi ve müspet birbirlerini kural olarak birbirlerini dışlayan zarar türleridir. Eğer zarara uğrayan müspet zarar talep edebiliyorsa ifa menfaatinin korunmasını talep etmektedir ve sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenerek yaptığı masraflara katlanacaktır, zira ifa menfaatine ulaşmıştır. Öte yandan menfi zararın talep edilebilmesi halinde sözleşme geçersiz veya hiç kurulmamış olacağından zaten ifa menfaatine ulaşılabilmesi söz konusu olmayacaktır³²². Bu kuralın istisnalarının kanun tarafından öngörüldüğü durumlar mevcuttur. TBK m. 39/2 uyarınca hile veya tehdit sebebiyle bağlayıcı olmayan sözleşmenin onanmış sayılması halinde geçerli bir sözleşme söz konusu olacaktır, ancak menfi zararın talep edilmesi mümkün olacaktır. Diğer taraftan TBK m. 35/2 uyarınca hata sebebiyle sözleşmeyi iptal eden tarafın hatasında kusurlu olması halinde hakkaniyetin gerektirmesi şartıyla müspet zararın tazminine karar verilebilir³²³.

Bu açıklamalar ışığında kamu ihale sözleşmelerinde *Culpa in contrahendo* sorumluluğu esaslarına dönülecek olursa, bu sorumluluk rejimine göre isteklilerin kural olarak idareden talep edebilecekleri zarar, menfi zarardır. *Culpa in contrahendo*, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirlerine kusurlarıyla zarar vermeleri hallerine tekabül etmektedir. Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar birbirlerine “yabancı” kişiler veya “tesadüfen karşılaşan” kişiler değildir. Bu sebeple tarafların arasında diğer taraftan görüşmeler esnasında zarar görmeyeceklerine dair bir güven ilişkisi oluşur ve bu kişiler haksız fiil değil, akdi sorumluluğa göre sorumlu tutulurlar.

³²⁰ Müspet zarar söz konusu olduğunda da ifanın gerçekleşeceğine ilişkin bir güven doğal olarak vardır, ancak müspet zarardan sorumluluk bu güvenden değil, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanmamaktadır ve müspet zararın talep edilebilmesi için ispatı zorunlu değildir. Menfi zarar bakımından ise Bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 57 vd.

³²¹ Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 57 vd.; karşı. Schwenzer (naklen: Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 57 vd.)

³²² A.g.e.

³²³ A.g.e., s. 62-64.

Dolayısıyla tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında birbirlerine verdikleri zararlar, kural olarak menfi zarardır: *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğması halinde zarara uğrayan taraf sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenmiş, ancak bu güvenin ihlâli sebebiyle zarara uğramıştır.

Menfi zararın kapsamına isteklinin sözleşme kurulacağına güven duyarak ihale aşamasındaki teklifin hazırlanması ve ihaleye girilmesi için yapılan harcamalar ve masraflar girmektedir. Buna örnek olarak yukarıda belirtilen Yargıtay kararında isteklinin ödediği damga vergisi verilebilir. Öte yandan ihale aşamasında aynı güven sebebiyle ifa hazırlıklarına başlanmış olması halinde bu menfi zararların talep edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir³²⁴. Buna dayanak olarak idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmaması gösterilmektedir. Bu sebeple ifa hazırlığı amacıyla yapılan harcamalar, isteklinin üstlendiği risk olarak kalacak ve menfi zarar kapsamında tazmin edilmeyecektir. Bu kuralın istisnası olarak idarenin istekliye “zaman kaybedilmemesi” amacıyla sözleşmenin henüz imzalanmamasına rağmen (Kamu İhale Kurumu nezdinde devam eden itiraz süreci, örneğin) ifa hazırlıklarına başlamasına dair talimat vermesi gösterilmiştir³²⁵. Bu örnekte idarenin, itirazların reddedilip sözleşmenin imzalanacağı varsayımıyla verdiği talimata güven sebebiyle ifa hazırlıkları yapılmıştır. Bu örneği genişletmek gerekecektir, açık bir talimat olmadan da idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun yokluğunu göz ardı ettirecek ve sözleşmenin imzalanacağına dair istekliden bir güven oluşturacak tüm davranışların varlığı halinde ifa hazırlıklarının menfi zarar kapsamına dâhil edilmesi gerekecektir. Ancak pratikte bu duruma bir örnek bulmak pek güçtür, zira sözleşme imzalanıncaya dek idare, kamu ihale mevzuatının öngördüğü düzen hükümlerinin dar sınırları içerisinde hareket ettiğinden bu yönde bir güveni oluşturacak davranışın ne şekilde olacağını belirlemek güçtür.

Tartışmalı bir mesele, *Culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan müspet zararın tazmin edilip edilemeyeceğidir. Yukarıda yapılan açıklamalar ve *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşmenin geçersizliğine rağmen taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan bir sorumluluk olması sebebiyle bu sorunun cevabı kural olarak olumsuz olmalıdır. Ancak istisnai halde müspet zararın tazmininin mümkün olup olmadığı hem genel olarak, hem de kamu ihale sözleşmeleri özelinde

³²⁴ Buz, *İhale*, s. 171; Beyeler, **a.g.e.**, Nr. 808-809.

³²⁵ Buz, *İhale*, s. 171.

tartışılmıştır. *Ergüne*, *Culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan müspet zararların ancak istisnai olarak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Bunun dayanağı olarak *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda dahi ifa menfaatine ulaşan tazminata hükmeden TBK m. 35/2 (e. BK m. 26/2) ile TBK m. 47/2 (e. BK m. 29/2) gösterilmektedir. Hakkaniyetin gerektirmesi halinde *Ergüne*'ye göre bu hükümler kıyasen uygulanarak müspet zararın tazmini sonucunu doğuracaktır³²⁶. Öte yandan *Buz*, konuyu kamu ihale sözleşmeleri özelinde inceleyerek müspet zararın *Culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamına asla sokulamayacağını, zira bu yaklaşımın *Culpa in contrahendo* kavramının içini boşalttığını savunmaktadır. Öte yandan anılan yazar, müspet zararın talep edilememesi halinin getirebileceği adaletsizliğe de kayıtsız kalmamaktadır. Müspet zarar kapsamına giren kâr kaybının tazmin edilmemesinin kabul edilemeyeceği haller³²⁷ olduğunu kabul etmekle beraber, yazar bunların tazmininin ancak haksız fiil esaslarına göre mümkün olabileceği ve *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun her halükarda müspet zararı dışladığını belirtmektedir.

Alman hukukunda kural olarak ihale aşamasında idarenin hukuka aykırılıkları sebebiyle ortaya çıkacak tazminat taleplerinde menfi zararların talep edilmesi söz konusudur. Bu, yukarıda da değinildiği üzere kolaylaştırılmış ispat yüküne dayanarak menfi zararların belli bir kısmının talep edilmesi olabileceği gibi *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanarak menfi zararların tamamının talep edilmesi şeklinde de olabilecektir³²⁸. Müspet zararlar ise kural olarak (yine idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmaması gerekçesiyle) talep edilememekle beraber, son yıllarda gelişen mahkeme içtihadı, aşağıdaki istisnayı beraberinde getirmiştir. Eğer ihale dışı bırakılarak zarara uğrayan isteklinin yerine başka bir istekliyle aynı sözleşmeyi imzaladıysa, idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun var olmadığından ve yalnızca tali korumadan faydalanabileceğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır³²⁹. Zarara uğrayan isteklinin kâr kaybını talep edebileceği bu halde kabul edilmiştir. Ancak bu yalnızca istisnai bir asli koruma haline işaret etmektedir ve *Culpa in contrahendo*

³²⁶ *Ergüne*, *Olumlu Zarar*, s. 918.

³²⁷ Bu hallerden birine yazarın gösterdiği örnek şudur: “*İhaleyi açan kurumun ihale mevzuatına açıkça aykırı hareket etmesi ve kasıtlı olarak, hatta çeşitli manipülasyon veya rüşvet kokuları yayar bir tarzda, ekonomik açıdan en uygun teklifi veren istekli ile değil de sonraki sırada gelen isteklilerden biri ile sözleşme yapması durumu [...]*”. Bkz. *Buz*, *İhale*, s. 173.

³²⁸ Schebesta, **a.g.e.**, s. 130 vd.

³²⁹ **A.g.e.**; OLG Koblenz, 6.2.2014, 1 U 906/13.

sorumluluğunun kapsamını genişleterek müspet zararın dahil edildiği bir örnek olarak gösterilemez.

Bir sonuç olarak bu farklı yaklaşımlar toparlanacak olursa, *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun kamu ihale sözleşmeleri bakımından kabul edilmesi, idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun öngörülmemesi ve tali koruma esasının kabulü, idarenin akdi sorumluluğu bakımından kendi içinde tutarlı bir sistematik oluşturmaktadır. Bu akdi sorumluluğa müspet zararın istisnai olarak dahi dahil edilmesi bu sistematığın altüst olması anlamına gelecektir ve kabul edilmemelidir³³⁰. Ancak akdi sorumlulukta müspet zarar kalemi olarak istenebilecek zararların varlığında bu zarar kalemlerinin talep edilememesinin adaletsizlik yaratacağına şüphe yoktur. Bunların da tazmininin mümkün olması gerekecektir. Ancak bu *Culpa in contrahendo* sorumluluğu tahtında olamaz. Kâr kaybı gibi zararların talep edilebileceği mekanizma, bir sonraki kısımda işlenmiştir.

5.3. Haksız Fiil Sorumluluğu

Yukarıda kısaca değinildiği üzere, haksız fiil sorumluluğunun idarenin isteklilere karşı sorumluluğu bağlamında uygulama alanını da incelemek gerekecektir. Bu hususta evvela kesin şekilde belirtilecek şey şudur. İdarenin, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından önceki dönemde sebep olduğu zararların haksız fiil esaslarına göre tazmini için adli yargıya başvurulamaz. Bu yaklaşım açıkça Türk hukukunda benimsenen “iki aşama teorisinin” erozyona uğratılmasından ibaret olacaktır. Sözleşme öncesi dönem, yani ihale aşaması kamu hukukuna tâbidir ve akdi sorumluluk esasına dayanmayan bir talep ancak idari yargıda, idarenin hizmet kusuru gerekçesine dayanmaktadır.

Bununla beraber, idarenin ihale döneminde sebep olduğu zararlara karşı tam yargı davası çerçevesinde haksız fiil sorumluluğunun uygulama alanı olacaktır. İdare hukukunda “idarenin hizmet kusuru” olarak adlandırılan sorumluluk rejimi, yapısı itibariyle haksız fiil sorumluluğuyla benzerlikler taşımaktadır. Tam yargı davasında da zarar, kusur, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurları idarenin sorumluluğu için aranmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu uyarınca istenebilecek zarar türleri, “kamu hukuku mevzuatında yer almayan meselelerin özel hukuk kurumlarıyla çözülmesi ilkesi”³³¹ uyarınca tam yargı davasında uygulama alanı bulacaktır. Bu sayede *Culpa in*

³³⁰ Buz, *İhale*, s. 173 vd.; karşı. Ergüne, *Olumlu Zarar*, 919-920.

³³¹ Gözler, *a.g.e.*, s. 942 vd.

contrahendo sorumluluğu uyarınca istenemeyecek zarar kalemleri (kâr kaybı gibi) idarenin kusur sorumluluğuna dayandırılan bir tam yargı davasıyla talep edilebilecektir.



6. İDARİ YARGI TARAFINDAN VERİLEN İPTAL KARARLARININ KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

Bu çalışmanın son bölümü, çözmeye çalıştığı en tartışmalı meseleyi ve çalışmanın çıkış noktasını konu etmektedir. Çalışmanın yukarıda arz edilen bölümlerinin çoğu, bu nihai sonuca destek olacak nitelikte hukuki tartışmalar barındırmaktadır ve bu bölümdeki tartışmaya yeri geldikçe dayanak oluşturmaktadır.

Giriş bölümünde kısaca sunulan soruna burada tekrar daha detaylıca değinilecek olursa, bu bölüm, şu meseleyi cevaplamaya çalışmaktadır:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca yürütülen bir ihalenin sonucunda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca idare ile ekonomik olarak en avantajlı teklifi veren istekli arasında bir sözleşme imzalanmaktadır. Şayet diğer istekliler, ihalenin hukuka aykırı olarak yürütüldüğünü ve/veya haksız olarak ihaleyi kazanmadıkları iddiasındalarsa, başvurabileceği birtakım yasal çareler vardır. Evvela Kamu İhale Kurumu'na yukarıda bahsedilen itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Bu başvuru yapıldıysa sözleşme imzalanamayacaktır. Ancak Kamu İhale Kurumu'nun başvuruyu reddetmesi halinde idare ve istekli, sözleşmeyi imzalayarak ifa hareketlerine başlayabilecektir.

İhaleyi kazanmayan isteklilerin yasal çareleri bu noktada tükenmeyecektir. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu buyuran Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca istekliler idari yargıda ihalenin iptalini talep edebilecektir. İdare mahkemesinin iptal kararı vermesi üzerine ihale iptal edilecek ve ihale işleminin yapılmasından önceki hukuki durum tesis edilecektir³³². Ancak, ihalenin iptali karşısında halihazırda imzalanmış ve ifa edilen sözleşmenin akıbeti ne olacaktır? İhalenin hukuk dünyası nezdinde “ortadan kalkması” karşısında sözleşme aynı akıbeti uğrayarak geçmişe etkili olarak geçersiz mi olacaktır? Yoksa sözleşmenin geçerliliği, ihalenin iptalinden etkilenmeyecek midir?

³³² Özay, *Gümüşğında Yönetim*, s. 539; Gözübüyük / Tan, **a.g.e., C.2**, s. 573;

Bu, cevaplanması güç bir sorudur. Kamu ihale sözleşmeleri, hem taraflardan birinin devlet otoritesi olması, hem de idarenin sözleşme yapma sürecinin “iki aşama teorisine” tâbi olması sebebiyle nev’i şahsına münhasır niteliktedirler. Sözleşmenin kuruluş aşamasının kamu hukuku, sözleşmenin kendisinin ise özel hukuka tâbi olması beraberinde karışık bir durum getirmektedir. Nitekim bu mesele hem uygulamada sıkıntılara yol açmış, hem de yasal düzenlemelerle defalarca aşılmaya çalışılmıştır.

Durumun iktisadi olarak hassasiyet yarattığı da şüphesizdir. Kamu ihaleleri sıklıkla yüksek maliyetli ve ülke ekonomisi bakımından kritik önemde sözleşmelerle sonuçlanabilmektedir. Bu çalışmada sözleşmenin, ihalenin iptali karşısında akıbeti konusunda yapılacak tespitin bu düzlemde de önem arz edeceği şüphesizdir.

Bu bölüm, sözleşmenin akıbetine ilişkin önerilen üç farklı görüşü ayrı ayrı değerlendirecek şekilde üçe ayrılmıştır. İlk yaklaşım Türk idare hukuku doktrininde sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia eden ve bazı yargı kararlarında benimsenmiş görüştür. İkinci görüş, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de benimsenmiş geçerlilik görüşüdür. Bu yaklaşıma göre idari işlemin iptali özel hukuk işlemi olan kamu ihale sözleşmesini kendiliğinden geçersiz kılmayacaktır, ancak şartların gerçekleşmesi halinde tarafların sözleşmeyi feshetme yetkisi doğacaktır. Bu görüş, benzer bir yaklaşımı benimseyen ve 2017 yılında Kamu İhale Genel Tebliği’ne eklenen 25.4. madde üzerinden de değerlendirilecektir. Son olarak, son yıllarda Yargıtay kararları tarafından yansıtılan “hukuki ifa imkânsızlığı” yaptırımını öngören görüş üzerinde durulacaktır.

6.1. Geçersizlik Görüşü

İdari yargı kararıyla ihalenin iptal edilmesi sonucunda sözleşmenin geçersizliğini savunan yazarlar, idare hukuku literatüründe konuyu incelemektedirler ve görüşleri bütünüyle yeknesak değildir. Farklı yaklaşımlar ayrı ayrı incelenecek olursa, bu görüşü en detaylı olarak inceleyen yazarın Özay olduğu görülecektir. Özay, iki farklı eserinde³³³ ihale işlemini sözleşmenin temeli addeder ve bu doğrultuda evvela şu görüşü ileri sürer: “*İdari yargının verdiği iptal kararları ‘geriye yürür’, retroaktiftir, yani o işlem ve karar ‘hiç yapılmamış gibi’ bir ‘fiktif sonuç’ doğurur. ‘Eğer görevlendirme’³³⁴ hiç yapılmamış ise’ ona dayalı sözleşmenin de yapılmış*

³³³ Özay, *İhale Usulleri*, s. 871 vd.; Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 525 vd.

³³⁴ Burada yazarın şu görüşünü yinelemek gerekir; yazara göre idarenin işlem ve eylemlerinde özel hukukta olduğu gibi “ehlîyet” kavramından ziyade idare hukukunda yasallık ilkesinden temelini alan

bulunması bir anlam taşımaz. Diğer bir deyişle [...] sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelmiştir”.

Bir diğer ifadeyle geçersizlik görüşü, iptal kararlarının geçmişe etkisinden (*ex tunc*) kaynaklanmaktadır. İhale işleminin iptal davasıyla iptal edilmesi, ihalenin tamamının adeta asla var olmamış gibi baştan itibaren iptal olmasına sebep olur³³⁵. Sözleşmenin akıbetini kestirmenin güçlüğü baştan geriye etkili iptal kararının sonucu olarak çıkar. Geçersizlik görüşünü savunan yaklaşım, ihale işleminin baştan itibaren hukuk dünyasında var olmadığından hareketle buna bağlı olarak yapılan sözleşmenin de dayanaksız ve geçersiz olduğu iddiasındadır.

Diğer yandan, iptal kararlarının mutlak geriye etkisinin de “yumuşadığını” görmek mümkündür. Buna ilişkin emsal karar Fransa’da Conseil d’Etat tarafından verilen *Association AC!* kararı olmuştur. Kararda, iptal kararlarının kural olarak geriye etkili olduğu kabul edilse de hukuk güvenliği ve tarafların haklarının etkin korunması kaygısıyla iptal kararlarının geriye etkisinin hakim tarafından hafifletilebileceği de kabul edilmiştir³³⁶. *Association AC!* kararına göre, somut olay iptal kararının geriye etkisinin ertelenmesini gerektiriyorsa hakimin bu yönde bir takdir yetkisi mevcuttur. Şu halde iptal edilen idari işlem, hakimin takdir edeceği belli bir süre için hukuk dünyasında geçerliliğini koruyacaktır.

Geçersizlik görüşüne dönülecek olursa; *Özay*, görüşünün gerekçesi olarak şu şekilde devam eder: İdarenin imzaladığı sözleşmeler, bizatihi taraflardan birinin idare olması sebebiyle idare hukukunun amir kaidelerine tâbi olmaktadır. Şu halde ihale işlemi, sözleşmenin temeli ve idarenin sözleşmeyi imzalayabilmesi için bir geçerlilik şartı olacaktır. Bu işlemin idari yargı kararıyla ortadan kalkması halinde sözleşme de onunla beraber geçersiz olacaktır. Yazar, bu yaklaşımını izah ederken idareyi bir “foka” benzetir. Bu ilginç benzetmeye göre idare bir “deniz canlısıdır” ve varlığını çoğunlukla denizde sürdürür. “Fokun” nadiren karaya çıkması hali ise idarenin özel hukuk alanına adım atması durumudur, bu halde dahi fok hala bir deniz canlısıdır ve karaya çıkmış olması bu niteliğini ortadan kaldırmaz³³⁷. Yani, idarenin özel hukuk

“yetki ve görev” kavramı öne çıkar, bunların eksikliği olması durumunda idarenin bir hareket sahası yoktur. Bkz. *Özay, Günışığında Yönetim*, s. 535-536.

³³⁵ Gözübüyük / Tan, **a.g.e., C.II**, s. 542 vd.

³³⁶ CE, 11 Mayıs 2004, *Association AC!*, No. 255886 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008196795>).

³³⁷ *Özay, Günışığında Yönetim*, s. 545; aynı görüşte bkz. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat, İstanbul, 2016, s. 35.

alanına adım atması onun idare hukukuna tabiiyetini ortadan kaldırmaz, bu sebeple idarenin sözleşmeleri temelindeki idari işlem olmadan yaşayamayacaktır. Özay'ın bu yaklaşımı Bölüm 2.2.1'deki "kamu hukuku teorisinin" bir yansımasıdır.

Özay, bu görüşleri mütalaa sunduğu tahkim yargılamaları için yinelemiştir³³⁸, ancak tahkim kurulunun aynı kanaate varmadığını burada belirtmek gerekir. Danıştay'ın iptal ettiği özelleştirme ihalesi uyarınca imzalanan sözleşmenin akıbetini değerlendiren hakem heyeti, özel hukuk sözleşmenin geçersiz hale gelmeyeceğini hükme bağlamıştır³³⁹.

Diğer bir yaklaşım *Gözübüyük / Tan* ile *Uz* tarafından ileri sürülmektedir. *Gözübüyük / Tan*'a göre ihalenin iptalinin sözleşmenin geçersizliğine sebep olması mümkündür, ancak bu kesin bir kaide değildir. *Gözübüyük / Tan*, "ayrılabilir işlem teorisinden" yola çıkarak iptal edilen ayrılabilir işlem ile başka bir "ayrılabilir işlem" olan sözleşme arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Eğer iptal edilen ihale işleminin sözleşmenin temeli olduğu tespit edilirse sözleşmenin de bu sebeple geçersiz olacağına kanaat getirilmiştir. Öte yandan, iptal edilen ihale işlemi ile sözleşme arasında dolaylı bağlantı varsa sözleşme kendiliğinden geçersiz olmayacaktır³⁴⁰.

Uz ise bu görüşe katıldıktan sonra iptal davasının etkisiyle idarenin işlemlerine güven ilkesi arasındaki çatışmaya gönderme yapmaktadır. *Uz*'a göre idari işlemin iptali halinde bu işlem ile buna dayalı işlemlere dayalı işlemler hiç yapılmamış addedilip eski haline getirilmelidir, ancak bu durum idareye güven ilkesi ve idari işlemin hukuka uygunluğu karinesine güvenilerek yapılan sözleşmenin korunması ilkesiyle çatışmaktadır. Ancak *Uz*, bu menfaat çatışmasının nasıl çözüleceğine dair bir öneri getirmemekte, yalnızca incelediği konunun dışında kalan bir özel hukuk meselesi olduğunu belirtmektedir.

Son olarak, *Demirbaş* da geçersizlik görüşünü savunmaktadır. İhale mevzuatının emredici olduğu yaklaşımından hareketle ihalenin iptal edilmesi halinde emredici hukuk kurallarına aykırılığın tespit edildiği yazar tarafından savunulmaktadır.

³³⁸ Özay, *İhale Usulleri*, s. 886.

³³⁹ *Güney Ege Enerji İşletmeleri Ltd. v. Türkiye Cumhuriyeti*, ICC Case No: 12815/MS, 21 Ekim 2004; ayrıca bkz. Fadlullah Cerrahoğlu / Eda Cerrahoğlu / Merve Öralay, *Turkish Energy Arbitrations and the Question of Applicable Law*, <http://www.cerrahoglu.av.tr/doc/5.pdf>, dn.4'te zikredilen tahkim kararları; Buz, *İhale*, s. 100-101'de zikredilen kararlar.

³⁴⁰ *Gözübüyük / Tan*, **a.g.e.**, **C.1**, s. 515 vd.

Dolayısıyla emredici hukuk kurallarına aykırı olarak yapılan sözleşme TBK m. 27 sebebiyle butlan yaptırımıyla karşılaşacaktır³⁴¹.

6.2. Geçerlilik Görüşü

İhalenin iptali karşısında kamu ihale sözleşmesinin akıbetine ilişkin ikinci görüş, sözleşmenin bizatihi iptal kararı karşısında geçersiz olmayacağıdır. Bu görüş, iptal kararının bütünüyle sözleşme üzerinde etkisiz olduğunu savunmamaktadır. İptal kararının belli şartları taşıması halinde sözleşmeyi geçersiz kılabilmesi mümkündür; ancak idari işlemin iptali tek başına bu sonucu doğurmamaktadır. Bu görüş, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de yansıtılmıştır. Önce karşılaştırmalı hukuktaki durumun üzerinde durulacak, ardından Türk hukukundaki durum ile karşılaştırılacaktır.

6.2.1. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

6.2.1.1. Avrupa Topluluğu'ndaki Duruma Genel Bakış

Avrupa Topluluğu ülkelerinde geçerlilik görüşünün hakim olduğunu rahatça söylemek mümkün olacaktır; Türk hukukuna iyi örnek teşkil edecek Alman ve Fransız örneklerinden evvel bunlarla ilgili kısa bir genel açıklama yapmayı uygun buluyoruz. Bu hususta *Talus* hakim durumu özetlemiştir: “Sözleşme imzalandığı anda bu konuda açık yasal hükümler olmaksızın kamu makamlarınca tek taraflı olarak feshedilemez. Esasen ahde vefa ilkesine dayalı olan bu fikir pek çok AB ülkesinin yasal hükümlerine dönüşmektedir. Avusturya’da, sözleşmenin feshi yalnızca sözleşmenin ya da yasaların ihlali durumunda yahut ihaleyi kazanan taraf ihale işlemlerinde bir suç işlemiş olduğu takdirde mümkündür. Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, İsveç, Birleşik Krallık ve diğer pek çok üye devlette hâlihazırda akdedilmiş olan bir sözleşme kamu ihale kurallarının devlet tarafından ihlali nedeniyle feshedilemez”³⁴².

Görüleceği üzere ihalenin iptali üzerinde sözleşme geçersiz olmadığı gibi, sözleşmenin feshedilmesi tek çözüm yolu değildir. Buna alternatif çözüm yoluna aşağıda değinilmiştir.

³⁴¹ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 119. Kamu ihale mevzuatının kural olarak emredici hukuk kuralları ihtiva ettiği görüşünün eleştirisi için bkz. Bölüm 4.1.1.

³⁴² Kim Talus, “Enerjide Kamu - Özel Sektör Ortaklığı – Avrupa’da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının Ve İdari İşlemlerin Sonlandırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 84, 2009, s. 356.

6.2.1.2. Alman Hukuku

Alman Hukuku'nda benimsenen yaklaşıma göre sözleşme imzalandıktan sonra ihalenin iptal edilmesi sözleşmenin geçerliliğine hiçbir şekilde etki etmemektedir. Sözleşmeyi imzalayan isteklinin, idarenin hukuka uygun olarak işlem yaptığına dair güveni mutlak şekilde korunur ve sözleşme geçerliliğini korur. Kanun koyucunun yaklaşımına göre sözleşmenin tarafı olan isteklinin sözleşmenin bu sebeple geçersizliğine dair bir belirsizliği asla üstlenmeye mecbur bırakılmamalıdır³⁴³. Ancak ihalenin iptal edilmiş olması, Bölüm 5'te izah edildiği üzere idarenin hukuka aykırılığını tespit etmektedir. Bu sebeple ihalenin iptali sebebiyle diğer isteklilerin zarar talebinde bulunması mümkün olacaktır.

Bu durumda kamu ihale sözleşmelerinden doğan tazminat talepleri devreye girecektir. İhale sürecinde idarenin hukuka aykırılığının mahkeme tarafından tespit edilmesinin sözleşme üzerinde etkisi olmaması, mahkeme tarafından yapılan bu tespitinin bir etkisi olmayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak bu etki sözleşme üzerinde gerçekleşmeyecektir. İhalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmemesi sebebiyle diğer istekliler, Alman hukukunda yukarıda izah edilen terditli sistem uyarınca tazminat talep edebileceklerdir³⁴⁴. Zarara uğrayan ve hukuka aykırılık gerçekleşmeseydi ihaleyi kazanacağını ispatlayan isteklinin, aynı şartlarda imzalanmış ve geçerliliğini koruyan bir sözleşmenin varlığı sebebiyle kâr kaybı gibi ifa menfaatine ulaşan zararlar talep edebilmesi mümkün olacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak hukuki rejimler arasında “özel hukuk teorisini” benimseyen Alman hukuku, idarenin takip etmesi gereken ihale usul kurallarını düzen hükümleri olarak değerlendirmektedir. İdarenin “rekabete aykırılığını” engellemeye yönelik olan bu hükümlerin ihlali halinde hukuka uygun ve geçerli biçimde kurulan bir sözleşmenin geçersizliğinden ziyade, idarenin bu hukuka aykırılık sebebiyle oluşan zararları tazmin etme yükümlülüğü tercih edilmektedir.

6.2.1.3. Fransız Hukuku

Fransız hukuku, ihalenin iptali kararı ve sözleşmenin geçerliliği arasındaki bağlantı açısından “idari sözleşme” ve “özel hukuk sözleşmesi” açısından bir farklılığa gitmemiştir. Tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, tüm ihale kararları idari işlem olarak

³⁴³ Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2007, s. 393.

³⁴⁴ A.g.e.

değerlendirilir ve idare mahkemeleri nezdinde iptale konu olabilir. Ancak Fransız hukukunda benimsenen “ayrılabilir işlem teorisi” uyarınca ihalenin iptali, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Hatta ihale sürecinin tamamlanmasından sonra idarenin ekonomik olarak en avantajlı teklif sahibiyle sözleşme yapma kararı dahi bir idari işlemdir ve iptali istenebilir. Ancak bu işlemin iptali de sözleşmenin geçersizliğine yol açmamaktadır, zira sözleşme akdetme kararı alınmasıyla sözleşmenin imzalanması da ayrılabilir işlemlerdir³⁴⁵. Hukuka aykırılığın türüne göre sözleşmenin butlanını talep edebilecekler, ancak sözleşmenin taraflarıdır³⁴⁶. İdare, bu şartların oluşmaması halinde karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebilir veya somut olayın şartlarını göz önünde tutarak sözleşmenin ifasına devam edebilir.

Sözleşmenin taraflarının yine de ayrılabilir işlemin iptali üzerine sözleşmenin feshedilmesini istiyorlarsa ve bunun için haklı sebepler mevcutsa, sözleşme hakimine ayrıca başvurarak sözleşmenin feshini talep etmelidirler. Bu imkan, 2007 yılına değin yalnızca sözleşmenin taraflarına aitti ve üçüncü kişilerin sözleşmenin feshinin talep edilmesi mümkün değildi³⁴⁷. Ancak 2007 yılında, evvelden zikrettiğimiz *Tropic Travaux* kararıyla *Conseil d'Etat* içtihat değiştirmiş, ilgili üçüncü kişilerin de sözleşmenin feshini talep etme hakkı tanınmıştır³⁴⁸. Diğer yandan, ayrılabilir işlemin iptali halinde iptale hükmeden mahkemenin sözleşmenin feshedilmesi gerektiğine kanaat getirmesi mümkündür, bu halde idareye sözleşmeyi feshetmek veya feshi için sözleşme hâkimine başvurmak için belli bir süre verir, sürenin geciktiği her gün için idari para cezası ödemek zorunda kalır³⁴⁹. Ancak ayrılabilir işlemin iptaliyle sözleşme her halükarda kendiliğinden geçersiz hale gelmez.

Sözleşmenin ifasına devam edilmesi halinde diğer isteklilerin zararları idarenin hizmet kusuruna göre (*faute de service*) tazmin edilecektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere Fransız Hukukunda bu zarar talepleri haksız fiile tekabül eden “sözleşme dışı sorumluluk” hükümleri (*responsabilité extra-contractuelle*) kapsamında değerlendirilir. Varlıklarını ispat etmesi halinde diğer istekliler, ihaleye teklif verme hazırlığı esnasında yapılan masraflar, kâr kayıpları ve hukuka aykırı olarak ihale dışı

³⁴⁵ **A.g.e.**, s. 383.

³⁴⁶ Buz, *İhale*, s. 96; Bovis, **a.g.e.**, s. 383; Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*, s. 165 vd.

³⁴⁷ Gözler, **a.g.e.**, **C.2**, s. 193 vd.

³⁴⁸ CE, 16 Temmuz 2007, *Sté Tropic Travaux signalisation*, n° 291545.

³⁴⁹ CE, 27 Kasım 1996, *Commune de Moulins* (Naklen: Gözler, **a.g.e.**, **C.2**, s. 193, dn. 804).

bırakılmanın ilan edildiği hallerde ticari itibarın zedelenmesinden kaynaklanan zararları talep edebileceklerdir³⁵⁰.

6.2.2. Türk Hukukundaki Geçerlilik Görüşü ve Yasal Düzenlemelerin Eleştirisi

6.2.2.1. Doktrindeki Görüşler

Türk hukukunda geçerlilik görüşünü savunanların başında, bu konuda detaylı bir inceleme yapmış olan *Buz* gelir. *Buz*'un bu konuda görüşleri aşağıdaki gibidir:

Buz'a göre idari yargıda verilen iptal kararları “otomatik” olarak sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecektir. Bunun ilk ve başlıca sebebi, Türk hukukunda iki aşama teorisinin benimsenmiş olmasıdır. İki aşama teorisinin sonucu olarak, borçlar hukukuna tâbi olarak kurulup uygulanan kamu ihale sözleşmelerinin geçersiz olabilmesi için TBK m. 27'deki hallerden birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle sözleşmenin geçersizliği borçlar hukuku kuralları uyarınca tespit edilmektedir³⁵¹. İhale aşamasında gerçekleşen bir hukuka aykırılığın TBK m. 27 kapsamında girip girmediği araştırılmadan sözleşmeyi batıl kılmak, bu ilkeye bir aykırılık teşkil edecektir³⁵². Kaldı ki, kamu ihale sözleşmelerinin geçerliliği veya geçersizliğinde yetkili yargı kolu adli yargı olduğundan geçersizlik görüşünün kabul edilmesi bir yetki tecavüzü teşkil edecektir.

Ayrıca *Buz*'a göre KİSK m. 21'de yer alan “fesih” sebepleri³⁵³ de bu yaklaşımı desteklemektedir. İhale aşamasında gerçekleşen bazı hukuka aykırılıklara kanun koyucu tarafından “fesih” yaptırımının bağlanması, sözleşmenin iptal kararı karşısında otomatik olarak geçersiz olmayacağına başka bir emaresidir. İhale aşamasında gerçekleşen hukuka aykırılıklar sebebiyle sözleşme de geçersiz sayılacaksa, KİSK m. 21'in hiçbir anlamı olmayacağı gibi bir uygulama alanı da bulunmayacaktır³⁵⁴.

Buz'un ileri sürdüğü bir başka sebep, *Özay*'ın dayandığı “yasallık ilkesinin” bir eleştirisidir. İdare hukukuna hâkim olan yasallık ilkesi, geçersizlik görüşünün tek başına bir sebebi olamaz, zira yasallık ilkesinin karşısında özel hukuk kurallarına göre

³⁵⁰ Bovis, **a.g.e.**, s. 383.

³⁵¹ Bovis, **a.g.e.**, s. 105.

³⁵² Bovis, **a.g.e.**, s. 106.

³⁵³ Aslında burada söz konusu olması gereken yaptırımın “iptal” olması gerektiğini hatırlatalım.

³⁵⁴ Bovis, **a.g.e.**, s. 105.

geçerli bir biçimde kurulmuş bir sözleşmeyle idarenin bağlı olması ilkesi durmaktadır. Bu iki ilkedен biri diğerine üstün değildir, hatta yasallık ilkesi gereğince “[s]özleşmenin karşı tarafının da idare ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinin diğer özel hukuk sözleşmeleri bakımından geçerli olan hukuki rejime tâbi tutulmasını talep etme hakkı vardır”³⁵⁵. Hatta *Buz*, bir adım daha ileri giderek idarenin yasallığı ilkesinin bu durumda özel hukuk tarafından daha etkili korunacağını iddia etmektedir. İdari yargı tarafından verilen iptal kararının sözleşmeyi geçersiz kıldığı görüşünün kabulü halinde şu şekilde bir sonuç çıkacaktır: Batıl olması gereken bir sözleşme ihale iptal edilmedikçe hukuka uygunluk karinesinden faydalanır ve geçerliliğini korur, şayet İYUK’taki süreler uyarınca dava açılmazsa sözleşme geçerlilik kazanacaktır. Öte yandan geçersizlik rejiminin özel hukuk hükümleri uyarınca belirlenmesi halinde sözleşme re’sen batıl olacaktır, bu durumun ne tesisi, ne de tespiti için bir mahkeme kararı şart değildir³⁵⁶.

Buz, *Özay*’ın dikkat çekici “fok” örneğini ele almayı da ihmal etmeyerek aynı benzetmeyle görüşünü şu şekilde özetlemektedir. Nadiren karaya çıkabilen fok balığının tür değiştirmedeği doğrudur, ancak karaya çıktığında da karanın kurallarına tâbi olacak ve denizdeki hareket alanına artık sahip olmayacaktır. Yani idare, özel hukuk alanında hareket ettiği zaman idare olma niteliği değişmeyecek, ancak özel hukukun kaidelerine uygun olarak hareket etme zorunluluğuna sahip olacaktır.

Nihayet *Buz*, idarenin kesinleşmiş mahkeme kararlarına uyma zorunluluğuna (AY m. 138/4) değinmektedir. Bu zorunluluk da sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz kılmamaktadır, ihalenin iptal kararına idare farklı şekilde uyabilir. Bu, fesih şartlarının oluşmuş olması halinde sözleşmeyi (karşı tarafın zararını tazmin etmek şartıyla) feshetmek veya sözleşmeden dönmek şeklinde olabileceği gibi sözleşmenin ifasına devam ederek zarara uğrayan diğer isteklilerin tazminat talepleriyle muhatap olmak şeklinde de olabilir³⁵⁷.

Yukarıda anılanın yanı sıra doktrinde başka yazarların da aynı yaklaşımı benimsediğini görmek mümkündür. *Karayalçın*, idari yargıda verilen iptal kararının kendi başına bir özel hukuk işlemini geçersiz kılamayacağı kanaatindedir³⁵⁸.

³⁵⁵ Bovis, **a.g.e.**, s. 111.

³⁵⁶ Bovis, **a.g.e.**, s. 112.

³⁵⁷ Bovis, **a.g.e.**, s. 113 vd.

³⁵⁸ Yaşar Karayalçın, “Ticari Sözleşmeler ve Yürütmeyi Durdurma Kararları”, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, IV**, Ankara, 1992, s. 143 vd.; aynı görüşte Kalabalık, **a.g.e.**, s. 32 ve Gözler, C.2, s. 224-225.

Karahanoğulları ise her ne kadar sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olmayacağı kanaatinde olsa da, yargı kararının idare tarafından uygulanması zorunluluğu sebebiyle idarenin sözleşmeyi feshetmekle yükümlü olduğu görüşündedir³⁵⁹.

6.2.2.2. Türk Hukukundaki Yasal Düzenleme Denemeleri

Pozitif hukukun halen bir parçası olan düzenlemelere değinmeden evvel, yasa koyucunun ve yürütmenin bu sorunu çözmeye girişimlerinden bahsedilmesi gerekecektir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından incelediğimiz sorunla uygulamada sıklıkla özelleştirme uygulamaları kapsamında karşılaşmıştır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun kapsamında imzalanan sözleşmelere ilişkin tam olarak bu bölümde incelenen meseleyle karşı karşıya kalınmıştır. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun kapsamında yapılan ve idare hukuku esaslarına tâbi bir ihale sonucu bir özel hukuk sözleşmesi imzalandığından, özelleştirme ihalesinin iptali halinde sözleşmenin akıbeti bu kanun kapsamında da aynı tereddütlere ve tartışmalara maruz kalmıştır.

Evvela 1990’da Yüksek Planlama Kurulu, “Çitosan’a ait beş çimento fabrikasının, Societe des Ciments Francis (SCF) firmasına satışı ile ilişkili sayılarak iptal edilen Yüksek Planlama Kurulu’nun 89/24 sayılı kararı ile ilgili davada verilen yürütmenin durdurulması kararı”³⁶⁰ uyarınca geriye ve ileriye yönelik işlem tesis etmesinin, hisselerinin satış ve devir işlemlerinin tamamlanması sebebiyle fiilen imkansızlığına dayanarak işlem tesis etmiştir. Bunu takiben, Bakanlar Kurulu aynı kanaate vararak 27.04.1992 tarihli ilke kararında aynı yaklaşımı ortaya koymuştur. Anılan Bakanlar Kurulu kararında da yargı kararının yerine getirilmesinin imkansızlığından söz etmekte, ayrıca uluslararası siyaset alanında da sorunlara açacağından bahisle yargı kararının yerine getirilmesi adına geriye veya ileriye yönelik işlem tesis edilemeyeceğini tekrarlamıştır. Bakanlar Kurulu’nun anılan ilke kararı ayrıca iptal davasına konu olmuş, davayı inceleyen Danıştay 10. Daire, yargı kararlarının yerine getirilmeyeceğine yönelik ilke kararlarını Anayasa m. 138’e aykırı bulmuştur³⁶¹.

Benzer yönde bir prensip kararı, Bakanlar Kurulu tarafından İzmir Doğal Gaz Kombine Çevrim Santrali’nin yap-işlet sözleşmesi bakımından alınmıştır. Ankara 8.

³⁵⁹ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2002, s. 340.

³⁶⁰ Yüksek Planlama Kurulu, 7.3.1990 tarih ve 90/1 sayılı kararı (Naklen: Gözler, **a.g.e., C.II**, s. 194).

³⁶¹ Danıştay 10. D. 2002/4061 E., 2004/5219 K., 28.5.2004 T. (Lexpera).

İdare Mahkemesi, söz konusu yap-işlet sözleşmesini imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirerek Danıştay incelemesinden geçmemesi sebebiyle yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Bakanlar Kurulu ise 22.08.2005 tarih ve P.2005/1 sayılı prensip kararıyla santralin faaliyetlerinin devamında kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle santralin faaliyetlerinin devam edeceğini karara bağlamıştır. Bu prensip kararı da Danıştay 13. D. tarafından Anayasa m. 138'e aykırı bulunarak iptal edilmiştir³⁶².

Bakanlar Kurulu ilke kararlarının yanı sıra Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen bir kanun hükmüyle de sorunun çözülmesine ilişkin kanun koyucu tarafından birden fazla denemede bulunulmuştur. Öncelikle ÖUHK Ek m. 5 düzenlenmiştir. *“Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelenendirilmesi ile özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir”*. Anayasa Mahkemesi, anılan maddeyi, yargı kararlarının uygulanmayacağı sonucuna yol açtığından dolayı Anayasa'nın 138. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir³⁶³.

Bunun üzerine ÖUHK Geçici m. 26 aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir: *“Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez”*. Anayasa Mahkemesi, az evvel zikrettiğimiz kararla aynı sebeplerle iptal etmiş, hatta önceki kararına atıf yaparak bu hükmün esas itibarıyla aynı düzenlemeyi getirdiğini not etmiştir³⁶⁴.

³⁶² Danıştay 13. D. 2006/975 E., 2008/1274 K., 23.1.2008 T. (Lexpera).

³⁶³ Anayasa Mahkemesi, 2012/73 E., 2013/107 K., 03.10.2013 T. (R.G. 27.03.2014, 28954).

³⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, 2014/149 E., 2014/151 K., 02.10.2014 T., (R.G. 01.01.2015, 29223).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarını haklı gerekçelerle verdiği düşüncesindeyiz; idareye bir mahkeme kararı karşısında kayıtsız kalma yetkisi veya buyruğu veren herhangi bir yasa hükmünün Anayasa m. 138'e aykırı olacağına şüphe yoktur. Fakat karşılaştırmalı hukukta benimsenen yaklaşımlardan anlaşılacağı üzere ihaleyi iptal eden mahkeme kararlarının yerine getirilebilmesinin tek yolu sözleşmenin feshi değildir. Bu hususa Bölüm 6.4'te değerlendirilecektir.

6.2.2.3. Kamu İhale Genel Tebliği Madde 25.4.'ün Tahlili

Bu bölümün inceleme konusunu yakından ilgilendiren ve 29.06.2017'de yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği'nin 25.4. maddesine gelinecek olursa, madde aşağıdaki hükmü ihtiva etmektedir:

*“Kamu İhale Kurulu kararlarına ilişkin idari yargı mercilerince verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yerine getirilmesi sonucunda idare tarafından belirlenen ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin yükleniciden farklı olması halinde; İhale Uygulama Yönetmeliklerinde yer alan sözleşmenin imzalanması ile ilgili hükümlere göre ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli idarece sözleşmeye davet edilir. Bu isteklinin sözleşme yapılmasına ilişkin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek idareye yazılı olarak başvurması durumunda, mevcut sözleşme feshedilerek tasfiye sürecinin tamamlanmasını müteakip bu istekli ile sözleşme imzalanır. **(Değişik cümle: RG-6/2/2018-30324)** Söz konusu istekli tarafından sözleşmenin imzalanmayacağı yönünde cevap verilmesi, süresi içinde sözleşme imzalamaya gelinmemesi veya İhale Uygulama Yönetmeliklerinde yer alan sözleşmenin imzalanması ile ilgili hükümlere uygun olarak belgelerin sunulmaması hallerinde, mevcut yüklenicinin teklifinin ihale dokümanına göre geçerliğini koruması ve ihalelere katılmaktan yasaklı olmaması şartıyla imzalanmış sözleşme idarece feshedilmeksizin uygulanmaya devam edilebilir. Bu hususa ilişkin belgeler ihale işlem dosyasında muhafaza edilir”.*

Öncelikle 25.4. madde, yargı kararıyla ihalenin iptali halinde idareye sözleşmeyi feshetme yetkisi vermektedir. Buradan çıkarılacak ilk sonuç, kanun koyucunun da “geçerlilik görüşüne” göre hareket ettiği yönündedir. İdarenin belli durumlarda sözleşmeyi feshedeceği, belli durumlarda ise ifasına devam edebileceğinin

öngörülmesi, ihalenin iptali karşısında kamu ihale sözleşmesinin geçersiz olmayacağı anlamına gelecektir.

Bununla birlikte, maddenin düzenleniş biçiminde sorunlar olduğu söylenebilecektir. Öncelikle idareye fesih yetkisi tanıyan bir maddenin kanunla düzenlenmesi daha uygun olacaktı. Bir adsız düzenleyici işlem vasıtasıyla yeni bir hak tesis edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilebilir, zira idarenin düzenleyici işlemleri ancak kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılabilir³⁶⁵. Kanun koyucunun idareye yeni bir fesih imkânı tanıırken bu durumu gözeterek kanunla bu düzenlemeyi yapması gerekirdi. Alternatif olarak, bir yasal düzenlemeye dahi ihtiyaç duymadan ve idareyi belli bir sonuçla zorunlu tutmadan, sözleşmede ihalenin iptalini bir fesih sebebi olarak öngörmek de mümkün olabilecektir. Tip sözleşmelere eklenecek bir hükümle, bu bölümde tartışılan bütün hususlar çözümlenebilecektir.

Madde, içeriği itibarıyla de sakıncalıdır. Öncelikle sözleşmenin ifasına devam edip etmemenin ölçütü, sözleşmenin tarafının ekonomik olarak en avantajlı teklif sahibi olup olmadığı olarak belirlenmiştir. Eğer sözleşmenin tarafı ekonomik olarak en avantajlı teklif sahibi değilse de, ekonomik olarak en avantajlı teklif sahibi olan isteklinin sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesi halinde yine ifaya devam edilecektir. Bu düzenleme, ifanın devam edilmesinin kamu yararı ve tarafların menfaatleri için daha uygun olabileceği halleri göz önünde bulundurmamaktadır. Sözleşmenin ifasına devam edip etmemek konusunda idareye bir takdir yetkisi tanımamak bu açıdan sakıncalı olabilecektir. Öte yandan idareye bu takdir yetkisini tanıdığına diğer isteklilerin zarar talep etme mekanizması etkin bir şekilde tesis edildiği sürece bir hukuki sakınca bulunmamaktadır. Bu yaklaşıma uygun olarak idarenin yargı kararına uygun işlemi ne şekilde tahsis edeceği Bölüm 6.4'te incelenmiştir.

Diğer bir eleştiri konusu da fesih yetkisinin kullanılması halinde idarenin tazminat yükümlülüğüne ilişkin hiçbir ifade bulunmamasıdır. Bu düzenlemenin açıkça yapılmamış olması, feshedilen sözleşmenin tarafının tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. İhale sürecinde idarenin hukuka aykırılıkları sebebiyle zarara uğrayan isteklilerin her zaman tazminat talep etme hakkı kabul edilmelidir.

³⁶⁵ Fatma Didem Sevgili Gençay, "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *AÜHFD*, 63 (2), 2014: 397-417

Ancak feshin açıkça öngörüldüğü durumda bu talebi etkin kılacak düzenlemelerin yapılması gerektiği de savunulabilmektedir.

Son olarak yürütmenin durdurulması halinin madde kapsamına dahil edilmemesi gerekmektedir. Bir geçici koruma yöntemi olan yürütmenin durdurulması halinde sözleşmenin kesin şekilde feshedilmesi söz konusu olmamalıdır, daha sonra ihalenin iptal edilmemesi halinde sözleşme haksız yere feshedilmiş olacaktır, ancak madde uyarınca geçerli bir fesih söz konusu olacaktır.

6.3. Hukuki İfa İmkânsızlığı Görüşü

Çalışmanın konusu bakımından tartışılması gereken üçüncü görüş, hukuki ifa imkânsızlığı ihtimalidir. Yargıtay'ın bir kararında kamu ihale sözleşmelerinin ihaleyi iptal eden yargı kararları karşısında akıbeti için kabul edilen bu görüş, konuyu inceleyen başka yazarlar tarafından da bahsedilmiştir. Ancak bu yazarlar çok detaylı olarak bu yaklaşıma değinmediği gibi kabul görececek bir görüş olarak da değerlendirmemiştir.

İfa imkânsızlığı görüşünün değerlendirilmesi, çalışmamızın sistematigi konusunda da sorunlara sebep olmaktadır. Bir ifa engeli olan ifa imkânsızlığı olağan şartlarda “*Bölüm 4 – Kamu İhale Sözleşmelerinin İfa Dışı Sona Ermesi*” başlığı altında inceleme konusu olurdu. Ancak ifa imkânsızlığının bu çalışma bakımından önem taşıdığı tek hal ihalenin iptaliyle bağlantılı olduğundan özellikle burada, Bölüm 6 altında genel olarak incelenmiştir. Yine Bölüm 6.1. kapsamındaki geçersizlik hallerinden biri kapsamına da sokulabilecek olsa da, geçersizlik görüşünü benimseyen idare hukuku doktrini tarafından hiç inceleme konusu olmaması sebebiyle ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Bu doğrultuda öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonraki ifa imkânsızlığı hakkında genel açıklamalar ve tasnifi açıklanacak, ardından ihalenin iptali halinde kamu ihale sözleşmesinin hukuki ifa imkansızlığı sebebiyle sona ereceğini savunan görüş değerlendirilecektir.

6.3.1. İfa İmkansızlığı Hakkında Genel Açıklamalar

İfa engellerinden biri olarak da Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleme alanı bulmuş olan ifa imkânsızlığının³⁶⁶ konumuz bakımından önem arz eden iki temel

³⁶⁶ Ş. Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları”, AÜHFD, Sayı 63 (3), 2014, s. 569.

husus irdelenmelidir. Öncelikle, TBK m. 136'nın kapsamına giren haller çeşitli açılardan açıklanacaktır, bu hallerden bazıları doktrinde tartışmalıdır. İkinci olarak, TBK m. 136'nın ifa imkânsızlığına bağladığı sonuçlar açıklanacaktır. Özellikle ifa imkânsızlığının ifa engelleri arasında bu tezde izahının tezin ana sorunu açısından önemi bulunmaktadır. İhalelerin yargı kararı uyarınca iptali halinde sözleşmenin akıbetiyle ilgili ortaya atılan görüşlerden biri "hukuki ifa imkânsızlığı" olduğundan dolayı ifa imkânsızlığı kavramı genel hatlarıyla açıklanmalıdır. Yine ifa imkânsızlığının konu bakımından önemli hususları arz edilmiştir. Kısmi ifa imkânsızlığı veya Türk Borçlar Kanunu'nda aynı kenar başlığı altında tasnif edilen aşırı ifa güçlüğü gibi kavramlar kapsam dışı bırakılmıştır.

TBK m. 136'da düzenlenen ifa imkânsızlığının kapsamı konusunda ilk belirtilmesi gereken husus, TBK m. 136'nın yalnızca borcun doğumundan sonraki imkânsızlıktır. Diğer bir deyişle, "ifa imkânsızlığı" tabiri yalnızca borcun geçerli bir biçimde doğmasından sonra ifasının imkânsız hale gelmesini kapsar³⁶⁷. Borcun doğumundan önce borcun ifasının imkânsız olması halini TBK m. 136 kapsamaz, bu zira bu borcun konusunun imkânsız olmasıdır ve kanunun bu hallere bağladığı sonuç TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlüktür³⁶⁸. Dolayısıyla, TBK m. 136'nın uygulama alanı bulması için imkânsızlığın borcun doğumundan sonra gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Bunun haricinde, ifa imkânsızlığı bakımından doktrinde var olan ve konumuz bakımından önemli ayrım aşağıda açıklanmıştır:

Maddi – Hukuki İmkânsızlık: TBK m. 136'nın kapsamı, yani imkânsızlığın türleri bakımından ikinci önemli ayrım, kaynağı bakımından imkânsızlık ayrımıdır, diğer bir deyişle imkânsızlığın hangi sebepten dolayı doğmuş bulunmasıdır.

İmkânsızlık, ilk olarak maddi bir sebepten doğmuş olabilir, borcun ifası doğa kanunları veya mantıken imkânsız veya mevcut bilimsel durum bakımından mümkün değilse maddi imkânsızlıktan söz edilir³⁶⁹. Bu hallere örnek olarak borcun konusu olan malın yanarak kül olması verilebilir. Benzer şekilde, borcun konusu ifa edilmeden ifanın sonucunun kendiliğinden ortaya çıkması hali de bir maddi imkânsızlık halidir. Örneğin, virane halde olan evinin yıkılması için bir müteahhitle sözleşme akdedilmiş,

³⁶⁷ Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, **C.1.**, s. 558.

³⁶⁸ Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 221.

³⁶⁹ Pascal Pichonnaz, **Impossibilité et exorbitance – Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse**, Fribourg, 1997, s. 148.

müteahhit henüz yıkım işlemlerine başlamadan evvel evin depremde dolayı yıkılmış olması halinde sözleşmenin amacının ifa dışında bir yoldan gerçekleşmesi söz konusu olacaktır ve TBK m. 136 anlamında bir imkânsızlık ortaya çıkmış olacaktır³⁷⁰.

Hukuki imkânsızlık ise edimin ifasının borcun doğumundan sonra bir hukuk kuralı veya bir yetkili makam kararına aykırı düşmesi halidir³⁷¹. *Pichonnaz* bunlara ek olarak borcun konusu malın kamulaştırılması gibi halleri de örneklerin sınırlı sayıda olmadığını belirterek eklemektedir, örneklerin sınırlı olmadığını da not eder³⁷². Doktrinde bir görüşe göre, bizatihi hukuki imkânsızlık TBK m. 136 bağlamında bir imkânsızlık teşkil etmeyecektir. Bu görüşe göre, ifayı yasaklayan norm veya yetkili merci kararının sonucu olarak fiili olarak ifanın imkânsızlaşmasına sebep olan bir tedbir alınmadıkça (ifa konusu mala el konulması gibi), ortaya imkânsızlık değil, yalnızca hukuka aykırılık çıkacaktır³⁷³. Ancak bu görüş eleştirilere sebep olmuştur. *Özçelik*'e göre, bu görüşü kabul etmek, hukuk düzeni bakımından kabul edilemez sonuçlara yol açacaktır. “Sözleşmenin kurulmasından sonra ifanın imkânsızlaştığının kabulü için salt yasaklayıcı bir kural veya kararın varlığını yeterli görmeyip, söz konusu yasağın uygulanmasını sağlayacak fiilî tedbirlerin de alınmış olmasını aramak, borçluyu, yasağa rağmen ifayı en azından denemeye, yani hukuka aykırı davranmaya mecbur tutmak anlamına gelir”³⁷⁴. Dolayısıyla, günümüzde hukuki imkânsızlık da TBK m. 136 bağlamında bir ifa imkânsızlığı olarak kabul edilmektedir. Yargıtay’ın güncel kararları da bu görüşü yansıtmaktadır, üçüncü kişinin borcun konusu üzerinde üstün hak iddiasının kabulü³⁷⁵, idare mahkemesince bir inşaatın kamu düzenine aykırı olduğunun saptanması halleri³⁷⁶ gibi örnekler ifa imkânsızlığı kapsamına sokulmuştur.

6.3.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İfa İmkânsızlığı Görüşü

Kamu ihale sözleşmelerinde hukuki ifa imkânsızlığı görüşü ilk olarak Yargıtay 15. HD’nin 12.6.2014 tarihli bir kararında ileriye atılmıştır: “[T]araflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının, kesinleşen mahkeme ilamıyla iptal edilmesi

³⁷⁰ L. Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016., s. 103.

³⁷¹ Özçelik, **a.g.e.**, s. 573.

³⁷² Pichonnaz, **a.g.e.**, s. 153.

³⁷³ Bucher (Naklen: Kurt, **a.g.e.**, s. 93).

³⁷⁴ Özçelik, **a.g.e.**, s. 574.

³⁷⁵ Yargıtay HGK, 2011/13-528 E., 2011 571 K., 28.9.2011 T. (Kazancı).

³⁷⁶ Yargıtay 15. HD, 2001/4351 E., 2002/545 K. 31.1.2002 T. (Kazancı).

*sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş, hukuki imkânsızlık doğmuştur*³⁷⁷. Yargıtay'a göre ihalenin iptal edilmesi, o ihale uyarınca kurulan sözleşmenin uygulanmasını yasaklayan bir yargı kararı niteliğini taşıyacak ve yukarıda izah ettiğimiz hukuki imkânsızlık sonucunu doğuracaktır. İlgili Yargıtay kararı doktrindeki diğer görüşlere ilişkin bir değerlendirme yapmadığı gibi ne sebeple hukuki ifa imkânsızlığı görüşünü benimsendiğine dair bir açıklama da getirmemektedir.

Konuyu detaylıca ele alan *Demirbaş*, yukarıda da bahsedildiği üzere geçersizlik görüşüne iştirak etmektedir. Yazara göre hukuki ifa imkânsızlık sonucu doğmamaktadır, çünkü sözleşmenin ifasını açıkça yasaklayan bir hukuk normu bu durumda mevcut değildir ve idare mahkemesi kararını bu mertebede kabul etmek hukuki ifa imkânsızlığının tanımını aşmak olacaktır. Bu sebeple yazara göre hukuki ifa imkânsızlığı görüşünü kabul etmek mümkün değildir.

Yargıtay'ın bu görüşü haricinde hukuki ifa imkânsızlığını savunan yazar, tespit edilebildiği kadarıyla bulunmamaktadır. *Buz*, bu konuya çok kısaca değinmektedir. Yazara göre idari işlemin iptali sebebiyle özel hukuk işleminin ifasının imkânsız olduğu görüşü imkânsızdır. İptal davasının etkisinin geriye etkisinin özel hukuk işlemine teşmil edilmesinin mümkün olmamasından hareketle başlangıçtaki imkânsızlık uyarınca butlan yaptırımı (TBK m. 27) zaten mümkün değildir. Sonraki imkânsızlık da tıpkı geçersizlik görüşü gibi idari yargıda verilen bir iptal kararının geçerli olarak kurulan bir özel hukuk işleminin geçerliliğine etkili olduğunun kabulü olacaktır. Bu da iki aşama teorisine açıkça aykırı olacaktır³⁷⁸.

Son olarak *Özçelik*, yürütmeyi durdurma kararı halinde bir geçici hukuki imkânsızlık halinin ortaya çıkabileceğini dile getirmektedir. Yazarın hâkim görüş olarak nitelendirdiği “geçersizlik görüşünün” kabulü halinde yürütmeyi durdurma kararının verilmesi anından iptal isteminin reddine (kabulü halinde zaten butlan yaptırımı bu görüşe göre devreye girecektir) kadar olan sürede geçici hukuki imkânsızlık söz konusu olacaktır³⁷⁹.

6.4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce, ihalenin yargı mercileri tarafından iptaline karar verilmesi halinde sözleşme kural olarak geçerli kalacaktır. Bu bakımdan “geçerlilik görüşünün”

³⁷⁷ Yargıtay 15. HD, 2014/1821 E., 2014/4114 K., 12.6.2014 T. (Kazancı).

³⁷⁸ *Buz*, *İhale*, s. 101, s. 280-283.

³⁷⁹ *Özçelik*, *a.g.e.*, s. 580.

ve karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak benimsenen çözümün kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan yukarıda arz edilen görüşler ayrı ayrı değerlendirilecek olursa, şu tespitler yapılabilecektir.

Evvvela *Özay*'ın ifade ettiği görüş, kamu ihale sözleşmeleri bakımından benimsenen iki aşama teorisini göz ardı etmektedir. Nitekim *Özay*, kamu hukuku teorisinin Türk ihale hukukunda uygulama alanı bulacağı görüşündedir ve bu konuda yaklaşımını da bu görüşe göre şekillendirmektedir. Ancak *Özay*'ın bu yaklaşımı, kamu ihale mevzuatının düzenleniş biçimiyle bağdaşmamaktadır. Kamu ihale mevzuatı, sözleşmeyi özel hukuk hükümlerine tâbi tutmak ve tüm ihale sürecini ayrı hukuki rejimlere tâbi iki aşamaya ayırmak suretiyle *Özay*'ın öne sürdüğü kamu hukuku teorisi ve geçersizlik yaklaşımını açıkça reddetmektedir.

Ayrıca, ihale aşamasında gerçekleşen bir hukuka aykırılık sebebiyle ihalenin iptal edilmiş olması TBK m. 26 ve 27'deki hallerden birine girmiyorsa, sözleşmenin batıl olduğunu iddia etmek güç olacaktır. Zira sözleşmenin kuruluşu ve geçerlilik şartları bütünüyle özel hukuk hükümlerine tâbi tutulmaktadır. İhale sürecindeki bir hukuka aykırılığın tespiti halinde bu durumun TBK m. 27 kapsamında bir “emredici hukuk kurallarına aykırılık” halini otomatik olarak teşkil edeceği yaklaşımı da yanlıştır, zira yukarıda incelendiği üzere ihale mevzuatı kural olarak emredici hükümlerden değil, ihaleyi bağlayan düzen hükümlerinden oluşmaktadır. İşlem temelinin çökmesi gibi haller de geçersizlik görüşünün gerekçesini oluşturamaz, zira ihale aşaması idarenin sözleşme akdederken izlemesi gereken usul kurallarından ibarettir ve sözleşmenin borçlar hukuku açısından dayanağını teşkil etmez. İhale aşaması iptal edilmiş olsa dahi sözleşme geçerli bir icap ve kabul silsilesiyle kurulmuştur.

Butlan yerine iptal gibi bir başka geçersizlik yaptırımının uygulanabilirliği de mümkün olmayacaktır. Bir an için ihale sürecinde gerçekleşen hukuka aykırılıkların bir irade sakatlığı olarak kabul edilebileceği varsayımıyla da sözleşme iptal edilemez, zira gelecekteki irade sakatlıkları bakımından sözleşme baştan itibaren iptal yaptırımıyla geçersiz kılınamaz³⁸⁰. Bu durumda ancak şartları varsa sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olur ki, bu da “geçerlilik görüşüne” daha uygundur.

³⁸⁰ Kocayusufopaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 405.

Gözübüyük / Tan ve Uz'un görüşleri de “ayrılabilir işlem teorisine” dayanarak oluşturulmuştur. Ancak ayrılabilir işlem teorisi, bu durumda benimsenmemiştir. Türk hukukunda söz konusu olan iki aşama teorisidir. Üstüne üstlük, ayrılabilir işlem teorisinin benimsendiği Fransız hukukunda dahi ihalenin iptali halinde sözleşme kural olarak geçersiz olmayacaktır. Bu, *Sezginer*'in ayrılabilir işlem teorisine ilişkin yaptığı tespitlerle de tutarlıdır, bir ayrılabilir işlemin iptali halinde iptal edilen işleme dayanarak yapılan sözleşmenin ayrılabilir idari işlem olduğunun kabulü halinde dahi sözleşmenin akıbetinin belirlenmesi için sözleşme yargıcına başvurulması gerekmektedir.

Hukuki ifa imkânsızlığı görüşü de bu bölümde ifade ettiğimiz engellerle karşı karşıya kalacaktır. İdari yargıda verilen ve yalnızca ihale bakımından etki doğuran iptal kararının, adli yargı ve borçlar hukukuna tâbi sözleşmenin ifasını hukuken imkânsız kılacağıın kabulü mümkün ve tutarlı olamaz.

Bu bakımdan *Buz*'un ifade ettiği görüşün tutarlı ve uygulanması gereken yaklaşım olduğunu söylemek mümkün olacaktır. İhalenin iptal edilmesi, yani ihale esnasında bir hukuka aykırılığın tespitinin ancak borçlar hukuku uyarınca bir geçersizlik hali teşkil etmesi halinde sözleşmenin geçersizliğine yol açması mümkün olacaktır. Bu bakımdan taraflardan birinin idare olması, yasallık ilkesiyle bağlı olması ve kamu yararıyla hareket ediyor olması önem taşımaz. Zira kanun gereği idare kamu ihale sözleşmesi akdederken artık özel hukuk alanında hareket etmektedir. Bu bakımdan sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliğini münhasıran borçlar hukuku kurallarına göre belirlemek yasallık ilkesi açısından daha tutarlı olacaktır.

Bu çalışmanın bir önceki bölümlerinde detaylı olarak ifade edilmeye çalışılan yaklaşım, kanaatimizce kamu ihale sözleşmelerinin ihalenin yargı kararları tarafından iptali karşısında akıbetleri bakımından varılan sonucu kaçınılmaz kılmaktadır. İster bir tarafı idare olsun, ister sözleşme şartları ve karşı tarafının belirlenmesi kamu hukukuna tâbi bir usulle yapılsın, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Kuruluşları ve geçerlilik şartları, bütünüyle özel hukukun sahasına girmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmelerin kuruluşunu düzenleyen normlara tâbi olarak kurulan, geçersizliği de Türk Borçlar Kanunu'nun öngördüğü sistem dahilinde gerçekleşecek olan bir sözleşme, kuruluşunun öncesindeki bir ihale işleminin ortadan kalkmasıyla kendiliğinden geçersiz olmaz. Bu hem kamu ihale sözleşmelerinin genel ilkeleriyle, hem de TBK m.26 ve 27 ile bağdaşmayan bir sonuçtur.

Burada, evvelden de ifade edildiği üzere gözetilmesi gereken iki kaygı vardır. Biri, geçersizlik görüşünün de dayanağını oluşturan, yargı kararlarının yerine getirilmesi gerekliliğidir. Diğer kaygı ise sözleşmeyi uzunca bir süre geçersizlik tehdidi altında bırakarak hukuki bir belirsizlik ortamı yaratılmamasıdır. İhalenin yargı kararıyla iptali halinde sözleşmenin geçersiz olacağı görüşü benimsenecek olursa ihalenin iptaline ilişkin karar sonuçlanıncaya kadar sözleşme belirsizlik içerisinde olacaktır. Yükleniciye bu belirsizliği yüklemenin hukuken kabul edilemez bir durum olduğu ifade edilmiştir³⁸¹.

Ancak sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruduğunun kabulüyle idari yargıda verilen kararın anlamsız kalmasına veya yerine getirilmemiş olacağına dair ilk kaygı da yersiz olacaktır. Zira bu mahkeme kararına dayanarak şartların oluşması halinde idarenin sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi mümkün olabileceği gibi (fesih haklı sebeple olmakla beraber idare kusuru sebebiyle karşı tarafın tazminat taleplerine muhatap olacaktır) sözleşmenin ifasına devam ederek zarara uğrayan diğer isteklilere karşı tazminat yükümlülüğü altına girecektir.

Bu bakımdan Bölüm 6.2.2.2’de zikredilen Bakanlar Kurulu ilke kararları ve ÖUHK Ek m. 5 ve Geçici m. 26 üzerinde de durulması gerekmektedir. Yargı mercii tarafından istikrarlı olarak iptal edilen bu düzenlemeler, ya yargı kararları hakkında “fiili imkânsızlık” sebebiyle işlem tesis edilmeyeceğini açıkça beyan etmekte, ya da aynı doğrultuda karar almaya Bakanlar Kurulu’nu yetkili kılmaktadır. Bu yaklaşımın doğal olarak Anayasa m. 138’le bağdaşan bir tarafı bulunmamaktadır, bilhassa *Çitosan* kararında olduğu gibi yabancı sermayeli bir şirketin varlığı ve Türkiye’nin uluslararası ilişkilerinin zedeleneceği, mahkeme kararına uygun işlem tesis etme yükümlülüğüne aykırı hareket etmenin gerekçesini oluşturamaz. Nitekim bu durumda fiili imkânsızlık yoktur, “geçerlilik görüşüyle” de uyumlu olarak mahkeme kararına göre işlem tesis edilmesi mümkün olacaktır, bu bakımdan *Gözler* kanaatimizce doğru çözüm önerisini *Çitosan* örneği için vermektedir: “*idare, iptal kararı karşısında hareketsiz kalma yolunu seçemez; mutlaka bu kararın sonuçlarını yerine getirmek zorundadır. [...] İdare [...] satış sözleşmesinin diğer taraflarıyla karşılıklı anlaşarak, onların zararını tazmin ederek sattığı şeyi geri almalı veya satış sözleşmesinin feshi için adli yargıda dava açmalıydı. Şüphesiz adliye mahkemesi böyle bir durumda kendi uyguladığı özel hukuk ilkeleri gereği sözleşmesinin feshine karar vermeyebilirdi. Karar verirse de*

³⁸¹ Bovis, a.g.e., s. 392 vd.

haliyle özel kişinin zararının tazmin edilmesine karar verirdi. Nihayet kanımızca böyle bir durumda idare, karşılıklı anlaşma yoluyla veya dava yoluyla sözleşmenin feshi sonucu elde edemezse, son tahlilde, satış sözleşmesine konu olan şeylerin kamulaştırılması yoluna da gidebilirdi”³⁸².

Nitekim, SEKA Balıkesir İşletmesinin özelleştirmesinde, ihale idari yargı tarafından iptal edilmiştir. İdari yargı kararının yerine getirilmesi amacıyla Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, sözleşmenin feshi, özelleştirmeye konu taşınmaz malların iadesi ve tapu sicilinin düzeltilmesi talebiyle adli yargıda dava açmıştır³⁸³. Dava Özelleştirme İdaresi Başkanlığı lehine sonuçlanmıştır. Ancak sözleşmenin feshinden dolayı sözleşmenin karşı tarafının zararlarının tazmin edilip edilmediği hakkında bilgi sahibi değiliz.

Yakın tarihteki yasal düzenlemeler de geçerlilik görüşünü desteklemektedir. Düzenlemenin getiriliş biçimi ve sonuçlarının sakıncalarını tekrar şerh düşmek koşuluyla, sözleşmenin idare tarafından belli koşullarda feshini öngören Kamu İhale Genel Tebliği m. 25.4, geçerlilik görüşünün Türk hukuku bakımından söz konusu olacağına açık bir düzenlemesidir. Fakat anılan maddeye yukarıda arz ettiğimiz eleştirilerimizin yanı sıra, hukuk politikası ve bu bölümdeki görüşümüz itibarıyla de bu düzenlemenin incelemeye tâbi tutulması gerekir. Bu da bizi yargı kararlarının ne şekilde uygulanacağı ve feshin zorunlu olup olmadığı tartışmasına getirmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere ihaleyi iptal eden bir yargı kararının kesinleşmesi üzerine Anayasa m. 138’e göre idarenin, sözleşmenin halen geçerli olduğunu da hesaba katarak yargı kararına uygun olarak işlem tesis etmesi gerekmektedir. İdarenin tesis edeceği işlem sözleşmenin feshi şeklinde olabilir. Fakat bu kusursuz bir çözüm değildir; zira idare sözleşmeyi kendi (ihale aşamasındaki) hukuka aykırılığını tespit eden yargı kararına dayanarak feshetmektedir. Bu da, “kendi kusuruna dayanarak hak iddia edilemez” ilkesinin bariz bir ihlali olarak yorumlanabilecektir. Anayasa Mahkemesi de bu ilkeyi kararlarında gözetmiş, hatta Anayasa m. 2 kapsamında da değerlendirmiştir³⁸⁴. Şu halde idare, sözleşmeyi feshetme yoluna giderse bu ancak

³⁸² Gözler, **a.g.e.**, **C.II**, s. 194.

³⁸³ Gözübüyük / Tan, **a.g.e.**, **C.II**, s. 575.

³⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 2011/3 E., 2012/153 K., 18.10.2012 T. (Lexpera); Anayasa Mahkemesi, 2011/4 E., 2012/154 K., 18.10.2012 T. (Lexpera). Aynı yaklaşıma doktrinde de rastlanacaktır, bkz. Buz, *İhale*, s. 110; Gözler, **a.g.e.**, **C.II**, s. 194.

sözleşmenin karşı tarafının zararlarının tam olarak tazmin edilmesi halinde kabul edilebilir olacaktır.

Fakat iptal kararının yerine getirilebilmesi için sözleşmenin feshinin zorunlu ve mutlak olduğu görüşüne de katılmıyoruz. Sözleşmenin tazminat karşılığı feshi, idari yargı kararının yerine getirilmesi için bir yöntem olmakla birlikte idareyi buna mecbur tutmak doğru değildir. Zira feshin mecburi olduğu durumda geçersizlik görüşünün yukarıda bahsettiğimiz sakıncası bertaraf edilmemiş olacaktır. İdari yargıda ihalenin iptalini talep eden davalar devam ettikçe sözleşme fesih “tehdidi” altında olacaktır, belirsizliği yine yüklenici üstlenecektir.

İhalenin iptal edilmesi halinde sözleşmenin ifasına devam edilebileceğinin kabulü gerekecektir. Bu, hiçbir şekilde idarenin iptal kararını yerine getirmeyeceği veya hareketsiz kalacağı anlamına gelmeyecektir, bu Anayasa’ya aykırıdır. İdare sözleşmeyi hizmet gereği, kamu yararını gözeterek veya işin ilerleme durumuna göre feshetmeyecek olursa, iptal kararında tespit edilen hukuka aykırılık sebebiyle diğer isteklilerin zararını kusur sorumluluğu veya *Culpa in contrahendo* sorumluluğu tahtında tazmin ederek yargı kararını yerine getirmiş olacaktır. Bu da Anayasa m. 138’e uygun bir çözüm olacaktır. Bu izah ettiğimiz görüşün güzel bir özetine *Buz*’da rastlanabilir: “*Yargı kararlarının gereğini yerine getirmenin tek yolu, kamu ihale sözleşmesinin geçersiz sayılması değildir; karşı tarafın zararlarını tazmin ederek sözleşmenin feshi suretiyle de ‘yargı kararlarına saygılı bir hukuk devletine olan imanın tazelenmesi’ mümkündür. Sözleşmenin batıl sayılması veya feshedilmesi yerine, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemler nedeniyle devre dışı bırakılan istekliye idarenin tazminat ödemekle yükümlü olması ise, iptal kararının gereğinin yerine getirilmesinin bir başka yoludur*”³⁸⁵.

Burada karşılaştırmalı hukukta yer alan çözümlerin yinelenmesi yerinde olacaktır; Fransız hukukunda ihalenin yargı kararıyla iptali halinde sözleşme geçersiz hale gelmez. Sözleşme feshedilebilir veya görevli mahkemeden feshi talep edilebilir. Fakat sözleşmenin feshi her zaman mutlak sonuç değildir, sözleşmenin feshedilmemesi halinde ihaleyi iptal eden yargı kararının gereği, diğer isteklilerin zararları tazmin edilerek yerine getirilmektedir³⁸⁶.

³⁸⁵ *Buz, İhale*, s. 110-111.

³⁸⁶ Bkz. Bölüm 6.2.1.2

7. SONUÇ

Bu çalışmada varılan sonuçlar toparlanacak olursa, özet kabilinde aşağıdaki tespitlerin yapılması mümkün olacaktır:

1. Kamu ihale sözleşmeleri, idarenin taraf olduğu sözleşmeler rejiminde evvela bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bu özel hukuk sözleşmeleri, idarenin ihtiyaç duyduğu ve serbest piyasaya yöneldiği edimlerin konusu bakımından ayrıca tasnif edilebilir. Akit tipolojisi bakımından satım sözleşmesi, eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi kapsamına girebilmektedirler. Bu sözleşmelere, “iki aşama teorisi” rejimi uygulanmaktadır, yani ihale aşaması olan idari işlem ile sözleşme aşaması olan özel hukuk aşaması birbirinden ayrı ve bağımsız birer aşamadır ve farklı rejimlere tâbidir.

2. İhale sürecinin sona ermesiyle idarenin ihale açmasıyla gerçekleştirdiği icaba davetlere istekliler ayrı ayrı icaplarda bulunarak yanıt verecektir. Ekonomik olarak en avantajlı teklif sahibini idare sözleşmeye davet eder ve sözleşmenin idare tarafından imzalanmasıyla kabul beyanı verilmiş ve sözleşme kurulmuş olacaktır. İdarenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

3. Tıpkı kuruluştaki olduğu gibi kamu ihale sözleşmelerinin sona ermesi de borçlar hukuku kurallarına tâbidir. Bunlar arasında önem arz eden butlan, iptal ve sona erdirme açısından hem Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri, hem kamu ihale mevzuatının öngördüğü sona erme halleri, hem de Türk Borçlar Kanunu’nun özel borç ilişkilerinde uygulama alanı bulacak hükümleri dikkate alınacaktır. Bu bakımdan kanun koyucunun kamu ihale mevzuatını düzenleme sürecinde büyük özensizlikler yaptığı ve kavramları birbirlerine karıştırdığı görülmektedir. Kamu ihale mevzuatı, doktrinden de faydalanarak bu alanın yeniden düzenlenmesine muhtaçtır.

4. Sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde tarafların birbirlerinden olan tazminat talepleri açısından durum tartışmalı olmakla beraber hem özel hukuka tâbi akdi sorumluluk (*Culpa in contrahendo*), hem de idarenin hizmet kusuru isteklilere açık olacaktır. Bu sonuca varılırken karşılaştırmalı hukukta öngörülen çözümlerden faydalanılmıştır.

5. Çalışmanın merkezini oluşturan inceleme konusuna ve bu çalışmanın sonunda çıkarılacak en önemli sonuca gelince, idari yargı mercilerinin ihaleyi iptal etmesi halinde sözleşmenin otomatik olarak geçersiz olmayacağı kanaatine varılmalıdır. Karşılaştırmalı hukukta, doktrinde ve kamu ihale mevzuatında tutarlı olan yaklaşım bu olacaktır. Yukarıda yaptığımız tespitlerden hareketle iki aşama teorisi rejimine tâbi olan ve özel hukuk ilkelerine göre kurulan ve geçerliliği belirlenen kamu ihale sözleşmelerinin geçersizliği, ancak özel hukuk hükümlerine göre olacaktır. İhale işleminin iptali sözleşmeyi geçersiz kılmayacaktır. Ancak idarenin bu durumda sözleşmeyi feshetmesi veya sözleşmenin ifasına devam ederek diğer isteklilerin zararlarını tazmin etmesi gerekecektir.

6. Nihayet çalışmanın sonunda değinilecek son husus, konuya ilişkin başka çalışma önerileridir. Bu tez çalışması sürecinde de birden fazla defa ifade edildiği üzere kamu ihale sözleşmeleri, doktrinde birkaç yazar hariç tutulmak kaydıyla büyük ölçüde ihmal edilmiş bir konudur. Özellikle kamu ihale sözleşmelerine özel hukuk perspektifinden yaklaşarak bu çalışmada çok defa konunun dışında kalması sebebiyle detaylı olarak incelenmeyen ancak ayrı bir çalışmaya konu olabilecek birçok tartışmalı mesele vardır. Örneğin, kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesine özel hukuk perspektifinden sistematik bir yaklaşım, yabancı hukukla karşılaştırmalı olarak kamu ihale sözleşmelerinden doğan tazminat yükümlülüklerine ilişkin çalışmalar ve daha niceleri, konuya yepyeni bakış açıları getirebilecektir. Temennimiz, doktrindeki ilginin bu konuya artması, bu vesileyle yargı kararlarının ve yasal düzenlemelerin iyileşmesi ve karşılaştırmalı hukukta yakalanan seviyeye, hukuki zenginliğe ve kamu ihale mevzuatının amaçladığı standartlara erişilmesidir.

KAYNAKÇA

ABEGG, Andreas, “Funktion und Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz”, **Droit de Construction**, 3/2008, Fribourg, 147-151.

AKILLIOĞLU, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi – Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı**, 1988, Ankara, Cilt 9, Sayı 1-3, s. 11-22.

AKSOY, Hüseyin Can, **Impossibility in Modern Private Law**, Ankara, Springer, 2013.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebep Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

ALYANAK, Servet, “Avrupa Birliği Kamu İhalesi Kurallarına Tâbi Kurum ve Kuruluşlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2009/2, s. 167.

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, III Cilt**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

AYDEMİR, Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016

AYHAN, Fatma, **İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi**, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2012.

BARLAS, Nami, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001, s. 807-829.

BECKER, Herman, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Çev. A. Suat Dura, Ankara, 1993.

BEYELER, Martin, **Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens**, Zürich, Schulthess, 2004.

BİLGİN, Pertev, **İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970.

BİLİR, Dilek, **Kamu İhale Mevzuatına tâbi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Ankara, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

BOVİS, Christoper, **EU Public Procurement Law**, Edward Elgar Publishing, 2007.

BURDEAU, François, **Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)**, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

BUZ, Vedat, “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt 1, İstanbul On İki Levha, 2010, s. 611-662 (Buz, *Tasfiye*).

BUZ, Vedat, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, Cilt: XXIX, Sayı: 2, Haziran 2013, s. 21-35 (Buz, *Sorumluluk*).

BUZ, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998 (Buz, *Dönme*).

BUZ, Vedat, “İrade Sakatlığı Nedeniyle Malul Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 261-295 (Buz, *İrade Sakatlığı*).

BUZ, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007 (Buz, *İhale*).

BUZ; Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005 (Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*).

CERRAHOĞLU, Fadlullah / CERRAHOĞLU, Eda / ÖRALAY, Merve, **Turkish Energy Arbitrations and the Question of Applicable Law**, <http://www.cerrahoglu.av.tr/doc/5.pdf>.

DEMİRBAŞ, Harun, “Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (1)**, İstanbul, 2017, s. 103-121.

DEMİRBOĞA, Dursun Ali, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

DURAL, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982 (Duran, *İdare Hukuku*).

DURAN, Lütfi, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülâhazalar III”, **Amme İdaresi Dergisi**, Aralık 1985, Cilt/Sayı: 18/4, s. 63-82 (Duran, *Mülâhazalar*).

EDİS, Seyfullah, **Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (Eren, *Borçlar*).

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (Eren, *Özel*).

ERGÜNE, Mehmet Serkan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağın, C. I**, İstanbul, 2010, 909-926 (Ergüne, *Olumlu Zarar*).

ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008 (Ergüne, *Olumsuz Zarar*).

GEMALMAZ, Mehmet / DOĞRU, Osman, “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi - Prof. Dr. Lütfi Duran’a Özel Armağın Sayısı**, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 127-146.

GÖNEN, Dinçer / İŞİK, Hikmet, **Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 1. Baskı, Ankara, 2003.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, II Cilt, 2. Baskı, Bursa, Ekin, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku, 2 Cilt**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

GRAELLS, Albert Sanchez, **Public Procurement And The EU Competition Rules**, 2. Baskı, Bristol, Hart Publishing, 2015.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2017.

GÜRZUMAR, Osman Berat, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006 (Gürzumar, *Sözleşme Yapma Zorunluluğu*).

GÜRZUMAR, Osman Berat, “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, 2004, s. 105-163 (Gürzumar, *TMK m. 5*).

VON JHERİNG, Rudolf, **Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, IV. Band, 1. Heft, 1861.

KALABALIK, Halil, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Mahkeme Kararlarının Uygulanması Amacıyla Feshi”, **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, 1. Kamu İhale Hukuku Kongresi**, Editörler: Prof. Dr. Fehim Üçışık, Prof. Dr. Çetin Arslan, Av. Seyyid Ahmet Hakkakul, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, 21-32.

KAPLAN, Sami, “İdeal bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 162, 2012, s. 18-50.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2002.

KARAHANOGULLARI, Onur, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 45, sayı 1-4, Ankara, 1996, sayfa 279-323.

KARAYALÇIN, Yaşar, “Ticari Sözleşmeler ve Yürütmeyi Durdurma Kararları”, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, IV**, Ankara, 1992, s. 141-145.

KIRCA, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, 2001, s. 91-116.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku’na Giriş / Hukuki İşlem / Sözleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017 (Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, ““Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları İle İlgili Düşünceler”, **Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, 1996.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968 (Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*).

KUNTALP, Erden, **Karışık Muhtevalı Akit**, 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

KURT, L. Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

KUTLU, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997.

LANGELIER, Élise, “L’Évolution du Contentieux des Contrats Administratifs: À Quand l’Acte IV?” **La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales**, No. 47, 2014.

LİCHÈRE, François, “Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France”, **Public Procurement Law Review**, 171, 2006.

ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 1998, Sayı 12.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk – Giriş / Kaynaklar / Temel Kavramlar**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2 Cilt**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Baskı, İstanbul, 1966

ÖRÜCÜ, Ersin, “Kamu Hukuku – Özel Hukuku: Kavram ve Ölçüt Karmaşası”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 1991, Cilt 12, Sayı 1-3, s. 303-316.

ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat, İstanbul, 2016 (Öz, *İnşaat*).

ÖZ, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı, 1989 (Öz, *Eser*).

ÖZAY, İl Han, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004 (Özay, *Günüşğında Yönetim*).

ÖZAY, İl Han, "İhale Usulleri ya da 'İskambilden Şato' ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkim Yayınevi, 2007, s. 871-896 (Özay, *İhale Usulleri*).

ÖZÇELİK, Ş. Barış, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları", **AÜHFD**, Sayı 63 (3), 2014, s. 569-621.

PACHNOU, Despina, **The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece**, Nottingham, University of Nottingham e-Prints, 2003, <http://eprints.nottingham.ac.uk/12431/1/289083.pdf>

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi**, Ankara, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2005.

PİCHONNAZ, Pascal, **Impossibilité et exorbitance – Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse**, Fribourg, 1997.

SARI, Suat, **Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004

SARIKAYA, Muhammet, "Hukuki İlişkinin Kurulması Sırasında Rüşvet Suçunun İşlenmesi", **Leges Hukuk Dergisi**, Şubat 2015, Sayı: 6(62), 2015.

SCHEBESTA, Hanna, **Damages in EU Public Procurement Law**, Springer, 2016.

SEÇER, Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 61 vd.

SELİÇİ, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.

SEROZAN, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2018 (Serozan, *Özel*).

SEROZAN, Rona, **İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016 (Serozan, *İfa*).

SEROZAN, Rona, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara 2004, s. 198-207 (Serozan, *Çözülme*).

SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Serozan, *Sözleşmeden Dönme*).

SEROZAN, Rona / GÖKYAYLA, Emre / ACAR, Faruk / ÖZ, M. Turgut / DEVELİOĞLU, H. Murat, **İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu**, 2 Cilt, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 ([Yazar], *İstanbul Şerhi*).

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, **AÜHFD**, 63 (2), 2014: 397-417.

SEZER, Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.35/4, 2002.

SEZGİNER, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000 (Sezginer, *Ayrılabilir İşlem*).

SEZGİNER, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sayı: 2007/1-2, 2007, S. 1079-1093 (Sezginer, *İmtiyaz*).

SEZGİNER, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, 1589-1621 (Sezginer, *Bileşik Sözleşme*).

STOECKLİ, Hubert, “A Tender Of Works At The Gotthard: Observations On A Complex Procedure And Its Consequences”, **The International Construction Law Review**, Informfa Law, 2008, s. 4-13.

TALUS, Kim, “Enerjide Kamu - Özel Sektör Ortaklığı – Avrupa’da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının Ve İdari İşlemlerin Sonlandırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 84, 2009, s. 347-374.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018 (Tan, *İdare Hukuku*).

TAN, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBF Dergisi**, 1995, Ankara, Sayı: 3, Cilt 50, s. 291-309 (Tan, *İdari Sözleşme Kuramı*).

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2 Cilt, 4. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*).

TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku – Akit Dışı ve Akdi Sorumluluk**, 1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, 2010 (Tandoğan, *Mes'uliyet*).

TAŞDELEN, Aziz, “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale Ve Sözleşme Aşamaları İle Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 69/1-2, 2011, s. 43-60.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, Üçüncü Bası, İstanbul, İstanbul Üniversite Yayınları, 1978.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

TEKİNSOY, M. Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFD**, Ankara, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 181-227.

TERCIER, Pierre / FAVRE, Pascal G., **Les Contrats Speciaux**, Zürich, Schulthess, 2009.

TERCIER, Pierre / PİCHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.

TOPUZ, Seçkin / CANBOLAT, Ferhat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, **AÜHFD**, Sayı 57 (3), 2008, s. 674-718.

VON TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983.

VON TUHR, Andreas / PETER, Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.

UZ, Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005 (Uz, *Kamu İhale Hukuku*).

YALÇINDURAN, Türker, **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, Yetkin Yayınları, 2004.

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul, Beta, 2013.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006 s. 931-965.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

YILMAZ, Dilşat, **Kamu İhale Hukuku’nda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013.

Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Basımevi, 1991.



ÖZGEÇMİŞ

1993 yılında Frederiksberg, Danimarka’da doğan Yunus Akşin Pınar, ortaöğrenimini Ankara’da *Bilkent Uluslararası Laboratuvar Lisesi’nde* tamamladıktan sonra lisans eğitimini 2015 yılında *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde* tamamlamıştır. İstanbul Barosu avukatlarından olup halen avukatlık mesleğini icra etmektedir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Yunus Akşin Pınar
Tez Başlığı : Kamu İhale Sözleşmelerinin Türk Borçlar Hukuku'nda Yeri Ve
İhalenin Yargı Kararıyla İptali Karşısında Akıbetleri
Savunma Tarihi : 27 / 06 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Dr. Öğr. Özge Aksoylu Ürger

Doç. Dr. Zafer Kahraman

İmza



Enstitü Müdürü
Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

