

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA PROGRAMI

YAPIM SÖZLEŞMELERİNDE ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜDÜ

Doktora Tezi

EYÜP KUL

İstanbul, 2020

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA PROGRAMI

YAPIM SÖZLEŞMELERİNDE ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜDÜ

Doktora Tezi

EYÜP KUL

Danışman: Prof. Dr. FARUK ACAR

İstanbul, 2020

YAPIM SÖZLEŞMELERİNDE ASGARI EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜDÜ

ÖZ

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri, büyük çaplı yapım sözleşmelerinin gerçekleştirilebilmesi amacı ile yükleniciyi bu işe sevk ve teşvik etmek amacı ile verilmektedir.

Bu taahhütlerin bir kısmı garanti taahhüdü niteliğinde olmasına karşın, diğer bir kısmı bağımsız olmayan teminat hükmü veya sadece sözleşmenin alade bir edim yükümlülüğü niteliğindedir.

Bu doktora tezinin amacı, yapım sözleşmesinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin hukuki niteliğini tespit etmek, bu taahhütlerden saf garanti taahhüdü niteliğinde olanlar ve bu nitelikte olmayanlar için hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemektir. Söz konusu belirleme yapılırken yapım sözleşmelerinin özellikleri de dikkate alınmıştır. Bu kapsamda asgari ekonomik menfaat taahhütleri, yapım sözleşmeleri ve saf garanti taahhütlerinin özellikleri üzerinden inceleme konusu yapılmıştır.

Tezde yapılan incelemede, önce konunun esası belirlenerek uygulamada ortaya çıkan sorunlar tespit edilmiş, söz konusu sorunlar doktrin ve Yargıtay kararları ışığında karşılaştırmalı olarak araştırma ve sorgulama yöntemi ile değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Yapım sözleşmesi, asgari ekonomik menfaat taahhüdü, saf garanti taahhüdü, ihale

MINIMUM ECONOMIC BENEFIT COMMITMENT IN CONSTRUCTION CONTRACTS

ABSTRACT

Minimum economic benefit commitments in construction contracts are set out to encourage and induce contractors for the execution of major construction contracts.

While some of these commitments have the characteristic of guarantee commitment, the others have either the characteristic of non-independent guarantee clause or merely a provision of the contract.

The purpose of this dissertation is to identify the legal nature of minimum economic benefit commitments in construction contracts and to determine which provisions are applicable for such commitments depend on whether they are pure guarantee commitment or not. The characteristics of construction contracts have also been taken into account in such determination. In this context, minimum economic benefit commitments have been examined on the basis of the characteristics of construction contracts and pure guarantee commitments.

In this study, firstly the problems in practise have been identified by determining the essence of the matter, and then these problems have been examined comparatively in the light of the doctrine and the Court of Cassation' rulings by using the investigative research method.

Keywords

Construction contract, minimum economic benefit commitment, pure guarantee commitment, tender.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
TABLO LİSTESİ.....	xii
ŞEKİL LİSTESİ.....	xii
KISALTMALAR.....	xiii

GİRİŞ

A. KONUNUN TAKDİMİ	1
B. İNCELEMENİN AMACI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	2

BİRİNCİ BÖLÜM

YAPIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, GÖRÜNÜM TÜRLERİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER

I. YAPIM SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI	4
II. YAPIM SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	9
A. Bir Yapının İnşası (Meydana Getirilmesi) ve Teslimi	9
1. Genel Olarak.....	9
2. Yapı Kavramı	10
3. İnşa Etme (Meydana Getirme) Kavramı	13
4. İnşa Edilmiş Yapının Teslimi.....	14
B. Bedel Unsuru	15
C. Anlaşma.....	18
1. Genel Olarak.....	18
2. Yapım Sözleşmesinde Geçerlilik Şekli	19
3. Yapım Sözleşmesinde İspat Şekli	23
D. Diğer Unsurlar	24
III. YAPIM SÖZLEŞMESİNİN GÖRÜNÜM TÜRLERİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER	25

A. ESER SÖZLEŞMESİ.....	25
B. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ.....	26
C. GELİR PAYLAŞIMLI YAPIM SÖZLEŞMELERİ	27
D. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ 29	
1. Kamu İhale Sözleşmeleri.....	38
a. Genel Olarak	38
b. Tabi Olduğu Hukuki Rejim.....	41
(1)Kamu Hukuku Teorisi	43
(2)Özel Hukuk Teorisi	44
(3)Ayrılabilir İşlem Teorisi.....	44
(4)İki Aşama Teorisi	47
(5)Değerlendirmemiz	48
c. İhale ve Sözleşme İlişkisi.....	54
(1)İptal Kararının Sözleşmeyi Doğrudan Hükümsüz Hale Getirmeyeceği Görüşü	60
(2)İptal Kararının Sözleşmeyi Doğrudan Hükümsüz Hale Getireceği Görüşü	62
(3)Yargı Kararlarındaki Durum	66
(4)Hakem Kararlarındaki Durum.....	71
(5)Değerlendirmemiz	76
2. Kamu Özel İşbirliği (“Public Private Partnership”) Projelerinden Doğan Sözleşmeler.....	87
a. Genel Olarak	87
b. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri	98
c. Yap- İşlet Sözleşmeleri	108
d. Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik	

Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (“3096 Sayılı Kanun”).....	111
e. Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (“3465 Sayılı Kanun”).....	113
f. Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile ilgili 6428 sayılı Kanun.....	114
g. Enerji Santrallerine İlişkin Diğer Sözleşme ve Modeller	121
E. YAPIM SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER	128
1. Genel Olarak.....	128
2. Sözleşmelere Konulacak Kayıtlar	128
a. FIDIC Sözleşmeleri.....	128
b. Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi.....	133

İKİNCİ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN TANIMI, ÖZELLİKLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK ASGARİ EKONOMİK MENFAAT	135
A. Menfaat Kavramı.....	135
B. Ekonomik Menfaat	136
C. Asgari Belirleme	136
D. Taahhüt.....	137
II. ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN ÖZELLİKLERİ.....	141
A. Taahhütlerle Korunan Hukuki Değer	141

B. Taahhütlerin Bağımsız Ve İsimsiz Bir Sözleşme Olup Olmadığı...	142
C. Taahhütlerin Asli Edim Yan Edim Yükümlülükleri Bakımından Değerlendirilmesi	144
D. Dönemli Edim, Sürekli Edim, Belirsiz Vadeli Edim, Muacceliyete Bağlı Edim Ayrımları Bakımından Taahhütlerin Değerlendirilmesi	147
III. ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	151
IV. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	155
A. Garanti Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	155
1. Garanti Sözleşmesinin Tanımı	155
a. Garanti Sözleşmesi Kavramının Ortaya Çıkışı	155
b. Doktrinde Garanti Sözleşmesi İle ilgili Yapılan Tanımlar	158
c. Yargıtay'ın Garanti Sözleşmesi İle İlgili Yaptığı Tanım.....	160
d. Değerlendirmemiz	161
2. Garanti Sözleşmesinin Unsurları	162
a. RiskinYüklenilmesi.....	162
(1) RiskKavramı.....	162
(2) Riskin Belirli veya Belirlenebilir Olması	165
(3) RiskinArtması.....	167
b.Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Sevk ve Teşvik Etmek veya Bir Alacağını Temin Etmek Amacı.....	169
(1) Garanti Alanın Hareket Tarzı	170
(2) Garanti Alanı Sevk ve Teşvik Etmek Amacı	172
c. Taahhüdün Asli ve Bağımsız Niteliği	174
d. İvazsızlık.....	177
3. Garanti Sözleşmesinin Çeşitleri	162

a. Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garantiler – Yöneltilme Amaçlı (Saf) Garantiler	183
b. Başlıca Saf Garanti Taahhütleri.....	186
(1) Kar payı (Temettü) ve Faiz Garantileri	187
(2) Gelir Garantileri	189
(3) Değer Kazanma Garantileri.....	190
(4) Zararı Karşılama Garantileri	191
(5) Değerlendirmemiz	192
B. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme İle Karşılaştırılması	193
1. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Genel Hüküm Niteliğinde Olduğu Garanti Sözleşmesinin ise Kendine Özgü (Sui Generis) Olduğu Görüşü	193
2. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Garanti Sözleşmesi İle Aynı Olduğu Görüşü	196
3. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Garanti Sözleşmesinin Bir Türü (Kefalet Benzeri Garanti) Olduğu Görüşü	197
4. Yargıtay'ın Görüşü.....	198
5. Değerlendirmemiz.....	199
C. Kefaletle Karşılaştırılması.....	203
1. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi.....	203
2. Sözleşmenin Şekli ve Eşin Rızası	208
3. Asli- Tali Olma.....	212
4. Bağımsız - Fer'i olma.....	215
5. Defiler.....	224
6. Rücu.....	226
D. Borca Katılma ve Müteselsil Borçluluk ile Karşılaştırılması.....	227

E. Borçlunun Kendi Edimini Taahhüt Ettiği ve Borç İlişkisinin Kendisinde Yer Alan Bazı Hallerle Karşılaştırılması.....	229
1. Ceza Koşulu (Cezai Şart) İle Karşılaştırılması.....	229
2. Koşul ile Karşılaştırılması	231
3. Edim Yükümlülüklerinin Teyitleri ile Karşılaştırma	238
4. Bağımsız Olmayan Teminat Hükümleri İle Karşılaştırılması ...	239
a. Genel Olarak	239
b. Satış Sözleşmelerinde Süreye İlişkin ve Belirli Bir Vasıf İçin Verilen Taahhütler	242
c. Ayrımın Önemi	244
d. Ayrım İçin İleri Sürülen Kistaslar.....	247
e. Değerlendirmemiz.....	255
5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ile Karşılaştırma	267
6. Üçüncü Kişinin Belli Bir Fiili Yapmasına Çalışmak Vaadi İle Karşılaştırılması	270
F. Sigorta Sözleşmesi İle Karşılaştırılması.....	271

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİ İÇEREN YAPIM SÖZLEŞMELERİ, TARİHİ GELİŞİM, TÜRKİYE'DEKİ ÖRNEKLER, KAMU PROJELERİNDE İDARENİN VERDİĞİ TAAHHÜTLER

I. GENEL OLARAK.....	273
II. TARİHİ GELİŞİM.....	274
III. TÜRKİYE'DEKİ ÖRNEKLER.....	277
IV. KAMU PROJELERİNDE İDARENİN YATIRIMCIYA VERDİĞİ ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜDÜ ÇEŞİTLERİ.....	280
A Genel Olarak.....	280
B. Kamu Projelerinde İdarenin Yatırımcıya Verdiği Asgari Ekonomik	

Menfaat Taahhüdü Çeşitleri	280
1. Yol, Köprü, Tünel Projelerinde Verilen Araç Geçiş Taahhütleri.....	280
2. Havalimanı Projelerinde Verilen Yolcu Taahhütleri.....	284
3. Sağlık Bakanlığınca KÖİ Modeli İle Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile ilgili 6428 sayılı Kanun Kapsamında Verilen Taahhütler	286
4. Enerji Santrallerinde Verilen Alım Taahhütleri	288

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN HÜKÜMLERİ 296

I. GENEL OLARAK.....	296
II. TAAHHÜDÜN HÜKÜMLERİ	297
A. Garanti Veren Ödeme Borcu.....	297
1. Kavram ve Hukuki Niteliği	297
2. Ödeme Borcunun Kapsamı	303
3. Ödeme Borcunun Doğması ve Muacceliyeti	306
4. Garanti Alacağının Devri (Temlik).....	310
5. Ödeme Borcunun Koşulu Olarak Riskin Gerçekleşmesi	314
a. Genel Olarak	314
b. Riskin Gerçekleşmesinde Taahhüt Alanın Kendi Kusurunun Olmasının Ödeme Borcuna Etkisi	315
c. Mücbir Sebeplerin Etkisi.....	324
d. İfa İmkansızlığının Etkisi.....	330
(1)Başlangıçtaki imkansızlık	330
(2)Sonraki İmkansızlık.....	338
6. Taahhütlerin Uyarlanması.....	340
a. Genel Olarak	340

b. Durum Değişikliği Gerçekleşmesi ve İşlem Temelinin Çökmesi.....	343
c. Öngörülmezlik ve Öngörülmesinin Beklenmemesi	347
d. Durum Değişikliğinin Uyarılama Talep Edenden Kaynaklanmaması.....	348
e. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olma	349
f. Edimi İfa Etmemiş veya Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmiş Olma.....	350
g. Teminat Sözleşmelerinde Uyarılama	351
h. Değerlendirmemiz.....	354
7. Taahhüt Veren Rücu Hakkı.....	363
B. Taahhüt Nedeni İle Ödeme Dışında Sorumluluk Olup Olmadığı ...	372
BEŞİNCİ BÖLÜM	
ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN SONA ERMESİ.....	375
I. GENEL OLARAK.....	375
II. SÜRENİN GEÇMESİ.....	378
A. Taahhütlerin Süresi	378
B. Ödemeyi Talep Etmenin Süreye Bağlı Olması	380
C. Zamanaşımı	384
III. YAPIM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	385
A. Genel Olarak	385
B. Fesih	386
1. Yapım Süresi İçerisinde Fesih.....	386
2. İşletme Süresi İçerisinde Fesih.....	388
SONUÇ	390

KAYNAKÇA.....	409
----------------------	------------



TABLO LİSTESİ

Sayfa No.

Tablo 1: KÖİ Projeleri Yatırım Tutarlarının Yıllara Göre Dağılımı.....	93
Tablo 2: KÖİ Projelerinin Sektörlere Göre Dağılımı.....	94
Tablo 3: Türkiye’de KÖİ Projelerinin Modellere Göre Dağılımı.....	95
Tablo 4: Sağlık Bakanlığı Verilerine Göre Sözleşmesi İmzalanan Şehir Hastaneleri...	113
Tablo 5: İdare ve Yüklenici’nin Sorumlulukları.....	117
Tablo 6: Karayolları Genel Müdürlüğü Otoyol Projeleri.....	277

ŞEKİL LİSTESİ

Şekil 1: Proje Finansmanının Genel Görünüşü.....	276
---	-----

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
BK	: 808 sayılı mülga Borçlar Kanunu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
C.	: Cilt
D.	: Daire
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EPDK	: T.C. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce

İş K.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİFM	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası
İYUK	: 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı İçtihat Programı
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
m.	: Madde
M.	: Mahkeme
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay
YD : Yürütmeyi Durdurma
YİBBGK : Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı
YPK : Yüksek Planlama Kurulu
vd. : Ve devamı

GİRİŞ

A. KONUNUN TAKDİMİ

Borç ilişkisi, alacaklının ciddi ve hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması ile birlikte kurulur¹. Bu bakımından borç ilişkisinin alacaklıya sağladığı menfaatler çok çeşitli olabilir. Bu menfaatler doğrudan ekonomik menfaatler olabileceği gibi, manevi menfaatler de olabilir².

Asgari bir ekonomik menfaatin taahhüt edilmesi ise genel olarak diğer tarafı sözleşme yapmaya teşvik etmek için verilmektedir. Böylelikle taahhüdü alan, asgari olarak elde edeceği ekonomik menfaati önceden bilmekte ve bunu dikkate alarak hareket etmektedir.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri de yükleniciyi sözleşmeyi yapmaya sevk ve teşvik etmek amacı ile verilmektedir. Sözleşmenin diğer tarafını sevk ve teşvik etme amacı, hem bağımsız bir taahhüt olan saf garanti taahhütlerinde hem de bağımsız olmayan fer'i taahhütlerde var olan bir amaçtır. Bu taahhütlere hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek, taahhütlerin hukuki niteliğini belirlemekle mümkün olacaktır.

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin hukuki niteliğini belirlemek dışında idarenin taraf olduğu yapım sözleşmelerinde, bu sözleşmelerin bir ihale neticesinde yapılması ve sözleşmenin imza aşamasına kadar idare hukuku kurallarının uygulanması³, taahhütlere uygulanacak hükümlerle ilgili başkaca sorunları da doğurmaktadır. Bu kapsamda özellikle garanti niteliğinde olan taahhütlerin asıl sözleşmeden bağımsız

¹ Ferit Hakkı Saymen / Halid Kemal Elbir, **Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I/1**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958, s. 4; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, C.1**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017 s. 15.

² Önceleri bir görüş bu menfaatlerin yalnızca maddi olması gerektiğini savunmakta iken bugün hakim görüş borç ilişkisinden doğan menfaatin manevi menfaatler de olabileceği yönündedir. Örneğin, kiralanın evin bahçesinde gezinmek, güneşlenmek, piyano çalmamak gibi menfaatler manevi niteliktedir. Bkz. Saymen/ Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I/1*, s. 4; Kocayusufpaşaoğlu, s. 15.

³ Bkz. Birinci Bölüm, III, D, 1, c.

olması karşısında, ihale dönemi ile ilgili idare mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının taahhütler üzerindeki etkisinin ne olacağının da tespit edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

B. İNCELEMENİN AMACI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Yapım sözleşmelerinde yükleniciyi sözleşme yapmaya teşvik etmek için verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri, doktrinde bugüne kadar doğrudan bir incelemeye konu edilmemiştir. Garanti sözleşmeleri genel olarak banka teminat mektupları bakımından inceleme konusu yapılmış ise de saf garanti taahhütlerini inceleyen eser sayısı da uygulamadaki önemine rağmen son derece azdır. Garanti sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olması ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme (TBK m. 128) ile ilişkisinin tespiti gerekliliği de konuyla ilgili incelemeleri daha da önemli bir hale getirmektedir.

19. yüzyıldan itibaren sanayileşme ile birlikte kamunun büyük çaplı inşaat sözleşmelerini gerçekleştirmesi için yeni model arayışları, yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin uygulamasını ve önemini artırmıştır. Ülkemizde de son yıllarda özellikle kamu özel işbirliği (public-private partnership) modeli ile gerçekleştirilen yapım projelerinde büyük bir artış yaşanmış, bu yöntem ile büyük çaplı yapım işleri olan otoyol, köprü, tünel, havalimanı ve enerji santralleri gibi projeler hayata geçirilmiştir. Tezimizdeki incelemenin amacı, özellikle ülkemizde hayata geçirilen bu projelerde yatırımcılara verilen asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin hukuki niteliğini ve bu taahhütlere uygulanacak hüküm ve sonuçları benzer kavramlarla karşılaştırmak sureti ile tespit etmektir. Konunun şu ana kadar bu kapsamda bir incelemeye tabi tutulmamış olması, tezin seçiminde belirleyici bir etken olmuştur.

Tezimiz beş bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, yapım sözleşmelerinin tanımı, unsurları, görünüm türleri ve bu sözleşmelere uygulanacak hükümler incelenecektir.

İkinci bölümde, asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin tanımı, özellikleri ve hukuki nitelikleri incelenecektir. Söz konusu inceleme yapılırken garanti sözleşmesinin unsurları bakımından inceleme ve değerlendirme yapılacak, benzer diğer kavramlarla da karşılaştırma yapılacaktır.

Üçüncü bölümde asgari ekonomik menfaat taahhütleri içeren yapım sözleşmeleri incelenecektir. Bu kapsamda tarihi gelişim, ülkemizdeki örnekler ve kamu projelerinde idarenin yatırımcıya verdiği asgari ekonomik menfaat taahhüdü çeşitleri incelenecektir.

Dördüncü bölümde asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin hükümleri incelenecektir. Bu kapsamda taahhüt verenin taahhüt nedeni ile ortaya çıkan sorumluluğu ve özellikle ödeme borcu inceleme konusu yapılacaktır.

Beşinci bölümde ise, asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden doğan yükümlülüklerin sona ermesi, sürenin sona ermesi ve yapım sözleşmesinin sona ermesi durumları da dikkate alınmak suretiyle incelenecektir.

Yapım sözleşmeleri; unsurları, özellikleri ve tarafların yükümlülükleri bakımından oldukça kapsamlı sözleşmelerdendir. Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri incelenirken yapım sözleşmesi, tezimizin amacı ile sınırlı olmak üzere incelemeye tabi tutulacak, asıl konudan uzaklaşmadan sorunların tespiti ve çözüm önerilerimize yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YAPIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, GÖRÜNÜM TÜRLERİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER

I. YAPIM SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI

Yapım sözleşmesi veya inşaat sözleşmesi TBK’da düzenlenmiş bir sözleşme değildir⁴. Bununla birlikte TBK’nın bazı maddelerinde “inşaat” veya “yapı” kavramları geçmektedir⁵. İmar kanununda da m. 5. f. 10’ da “yapı” tanımlanmış⁶, buna bağlı olarak da pek çok madde de “yapı ruhsatı” ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir⁷. 4734 sayılı KİK m. 2’ de, madde de belirtilen idarelerin “yapım işleri” ile ilgili olan tüm ihalelerinin bu kanuna tabi olacağı düzenlenmiştir. KİK m. 4’ de yapım kavramı tanımlanırken özellikle karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, köprü, tünel, enerji santrali üzerinden örnekler verilerek her türlü inşaat işlerinin yapımı ifade ettiği belirtilmiştir⁸. Yapım işlerini konu edinen KİK kapsamındaki ihaleler, KİK içerisinde bazı hükümlerde “yapım ihaleleri” şeklinde ifade edilmiştir⁹. KİK kapsamında yapılan bir yapım ihalesi, KİK kapsamında sözleşmeye bağlanacaktır¹⁰. KİK kapsamında sözleşmeye bağlanan tüm

⁴ Bazı yazarlara göre İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir görünümü olarak karşımıza çıktığından kanunda düzenlenmiş tipik bir sözleşmedir. Bkz. Doruk Gönen, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 17.

⁵ Yapı malikinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 69’da “bina veya diğer yapı eserleri” kavramı kullanılmıştır. TBK m. 350’nin kenar başlığı “Gereksinim, yeniden inşa ve imar” olup, söz konusu madde içerisinde ve m. 355’de kiralananın yeniden inşasından bahsedilmektedir. Ayıplı bir eserin meydana getirilmesi halinde zamanaşımını düzenleyen TBK m. 478, “taşınmaz yapı” kavramından bahsetmektedir. Öte yandan TMK m. 1009 ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu siciline şerh edilebileceği düzenlenmiş, böylece kanunda tip olarak düzenlenmemiş bir inşaat sözleşmesi çeşidi şerh bakımından ismen zikredilmiştir. TMK m. 726’da “inşa edilen yapılar” dan bahsedilmiş, TMK m. 718 ile taşınmaz mülkiyetinin kapsamına “yapılar” ın da gireceği düzenlenmiş ve kanunun daha pek çok yerinde yapı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

⁶ İmar Kanunu, m. 5, f. 10: “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.”

⁷ 3194 sayılı İmar Kanunu m. 8 b. ç, m. 8 b. g, m. 18 f. 11, m. 23, m. 26, m. 27, Ek madde 8, Geçici madde 16, Geçici madde 20.

⁸ KİK m. 8: “Yapım: 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.”

⁹ Örneğin KİK m. 2 b. e, m. 24 b. c, m. 25 b. c.

¹⁰ 4735 sayılı KİK m. 1: “Bu Kanun’un amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.”

yapım işleri için uygulanacak genel esasları belirleyen şartname de “Yapım İşleri Genel Şartnamesi” dir¹¹. Yap-İşlet-Devret Kanunu bakımından da “yapım” kavramının ayrı bir önemi bulunmakta olup, işletmeye geçmeden önce yapının meydana getirildiği dönemi ifade etmek üzere “yapım süresi” ifadesi kullanılmaktadır¹². Görüldüğü gibi yapım sözleşmesi kavramı, daha çok iş sahibi olan tarafın kamu idareleri olduğu inşaat sözleşmeleri için kullanılmaktadır¹³.

İnceleyeceğimiz asgari ekonomik menfaat taahhütleri ise, karayolu, hastane, enerji santrali, köprü gibi kamunun taraf olduğu sözleşmelerde yer alan kamu tarafından verilen araç geçiş taahhütleri, yolcu taahhütleri, enerji alım vb. taahhütlerdir. Bu bakımdan inşaat sözleşmesi gibi birçok sözleşme görünümünü çağrıştıran bir kavram yerine, inceleme konumuz olan asgari ekonomik menfaat taahhütlerini içeren inşaat sözleşmeleri içerisinde daha özel bir duruma işaret eden yapım sözleşmesi kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

Kamunun altyapı projeleri inşaat sektörünün gelişimine de önemli bir katkı sağlamış, bu projeler çok yüksek yatırım gerektirmesi nedeni ile mega projeler olarak adlandırılmıştır¹⁴. Bu büyük yapım işlerinde büyük maliyetlerle, teknik bilgi gerektiren uygulamalara ve know how transferlerine yer verilmekte, diğer taraftan projelerin finansmanı için farklı modellerin uygulanması ihtiyacı doğmaktadır. Ülkemiz özellikle son yıllarda mega projeler¹⁵ olarak birçok büyük projeyi gerçekleştirmiş; İstanbul Havalimanı, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Avrasya Tüneli, Kuzey Marmara Otoyolu, Orhangazi Köprüsü, Şehir Hastaneleri, Nükleer Santral Projeleri gibi birçok proje hayata geçirilmiştir. Bu dev yapılar, iş sahibi ve yüklenicinin her aşamada ihtiyacı olan teknik

¹¹ Yapım İşleri Genel Şartnamesi, m. 1.

¹² 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 12 f. 2.

¹³ Ali Avcı, “Kamu Yapım Sözleşmelerinde Geçici Hakediş Raporlarına İhtirazi Kayıt ve Hukuka Aykırılık Sorunu”, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155576>> (Erişim Tarihi:03.01.2020), s.172.; İlker Hasan Duman, **İnşaat Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 233.

¹⁴ Hasan Erman, “İnşaat Hukukunun Genel Esasları”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması** içinde (s.1-8), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.1.

¹⁵ Mega projelere “Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri” ismi de verilmektedir. Bkz. Şener Akyol, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri**, II. Fasikül, İstanbul, Afa Matbaacılık, 1997, s. 95.

danışmanlık ve hizmet alma ihtiyaçlarını artırmakta, diğer projelere nazaran bu projelerde teknik, ticari ve hukuki konularda uzman danışmanlık hizmetleri çok daha fazla önemli rol oynamaktadır¹⁶.

Yapım sözleşmesi en yalın ifade ile bir yapının inşasını konu alan sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmeler genel olarak eser sözleşmesi ile olan ilişkisi üzerinden tanımlanmaktadır. Eser sözleşmesini düzenleyen TBK m. 470'e göre, "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" Buna göre eser sözleşmesinin unsurları; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi taahhüt etmesi, iş sahibinin ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenmesi ve taraflar arasında buna yönelik anlaşmadır¹⁷. Birçok yazar, yapım sözleşmesini eser sözleşmesinin bir türü ve alt çeşidi olarak değerlendirmekte, yapım sözleşmesinin de bir eser sözleşmesi olduğunu belirtmektedir¹⁸. Bu görüşün doğal sonucu Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin 470-486. maddelerinin yapım sözleşmelerine de doğrudan uygulanacak olmasıdır. Bu görüşe göre eser sözleşmesinin konusu bir yapıyı inşa etme (meydana getirme) ve teslim etme, bunun karşılığında da

¹⁶ Kemal Dayınlarlı, **İnşaat Sektöründe Müşavirlik Mühendislik Sözleşmesi**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1998, s. 3.

¹⁷ Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Üç Cilt, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 61 vd.; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.2 vd.; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, s. 984 vd.; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 361 vd.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.4 vd.; Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 463; Turgut Uygur, **Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1993, s. 36-37.

¹⁸ Fikret Eren, "Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri", **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, 3.Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:457), 1996, s.49; Öz, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 3; Dayınlarlı, Kemal, "Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri", **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, 2.Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381), s.221; Erman, s.3; Yaşar Karayalçın, **Avrupa, Cenevre, New York ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, 10 Mayıs 1990**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1991, s.291; Köksal Kocağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 25; İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 43; İbrahim Kaplan, "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, 3.Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:457), s.120, Gönen, s. 5; Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, s. 8; Duman, s. 45.

bedelin ödenmesi olduğu takdirde bir yapım sözleşmesinden bahsedilecektir.

Yargıtay da yapım sözleşmesini eser sözleşmesinin bir türü olarak kabul etmektedir¹⁹. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri” ne ilişkin pek çok Yargıtay kararında bu sözleşmelerin eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olduğu ifade edilmiştir²⁰.

Bir başka görüşe göre²¹; yapım sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında bir özellik-genellik ilişkisi kurmak doğru değildir. Eser sözleşmesi, yapım sözleşmesinin görünüm türlerinden yalnızca birisini oluşturmakta olup, eser sözleşmesi niteliğinde olmamasına rağmen yapım sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmeler de bulunmaktadır. Zira burada sözleşmeye yapım sözleşmesi vasfını verecek olan husus yalnızca bir tarafın yüklenmiş olduğu edim yükümlülüğü olup, bir taraf (yüklenici), “bir inşai faaliyet ile bir yapı meydana getirip teslim etmeyi” borçlanmış ise artık karşı tarafın ediminin ne olduğunun “yapım sözleşmesi” nitelendirmesi bakımından bir önemi olmasa gerektir. Oysa, eser sözleşmesinde karşı edimin niteliği önem arz eder.

Yapım sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş ve tanımlanmış bir sözleşme değildir. Genel olarak eser sözleşmesinin unsurları bu sözleşmeye uygun gibi gözükse de aslında konusu inşaat meydana getirme olmasına rağmen eser sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmelerin de var olduğu açıktır. Karma sözleşme olarak kabul edilen²² arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi buna örnek olarak verilebilir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan sözleşmeler başta olmak üzere idarenin taraf olduğu yapım sözleşmeleri de bulunmaktadır.

Aslında yapım sözleşmesi kavramı, yüklenicinin ediminden hareketle tespit

¹⁹ YİBK’da şu şekilde karar verilmiştir: “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde...”, YİBBGK, E. 1983/3, K. 1984/K. (RG 27.02.1984, S. 18325).

²⁰ Yarg. 14. HD, E. 2017/704, K. 2017/7255, T. 05.10.2017; Yarg. 23. HD, E. 2016/2033, K. 2016/2725, T. 28.04.2016; Yarg. 23. HD, E. 2014/2770, K. 2014/6974, T. 05.11.2014; YHGK, E. 2010/15-193 K. 2010/235, T. 28.04.2010 (Kazancı, Erişim Tarihi:14.04.2018).

²¹ Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2017, s. 4

²² Erden Kuntalp, “Karışık Muhtevalı Akit”, **AÜHF Yayınları**, 1971, s. 12; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 27; Saibe Oktay Özdemir, “İsimsiz Sözleşmeler”, Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, C. 4-5, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 2561.

edilen bir sözleşme konusunu ifade etmektedir²³. Bir başka ifadeyle yapım sözleşmesi kavramı, yüklenicinin edimi bakımından sözleşmenin konusunu yani bir yapının inşasını konu edinen sözleşmeyi vurgulayan bir kavramdır. Yapım sözleşmesi denildiğinde bir yapının meydana getirilmesini hedeflemiş bir sözleşme anlaşılmalıdır. Bununla birlikte yapım sözleşmelerinde yüklenicinin borcu sadece yapının inşa edilmesi ve iş sahibine teslimi ile sınırlı olmayabilir. Yüklenicinin temel ediminin inşaatın yapılması olduğu, söz konusu yapının belirli bir süre işletilmesi, bakım ve onarımının yapılması ya da kiraya verilmesi, süre bittiğinde iş sahibine teslimi vb. edimler içeren sözleşmeler de yapım sözleşmesi niteliğindedir. Tüm bu hallerde işletme, kiraya verme, devretme vb. edimlerin ilk aşaması inşaatın yapılmasıdır. Yapım gerçekleşmeden sonraki edimlerin yerine getirilmesi de mümkün değildir. Yapım dışında başkaca edimlerin varlığı halinde dahi, tarafların ilk hedefi bir yapının meydana getirilmesidir. Yapının meydana getirilmesinin hedef alındığı bu sözleşmeler de buna eklenen diğer edimler olsa da yapım sözleşmesidir. Yapım sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş bir tipik sözleşme olabileceği gibi, kanunda düzenlenmemiş olan bileşik, karma veya sui generis nitelikte bir sözleşmede olabilir. Yeter ki bu sözleşme bir yapıyı inşa etmeyi (meydana getirmeyi) hedeflemiş olsun.

Sözleşmeye yapım sözleşmesi niteliğini veren yapının meydana getirilmesi unsuru her zaman eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır²⁴. Sözleşmenin bedel unsuru ise, taraflar arasında kararlaştırılan bedelin niteliğine göre belirlenecek hükümlere tabi olacaktır. Bu bakımdan eser sözleşmesinin dışında da yapım sözleşmesi olabileceğini değerlendiren ikinci görüşe katılmaktayız. Bu açıklamalar kapsamında *yapım sözleşmesi, yüklenicinin bir yapının inşasını ve teslimini, iş sahibinin ise bunun karşılığında para ödeme veya başka bir edimde bulunmayı taahhüt ettiği kanunun öngördüğü tip sözleşmeler veya öngörmediği atipik sözleşme çeşitleri içerisinde yer alabilen bir sözleşmedir.*

Yapım sözleşmesi kavramı, tezimizde idare tarafından özel hukuk hükümlerine

²³ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 4.

²⁴ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 5; Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 117.

tabi olarak bir yapının inşasını konu edinen tüm sözleşmeleri ifade etmek üzere kullanılacaktır. Bu kapsama giren sözleşmeler yalnızca yapımı konu edinebileceği gibi, yapım yanında işletmeyi, kiraya vermeyi, bakım ve onarım yapmayı, devretmeyi ve başkaca konuları da içerebilir.

II. YAPIM SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. Bir Yapının İnşası (Meydana Getirilmesi) ve Teslimi

1. Genel Olarak

Bir sözleşmeye yapım sözleşmesi niteliğini veren o sözleşmenin konusunu bir yapının inşa edilmesinin oluşturmastır. Buna göre yüklenici, para veya başka bir edim borcu karşılığında bir yapının meydana getirilmesini borçlanmaktadır. Bir başka deyişle, bu sözleşme ile yüklenici, sadece belirli bir çalışma yapmayı değil, bu çalışmanın sonucunda ortaya bir eser meydana getirmeyi yani çalışma sonucunu borçlanmaktadır²⁵. Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan vekalet ve hizmet sözleşmesinden ayıran en önemli farklılıklardan olan edimin sonucundan sorumluluk, yapım sözleşmeleri bakımından da en önemli özelliklerden birisidir. Gerçekten de hizmet sözleşmesinde işçinin borcu, vekalet sözleşmesinde vekilin iş görme borcu sonuca yönelik olmayıp, uygun bir şekilde çalışarak yerine getirilmiş olur, yani bir edim fiilidir. Buna karşın, yüklenicinin borcu bir edim sonucu olup, inşaatı meydana getirmek için yüklenicinin yalnızca bir kısım fiillerde bulunması yetmez, bu inşaatı tüm bu fiillerin sonucunda meydana getirip iş sahibine teslim etmesi gerekir²⁶. Bir diğer ifadeyle bu sözleşmede çalışmanın kendisinden çok objektif olarak bu çalışmanın sonucunda ortaya çıkacak sonuç önemlidir²⁷. Bu sonuç, yapım sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı inşa etmesi

²⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 591.

²⁶ Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı Ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 26 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 932; Karahasan, s. 53.

²⁷ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 1; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s. 34; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 591; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 986; Aral/ Ayrancı, s. 361; Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 25.

olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Yapı Kavramı

Yapı, yapım sözleşmesinin konusunu oluşturur. Bu sözleşme ile yapının meydana getirilmesi ve iş sahibine teslim edilmesi amaçlanır. Yapı kavramı yerine “inşa eseri”, “inşaat”, “yapı eseri” gibi kavramlar da kullanılmaktadır²⁸. Eser sözleşmesindeki “eser” in yerini inşaat sözleşmesinde “yapı” almakta olup, eser kavramı yapı kavramından daha geniştir. Eser, maddi veya manevi bir emek ürünü olabilirken, yapı mutlaka maddi bir varlığa sahip olmalıdır²⁹.

Yapı, maddi olarak var olan, doğrudan veya dolaylı olarak arazi ile irtibatı bulunan ve insan iradesi ile inşa faaliyeti sonucunda yapılmış bir eserdir. Bir şeyin yapı sayılabilmesi için onun mutlaka insan eli (iradesi) neticesinde yapılmış olması ve doğrudan veya dolaylı arazi ile bir bağının bulunması şarttır. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5’e göre; “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.” 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m. 4’e göre ise; “*Yapım: Her türlü inşaat, ihzarat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işlerini*” ifade etmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 4’e göre yapım;

²⁸ Fikret Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 53; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Gönen, s. 9.

²⁹ Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 53; Tandoğan’a göre, “maddi bir şeyde tecessüm etmeyen fikir, sanat veya spor çalışmalarına veya gösterilere ilişkin sözleşmelere, istisna (eser) akdine değil vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanması” daha uygun olacaktır. Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 19; Maddi ve maddi olmayan sonuçları eser saymakla birlikte, bunların en azından maddi bir destek üzerinde bulunmalarını arayan benzer görüş için: Zevkliler/ Gökyayla, s. 465 vd.; Seçer, s. 28; Yavuz/ Acar/ Özen, bu konuda İsviçre Hukukunda Gauch ve Türk Hukukunda Tandoğan’ın görüşlerini benimsediklerini ifade etmek suretiyle fikri eser kavramını ancak sonucun yapısının yüklenicinin taahhüt etmesine elverişli olması ve bu taahhüde konu maddi olmayan sonucun belirli bir maddi boyut veya vücut kazanması halinde kabul edilebileceğini ifade etmiştir, Yavuz/ Acar/ Özen, s. 986 vd. ; Aynı görüşte: Aral/ Ayrancı, s. 364; Maddi olmayan iş görme sonuçlarının eser sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı, bunların sui generis sözleşme olduğu görüşünde: Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 6; Eren’e göre ise maddi bir destek veya cisim üzerinde yer almayı arayan bu görüşler doğru değildir. Federal Mahkemenin yeni kararlarına göre de eser sözleşmesi bakımından sonucun maddiliğine değil, objektif bir bütünlük taşıyan çalışma sonucunu borçlanma önemlidir. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 589 vd.; Dayınlarlı’ya göre ise, yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebildiği her şey maddi varlığı bulunsun veya bulunmasın eser sözleşmesinin konusu olabilir. Bkz. Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 2003, s. 9.

“Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri” ni ifade etmektedir.

Yapı; bina yanında köprü, karayolu, demiryolu, tünel, metro, havayolu, liman, viyadük, sulama tesisi, baraj, stadyum, çeşme, elektrik santralleri, rafineri gibi tesislerin tamamını da içine alan geniş bir kavramdır³⁰.

Bir görüşe göre; eser sözleşmesinin konusu taşınmaz yapı olduğu takdirde yapım sözleşmesinin varlığından bahsedilmelidir³¹. Yapım sözleşmesini yalnızca taşınmaz yapılar ile sınırlı tutan bu görüş yasada düzenlenmiş olan taşınır yapı kavramını dışlamaktadır. Katıldığımız diğer görüşe göre, taşınmaz yapılar dışında, TMK m. 728 anlamında taşınır yapıların da yapım sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün olmalıdır³². Bununla birlikte her halde doğrudan veya dolaylı olarak yapının toprak ile bir bağının olması yapım sözleşmesinin varlığı bakımından aranmalıdır³³. Bu bakımdan bir arazi üzerine kalıcı olmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka, film veya gösteri dekoru gibi yapılar da TMK m. 728 hükümlerine göre taşınır mal hükümlerine tabi olmasına³⁴ ve tapu kütüğünde gösterilmemesine rağmen, yapı olarak kabul edilmeli ve

³⁰ Eren, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, s. 587; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 61; Gönen, s. 8; Kocağa, s. 28.

³¹ Kocağa, s. 27.

³² Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 1; Gönen, s. 8; Eren’e göre inşaat sözleşmesinin konusunu kural olarak taşınmaz inşaat oluşturur. Ancak mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak kaydı ile taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bkz. Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 54.

³³ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 1; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 3; Gönen, s. 8; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 53.

³⁴ Yargıtay bir kararında “Somut olayda; yıkımı istenilen sera bölümünün anılan yasada tanımı yapılan yapı niteliğinde bulunmadığı açıktır. Seralar yasa hükmü karşısında yapı sayılmayıp sabit olmayan ve sökülüp götürülebilen Türk Medeni Kanunu’nun 728. maddesi kapsamındaki muhtesattandır.” Gerekçesi ile davacının 3194 sayılı İmar Kanunu m. 18 kapsamında yapının yıkımı talebini kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yarg. 1. HD., E. 2010/11087, K. 2010/12104, T. 23.11.2010, (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.08.2020).

yapım sözleşmesinin konusunu teşkil edebilmelidir.

Yapım sözleşmesinin konusunu oluşturan yapının mutlaka karada bulunması gerekmez. Yapı, suda olabileceği gibi karanın veya suyun altında veya üstünde de olabilir³⁵. Su kuyuları, madenler, kanallar, köprüler, su boruları, elektrik direkleri bu anlamda yapıdır.

Bir yapının merdiven, balkon, cam çerçevesi, çatısı gibi bütünleyici parçaları ve eklentileri de yapıya dahil sayılır³⁶.

TBK m. 69 kapsamında yapı, “bina ve diğer yapı eserleri” olarak da bir ayrıma tabi tutulabilir. Buna göre bina dışındaki tüm yapılara diğer yapı eserleri denilmektedir³⁷. Bina, barınma ve diğer ihtiyaçlar için insan eli ile yapılmış az veya çok üstü kapalı, doğrudan veya dolaylı araziye bağlı bir yapıdır³⁸. Apartman, alışveriş merkezleri, çarşılar, depolar, spor salonları, gösteri salonları, garaj gibi yapılar bina kavramına girmektedir. Elektrik santralleri, barajlar, yollar, köprüler, tüneller, tren rayları gibi bina dışındaki diğer tüm yapılar ise diğer yapı eserleri kavramı içinde yer almaktadır.

³⁵ Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 54.; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015, s. 324.

³⁶ Yapıyı meydana getiren unsurlardan sabitlik ve toprağa bağlılık unsuru bakımından asansörün, tüm makine ve aksamı ile birlikte bir binanın parçası ve yapı eseri sayılacağı hakkında bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 675; Yargıtay’ın bir kararında “*Davacı, başkasına ait arsa üzerinde bulunan miras bırakana ait 3 katlı binanın ortaklığının giderilmesini istemiş ise de ortaklığın giderilmesi istenilen bina bilirkişi kurulu raporuna göre arzın mütemmim cüz’ü niteliğinde olup zeminden ayrı olarak satılması mümkün olmadığından ortaklığın giderilmesi istenemez.*” Gerekçesi ile yerel mahkemenin davayı kabul eden kararı bozulmuştur. Yarg. 6. HD., E. 2009/3039, K. 2009/4993, T. 28.05.2009 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.08.2020).

³⁷ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, Ankara, Yargıtay Yayını No:15, 1983, s. 403; Tandoğan, diğer inşaa eserlerinin unsurlarını sabitlik ve arza bağlılık vasfı ile sun’ilik unsuru olmak üzere incelemiştir. Bkz. Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, 1961 yılı baskısından tıpkı bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 181 vd.; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 174; Eren de yapı eserinin unsurlarını sabitlik ve sun’ilik olarak belirtmiştir. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 674 vd.; Antalya, yapı eserini sabitlik, yapaylık ve tamamlanma olmak üzere üç unsur ile tanımlamıştır. Buna göre, doğrudan veya dolaylı olarak toprağa bağlılık sabitlik, insan gücü veya emeği ile yapılma yapaylık, TBK M. 69 kapsamında inşaatın tamamlanmış olması ise tamamlanma unsurunu oluşturur. Bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 323.

³⁸ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*, s. 186; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 174.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 674; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 326.

3. İnşa Etme (Meydana Getirme) Kavramı

Eser sözleşmesi bakımından BK m. 355 “imal etme” sözcüğünü kullanmasına rağmen TBK m. 470 daha doğru bir ifade olan “meydana getirme” ifadesini kullanmıştır³⁹. İnşa etme, “meydana getirme” nin bir yapı meydana getirmeye yönelmiş bir türüdür. Yüklenici belirli bir faaliyette bulunmayı değil, bir yapıyı meydana getirerek iş sahibine teslim etmeyi asli edim olarak borçlanmaktadır. İnşa etme veya meydana getirme, yüklenicinin iş sahibine karşı borçlanmış olduğu bir “yapma borcudur”. İnşa etme faaliyeti neticesinde oluşmayan mağaralar, dehlizler ve benzeri yerler insanlar tarafından kullanılsa dahi yapı sayılmazlar. Buna karşın inşai bir faaliyetin sonucunda oluşturulan tünel, bir set meydana getirilerek yapılan baraj yapı kavramına girer⁴⁰. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, bir emek ürünü olsa dahi hukuken mal kabul edilemeyecek şeylerin meydana getirilmesinde ne eser sözleşmesinden ne de yapım sözleşmesinden bahsetmeye imkan vardır⁴¹.

Meydana getirme kavramı, yeni bir yapının inşa edilmesini içerdiği kadar mevcut bir yapıda değişiklikler yapılması veya mevcut yapıya ilave inşaatlar yapılmasını da içermektedir. Yeni bir yapının yapımından (inşa edilmesinden) maksat mevcutta bir yapı bulunmaz iken tamamen yeni olan bir yapının inşa etme faaliyeti ile ortaya çıkarılmasıdır. Bir binanın inşa edilmesi, bir köprünün veya tünelin inşa edilmesi bu yöndedir. Yeni bir yapının inşa edilmesi yanında mevcut bir yapının değiştirilmesi veya bu yapıya ilaveler yapılması da bir inşa faaliyeti olarak değerlendirilmektedir⁴². Çatısı olmayan mevcut bir binaya ilave ile çatı yapılması, mevcut bir köprünün ayaklarının güçlendirilmesi, zarar görmüş bir karayolunda onarımlar yapılması, mevcut bir binaya kat çıkılması inşai faaliyet olduğu gibi bir odanın daraltılması, bahçe duvarının

³⁹ BK’nın “imal etme” ifadesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeciler Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, s. 55; Kocaağa, s. 61.

⁴⁰ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 176.

⁴¹ Örneğin, bir eğitim öğretim faaliyeti, hastanın muayenesi, bir davanın takibi gibi konular eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Bkz. Karahasan, s. 68.

⁴² Yavuz/Acar/Özen, s. 991; Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeciler Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, s. 56; Zevkliler/ Gökyayla, s. 464.; Aral/ Ayrancı, s. 365; Seçer, s. 29.

küçültülmesi, bir çatının onarılması da inşai faaliyettir. Bir yapının tamamen ortadan kaldırılması ve yıkım faaliyetleri de doktrinde genel olarak inşaat faaliyeti olarak değerlendirilmektedir⁴³. Eser sözleşmesinde “meydana getirme” kavramı geniş olarak anlaşılıp, önemli olan öncekinden farklı bir durum oluşturulması⁴⁴ olduğundan yıkımı içeren sözleşmeler eser sözleşmesi olarak kabul edilebilir ise de, yapım sözleşmeleri bakımından yapıyı yapma ve inşa etme hususları önemli olduğundan hiçbir yapım ve inşaat faaliyeti içermeden sadece mevcut bir yapının yıkılmasını amaçlayan sözleşmelerin yapım sözleşmesi veya inşaat sözleşmesi olarak isimlendirilmesi fikrine katılamıyoruz⁴⁵.

4. İnşa Edilmiş Yapının Teslimi

Eser sözleşmesinin tanımını yapan TBK m. 470, yüklenicinin eseri teslim borcundan açıkça bahsetmemiştir. Ancak söz konusu maddede açıkça zikredilmemiş ise de, eserin meydana getirilmemesi, yüklenicinin borcunun ifası için yetmez, aynı zamanda iş sahibine eserin teslimi gerekir⁴⁶. Nitekim, TBK m. 474, eserin tesliminden sonra iş sahibinin derhal muayene ve ihbar külfetini, TBK m. 478, ayıp nedeniyle açılacak davalarda zamanaşımının teslim tarihinden başlayacağını, TBK m. 479/ f. 1 iş sahibinin bedel ödeme borcunun teslim ile muaccel olacağını, TBK m. 483 eserin teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olması hallerini düzenlemektedir. Tüm bu düzenlemeler de yüklenicinin eseri meydana getirmesi yanında borcunun ifası için söz konusu eseri teslim etmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Yapım sözleşmesi bakımından da durum aynıdır. Bununla birlikte bir kısım yapım sözleşmeleri teslim bakımından özellikler arz etmektedir. Örneğin, aşağıda

⁴³ Tandoğan, yıkımın bir inşaat faaliyeti olmasını, iş sahibinin yararına olacak olması ve ancak bu şekilde yeni bir bina yaptırabilecek olması sebebiyle açıklamaktadır. Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 23; Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 56; Kocağa, s. 61.

⁴⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 991.

⁴⁵ Benzer yönde: Gönen, s. 8; Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, yapım sözleşmesi veya inşaat sözleşmesi tip bir sözleşme olmadığı için bir ihtilaf çıktığında bu görüşlerin pratik bir önemi de olmayacaktır. Örneğin, yıkıma ilişkin bir sözleşme yapım sözleşmesi olarak isimlendirilmese dahi, taraflar arasında yıkım işi için yapılan sözleşme hükümleri uygulanacak, böyle bir sözleşme bulunmaması veya sözleşmede boşluk bulunması halinde somut olaya göre eser sözleşmesi ve diğer ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır.

⁴⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s. 464; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 1; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, s. 5.

incelenecek olan⁴⁷ Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde yapı, inşai faaliyetin sonunda iş sahibinin kabulüne tabi olmakta ve iş sahibi tarafından yapım konusu iş teslim alınmaktadır. Bununla birlikte, yüklenici işletme hakkı kapsamında yapıyı kullanmaya devam etmektedir. İşletme döneminin sonunda ise bedelsiz olarak yapının tamamı, iş sahibine teslim edilmektedir.

İş sahibi, yüklenici tarafından yapının teslimini ifa olarak kabul etmediği takdirde açık veya örtülü bir şekilde derhal yükleniciye bildirmelidir. Böyle bir bildirim yapılmadığı takdirde, örneğin bir çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürmeksizin yapının kullanılmaya başlanması gibi durumlarda iş sahibinin yapıyı o hali ile ifa olarak kabul etmiş olduğu ve teslimin gerçekleşmiş olduğu sonucu doğabilir⁴⁸. Böyle bir halde teslim sonucu doğmuş olsa da ayıp hükümleri saklı olacaktır.

B. Bedel Unsuru

Yapım sözleşmesinde yüklenicinin yapıyı meydana getirip teslim etmesi borcu karşısında iş sahibinin borcu olan bedel unsuru yer alır. Yüklenici, iş sahibinin vereceği bedel karşılığında yapıyı meydana getirerek teslim eder.

Eser sözleşmesinde bedelin ne olabileceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre⁴⁹, eser sözleşmesinde bedelin para olarak ödenmesi veya tayini şart değildir. Eser sözleşmesinde bedel başka bir şey hatta başka bir eser veya başka bir iş görme sözleşmesine (vekalet, hizmet gibi) ait bir edim olabilir. Yargıtay'ın da muhtelif kararlarında bu görüşte olduğu görülmektedir⁵⁰.

⁴⁷ Bkz. Birinci Bölüm, III, D, 2, b.

⁴⁸ Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 213.

⁴⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 28; Karahasan, s. 70; Yavuz/Acar/Özen, s. 992; Aral/Ayrancı, s. 359; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 7.

⁵⁰ “Arsa sahibi tarafından, arsanın yükleniciye devri, yüklenici tarafından ise inşaatın yapılması ve kararlaştırılan oranda bağımsız bölümlerin paylaşımı söz konusu edilmektedir. Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda bir sözleşme türü olarak ayrıca düzenlenmemiştir.”, Yarg. 15. HD, E. 2019/337, K. 2019/4918, T. 28.11.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi:24.04.2020), Aynı doğrultuda “Eser sözleşmesinde ücretin arsa payı olarak kararlaştırılması mümkündür.” bkz. Uygur, s. 43.

Buna karşılık başka bir görüşe göre⁵¹, eser sözleşmesinde bedel bir para borcu olup, eserin meydana getirilmesine karşılık bedelin para olarak belirlenmediği her halde duruma göre karma sözleşmeden söz etmek gerekir.

Her iki görüş arasında sözleşmeye uygulanacak hükümler bakımından fark ortaya çıkacaktır. Birinci görüşün kabulü halinde, bedelin para olarak belirlenmediği durumlarda dahi eser sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulanacak iken, ikinci görüşün kabulü halinde bedelin para olarak belirlenmediği durumlarda o edimin alındığı sözleşmenin hükümleri uygulanacaktır⁵².

Kanaatimizce, bedelin para olarak belirlenmediği durumlarda kanunun öngördüğü tipik bir eser sözleşmesinden bahsedilemez. Böyle bir halde, duruma göre karma sözleşmenin varlığından bahsedilmesi gerektiği yönündeki ikinci görüşü benimsemek gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde bedelin para dışında da tayininin mümkün olduğunu savunan birinci görüşte olanlar da yüklenicinin bir yapıyı inşa etme borcuna karşılık olarak, arsa sahibi (iş sahibinin) belirli bir arsa payının mülkiyetinin devri borcunu üstlendiği “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” ni eser sözleşmesi değil, karma sözleşme olarak değerlendirmişlerdir. Öte yandan TBK m. 470 “bir bedel ödeme” ifadesini kullanmış olup, TBK genel olarak yalnızca “ifa” ifadesini kullanırken, “ödeme” ifadesini özel olarak para borçlarının ifası için kullanmaktadır⁵³. TBK m. 99, m. 100, m.

⁵¹ Kuşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 5; Eren’e göre bedel kural olarak bir miktar paradır. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 595.; Eren, *Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri*”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, s. 56; Zevkliler/Gökyayla ise bu konuda yüklenicinin eseri meydana getirme borcuna karşılık para ödenmesi yerine başka bir sözleşmenin asli edimini yerine getirmesi kararlaştırıldı ise karışık muhtevalı bir sözleşmenin söz konusu olacağını belirtmiştir. Bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 471; Gönen, kural olarak bedel bir miktar para olsa da bedele ilişkin kanunda bir sınırlama olmadığı, ancak para dışında bir edim var ise inşaat sözleşmesinin tipik eser sözleşmesi dışında karma sözleşme olarak ortaya çıkacağını ifade etmektedir, bkz. Gönen, s. 14.

⁵² Karahasan, s. 306; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 25 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 939 vd.; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 69 vd.

⁵³ Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 772 vd.; Oğuzman/ Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 251; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 933; Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 7; İpek, s. 97; 818 sayılı eski BK’nın 83. Maddesinin kenar başlığında da yer verilen “Tediye” ifadesinin para borçlarının ifası için kullanıldığı hakkında bkz. Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 457; Ferit Hakkı Saymen / Halid Kemal Elbir, **Türk Borçlar**

103 ve pek çok maddede özel olarak para borcunun ifası için “ödeme” ifadesi kullanılmıştır. Nitekim satış sözleşmesini tanımlayan TBK m. 207’de satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcunun karşılığı olarak “alıcının da buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamıştır. Bir şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcuna karşılık bedelin para olarak borçlanılmadığı durumlarda ise satış sözleşmesinden değil, duruma göre TBK m. 282 kapsamında “mal değişim sözleşmesi”nden söz etmek gerekecektir. Belirtilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce TBK m. 470’de eser sözleşmesinin unsuru olarak belirtilen “bedelin ödenmesi” ifadesi para borcunu ifade etmektedir.

Bedelin para borcu olarak belirlenmediği durumlarda eser sözleşmesinden bahsedilemese de yukarıda da açıklandığı üzere⁵⁴ konusu inşaat meydana getirme olan ve eser sözleşmesinin “eseri (yapıyı) meydana getirme” unsurunu taşıyan sözleşmeleri yapım sözleşmesi olarak isimlendirebiliriz. Ancak her halde yapım sözleşmesinden bahsedebilmek için bir bedelin varlığı aranmalıdır. Bu bakımdan tarafımızca kullanılan yapım sözleşmesi kavramı, bir yapı meydana getirme borcu karşısında bedelin para olarak belirlendiği eser sözleşmeleri ve bedelin para olarak belirlenmediği karma nitelikli diğer sözleşmeleri de içine almaktadır. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri bedelin iş sahibi tarafından para borcu dışında bir edimin tayin edildiği yapım sözleşmelerindendir.

Yapım sözleşmesinde bedel unsuru, sözleşmenin esaslı unsuru olarak mutlaka bulunması gerekse de bedelin mutlaka sözleşmede net ve kesin biçimde belirlenmiş olması şart değildir. Buna göre taraflarca önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmiş ise bedel, yapının meydana getirildiği yer ve zamanda o yapının değeri ve yüklenicinin giderine bakılarak TBK m. 481’e göre belirlenecektir⁵⁵. Borçlar Kanunu

Hukuku, Umumi Hükümler, C. II, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958, s. 584.

⁵⁴ Bkz. Birinci Bölüm, I.

⁵⁵ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 54; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi* s. 27; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Gönen, s. 13; Kocaağa, s. 64; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 28; TBK m. 481 hükmü eser sözleşmesi niteliğindeki yapım sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanacak ise de karma sözleşme niteliğinde olan yapım sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulanacaktır. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 25 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 939 vd.

burada objektif ve sübjektif olmak üzere iki ölçüt ile bir değerlendirme yapılmasını düzenlemiş, bedelin belirlenmesinde bir denge kurmaya çalışmıştır. Buna göre bedelin belirlenmemiş olduğu durumlarda hakim, o yapının meydana getirildiği yer ve zamandaki değerinin objektif olarak ne olduğunu tayin edecek, bununla birlikte yüklenicinin şahsından kaynaklanan bir sübjektif ölçüt olan yüklenicinin gerçekte yapmış olduğu giderin tutarına da bakarak bir değerlendirme yapacaktır. Bununla birlikte TBK m. 481'in uygulaması ile ilgili dikkatli olmak gerekmektedir. Taraflar, sözleşme müzakerelerinde sözleşmenin bedeli konusunda bir anlaşmaya varamamışlar, bedelin belirlenmesini ileri bir tarihte kararlaştırmak hususunda bir mutabakata da ulaşmamışlarsa artık tarafların birbirine uygun irade beyanlarının varlığından da bahsetmek mümkün olmayacağından sözleşme kurulmamış sayılmalıdır⁵⁶. Öte yandan tacir sıfatına sahip bir yüklenici, ticari işletmesiyle ilgili olarak yapmış olduğu yapıya karşılık iş sahibi tacir olsa da olmasa da ücret isteme hakkına TTK m. 20 kapsamında kanun gereği sahip olacaktır.

C. Anlaşma

1. Genel Olarak

Yapım Sözleşmesinin üçüncü unsuru, yüklenicinin yapıyı meydana getirmesi, iş sahibinin ise buna karşılık vereceği bedel konusunda tarafların anlaşmış olmasıdır. Yapım sözleşmesi, TBK m. 1 kapsamında yüklenicinin ve iş sahibinin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur⁵⁷. Bu irade açıklamaları açık veya örtülü olabilir⁵⁸. Tüzel kişiler bakımından sözleşme, yetkili temsilci ile yapılmış olmalıdır. Bununla birlikte sözleşmeye tüzel kişilik sonradan icazet vermiş olabilir⁵⁹. Yapım

⁵⁶ Öz, *İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat*, s. 54; Kocaağa, s. 64.

⁵⁷ Bir Yargıtay kararında şu şekilde hüküm kurularak sözleşme ilişkisi kabul edilmemiştir: “...Öte yandan bu işle ilgili olarak belediye encümeni kararı bulunmadığı gibi, belediyece yapılan bir ödemede söz konusu olmadığı için, sözleşmenin davalı idarece benimsendiğinden de söz etmek mümkün değildir. İşin belediye namına yapıldığı belirtilmeden ve bu konuda bir encümen kararı da bulunmayan işten dolayı bir sorumluluk söz konusu olsa bile bundan sözleşmeyi imzalamış bulunan belediye başkanı...’nın sorumlu olması gerekir.” Yarg. 15. HD, E. 2512, K. 277, T. 27.01.1993, (Uygur, s. 44).

⁵⁸ Karahasan, s. 72; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 595; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 992; Zevkliler/ Gökyayla, s. 473; Aral/ Ayrancı, s. 367; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 7; Seçer, s. 34.

⁵⁹ Temsil olunanın kendi temsilcisinin davranışını bilmemesine rağmen gerekli özeni gösterse idi bilebileceği ve önleyebileceği durumlarda, üçüncü şahıs dürüstlük kuralına göre temsil varmış gibi algılıyor ise “görünüşte temsil” den söz edilmekte olup, bu durumda temsil bir hukuki işlem sonucunda verilen yetkiden değil, kanunun yüklediği

sözleşmesinin kurulması için taraflar arasındaki anlaşmanın sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsamaması gerekir. Bu esaslı unsurlar meydana getirilecek yapının belirlenmesi ve buna karşılık bir bedel taahhüdünün verilmesidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bedelin net ve kesin biçimde belirlenmiş olması sözleşmenin kurulması için şart değildir. Bedel bakımından inşaat sözleşmesinin esaslı unsuru, bedelin miktarının kesin olarak yer alması ile ilgili değil, bedelin var olması ile ilgilidir.

Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen bir tarafın menfaatine yapıлып teslim edilmiş bir yapı söz konusu ise bu durumda sözleşmeye göre diğer taraftan bedel talep edilemese de sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz sözleşme hükümlerine göre bir talep söz konusu olabilecektir⁶⁰.

2. Yapım Sözleşmesinde Geçerlilik Şekli

Eser sözleşmesinde olduğu gibi yapım sözleşmesinde de sözleşmenin geçerliliği kural olarak şekle tabi değildir⁶¹. Tarafların açık veya örtülü birbirine uygun irade beyanı sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, özel bazı hallerde yapım sözleşmesi kanun gereği veya tarafların anlaşması ile geçerlilik şartına tabi tutulmuş olabilir⁶².

Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması TMK m. 706'ya göre resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Resmi şekil, sözleşmenin resmi bir makamın katılımı ile kanunun öngördüğü usuller ve esaslar çerçevesinde yerine

“güven sorumluluğundan” da doğabilir. Böyle bir halde hukuki görünüş meydana getiren temsil olunan, güven zararından sorumlu tutulabilmektedir. “Görünüşte temsil” ve “katlanma temsili” kavramları için bkz. Şener Akyol, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 235 vd.; Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 118 vd.

⁶⁰ Yargıtay kararına konu bir olayda davacı, davalı belediye ile aralarında eser sözleşmesi yapıldığını kanıtlayamamış Yargıtay, imalatın yapılmış olması ve bunun davalının yararına olması karşısında vekaletsiz iş görme kapsamında davacının talepte bulunabileceğine karar vermiştir. Anılan karara göre; “Ancak kamu kurumu olan belediye ile usulüne uygun ihale süreci sonucu imzalanan sözleşme yapılmamış ya da yüklenici özel hukuk tüzel kişisi ile sözlü dahi olsa eser sözleşmesi ilişkisi mevcut olmasa dahi davacı taşeron, iş sahibi ve yükleniciye ait yerde iş ve imalat yapmış olup bu imalatların onlar yararına olması halinde bedelini dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 410 vd. maddelerinde düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir.” Yarg. 15. HD, E. 2016/3776, K. 2016/4619, T. 09.11.2016, (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.04.2020).

⁶¹ TBK m. 12 f. 1'e göre; “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”

⁶² Yasal şekil için bkz. TBK m. 13-16, iradi şekil için bkz. TBK m. 17.

getirilerek yapılmasıdır⁶³. Taşınmaz satışını düzenleyen TBK m. 237 f. 1’de aynı şekilde taşınmaz satışının geçerliliğini sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlamıştır. Tapu Kanunu m. 26’ya göre taşınmaz mülkiyeti devrini içeren sözleşmeler ve taşınmaz satış sözleşmelerini yapmak ve resmi şekli gerçekleştirmek yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu memurundadır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin geçerliliği de resmi şekle tabi olup, Noterlik Kanunu m. 60 ve TBK m. 237 f. 2’ye göre bu sözleşmeleri resmi şekilde yapma yetkisi noterlerdedir. Bundan başka kanunda resmi şekilden bahsedilmiş ancak bunu gerçekleştirmekle yetkili merci belirtilmemiş ise resmi şekli gerçekleştirme yetkisi Noterlik Kanunu m. 60 f. 2’ye göre noterlerin görevidir⁶⁴.

Şekle tabi sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurları, resmi şeklin kapsamı içerisinde mutlaka yer almalıdır⁶⁵. Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bu sözleşmelerin “düzenleme şeklinde” yapılması gerekir, haricen düzenlenmiş bir sözleşmenin resmi şekilde onanması yeterli değildir. TMK m. 706 ile getirilen resmi şekil şartının bir kısım istisnaları da bulunmaktadır. TMK m. 676 gereği yapılacak yazılı miras paylaşım sözleşmeleri resmi şekilde düzenlenmemiş olsa da taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından geçerli olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Ticaret şirketleri ile ilgili genel hükümleri düzenleyen TTK m. 128/ f. 3’ e göre sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmi şekil aranmaksızın geçerlidir⁶⁷.

⁶³ Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 78.

⁶⁴ Hüseyin Hatemi/ K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.51; Altaş, s. 80.

⁶⁵ Bununla birlikte, şekle bağlı işlemler, aşırı bir daraltma ile hakkaniyete aykırı yorumlanmamalıdır. Mirasbırakan vasiyetnamesinde çocuğum demesine rağmen, çocuğu olmayıp evlatlığı var ise, şeklin evlatlığı kapsadığı vasiyetnameyi yapanın iradesine uygun olarak kabul edilmelidir. Bkz. Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2010, s. 26.

⁶⁶ Yargıtay 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı İBK ile bu istisnayı kabul etmiş olmasına rağmen noterlik kanunu m. 89’ da yapılan düzenleme ile miras paylaşım sözleşmesinin noterlerce re’sen düzenlenecek senetler arasında sayılması bu konudaki tartışmaları da beraberinde getirmiş, nihayet Yargıtay 26.11.1980 tarihli, 5/3 sayılı İBK ile noterlik kanunu m. 89 hükmünün TMK m. 676 hükmünü kaldırmadığına ve yazılı şekilde yapılan miras paylaşım sözleşmelerinin geçerli olduğuna karar vermiştir. Bkz. M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay- Özdemir, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 359 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 48.

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 364; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 114.

Geçerli olarak resmi şekilde yapılmamış olsa da özellikle Yargıtay içtihatları ile belirlenmiş olan bazı durumlarda geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması da bu konuda önemli bir istisna olarak yer almaktadır. Bu konuda en önemli kararlardan biri 30.09.1988 tarih ve 2/2 nolu YİBBGK kararıdır⁶⁸. Anılan karara göre, şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme sonucunda zilyetlik alıcıya devredilmiş ve bunun karşılığında bedel de alınmış ise artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileriye sürmek taşınmazı devir borcu üstlenen satıcı bakımından hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaktır⁶⁹. Diğer bir ifade ile taraflar edimlerini tamamen veya büyük ölçüde yerine getirdi ise artık şekle uyulmaması nedeniyle geçersizlik iddiasında bulunmak hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilecektir. Yine, geçerlilik şekline uyulmasa da tarafların gerçekleştirmek istediği amaca göre başka bir hukuki işlemin doğması için yeterli şekil şartları bulunup, tarafların da varsayılan iradeleri bu yönde hukuki işlemin tahvili yolu ile batıl işlemin başka bir hukuki işlem olarak geçerli hale gelmesi de mümkündür⁷⁰. Noterde yapılmış bir satış sözleşmesinin geçersiz olmasına rağmen tahvil yolu ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak geçerli kabul edilmesi bu konudaki en yaygın uygulamadır.

Yapım sözleşmesi kural olarak şekle tabi değil ise de yukarıda da belirtildiği üzere bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran yapım sözleşmelerinin resmi düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir. Bunun en yaygın uygulaması arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici yapıyı meydana getirme borcu altına girerken iş sahibi olan arsa sahibi bunun karşılığında yükleniciye belirli bir arsa payını (taşınmazı) devir borcu altına girmektedir. Bu bakımdan geçerlilik için bu sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gereklidir⁷¹. Tapu Kanunu m.

⁶⁸ YİBBGK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, (RG, T. 21.12.1988, S. 20026).

⁶⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 30; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 156; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 106 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015, s. 481 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, s. 474; Kocayusufpaşaoğlu, s. 314 vd.; Kocağa, s. 68; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Altaş, s. 154.

⁷⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 110; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 311; Hatemi/ Gökyayla, s. 70.

⁷¹ Karahasan, s. 72; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 597; Eren, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996*, s. 47; Aral/ Ayrancı, s. 368; Zevkliler/ Gökyayla, s. 474; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*,

26'ya göre taşınmaz mülkiyeti devrini içeren sözleşmeler ve taşınmaz satış sözleşmelerini yapmak ve resmi şekli gerçekleştirmek yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu memurunda olup, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri niteliğinde olanlar Noterlik Kanunu m. 60 ve TBK m. 237 f. 2'ye göre noterlerde yapılacaktır⁷².

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m. 53'de bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı ve idare adına ita amiri tarafından imzalanacağı belirtilmiş, m. 57'de ise bu sözleşmenin noterlikçe tescil edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Tescil, bir geçerlilik şartı olup, noterlikçe imza tasdiki yapılması tescil için yeterlidir⁷³.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 46'ya göre bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır ve ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatırılması zorunlu değildir⁷⁴. Madde metninde 4964 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile 30.07.2003 tarihinde değişiklik yapılmadan önce bu sözleşmelerde de noter onay ve tescili bir geçerlilik şartı olarak aranmaktaydı. Ne var ki değişikliği getiren söz konusu madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere bu zorunluluk, idareleri ve yüklenicileri daha işin başında yüksek işlem ve süreç maliyeti ile karşı karşıya bıraktığından uluslararası uygulamalarda da yeri olmadığı gözetilerek kaldırılmış ve idarelerin tercihine bırakılmıştır. Kamu İhale Kanunu m. 46'ya göre yüklenici bir ortak girişim ise sözleşmenin ortak girişimin tüm ortakları tarafından imzalanması gerekmektedir. Madde, tüm ortakların imzasını şart koştuğundan sadece bir ortağın diğerlerinden aldığı temsil yetkisine dayanarak imzalamış olduğu sözleşmeler geçersiz olacaktır⁷⁵.

C. II, s. 7 ve s. 113 vd.; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 20; Kocaağa, s. 67; Gönen, s. 27; **Suat Sarı**, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", **İÜHF**, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 276.

⁷² Ancak, bazı durumlarda şekle aykırılık iddiası dinlenmeyecektir. Örneğin Yargıtay, arsa payı devredildikten sonra sözleşmenin şekle aykırılık iddiası ile geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğine karar vermektedir (Yarg. 15 HD, E. 4132, K. 944, T. 26.02.1991). Bu karar ve diğer kararlar için bkz. Uygur, s. 85 vd.

⁷³ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 993; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 597; Aral/ Ayrancı, s. 367; Zevkliler/ Gökyayla, s. 473; Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 5; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 23; Kocaağa, s. 69.

⁷⁴ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 227 vd.; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 24; Kocaağa, s. 69; Dursun Ali Demirboğa, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 76.

⁷⁵ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 6.

3. Yapım Sözleşmesinde İspat Şekli

Yukarıda da belirtildiği üzere yapım sözleşmesi kural olarak bir geçerlilik şekline tabi değil ise de HMK m. 200 gereği belirli bir miktarın üzerindeki⁷⁶ hukuki işlemlerin senetle (kesin delil ile) ispatı gerekeceğinden inşaat sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerden doğacak hak ve alacakların yargılama safhasında ispat edilmesi önem kazanmaktadır⁷⁷. İnşaat sözleşmesinde senetle ispat kuralının yalnızca sözleşme bedelini mi kapsadığı, yoksa sözleşme bedeli yanında sözleşmenin varlığının da senetle ispatının gerekip gerekmeyeceği konusunda doktrindeki görüşler ile Yargıtay uygulamasında farklılıklar vardır. Yargıtay genel olarak sözleşme bedeli yanında sözleşmenin varlığının da senetle ispat zorunluluğuna tabi olduğuna hükmetmektedir⁷⁸.

Yargıtay'ın bu uygulamasına karşılık, bir görüşe göre⁷⁹; HMK m. 200 kapsamında senetle ispat zorunluluğuna yalnızca sözleşme bedeli dahil olmalı, sözleşmenin varlığı ise her türlü delil ile ispatlanabilmelidir. Sözleşmenin varlığı ispat edilmesine rağmen, bedelin ispat edilemediği hallerde TBK m. 481'e göre sözleşmenin bedeli belirlenmelidir.

HMK m. 200'de "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi,

⁷⁶ 2020 yılı için senetle ispat sınırı 4.480 TL olarak belirlenmiştir. Parasal sınırların artırılması ile ilgili 6100 sayılı HMK'ya 6763 sayılı kanun m. 4 ile Ek Madde 1 eklenmiş olup, Buna göre; "(1) 200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz. (2) 200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır."

⁷⁷ Uygur, s. 39.

⁷⁸ Yargıtay 15. HD, E. 2016/4759, K. 2017/3687 sayılı, T. 30.10.2017 tarihli kararı şu şekildedir: "...davalı faturaya dayalı icra takibi yapmış ve itiraz üzerine de dava açmış olup taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı gibi diğer kesin delillerle de akdî ilişki ispatlanamamıştır. Alacak miktarına göre akdî ilişkinin tanıkla ispatlanması mümkün olmadığı gibi davacının açık rızası ve delil başlangıcı niteliğinde belge de bulunmadığından tanık beyanlarına dayalı olarak akdî ilişkinin varlığı ispatlanamaz. Bu durumda davacıya husumet yöneltilmesini mümkün kılan sözleşme ilişkisi kanıtlanmamış olduğundan davanın kabulüne ve davalının kötü niyetli olduğunun kanıtlanamadığından kötü niyet tazminatı isteminin reddine, karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir..."; Benzer doğrultuda: Yargıtay 15. HD, E. 2017/1537, K. 2017/3585, T. 24.10.2017; Yargıtay 3. HD, E. 2017/1808, K. 2017/7352, T. 16.05.2017; Yargıtay 15. HD, E. 2016/3073, K. 2017/1156, T. 16.03.2017; Yargıtay 15. HD, E. 2015/3792, K. 2016/2240, T. 12.04.2016 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.05.2018)

⁷⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, s. 4; Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s. 27.

yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemler” den bahsedilmektedir. Öte yandan aynı madde hükmüne göre, bu hukuki işlemlerin miktar ve değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi başkaca nedenlerle senetle ispat sınırından daha aşağı düşse bile hukuki işlemin kendisine bakılacak ve senetle ispat zorunluluğu aranacaktır⁸⁰.

Ancak HMK m. 200’ ün bu hükmünü eser sözleşmeleri bakımından TBK m. 481 ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. TBK m. 481’ e göre eserin bedelinin önceden belirlenmediği veya yaklaşık bir bedelin belirlenmiş olduğu durumlarda sözleşme bedeli eserin yapıldığı yer ve zamanda eserin değeri ile yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir. TBK m. 481 hükmünün geniş bir uygulama alanına sahip olduğu ifade edilmiş⁸¹; sözleşme yapılmış olmasına rağmen bedelin hiç belirlenmemesi, sözleşme dışı bedeli belirlenmeyen ek iş yapılması, bedelde anlaşılmasına rağmen bedelin kanıtlanamaması hallerinde TBK m. 481 hükmüne göre sözleşmenin bedelinin belirleneceği belirtilmiştir. Yargıtay da sözleşme bedelinin kanıtlanamaması hallerinde bedelin TBK m. 481 hükmüne göre belirleneceğine karar vermektedir⁸².

D. Diğer Unsurlar

Asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren yapım sözleşmeleri, genel olarak yalnızca bir yapının inşasını ve teslimini değil, aynı zamanda inşa edilen yapı ile ilgili olarak yüklenicinin işletme faaliyetinde bulunmasını, yapıyı kiraya vermesini vb. edimler

⁸⁰ Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I**, 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 690 ve 693; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 1999, s. 375 vd.; Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II**, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 1838.

⁸¹ Gönen, s. 149.

⁸² Yargıtay, bir kararında sözleşmenin kurulduğunu tespit ettikten sonra, bedelin kanıtlanamaması nedeni ile TBK m. 481’e göre bedelin belirlenmesine karar vermiştir. Söz konusu karara göre; “*Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamakta ise de davacı tarafından düzenlenen sevk irsaliyesindeki imzanın davalıya ait olduğu saptandığından sözlü eser sözleşmesinin kurulduğu, sözleşmeye konu mobilyaların davalıya teslim edildiği anlaşılmaktadır. Ancak imalatın bedeli konusunda bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamamış olup davacının düzenlediği fatura davalı tarafından kabul edilmemiş yasal süresinde iade edilmiştir. Bu sebeple fatura içeriği kesinleşmemiş, bedel çekişmeli hale gelmiştir. Bu durumda imalat bedelinin 6098 Sayılı TBK 481. maddesine göre yapıldığı yıl piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi gerekir. Mahkemece mümkün olduğu takdirde mobilyaların bulunduğu yerde yapılacak inceleme ile olmadığı takdirde fatura ve sevk irsaliyesindeki bilgilere göre konusunda uzman bilirkişiden alınacak raporla imalatın bedelinin yapıldığı yıl piyasa rayicine göre belirlenip kanıtlanacak ödemelerin mahsubu ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmektedir.*”, Yarg. 15. HD., E. 2015/1705, K. 2016/297, T. 20.01.2016, (Kazancı, Erişim Tarihi: 22.08.2020).

ile buna bağılı olarak da bakım ve onarıma ilişkin borçları da içermektedir.

Kamu özel işbirliği modelinin uygulaması olan Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret, Yap-Kirala-Devret vb. sözleşmeler, yapının inşa edilmesi dışında işletilmesi, kiralanması, bakım ve onarımının yapılması, teslim edilmesi gibi unsurlar da taşımaktadır. Bu sözleşmelerde yapım, adeta sonradan gelecek işletme veya kiralama vb. faaliyetlerin ön aşaması niteliğindedir⁸³. Bu tür sözleşmelerde yüklenici, genel olarak yapım masraflarını projenin işletilmesi suretiyle mal ve hizmetlerin bundan yararlanan kimselere satılması neticesinde karşılamaktadır⁸⁴. Bu projelerde yararlanan kimseler bir otoyol projesinde yolu kullanan araç sürücüleri gibi nihai yararlanıcılar ya da bir elektrik tesisinde üretilecek enerjinin tamamını satın almayı taahhüt etmiş idare olabilir⁸⁵.

Yapım sözleşmesi kavramı, tüm bu sözleşmeleri kapsayacak nitelikte olup, bir yapının inşasını konu edinen sözleşmeler, yapının inşasına eklenen edimlere bakılmaksızın yapım sözleşmesi olarak incelenecektir.

III. YAPIM SÖZLEŞMESİNİN GÖRÜNÜM TÜRLERİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER

A. ESER SÖZLEŞMESİ

TBK m. 470'e göre eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Buna göre, yapım sözleşmesi, yüklenicinin inşaatı meydana getirme edimini borçlanmasına karşılık iş sahibinin de para ödemeyi borçlandığı durumlarda eser sözleşmesinin hükümlerine tabi olur⁸⁶. Böyle bir durumda yapım sözleşmesinin eser sözleşmesi türünde bir görünümü ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, doktrinde çoğunluk eser

⁸³ Bu sözleşmeler için bkz. Birinci Bölüm, III, D, 2.

⁸⁴ Çınar Can Evren, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 367.

⁸⁵ Fatih Gökyurt, **İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 103.

⁸⁶ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 7.

sözleşmelerinin bedelinin para ödemesi dışında da kararlaştırılabileceğini savunmaktadır. Bizim kabul ettiğimiz görüşe göre ise, eser sözleşmesi yalnızca bedelin para ödeme borcu olarak kararlaştırıldığı sözleşmeler bakımından söz konusu olacak, konusu bir eserin meydana getirilmesi olup bedelin farklı bir şekilde kararlaştırıldığı karma sözleşmelerde de bünyesine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

Bedelin ne şekilde hesaplanacağını eser sözleşmesi nitelendirmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁸⁷. Bedel ister götürü bedel olarak kararlaştırılsın, isterse yaklaşık bedel olarak kararlaştırılsın bir eser sözleşmesinden söz edilebilecektir.

B. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de yüklenici, yapı meydana getirme edimini borçlanmaktadır. Bunun karşılığı olarak iş sahibi para ödemeyi değil, arsanın anlaşılan bir payını yükleniciye devretmeyi borçlanmaktadır. Bu sözleşmelerde iş sahibi aynı zamanda arsa sahibidir.

Bu sözleşmelerde yüklenicinin edimi inşaatı meydana getirmek olduğundan eser sözleşmesinin, arsa sahibinin edimi ise arsanın belirli bir payının mülkiyetini devretmek olduğundan satış sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır⁸⁸. Bu sözleşmelere özgü hükümler kanunun öngörmediği şekilde bir araya geldiğinden “karma sözleşme” olarak adlandırılmaktadır. Bu bakımdan çoğunluk görüşüne göre⁸⁹, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde her bir sözleşme tipine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır⁹⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz mülkiyetinin devrini içerdiğinden bu sözleşmelerin geçerli olması TMK m. 706’ya göre resmi şekilde düzenlenmiş

⁸⁷ Karahasan, s. 69.

⁸⁸ Karahasan, s. 56; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 7.

⁸⁹ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 138 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 25 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 939 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1*, s. 69 vd.

⁹⁰ Tam tazminatla fesih olarak isimlendirilen eser sözleşmesine ilişkin “Tazminat karşılığında fesih” başlıklı TBK m. 484 hükmünün arsa payı karşılığı yapım sözleşmeleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalı olup, Yargıtay, TBK m. 484 hükmünün uygulanabileceğini ancak bir sebebe dayanılarak fesih yapıldı ise bu sebebin ve feshin haklı olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar vermektedir. Bkz. Seçer, s. 77.

bulunmalarına bağlıdır⁹¹.

Bu sözleşmeler, TMK m. 1009'a göre şerh edilebilecek haklar arasında sayılmış olup⁹², yüklenici arsa payının kendisine devredilmesine yönelik hakkını, şerh ettirmek suretiyle sonraki aynı hak sahiplerine karşı da ileri sürebilme imkanına sahiptir.

C. GELİR PAYLAŞIMLI YAPIM SÖZLEŞMELERİ

Gelir paylaşımlı yapım sözleşmeleri, meydana getirilecek yapı neticesinde tarafların elde edilecek gelirden pay aldıkları sonuca katılmalı bir sözleşmedir⁹³. Böylece arsa sahibi, arsasını yapılacak inşaat için vermekte, yüklenici de inşaatı meydana getirmekte, bunun sonucunda inşa edilen bağımsız bölümler satılmakta ve elde edilen gelir yüklenici ile arsa sahibi arasında sözleşmede belirlenen oranda paylaşılmaktadır.

Yargıtay, bu sözleşmeleri şu şekilde tanımlamaktadır: *“hasılat paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi tarafından yerin zilyetliği veya mülkiyeti yükleniciye inşaat yapması, satması, pazarlaması için devredilmektedir. Yüklenicinin borcu ise eseri meydana getirip iyi bir pazarlamayla satıştan elde edilecek yüksek geliri sözleşmede kararlaştırılan oranda arsa sahibine ödemektir.”*⁹⁴

Yapım sözleşmeleri günümüzde hem yüklenicinin hem de işverenin elde edilmek istenen gelirden pay alacağı şekilde sıklıkla yapılmaktadır. Bu sözleşmelerin de çok çeşitli görümlerine rastlanmaktadır⁹⁵.

Bu sözleşmelerin bir kısmında, yüklenici hem inşaatı yapmakta, hem pazarlamakta ve satmakta olup, arsa sahibi bunun karşılığında elde edilen gelirden belirli

⁹¹ Uygur, s. 38; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, s. 23.

⁹² TMK m. 1009 hükmünden önce bu hakkın Tapu Kanunu'nun 6217 sayılı kanunla değişik m. 26 hükmüne göre “taşınmaz satış vaadi” sözleşmesi olarak güvence altına alınmaktaydı. Bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 109; Turgut Öz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 442.

⁹³ Emrehan İnal, **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 149 vd.

⁹⁴ Yarg. HGK, E. 2013/13-1917, K. 2015/1258, T. 22.04.2015, (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.04.2020)

⁹⁵ İnal, s. 150 vd.; Umut Yeniocak, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 63 vd.; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi* s. 9; Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 51-52.

bir pay almaktadır. Gelir paylaşımlı yapım sözleşmelerinin bu çeşidi risk dağılımı bakımından en basit ve en temel olanı olup, diğer iki çeşidinde risk dağılımının farklı yapıldığı görülmektedir.

Gelir paylaşımlı yapım sözleşmelerinin ikinci türünde ise, yüklenici inşaatı yapmak, pazarlamak ve satmanın yanında arsa sahibine belirli bir asgari gelir taahhüdünde bulunmaktadır. Buna göre, yüklenici her halde taahhüt ettiği bedeli, gelirin oranına bakılmaksızın arsa sahibine ödemek zorunda kalacak, taahhüt edilen tutarın üzerinde bir gelir elde ettiğinde de sözleşmede belirlenen oranlarda bu tutarı paylaşacaktır⁹⁶.

Gelir paylaşımlı yapım sözleşmelerinin uygulamada görünen üçüncü türünde, taraflar bağımsız bölümlerin satılması için bir bekleme süresi koymakta, bu süre geçtikten sonra bağımsız bölümlerin aynı olarak paylaşımı konusunda anlaşmaktadır. Bu durumda sürenin dolmasına kadar gelir paylaşımı, süre dolduktan sonra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği bulunduğu ifade edilebilecektir⁹⁷.

Uygulamada sık rastlanan bu üç tür elbette sınırlayıcı değildir. Taraflar, risklere göre farklı nitelikte gelir paylaşımlı yapım sözleşmesi yapabilir. Böyle bir durumda tarafların tercih ettikleri gelir paylaşımlı yapım sözleşmesinde farklı sözleşme tiplerindeki unsurlar bir araya getirilmiş olabilir. Bu yönü ile bu sözleşmeler karma sözleşme olarak kabul edilmektedir⁹⁸.

Arsa sahibinin sorumluluğu bakımından da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile gelir paylaşımlı yapım sözleşmelerinin farklı sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Yargıtay, gelir paylaşımlı yapım sözleşmelerinde taşınmazların satıldığı

⁹⁶ Adem Yelmen, **Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi**, 1.Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 29 vd.; İnal, s. 151.

⁹⁷ İnal, s. 154.

⁹⁸ İnal, s. 134; Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 51-52; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 12; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1106. Yargıtay da bu sözleşmeleri karma sözleşme olarak kabul etmektedir. Bkz. Yarg. HGK, E. 2013/13-1917, K. 2015/1258, T. 22.04.2015, (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.04.2020).

üçüncü kişi tüketicilere karşı, arsa sahibini de sorumlu tutmaktadır⁹⁹.

D. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

İdarenin esas itibarıyla tek yanlı işlemlerle görevini yapması ve faaliyetlerini yaparken idari işlem tesis etmesi esastır¹⁰⁰. Uyuşmazlık Mahkemeleri ve Danıştay kararlarına göre idari işlem; “*kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re’sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır.*”¹⁰¹ İdari işlem, kar elde etmek, çıkar elde etmek için yapılamaz, sadece kamu yararı için yapılabilir¹⁰².

Bununla birlikte idare, bazı faaliyetlerini yerine getirmek için sözleşme yapmak zorunda kalmakta, bazen de idari işlem tesis etmek veya sözleşme yapmak arasında bir seçim yapma imkanına sahip olmaktadır¹⁰³. İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerin

⁹⁹ “Tüketici hukukunda, tüketicinin korunması asıldır. Bu nedenle, konut üreten herhangi şirket ya da kamu kuruluşunun güvencesi altında yapıldığı izlenimi verilerek, alıcılarda bu algıyı uyandıracak şekilde ve bu doğrultuda ilan, reklam, kampanya, broşür gibi enstrümanlar kullanılarak tüketicilerin konut edinme iradesine etki edilmesi halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibi olan kamu kuruluşunun akdi sorumluluğu bulunmasa da yukarıda açıklanan nedenlerle gerek özel yasa olan 6502 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri gerekse Türk Borçlar Kanunu’nun sorumluluğa ilişkin hükümleri nazara alındığında tüketicinin ifa edilmeyen sözleşme uyarınca zarar kalemlerini bu kamu kuruluşundan isteyebileceğinin kabulü gereklidir. Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, davalı arsa sahibi idare ile dava dışı yüklenici şirket arasında imzalanan “Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İşine Ait Sözleşme” uyarınca üretilen konutlarla ilgili satış dahil bir kısım yetkilerin yüklenici şirkete verildiği, bu yüklenici şirket tarafından dava konusu taşınmazın gerçek ya da tüzel kişilere devri veya pazarlanması için dava dışı diğer bir şirkete devredildiği, davacı tarafından da bu şirketten dava konusu taşınmazın satın alındığı, her ne kadar dava konusu taşınmazın satışına ilişkin sözleşmede davalı idare taraf değilse de yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında arsa sahibi davalı idarenin davacı tüketicinin taleplerinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir.” Yarg. HGK, E. 2013/13-1917, K. 2015/1258, T. 22.04.2015, (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.04.2020). Bir başka fark da TBK m. 484 hükmünün uygulanması bakımındadır. “Tazminat karşılığı fesih” başlıklı m. 484’ün uygulanması tartışmalı olsa da Yargıtay ve çoğu yazarca arsa payı karşılığı yapım sözleşmeleri bakımından kabul görse de, gelir paylaşımı yapım sözleşmelerinde tarafların birlikte ve ortak bir yararı olduğundan bu hükmün uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Seçer, s. 79.

¹⁰⁰ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 508; A. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I**, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 334; Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1998, C. 2, S. 2, s. 4. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48138/608875>> (Erişim Tarihi: 13.05.2020).

¹⁰¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 988/2, K. 989/1, T. 20.02.1989, RG. 15.04.1989, S. 20140, Danıştay 10 D., E. 1987/1159, K. 1987/1458, T. 01.07.1987, RG. 01.07.1987, S. 19427; Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I**, s. 333, dn. 30.

¹⁰² Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I**, s. 339; Buna karşılık idari yaptırımlarda temel amaç cezalandırma ve caydırma değildir. Bkz. Ali Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 34.

¹⁰³ Bununla birlikte bu seçim, mutlak bir yetki değildir. Bkz. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, **(Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi SBE, 2002), s. 23-24; Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, 3.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 316.

tamamı idari sözleşme olarak adlandırılmamaktadır¹⁰⁴. “İdarenin yapmış olduğu sözleşmeler” kavramı ile “idari sözleşmeler” kavramı birbirinden ayrı iki kavramdır. İdari sözleşme, kamu kuruluşlarının idare hukuku kurallarına göre yaptıkları sözleşmelerdir¹⁰⁵. Buna karşın, bir tarafı idare olsa da idare, bir medeni hukuk ve ticaret hukuku kapsamında bir sözleşme ilişkisine girdiğinde, idari sözleşme değil, özel hukuk hükümlerine tabi bir özel hukuk sözleşmesinden söz edilmektedir¹⁰⁶.

Sözleşmenin idare hukuku alanı içerisine girmesi, tıpkı diğer müesseselerde olduğu gibi, özel hukuktaki mahiyetinin kamu hizmeti ve idare hukukunun bünyesine uygun bir şekil alması sureti ile gerçekleşmiştir¹⁰⁷. Örneğin, her iki sözleşme türü de oluşum aşamalarında aynı kurallara tabi olarak doğmaktadır. İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de idare bakımından kamu hukukuna tabi olan yetki kuralları ve karar alma süreçleri izlenecek ve sözleşme iradesi buna ilişkin kurallar içerisinde açıklanacaktır¹⁰⁸.

İdari sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayrılması için belirli bazı kriterler ileri sürülmüştür. Buna göre, sözleşmenin en az bir tarafının kamu tüzel kişisi olduğu, kamu hizmeti ile doğrudan ilişkili olan ve idarenin özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan üstün yetkiler ile donatıldığı sözleşmeler idari sözleşme

¹⁰⁴ İdarenin hem idare hukuku alanında hem de özel hukuk alanındaki varlığını ifade etmek için Özay’ın yapmış olduğu şu benzetme ilginçtir: “*Kıta Avrupası ülkelerde ve bu arada özellikle Türkiye’de idare memeliler ailesinden foka benzer. Çünkü fok hem denizde hem de, kısa bir süre için olsa bile karada yaşayan bir memeli, halk arasındaki ismiyle balıktır. Ne var ki fok, denizde de karada da hep bir balıktır, karaya çıktığında mütasyona uğrayarak denizde yaşayan bir hayvan olmaktan çıkmaz, yani tür değiştirmez.*”, Özay, s. 545.

¹⁰⁵ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 440.

¹⁰⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1594; Özay, s. 508; Turan Yıldırım/ Melikşah Yasin/ Nur Kaman/ H. Eyüp Özdemir/ Gül Üstün/ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku, Güncellenmiş 6.Bası*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 465 vd.; Eren Toprak, “Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme”, *TBB Dergisi*, 2019 (145), s. 385; Tekinsoy, s. 30; Evren, s. 221 vd.; Bayram Keskin, *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 95; İdarenin, bireyler arası eşit ilişkilere dayalı faaliyet göstermesine “özel icra (yürütüm)” denilmektedir. Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 313.

¹⁰⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1591.

¹⁰⁸ Tekinsoy, s. 31; Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, 1.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 56; Bundan dolayı, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri bakımından ihale şartnamesi, sözleşme örnekleri ve buna benzer kayıtların genel işlem koşulu denetimine tabi olup olmayacağının idare hukuku kuralları içerisinde çözülmesi gerekir. Bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 166.

olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. Ancak, idarenin yaptığı işlemlerden hangilerinin özel hukuk alanında yer aldığı ile ilgili kesin bir ölçüt bulmanın olanaksız olduğu ifade edilmektedir¹¹⁰.

İdari sözleşmelerden ortaya çıkacak uyuşmazlıklar idari yargıda, özel hukuk sözleşmelerinden çıkacak uyuşmazlıklar ise adli yargıda görülmektedir¹¹¹.

Aslında idari sözleşme, iki tarafın katılımı nedeni ile sözleşme olarak anılsa da daha çok bir “katılma-işlem” niteliğinde olup, bir yanda şartname, ana şartname veya şartlaşma denilen düzenleyici genel işlemler diğer yanda daha çok öznel nitelikli mali hükümlerin diğer tarafla anlaşılması sonucunda ortaya çıkan bir karma işlem vardır¹¹².

İdarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri bakımından da sınai veya ticari nitelikteki bu kamu hizmetinden dolayı, bir yandan özel hukuk hükümlerine göre sonuç doğuracak sözleşme yanında diğer yandan da yapılan işin niteliği gereği kamu hizmeti ilkeleri de varlığını sürdürecektir¹¹³. Bu nedenle, bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilse dahi idare hukuku kurallarının uygulanması tamamen ortadan kalkmamaktadır. Örneğin, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında anlaşarak sözleşmelerinde diledikleri değişiklikleri yapabilmelerine karşın, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde tarafların anlaşarak sözleşmede değişiklik yapmalarının bir

¹⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1594; Özay, s. 511-512; Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 441, s. 450; Evren, s. 223 vd.; Vergi hukukundaki uzlaşma müessesinin sözleşme niteliği taşımayan tek taraflı bir işlem olduğu hakkında bkz. Tekinsoy, s. 29; İdari sözleşmelerin ölçütleri için bkz. Tekinsoy, s.99; Uz, s. 34 vd.; Bazen bu kıstasları aramaya gerek olmaksızın kanunun idari yargıyı görevli kılmış olması nedeni ile idari sözleşmeden söz edilebilir. Örneğin Petrol Kanunu’na göre petrol dairesi ile imtiyazcı arasında çıkacak uyuşmazlıklar, kanundaki başvuru süreci sonrası m. 31 ve 32 kapsamında Danıştay’da çözümlenir. Bkz. Odyakmaz, s. 13; Keskin, s. 104.

¹¹⁰ Bu konu ile ilgili özellikle uyuşmazlık mahkemesine birçok konu geldiği ifade edilmiştir. Örnek olarak, Sermaye Piyasası Kurulunun anonim ortaklığın ortak sayısını belirlemek suretiyle 2499 sayılı Kanun kapsamına alması ile ilgili kararının özel hukuk hükümleri kapsamında bir işlem mi yoksa idari bir işlem mi olduğu uzun bir süre yargı kararlarında tartışılmış, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay bu işlemin tek yanlı idari işlem olduğuna ve idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Gözübüyük/ Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 335, dn. 39.

¹¹¹ Kural olarak idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda idari yargı yoluna gidilse de aşağıda değineceğimiz üzere Anayasa m. 125’de yapılan değişiklikle imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilebilecektir.

¹¹² Özay, s. 511.

¹¹³ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 309.

kısım sınırları bulunmakta olup, ihale ile sağlanan rekabetin bozulmaması gerekir¹¹⁴.

İdari sözleşmelerde, idarenin kamu yararı doğrultusunda kamusal ihtiyaçlara uygun değişiklikleri tek taraflı olarak düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Kamu hizmetinin güncel ihtiyaçlara göre uyarlanması ilkesi de bu yetkinin dayanaklarından biridir¹¹⁵. Bununla birlikte, KİSK m. 4 f. 2 ve 6428 sayılı Kanun m. 4 f. 9 hükümlerinde idareye tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapma yetkisi tanınmamıştır.

Kamu tüzel kişilerinin yapmış oldukları abonmanlık sözleşmeleri ile ilgili olarak Danıştay'ın idarenin tek taraflı kamu gücüne dayanarak abone olma, düzenleyici tasarruflar yapma, fiyat belirleme gibi yetkiler kullandığı gerekçesi ile bu sözleşmelerde de idari yargı yolunun görevli olduğuna karar verdiği ifade edilmiş¹¹⁶ ise de, bahsi geçen abonelik sözleşmeleri ile ilgili yeni uyuşmazlık mahkemesi kararlarında¹¹⁷ bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayıldığı ve adli yargı yerinin görevli olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Abonelik sözleşmeleri konusunda halen yargı kararlarında tereddüt olduğu ifade edilmiştir¹¹⁸. Aslında bu sözleşmeler bakımından bir ayırım yapıldığı söylenebilir. Elektrik, su, doğalgaz gibi hizmetlerin alınması için idare ile yapılan abonelik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda adli yargı, idarenin düzenlediği abonelik şartları ile ilgili kararlarla ilgili uyuşmazlıklarda, bunların kamu alanında bulunması nedeni ile idari yargının görevli olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹.

Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idari hizmet sözleşmesi, kamu istikrazı sözleşmesi, mali iltizam sözleşmesi, yeraltı ve yerüstü servetlerinin

¹¹⁴ Evren, s. 293.

¹¹⁵ Gökyurt, s. 156.

¹¹⁶ Danıştay 8. D., E. 1997/185, 1997/2229 K., T. 23.06.1997, (Uz, s. 28, dn. 66).

¹¹⁷ “Katı atık ve/veya atık su bedelinin vergi benzeri mali bir yükümlülük mü, yoksa özel hukuk ilişkisine dayalı bir ücret mi olduğu hususunun belirlenmesinde abonelik ilişkisinin belirleyici olduğu anlaşılmıştır.” gerekçesi ile adli yargının görevli olduğuna karar verilmiştir. Uyuşmazlık M. Hukuk Bölümü, E. 2014/1153, K. 2014/1192, T. 29.12.2014; Uyuşmazlık M. Hukuk Bölümü, E. 2016/144, K. 2016/182, T. 14.03.2016 (Kazancı, Erişim Tarihi: 10.05.2020).

¹¹⁸ “Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemez.” (Danıştay, 10. D., E. 1998/2595, K. 1998/4026, T. 03.12.1998, (Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 449).

¹¹⁹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 225.

(maden) işletilmesi sözleşmesi, orman işletme sözleşmesi, idari hizmet sözleşmeleri klasik idari sözleşme türleri olarak kabul edilmektedir¹²⁰.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri¹²¹, konumuz bakımından önemli bir sözleşmedir¹²². Zira, idarenin yapmış olduğu özel hukuk sözleşmelerinin ve yapım sözleşmelerinin pek çoğunun temelinde bir imtiyaz unsuru bulunmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idare ile özel şirket arasında imzalanan ve özel şirketin bu sözleşme kapsamındaki kamu hizmetlerini sermaye ve risk kendisine ait olacak şekilde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerdir¹²³. Bu sözleşmeyi “ruhsat” usulünden ayıran, tekel hakkı vermesi olup, bu hak kapsamında imtiyazlı şirket; bazen yaptırım uygulama, hizmetin gerektirdiği durumlarda kamulaştırma talep etme, hizmetin görülmesi için üstün haklara sahip olma gibi bazı ayrıcalıklara sahiptir¹²⁴. Bu sözleşmeler Danıştay incelemesine tabidir. Bununla birlikte 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 23 b. d, 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı kanun ile değiştirilmiş olup, Danıştay’ın inceleme yetkisi, görüş bildirmekle sınırlandırılmıştır¹²⁵.

Özel hukuk kişilerinin birbirleri ile yaptıkları sözleşmelerden idari sözleşme

¹²⁰ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 462-469; Özay, s. 510; Odyakmaz, s. 14.

¹²¹ İmtiyaz usulü, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli “Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun” ile düzenlenmiştir. Bu kanun bir kısım değişikliklerle birlikte halen yürürlüktedir. Bkz. Turgut Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, *AÜSBFD*, C. 47, S. 3-4, 1992, s. 309; Müge Erekmekçi, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 17, dn. 5; Ayrıca bu kanunun kabul ediliş sürecindeki tartışmalar için bkz. Seda Örsten Esirgen, “II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun”un Kabulü”, *AÜHFD*, C. 60, S. 4, 2011, s. 935 vd.

¹²² İmtiyaz sözleşmeleri Osmanlı Devleti son döneminin de en tartışmalı konularından biridir. İstanbul ve civarı telefon imtiyazı, fenerler imtiyazı, liman ve rıhtım hizmetlerindeki imtiyazlar, tramvay ve tünel hizmetlerindeki imtiyazlar, elektrik, gaz su vb. hizmetlerle ilgili imtiyazlar bunlardan bazılarıdır. Söz konusu imtiyazlarla ilgili açıklamalar için bkz. Turgut Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, *AÜSBFD*, C. 22, S. 2, 1967, s. 300 vd.

¹²³ Özay, s. 250; Keskin, s. 111; Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 308; Danıştay’ın bu konudaki ilk kararı olduğu kabul edilen 26 Şubat 1935 tarihli Tramvay şirketi kararında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri şu şekilde tanımlanmıştır: “Yardımlı veya yarımsız menafii garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istidası hak ve mezuniyeti verilmek suretile bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere ‘amme hizmeti imtiyazı mukaveleleri’ denir.” Karar yayımlanmamıştır. Karar için bkz. Necmi Osten, *İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti*, İstanbul, 1938, s. 37(Aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s. 329, dn. 780).

¹²⁴ Özay, s. 251.

¹²⁵ Danıştay Kanunu m. 3 b. d; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir.”

niteliğinde bulunanların olup olmayacağı uygulamada tartışılmıştır¹²⁶. Fransa’da Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 tarihinde vermiş olduğu bir kararında otoyol imtiyazına sahip olan bir şirket ile yüklenici arasında yapılmış olan sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmiştir¹²⁷.

Türk hukuku bakımından özel hukuk tüzel kişilerinin bir kamu hizmeti üstlenmesi durumunda, kamu hizmeti kapsamında kendisine tanınan ayrıcalıklar ile kamu gücü kullanarak yaptığı işlemlerin, özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılırsa da idari işlem olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir¹²⁸.

Bu görüşün uygulamasına Danıştay’ın bir kararı örnek gösterilmiştir. Danıştay’a göre Türkiye Futbol Federasyonu, özel hukuk hükümlerine tabi olsa dahi, bu durum Federasyon ve kuruluşlarının yaptığı işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacaktır¹²⁹. Danıştay yakın bir tarihte vermiş olduğu kararında¹³⁰ bu esasları tekrar etmiştir. Aynı şekilde, Organize Sanayi Bölgelerince verilen tahsisin iptali işlemi¹³¹, şehirlerarası terminal işletmesince şehirlerarası otobüs terminalinde bulunan bilet satış gişeleri için yapılan ihale ile ilgili işlem ve kararlar¹³², Türkiye Diyanet Vakfının yönetim kurulunun konut tahliyesine ilişkin almış olduğu kararlar¹³³, Sosyal

¹²⁶ Özel hukuk kişilerinin idari işlemleri ve organik ögenin önemini yitirmesi ile ilgili sorunun Türk idare hukukunda henüz dikkat çekmediği ifade edilmiştir. Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 336.

¹²⁷ Fransız Mahkemesi bu karara gerekçe olarak bu şirketlerin devlet hesabına hareket ettiğini, karma ekonomi yapılı olduğunu, kamu hizmeti yerine getirildiğini, otoyol yapımının aslen devlete ait olmasını gerekçe olarak göstermiştir. Karar ve açıklamalar için bkz. Tekinsoy, s. 102; Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 453; Karş. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 94.

¹²⁸ Sezginer, s. 94; Mehmet İnanc, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 8.

¹²⁹ Danıştay, 10. D., E. 91/1149, K. 91/2286, T. 17.06.1991, (Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 336, dn. 43; Sezginer, s. 94, dn. 198).

¹³⁰ “Bu durumda; Daire kararında da belirtildiği üzere, davalı şirket özel hukuk tüzel kişisi olmakla birlikte, özel faaliyetler için söz konusu olamayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi nihai olarak bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı şirket ile davacı şirket arasındaki ilişkinin ticari bir ilişki olarak değerlendirilemeyeceği, bu kapsamda kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade açıklamasıyla tesis edilen dava konusu işlemin yargısal denetiminin idari yargı merciine ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.”, DİDDGK, E. 2017/1533, K. 2019/1419, T. 28.03.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi:30.04.2020).

¹³¹ Danıştay 10. D., E. 2009/5590, K. 2009/10533, T. 16.12.2009, (Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 337, dn. 44).

¹³² Danıştay 10. D., E. 1995/4326, K. 1996/2769, T. 21.05.1996, (Gözübüyük / Tan, s. 337, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, dn. 45).

¹³³ Danıştay 5. D. E. 2000/624, K. 2003/1085; Danıştay 5. D., E. 2000/476, K. 2000/1516, T. 17.05.2000, (Gözübüyük

Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın bir vatandaşın nakdi yardım talebini reddetmesi kararı¹³⁴, gördükleri işlev bakımından idari işlem olarak kabul edilmiştir.

Bir başka olayda da Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, tapuda kayıtlı taşınmaz üzerindeki üst hakkının hatalı olarak terkin edildiği iddiası ile Tapu Müdürlüğünün işleminin iptali istemi ile dava açmış, Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu, adli yargının görevli olduğuna ilişkin idare mahkemesinin ısrar kararını bozmuştur¹³⁵.

Bu konuda uygulamada örnek oluşturmakta olan diğer bir konu da telekomünikasyon sektöründe ara bağlantı¹³⁶ (roaming) sözleşmelerine ilişkin kararlardır. Özelleştirme öncesinde Türk Telekom A.Ş. ile GSM işletmecileri arasında yapılan bu sözleşmelerle ilgili tereddütler meydana gelmiş, idari yargının görevli olduğu ile ilgili bir kısım kararlar verilmiştir¹³⁷. Ara bağlantı sözleşmelerinin sadece Türk Telekom A.Ş. ile değil, tamamen özel GSM şirketlerinin kendi aralarında da yapabilecekleri bir sözleşme olmasından yol çıkarak, bu sözleşmelerin konusu ve hükümleri nedeni ile değil, bir imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeni ile idari sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, Türk hukukunda her iki tarafın özel hukuk kişisi olduğu yeni bir idari sözleşme türünün ortaya çıkacağı ifade edilmiştir¹³⁸. Ancak, özelleştirme sonrasında verilen yargı kararları bunun aksine olup, ara bağlantı sözleşmeleri, iki tarafın özel kişi olduğu bir idari sözleşme

/ Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 338, dn. 46).

¹³⁴ Danıştay 10. D., E. 2012/2517, T. 09.07.2014, (Görevlilik Kararı), (İnanç, s. 28, dn. 58).

¹³⁵ “Bu çerçevede, yukarıda metnine yer verilen düzenleme ile; kamu taşınmazları üzerinde turizm amaçlı kullanılmak üzere, bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakkı dahil olmak üzere irtifak hakkı tesis edilmesi veya tesis edilen irtifak hakkının terkin ettirilmesine ilişkin işlemler, tapu sicil müdürlüğünü bağlayıcı, ilgililerin hukuksal durumunu etkileyen, kamu gücüne dayanan, tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğinde olduğundan, bu işleme karşı açılan davanın idari yargı tarafından çözümlenmesi gerektiği açıktır.”, DİDDGK, E. 2018/1565, K. 2019/690, T. 20.02.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.04.2020).

¹³⁶ 08.09.2009 tarihli 27343 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği” nin m. 4 b. b’ ye göre: “Arabağlantı: Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya farklı bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı,” ifade eder.

¹³⁷ Danıştay 13. D., E. 2005/6236, K. 2005/5902, T. 13.12.2005; “Ankara 9. İdare Mahkemesi 4.10.2000 gün E 1999/577, K. 2000/831 sayılı kararında da “imtiyaz sözleşmelerine dayalı olarak yapılan idari sözleşmelerin kamu yararına aykırı olamayacağı, uyumsuzluk konusu ara bağlantı sözleşmesinin çağrı sonlama ücretleriyle ilgili (Ek-D çizelge 1 ilave 1.A.1) bölümünde öngörülen paylaşımın eşit olmadığından kamu yararına aykırı olduğu” gerekçesiyle sözleşmenin bu bölümü iptal edilmiştir.” ifadesinin yer aldığı karar : Yarg. 19. HD, E. 2003/2064, K. 2004/2784, T. 15.03.2004, (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.04.2020).

¹³⁸ Tekinsoy, s. 103 vd.

türü olarak kabul edilmemiştir. Özelleştirme¹³⁹ sonrasında Uyuşmazlık Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında Türk Telekom'un özelleştirilmesi karşısında bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir¹⁴⁰.

Yapım sözleşmeleri bakımından da özel hukuk kişisi olan yüklenici şirketin kamu hizmeti kapsamında imtiyaz ile kendisine verilmiş olan kamu gücü niteliğinde bazı yetkiler söz konusu olabilecektir. Örneğin, otoyoldan kaçak geçen araçlara verilen cezalar, köprüünün veya havalimanının güvenliğini sağlayacak önlemler bu niteliktedir. Kanaatimizce, bu durum bundan doğan iş ve işlemlerin idari işlem olarak yorumlanmasını gerektirmez. Arabağlantı sözleşmeleri ile ilgili yargı uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir. Sözleşmenin yalnızca imtiyaz sözleşmesine dayanması, o sözleşme kapsamında gerçekleştirilecek işlemlerin idari işlem olması sonucunu doğurmamalıdır. Yüklenici (Görevli şirket), kanunilik ilkesi kapsamında Anayasa ve yasalardan doğan bir yetkiyi değil, idare ile imzalanan uygulama sözleşmesinden doğan bir hakkı kullanmaktadır. Bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu Anayasa, kanun ve sözleşmenin kendisinde belirtilmiş olmakla, artık sözleşmenin bir tarafının idare olması sözleşmenin niteliği bakımından hiçbir değişiklik meydana getirmeyecektir. İdare, bu sözleşmelerde üstün ve ayrıcalıklı bir taraf olmadığı gibi, sözleşmenin kendisi de bireylerin kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmelerden farksızdır¹⁴¹. Nitekim Yargıtay'a göre¹⁴² de sözleşmenin sadece kamu yararı amacı taşıması ve kamu hizmeti ile ilgili olması o sözleşmenin idari sözleşme olmasını gerektirmez. Böyle bir sözleşme özel hukuk sözleşmesi de olabilir.

¹³⁹ Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin hisselerinin tamamı Hazineye ait iken, bu hisselerden % 55'i, Bakanlar Kurulu'nun 25.7.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı Kararı uyarınca, 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile 6.550.000.000 USD bedelle Ojer Telekomünikasyon A.Ş.'ye satılmak suretiyle özelleştirilmiştir. Bakanlar Kurulu Kararı, 2005/9146, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/08/20050802-1.htm>> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

¹⁴⁰ "Bu durumda ve Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin özelleştirilmiş olması karşısında, davanın tarafları arasında imzalanmış bulunan şebekeler arası irtibat ve işbirliği sözleşmesine dayanılarak adı geçen şirket tarafından düzenlenen 28.5.2002 gün ve 5389 sayılı yazının iptali istemiyle açılan işbu davaya bakma konusunda adli yargı yerinin görevli olduğu kuşkusuzdur." Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2006/301, K. 2007/82, T. 04.06.2007, (Kazancı, Erişim Tarihi: 10.05.2020).

¹⁴¹ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 442.

¹⁴² Yarg. 13 HD, E. 1982/6438, K. 1982/6996, T. 18.12.1982, (Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 456, dn. 418).

1990'lı yıllar ve öncesinde Anayasa Mahkemesi ve Danıştay idari sözleşmeleri çok geniş bir biçimde değerlendirmiş ve idarenin taraf olduğu neredeyse tüm sözleşmeleri idari sözleşme olarak ele almıştır¹⁴³. Aynı görüş Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri için de sürdürülmüş, bu sözleşmelerin idari sözleşme olduğu ve özel hukuk sözleşmesi olamayacağı kabul edilmiştir. Bu durum 1999 yılında Anayasanın 47. Maddesine bir fıkra eklenmek suretiyle kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile de yapılabileceğinin düzenlenmesine neden olmuştur. O halde yalnızca sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması; sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli olmadığı gibi, böyle bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olamayacağı anlamına da gelmez. Sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için konusunun kamu hizmetine ilişkin olması yanında idareye özel hukukta görülmeyen üstün yetkiler verilmesi gerekmektedir¹⁴⁴. İdari sözleşme özel hukuk sözleşmesi ayrımı için öncelikle kanunda o sözleşmenin niteliği ile ilgili bir düzenleme bulunup bulunmadığına bakılmalıdır¹⁴⁵. İdarenin özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşme yapmak arasında bir seçim yapma hak ve yetkisinin olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁴⁶.

İdarenin yapmış olduğu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen aynı idare veya farklı idarelerin sözleşme konusu faaliyet alanı içerisinde regülatif görev ve yetkileri olabilir. Bu görev ve yetkiler sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma özelliğine zarar vermez. Örneğin bir enerji santrali ile ilgili EPDK'nın yetkileri, bir

¹⁴³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1594; "8.6.1994 günlü, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun"un 5. maddesinin birinci tükmesindeki "... imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ..." sözcükleriyle, "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." biçimindeki ikinci tükmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE" AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.06.1995, RG 22586 20.03.1996; AYM E. 1994/70, K. 1994/65-2, K. 22.12.1994, RG 22185 28.01.1995; Danıştay 10. D. , E. 1991/1, K. 1993/1752, T. 29.04.1993; Danıştay 5. D., E. 1992/1123, K. 1992/2943, T. 11.11.1992, (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.04.2020). Anayasa mahkemesi, GSM işletme ve ruhsatına ilişkin imtiyaz sözleşmesini idari sözleşme kabul etmiştir. AYMK, E. 1994/ 70, Zikreden: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Tekinsoy, s. 468.

¹⁴⁴ Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Tekinsoy, s. 472; Buz, s. 55; Onar *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1593, Tekinsoy, s. 85.

¹⁴⁵ Kanunun açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak belirttiği sözleşmelere örnek olarak 3996 sayılı Yap İşlet Devret Kanunu 5. Maddesi, 4283 sayılı Yap İşlet Devret Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3. Maddesi verilebilir. Kanunun açıkça idari sözleşme olarak kabul ettiği sözleşmelere örnek olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 34. Maddesi, 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanunun hükümleri gösterilebilir. Bkz. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 52; Uz, s. 32.

¹⁴⁶ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 24.09.1940 T., 1940/239 E., 1940/290 K., Karar için bkz. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 65; Uz, s. 23.

karayolu ile ilgili Karayolları Genel Müdürlüğü'nün kontrol ve denetim yetkisi ve bu yetkilerden doğan idari yaptırımlar söz konusu olabilir¹⁴⁷. Asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren yapım sözleşmelerinin konusu genel olarak bir kamu hizmetinin yürütülmesi olduğundan kamu hizmetlerinin aksamamasının sağlanması için idare, bir kısım idari tedbirler de alabilecektir¹⁴⁸.

İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri özellikle büyük yatırımlar içeren yapım sözleşmelerinde yatırımcıların kendilerini daha güvenli hissetme istekleri karşısında idari sözleşmelere oranla çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olmuş, idari sözleşmelerin uygulama alanı daralmıştır. Konumuz açısından idarenin yapmakta olduğu özel hukuk sözleşmelerinin ayrı bir önemi bulunmaktadır. Zira, inceleme konumuz olan asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren yapım sözleşmeleri idare tarafından özel hukuk hükümlerine tabi olarak yapılan sözleşmelerdir.

1. Kamu İhale Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

İdarenin tüm ihtiyaçlarını kendi içinde üreterek karşılayabilmesi mümkün değildir. İdarenin ihtiyaçlarının giderilmesi için KİK'e tabi olarak yapılan ihaleler neticesinde idarenin gerçek veya tüzel kişiler ile yapmış oldukları sözleşmeye "kamu ihale sözleşmeleri" denilmektedir¹⁴⁹. KİK m. 4'de de bu kanunun uygulanmasında sözleşmenin "*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı*" ifade ettiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurumunun 2018 yılı Kamu Alımları İzleme Raporu'na göre¹⁵⁰; 2018 yılında yapılan 112.446 ihaleden 17.381'i ihale sonrasında iptal edilmiş, sözleşme

¹⁴⁷ Ulusoy, s. 5 vd.

¹⁴⁸ Ulusoy, s. 175 vd.

¹⁴⁹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 35; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınları, 2015, s. 214; Dursun Ali Demirboğa, s. 29.

¹⁵⁰ Söz konusu ihale istatistikleri için bkz. Kamu İhale Kurumu. 2018 https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_2018_y%C4%B1sonu_r ev8.pdf (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

bilgisi gönderilen ve iş başlangıcı 2018 yılı olan 97.826 ihale bulunmaktadır. Bu ihaleler 10.769 idare tarafından gerçekleştirilmiştir. Kuruma bilgisi gelen sözleşme sayısı 144.605 olurken, sözleşme bedeli toplamı 198.327.317.000 TL olup, belirtilen rakamlar doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımlarını kapsamamaktadır. Doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımlarının toplam bedeli ise 3.787.522.000 TL'dir.

Kamu İhale Kurumunun 2019 yılı Kamu Alımları İzleme Raporu'na göre¹⁵¹, 2019 yılı içinde 95.109 ihale gerçekleştirilmiş, bunlardan 13.113'ü ihale sonrasında iptal edilmiştir. 2019 yılında kuruma sonuç bilgisi gönderilmiş ve iş başlangıcı 2019 yılı olan 69.528 ihale bulunmaktadır. Söz konusu ihaleler 9.524 idare tarafından gerçekleştirilmiştir. 2019 yılında yapılan bu ihaleler sonucunda imzalanan sözleşme bedeli toplamı, doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımları hariç, 135.056.875.000 TL'dir. Doğrudan temin yolu ile yapılan kamu alımlarının toplam bedeli ise 7.670.179.000 TL'dir.

Görüldüğü üzere bir yıl içinde yapılan kamu ihale sözleşme bedelleri hem 2018 yılı için hem de 2019 yılı için 130 Milyar TL'nin üzerindedir. Tüm bu veriler, İdare'nin mevcut ihtiyaçları ve yaptığı alımlar ile piyasanın en büyük müşterilerinden biri olduğunu göstermektedir.

KİK m. 2, kanuna tabi olacak idareleri saymış, m. 3 ise istisnaları belirlemiştir. Buna göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri, sosyal güvenlik kuruluşları kamu ihale kanununun kapsamı içerisinde sayılmıştır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, 2. Maddenin (e) bendinde 2011 yılında yapılan ekleme ile (e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur¹⁵².

¹⁵¹ Söz konusu ihale istatistikleri için bkz. Kamu İhale Kurumu. 2019 https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_ihale_kurumu_2019_12_aylik_kamu_alimlari_istatistikleri.pdf (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

¹⁵² "İhtiyari ihale" adı verilen kanuni bir zorunlulukla değil tarafların istek ve arzusu ile gerçekleşen ihaleler 4734 ve 4735 sayılı kanuna tabi değildir. Yarg. 15. HD, E. 2012/2325, K. 2013/894, T. 11.02.2013, (Demirboğa, s. 78, dn. 155).

KİK m. 3 ile Kamu İhale Kanunu kapsamının dışında tutulan istisnalar sayılmış olup, bunlara örnek olarak boru hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (Botaş) tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları (m bendi), elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtım alanlarında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları (o bendi) verilebilir.

KİK, DİK’i yürürlükten kaldırmamıştır. Bununla birlikte KİK m. 68 (a) bendine göre KİK kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde DİK hükümleri uygulanmaz¹⁵³. Gider nitelikli mal ve hizmet alımları ile danışmanlık hizmet alımları ve yapım işleri KİK’e tabi olarak yapılırken, gelir nitelikli idarenin malını sattığı veya kiraya verdiği durumlarda DİK uygulanmaya devam edecektir. İdarenin iş sahibi olduğu yapım işlerinde gider nitelikli bir işin ihale edilmesi söz konusu olduğundan KİK uygulanacaktır¹⁵⁴. Bir başka ifade ile, KİK, yalnızca ihale sonucunda idarenin bir ödeme yapacağı nitelikte, bir bedelin ödenmesi ile sonuçlanacak olan (alıma ilişkin) ihalelerde; DİK ise kamunun mallarının satılması ya da kiraya verilmesi gibi (satıma ve kiraya vermeye ilişkin) ihalelerde uygulanacaktır¹⁵⁵. KİK m. 4’de yapım işi örnekleme yolu ile tanımlanmıştır¹⁵⁶. Maddeye göre; *“Yapım: 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,*

¹⁵³ Danıştay da vermiş olduğu bir kararında, uyuşmazlık konusu “Toplu Taşıma Araçlarında Elektronik Ücret Toplama Sistemi ile 5 (Beş) Yıllığına İşletilmesi İhalesi” nin 4734 sayılı kanun kapsamında yapılması gerekirken 2886 sayılı kanuna tabi olarak yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Söz konusu kararda şu gerekçeye dayanılmıştır: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 1. maddesinde, Kanun’un amacının, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu kurala bağlanmış; 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, belediyelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerektiği belirtilmiş; 68. maddesinin (a) bendinde ise, bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı kuralına yer verilmiştir.” Danıştay 13. Daire, E. 2012/2994, K. 2013/1113, T. 17.04.2013 (Kazancı, Erişim Tarihi:05.01.2019).

¹⁵⁴ Mehmet Karaca, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s. 15.

¹⁵⁵ Burak Oder, *(Özay, Günlüğünde Yönetim)*, s. 588; Keskin, s. 133.

¹⁵⁶ Demirboğa, s. 46.

güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini,” ifade etmektedir.

Kamu ihale hukuku, başta idare hukuku, rekabet hukuku, borçlar hukuku olmak üzere birçok hukuk dalı ile doğrudan ilişkili olan bir alandır¹⁵⁷. Kamu ihale hukukunun birçok hukuk dalı ile var olan yakın ilişkisi asgari bir ekonomik menfaat taahhüdü içeren yapım sözleşmeleri söz konusu olduğunda ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Bu kapsamda, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği ve sözleşme imzalanmadan önceki dönem olan ihale süreci ile ilgili ileride ortaya çıkabilecek olası yargı kararlarının sözleşmeyi ve bu sözleşme içeriğinde yer alan taahhütleri nasıl etkileyeceğinin de incelenmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere yapım sözleşmelerinin bir kısmı kamu ihale sözleşmesi olarak yapılmaktadır. Bu sözleşmeler bakımından birçok kez değişiklik yapılmış olan “Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği” uygulanmaktadır¹⁵⁸. Öte yandan, Yapım İşleri Genel Şartnamesi, iş sahibi idareler tarafından KİK’e göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit etmektedir¹⁵⁹. Bununla birlikte KİSK’a göre yapılmayan herhangi bir özel hukuk sözleşmesinde bu şartnamelere atıf yapılması mümkündür¹⁶⁰. 2886 sayılı DİK’e tabi yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları ise Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi düzenlemektedir.

b. Tabi Olduğu Hukuki Rejim

Kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi belirlemek, sadece Türk hukuku bakımından değil, diğer hukuk sistemleri bakımından da zor olduğu gibi, bir o

¹⁵⁷ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 36.

¹⁵⁸ RG, S. 30508, T. 13.08.2018.

¹⁵⁹ Yapım İşleri Genel Şartnamesi, 1. Madde.

¹⁶⁰ Yargıtay kararlarında bu şartnameler delil sözleşmesi niteliğinde sayılmıştır. Örneğin, bir Yargıtay kararında; “...Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin eki ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı HMK’nın 193. maddesi gereğince delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan görevi gereği mahkemeler ve temyiz halinde Yargıtay’ca kendiliğinden gözetilir...” hükmü kurulmuştur. (Yarg. 15. HD, E. 2018/2843, K. 2018/4186, T. 31.10.2018; Kazancı, Erişim Tarihi:28.01.2019).

kadar da önemli bir meseledir¹⁶¹.

Türk hukukunda, KİSK m. 4 f. 3; “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*”¹⁶²” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm kamu ihale sözleşmelerinin “özel hukuk sözleşmesi” olduğunu açıkça belirtmemekle birlikte, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin izlenim vermektedir. Ancak buna rağmen aynı maddede sözleşmede ihale dokümanındaki şartlara aykırı hükümlere yer verilemeyeceği ve ancak kanunda belirlenen hallerde sözleşmede değişiklik yapılabileceği ifade edilmiştir.

Doktrinde genel olarak¹⁶³ kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴. Bazı yazarlar¹⁶⁵, 4735 sayılı kanun m. 4 f. 3 düzenlemesinin bunu açıkça düzenlediği görüşündedir. Yargıtay¹⁶⁶ da bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ve bu sözleşmelere TBK hükümlerinin uygulanacağını kabul

¹⁶¹ Fransa’da 2001 yılında getirilmiş olan yasal düzenleme ile Kamu İhale Kanunu kapsamında imzalanan kamu alımları sözleşmelerinin yasa ile idari sözleşme olarak kabul edildiği hakkında bkz. Pierre Moreau, “La disparition des marchés publics de droit privé” Lexbase Hebdo n° 15 du Jeudi 21 Mars 2002- Edition Affaires, s. 1-3, www5.lexbase/SilverStream/P.../IbShowNews.html?, (Aktaran: Uz, s. 12); Almanya’da da Alman Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında idare ile özel kişiler arasında yapılan yol, okul, hastane gibi yapım sözleşmelerinin kanun gereği idari sözleşme olarak kabul edildiği hakkında bkz. Uz, s. 33.

¹⁶² 4734 sayılı Kanun m. 34 son fıkrası “*Her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.*” hükmü, taraflar arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal davasına konu olmuş, Anayasa Mahkemesi “*idarenin taraf olduğu sözleşmelerle diğerleri, aynı hukuksal özellikleri taşımadıklarından bunların aynı hukuksal konumda bulunmayan tarafları arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.*” Gerekçesi ile iptal talebini kabul etmemiştir. AYM, E. 2005/128, K. 2008/124, T. 19.06.2008, RG. T. 06.11.2008, S. 27046, (Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I* s. 442, dn. 365).

¹⁶³ Onar *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1600; Günday, s. 216; Gözübüyük/ Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 442; Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 71; Toprak, s. 386; Zekeriya Kurşat, “İhale İle İnşaat Sözleşmesi Arasındaki İlişki”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 432; Yunus Akşin Pınar, **Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 39; Buna karşın, Uz’a göre bu sözleşmelerin kategorik bir yaklaşımla tümüyle özel hukuk sözleşmesi sayılması yaklaşımı yeniden gözden geçirilmelidir. Bkz. Uz, s. 42.

¹⁶⁴ Günday’a göre; “*ülkemizde idari sözleşmelerin uygulama alanı bir hayli daraltılmış olup, idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile idari hizmet sözleşmeleri dışındaki sözleşmeleri idari sözleşme sayılmadıklarından, bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğu kabul edilmektedir.*” Bkz. Günday, s. 218.

¹⁶⁵ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 69; Gözübüyük/ Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 497.

¹⁶⁶ Yarg. 13. HD, E. 2015/21046, K. 2018/4505, T. 12.04.2018; Yarg. 13. HD, E. 2015/29468, K. 2017/9267, T. 09.10.2017; Yarg. 15. HD, E. 2013/1951, K. 2013/4531, T. 11.07.2013, (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.04.2020).

etmektedir. Bazı yazarlara göre¹⁶⁷, 4735 sayılı kanunun m. f. 2’de yer alan kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceğine ilişkin hükmün ifadesine göre ihale safhalarının idare hukukuna, m. 4 f. 3’de yer alan tarafların eşit hak ve yükümlülüklerinin bulunduğu ifadesine göre de sözleşme imzalandıktan sonraki safhanın özel hukuka tabi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi sayılması tespiti, idare hukuku ile borçlar hukuku alanının birbiri ile kesişen birçok sorununa tek başına çözüm sağlamamaktadır. Bu tespiti rağmen kamu ihale rejiminin kendine özgü ve özel hukukun sınırlarını aşan tarafları bulunmaktadır¹⁶⁸. Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 13 f. 4’e göre de idarenin sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde gerekli göreceği her türlü değişikliği yapma yetkisi olup, yüklenicinin süre ve maliyete ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile işi bu değişikliklere uygun şekilde yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Özel kişiler arasında yapılan sözleşmeler kural olarak bu kişiler arasında hüküm ve sonuç doğururken, bir kamu ihale sözleşmesi söz konusu olduğunda idarenin ihale dönemindeki hukuka aykırı eylem ve işlemleri başka şahısları da etkileyebilmektedir¹⁶⁹.

İşte karşılaştırmalı hukukta, kamu ihale hukukunda ihale ile kamu ihale sözleşmelerinin birbirine var olan etkisini ve sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejimi izah eden bazı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerin dört ana başlıkta toplanabileceği ifade edilmiştir¹⁷⁰:

(1) Kamu Hukuku Teorisi

¹⁶⁷ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 364. Benzer doğrultuda: Günday, s. 218; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 46; Karaca, s. 33.

¹⁶⁸ Günday, s. 217; Teminatın iadesi ve hakkedişler, fiyat farkı uygulaması, edimin ifasının alt yüklenicilerce yerine getirilmesi, gecikme cezası uygulanması, süre uzatımı verilebilecek haller, ifa yeri değişikliği, uzaklaştırma, sözleşmenin devri, malın değiştirilmesi, idarenin iznine tabi olan işler, yüklenici sorumluluğu, yasaklanma, işyerinin korunması ve sigortalanması ile diğer başkaca hususlar bakımından İdare lehine getirilmiş üstünlükler bulunmaktadır. Bkz. Uz, s. 67 vd.

¹⁶⁹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 73.

¹⁷⁰ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 74.

Bu görüşe göre, idare üstün kamu gücü yetkileri ile donatılmış olup, kanunda aksine açık bir düzenleme bulunmadığı sürece idarenin yaptığı tüm işlemlere kamu hukuku kuralları uygulanmalıdır¹⁷¹. Böylece bu görüşe göre, hem ihale dönemine hem de ihale sonrası sözleşmeden sonraki döneme idare hukuku kuralları uygulanarak çözüm sağlanmalıdır.

(2) Özel Hukuk Teorisi

Bu görüşe göre, sözleşmenin yapılmasından önceki dönem ve sözleşmenin yapılmasından sonraki dönem bir bütünün parçalarıdır. Buna göre her iki döneme de özel hukuk uygulanmalıdır¹⁷².

(3) Ayrılabilir İşlem Teorisi

Fransız hukukunda ortaya çıkmış bir görüştür¹⁷³. İdarenin yapmış olduğu tüm sözleşmelerin temelinde mutlaka bir idari işlem bulunur. Bu idari işlem, sözleşmeden şeklen veya düşünsel olarak ayrılabilir ve ayrıca iptali talep edilebilir¹⁷⁴. Böylece bu görüşe göre, sözleşmenin kendisi değil, onun temelinde yer alan idari işlem, idare hukuku kurallarına tabi olarak iptal davasına konu olmaktadır¹⁷⁵. Bu teorinin Türk idare hukukunda Fransız ve İtalyan idare hukukundan çok daha önemli bir yere sahip olduğu, sözü geçen ülkelerde hemen hiçbir idari işlemin yargısal denetim dışında bırakılmaması

¹⁷¹ Zuleeg, s. 637 vd.; Zezschwitz, F.v., 1875 vd.; Schlette, s. 150 vd.; (Aktaran: Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 74, dn. 19).

¹⁷² Maurer, § 17, Nr. 31; Schoch/ Schmidt- Aßmann/ Pietzner/ Ehlers, § 40 Rdnr. 250; Boesen, Einl., Rnr. 3; Ingenstau/ Korbion/ Vygen, Rnr. 10 ve 46; Pietzcker, *Zweiteilung des Vergaberechts*, s. 18; Kligner, s. 484 vd.; Waldner, s. 33 ve s. 117; Renner/ Rubach- Larsen/ Sterner, NZBau 2007, s. 411-412; Siegel, DVBL, 2007, s. 942 vd. (Aktaran: Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 75, dn. 21). Sezginer, şu örneği vermiştir: “Fransız Danıştay 1954 yılında Cezayir Valisinin bir aile yardım sandığına bir işverenin katılması yönünde resen aldığı karara karşı kendini görevli kabul etmemiş, bu karar özel hukuk ilişkileri kuramını resmileştirmiştir.” Ancak, Sezginer’in bahsetmiş olduğu bu teorinin yalnızca sözleşme yapıldıktan sonraki tüm özel hukuk ilişkilerini mi kapsama aldığı yoksa teorinin özel hukuk sözleşmeleri öncesindeki ihale ilişkisini de kapsayıp kapsamadığı anlaşılamamaktadır. Bkz. Sezginer, s. 84.

¹⁷³ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 78; Uz, s. 137. Fransa’da 1964 yılına kadar sözleşmelerin yürütülmesine ilişkin işlemlerin iptal davasına konu olamayacağı kabul edilirken Yüksek Mahkeme 1964 yılında verdiği bir kararla sözleşmenin yürütülmesi sırasında olsa dahi idarenin tek yanlı aldığı idari kararlara karşı iptal davası açılabilceğini kabul etmiştir. Bu karar ayrılabilir işlem teorisinin alanını genişletmiştir. Bkz. Odyakmaz, s. 43.

¹⁷⁴ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 78; Uz, s. 137.

¹⁷⁵ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 79.

olmasına rağmen Türk hukukunda bazı işlemlerin yargı denetimi dışında kalabildiği, bu bakımından bu teorisinin daha çok önem kazandığı ifade edilmiştir¹⁷⁶.

Türk hukukunda ayrılabilir işlem teorisinin daha çok idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile ilgili olarak ortaya çıktığı söylenebilir¹⁷⁷. Ayrılabilir işlem teorisine göre, sözleşme özel hukuka tabi olsa dahi, işlemin ihale döneminde veya sonradan sözleşme döneminde yapılmış olmasından bağımsız olarak bir değerlendirme yapılması ve sözleşmeden ayrılabilirdiği sürece kendi başına sonuç doğurabilen nitelikteki idari işlemlerin idari yargının denetimine tabi olması gerekmektedir¹⁷⁸.

Özel hukuk sözleşmelerinin iptal davasının genelliği esasını daralttığı ancak, ayrılabilir işlem teorisinin devreye girmesi ile özel hukuk ilişkilerindeki bazı idari işlemlerin bundan ayrılarak iptal davasına konu olmasının sağlandığı ve böylece daralan bu alanın tekrar genişlediği ifade edilmiştir¹⁷⁹.

Sezginer'e göre, düzenleyici kural işlem niteliğinde olan işlemler, ilgili bulunduğu özel hukuk ilişkisinden her zaman ayrılabilir nitelikte kabul edilmelidir¹⁸⁰. Buna karşın Danıştay, Sezginer'in eleştirdiği kararlarında¹⁸¹ “Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan sözleşmelerle ilgili olarak çıkarılan fiyat farkı kararnamelerinin adli yargı denetimine tabi olduğunu” belirtmiş, sözleşmeden sonra da bu tür idari işlemlerin her zaman ayrılarak iptal davasına konu edilmesini kabul etmemiştir.

Ayrılabilir işlem kavramının başka anlamlarda da kullanıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de idare hukukunda kullanılan “zincir işlem” kavramı kapsamındaki kullanımdır. Zincir işlem, belirli bir sonucu doğurmak için birbirini tamamlayıcı nitelikte olan ve birbirini takip eden bir dizi işlem olarak tanımlanmıştır¹⁸². Zincir işlem teorisi, zinciri oluşturan her bir işlemin nihai işlemten bağımsız olarak iptal davasına konu

¹⁷⁶ Özay, s. 544.

¹⁷⁷ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 511.

¹⁷⁸ Özay, s. 541.

¹⁷⁹ Sezginer, s. 83; Özay, s. 520.

¹⁸⁰ Düzenleyici kural işlem, idarenin kamu gücü kapsamında kural koyma faaliyetidir. Sezginer, s. 85-86.

¹⁸¹ Danıştay 12 D., E. 71/1676, K. 71/1650, T. 29.06.1971, (Sezginer, s. 86, dn. 166).

¹⁸² Sezginer, s. 56.

olamayacağı esasına dayanmaktadır¹⁸³. İşte tam bu noktada ayrılabilir işlem teorisi devreye girmekte, zincirin içerisinde yer alan bir kısım işlemleri zincirden ayırmak suretiyle bağımsız olarak iptal davasına konu olmasını sağlamaktadır¹⁸⁴. Bunu açıklayan bir Danıştay kararı¹⁸⁵ şu şekildedir: “İdare hukuku öğretisinde “zincir işlem (veya bağlı işlem)” olarak adlandırılan teoriye göre, birbirinden farklı ve belirli bir sıra ile birbirini izleyen işlemler arasında bir zincirin halkaları görünümünde bağılılık ilişkisi bulunmaktadır. Nihai kararın ortaya çıkabilmesi için zorunlu olarak bulunması gereken bu işlemlerin her biri sonrakinin hukuki dayanağını oluşturur. Belirtilen bağılılık ilişkisi, halka işlemlerin zincirden koparılarak tek başlarına iptal davasına konu edilemeyecekleri fikrini doğurmuştur. İcraîlik vasfı bulunmadığı savunulan halka işlemlere yönelik hukuka aykırılık iddialarının ise, nihai karara karşı açılacak davada ele alınabileceği ve halka işlemlerde tespit edilen hukuka aykırılıkların nihai kararı da hukuka aykırı kılacağı kabul edilmiştir.

Bununla beraber, zincir işlemler teorisinin terk edilmesine yol açan “ayrılabilir işlem” kuramına göre, dış görünüşü itibarıyla idari süreç ile bütünleşmiş bir hukuki işlemin, idari süreç içinde yer alan bir sonraki işlem ile ortaya konulamayacak hukuki sonuçları yaratma gücünün bulunması halinde, bağımsız bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu nitelikteki işlemlerin icraîlik vasfının bulunduğu da savunularak tek başlarına iptal davasına konu edilebilecekleri belirtilmektedir.¹⁸⁶”

Ayrılabilir işlem teorisinin üçüncü bir kullanımının da ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin imzasına kadar olan “ihale dönemi” ile sözleşmenin imzası sonrasındaki “sözleşme dönemi” nin birbirinden ayrılması şeklinde olduğu görülmektedir. Aslında bu son kullanım, iki aşama teorisi isimli bir başka teorinin kapsamına girmekte olup, bu üçüncü kullanım ile ilgili açıklamalara aşağıda yer verilecektir. Özay’a göre¹⁸⁷, ayrılabilir

¹⁸³ Sezginer, s. 57.

¹⁸⁴ Aşamalı idari muamelelerde yer alan çeşitli işlemlerden biri böylece ondan ayrılarak başlı başına yürütülebilirlik niteliği kazanır. Özay, s. 512; Bu anlam bakımından “ayrılabilir işlem kuramı”, “zincir işlemler kuramı”nın karşılığı ve istisnası niteliğindedir. Odyakmaz, s. 40-41.

¹⁸⁵ Danıştay 10. D., E. 2015/2802, K. 2018/2853, T. 01.10.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.04.2020).

¹⁸⁶ Benzer bir tanım için bkz. Odyakmaz, s. 41.

¹⁸⁷ Özay, s. 530.

işlem teorisinin varlık sebebi, özel hukuk sözleşmeleri ile öncesinde yer alan idari işlemler arasındaki “sebe-sonuç” ilişkisini, yani bu iki aşamayı birbirinden ayırt etmek değildir. Sözleşme öncesi bir dizi idari işlem yapıp bunların nihai olanı sözleşmeyi kurma iradesi olduğuna ve tüm idari işlemlerin Anayasa m. 125 gereği idari yargı denetimine tabi olduğuna göre, sözleşmeyi kurma iradesi işlemi de sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak idari yargıya denetletirilebilecektir. Özay’a göre, bu teorisinin varlık sebebi, “*kamu gücünün hukuka aykırı kullanımına karşı hukuk sistemini korumaktır.*”

Görüldüğü üzere ayrılabilir işlem kavramı, özel hukuka tabi bir sözleşmeden ayrılabilir nitelikte bir işlemi ifade ettiği kadar, birlikte bulunduğu başkaca idari işlemlerden ayrılabilir bir işlemi ifade etmek için ve hatta birbirinden farklı aşamaları ayırt etmek için de kullanılmaktadır.

Ayrılabilir işlem teorisinin Amerikan hukukundaki “non statutory” yani “yasada öngörülmemiş” yargısal denetim türünün bir örneği olduğu da ifade edilmiştir¹⁸⁸. Bunun anlamı, bu teorisinin sadece adli-idari yargı ayrımı veya ihale-sözleşme dönemi ilişkisi bakımından değil, yasanın öngörmediği karmaşık durumlarda yargısal denetimin bir ihtiyaç olarak ortaya çıkması halinde bu kurama müracaat edilebileceğidir¹⁸⁹.

(4) İki Aşama Teorisi

İki aşama teorisi, ilk kez 1951 yılında Alman hukukunda Ipsen tarafından ileri sürülmüştür¹⁹⁰. Bu görüşe göre; idarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesinde iki aşama bulunur. Birinci aşama, sözleşmenin yapılmasına kadar söz konusu olan ihalenin yapılarak tamamlanmasına yönelik tüm işlem ve eylemlerdir. Bu işlem ve eylemler idare

¹⁸⁸ Danıştay Başkan Vekili Sayın Karayalçın’ın sözlerinden esinlendiği ifade edilerek Özay tarafından bu tespit yapılmıştır. Bkz. Özay, s. 514.

¹⁸⁹ Nitekim, ülkemizde bir dönem rektör atama davaları olarak bilinen Cumhurbaşkanlığı rektör atamaları ile ilgili kararlar için birçok dava açılmış, bu davalarda Anayasa m. 125’de (maddenin önceki halinde) Cumhurbaşkanının ataması için yargı mercilerine başvurulmadığından bu aşama öncesindeki birinci evre olan üniversite öğretim üyelerince 6 adayın seçilmesi ve ikinci evre olan 6 aday adayı içinden üç kişinin Yüksek Öğretim Kurulu tarafından seçilmesi evrelerinin son evreden ayrılarak idari dava konusu yapılabiliyor yapılamayacağı tartışmalara neden olmuştur. Danıştay bahsi geçen birinci ve ikinci evrenin son aşamadan ayrılarak dava konusu yapılabileceğine karar vermiştir. Bu kararlar bir içtihata dönüşmüş olup, bunun anlamı, “Anayasa’da öngörülmüş bulunan yargı denetimi bağımsızlığına sahip Cumhurbaşkanlığı işlemlerinde ‘ayrılabilirlik’ tir.” Bkz. Özay, s. 514 vd.

¹⁹⁰ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 83, dn. 45.

hukukuna tabi olacaktır. İkinci aşama, ihale sürecinin tamamlanması üzerine imzalanan özel hukuk sözleşmesi ile başlayan aşama olup, artık bu sözleşmenin imzalanması ile buna ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlıklar özel hukuk kurallarına tabi olup, bu uyuşmazlıkların çözüm yeri de adli yargı olacaktır¹⁹¹.

Böylece iki aşama teorisinde, sözleşmenin imzalanması ile birlikte artık sözleşme ile ilgili tüm uyuşmazlıklara özel hukukun uygulanacağı kabul edilmekte olup, ayrılabilir işlem teorisinden farklı olarak özel hukuk sözleşmesi kurulduktan sonra buna bağlı bir idari işlemin bu ilişkiden ayrılabilir olmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Örneğin, Haziran ayında yapılmış bir ihale sonrasında yüklenici ile Temmuz ayında bir sözleşme imzalanmış olduğunu, Ağustos ayında da iş sahibi idarenin tek taraflı bir işlem gerçekleştirdiğini ve ihale konusu iş ile ilgili olarak bir tarife değişikliği yoluna gittiğini ve taraflar arasında bu işlem ile ilgili ihtilaf doğduğunu varsayalım. Böyle bir ihtimalde, ayrılabilir işlem teorisini kabul ettiğimizde sözleşme imzalandıktan sonra idare tarife değişikliğine gitse dahi bunun idari bir işlem olduğu ve ihtilafın idare hukuku kurallarına göre idari mahkemelerde çözümlenmesi gerekeceği savunulabilecektir. Oysa ki, iki aşama teorisi kabul edilir ise, ihale sonrasında sözleşmenin imzalanması ile birlikte artık ikinci aşamaya geçilmiş olup, bu aşamada taraflar arasındaki ilişkiye özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. O halde idarenin sözleşme imzalandıktan sonra tek taraflı olarak yapmış olduğu işlemde doğan uyuşmazlıklar da özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenecektir.

Türk hukukunda aşağıda da değerlendireceğimiz üzere gerek doktrinde gerek yargı kararlarında iki aşama teorisinden söz edildiğine pek rastlanmamaktadır.

(5) Değerlendirmemiz

İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerine sadece kamu hukuku kuralları veya sadece özel hukuk kurallarının uygulanamayacağı açıktır. Zira, bir yanda idarenin varlığı nedeniyle başta saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenirlilik vb. ilkelere uygun

¹⁹¹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 84.

ihale yapma ve kamu yararını gözetme sorumluluğu nedenleri ile kamu hukuku kurallarına tabi olma zorunluluğu, diğer yanda ise özel hukuk kişinin varlığı nedeni ile sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanma zorunluluğu vardır. Sorun, bu iki hukuk rejiminin uygulanmasına ilişkin sınırların nasıl tespit edileceğidir.

Buz'a göre¹⁹², Türk hukukunda genel olarak ayrılabilir işlem teorisine atıf yapılmakta ise de Fransız hukukunda kamu ihale sözleşmelerinin idare hukukuna tabi olmasına rağmen Türk hukukunda kamu ihale sözleşmeleri özel hukuka tabi olduğundan Türk hukukunda ayrılabilir işlem teorisine gerek bulunmamaktadır.

Buz, iki aşama teorisini savunmakta olup, mevcut ihale hukukumuzun iki aşama teorisine uygun düzenlemeler ihtiva ettiğini ifade etmiştir¹⁹³. Sözleşme öncesine ilişkin düzenlemeler içeren KİK'e karşın sözleşmenin kurulmasından sonraki aşama ayrı bir kanun olan KİSK'da düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemi düzenleyen KİSK tamamen özel hukuk esaslarına göre hükümler getirmiş, söz konusu kanunun 4. maddesinde tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu belirtildikten başka 36. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Öte yandan KİK m. 56'ya göre sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazın şikayet başvuruları Kamu İhale Kurumu tarafından değerlendirmeye alınmayacaktır. Sözleşmenin imzasından önceki dönemle ilgili olarak ihaleyi yapan kuruma sonra Kamu İhale Kurumu'na sonrasında ise idari yargıya başvuru imkanı getirilip sözleşmenin imzası sonrasında bu sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabi tutulduğuna göre ihale hukuku sistemimizin iki aşamalı teorisine uygun hükümler taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Buz, iki aşama teorisinin ayrılabilir işlem teorisine göre, daha dar olduğunu ifade etmiştir. Ayrılabilir işlem teorisi, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşamada da sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlerin idari yargıda iptaline olanak sağlamaktadır. İki aşama teorisinde ise sadece kamu ihale sözleşmesinden önceki idari

¹⁹² Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 80.

¹⁹³ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 87.

işlemler idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır¹⁹⁴.

Kanaatimizce ihale dönemine idare hukuku kurallarının, sözleşme dönemine özel hukuk kurallarının uygulanmasını ifade eden iki aşamalı teorisi kabul edilmelidir. Bu uygulamanın adına ister “iki aşama teorisi” denilsin, ister bu iki dönemin birbirinden ayrılmasını ifade edecek nitelikte “ayrılabilir işlem teorisi” denilsin önemli olan bu iki dönemin birbirinden ayrılarak iki ayrı hukuk rejimine tabi olmasının kabul edilmesidir.

Yargı kararlarında sıkça ayrılabilir işlem teorisinden bahsediliyor ise de aslında bu kararların büyük çoğunluğu Buz tarafından yukarıda yer verdiğimiz iki aşama teorisi anlamında kullanılmıştır¹⁹⁵. Türk doktrininde veya yargı kararlarında, teoriler bakımından genel olarak tartışma, ihale döneminden sonra yapılmış bir özel hukuk sözleşmesinin içeriğinde yer alan bir kısım unsurların sırf idari nitelikte olmaları nedeni ile bünyesinde bulundukları sözleşmeden kopararak idari yargının konusu yapılabileceğine ilişkin bir görüşün savunulmasından çok “ayrılabilir işlem” teriminin farklı anlamlarda kullanımının yol açtığı karışıklıktan kaynaklanmaktadır. Doktrinde birçok eserde ayrılabilir işlem teorisine, sözleşme dönemi ile ihale döneminin birbirinden ayrılması anlamında yer verilmiştir¹⁹⁶. Bu kullanım ise Buz tarafından da savunulan iki aşama teorisinden başka bir şey değildir. Görüldüğü gibi bu teorilerle ilgili Türk hukuku uygulamasında nitelendirme sorunundan çok bir isimlendirme sorunu bulunmaktadır¹⁹⁷.

Danıştay kararlarında¹⁹⁸ da, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan işlemler

¹⁹⁴ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 82.

¹⁹⁵ Danıştay da bir kararında şu şekilde karar vermiştir: “Bu haliyle ihale safhasından değil, yapılmış ihalelerden sonra kurulan özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan dava konusu uyumsuzluğun görüm ve çözümü, adli yargının görev alanına girmektedir. İdari Yargının görev alanına girmeyen dava konusu uyumsuzluğun esası hakkında İdare Mahkemesince verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir.” Danıştay, 10. Daire, E. 1986/469, K. 1988/1048, T. 09.06.1988, (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.04.2020).

¹⁹⁶ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 364; Günday, s. 218; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 46; Karaca, s. 33.

¹⁹⁷ Sezginer, ayrılabilir işlem kuramını, aşamalı idari işlemler kavramı altında incelemiş, kullanılan terimler ile ilgili “tam anlamıyla bir terim enflasyonu yaşanmakta, farklı terimlerle aynı konu veya tam tersi farklı konular aynı terimlerle karşılanabilmektedir.” değerlendirmesinde bulunmuştur. Sezginer, s. 55.

¹⁹⁸ Tüpraş’ın özelleştirilmesi ile ilgili bir Danıştay kararında; “...Ayrılabilir işlem teorisine göre, birden çok işlemde oluşan bir süreçte, işlemlerden her birinin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilmektedir. ...” hükmü ile diğer bir anlamda bu teoriye atıf yapılmıştır. (Danıştay 10. Daire, E. 2004/8257, K. 2004/7618, T. 22.06.2004, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.01.2019); EPDK’nın Danıştay’dan görüş sorduğu

ile ilgili çıkan uyuşmazlıklar, sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olsa dahi sözleşmenin kendisinden ayrılmak suretiyle ayrılabilir işlem kuramına göre idari yargı görev alanında kabul edilmektedir. Burada da aslında Buz'un savunduğu iki aşama teorisi ile ihale ve sözleşme sürecinin idare hukuku ve özel hukukun uygulanması bakımından birbirinden ayrılmasından bahsedildiği görülmektedir. Danıştay'ın verdiği bir karara¹⁹⁹ konu olayda, idare park masası ve oturma bankı için ihale açmış, ihale sonrasında da idare ile ihaleyi kazanan firma arasında finansal kiralama sözleşmesi yapılmıştır. İhalenin hazırlanması ve ilanında yapılan usulsüzlükler nedeni ile idare sözleşmeyi feshetmiş, açılmış olan davada her ne kadar finansal kiralama sözleşmesi, özel hukuk hükümlerine tabi olsa da ihaledeki usulsüzlükler nedeni ile fesih gerçekleştiğinden yargılama konusunun idari yargının görev alanına girdiğine karar verilmiştir. Bu karar kapsamında Uz'a göre, bir özel hukuk sözleşmesi de olsa, ayrılabilir işlem kuramına göre sözleşmeden ayrılabilen işlemler bakımından üçüncü kişiler de idari yargı yoluna giderek iptal davası açabilecektir²⁰⁰.

İhale dönemi bakımından idare hukuku kurallarının uygulanması bir zorunluluktur. Her şeyden önce bu dönemi düzenleyen idare bakımından bağlayıcı olan bir idare hukuku rejimi bulunmaktadır. Bu nedenle, ihale hazırlık işlemindeki sakatlıklar veya başkaca nedenlerle ihale kararının hukuka aykırılığı iddiası ile açılacak davaların

bir başka olayda "...EPDK, Danıştay'a yazdığı karar içerisinde yer alan yazısında; "Bu bağlamda, Kurumumuz tarafından yapılan değerlendirmede;1. Olayda söz konusu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat "Ayrılabilir işlem teorisi" yönünden ele alındığında, söz konusu fesih işleminin bağımsız ve ayrı bir işlem ve nitelik olarak da idarenin asıl sözleşmeden farklı olarak kamu gücüne dayanarak kullandığı tek yanlı bir irade açıklamasını içerdiğinden "idari işlem" olduğu; zira, Bakanlığın tek taraflı fesih yetkisini sözleşmede bulunan ve buna izin veren bir hükümden dayanak alarak değil (Sözleşmede Bakanlık için böyle bir tek yanlı fesih yetkisi öngörülmemiştir.), kullandığı kamu otoritesinden ve kamu gücünden dayanak alarak kullandığı; eğer sözleşmede buna izin veren bir hüküm olsaydı, bu fesih yetkisinin sözleşmenin bir parçası ve sözleşme kapsamında bir konu olduğu tezinden hareketle, özel hukuk alanına giren bir konu olarak değerlendirilebilecekse de böyle bir durum söz konusu olmadığı için, Bakanlığın tek yanlı fesih işleminin tipik bir idari karar niteliğinde kabul edilmesi gerektiği;.." yönünde görüş bildirmiş, neticede Danıştay; "3096 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca yap-işlet-devret modeli çerçevesinde, imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak imzalanan bir sözleşmenin Bakanlıkça feshedilmesi işleminin mahkemece ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına karar verilmiş olması sözleşmenin, bu aşamada 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde tanımlanan mevcut sözleşme kapsamında değerlendirilmesine olanak sağlamayacağı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 27.2.2003 gününde oybirliği ile karar verildi. " Şeklinde karar vermiştir. (Danıştay 1. Daire, E. 2003/19, K. 2003/26, T. 27.02.2003, Kazancı Erişim Tarihi: 13.01.2019).

¹⁹⁹ Danıştay, 6. D., E. 1996/3458, K. 1997/3789, T. 15.02.1996, DD., S. 95, 1998, s. 361, (Uz, s. 138, dn. 339).

²⁰⁰ Uz, s. 139.

idari yargıda görülmesi gerekmektedir²⁰¹. Bu kapsamda, Günday²⁰² tarafından verilen örneklerde; *“usulüne uygun ilan yapılmadığı iddiası ile açılan bir iptal davası, teklif mektubu ve dış zarfı usul ve şekle uygun olduğu ve ihaleye katılmak için tüm nitelikleri taşıdığı halde ihaleye sokulmayan kişinin ihale kararının iptali için açtığı dava, ihale kararının yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu ya da yasaya aykırı olduğu iddiası ile açılan dava”* idari yargıda görülmelidir.

Sözleşmenin imzasından sonra yapılmış olan bir kısım işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve bunların sözleşmeden ayrılarak iptal davasına konu olabileceği kabul edilirse, sözleşmenin özel hukuka tabi olması da anlamsız hale gelecektir. O halde, özel hukuka tabi bir sözleşmenin imzası sonrasında iptal davası ancak bu sözleşmenin imzası öncesinde yapılan işlemlerle ilgili ve sınırlı olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce, sözleşme sonrasındaki idarenin sözleşmeye müdahalelerini içeren idari işlemlerin ayrılabilir özelliğe sahip olmaları savunması²⁰³ ve tek yanlı işlemlerin ilişki içerisinde olduğu özel hukuk sözleşmelerine tamamen yabancı olması nedeni ile bu konudaki uzman idare mahkemesi hakimi tarafından denetlenmesi gerektiği savunmasına²⁰⁴ da katılabilmek mümkün değildir. Böyle bir savunmayı kabul etmek, idarenin tek taraflı işlemleri ile dilediği zaman sözleşmeye müdahale etme imkanını da kabul etmek anlamını taşıyacaktır. Oysa, sözleşme özel hukuka tabi olduğuna göre, idarenin sözleşme kurulduktan sonra sözleşmeyi etkileyecek nitelikteki haksız işlem ve eylemleri, borç ilişkisinin taraflara yüklediği edim yükümlülükleri ve taraflar arasında yapılan sözleşmenin bağlayıcılığı kapsamında adli yargı tarafından değerlendirilmelidir.

Aksi bir görüşün kabulü hukuk güvenliği ilkesi bakımından da sorun teşkil edecektir. Özel hukuka tabi konusu “yol yapımı” olan bir yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra, örneğin sözleşmede yer almasına rağmen idare geçiş ücretleri ile

²⁰¹ Bu dönemde açılacak davalara örnek olarak; usulüne uygun ilan yapılmadığı iddiası ile açılacak dava, usulüne uygun teklif vermesine rağmen ihaleye sokulmayan kişinin açtığı ihalenin iptali davası, ihalenin yetki bakımından hukuka aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davası, ihale kararının onanması işlemine karşı açılan iptal davası gösterilebilir. Odyakmaz, s. 40.

²⁰² Günday, s. 218.

²⁰³ Sezginer, s. 88.

²⁰⁴ Sezginer, s. 90.

ilgili tarife içeren bir işlem tesis eder ise, böyle bir durumda idarenin bu işleminin özel hukuk sözleşmesinden ayrılması suretiyle idari yargıda iptal davasının açılabilceğı kanaatimizce kabul edilemez. Sözleşmede düzenlenmiş bir konuyu idarenin tek taraflı idari işlem ile değıştirebileceğı veya yapılan idari işlemin idare hukuku kuralları kapsamında gerekli unsurlara sahip olup olmadığının idari yargıda denetleneceğinin kabulü, sözleşmeye aykırılık halinin görmezden gelinmesine ve adli yargının borca aykırılık hali için yargılama yapmasını anlamsız hale getirir. Yukarıda da ifade edildiğı gibi²⁰⁵, Sözleşmenin imtiyaz niteliğinde olması sözleşmeden doğan işlemlerin idari işlem olması sonucunu doğurmamalıdır. Görevli şirket, Anayasa ve yasalardan doğan bir yetkiyi değil, imzalanan özel hukuk sözleşmesinden doğan bir hakkı kullanmaktadır. Bu yönü ile de bir özel hukuk sözleşmesinden doğan hakkın kullanımı niteliğinde olmayan Danıştay tarafından idari işlem mahiyetinde görülen Türkiye Futbol Federasyonu, Organize Sanayi Bölgelerince verilen tahsisin iptali işlemleri, Türkiye Diyanet Vakfının yönetim kurulunun konut tahliyesine ilişkin almış olduğı kararlar vb. 'den farklıdır.

Buradaki tek ölçü, sözleşmenin imza öncesindeki ihale dönemi ile ilgili bir iptal davasının gündeme gelebilmesi olmalıdır. Sözleşme imzalanmış olsa da, sonraki bir zamanda ihale dönemi ile ilgili bir iptal davası söz konusu olabilecektir. Ancak dikkat edilirse böyle bir durumda, iptal davası sözleşmenin imzasından sonra açılrsa da iptal davasına konu edilen idari işlemin tesis tarihi sözleşmenin imza tarihinden önceki ihale dönemine ilişkin olacaktır. İdari işlemin tesis tarihi, sözleşmenin imzasından sonraki bir tarih ise artık idare hukuku kuralları değil, özel hukuk kuralları uygulanmalıdır. Sözleşmenin imzasından sonra ihale dönemine ilişkin bir iptal davası açılmasının sözleşme ilişkisine etkilerinin ne olacağı ise başka bir sorun olup, bir alt başlıkta incelenecektir.

Buna rağmen yargı kararlarında iki aşama teorisinden söz edilmediğı gibi, ayrılabilir işlem teorisinin sözleşme sonrasında yapılan işlemleri de kapsayacak şekilde

²⁰⁵ Birinci Bölüm, III, D.

uygulandığına da rastlanmaktadır²⁰⁶. Ancak, bu kararları istisnai nitelikte görmek ve kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ile birlikte idarenin bu rejimden özel hukuk alanına geçmiş olduğunu ve artık sözleşme nedeniyle özel hukukun uygulanmasını kabul etmek gerekir.

c. İhale ve Sözleşme İlişkisi

Kamu İhale Sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunun tespiti bu sözleşmelerin yapılması öncesinde var olan ihale sürecini ve bu süreçteki idare hukuku uygulamasını göz ardı edemez.

İdarenin taraf olmadığı özel hukuk kişileri arasında yapılan yapım sözleşmelerinde sözleşmenin imzasından önce bir müzakere dönemi var iken, kamu ihalelerine konu olan yapım sözleşmelerinde bunun yerine ihale ve ihaleye hazırlık işlemleri bulunmaktadır.

KİK m. 4'e göre ihale, *“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri”* ifade eder. İhale, geniş anlamı ile sözleşmenin tarafını seçmek için idarenin izlemiş olduğu süreçlerin bütünü, dar anlamı ile belirli bir işi istekliler arasından birisine yaptırmak için yürütülen bir süreçtir²⁰⁷. Buna göre, ihale süreci şu aşamalardan geçmektedir; hazırlık, ilan, ihale dokümanının alınıp tekliflerin sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve sözleşmeye davet²⁰⁸.

İdare, kamu ihale sözleşmeleri bakımından sözleşme yapacağı yükleniciyi ihale sayesinde belirlemekte olup, DİK ve KİK bakımından bu kanuni bir zorunluluktur²⁰⁹.

²⁰⁶ “Özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirlenen taahhüt ve kefalet senedinde yer alan bazı hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere tesis edilen işlemlerin, hukuki nitelikleri dikkate alındığında dayanağı olan özel hukuk sözleşmesinden ayrılabilen ve idare hukuku alanında tesis edilmiş olan idari işlemler olarak kabul edilmeleri hukuken mümkündür.” DİDDGK, E. 2008/3482, K. 2013/1167, T. 01.04.2013, (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.04.2020).

²⁰⁷ Oder, (Özay, *Günüşünde Yönetim*), s. 549; Evren, s. 245; Gökyurt, s. 129 vd.

²⁰⁸ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 491. 4734 sayılı Kanun m. 18’de dört tip ihale usulü öngörülmüştür. Bunlar; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin.

²⁰⁹ Kurşat, *İhale İle İnşaat Sözleşmesi Arasındaki İlişki*, s. 431; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 43; Odyakmaz, s. 25.

İdarenin sözleşmeye taraf olma iradesi, sözleşme öncesinde yapılan idari işlemler bütününe nihai halini oluşturmaktadır²¹⁰.

Sözleşmenin imzası aşamasına kadar idare mahkemesinden verilmiş bir iptal kararı ile ilgili bir sorun yoktur. Henüz sözleşme imzalanmamış, idare hukukunun kurallarına göre yürüyen bir ihale süreci içerisinde bulunmaktadır. Ancak, bir kere sözleşme imzalandı ise, artık özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. Bununla birlikte sözleşme döneminde dahi önceki dönemden veya sözleşme döneminden doğabilecek bir kısım idari işlemler söz konusu olabilecektir. Böyle durumlarda idare hukukunun hükümleri ile özel hukukun hükümlerinin çatışması yaşanacaktır. Bu çatışmaların en önemlilerinden biri de sözleşmenin imzası sonrasında bu sözleşmeyi etkileyebilecek nitelikte idare mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarıdır.

Bir sözleşme yapıldıktan sonra yetkili organın ihalelere ilişkin kararlarını geri alması, değiştirmesi veya bunlarla ilgili idari yargıda iptal kararı verilmesinin idarenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından etkisinin ne olacağı tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışma, idarenin yaptığı sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu zaman daha da çözümü zor bir hal almaktadır²¹¹. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin sonradan verilen iptal kararlarından nasıl etkileneceğini tespit etmek yatırımcı bakımından son derece önemlidir. Yatırımcı bu taahhütler vasıtası ile söz konusu yatırımı yapmaya sevk ve teşvik edilmiştir. Özellikle de yapım sözleşmesi içerisinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden garanti niteliğinde olanlar asli ve bağımsız bir taahhüt niteliğinde olduğundan, idare mahkemesince verilen iptal kararlarının bu taahhütler üzerindeki etkisini tespit etmek gerekir.

Söz konusu tartışmalara girmeden önce, idari yargıda verilen iptal kararlarının sonuçları ile ilgili bazı esasları incelemek gerekmektedir.

İptal kararının konusu, idarenin icrai nitelikteki (kesin ve yürütülebilir) tek yanlı

²¹⁰ Özay, s. 530.

²¹¹ Bu konunun Fransız hukukunda halen çözümlenemediği ve şaşırtıcı bir boşluk olduğu yönünde bkz. Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 519; Uz, s. 140.

işlemleridir²¹². Adli yargıdaki hak kavramından farklı olarak, iptal davaları bakımından meşru menfaat aranmakta olup, menfaati haleldar olan herkes bu davayı açabilir²¹³.

İdare mahkemesinin iptal kararı vermesi ile birlikte, iptal kararı, karara dayanan ve onunla doğrudan doğruya ilgili bulunan tüm tasarruflara etkili olur ve bu tasarrufları geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırır²¹⁴. Adli mahkeme kararları nispi ve izafi bir mahiyet taşımakta olup, taraflar arasında hüküm ifade ederken, iptal kararı mutlak ve objektif mahiyette olup, kararla ilgili olan herkes için aynı hükmü doğurur²¹⁵.

İptal davalarının mutlak olmasına çeşitli gerekçeler gösterilmiştir. Bir kimse için kanuni olmayan bir idari tasarrufun diğeri için de kanuni olamaması, yargının idari tasarrufa verdiği anlamın bu tasarrufla ilgili herkes için riayet edilmesi gerekli bir zorunlu kural olması, idare hukukunun kişisel bir hukuk mahiyetinde olmayıp kamu menfaatini ve kamu düzeninin korunmasına ve teminine yönelmiş bir hukuk nizamı olması gibi sebepler bu gerekçeler arasında sayılmıştır²¹⁶. Öyle ki, bu derece özgün ve farklılığı olan uyumsuzlukları, idari konularla ilgili olarak, özel kişiler arasındaki uyumsuzlukları çözmeye alışmış olan adli hakimlerin değil, idari yargının çözmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir²¹⁷.

Bununla birlikte, idare mahkemesinin verdiği iptal kararının özel hukuka tabi sözleşmeyi nasıl etkileyeceği bir yana, iptal kararlarının geçmişe yürümesini çok

²¹² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1777.; Sezginer, s. 35 vd.; “idari yargıda, dava konusu oluşturma açısından, idari işlemlerin kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bulunması gerekmektedir. Buradaki kesinlik kavramı, işlemin uygulanmaya hazır, tamam, yani nihai bir işlem niteliğinde olduğunu, başka bir makamın onayına tabi olmadan doğrudan uygulanabilirliğini göstermektedir. Yürütülmesinin zorunlu olması yani icrailik vasfı ile de, kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini göstermesi olarak ifade edilmektedir.”, DİDDGK, E. 2015/2656, K. 2018/1519, T. 04.04.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.04.2020).

²¹³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1781; A. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, C. II, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 276; Sezginer, s. 48.

²¹⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1794; Melikşah Yasin, *Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 231; “iptal davası kişinin ihlal edilmiş bulunan hakkını tazmin ve telafi etmek yönünde amacı olmayan, kamu düzeni yönü öne çıkan, hukuk devletinin garantisi olan bir davadır. Davanın konusu hukuka aykırı olan idari işlemdir, yani dava hukuka aykırı işlemi yapmış olan idareye değil, hukuka aykırı işleme karşı açılmıştır.”, Sezginer, s. 18.

²¹⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1785-1786; Gözübüyük/ Tan, *İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku*, C. II, s. 276.

²¹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1786-1791.

²¹⁷ Lütfi Duran, “İdari Yargı Adlileşti”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, s. 55.

güçleştiren fiili ve hukuki durumların varlığı nedeni ile bu konu, idare hukukunun kapsamı içerisinde dahi tartışma meydana getirmektedir²¹⁸. İptal kararlarının doğurduğu bu mutlak sonuçlara rağmen, sözleşmenin imzası ile birlikte artık bu sözleşmenin uygulamasının özel hukuka tabi olması, karşı karşıya gelen birbirinden farklı bu iki hukuk rejiminin birbiri ile çatışmasına ve tartışmalar yaşanmasına neden olmaktadır.

Konu, özelleştirme süreçleri bakımından da uyuşmazlıkların yaşanmasına neden olmuştur. Özelleştirme işlemlerinin iptalinin bundan sonra tesis edilen işlemlere olan etkisi ile özelleştirme tamamlandıktan sonra verilen iptal kararlarının uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusu bu konudaki tartışmaların esasını teşkil etmektedir²¹⁹.

Uçak Servisi A.Ş.'nin (USAŞ) ve Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi A.Ş.'nin (ÇİTOSAN) hisseleri yabancı şirketlere satılmış, sonrasında 1989 tarihli bu işlemler için iptal kararı verilmiştir. Bunun üzerine Bakanlar Kurulu 27.02.1992 tarihinde bir prensip kararı almıştır²²⁰. Kararda; *“hisselerin yabancı şirketlere satıldığı, yargı kararının uluslararası sorunlara yol açmasının muhtemel olduğu”* ifade edilerek, *“ahde vefa kuralının yargı kararının uygulanması ile bertaraf edilmesi”* nin ulusal hukukumuzun üstündeki milletlerarası hukuka aykırı olacağı ve bu kararların uygulanmasının hukuken imkansız olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde Özelleştirme Yüksek Kurulu da 06.12.1997 tarihli 97/66 sayılı kararı ile²²¹ devir işlemleri tamamlandıktan sonra iptal kararlarının uygulanmasının fiilen imkansız²²² olduğunu belirtmiştir. Bu konuda verilmiş iptal kararları sonrasında Bakanlar Kurulu ile Özelleştirme Yüksek Kurulu almış oldukları karar ile iptal kararı verilse dahi, devir işlemleri yapıldıktan sonra bu kararların uygulanmasının imkansız olduğunu ifade etmişlerdir²²³.

²¹⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1791-1792.

²¹⁹ Yasin, s. 230 vd.; Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 521.

²²⁰ Yasin, s. 232.

²²¹ Söz konusu karar ve eleştiriler için bkz. Yasin, s. 232-234.

²²² İdare hukukunda fiili imkansızlık; *“hukuk kuralları cevaz vermekle birlikte maddi alemde meydana gelen olaylar nedeniyle idari işlemin tesis edilememesi ya da uygulanamaması”* şeklinde tanımlanmakta, buna örnek olarak, konut tahsis kurasına idarenin kararı ile katılmayan kişinin iptal davası açması ve bu işlemin iptal edilmesi ancak iptal tarihinde kuranın gerçekleşmesi gösterilmektedir. Bkz. Ahmet Yayla, “Fiili veya Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, *DEÜHFD*, C. 17, S. 2, 2005, s. 246.

²²³ Yasin, s. 231.

İmkansızlık kavramı, bu kararlarda sık sık kullanılmıştır. Hukuki imkansızlık, maddi (fiziki) imkansızlık kavramının karşılığı olarak kullanılmakta olup, borcun ifası doğa ve mantık kurallarına göre mümkün olmakla birlikte bir hukuk kuralı veya yetkili makamın kararı o borcun ifasına engel olur ise hukuki imkansızlıktan söz edilir²²⁴. İdare hukuku bakımından “*hukuki imkansızlık, pozitif hukuk kurallarının bir idari işlemin tesisini ya da uygulanmasını olanaksız hale getirmesidir.*”²²⁵ Oysa ki anılan Bakanlar Kurulu Kararları bakımından bir imkansızlıktan çok, yargı kararlarının uygulanmasını engellemeye yönelik bir karar oluşturulduğu açık olup, hangi nedenle olursa olsun yargı kararlarının icra edilmesinin bu şekilde önüne geçilmesi hukuk devleti ilkesi kapsamında kabul edilemez bir durumdur²²⁶.

Tüpraş’ın özelleştirilmesi sürecinde de benzer bir sorun yaşanmıştır. Özelleştirme tamamlanmış, teklif sahibi ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı arasında hisse satış sözleşmesi imzalanmış, hisse devri ve fiili devir gerçekleştirilmiştir. Ne var ki bundan sonra Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu²²⁷, işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Böyle bir durumda artık, hisse devrinin gerçekleşmesi ile birlikte özel hukuk konusu olmuş bir konuda idarenin tek yanlı iradesiyle işlem veya eylemde bulunmasının mümkün olmayacağı, kararın uygulanması açısından bir hukuki imkansızlığın bulunduğu kabul edilmektedir²²⁸. Devir sonrasında devirle ilgili tüm uyuşmazlıklara Ticaret hukuku kuralları uygulanmalı, pay defterinden bu kaydın silinmesi de ancak bu kurallar kapsamında mümkünse gerçekleşebilmelidir.

Hukuki imkansızlığın iptal kararının uygulanmasını engellediği bir başka örnek, bir bankanın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararı ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devri ile ilgili yaşanmıştır. Bu işleme karşı iptal davası açılmış ise de, bu arada banka tasfiye sürecinde önce bir başka banka ile birleşmiş sonra da ticaret sicilinden

²²⁴ Şemsi Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, 63 (3) 2014, s. 572.

²²⁵ Yayla, s. 236.

²²⁶ Bu konudaki haklı eleştiriler için bkz. Yasin, s. 233.

²²⁷ DİDDGK 2.2.2006, YD İtiraz no: 2005/864; (Yasin, s. 237).

²²⁸ Yasin, s. 237.

kaydı silinerek tüzel kişiliği sona ermiştir. Bundan sonra, Danıştay 10. Dairesi tarafından fona devre ilişkin karar iptal edilmiştir. İptal kararının uygulanamaması üzerine Danıştay 13. Hukuk Dairesi, bu kararın yerine getirilmemesinde imkansızlık olduğu sonucuna varmış, bu karar Dava Daireleri Kurulu tarafından da onanmıştır²²⁹. Benzeri bir uyuşmazlıkta daha yeni bir kararda Dava Daireleri Kurulu bu kararın aksi bir kararla *“tekrar bankacılık faaliyetinde bulunabilecek koşulları sağlaması ve bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni tanınmak suretiyle banka kurmalarına izin vermesi gerekir.”* şeklinde karar vermiştir²³⁰.

Özelleştirme uygulamaları bakımından Yasin’e göre²³¹, iptal kararlarının uygulanmasında iptal edilen işlemin niteliğine ve iptalin gerekçesine bakılmalıdır. İptal edilen işlem, özelleştirme sürecini doğrudan etkilemiyor ve kararın uygulanması da mümkün değil ise iptal kararı uygulanmayabilir. Buna göre, kararın uygulanmasının mümkün olup olmadığı her somut duruma göre tespit edilmelidir. Kural olarak, iptal kararı bir özel hukuk ilişkisini kendiliğinden hukuka aykırı hale getirmez. Bununla birlikte, iptal edilen işlem o özel hukuk ilişkisinin temeli ise *“özel hukuk ilişkisinin dayandığı hukuk kurallarının elverdiği oranda, bu ilişkiyi etkileyebilecektir.”*²³² Tüpraş kararı buna örnek olarak verilmiş, özel hukuk ilişkisinin etkilenmesi için tek başına iptal kararının verilmesinin yeterli olmadığı, *“uygulanacak hukuk kurallarının buna elverişli olması ve idari yargıda verilen kararın, özel hukuk açısından sonuç doğuracak nitelikte olması”* gerekeceği ifade edilmiştir²³³.

Kanaatimizce özelleştirme uygulamalarından doğan uyuşmazlıklarda ulaşılan sonuçlar, konumuz bakımından da yol gösterici niteliktedir. Bu uygulamalar, sorunun sadece idare hukuku veya sadece borçlar hukuku prensiplerine göre çözülemeyeceğini göstermektedir. Öte yandan, Yasin’in iptal kararının özel hukuk ilişkisine etki doğurması

²²⁹ DİDDGK, E. 2006/339, K. 2007/384, T. 21.03.2007; Danıştay 13. D., E. 2005/5546, K. 2005/5699, T. 29.11.2005, (Yayla, s. 244).

²³⁰ DİDDGK, E. 2007/1724, K. 2008/1706, T. 26.06.2008, (Yayla, s. 245). Yayla’ya göre bu karar daha doğru olup, hukuki güçlük ile imkansızlık farklıdır. Bkz. Yayla, s. 245.

²³¹ Yasin, s. 234.

²³² Yasin, s. 238.

²³³ Yasin, s. 238.

için buna ilgili özel hukuk rejiminin izin vermesi gerektiği yönündeki görüşünün sonucu, sorunun nihai çözüm noktasının özel hukuk olacağına işaret etmesi bakımından önemlidir.

Uygulamada ihale- sözleşme ilişkisi bakımından hala bir belirsizlik olduğu, bununla birlikte doktrinde ve yargı kararlarında yukarıda belirttiğimiz anlamda ihale dönemi ile sözleşme dönemini birbirinden ayıran ayrılabilir işlem teorisinin genel olarak kabul edilmekte olduğu söylenebilir²³⁴. Bununla birlikte, sonradan ortaya çıkan iptal kararlarının imzalanmış olan bir kamu ihale sözleşmesine yapacağı etkiyi ifade eden farklı görüşler savunulmuştur. Bu görüşlere aşağıda değinilecektir.

(1) İptal Kararının Sözleşmeyi Doğrudan Hükümsüz Hale Getirmeyeceği Görüşü

Türk hukukunda baskın görüş²³⁵, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin iptali kararlarının özel hukuk sözleşmesini doğrudan ve otomatik olarak hükümsüz hale getirmeyeceği yönündedir.

Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre²³⁶, öncelikle ayrılabilen işlem ile sözleşme arasındaki ilişkinin niteliği ve bağlantısının gücüne bakılmalıdır. Bu ilişkinin sıkı olmaması halinde idari işlemin iptalinin sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuramayacağı kabul edilmelidir. Buna karşın, sözleşmenin hükümlerinin kısmen veya tamamen ayrılan işlemle çok kuvvetli bir bağının olduğu ve birinin iptalinin diğerinin de iptal edilmesi gerektiği sonucunun ortaya çıktığı durumlarda sözleşmenin bir kısım hükümlerinin veya sözleşmenin kendisinin hükümsüz olduğu sonucu ortaya

²³⁴ Lütfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, *AÜSBFD*, C. 46, Y. 1991, s. 169; Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 80 vd.; Uz, s. 138 vd.; Kurşat, *İhale İle İnşaat Sözleşmesi Arasındaki İlişki*, s. 432; Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, s. 579.

²³⁵ Gözübüyük/ Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 520; Uz, s. 140; Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 104; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 48; Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler IV*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992; Pınar, s. 164; Buna karşın, iptal kararının idarenin taraf olduğu sözleşmeleri hükümsüz hale getireceği yönündeki görüşün hakim görüş olarak gözüktüğü de ifade edilmiştir. Ancak, tarafımızca yapılan incelemede böyle bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bkz. Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, *AÜHFD*, 63 (3) 2014, s. 579-580.

²³⁶ Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 520; Uz, s. 140.

çıkabilecektir.

Bu görüşü savunan Buz’a göre de²³⁷, ihale kararının iptali tek başına sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecek, ancak TBK m. 27 kapsamında bir geçersizlik bulunması halinde sözleşme geçersiz olarak kabul edilebilecektir. İhale hukuku kuralları, idare tarafından uyulması gereken yükümlülükleri düzenlemekte olup, sadece bunlara aykırılık TBK m. 27 kapsamında emredici hükümlere aykırılık sonucunu doğurmamalıdır²³⁸. İstekliler tarafından ihale ile ilgili gerekli itirazlar yapılmış olmasına rağmen bu itirazlar dikkate alınmadan Kamu İhale Sözleşmesinin yapılması, ihale hiç açılmadan sözleşme yapılması, ihale dokümanlarına aykırı olarak sözleşme yapılması, ihaleye esas teklifin değiştirilmesi gibi hallerde TBK m. 27 kapsamında emredici hükümlere aykırılıktan ve iptal kararlarının sözleşmeyi TBK m. 27 nedeni ile geçersiz hale getirmesinden söz edilebilecektir²³⁹.

Meseleyi kamu yararı yönünden²⁴⁰ ele alan Kurşat’a göre²⁴¹, kural olarak, ihale kurallarına aykırılıklar kanunların yasaklayıcı hükümlerinin bir gereği olduğundan bu düzenlemelere aykırılığın sözleşmeyi geçersiz kılması gerekir. Bununla birlikte, ihaleye aykırılığın sözleşmeyi otomatik olarak etkilemesinin kabulü doğru değildir. Adli mahkemeler tarafından yapılacak inceleme ile, geline aşama itibarıyla sözleşmenin geçersiz olmasının kamu yararına olmayacağı veya sırf sözleşmenin tarafını değiştirme

²³⁷ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 108.

²³⁸ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 254.

²³⁹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 255; İdare ile yüklenici arasında ek sözleşme yapılarak betonarme fiyatının yükseltilmesi, işyerinin terör bölgesinde olması, topografik özellikleri vb. sebeplerle birim fiyatlarında artışa gidilmesi hallerinde Danıştay, yüklenicinin bu durumları bilerek ihaleye katıldığını ifade ederek açıklık, şeffaflık, güvenilirlik ve rekabet ilkeleri kapsamında ihaleden sonra yapılacak bu değişikliklere olumsuz görüş vermiştir. Buna karşılık önceden öngörülmesi mümkün olmayan zeminin cinsinden kaynaklanan çatlak ve kırıkların sonradan ortaya çıkmasında yüklenicinin kusuru bulunmaması nedeni ile bedel artırımına olumlu görüş vermiştir. Söz konusu kararlar için bkz. Nida Malbeği, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik”**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 83 vd.

²⁴⁰ Amerikan hukukunda da ihale dönemindeki hukuka aykırılık, kamu yararının gerektirmesi halinde sonradan yapılan sözleşmeyi etkilemektedir. 1970 yılında Scanwell Laboratories v. Shaffer davası ile oluşmuş bu düşünceye Scanwell doktrini adı verilmektedir. Bkz. Ronald A. Cass, “Government Contract Bid Protest: Judicial Review and The Role Of The Court Of Claims”, *The University of Chicago Law Review*, 39 s.814 <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3744&context=uclrev> (Erişim Tarihi: 28.04.2020); Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 96, dn. 19.

²⁴¹ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 47.

gibi amaçlarla yapıldığı tespit edilir ise sözleşmenin geçersizliğine hükmedilmemelidir.

İsviçre Federal mahkemesi de ihalenin iptal edilmesi kararının sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceğine karar vermektedir²⁴². Konu ile ilgili İsviçre hukukunda Gauch, “Eser Sözleşmesi” isimli meşhur eserinde de kamu ihale kurallarına aykırı şekilde oluşturulmuş olsa dahi, ihalenin iptalinin TBK m. 27 anlamında sözleşmeyi hükümsüz hale getiremeyeceğini ifade etmiştir²⁴³. Aynı çözüm yolu Alman hukukunda da benimsenmiştir²⁴⁴. Fransa’da da iptal kararı otomatik olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açmamakta, ayrılabilir işlemin iptali halinde iptal edilen bu işlem ile sözleşme arasındaki ilişkinin niteliğine göre sözleşmenin akıbeti ile ilgili çözüme ulaşılmaktadır²⁴⁵.

(2) İptal Kararının Sözleşmeyi Doğrudan Hükümsüz Hale Getireceği Görüşü

Bu görüşe göre ise²⁴⁶, idare hukukunda verilen iptal kararları sözleşme üzerinde doğrudan ve otomatik bir etki doğurur. İptal kararı ile sözleşme en baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Bir hukuk sisteminin işlemin ayrılmasına izin verip, iptal davasının açılmasına imkan vermesine rağmen, iptal kararının sonucunun sözleşmeye etki etmeyeceğini varsaymak tutarsızlıktır²⁴⁷.

Özay’ın Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) kurallarına göre yürüyen 12815/MS sayılı tahkim davasına sunmuş olduğu mütalaasındaki tespitleri de konumuz bakımından önemlidir²⁴⁸. Özay’ın mütalaasındaki tespitlere geçmeden önce mütalaaya konu olayı

²⁴² Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 92.

²⁴³ “Özel hukuk açısından vurgulamak gerekir ki, bir kez kurulmuş sözleşme (ikinci aşama), temelinde yatan idari işlemin (ilk aşama) iptal edilmesi ile ortadan kalkmaz. Ayrıca bu sözleşmenin kamu ihale kurallarının ihlali suretiyle yapılmış olması d onun BK m. 20 hükmü gereği butlanına yol açan bir durum değildir. Sözleşmenin varlığı, ihale kararının iptal edilmesinden, sadece bu husus (bozucu veya geciktirici) şart olarak kararlaştırılmış ise etkilenir” Gauch, *Werkvertrag*, Nr. 512, (Aktaran: Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 94).

²⁴⁴ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 94; Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 519.

²⁴⁵ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 520.

²⁴⁶ Özay, s. 529; Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 35.

²⁴⁷ Özay, s. 531.

²⁴⁸ Özay, s. 523.

açıklamakta fayda bulunmaktadır²⁴⁹.

Muğla, Yatağan, Yeniköy ve Kemerköy Termik Santrallerinde rehabilitasyon, işletme, elektrik üretimi ve ticareti yapmak üzere “G.E. Enerji İşletmeleri Limited Şirketi” ne 20 yıl süre ile görev verilmesi, işletme hakkının devri, enerji satış anlaşması yapılması için 3096 sayılı Kanunun 3., 5., 9. Maddelerine dayanarak 04.05.1998 tarih ve 98/11074 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 28.05.1998 tarih ve 23355 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu kararın ardından Danıştay’ın uygun bulması sonrası söz konusu şirketle imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır.

Bu arada, TES-İŞ (Türkiye Enerji, Su ve Gaz İşçileri Sendikası) ve bazı işçiler yukarıda anılan Bakanlar Kurulu Kararı’nın kamu yararına aykırı olduğu gerekçesi ile karara karşı Danıştay’da iptal davası açmıştır. Danıştay 10. Dairesi açılan davayı reddetmiş, söz konusu ret kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından eksik inceleme nedeniyle bozulmuştur²⁵⁰.

Sonradan 21.01.2000 yılında 3996 sayılı Kanunun 4501 sayılı Kanun ile değiştirilmiş Geçici m. 1 kapsamında yeni bir Bakanlar Kurulu Kararı daha çıkarılmış, 2000/1022 ve 2000/1023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraflar arasında mevcut olan imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak yeniden düzenlenmiştir. Ancak özel hukuk sözleşmesi olarak yeniden düzenlenen imtiyaz sözleşmelerine dayanak oluşturan 2000/1022 ve 2000/1023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı da iptal davası açılmıştır. Bu davada ilk Bakanlar Kurulu Kararının iptali için açılan dava bekletici mesele yapılmıştır.

Süreçler devam ederken Danıştay 10. Dairesi, Bakanlar Kurulu Kararının yasada öngörülen amaca ve anılan yönetmelikte getirilen kurallara aykırı olduğu gerekçesi ile

²⁴⁹ Özay, 525-527.

²⁵⁰ Danıştay 10. Daire, E. 1998/4506, K. 2000/2157, T. 02.05.2000; DDDGK, E. 2000/726, K. 2001/232, T. 23.02.2001, (Özay, s. 525, dn. 987 ve 988).

bahsi geçen ilk Bakanlar Kurulu Kararının iptaline hükmetmiş²⁵¹, bu karar Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun kararı ile onanmıştır²⁵². Bunu takiben Danıştay 10. Dairesi 2000/1022 ve 2000/1023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararlarını da iptal etmiştir²⁵³.

İptal kararları üzerine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, önce Danıştay 1. Dairenden görüş almış, ardından görüş doğrultusunda görevli şirkete, iptal kararlarının iptale konu Bakanlar Kurulu Kararlarına dayanılarak yapılan işletme hakkı devrine ilişkin sözleşme ve özel hukuk sözleşmelerini de dayanaktan yoksun bırakarak geçersiz kıldığını ve projeye devamın imkansız olduğunu bildirmiştir.

Bakanlar Kurulunun Görevlendirme Kararlarının iptali ve buna dayalı olarak yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu kendisine bildirilen, enerji santralleri konusunda kamu imtiyazı almış olan söz konusu yabancı şirket, sözleşmedeki tahkim kaydı kapsamında uyuşmazlığı tahkime götürmüştür²⁵⁴.

Özay söz konusu tahkime sunmuş olduğu ve kitabında yer verdiği mütalaasında şu görüşleri ifade etmiştir; “Görevlendirme kararının iptali üzerine aradaki sözleşmenin kurucu iradelerinden biri ortadan kalkmıştır. Çünkü İdari Yargının verdiği iptal kararları ‘geriye yürür’, ‘retroaktif’ tir, yani o işlem ve karar ‘hiç yapılmamış gibi’ bir ‘fiktif sonuç’ doğurur. ‘Eğer görevlendirme hiç yapılmamış ise’ ona dayalı sözleşmenin de yapılmış bulunması bir anlama taşımaz. Diğer bir söyleyişle, görevlendirmenin iptali ile sözleşme de baştan itibaren geçersiz hale gelmiştir.”²⁵⁵ Yine Özay’a göre; “Bu noktada karşımıza, ‘ayrılabilir işlem’ kavram ve sorunu çıkmaktadır. Buna göre: Bununla beraber idarenin özel hukuk hükümlerine göre yapmış olduğu bir sözleşme de söz konusu olsa, bunun gerçekleşme anına kadar geçen hazırlık aşamalarında yapılan işlemler idari nitelikte

²⁵¹ Danıştay 10. Daire, E. 2002/429, K. 2002/4518, T. 27.11.2002, (Özay, s. 526, dn. 992).

²⁵² DDDGK, E. 2003/153, K. 2003/173, T. 06.06.2003, (Özay, s. 526, dn. 993).

²⁵³ Danıştay 10. Daire, E. 2000/5093, K. 2003/21 ve E. 2000/5101, K. 2003/32, (Özay, s. 526, dn. 994).

²⁵⁴ Özay, uyuşmazlığa konu olan olaylar kısmına genişçe yer vermiş, bunun çok önemli bir nedeni olduğunu ve kendisi de bir idari işlem olan sözleşme yanında bir dizi idari işlem olduğunu ifade etmiştir. Buna göre; söz konusu olayda, ihale, görevlendirme, imtiyaz sözleşmesinin imzalanması, bu imtiyaz sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmesine Bakanlar Kurulunun karar vermesi, Bakanlıkla şirket arasında uygulama sözleşmesi imzalanması birer idari işlemdir. Bkz. Özay, s. 527.

²⁵⁵ Özay, s. 529.

*olduğundan, hem bunların idare hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerekmekte, hem de bu muamele sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılık, başlıbaşına bir sonuç doğurması halinde, ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idari yargı yerleri önünde görülecek türden bir davaya konu olabilmektedir. Söz konusu denetimin yapılmasını isteyen ve izin veren bir hukuk sisteminin, sonuç iptal çıktığı halde bunun sözleşmeye sirayet etmesini istemediğini varsaymak da tutarsızdır.*²⁵⁶”

ICC tahkim heyeti, Özay’ın mütalaasının aksine, Danıştay’ın iptal kararı ile birlikte sözleşmenin de geçersiz hale geleceği görüşünü kabul etmemiş, idarenin şirketin ifa etmeme nedeniyle uğradığı müsbet zararların tazminine karar verilmiştir²⁵⁷.

Bu görüşü savunan Öz, meseleyi özel hukuk bakımından ehliyetsizlik üzerinden ele almaktadır²⁵⁸. Öz’e göre²⁵⁹, ihale safhasındaki idari işlem kamu tüzel kişisi bakımından bir ehliyet şartıdır. Bu şart, ihalenin mahkemece iptal edilmesi ile geçmişe yürür şekilde ortadan kalktığına göre buna dayanan inşaat sözleşmesini baştan itibaren hükümsüz saymak gerekir. Yine Öz’e göre, burada TBK m. 46 bakımından bir yetkisiz temsil de bulunmamakta olup, inşaat sözleşmesinin baştan itibaren hükümsüzleşmesi nedeni ile idarenin kusuru nedeni ile açılabilir olumsuz zararın tazmini davası da özel hukuka değil, İdare hukukuna tabi olacaktır²⁶⁰.

Özçelik’e göre,²⁶¹ sözleşmelerin yapılmasına dayanak oluşturan işlemlerin (idari veya yargı yolu ile) herhangi bir nedenle ortadan kalkmasının idarenin taraf olduğu sözleşmeleri hükümsüz hale getireceği görüşünün kabul edilmesi halinde, bu görüşün doğal sonucu, sözleşmenin baştan itibaren TBK m. 27’ye göre geçersiz sayılması

²⁵⁶ Özay, s. 539.

²⁵⁷ Sait Güran, “Kamu Hizmeti Uygulama Sözleşmelerinde Gündeme Gelen İdare Hukuku Meseleleri”, **Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 45.

²⁵⁸ İdare hukuku bakımından ise asıl olan “ehliyet” değil, “yetki” dir. Özel hukukun aksine idare işlem ve eylemlerinde serbest iradesi ile değil, belirli esas ve usullere uygun hareket etmek zorundadır. Yasallık ilkesi gereği idare, Anayasa ve kanunlarda öngörülmeven hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamaz. Bkz. Özay, s. 535-536.

²⁵⁹ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 35.

²⁶⁰ Kurşat’a göre, açılacak tazminat davaları bakımından idare hukuku ile özel hukuktan doğan hakların yarışması söz konusudur. Bkz. Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 51.

²⁶¹ Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, **AÜHFD**, s. 579.

sonucunu doğurduğundan, bu ihtimalde TBK m. 136 anlamında sonraki hukuki imkansızlık gündeme gelmez. Bununla birlikte bir idari karar, mahkemenin verdiği bir yürütmeyi durdurma kararı ile durdurulmuş, işin yapılması da geçici olarak durmuş ise bu durumda geçici hukuki imkansızlık söz konusu olabilir.

(3) Yargı Kararlarındaki Durum

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, ihale safhası ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğuna, sözleşmenin imza aşamasından sonra artık uyuşmazlığın eser sözleşmesinden çıkması nedeniyle adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir²⁶². İhale tamamlanmış ancak henüz sözleşme imzalanmamış ise uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı olacaktır²⁶³.

Yargıtay'ın ihale ve sözleşme dönemi ilişkisini doğrudan değerlendirmese de iyiniyet kuralı ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirmiş olduğu kararları bulunmaktadır. Yap-İşlet-Devret sözleşmesi ile ilgili bir kararında²⁶⁴ Yargıtay şu şekilde hüküm kurmuştur; “*Somut olayda, yapılan sözleşmenin tüm gerekleriyle yürüyeceğine inanılarak, davalı tarafından sözleşmeye ve projesine uygun şekilde inşaata başlanıp, keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda belirtildiği üzere tesis inşaatı %35 oranında tamamlandıktan ve belirli bir miktarda masraf yapıldıktan sonra, davalının, sözleşme öncesi işlemlerde bizzat kendisince yapıldığı ileri sürülen, varlığı ve davalı tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği ve kanıtlanamayan usulsüzlüklere dayanmak suretiyle, iptal isteğinde bulunması, az yukarıda açıklanan iyiniyet kuralı ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*”

²⁶² “Kural olarak Devlet ihalelerinde eser sözleşmesinin yapılması aşamasına kadar ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesinde görevli yargı yolu idari yargı, sözleşmenin imzalanmasından sonra, uygulanmasına dair doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise Adli yargıdır. Somut olayda; sözleşmenin uygulanması aşamasında çıkan bu uyuşmazlıkla görevli yargı yolu Adli yargı olup, aksine düşüncelerle yargı yolu sebebiyle dava şartı yokluğundan red kararı verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 15. HD, E. 2016/3359, K. 2016/4381, T. 26.10.2016. Aynı doğrultuda: Yarg. 15. HD, E. 1997/2847, K. 1997/3122, T. 17.06.1997, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

²⁶³ “Somut olayda, ihaleden sonra henüz eser sözleşmesi yapılmamış bulunduğundan, davacının, ihalenin feshi ve irad kaydedilen geçici teminat bedelinin iadesi taleplerinin incelenmesi yeri İdari kaz'a olduğundan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esası hakkında hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.”, Yarg. 15. HD, E. 1998/4598, K. 1999/292, T. 4.2.1999, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

²⁶⁴ Yarg. 13. HD, E. 1998/4614, K. 1998/5241, T. 09.06.1998, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

Yargıtay'ın ihale ve sözleşme ilişkisini, hukuki imkansızlık kavramı üzerinden değerlendirdiği kararlarına da rastlanmaktadır. Böyle bir durumda Yargıtay, sonraki imkansızlıkta, ifa imkansızlığının objektif olması halinde borcun sona ereceğini, tarafların sadece sebepsiz zenginleşmeye dayanarak aldıklarını geri vermekle yükümlü olacaklarını ve başkaca bir zararla sorumlu olmadıklarını; buna karşın sözleşme sonrası subjektif imkansızlıkta kusurlu olan taraftan TBK m. 112 ve (15. HD 05.05.1998 gün ve 845-1844 sayılı, 15. HD 01.12.1994 gün ve 1886-7200 Sayılı kararları) içtihatları kapsamında zarar talebinde bulunulabileceğini ifade etmektedir²⁶⁵.

Genel olarak Yargıtay'ın sözleşmenin dayanağını oluşturan idari işlemin iptalinin sözleşmeyi de geçersiz hale getirmeyeceği görüşünde olduğu söylenebilecektir²⁶⁶.

Danıştay kararlarına gelince, bu konuda birbirinden farklı kararlar bulunduğu görülmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun vermiş olduğu bir karar²⁶⁷ inceleme konumuz bakımından önemlidir. Karara konu olayda, Aslantaş Hidroelektrik Santrali'nde bulunan birimlerin 2 yıl süreyle genel temizlik işi için idare ile davacı şirket arasında ihale sonrasında 28.01.2010 tarihinde Kamu İhale Sözleşmesi imzalanmış, davacı vergi borcunun bulunmadığına ilişkin belgeyi sözleşme imzalanmadan önce davalı idareye sunmuştur. 17.08.2010 tarihinde idareye verilen bir dilekçede, davacının katıldığı

²⁶⁵ “Bütün bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; dava dışı Şti. tarafından açılan iptal davasının kabul edilmesi sonucunda idari yargı kararı gereğince Şti. ile sözleşme imzalanmış olup; bu halde ilk olarak kendisi ile sözleşme imzalanıp yer teslimi yapılan davacı yüklenici ile sözleşmenin uygulanma imkanı kalmamış sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş ve hukuki imkânsızlık doğmuştur. Davalı idarenin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığı iddia ve ispat edilmiş olmadığı gibi uyumsuzluk konusu da değildir. Uyumsuzluk, mahkeme ilâmına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olamayacağı noktasındadır. Az yukarda da değinildiği üzere davalı idarenin yönetmelik hükümleri gereği ihale isteklilerinden talep ettiği belgenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde yer almadığından dava dışı Şti.'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına dair idari işleme dair Kamu İhale Kurulu'na yapılan itirazın şikâyet başvurusunun red edilmesi ve bu red kararının iptali için idari yargıda açılan iptâl davasının kabul edilmesi neticesinde Kamu İhale Kurulu tarafından da düzenleyici işlem yapılması yönünde karar verilmesi sonucunda davacı yüklenici ile yapılan sözleşmenin fiilen uygulanma imkanının kalmayıp idareye kusur yüklenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. O halde sözleşmenin hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmeli, sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyumsuzluk sonuçlandırılmalıdır. Buna göre de davacı ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir, kâr kaybı (olumlu zarar) isteyemez. Mahkemece davacının kâr kaybına dair isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yarg. 15. HD, E. 2017/121, K. 2017/2508, T. 12.06.2017, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

²⁶⁶ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 522.

²⁶⁷ DİDDGK, E. 2016/4589, K. 2018/782, T. 07.03.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

bir ortak girişim nedeniyle vergi borcunun bulunduğu ihbar edilmiş, Osmaniye Valiliği'ne yazılan yazıya verilen 03.09.2010 tarihli cevapta davacının ihale tarihi olan 02.11.2009 itibarıyla vergi borcunun bulunduğu bildirilmiştir. Bunun üzerine idare, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 24 ve m. 27 gereği 14.10.2010 tarihinde sözleşmeyi feshetmiş ve kesin teminatı gelir kaydetmiştir.

Söz konusu olayda davacı şirket, idarenin işlemine karşı Ankara 7. İdare Mahkemesinde işlemin iptali için dava açmış, mahkeme taraflar arasındaki sözleşmenin, özel hukuk sözleşmesi olduğu, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmenin feshi ve teminatın gelir kaydedilmesine yönelik uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle, davayı görev yönünden reddetmiştir.

Mahkemenin kararı üzerine Danıştay 13. Dairesi, sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, ihale tarihi itibarıyla vergi borcu bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle tesis edilen bir idari işlem bulunduğu ve idari yargının görevli olduğuna karar vererek idare mahkemesinin kararını bozmuştur.

İdare Mahkemesinin, bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmesi üzerine konu, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu önüne gelmiş, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Danıştay 13. Dairesinin gerekçelerine dayanarak “*Dava konusu işlem; davacının, sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada (ihale tarihinde) vergi borcu bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilen idarî bir işlem niteliğindedir. Sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilmiş olsa bile, 4734 ve 4735 Sayılı sayılı Kanun hükümlerine aykırılıktan bahisle idarece kamu gücüne dayanılarak, tek yanlı olarak tesis edilen ve icraî nitelik taşıyan bu işlemin, sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık olarak nitelendirilerek, iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde tesis edildiğini kabul etmeye olanak bulunmamaktadır*” gerekçesi ile idare mahkemesinin ısrar kararını bozmuş ve idare mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir.

Danıştay’ın uyuşmazlıklar bakımından sözleşmenin uygulanmasından kaynaklı uyuşmazlıklar ile sözleşmenin uygulanmasından değil, önceki dönem olan ihale

döneminden kaynaklanan uyuşmazlıklar arasında bir ayırım yapmış olduğu görülmektedir. Bu ayırım bakımından sözleşmenin imzalanmış olup olmadığı değil, uyuşmazlığın nereden doğduğu önemlidir. Bir Danıştay kararında²⁶⁸ bu husus şu şekilde belirtilmektedir: *“4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na dayalı olarak yapılan ihalelerde, tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği işlemlerin yargısal denetimi, idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı yerlerinin görevindedir. Buna karşılık, ihale safhası tamamlanıp sözleşme imzalandıktan sonra tarafların iradeleri ile ortaya çıkan ve sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ise adli yargının görevine girmektedir. Bununla birlikte, sözleşme imzalandıktan sonra tesis edilse bile, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliği taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir.”*

Danıştay ihaleden yasaklı bir kimsenin sözleşme yapması nedeni ile sözleşmenin feshine ve tasfiyesine ilişkin olarak idare hukuku kurallarının uygulanacağını ve bu uyuşmazlıklara idari yargıda bakılacağına karar vermektedir.²⁶⁹

Danıştay'ın idarenin yaptığı fesihle ilgili olarak aynı işlem içerisinde yer alan fesih ile feshe bağlı olarak yapılan diğer işlemler arasında da bir ayrıma gittiği,

²⁶⁸ Danıştay 13. D., E. 2016/1113, K. 2018/3296, T. 22.11.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020). Anılan kararda devamla şu şekilde hüküm kurulmuştur: *“Bu durumda, ihale aşamasında, yükleniciye ait sigorta priminin beş puanlık kısmı 5510 Sayılı Kanun'un 81. maddesi uyarınca Hazine tarafından karşılanmış olmasına rağmen davacıya fazla ödeme yapıldığından bahisle hakedişlerinden kesinti yapılmasından kaynaklanan uyuşmazlığın, tarafların sözleşmeden doğan alacak ve borç ilişkisinden kaynaklanan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla, 06/09/2013 tarihli ve 80482043-02/5986 Sayılı işlemin iptali istemine ilişkin davanın görüm ve çözümü idari yargının görev alanında bulunduğundan, davanın görev yönünden reddi yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında usûl hükümlerine uygunluk görülmemiştir.”*

²⁶⁹ *“Olayda da davacının, 4734 Sayılı Kanun'un 11. maddesinin (g) bendi kapsamında olduğundan bahisle, 4735 Sayılı Kanun'un "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" başlıklı 21. maddesine göre, davacı ile imzalanan sözleşmenin feshi ile teminatının irat kaydedilmesine karar verildiği; bu itibarla, dava konusu uyuşmazlığın, davacı şirket ile davalı idare arasında imzalanmış olan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklı olmadığı; sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamalara, bir başka anlatımla doğrudan ihale sürecine ilişkin olduğu; bu çerçevede, dava konusu işlemi idarenin kamu gücü kullanarak tek taraflı iradeyle tesis etmiş olduğu anlaşıldığından, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim Dairemizin yerleşik içtihatları da bu yöndedir (22/12/2017 tarih ve E:2017/1477, K:2017/4192 Sayılı karar, 23/12/2011 tarih ve E:2011/3116, K:2011/6041 Sayılı karar).”* Danıştay, 13. D., E. 2018/2149, K. 2019/872, T. 20.03.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

sözleşmenin feshi bakımından adli yargının görevli olduğunu, ancak sözleşmenin feshi kısmı dışında kalan idarenin buna bağlı olarak yaptığı sözleşme bedelinden ceza kesilmesi, ihalelere katılmaktan yasaklanması için bakanlığa bildirilmesi gibi işlemler için idari yargının görevli olduğuna karar vermektedir²⁷⁰.

Danıştay, Kamu İhale Kurumuna başvuru bakımından da KİK m. 53 ve 54 kapsamında bir ayırım yapmakta, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzası arasında idarece yapılan hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeni ile hak kaybına ve zarara uğrayanların başvuru yolunu tüketmesini ararken, sözleşmenin imzasından sonra sözleşmeye ve Kamu İhale Kanunu hükümlerine aykırılık nedeni ile teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin uyuşmazlıkların Kamu İhale Kuruluna başvuru yapılmadan idare mahkemesinde iptal davasına konu olabileceğini kabul etmektedir²⁷¹.

Danıştay, sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturan idari işlemlerin iptali neticesinde bazen sözleşmenin de geçersiz olduğuna karar verirken²⁷² bazen bunun aksine kararlar vermektedir²⁷³.

Danıştay bir başka kararında²⁷⁴ 4628 sayılı Kanunda geçen mevcut sözleşmenin anlamını belirlerken şu şekilde hüküm kurmuştur: “4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile bu kanun uyarınca çıkarılan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği’nde mevcut sözleşmelerin 4628 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3096, 3996, 4283 ve 4501 sayılı Yasalar ile ilgili yönetmelik hükümlerine göre imzalanan sözleşmeler, imtiyaz

²⁷⁰ “Dosyanın incelenmesinden, davanın, davacı şirket ile yapılan sözleşmenin feshine, kesin teminatının gelir kaydedilmesine, 4735 Sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanmak üzere Sağlık Bakanlığına bildirilmesine, 20 günlük ihtar süresi içinde işi tamamlayamadığından, her takvim günü için sözleşme bedelinin % 5 oranında ceza verilerek, ceza toplamı olan 39.700,00 TL’nin firmadan istenmesine dair 1.4.2008 tarih ve 1031 Sayılı işlemin iptali istemiyle açıldığı, İdare Mahkemesi’nin ise temyize konu kararında, davaya konu işlemin sözleşme feshi kısmı dışındaki bölümlerine yönelik olarak bir inceleme yapmadığı ve hüküm kurmadığı anlaşılmakta olup, karar bu yönüyle hukuka aykırı bulunmaktadır.”, Danıştay 13. D., E. 2008/8007, K. 2009/6004, 02.06.2009, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

²⁷¹ Danıştay 13. D., E. 2017/2960, K. 2018/1988, T. 06.06.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

²⁷² “Olayda da, davacının kullanımına bırakılan büfe yerinin iptal edilmesi ile, tahsis işlemi geri alındığından ve kira sözleşmesi de böylece geçersiz kılındığından, öncelikle tahliye davası açılması gerektiği yolundaki mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Danıştay 8. D., E. 1995/1503, K. 1996/ 716, T. 15.03.1996, (Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, s. 521, dn. 587).

²⁷³ Gözübüyük / Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, s. 520.

²⁷⁴ Danıştay 10. D., E. 2002/5935, K. 2003/956, T. 18.03.2003, (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.04.2020).

sözleşmeleri ve uygulama sözleşmelerini ifade ettiği belirtilmiştir. Akdedilen sözleşmelerin hukuki dayanaklarını ise görevlendirmeye dair Bakanlar Kurulu Kararları oluşturmaktadır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararlarının yargı yerince iptal edilmesi halinde, bunun uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağı kalmadığından idarece uygulanma olanağı bulunmayan söz konusu sözleşmelerin mevcut sözleşme olarak değerlendirilmesine ve 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde tanımlanan mevcut sözleşme kapsamında kaldığının kabulüne hukuken imkan görülmemektedir. Bu durumda davacı şirketin 25.görev bölgesinde 30 yıl süreyle elektrik dağıtım ve ticareti yapma görevi ile görevlendirilmesine dair Bakanlar Kurulu kararı yargı kararı ile iptal edildiğinden bu davadan elde etmek istediği menfaatin, hukuken korunması gereken bir nitelik taşımadığı açıktır.”

(4) Hakem Kararlarındaki Durum

İmtiyaz sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri ve diğer kamu özel işbirliği modelleri ile yabancı yatırımcıların projelere ilgi göstermesi hedeflenmiştir. Bununla birlikte, artık uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası ticaretin olmazsa olmazı olan tahkim yolu²⁷⁵, Türk hukuku uygulamasında imtiyaz sözleşmeleri bakımından uzun süre kabul edilmemiştir²⁷⁶. İdare hukukunda idari işlem ve eylemler bakımından idari yargının yetkili olması ve bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığının düşünülmesi²⁷⁷ bu hukuk dalında tahkime mesafeli bir duruş meydana getirmiştir²⁷⁸.

Anayasa Mahkemesinin 7.7.1994 tarihli kararı ile özelleştirme uygulamalarında uluslararası hakemlik veya diğer tahkim yollarına başvurulabileceğine ilişkin 3987 sayılı

²⁷⁵ Yatırımcılar bakımından proje riskleri içerisinde değerlendiren risklerden biri de “Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu” klostarıdır. Bkz. John Dewar, **International Project Finance**, Oxford University Press, New York, 2011, s. 440 vd.

²⁷⁶ Uluslararası yatırım ve ticarete tahkimin kabul edilmesinin pek çok nedeni vardır. Bunlardan bazıları; tarafların iradesine dayanma, ulusal hukuka güvenmeme, sürenin kısalığı, hakemlerin uzmanlığı, dil, yaygınlık ve kolaylık, gizlilik, güvenilirlik gibi sebeplerdir. Bkz. Keskin, s. 167.

²⁷⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1931; idare hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yasağı ilkesi için bkz. Keskin, s. 170.

²⁷⁸ Karayalçın'ın şu tespiti ilgi çekicidir: “kamu kesiminden gelen meslektaşlar, bizim milletlerarası tahkim alanında açtığımız davalar kaybediliyor diye şikayet ettiler. Bunun üzerine şunları söylemek mecburiyetinde kaldım. Hakem mahkemesinde bir davayı kazanmak için üç şart lazımdır. 1) hakeminizi iyi seçeceksiniz, 2) davanızı çok iyi hazırlayarak açacak, iyi savunacaksınız, 3) en önemlisi haklı olacaksınız.” Karayalçın, s. 42.

Yetki Kanunun ilkeler bölümündeki m. 3 b. f kısmı iptal edilmiştir²⁷⁹. Yine 3996 sayılı Kanun m. 5 ile Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olmasını düzenleyen hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali²⁸⁰, Danıştay'ın incelediği kamu imtiyaz sözleşmesi içerisinde tahkim kaydını çıkarması, bu konuda Anayasa değişikliği yapılması sonucunu doğurmuştur²⁸¹.

Anayasanın 125. maddesine²⁸² 13.08.1999 tarihinde 4446 sayılı yasa²⁸³ ile imtiyaz sözleşmelerinin tahkim uyuşmazlıklarına konu olmasının önünü açan bir hüküm eklenmiştir²⁸⁴. Buna göre, artık bu sözleşmelerde, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi kararlaştırılabilecek, bununla birlikte yabancılık unsuru olmayan sözleşmeler bakımından milletlerarası tahkim yolu değil, yalnızca milli tahkim yoluna gidilebilecektir. Tahkim yolunu bir anayasal güvenceye bağlayan bu hüküm, kamu imtiyaz sözleşmesi olarak görülen bu modeldeki sözleşmelerden olan Yap-İşlet-Devret sözleşmesi gibi sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğinin de vurgulanması isteğinin bir sonucudur²⁸⁵. Anayasa değişikliği öncesinde de aslında DİK kapsamında tahkim yoluna gidilebileceği kabul edilmekte olup, 3096 sayılı Kanun, 3465 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun, 4046 sayılı Kanun'da ise tahkim yoluna gitme yönünde bir çaba

²⁷⁹ AYM, E. 1994/49, K. 1994/45-2, T. 07.07.1994, RG. S. 22047, T. 10.09.1994, Danıştay 10. Dairesinin E. 1996/8792 sayılı kararı da aynı doğrultudadır (Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 311).

²⁸⁰ AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, RG. S. 22586, T. 20.03.1996.

²⁸¹ Keskin, s. 250.

²⁸² 4446 sayılı yasa ile, Anayasa m. 47 (Özelleştirme), m. 125 ve m. 155 (Danıştay)'de değişiklik yapılmış olup, bu tahkim kapsamında özelleştirme ve kamu imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili yargı denetimine ilişkin bir Anayasa değişikliği paketidir. Bkz. Keskin, s. 250.

²⁸³ 4446 sayılı Kanun Teklifinin Genel Gereğesinde; “Ülkemizin yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünü önemli bir yer tutmaktadır. Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir.” ifadeleri yer almaktadır. Bkz. Keskin, s. 252.

²⁸⁴ Anayasa m. 125 f. 1'e eklenen hüküm şu şekildedir: “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”

²⁸⁵ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 313; Zehreddin Arslan/ Nilay Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S. 8, Güz, 2005/2, s. 14.; Keskin, s. 79; 13.08.1999 tarihinde 4446 sayılı yasa ile getirilen yeniliklerden birisi de Anayasa m. 155 f. 2 düzenlemesidir. Danıştay'ın görevi “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” ile sınırlı tutulmuştur. Böylece 1924 Anayasasından bu yana imtiyaz sözleşmeleri yapılabilmesi için Danıştay incelemesinden geçme zorunluluğu artık sadece şekli bir görüş vermeye dönüşmüştür. Bkz. Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 469-470.

görülmektedir²⁸⁶. KİK bakımından ise, m. 22 b. g uyarınca bu kanuna tabi olarak doğrudan temin usulü ile tahkim davaları için hizmet alınabileceği düzenlenmiştir²⁸⁷.

Anayasa m. 125’de yapılan bu değişiklik sonrasında, tahkim kayıtları ile ilgili olarak üç önemli yasal değişiklik yapılmıştır²⁸⁸. Bunlardan ilki, 18.12.1999 tarihli 4492 sayılı kanun ile Danıştay Kanunu m. 23, 24, 42, 48 ve İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2’de²⁸⁹ yapılan değişikliktir. Buna göre, Danıştay sadece “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir.*” (Danıştay Kanunu, m. 23, b. d). Bu hüküm kapsamında Danıştay halen kamu yararına aykırı gördüğü tahkim şartları ile ilgili görüş ve tavsiyelerini bildirebilecektir²⁹⁰.

İkinci değişiklik, 20.12.1992 tarihli 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanun’un 2. ve 5. Maddelerinde yapılan değişikliktir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere bu değişiklikler ile Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin kapsamına elektrik, üretim, dağıtım ve ticareti de alınmış, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir²⁹¹.

Anayasa m. 125’ de yapılan değişiklik sonrası üçüncü önemli yasal değişiklik 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı “*Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde*

²⁸⁶ Keskin, s. 185-186.

²⁸⁷ 30.07.2003 tarihli 4964 sayılı Kanun m. 15 ile değişik 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 22 b. g şu halde ihtiyaçların ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabileceğini belirtmektedir: “*Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.*”

²⁸⁸ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 314.

²⁸⁹ İdari dava türlerini belirten İYUK m. 2 b. c şu şekildedir; (Değişik: 18/12/1999-4492/6 md.) “*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*”.

²⁹⁰ “*Tahkim şartı ve sözleşmesi içeriğinde tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıkların sınırlandırılması mümkün olduğuna göre ‘işletmenin askıya alınması’, ‘haberleşmenin gizliliği’, ‘milli güvenlik’, ve ‘kamu düzeni’ konularında kural getiren 25 ve 44’üncü maddelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim sözleşmesi kapsamından çıkarılmasının uygun olacağı*” Danıştay İdari İşler Kurulu, E. 2000/107, K. 2000/76, T. 09.10.2000, (Keskin, s. 179).

²⁹¹ Ayrıca, 1999 yılında Anayasa m. 125’e getirilen ekleme öncesinde çıkarılmış, 1 Ekim 1994 tarihli 22068 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 94/ 507 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı m. 30’da ihtilafların Türk hukukuna göre Türkiye’de tahkim yolu ile çözümlenebileceği düzenlenmiştir.

Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun” dur. Kanun, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bulunacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini öngören hükümlerle ilgili uyulacak ilke ve esasları belirlemek amacı ile çıkarılmıştır (m. 1). Anılan Kanun, m. 4 f. 2’de tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı ile ilgili hükme yer verilmiştir. Buna göre söz konusu hükümde; tahkime konu uyuşmazlık, tahkim kuralları, tahkim yeri, hakemlerin sayısı, nitelikleri, yetkisi ve nasıl seçilecekleri, yargılama usulü, tahkim dili, uygulanacak maddi hukuk, delillerin nasıl sunulacağı, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa bildirimi usulü ve süresi, tahkimin süresi, tahkim kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri ve benzeri hususların ayrıntılı bir şekilde düzenleneceği ifade edilmiştir.

4501 sayılı Kanun m. 4 f. 2’de belirtilen düzenlemelere tam olarak uyulmadan bir tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi yapılması halinde bunun akıbetinin ne olacağı belirsizdir. Kanaatimizce, böyle bir durumda sorunu, söz konusu Kanun m. 6’ da bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde HMK ve MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirten düzenlemesi karşısında, atıf yapılan kanunlara göre çözmek gerekecektir.

İmtiyaz sözleşmelerinin tahkim uyuşmazlıklarına konu olmasının önünü açan Anayasanın 125. Maddesine 13.08.1999 tarihinde 4446 sayılı yasa ile yapılan ekleme sonrasında, ihale ve sözleşme dönemi ilişkisi özellikle tahkim yargılamalarına da konu olmuştur²⁹².

Yukarıda yer verdiğimiz Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) kurallarına göre yürütülen 12815/MS sayılı tahkim davasında iptal kararı ile sözleşmenin de geçersiz hale geleceği kabul edilmemiş ise de sonradan 23 Aralık 2003 tarihinde ICC Case No: 12180/DB/EC dosya numaralı²⁹³ tahkimde aksi bir karar verilmiş, idari yargıdaki iptal kararının sözleşmeyi de geçersiz hale getirdiği sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte,

²⁹² Bu konuda bkz. Arslan/ Arat, s. 14; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 311; Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 529; Keskin, s. 157.

²⁹³ İsedaş-İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti, (Aktaran: Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 100).

sonraki diğer tüm tahkim kararlarında iptal kararlarının sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği sonucuna varılmıştır. 16 Mart 2004 tarihli ICC Case No: 12463/MS²⁹⁴; 20 Mart 2004 tarihli ICC Case No: 12575/MS²⁹⁵, 17 Mart 2005 tarihli ICC Case No: 12236/MS²⁹⁶ ve 18 Temmuz 2006 tarihli ICC Case No: 13589/FM²⁹⁷ kararlarında idari yargıdaki iptal kararlarının sözleşmenin de geçersizliği sonucunu doğurmayacağı yönünde karar verilmiştir.

Bu konuda bir başka hakem kararları da yabancı yatırımlarla ilgili ICSID Konvansiyonuna göre verilen hakem kararları olabilecektir²⁹⁸. Yabancı yatırımcı sıfatına sahip²⁹⁹ ve ICSID Konvansiyonuna taraf bir ülke mensubu olan³⁰⁰ yatırımcının ICSID Konvansiyonuna taraf bir ülkede yatırım yapması halinde, yatırım ile ilgili tüm uyuşmazlıklar için yatırımcı, ev sahibi ülke aleyhine tahkim yoluna gidebilecektir³⁰¹. Bu tahkim yolu, bireysel bir sözleşmenin şartından değil, devletlerin taraf olduğu uluslararası bir anlaşmadan doğmaktadır.

Mihaly International Corporation v. Sri Lanka davasına³⁰² konu olayda, ABD

²⁹⁴ Kanel-Kangal Elektrik Limited Sti. Vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti. Bu kararda müsbet zararın değil sadece menfi zararların istenebileceği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 101, dn. 37.

²⁹⁵ SBD-Sakarya Bolu Elektrik Dağıtım A.S. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 101, dn. 38.

²⁹⁶ Süsel- Süzer Soma Elektrik Üretim Limited Sti. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 101, dn. 39.

²⁹⁷ Kızıllırmak Elektrik Dağıtım ve Ticaret A.S. vs. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 101, dn. 40.

²⁹⁸ Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID) bu tür uyuşmazlıkların çözülmesi için ICSID Konvansiyonunu hazırlamış, Dünya Bankası Direktörler Kurulu tarafından onaylanarak 14 Ekim 1966 tarihinde söz konusu Konvansiyon yürürlüğe girmiştir. Türkiye 24 Haziran 1987 de iki konuda bildirimde bulunarak ICSID konvansiyonunu imzalamış, 2 Haziran 1989 tarihinden itibaren Konvansiyon hükümleri yürürlüğe girmiştir. Bkz. Alper Çağrı Yılmaz, **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 26; Türkiye'nin iki konuda bildirim yaparak imzalamasına rağmen Pseg v. Turkey davasında (m. 25/4 konusundaki) bu bildirimler dikkate alınmadan karar verildiği hakkında bkz. Melis Avşar, "ICSID Konvansiyonuna göre Yatırım Kavramı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 37 (2), s.95-140 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/34702/383583> (Erişim Tarihi 23.06.2020), s. 101.

²⁹⁹ Yabancı yatırımın varlığına ilişkin test, literatüre Fedax v. Venezuela ve Salini v. Morocco davalarından gelen Fedax/ Salini kriterleri olarak geçmiştir. Bu kriterler, yatırımın devamlılığı, finansal geri dönüş, risk, önemli bir taahhüt altına girme ve ev sahibi devletin gelişimine katkı olarak ifade edilebilir. Yılmaz, s. 40; Avşar, s. 114.; Daha sonradan Phoenix kararı ile bu kriterlere yatırımın ev sahibi devletin kanunlarına uygun yapılması ve yatırımın iyiniyetle yapılması şeklinde iki yeni kriter daha eklenmiştir. Avşar, s. 123.

³⁰⁰ Yatırımcı gerçek kişi ise vatandaşlık bağı, tüzel kişi ise tabiyeti ile Konvansiyona taraf bir ülkeye bağlı olmalıdır. Yılmaz, s. 181.

³⁰¹ Avşar, s. 102.

³⁰² Mihaly International Corporation V. Sri Lanka, ICSID Case No. Arb/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Separate

şirketi olan Mihaly şirketi Sri Lanka'da 300 MW gücünde bir termal güç istasyonunu Yap-İşlet-Devret modeli ile yapmak için Sri Lanka Devleti ile bir niyet mektubu imzalamıştır. Niyet mektubunda, mektubun yatırım ile ilgili tarafları bağlamadığı açıkça belirtilmiştir. Sonradan Sri Lanka devleti yatırımdan vazgeçince Mihaly şirketi harcadığı tutarların tazmini için ICSID nezdinde tahkime başvurmuştur. Niyet mektubunda taraflar için bağlayıcılığın bulunmadığının vurgulandığını ifade eden hakem heyeti, burada bir yatırım bulunmaması nedeni ile yargılama yetkisine de sahip olmadığına karar vermiştir³⁰³.

PSEG v. Turkey davasına konu olayda ise, Konya-İlgın Termik Santrali Projesini Yap-İşlet-Devret modeli ile gerçekleştirmek için ABD'li PSEG şirketine izin verilip, uygulama sözleşmesi imzalanırsa da sonradan 2001 yılında Elektrik Piyasası Kanunu yürürlüğe girmiş projeye hazine garantisi verilmediği için proje tamamlanamamıştır. Hakem heyeti, Türkiye'nin Mihaly v. Zhinvali davasına atıfta bulunmasına rağmen, bu kararın aksine bu olayda imtiyaz sözleşmesinin imzalanması sebebi ile yatırım ile ilgili yargı yetkisinin bulunduğu ve harcamaların yatırım niteliğinde olduğuna karar vermiştir³⁰⁴. Bu kapsamda, bir özel hukuk sözleşmesinin imzalanması sonrasında idare mahkemesinin vereceği bir iptal kararının sözleşmeye etki etmesi halinde, sözleşme konusu faaliyetin bir yabancı yatırım niteliğine sahip olduğu durumlarda şartların varlığı halinde ICSID Konvansiyonuna göre tahkim yoluna gidilebilecektir.

(5) Değerlendirmemiz

Görüldüğü gibi Türk hukukunda ne yargı kararlarında ne de doktrinde ihale ile sözleşmenin birbirine olan etkisi açık ve kesin bir biçimde ortaya konulabilmiştir³⁰⁵. Bu konuda bir kanun boşluğu olduğu görülmektedir. Mevcut kanun boşluğu olumsuz (menfi)

Concurring Opinion. 2002. <https://arbitrationlaw.com/library/mihaly-international-corporation-v-sri-lanka-icsid-case-no-arb002-united-states-sri-lanka-bit> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

³⁰³ Yılmaz, s. 105.

³⁰⁴ Yılmaz, s. 106.

³⁰⁵ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 101.

bir çözümün benimsenmesi amacı taşıyacak nitelikte değildir³⁰⁶. Kanun koyucu bilinçli (gerçek) bir boşluk bırakarak konunun çözümünü doktrin ve yargı içtihatlarına bırakmıştır. O halde hakim, söz konusu kanun boşluğunu TMK m. 1 kapsamında öncelikle tamamlayıcı kaynak olan örf ve adet hukukuna başvurmak suretiyle uyuşmazlığı çözecek, orada da bir kural bulamaz ise kanun boşluğunu doldurma yetkisini kullanacaktır³⁰⁷. Bu yetki kullanılırken şüphesiz, kıyasen uygulanacak hükmün olup olmadığı, söz konusu durumla ilgili mevcut yasal düzenlemeler ve bu hükümlerin amaçları (ratio legisleri) ve hukukun genel ilkeleri göz önüne alınacaktır³⁰⁸.

İhale ve sözleşme döneminin ilişkisini açık bir biçimde ortaya koyan, iptal kararlarının sözleşme üzerindeki etkisinin kapsamını ve unsurlarını belirleyen bir yasa kuralına ihtiyaç duyulduğu açıktır³⁰⁹. Buz tarafından bu konuda, yeni bir kanun ile idari işlemin iptaline ilişkin davanın sözleşmenin imzasının öncesindeki safhada sonuçlanmasını sağlayacak bir sistem geliştirme önerisi yapılmıştır³¹⁰. Böylece, dava sonuçlanmadan sözleşme imzalanmaz, davanın sonuçlanması için de hızlandırılmış bir yargılama usulü getirilir ise tüm hukuka aykırılıkların belirlenen bu bekleme süresinde (örnek olarak 45 gün veya 2 ay verilmiştir) ileri sürülmesi ve karara bağlanması sağlanabilir.

Sözleşme yapıldıktan sonra, özel hukuk hükümlerine tabi olduğundan verilen iptal kararlarının sözleşme üzerindeki etkisini de özel hukuk hükümlerine göre tespit etmek gerekmektedir. Kanaatimizce, özel hukuk hükümlerinde karşılığı bulunmayan bir durumda idare mahkemesinin verdiği iptal kararı hiçbir şekilde sözleşmeye etki

³⁰⁶ Bilinçli susma, halinde kanun koyucu meseleyi olumsuz bir şekilde çözüme kavuşturmaktadır. Kanunun ratio legis'inden (amacından) sınırlı sayı ilkesine uyulduğu, karşıt anlam delili ile olumsuz çözümü benimsediği görülmekte ise bilinçli susma ve menfi çözüm vardır. Örneğin kanunda mirasçılar sınırlı sayıda sayılmışken komşuluğun önemi ile miras bırakanın komşusu kendisinin de mirasçı olması gerektiğini, kanunda bu konuda boşluk olduğunu ileri süremez. Hatemi, s. 74; O. Gökhan Antalya/ Murat Topuz, **Medeni Hukuk**, İstanbul, Legal Yayınları, 2016, s. 253; M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 105; Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 149.

³⁰⁷ Hatemi, s. 82; Antalya/ Topuz, s. 255; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 105; Oğuzman/ Barlas, s. 114 vd.

³⁰⁸ Antalya/ Topuz, s.267; Oğuzman/ Barlas, s. 120 vd.

³⁰⁹ Aynı yönde: Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 51.

³¹⁰ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 113.

etmemelidir.

Madem ki iptal kararının etkisini özel hukuk hükümlerine göre tespit etmek gerekir, bu konuda kanun boşluğu da olduğuna göre ilk bakılması gereken sözleşmenin kendisidir. Sözleşme içerisine idari yargıda verilen iptal veya yürütmeyi durdurma kararı ile ilgili düzenleme yapılması ve bu kararların bozucu koşul olarak düzenlenmesi mümkündür³¹¹. İptal hükmünün bozucu koşul olması durumunda, iptal kararının verilmesi ile koşul gerçekleşmiş olur ve sözleşme TBK m. 173 kapsamında koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar. Böyle bir durumda TBK m. 173 f. 3 gereği aksi kararlaştırılmadığı ve işin niteliğinden aksi anlaşılmadığı sürece sona erme geçmişe etkili olmayacaktır³¹².

Sözleşmede böyle bir düzenlemenin yer almadığı durumlar için ise, yukarıda yer verdiğimiz görüşlerin ve yargı kararlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, idare mahkemesinin iptal kararının imzalanmış özel hukuk sözleşmesini doğrudan doğruya hükümsüz hale getireceğini kabul etmek, sözleşmenin özel hukuka tabi olması ve Kamu İhale Kanunu'nun mevcut sistemi karşısında mümkün olmamalıdır. Aksinin kabulü halinde, sözleşmenin özel hukuka tabi olmasının da hiçbir anlamı kalmayacak, her durumda sözleşmenin akıbeti idare mahkemesinin kararına ve idari bir denetimin eline bırakılmış olacaktır. İptal kararının geçmişe etkili olarak etki doğurması sözleşme bakımından değil, davanın konusu olan idari işlem bakımındandır. Bu meselenin özel hukuk bakımından ehliyetsizlik üzerinden ele alınması da kanımızca doğru değildir. Zira, iki aşama teorisi gereği sözleşmenin imza aşamasından önceki aşama ile sonraki aşamayı tabi oldukları hukuki rejim bakımından ikiye ayırmak gerektiğinden önceki aşama olan ihale ile ilgili tüm sorunları idare hukuku kurallarına göre ele almak zorunlu olacaktır. Buna göre, sözleşme imzalanması öncesindeki aşama itibariyle idare

³¹¹ Böyle bir şartın konulması önünde bir engel bulunmadığı hakkında bkz. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 113.

³¹² Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992, s. 179; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1989, s. 220.

hukuku kuralları kapsamında ehliyetten değil, yetkiden söz edileceğinden³¹³, o tarih itibariyle idare hukuku kurallarına göre yetkinin varlığı sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına yeterli olarak görülmelidir.

Sözleşme imzalandıktan sonra bir iptal kararı verildiğinde söz konusu karar sözleşmeyi doğrudan ve otomatik olarak geçersiz hale getiremez. Bunun için geçersizlik sonucunun mutlaka dayanağını özel hukuk hükümlerinde bulması gerekir. Bu dayanak, genel olarak TBK m. 26 ve 27 olacaktır.

TBK m. 26'ya göre taraflar sözleşmenin içeriğini ancak kanunda öngörülen sınırlar içerisinde belirleyeceğinden, kanunun öngördüğü sınırların dışına çıkılması halinde sözleşmenin geçersizliğinden söz edilebilecektir. Sözleşme özgürlüğü Anayasa m. 48 ile temel hak ve özgürlükler arasında sayılmış, bu esas TBK m. 26 ile genel kural olarak belirlenmiş ve bu özgürlüğün sınırları çizilmiştir³¹⁴. Sözleşme özgürlüğü; sözleşmenin tarafını seçme, içeriğini belirleme ve değiştirme, şeklini ve tipini seçme, ortadan kaldırma gibi bir kısım özgürlükleri kapsamına almaktadır³¹⁵. Bununla birlikte, özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı kanunlardan doğan sözleşme yapma mecburiyeti bulunabilir³¹⁶.

Sözleşme içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğünün de sınırları bulunmaktadır. Sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğünün sınırlarını çizen TBK m. 27 hükmü bu sınırları; emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık taşıyan ve konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağını düzenleyerek belirlemiştir. İdare mahkemesinden verilmiş olan bir iptal kararı, yapılmış olan sözleşmeyi emredici hükümlere aykırı hale getirebileceği gibi, kamu düzenine aykırılık, ahlaka aykırılık, imkansızlık oluşturan bir hale de sokabilir. Böyle bir durumda TBK m.

³¹³ Özay, s. 534-535.

³¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 503 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 315; Hatemi/ Gökyayla, s. 60 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 23 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 357 vd.

³¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Eren, *Borçlar Genel*, s. 316; Hatemi/ Gökyayla, s. 60 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 23-24; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 357.

³¹⁶ Sözleşme yapma mecburiyeti ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 507 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 317 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 358 vd.; Osman Berat Gürzumar, **Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 44 vd.

27 hükmüne göre sözleşme kesin hükümsüz olacaktır³¹⁷.

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından itiraz süreçleri devam etmesine rağmen sözleşmenin imzalanması, ihale ile yapılması gereken işlerin ihale yapılmadan sözleşmeye bağlanmış olması, ihaleye aykırı sözleşme yapılmış olması, sözleşmenin ihale dokümanlarına aykırı yapılması halleri genel olarak emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeni ile kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran haller arasında sayılmıştır³¹⁸.

Emredici hukuk kuralı, bir özel hukuk hükmü olabileceği gibi kamu hukuku hükmü de olabilir. Öte yandan Buz tarafından da ifade edildiği üzere³¹⁹, TBK m. 27 kapsamında emredici hukuk kurallarına aykırılıktan söz edilebilmesi için bu aykırılığın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. Kamu ihale mevzuatının tamamının emredici hukuk kuralı olduğu kabul edilemez. Emredici hukuk kuralı bulunup bulunmadığı, her bir somut hükmün yazılış şekli, amacı ve yorumu ile tespit edilmelidir³²⁰. Sadece idare bakımından yükümlülük getiren hükümler kural olarak, ihale mevzuatına aykırılık taşısa bile TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüz sayılmamalıdır. Tek tarafa yükümlülük getiren bu düzenlemelerin TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüzlük sonucunu doğurabilmesi için hükümde ihlale kesin hükümsüzlük sonucunun bağlanmış olması veya söz konusu hükmün anlam ve amacının geçersizlik sonucunu haklı göstermesi gerekmektedir³²¹.

Kamu düzeni, toplumun genel yararını ifade eden ve hukuk düzeninin korunmasına yönelmiş olan bir kavramdır³²². İdare mahkemesi tarafından ihale dönemi

³¹⁷ Kocayusufoğlu, s. 536 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 334 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 60 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 81 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 376 vd.

³¹⁸ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 255 vd.

³¹⁹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 250.

³²⁰ Eren, *Borçlar Genel*, s. 335; Hatemi/ Gökyayla, s. 75; Kocayusufoğlu, s. 536 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 82; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 379 vd.

³²¹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 254.

³²² Kocayusufoğlu, s. 546 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 342.; Hatemi/ Gökyayla, s. 76; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 83; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 384 vd.; Yargıtay kararında kamu düzeni ile ilgili şu açıklama yapılmıştır: “Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyişle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir.” Yarg. 15. HD., E. 2019/1234, K. 2019/3335, T. 11.07.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.08.2020). Aynı şekilde kira rayiçlerini sınırlayan kanun hükmünü de kamu düzeni kuralı sayan bir başka kararda Yargıtay Hukuk

ile ilgili verilmiş olan bir iptal kararı, bu ihaleye dayanarak yapılmış olan sözleşme hükümlerini, kısmen veya tamamen kamu düzenine aykırı hale de getirmiş olabilir. Böyle bir durumda sözleşmenin kamu düzenine aykırı olan hükümleri TBK m. 27 f. 1' e göre kesin hükümsüz olacaktır.

İptal kararının sözleşmeye etkisi bakımından TBK m. 27 kapsamında ahlaka aykırılık sonucunun doğması söz konusu olmayacaktır³²³.

İdare mahkemesi tarafından verilmiş olan bir iptal kararının, sözleşme konusunu imkansız hale getirip getirmeyeceği hususu da değerlendirilmelidir. Sözleşmenin konusu imza tarihinden sonra, iptal kararının ortaya çıktığı an itibari ile hukuken imkansız hale gelmiş ise, böyle bir halde başlangıçtaki imkansızlık nedeni ile sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu ifade edilemez. İptal kararının geriye yürütmesi, özel hukuk hükümlerinin uygulanması bakımından sözleşmeler üzerinde de aynı uygulamaya tabi tutulamaz³²⁴.

O halde adli yargı tarafından değerlendirilmesi gereken, idare mahkemesinin iptal kararıyla yapmış olduğu tespit neticesinde, taraflar arasındaki sözleşmenin bir kanun hükmünün sınırları dışına çıkıp çıkmadığı, emredici hükümlere aykırılık meydana gelip gelmediği ve kamu düzenine aykırı bir durumun doğup doğmadığıdır.

Söz konusu değerlendirmeler yapılırken elbette doktrinde ileri sürülmüş olan kriterler göze alınacaktır. Ancak, burada tek bir kriter üzerinden değil, birçok kriter ile birlikte değerlendirme yapılması gerekir. Buna göre; kamu yararı, kanunların emredici hükümleri, iptal edilmiş işlem ile sözleşme arasındaki ilişkinin niteliği ve bağlantısının gücü göz önüne alınarak TBK m. 26 ve m. 27 kapsamında hükümsüzlük sonucunun

Genel Kurulu kararında kamu düzeni ile ilgili şu ifadelere yer verilmiştir: “Bu kuralların kamu düzeni ile ilgili olmadıkları iddia edilemez. Çünkü bunlar, hukuk düzenimizin kabul ettiği akit serbestisini, bir genel yarar için kısıtlamış; asıl işlevi, toplumda barışı sağlamak olan, hukuk düzenini muhafaza gayesinden kaynaklanan kurallardır.” YHGK, E. 1990/3-527, K. 1990/627, T. 12.12.1990, (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.08.2020).

³²³ KİK m. 17, fiyat anlaşması yapılması, rüşvet gibi ahlaka aykırı durumları yasaklamış olup, buna aykırılık emredici hükümlere aykırılık sonucunu doğuracak iken, KİSK m. 21 idarenin böyle bir durumu sözleşme sonrası öğrenmesi halinde fesih hakkı bulunduğunu düzenlemiştir. Bu düzenleme ile ilgili haklı eleştiriler için bkz. Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 280.

³²⁴ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 283.

ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeler iptal kararının niteliği ve kapsamı dikkate alınarak yapılmalıdır. Yeri gelmişken şunu da ifade etmek gerekir ki, bahsi geçen aykırılık yalnızca sözleşmenin hükümlerinden bir kısmı ile ilgili ise TBK m. 27 f. 2 gereği yalnızca bu hükümler hükümsüz olacaktır. Bununla birlikte tarafların bu hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacakları açıkça anlaşılmakta ise sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olacaktır.

Yargıtay'ın ihale dönemindeki uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı, sözleşmenin imzasından sonraki uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olduğu yönündeki kararları isabetlidir. Yargıtay kararlarına da yansıdığı üzere, sözleşmenin imza tarihinden sonra tesis edilse dahi söz konusu idari işlem, sözleşme öncesi dönem ile ilgili ise bu uyuşmazlığa idari yargının bakması yönündeki karar iki aşama teorisi kapsamında da doğru kabul edilebilecektir. Böyle bir durumda, vergi borcu bulunmaması gerekmesine rağmen ihaleyi kazanıp, sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin sonradan vergi borcu bulunması nedeniyle idari işlem tesis edilmesi, sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık olarak kabul edilemez. O halde uyuşmazlığın çıktığı ve idari işlemin tesis edildiği tarihe değil, uyuşmazlığın kaynağına bakılmalıdır. Sözleşmenin imzası tarihinden sonra tesis edilmiş bir idari işlemin sözleşme öncesi dönemle hiçbir ilgisi yok ise ve sözleşmeyi doğrudan etkileyecek nitelikte ise artık böyle bir idari işlemle ilgili iptal davasının sözleşme karşısındaki bir etkisinden söz edilmemelidir. Örneğin inceleme konumuz olan yapım sözleşmelerinde yer alan taahhütlerle ilgili olarak belirli bir sayıda veya tutarda bir taahhüt verildikten sonra idare tek taraflı bir işlemle bu taahhütlerin nitelik ve hükümlerini etkileyecek nitelikte idari işlem tesis edemez. Bu nitelikte bir idari işlemin tesisi ve borçtan kaçınma halinde idarenin TBK m. 112 vd. hükümlerine göre borca aykırılıktan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte sözleşmede aksine düzenlemelere yer verilebilir.

Bazen bir kısım idari işlemler, sözleşmenin imzasından sonra borcun sonradan imkansızlaşması sonucunu doğurabilir. Bu durumda TBK m. 138'e göre sonraki imkansızlık da yüklenicinin kusuru olmadığından borç sona erecektir. Örneğin, kırsal motorin temin etme borcunu yüklenmiş bir borçlu, daha sonradan idarece bu tür

motorinin yasaklanması üzerine TBK m. 138 kapsamında sonraki imkansızlık nedeni ile borcundan kurtulacaktır³²⁵.

Sözleşme imzalandıktan sonra bu sözleşmelerin değiştirilmesi bakımından da benzer sorunlar ortaya çıkabilir. Bir başka ifadeyle, yapılan bir ihale neticesinde ihaleye uygun bir şekilde yapım sözleşmesi imzalanmış olmasına rağmen, sonradan taraflar bu sözleşmede değişiklik yapmak suretiyle ihale şartlarını değiştirmiş olabilirler. Böyle bir durumda taraflarca yapılan değişikliklerin hukuki sonucunun ne olacağı da irdelenmelidir. Bu hususta değerlendirme yapmadan önce ihale aşamasının özel hukuk bakımından anlamını ortaya koymak gerekmektedir.

İdarenin taraf olduğu yapım sözleşmelerinde, sözleşme öncesi müzakere safhasının yerini ihale aşaması almakta olup, sözleşmenin tarafı kural olarak ihale aşaması ile belirlenmektedir³²⁶. İhale, sözleşmenin tarafını seçmeyi amaçlayan ve sözleşmenin imzası aşamasına kadar bu amaç doğrultusunda yapılan tüm işlemleri kapsamaktadır³²⁷. Böylece kamu kurumları bakımından sözleşme iradesinin oluşması ihale sayesinde olmaktadır³²⁸. Kamu ihaleleri neticesinde imzalanan yapım sözleşmeleri bakımından da TBK m. 30-39 hükümlerine göre yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade sakatlıkları nedeni ile sözleşmenin iptali söz konusu olabilecektir³²⁹.

İhale dönemi ile ilgili iptal kararının özel hukuk sözleşmesine etkisi, şirket ve kooperatiflerin genel kurul kararı ile yaptıkları sözleşme sonrasında genel kurul kararının iptal edilmesi hali ile de benzer bir sorun doğurmaktadır. TTK m. 450 hükmü uyarınca bir genel kurul kararı iptal edildiğinde, bu sadece taraflar arasında değil, diğer pay sahibi

³²⁵ 07.08.2009 tarih ve 27312 sayılı RG ile yayımlanan “Motorin Türlerine İlişkin Teknik Düzenleme Tebliği”nde değişiklik yapan 09.11.2010 tarihli ve 27754 sayılı RG de yayımlanan Tebliğle kırsal motorinin piyasaya arzı imkansız hale gelmiştir (Demirboğa, s. 139).

³²⁶ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 261; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 282; Kurşat, *İhale İle İnşaat Sözleşmesi Arasındaki İlişki*, s. 431.

³²⁷ KİK m. 4’de ihale şu şekilde tanımlanmıştır: “İhale: Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade eder.”

³²⁸ Kurşat, *İhale İle İnşaat Sözleşmesi Arasındaki İlişki*, s. 432.

³²⁹ Buz, Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 300 vd.

ve yönetim kurulu üyeleri bakımından da hüküm doğurur³³⁰.

TTK m. 450 hükmünde açıkça ifade edilmese de anonim şirket genel kurul kararının iptaline veya butlanına karar verilmesi halinde kesin hükmün geçmişe etkili olacağı ifade edilmektedir³³¹. Bununla birlikte geçmişe etkili olma durumu kural olarak ortaklık içi ilişkide söz konusu olacaktır. Ortaklık dışında üçüncü şahıslar bakımından da iptal kararının geçmişe etki etmesi ancak kanun tarafından genel kurul kararının üçüncü kişiler bakımından da hukuki ilişkinin unsuru olarak veya geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olması halinde mümkün olur³³². Yargıtay da, genel kurul kararının yapılan işlemin geçerlilik koşulunu oluşturabileceğini ve dışa dönük sonuçlar doğurabileceğini doktrindeki görüşlere atıfta bulunarak ifade etmiştir³³³. Yargıtay kararına konu bir başka olayda, şirketin devrine ilişkin genel kurul kararı iptal edilmiş ve şirkete kayyım tayin edilmiştir. Davacı taraf, önceki yöneticilerin şirket faaliyet alanı finansal kiralama olmasına rağmen şirket aracını satmış olduklarını, davalının iyiniyetli olmadığı gibi genel kurul kararının iptali ile birlikte aracın mülkiyetinin de davacı şirkete geçmiş olduğunu iddia ederek bu hususun da tespitini talep etmiştir. Mahkeme, satışın geçerli olarak yapılmış olduğunu ve davalının kötü niyetinin ispat edilemediği gerekçesi ile davayı reddetmiş, karar Yargıtay tarafından da onanmıştır³³⁴.

³³⁰ Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 340;

³³¹ Bu görüşe göre, İptal hükmünün geçmişe etkili olmasının nedeni, hukuk sistemimizin hukuki işlemin feshine (iptaline) ilişkin bildirimlerin (TBK. m. 28,30, 37, 39) ve kesinleşmiş mahkeme hükümlerinin (TMK m. 83, 557, 560; TBK m.281, 286) geçmişe etkililiğini kabul etmesidir. Moroğlu, s. 341-342.

³³² Örneğin, yönetim kurulu üyelerini azledip yeni yönetim kurulu üyeleri atanmasına karar verilen bir genel kurul kararı iptal edildiğinde ortaklık içi ilişkide geçmişe etkili olarak eski yönetim kurulu üyeleri görevlerine dönmüş sayılır. Buna karşın, bu geçmişe etkili olma yeni yönetim kurulu üyelerinin görev süresinde temsil yetkisi kapsamında yapmış oldukları işlemler için iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarını ve kazanımlarını ihlal etmez. Moroğlu, s. 342.

³³³ “YHGK’nın 24.01.2007 tarih ve 11/49 E., 22 K. sayılı ilamında da açıklandığı üzere; Her ne kadar, kural olarak genel kurul kararlarının sonuçları içe dönük olup, bu kararlar iyiniyetli üçüncü kişiler yönünden sonuç doğurmazlarsa da; bilimsel görüşlerde de ifade edildiği üzere (Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, sayfa: 410 vd. Zafer Saka, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, sayfa: 204) genel kurul kararının, kooperatif ile üçüncü kişiler arasındaki sözleşmenin geçerlilik koşulu veya unsuru niteliğinde olduğu durumlarda dışa dönük sonuçlar da doğurabildiğinden, 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 42/6. maddesi uyarınca, kooperatife ait taşınmazın satılabilmesi için kooperatif genel kurulunun bu konuda karar alması gerekli olup, böyle bir kararın varlığının, alıcı üçüncü kişi ile yapılacak satış sözleşmesinin geçerlilik koşulunu oluşturduğunun kabulü gerekir.” Yarg. 23 HD., E. 2013/8367, K. 2014/2814, T. 10.4.2014, (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.08.2020).

³³⁴ “...arac satışının geçerli olduğu, davalının kötüniyetli olduğuna yönelik dosyada delil de olmadığı, davacı şirket ile önceki yöneticiler arasındaki ihtilafın davalıya yükletilemeyeceği, şirketin genel kurul kararının iptalinin de geriye

İptal kararının özel hukuk sözleşmesine etkisi, şirket ve kooperatiflerin genel kurul kararının iptal edilmesi hali ile benzer bir sorun doğursa da kanaatimizce TTK m. 450 hükmü ihalenin iptali ile ortaya çıkan duruma doğrudan veya kıyas yolu ile uygulanamayacaktır. TTK m. 450, kesin hükmün sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin HMK m. 303 f. 3 hükmünün istisnasını oluşturmakta olup, böylece bir genel kurul kararının davaya taraf pay sahibi için iptal edilmiş olduğu, ancak davaya taraf olmayan pay sahibi için geçerli olduğu şeklinde ortaya çıkabilecek sakıncalı sonuçların önüne geçilmiştir³³⁵. Buna karşın, ihale dönemi ile ilgili verilen iptal kararlarının sözleşmeye olan etkisi bakımından ortaya çıkan sorun, iç ilişki ile ilgili değil ihaleye dayanılarak yapılan sözleşmeyle ilgilidir.

Genel kurul kararının iptalinin üçüncü kişiler bakımından da geçmişe etkili sonuç doğurması hususunda varılan sonuçlar bakımından ise, ihalenin iptali kararının sözleşmenin unsuru veya geçerlilik şartı olarak düzenlenip düzenlenmediğine göre kıyasen uygulama düşünülebilir. Ancak kıyasen uygulama, kanun hükmünde belirli bir olgu için getirilmiş kuralın korunan menfaatler bakımından ona benzeyen ve yasayla düzenlenmemiş bir başka olaya uygulanması halinde söz konusu olabilir³³⁶. Oysa TTK m. 450, genel kurul kararlarının iptali halinde bu kararın üçüncü kişiler bakımından geçmişe etkili olması ile ilgili açık bir yasal düzenleme içermemektedir³³⁷. Bu bakımından kanaatimizce TTK m. 450 hükmü ihale dönemi ile ilgili verilen iptal kararlarının sözleşmeye olası etkilerini ortaya koymak için kıyasen uygulamaya elverişli değildir. Bu nedenle her bir somut olaya göre iptal kararının ortaya çıkardığı sonuç, sözleşmeye etkisi bakımından TBK m. 26 ve 27 kapsamında değerlendirilmelidir.

DİK m. 63’de sözleşmede belirtilen işin artış ve eksilişi ile ilgili sözleşmede sonradan yapılacak değişiklikler için bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, yapım

yürütülemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.” Yargıtay temyiz talebinin reddetmiş ve yerel mahkeme kararını onamıştır. Yarg. 19. HD., E. 2016/12180, K. 2017/6566, T. 4.10.2017; Benzer doğrultuda: Yarg. 11. HD., E. 2011/1201, K. 2013/899, T. 17.1.2013, (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.08.2020).

³³⁵ Moroğlu, s. 341.

³³⁶ Hatemi, s. 70; Antalya/ Topuz, s. 270; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 151; Oğuzman/ Barlas, s. 123.

³³⁷ Moroğlu, s. 341.

işlerinin uygulanması sırasında önceden öngörülme­yen bir iş artışı veya azalışı zorunlu olduğunda müteahhit keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değışikliğı süre dışındaki sözleşme ve şartname hükümleri kapsamında yapmakla yükümlü tutulmuştur. Anılan maddeye göre, keşif artış bedelinin %30 oranını geçmesi halinde sözleşme feshedilecek, ancak müteahhit işin keşif bedeli ile keşif artışının %30'una kadar olan işleri sözleşme ve şartnameler kapsamında yapmakla yükümlü olacaktır³³⁸.

Kamu ihale sözleşmelerinde idare tarafından yetki dışında işlemler yapılmak suretiyle yükleniciye bir kısım taahhütler verildi ise bunların akıbeti ne olacaktır? KİSK m. 4 f. 1 *“Bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.”* hükmünü f. 2 *“Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değışiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.”* hükmünü taşımaktadır. Öyle ki, idarenin tek taraflı olarak hazırladığı ihale dokümanları, tarafların imzaladığı sözleşmenin önünde yer almaktadır. Bu hükümlerin emredici hükümler olduğuna kuşku yoktur³³⁹.

KİSK m. 15 ile sözleşme hükümlerinde değışiklik yapılması ile ilgili bir başka sınırlama daha getirilmiştir. Anılan hükme göre, sözleşme imzalandıktan sonra ancak sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin anlaşması ile belirli hükümlerde değışiklik yapılabilir. İşin yapıldığı yer veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi halinde işin süresi ve buna uygun olarak ödeme şartları dışındaki hükümlerin değıştirilmesine kanun olanak vermemiştir.

Sözleşme değışikliklerine ilişkin kanunun getirdiğı tüm sınırlamalara rağmen taraflar bunu aşmak suretiyle sözleşme değışikliğine gider ise, sözleşme yapıldıktan sonra özel hukuk hükümleri uygulanacağından TBK m. 27 kapsamında emredici hükümlere aykırı düzenlemeleri hükümsüz kabul etmek gerekecektir. Hükümsüzlüğün niteliğine bakılacak, kısmi hükümsüzlük sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecek, yalnızca o hükmü geçersiz kılacaktır. Bununla birlikte, TBK m. 27 f. 2 kapsamında tarafların kısmi olarak

³³⁸ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 15.

³³⁹ Karahasan, s. 1059.

hükümsüz kabul edilen hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacağı anlaşılmakta ise sözleşme hükümsüz olacaktır³⁴⁰. Ancak buradaki hükümsüzlük, tarafların sonradan yapmış oldukları ek sözleşmeye ilişkindir. Yoksa, tarafların sonradan yapmış oldukları düzenlemenin kanunun getirdiği sınırlamaları aşması ve kanuna aykırı bu hükümler olmadan tarafların bu ek sözleşmeyi yapmamalarının anlaşılması, taraflar arasında bundan önce yapılan sözleşmenin geçerliliğine etki etmemelidir.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, ihale ve sözleşme ilişkisi ile ilgili yukarıda yaptığımız değerlendirme ve ulaşılan sonuçlar, ilgili sözleşmenin bünyesine ve bu sözleşmeyi düzenleyen yasal düzenlemelere uygun düştüğü ölçüde aşağıda inceleyeceğimiz kamu özel işbirliği projelerinden doğan sözleşmelerde de uygulanacaktır. Aşağıda inceleyeceğimiz kamu özel işbirliği projeleri ile gerçekleştirilen yapım sözleşmeleri de aynen kamu ihale sözleşmelerinde olduğu gibi idare hukuku kurallarının uygulandığı bir ihale dönemi ile sözleşmenin imzası ile birlikte başlayan özel hukuk kurallarının uygulanması aşamasından oluşmaktadır. Bu bakımdan kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin imzası sonrasında ortaya çıkan ihale dönemine ilişkin iptal kararlarının sözleşmeye etkisi sorunu aynı esaslara tabi olacaktır.

2. Kamu Özel İşbirliği (“Public Private Partnership”) Projelerinden Doğan Sözleşmeler

a. Genel Olarak

Kamu hizmeti, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden doğan kamu yararının gerçekleştirilmesi için topluma sunulmuş sürekli ve düzenli etkinlikleri ifade etmektedir³⁴¹. Kamu hizmeti, kural olarak Anayasaya uygun olacak şekilde kanun ile

³⁴⁰ Demirboğa, s. 54.

³⁴¹ Anayasa Mahkemesi de bir kararında; “*Toplunun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak üzere topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmeti, Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirildiği gibi bunların gözetim ve denetimleri altında özel hukuk kişileri tarafından da yerine getirilmektedir...*” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. AYM, E. 2017/180, K. 2018/109, T. 06.12.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 22.04.2019). Ayrıca bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 13; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 9; Onur Karahanoğulları, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)”, *AÜSBFD*, C. 66, N. 3, 2011, s. 177; Keskin, s. 19 vd.; Necip Taha Gür, *İdarenin Özendirme Ve Destekleme Faaliyeti*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 8 vd.

kurulur³⁴². Kamu hizmetinin kurulması, hizmetin yerine getirilmesi için idarenin örgütlenmesini ve faaliyette bulunmasını ifade etmektedir³⁴³. Klasik kamu hizmeti anlayışında ve kamu hizmeti ilkelerinde zaman içerisinde büyük değişimler yaşandığı görülmektedir. Süreklilik, eşitlik, uyum, meccanilik (karşılıksızlık) gibi klasik ilkeler yanına evrensel hizmet³⁴⁴, şeffaflık, sorumluluk, yalınlık, ulaşılabilirlik, katılım, uyum, güvenilirlik gibi yeni kavramlar ve ilkeler eklenmiştir³⁴⁵.

Kamu hizmetinin sunulması başta devletlerin çok daha fazla rol üstlendikleri şekillerde yerine getirilirken sonradan bu anlayış değişmiş, devletlerin yapısal, hukuksal ve yöntemsel değişikliklere gitmesine neden olmuştur³⁴⁶. Gerçekten de kamu hizmetinin görülüş usulleri emanet, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz, ruhsat usulü gibi klasik usuller iken, zamanla bunların yanına karma modeller eklenmiş, kamu ile özel sektörün işbirliğinin söz konusu olduğu Yap-İşlet-Devret ve diğer modeller gelişmiştir³⁴⁷.

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi, bir yönü ile teknolojik gelişmeler ile birlikte kolaylaşmış ise de, diğer yönü ile hizmetlerin farklılaşması ve çeşitlenmesi nedeni ile zorlaşmıştır³⁴⁸. Toplumsal ihtiyacın artması, bu ihtiyacı karşılayacak mal ve hizmet üretimini de zorunlu kılmıştır³⁴⁹.

³⁴² Bu yetkinin yasama organında olduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında da açıkça belirtilmiştir. Ancak bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında kanun koyucunun iradesinden bağımsız kamu hizmetlerinin varlığının kabul edildiği de görülmektedir. 2017 Anayasa değişikliğinden önce Kanun Hükmünde Kararname ile de kamu hizmetinin kurulup kurulamayacağı tartışmalara neden olmuştur. Söz konusu karar ve tartışmalar için bkz. Keskin, s. 33; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 257 vd.

³⁴³ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 258.

³⁴⁴ Belirli bir kalite ve fiyatla hizmetin herkesin kullanımına sunulmasını ifade eden evrensel hizmet başta telekomünikasyon ve enerji gibi şebekeye dayalı kamu hizmetleri için kullanılırken bugün bunun ötesinde bir anlam kazanmıştır. Bkz. Çağdaş Evrim Ergün, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010, s. 43.

³⁴⁵ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 249; Keskin, s. 53.

³⁴⁶ 1974 petrol krizi sonrası özellikle İngiltere’de Thatcher ve ABD’de Reagan iktidarları özelleştirmeler, sözleşmelerle hizmet gördürme, taşeronlaşma gibi “yeni kamu yönetimi” kapsamında pek çok yapısal, hukuksal ve yöntemsel değişikliklere gitmiş, devletin sınırları daralmıştır. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 132; “Özellikle 70’li yıllardan başlayarak son on yılda hızla yaygınlaşan ve geniş anlamında ‘özelleştirme’ olarak nitelenen politikalar Devletin küçültüp kamu kesimini daraltmaya yöneliktir.” şeklinde değerlendirme yapılmış bu anlayışın gerekçesi Devletin yapması gereken görevlerin daha hızlı, etkin ve verimli bir şekilde yapılması olarak belirtilmiştir. Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 307.

³⁴⁷ Keskin, s. 63; Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 285; Odyakmaz, s. 19.

³⁴⁸ Selman Sacit Boz, “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, **İNÜHFD**, Cilt:4, Sayı:2, 2013, s. 278.

³⁴⁹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 45; Gökyurt, s. 87 vd.

Kamu hizmetinin kesintisiz ve sürekli bir biçimde yerine getirilmesi ihtiyacı, kamu yanında özel hukuk kişilerinin de kamu hizmeti sunmasını gerektirmiş, aynı zamanda kamu ile özel sektörün işbirliği yapmak suretiyle de kamu hizmeti sunmasına olanak veren modellerin gelişmesine neden olmuştur. Belirtmek gerekir ki kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yerine getirilmesi “kamu hizmeti” niteliğinin yok olmasına neden olmaz. Kamu hizmeti özel kişiye gördürülse dahi kamu hizmeti niteliği ortadan kalkmadığından idarenin görevi kapsamındaki sorumluluğu devam etmektedir³⁵⁰. Bundan dolayı yapım ve işletme özel kişiler vasıtası ile gerçekleştirilse dahi projenin asıl sahibi olarak idarenin denetim yetkisi vardır³⁵¹. İdarenin denetim yetkisi, özel sektörün kamu hizmetlerine hakim olan eşitlik, tarafsızlık gibi ilkelere aykırı hareket etmemesini sağlamayı da kapsamaktadır³⁵².

Özel sektörün kamu ile birlikte mal ve hizmet sunmasına katıldığı bu hizmet çeşitlerine “Kamu Özel İşbirliği” (Public Private Partnership) ismi verilmektedir. Böylece bu model ile kamu ile özel sektör arasında risk ve maliyet paylaşımı olmaktadır³⁵³. Riskin özel sektör ve kamu arasında doğru bir şekilde paylaşımı bu projelerin başarıya ulaşması için en kritik noktalardan birisidir³⁵⁴.

Bununla birlikte KÖİ’nin tam olarak kapsamı ve neyi ifade ettiği ile ilgili görüş birliği yoktur³⁵⁵. Avrupa Birliği Komisyonu 30 Nisan 2004 tarihli KÖİ konusunda kamu

³⁵⁰ Danıştay, yüklenici tarafından açılan çukura düşen üçüncü kişilerin açtığı davalarda, işi yükleniciye vermesine rağmen, kendisine ait görevi yükleniciye yaptırmaması nedeni ile Belediye’nin sorumluluktan kurtulamayacağı konusunda kararlar vermiştir (D. 10. D., E. 1997/160, K. 1997/2583, T. 25.06. 1997; D. 8. D., E. 1985/211, K. 1987/313, T. 08.07.1987). bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 348; Gökyurt, s. 78 ve s. 142; Hüseyin Melih Çakır, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 177; Karş. Gür, s. 31.

³⁵¹ Evren, s. 140 vd.

³⁵² Gökyurt, s. 146.

³⁵³ Ertuğrul Acartürk / Sabiha Keskin, “Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, 2012, s. 29; Evren, s. 69 vd.; Mehmet Kadir Çakır, **6428 Sayılı Kanununa Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model: Yap Kirala Devret**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 31-32; Gökyurt, s. 45; (Hüseyin Melih) Çakır, s. 447; Dilek Karagöz, “**Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2019, s. 9 vd.

³⁵⁴ Jeffrey Delmon, **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure**, Cambridge University Press, Second Edition, 2017, s. 4; Gökyurt, s. 46.

³⁵⁵ M, Cangiano./ Barry Anderson/ Max Alie/ Murray Petrie/ Richard Hemming(ed.). “Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk”, International Monetary Fund, Washington, 2006, s.4; Ahmet Keşli, **PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**, İstanbul, Group Law Publishing Yayıncılık, 2016, s. 40; Gökyurt, s. 10; Karagöz, s. 9.

imtiyaz ve sözleşmeleri ile birlik hukukuna ilişkin bir yeşil kitap (green paper)³⁵⁶ yayınlamıştır³⁵⁷. Bu kitabın 1. maddesi, KÖİ teriminin birlik nezdinde tanımlanmış bir terim olmadığını ifade ettikten sonra bir tanım getirmiştir. Bu tanıma göre; “*Genel olarak KÖİ, kamu kurumları ile altyapı tesislerinin finansmanı, inşaatı, yenilenmesi, yönetimi ve bakımı ile hizmet sağlamaya yönelik iş dünyasının iş birliği içinde olduğu formları ifade etmektedir.*”

Yeşil kitabın 2. maddesinde KÖİ’nin genel karakteristik özelliklerine de yer verilmiştir. Buna göre bu karakteristik özellikler şunlardır:

Planlanan projenin farklı yönleri hakkında kamu ve özel ortak arasındaki iş birliğini içeren ilişkinin nispeten uzun süreli olması başta gelen karakteristik özelliklerdendir.

Projenin finanse edilme yöntemi; kısmen özel sektörden, bazen ise farklı taraflar arasında yapılan kompleks düzenlemeler yoluyla gerçekleştirilmektedir. Öte yandan, bazı durumlarda daha yüksek olan kamu fonları özel fonlara eklenebilmektedir.

Projenin farklı aşamalarına (tasarım, tamamlama, uygulama, finansman) katılan finansal tarafın önemli bir rolü vardır. Kamu ortağı genel olarak kamu yararı, sunulan hizmetlerin kalitesi ve fiyatlandırma politikası açısından ulaşılabilecek hedeflerin tanımlanmasına odaklanmakta ve bu hedeflere uygun olarak hareket edildiğini denetleme sorumluluğunu üstüne almaktadır.

Kamu ortağı ve genellikle kamu sektörü tarafından üstlenilen risklerin aktarıldığı özel ortak arasında risk dağılımı da önemli bir unsurdur. KÖİ tam olarak özel ortağın tüm riskleri veya proje ile bağlantılı risklerin büyük bir payını üstlendiği anlamına

³⁵⁶ Yeşil Kitap (Green Paper), belirli bir alanda bir öneri sunarak Avrupa düzeyinde bir tartışma ve danışma sürecini başlatmak amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan belgelerdir. Yeşil Kitabın kapsadığı tartışma ve danışmaların sonuçları, bir Beyaz Kitabın konusunu oluşturabilir. T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı, Temel AB Terimleri, https://www.ab.gov.tr/files/rehber/10_rehber.pdf (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

³⁵⁷ Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, European Commission, Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, 2004. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

gelmemektedir. Riskin kesin dağılımı, ilgili tarafların bu riski değerlendirmesi, kontrol etmesi ve başa çıkabilmesi yeteneklerine göre duruma göre belirlenmektedir.

Yeşil kitapta belirtilen bu karakteristik özellikler, birbirinden farklı KÖİ modellerinin genel olarak sahip olduğu unsurları içermektedir.

Bir başka tanımda KÖİ'nin söz konusu eserde en kapsayıcı olarak kullanılan anlamının kamu ve özel varlıkların herhangi bir sözleşmesel veya hukuki ilişki içerisinde altyapı hizmetlerinin genişletilmesi ve/veya geliştirilmesi için bir araya geldikleri bir formu ifade ettiği belirtilmiştir³⁵⁸.

Dünya Bankası referans rehberinde de KÖİ, uluslararası düzeyde üzerinde anlaşılmış bir tanımla olmadiğı belirtiltikten sonra; “özel taraf ile bir kamu tarafı arasında, özel tarafın önemli risk ve yönetim sorumluluğı taşıdığı ve ücretlendirmenin performansla bağlantılı olduğı bir kamu varlığı veya hizmeti sağlamak için uzun vadeli bir sözleşme” olarak tanımlanmıştır³⁵⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı'nın Kamu-Özel İşbirliğine İlişkin Gelişmeler Raporu-2018'de ise, KÖİ, “bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında dengeli bir şekilde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır³⁶⁰.

KÖİ projeleri altyapı hizmet alımlarında yeni bir yaklaşımın öncüsü olup, geleneksel hizmet alımlarımdan farklılıklar taşımaktadır. KÖİ ile kamu ve özel sektör bir altyapı hizmet sorununun uzun süreli çözümü için bir araya gelmiştir. Buna göre KÖİ'nin

³⁵⁸ Jeffrey Delmon, **Public-Private Partnership Programs**, Wolters Kluwer, 2014, s. 1; Başkaca tanımlar için bkz. Aynı eser s. 23 vd.; Gökyurt, s. 14.

³⁵⁹ World Bank, PPP Reference Guide 3.0, <https://library.pppknowledge.org/documents/4699/download> (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

³⁶⁰ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu-Özel İşbirliğine İlişkin Gelişmeler Raporu-2018. 2019 <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/05/Kamu-Ozel-Isbirligi-Raporu-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 03.05.2020).

birçok faydasının olduğu ifade edilmiş olup³⁶¹, bunları şu şekilde izah edebiliriz;

KÖİ sayesinde, zaman ve bütçe karşılaştırılması yapıldığında büyük ölçekli projeler artış göstermiş, bu projeler daha kısa zamanda ve daha az bütçe ile yapılabilir hale gelmiştir. Bunun nedeni, KÖİ ile aynı zamanda inşaat yapımındaki en son teknoloji ile operasyon metotlarının kullanımına imkan verilmesidir.

Yapımı yüklenen kişi aynı zamanda işletme ve bakımdan da sorumlu olduğundan, kurulan döngünün maliyetine ve bu maliyetlerin minimize edilmesine daha çok odaklanmakta, inşaat (yapım) kültürüne, hizmet kültürünün de eklenmesi ile de dizayn bakımından da yeniliği ve rekabeti artırmaktadır. Böylece yapım işi, altyapı girdilerine odaklanmaktan bir hizmet kültürüne dönüşmektedir.

Hizmetin dinamik olması; hizmetin kapsamı, kalitesi, faturalandırılması, tahsilatlar, operasyonel verimlilik ve işgücü verimliliği üzerinde olumlu ve önemli bir etki meydana getirir. Böylece KÖİ rekabet, yenilik ve kaliteyi artırır. Hizmetin kapsamı ve kalitesinin artması enerji, sağlık, eğitim, altyapı hizmetlerinin standardının yükselmesini sağlar. Yerel sermaye piyasalarına erişim, yatırımları da artırıcı etki yapar.

KÖİ, bir sözleşme tipini değil, devlet ile özel sektörün bir araya geldiği, kamu hizmetlerinin görülmesinde yeni bir model ve form topluluğunu ifade etmektedir. Bu durum, KÖİ'nin doğasının esnek olmasını ve ihtiyaçlara göre yeni form ve modellerin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Evrensel bir norma sahip olmayan KÖİ yaklaşımı, ülkeden ülkeye sektörden sektöre, projeden projeye değişiklikler göstermektedir. KÖİ projeleri içerisinde yer alsın veya almasın, amaç kamu hizmetlerinin sunulması olduğunda bundan nihai olarak devletin sorumlu olduğu açıktır. Bu bakımdan, KÖİ modelleri bakımından da nihai düzenleyici otorite devlet olacaktır³⁶².

KÖİ programlarının başarıya ulaşması için güçlü ve açık bir politik desteğin

³⁶¹ Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, s. 2.

³⁶² Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, s. 8; Devletin rolü için bkz. Delmon, *Public-Private Partnership Programs*, s. 11 vd.

varlığı gerekir. Kamu bu tür projelerde arazi tahsisi³⁶³, vergi avantajları, gümrük muafiyetleri, varlık, sübvansiyon desteği, garantiler ve rekabet etmeme, hammadde tedarik etme gibi çeşitli taahhütler vererek projeye destek olur³⁶⁴. Bu devlet destekleri, yatırımcı ilgisini projeye çekse de, projenin başarısı ve devletin amacının gerçekleşmesi için bunların doğru şekilde verilmesi çok önemlidir³⁶⁵.

KÖİ projelerinin en önemli ayağı projenin finansmanıdır. Özel sektör, genelde finansmanı sağlarken, kamu tarafı çeşitli taahhütler ile projeyi destekler³⁶⁶. Projenin finansmanı için projenin içerdiği risklerin değerlendirilmesi, kredi verenler için çok önemli bir husustur. Projenin değeri, işletme aşaması boyunca projenin gelir getirme kapasitesi üzerine kuruludur³⁶⁷. “Bankability” olarak da ifade edilen bu durum projenin kredi verilebilirlik seviyesini ifade etmektedir. Bunun için proje kapsamında doğabilecek genel risk, operasyon riski, tedarik riski, kur riski, politik risk, çevre ve sosyal riskler, sigorta, mücbir sebep halleri gibi pek çok risk unsuru ile ilgili değerlendirme yapılmakta, bu risklerle ilgili olarak hissedarlık sözleşmeleri, inşaat yapım sözleşmeleri (genel olarak FIDIC), işletme ve bakım sözleşmeleri, saha satın alma kiralama sözleşmeleri, hissedar destek sözleşmesi gibi pek çok sözleşme içerisinde bu risklerle ilgili önlemler alınmaktadır³⁶⁸. Bununla birlikte söz konusu riskler bakımından kamu tarafından verilen taahhütlerin büyük önemi bulunmaktadır.

Projelerinin bir kısmında proje kredisi için de devletin garanti verdiği görülmektedir. Böylece kredi verenler ve yatırımcılar için proje çok daha cazip hale gelir, yatırımcı riskleri azaltılmış olur³⁶⁹. Ülkemizde de 4749 sayılı “Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun” un 8. maddesinde müsteşarlık, hazine

³⁶³ Ülkemizde uygulanan KÖİ projelerinde arazi tahsisi genel olarak üst hakkı tesisi veya kullanım izni verilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir. Evren, s. 92.

³⁶⁴ Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, s. 47; Delmon, *Public-Private Partnership Programs*, s. 26; Evren, s. 70 vd.

³⁶⁵ Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, s. 55.

³⁶⁶ Evren, s. 67.

³⁶⁷ Dewar, s. 82; Evren, s. 69 vd.

³⁶⁸ Dewar, s. 114; Evren, s. 63.

³⁶⁹ Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, s. 63.

garantisini³⁷⁰ verilmesi konusunda yetkilendirilmiştir. Anılan kanuna 21.02.2013 tarihinde 6428 sayılı Kanun ile eklenen m. 8/A hükmüne göre, devlet tarafından verilecek bir borç üstlenim anlaşmasını imzalamaya Cumhurbaşkanının yetkili olduğu ifade edilmiştir. Ancak Kanun hükmüne göre, devletin borç üstlenimi yapabilmesi için; kredinin dış kaynaklı olması, Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılanlar için bir milyar TL üzerinde proje bedeli olması, 6428 sayılı kanun kapsamında yapılan “şehir hastaneleri” adı ile bilinen sağlık tesisleri ve maddede belirtilen diğer Yap-Kirala-Devret projeleri için proje bedelinin asgari beş yüz milyon TL olması halinde üstlenime konu olabilecekleri ve mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını Cumhurbaşkanının belirleyeceği düzenlenmiştir. Bu üstlenimin konusu, yatırım için bankalar tarafından verilen kredi borçları olmaktadır.

4749 sayılı kanun m. 8/A kapsamında “Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik”³⁷¹ çıkarılmış, 25.12.2019 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 24.12.2019 tarihli 1850 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile “Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” çıkarılmıştır. Anılan Yönetmelik m. 4’e göre, borç üstlenim taahhüdü, ana kredi tutarının ve buna ilişkin finansman maliyetlerinin tamamını içerecek şekilde verilecektir. Şirketin gerçekleştireceği yatırım ve hizmetler için tahsis edeceği öz kaynak oranı, sözleşme süresinde toplam yatırım tutarının yüzde otuzundan az olamaz.

KÖİ projeleri önceleri en çok İngiltere’de uygulanmıştır. 1990- 2009 yılları arasında dünyadaki KÖİ projelerinin üçte ikisi İngiltere tarafından yürütülmüştür³⁷². Dünyada da pek çok büyük projenin de bu model ile yapıldığı görülmektedir. Avrupa Birliği resmi internet sitesindeki verilere göre; 2013 başlangıç tarihli Hollanda’da yapılan deniz projesi, 2012 tarihli İtalya’da Bari yol projesi, 2012 tarihli Finlandiya otoyolu, 2010

³⁷⁰ Hazine garantisinde yatırımın riskleri bizzat hazine tarafından üstlenilmektedir. Bkz. Hasan Basri Çifçi, **Devlet Garantileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 87 vd.

³⁷¹ RG, S. 28977, T. 19 Nisan 2014 Cumartesi.

³⁷² Acartürk / Keskin, s. 29.

tarihli Finlandiya demiryolu ve pek çok önemli proje bu model ile hayata geçirilmiştir³⁷³.

Birçok KÖİ çeşidinde devlet en büyük alıcıdır. Bu alım ya devletin doğrudan kendi kullanımı şeklinde gerçekleşmektedir (hapishaneler gibi), ya başka bir hizmeti sağlamak şeklinde gerçekleşmektedir (okul, hastane gibi) veya devlet nihai tüketici adına bu alımı yapmaktadır (ücretsiz bir yol gibi). Bununla beraber bazı KÖİ çeşitlerinde özel işletmeciler hizmeti doğrudan halka da satabilir (paralı otoyol veya paralı demiryolu gibi)³⁷⁴.

KÖİ projeleri, çok farklı alanlarda kamunun finansman ihtiyacının temini ile kamu hizmetlerinin etkin ve sürekli olarak yerine getirilmesi amacı ile doğmuştur. Son yıllarda ülkemizde ulaşım, enerji, sağlık gibi altyapı hizmetleri ile teknolojik yatırımlar için sıkça bu yöntemle başvurulduğu görülmektedir. KÖİ yatırımları ülkemizde 1986 yılından bu yana her geçen yıl artmış, bu alanda en çok yatırım 2013 yılında gerçekleştirilmiştir.

Tablo 1: KÖİ Projeleri Yatırım Tutarlarının Yıllara Göre Dağılımı³⁷⁵

KÖİ Projeleri Yatırım Tutarlarının Yıllara Göre Dağılımı	
YIL	TOPLAM (\$)
2019	20.236.932,42
2018	26.541.629,60
2017	5.047.822.742,31
2016	5.955.070.509,83
2015	1.005.305.587,95
2014	3.014.790.977,95
2013	24.661.104.126,68
2012	2.682.815.649,30

³⁷³ European Commission, PPP, <https://ec.europa.eu/inea/en/ten-t/ten-t-projects/projects-by-transport-mode/ppp> (Erişim Tarihi: 18.03.2020).

³⁷⁴ Cangiano/ Anderson/ Alie/ Petrie/Hemming, s. 5.

³⁷⁵ Söz konusu veriler Ocak 2020 tarihinde Uygulama Sözleşmesi imzalanmış projeleri kapsamaktadır. Bu veriler için bkz. T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu-Özel İşbirliği İle Yürütülen Projeler, <https://koi.sbb.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 04.07.2020).

2011	3.089.873.842,27
2010	8.379.096.496,66
2009	149.698.016,67
2008	858.073.914,16
2007	777.319.782,52
2006	32.082.285,94
2005	621.512.784,05
2004	731.194.732,07
2003	247.718.096,01
2001	27.298.380,48
2000	23.773.000,31
1999	8.562.717.806,05
1998	5.312.737.624,16
1997	791.885.701,25
1996	754.197.131,78
1995	2.731.755.460,00
1994	283.707.022,80
1993	2.453.586.435,31
1992	18.473.080,67
1991	4.979.538,21
1989	0
1988	17.382.739,49
1987	16.348.799,43
1986	7.792.657,70

Kamu ile özel sektör arasındaki bu ortaklık ile yatırım ile ilgili yönetim organizasyonu, finansman, risk paylaşımı ile projedeki diğer görev ve sorumluluklar paylaşılmakta, süreç birlikte yönetilmektedir³⁷⁶. KÖİ modelinin uygulama sahası; Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, Yap-Sahip Ol- İşlet-Devret, Yap-Kirala-Devret gibi biçimlerle gün geçtikte genişlemiştir³⁷⁷.

³⁷⁶ Eyüp Vural Aydın, “Yerel Yönetimlerde Altyapı Yatırımlarının Finansmanı: Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2014), s. 2; Cangiano/ Anderson/ Alie/ Petrie/Hemming, s.1.

³⁷⁷ Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, s. 9; KÖİ uygulamaları bu modellerle sınırlı olmayıp, uygulanan diğer modeller için bkz. Evren, s. 349 vd.; (Mehmet Kadir) Çakır, s. 43; Gökyurt, s. 51.

Tablo 2: Türkiye’de KÖİ projelerinin sektörlere göre dağılımı³⁷⁸

Türkiye’de Proje Sayılarının Sektörlere Göre Dağılımı	
Sektör	Sayı
Karayolu	41
Havaalanı	18
Yat Limanı ve Turizm Tesisi	18
Demiryolu	1
Kültür ve Turizm Tesisi	1
Gümrük Tesisi	19
Endüstriyel Tesis	2
Sağlık Tesisi	20
Enerji	97
Liman	23
Madencilik	8
Katı Atık	1

Ülkemizde uygulanan KÖİ modelleri; Yap-İşlet-Devret, Yap-Kirala-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkı Devri modelleri olup, yürütülen projelerin sektörlere göre yatırım tutarları incelendiğinde en fazla yatırımın ulaştırma sektöründe yapıldığı görülmektedir³⁷⁹.

³⁷⁸ Söz konusu veriler Ocak 2020 tarihinde Uygulama Sözleşmesi imzalanmış projeleri kapsamaktadır. Bu veriler için bkz. T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu-Özel İşbirliği İle Yürütülen Projeler, <https://koi.sbb.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 04.07.2020).

³⁷⁹ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu-Özel İşbirliğine İlişkin Gelişmeler Raporu-2018. 2019 <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/05/Kamu-Ozel-Isbirligi-Raporu-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 03.05.2020)

Türkiye’de KÖİ çeşitleri içerisinde ana yöntem Yap-İşlet-Devret sözleşmeleridir³⁸⁰. Son dönemlerde aşağıda inceleyeceğimiz 6428 sayılı Kanun ile “Şehir Hastaneleri” adı ile bilinen yeni bir KÖİ modeli daha ülkemizin uygulama alanı içerisine girmiştir.

Tablo 3: Türkiye’de KÖİ Projelerinin Modellere Göre Dağılımı³⁸¹

Proje Sayılarının Modellere Göre Dağılımı	
Model	Sayı
Yap-İşlet-Devret	115
İşletme Hakkı Devri	109
Yap-Kirala-Devret	20
Yap-İşlet	5

b. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetleri kamu kurum ve kuruluşlarının daha kolay gerçekleştirmeleri amacı ile oluşturulan özel bir finansman modelidir. 1782 yılında Paris’in içme suyu ihtiyacının karşılanması için Perier Brothers ile yapılan imtiyaz sözleşmesi, Yap-İşlet-Devret modelinin ilk örneklerinden olup, 1879’da açılan Süveyş Kanalı da bu model ile yapılmıştır³⁸².

Türk hukukunda Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri 3996 sayılı 8 Haziran 1994 tarihli kanun ile düzenlenmiştir³⁸³. 3996 sayılı Kanun m. 3, b. a’ya göre Yap-İşlet-Devret

³⁸⁰ Cangiano/ Anderson/ Alie/ Petrie/Hemming, s. 5; Evren, s. 483.

³⁸¹ Söz konusu veriler Ocak 2020 tarihinde Uygulama Sözleşmesi imzalanmış projeleri kapsamaktadır. Bu veriler için bkz. T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu-Özel İşbirliği İle Yürütülen Projeler, <https://koi.sbb.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 04.07.2020).

³⁸² Güzin Pekgüçlü Karabulut, “Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2005), s.1; Nael G. Bunni, **The FIDIC Forms of Contract**, Third Edition, Blackwell Publishing, 2005, s. 85; Erekmeççi, s. 13; Evren, s. 35.

³⁸³ Bu tarih öncesini taşıyan aşağıda inceleyeceğimiz 4.11.1984 tarihli 3096 sayılı Kanun ve Karayolları Genel Müdürlüğü dışındaki kuruluşların otoyollar ile üzerindeki tüm tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi için yapılacak görevlendirmelere ilişkin usul ve esasları düzenleyen 28.05.1988 tarihli 3465 sayılı Kanun’un Yap-İşlet-Devret

sözleşmelerinde, yatırımı yapacak olan sermaye şirketi, elde edilecek karın ve sermayenin sahibidir. Yatırımcı, söz konusu kanunun kapsamına giren yol, köprü, tünel vs. inşaatı yapmayı (meydana getirmeyi), idarenin verdiği işletme süresi içerisinde işletmeyi, süre sonunda da her türlü borç ve taahhütlerinden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak idareye devretmeyi borçlanmaktadır. Bunun karşılığında idare ise, inşaatın yapılacağı taşınmazı yatırımcı şirkete projenin gerçekleştirilmesi için teslim etmeyi, gerekli kamulaştırma işlemlerini yapmayı ve belirlenen süre içerisinde sözleşme konusu yerin işletilmesi için bir nevi imtiyaz vermeyi borçlanmaktadır.

Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin içeriğinde bir yandan finansman unsuru, bir yandan inşa etme (yapıyı meydana getirme) unsuru, diğer yandan da işletme hakkı unsuru bulunmaktadır³⁸⁴.

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri konumuz bakımından son derece önemlidir. Zira, özellikle son zamanlarda asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren sözleşmelerin birçoğunun bu model ile yapıldığı görülmektedir³⁸⁵. Bu sözleşmelerin uygulanabileceği alanlar 3996 sayılı kanun Madde 2 ile sayılmış ve bu kapsam zaman içerisinde genişlemiştir. Buna göre; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler , gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyej tesisleri lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat

sözleşmesinin ilk yasal düzenlemeleri olduğu hakkında bkz. Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 305.

³⁸⁴ Karabulut, s. 62 vd.; Erden Kuntalp, “Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 753; Erekmekci, s. 43; Evren, s. 362 vd.; Gökyurt, s. 101 vd.

³⁸⁵ Özellikle 2010 yılı sonrasında bu model ile yapılan işlerin sayısı artmıştır. İstanbul-Bursa-İzmir Otoyolu, Osmangazi Köprüsü, Kuzey Marmara Otoyolu, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Malkara-Çanakkale Otoyolu, 1915 Çanakkale Köprüsü, Menemen-İzmir-Çandarlı Otoyolu, Ankara-Niğde Otoyolu gibi önemli projeler Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılmıştır. Bkz. <http://www.kgm.gov.tr/Sayfalar/KGM/SiteTr/Kurumsal/Tarihce.aspx>, (Erişim Tarihi: 03.02.2019).

limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılabilecektir.

3996 sayılı Kanuna göre Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılacak bir yol projesinde Danıştay, boğaz köprüsü gelirlerinin yüklenici firmalara finansman desteği olarak tahsis edilmesinin hukuken olanaksız olduğuna karar vermiştir³⁸⁶. Daha sonra, 3996 sayılı Kanun m. 3'e 5762 sayılı Kanunun m. 3 ile 09.05.2008 tarihinde e bendi eklenmiş olup, söz konusu hükme göre; *"Katkı Payı: Görevli şirketin ürettiği mal veya hizmetin bedeli, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesi mümkün olmayan yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete tamamen veya kısmen yapılan ödemeyi, ifade eder."*

Bu model, kamu kurumları tarafından yüksek finansman ihtiyacının karşılanması için kullanılsa da kamu kurumları dışında özel şahısların da bu şekilde bir sözleşme yapmalarının önünde engel yoktur³⁸⁷.

Bu model, esas itibarıyla yatırımcı çekmek ve yatırımcı bakımından bir cazibe meydana getirmek için oluşturulmuştur. Bir diğer ifade ile bu model sonucunda yatırımcının işletme döneminde elde edeceği kar ne kadar yüksek olur ise o derece bu modelin de yatırımcı çekmesi kolay olacaktır³⁸⁸. İşte bu noktada modelin cazibesini artırmak için yatırımcıya bir kısım asgari ekonomik menfaatler taahhüt edilmektedir. Her ne kadar yatırımcı bakımından kar elde etmek gayesi var ise de sözleşmenin diğer tarafı

³⁸⁶ Bu konudaki duraksamanın giderilmesi için Danıştay'a görüş sorulmuştur. Danıştay 1. Daire; *"İmtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanı sıra 3996 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde de, bu kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durumda, sözü edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince, yüklenici firmalara ... boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır."* gerekçesi ile boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak yüklenici firmalara tahsis edilmesine hukuken olanak bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 1. D., E. 1998/267, K. 1998/481, T. 16.12.1998, (Kazancı, Erişim Tarihi:10.05.2020).

³⁸⁷ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi* s. 13; Karabulut, s. 10; Gökhan Kürşat Yerlikaya, **Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 30.

³⁸⁸ Yerlikaya, s. 28.

olan kamu bakımından çoğu zaman kamu hizmetinin özel kişi ile gördürülmesi amacı bulunmaktadır. Bu amaç kapsamı içinde bazen karlılığı yüksek olmayan veya yatırımcının riskli göreceği bir kısım projeler olabilir. Yatırımcı, böyle büyük bir yatırımdan zarar ederek çıkmamayı veya hiç değilse uğrayacağı zararın sınırlarını görmeyi sağlayacak asgari bir gelirin taahhüt edildiğini görmek istemektedir. Bu bakımdan birçok Yap-İşlet-Devret projesinde yatırımcıya buna yönelik taahhütler verilmektedir³⁸⁹.

Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin esas itibarıyla bir finansman modeli olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁹⁰. Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin temeli finansman ihtiyacının giderilmesi için bir model oluşturulması olsa da bu sözleşme, 3996 sayılı Kanun ile bizzat kanun tarafından düzenlenen aynı zamanda bir sözleşme tipini de ifade etmektedir³⁹¹.

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri ile esasında kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin bir işletme faaliyeti belirli bir süre için bir özel şirkete verilmektedir. Bu sebeple uzun süre bu sözleşmelerin bu niteliğinin doğurduğu sonuçlar tartışma konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi 26.03.1997 tarihinde Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi sayılacağını belirten düzenlemeyi, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamından ve dolayısı ile Danıştay denetiminden çıkarıldığı gerekçesi ile iptal etmiştir³⁹².

³⁸⁹ Asgari bir gelir taahhüdü verilen Yap-İşlet-Devret sözleşmelerine örnek olarak; İstanbul-Bursa-İzmir Otoyolu, Osmangazi Köprüsü, Kuzey Marmara Otoyolu, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Malkara-Çanakkale Otoyolu, 1915 Çanakkale Köprüsü, Menemen-Aliaga-Çandarlı Otoyolu, Ankara-Niğde Otoyolu gibi otoyol projelerinde verilen araç geçiş garantisi, havalimanı sözleşmelerinde verilen yolcu garantisi verilebilir.

³⁹⁰ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 13; Yasin/ Yıldırım/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Tekinsoy, s. 528; Karabulut, s. 11; Osman Berat Gürzumar, **Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 1998, s. 201.

³⁹¹ Karabulut, s. 115.

³⁹² Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında şu açıklamalara yer verilmiştir; “...Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesindeki idarî sözleşmeler, aynı zamanda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir. Çünkü bunlar, idarenin, özel kişiyle yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi olan kamu hizmeti imtiyazının bütün özelliklerini taşımaktadır....30.8.1996 günlü, 4180 sayılı “3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 1. maddesiyle değiştirilen 3996 sayılı Yasa’nın 11. maddesinin: “Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler...” bölümünün, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı üzerine³⁹³ Anayasanın 47. maddesine 13.08.1999 tarihinde 4446 sayılı Kanun ile ek bir fıkra eklenmiş, özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacak yatırım ve hizmetlerin kanunla belirleneceği açıkça belirtilmiştir. Anayasa’da yapılan bu değişiklik sonrasında da 3996 sayılı Kanun’un 5. Maddesi de değiştirilmiş, 4493 sayılı Kanun ile 20.12.1999 tarihinde Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.

Bu nedenle sözleşmenin inşa etme (yapıyı meydana getirme) unsuru bakımından eser sözleşmesi hükümleri, işletme hakkının belirli bir süre devri ile ilgili ürün kirası hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir³⁹⁴. Netice olarak, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi karma bir sözleşmedir³⁹⁵.

Ancak, karma sözleşmelerde, unsurların ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerin uygulanması genel olarak kabul edilse de bu uygulamanın nasıl olacağı konusunda bir belirsizlik vardır³⁹⁶. Yargıtay bazen kanun hükümlerini doğrudan uygulamakta³⁹⁷ bazen ise kıyasen uygulama yoluna gitmektedir³⁹⁸. Bu uygulamayı eleştiren bir görüşe göre, bu unsurların bir araya gelişi basit bir yığılma olarak ele alınıp, unsurlarını içerdiği sözleşme tiplerinin basit bir birleşimi ve tekrarı değildir. Bunun aksine artık ortaya kendine özgü yapısı olan bir sözleşme çıkmıştır. Bu yeni sözleşme unsurlarını içerdiği sözleşmeden ne tamamen uzak ne de o tiplerin bir benzeridir. Bir sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilirken sözleşmenin tüm unsurları ve özellikleri bir bütün olarak ele alınmalı, unsurlar ayırarak bir değerlendirmeye gidilmemelidir. O halde Yap-İşlet-Devret sözleşmelerine unsurlarını içerdiği sözleşme tipi doğrudan doğruya

İPTALİNE...”, AYM, E. 1996/63, K. 1997/40, T. 26.03.1997, (Kazancı, Erişim Tarihi:15.04.2019).

³⁹³ Bu iptal kararının sonuçları hakkında bkz. Keskin, s. 84 vd.

³⁹⁴ Karabulut, s. 118.

³⁹⁵ Yarg. 13. HD, E. 1998/4614, K. 1998/5241, T. 09.06.1998; Zevkliler/ Gökyayla, s. 19, dn. 56; Kuntalp, *Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış*, s. 755; Çifçi, s. 67.

³⁹⁶ Kuntalp, *Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış*, s. 755.

³⁹⁷ Süre sonunda YİD sözleşmesinin sona ermeyeceği, BK’nın veya 6570 sayılı Kanunun tahliye nedenlerinden birinin gerçekleşmesi gerektiği yönünde: YHGK E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982; YHGK, E. 2009/13-282, K. 2009/ 320, T. 08.07.2009, (Kuntalp, *Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış*, s. 755); Bu sonucun kabul edilemeyeceği, Yüksek Mahkeme’nin Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin TBK’da düzenlenmediğini gözden kaçırdığı eleştirisi için bkz. Kuntalp, *Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış*, s. 762.

³⁹⁸ Kuntalp, *Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış*, s. 755.

uygulanmamalı, benzerliğin yoğunluğu oranında o tiplere ilişkin hükümler uygulanmalıdır³⁹⁹.

Bu bakımdan Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bir idari sözleşme olduğu yönündeki görüş⁴⁰⁰ söz konusu yasal düzenlemeler öncesinde kalmıştır. Mevcut düzenlemeler karşısında bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz niteliğinde bir idari sözleşme olduğunu kabul etmek olanaksızdır⁴⁰¹.

3996 sayılı Kanun m. 4 kapsamında verilen yetki ile Bakanlar Kurulu tarafından 94/5907 Karar Sayısı ile “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar”⁴⁰² çıkarılmıştır. Sonradan bu Bakanlar Kurulu Kararının yerini, 2011/1807 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı almıştır⁴⁰³. 2011/1807 Karar Sayılı BKK m. 17 f. 1’ de, görevli şirketlerin bu Karar kapsamında getireceği öz kaynak oranının, sabit yatırım tutarının yüzde 20’sinden az olamayacağı düzenlenmiş, aynı paragrafta ise her Yap-İşlet-Devret projesi için ayrı bir şirket (SPV) kurulacağı ifade edilmiştir. 2005/8572 sayılı BKK m. 6’ya 07.03.2005 tarihinde eklenen fıkra hükmü, 2011/1807 Karar Sayılı BKK’da da m. 17 f. 2’ de yer almıştır. Bu hükme göre, Yap-İşlet-Devret projesi için kurulacak ayrı şirketin ortaklarından en az birisi kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu veya üst kuruluş ise ve şirketin sermayesine %51 ve üzerinde iştirak ediyorsa, projelerin aynı faaliyet konusunda olması kaydı ile işin özelliğine göre idarenin de uygun görmesi durumunda yeni bir şirket kurma şartının aranmayacağı düzenlenmiştir.

3996 sayılı Kanun kapsamında çıkarılmış 94/5907 sayılı BKK ve sonradan onun yerini alan, 2011/1807 Karar Sayılı BKK⁴⁰⁴ esas itibarıyla Yap-İşlet-Devret modelinde

³⁹⁹ Kuntalp, *Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış*, s. 760-761.

⁴⁰⁰ Lütfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, *AÜSBFD*, Y. 1991, C. 46, s. 155; Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline* s. 318 vd.

⁴⁰¹ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 475-476.

⁴⁰² RG, T. 01.10.1994, S. 22068.

⁴⁰³ RG, T. 11.06.2011, S. 27961, “3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar”.

⁴⁰⁴ RG, T. 11.06.2011, S. 27961 (Mükerrer).

dört ayrı aşamayı düzenlemiştir⁴⁰⁵. Birinci aşama; görevlendirme ihalesi işlemleri, görevlendirme kararının verilmesi aşamasıdır. İkinci aşama; uygulama sözleşmesinin imzalanması, kesin teminatın verilmesi⁴⁰⁶ aşamaları ve yapım sözleşmesinin imzasıdır. Üçüncü aşama; tesisin işletmeye açılması ve işletilmesi aşaması, işletme ruhsatının verilmesi, işletme sözleşmesinin imzalanması aşamasıdır. Dördüncü aşama; işletme ruhsatı sonunda yatırım ve tesisin kamu kuruluşuna devri aşaması ve devir sözleşmesidir.

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri bakımından 3996 sayılı kanun, KİK'in aksine idarenin sözleşmeleri bakımından belirli bir ihale usulü öngörmemiştir⁴⁰⁷. Bununla birlikte idare, ihaleyi şeffaflık, rekabetçilik, eşit muamele gibi ilkeler kapsamında yapmakla yükümlü olup, bu konuda sınırsız bir yetkiye sahip değildir⁴⁰⁸. Görevlendirme ihalesi aşamasındaki tüm işlemler idari işlem niteliğinde olacaktır⁴⁰⁹. Bununla birlikte, Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin imzalanması ile birlikte 3996 sayılı Kanun m. 5 gereği sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır.

Bir görüşe göre⁴¹⁰; yapım aşaması bittikten sonra idare ile görevli şirket arasında tesisten yararlanacaklardan alınacak bedelleri ve işletmenin şartlarını belirleyen işletme sözleşmesi, kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde bir idari sözleşme olup, bundan doğacak uyuşmazlıklarda tahkime başvurulamaz ve görevli mahkeme idare mahkemesidir.

Kanaatimizce, işletme sözleşmesi Yap-İşlet-Devret modeli içerisinde yapılan Yap-İşlet-Devret Sözleşmesinin eki niteliğinde bir sözleşme olup, bu sözleşme de özel hukuk hükümlerine tabi olmalıdır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, yatırımcının finansman temini ve yapıma ilişkin borçlarının karşılığı olarak, “işletme hakkının tanınması” da idarenin bu sözleşme ile üstlendiği asli edim borçlarından. Bu karşı edime, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ürün kirası hükümleri uygulanabilir⁴¹¹. Aksinin

⁴⁰⁵ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 318.

⁴⁰⁶ 2011/1807 Karar Sayılı BKK m. 24.

⁴⁰⁷ Günday, s. 196; Gökyurt, s. 92.

⁴⁰⁸ Gökyurt, s. 130.

⁴⁰⁹ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 320.

⁴¹⁰ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 322.

⁴¹¹ Karabulut, s. 433.

kabulü, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğunu düzenleyen kanun hükmüne de aykırı düşecektir.

Yap-İşlet-Devret, sözleşmeleri bakımından da sözleşme imzalandıktan sonra, idare mahkemesi tarafından verilen bir iptal kararı söz konusu olabilecektir. Bu konuda yukarıda⁴¹² kamu ihale sözleşmelerini incelerken ihale ve sözleşme ilişkisine ilişkin yaptığımız tüm değerlendirmeler burada da geçerli olacaktır. Kanaatimizce, sözleşme imzalandıktan sonra idare mahkemesi tarafından bir iptal kararı verildiğinde söz konusu karar, sözleşmeyi doğrudan ve otomatik olarak geçersiz hale getirmemelidir. İptal kararının sonucu, ancak TBK m. 26 ve m. 27 hükümleri kapsamında bir hükümsüzlük sonucu doğuruyor ise bu durumda sözleşme de kısmi veya tam bir hükümsüzlük söz konusu olabilecektir.

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri bakımından da ihale ve sözleşme dönemi ilişkisi yargı kararlarına konu olmuştur.

Yargıtay'ın bir kararına konu olayda, Yap-İşlet-Devret sözleşmesi kapsamında verilen ruhsat idare tarafından iptal edilerek sözleşme feshedilmiştir. Yerel mahkeme, yüklenici davacının açtığı davayı görev yönü ile reddetmiş, bunun üzerine uyuşmazlık Yargıtay'a taşınmıştır. Yargıtay vermiş olduğu kararda; maddi vakıaları ileri sürmenin taraflara, hukuki vasıflandırmanın hakime ait olduğunu belirterek, davanın feshin haksızlığı ve sözleşmenin devamı talepli muarazanın meni olarak kabulü gerekeceği ve sözleşmenin imzası sonrasında artık bu uyuşmazlığa adli yargıda görüleceği gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴¹³. Yargıtay'ın bu kararı isabetlidir. Aksi halde,

⁴¹² Bkz. Birinci Bölüm, III, D, 1, c.

⁴¹³ “1086 Sayılı HUMK'nın 76. maddesi ve 6100 Sayılı HMK'nın 33. maddesi uyarınca maddi vakıaları ileri sürüp ispatlamak taraflara, hukuki tavsif hakime aittir. Taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine ve sözleşmenin feshinin tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli irade beyanı şeklinde bir hukuki işlem olmasına göre, dosya kapsamında yer alan belgeler ve özellikle dava dilekçesi içeriği incelendiğinde, davacı talebinin feshin haksızlığının tespit edilerek sözleşmenin devamının sağlanması talebi de bulunduğundan muarazanın meni olarak kabulü gerekir. Yargıtay H.G.K.'nın 21.3.2001 gün 2001/257-285 Sayılı kararı, Dairemizin yerleşik uygulama ve içtihatları ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 3.2.1997 gün 4/3 Sayılı kararlarına göre; kamu kurumlarının taraf olduğu eser sözleşmelerinden doğan davalarda sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkacak ihtilaflarda adli yargı görevlidir. Uyuşmazlık, taraflar arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenen sözleşmenin feshi sebebiyle muarazanın meni istemine dair olduğundan, adli yargının görev alanında kalmaktadır.” Yarg. 15. HD, E. 2014/4503, K. 2014/6148, T. 28.10.2014, (Kazancı, Erişim Tarihi: 03.05.2020).

sözleşmenin imzası sonrasında idarenin tek taraflı işlem yapması suretiyle, her yapılan idari işlemin özel hukuk sözleşmesine müdahalesi ve idari yargının görevi gündeme gelebilecektir ki, böyle bir sonuç Yap-İşlet-Devret sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkaracaktır.

İptal kararları bazen sözleşmenin ifasını hukuken imkansız hale getirmektedir. Buna ilişkin bir kararda⁴¹⁴ Yap-İşlet-Devret modeli ile ihaleyi alan şirket, Antalya'daki toplu taşıma araçlarında kullanılmak üzere araç takip ve akıllı kart sistemi kurulması ve işletilmesi konusunda davalı Belediyenin 22.2.2007 tarihinde yapmış olduğu ihale sonrasında 10 yıllık bir sözleşme imzalamıştır. Ne var ki sözleşmenin bitimine 8 yıl 5 ay kala, ihale iptal edilmiş, bunun üzerine idare sözleşmenin dayanağı kalmadığı gerekçesi ile sözleşmeyi de feshetmiştir. Yüklenici, fesihte idarenin kusurlu olduğunu, uğradığı zararların tazminini ve beklenen gelir ile kar kaybını dava etmiştir. Yargıtay bu olayda ihalenin ortadan kalkması sonucu hukuki imkansızlık nedeni ile borcun sona erdiğini ve idarenin kusuru ispatlanamadığından kar kaybı istenemeyeceğine karar vermiştir⁴¹⁵. Bu kararın gerekçesinde “objektif hukuki imkansızlık” haline dayanılmasının isabetli olmadığı, hukuki imkansızlığın edimin ifasının kanunun emredici hükümlerine aykırı olması anlamına geldiği, oysa ki burada kanunun hükmü değil, idare mahkemesinin iptali kararının bulunduğu ifade edilmiştir⁴¹⁶. Demirbaş’a göre, İdare mahkemesinin iptali

⁴¹⁴ “Bütün bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının, kesinleşen mahkeme ilamıyla iptal edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkansız hale gelmiş, hukuki imkansızlık doğmuştur. Davalı idarenin sözleşmeyi fesih iradesinin varlığı iddia ve ispat edilmiş olmadığı gibi uyumsuzluk konusu da değildir. Uyumsuzluk, mahkeme ilamına dayalı imkansızlıktan idarenin sorumlu olup olamayacağı noktasındadır. Her ne kadar iptal kararında, Belediye Meclisince verilen yetkinin aşıldığı ve bu sebeple ihalenin feshi gerektiği açıklanmış ise de sözleşmeyle taşıyıcılar esnafının zarara uğratıldığı da belirtilerek işletme bedelinin yalnızca toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete uygun düşmediği hususu da iptal nedeni sayılmıştır. Bu haliyle karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerin de tarafların, sözleşmenin ifayla sonuçlanması için objektif iyiniyet kurallarına uymaları asıldır. (T.M.K. 2. mad.). Kartın amaçladığı işlev Teknik Şartnamede geniş kapsamlı belirlendiği halde bunun bedelinin tüm yararlanan kesimlere yansıtılması yerine sadece taşıyıcılardan tahsilini kararlaştırmanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı ortadadır. Kaldı ki, kesinleşen mahkeme ilamına bağlı iptal kararının gerekçesi tartışılarak somut olayda kusur değerlendirmesi yapılması da doğru değildir. O halde sözleşmenin hukuki imkansızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmeli, sözleşme sonrası objektif imkansızlık haline göre uyumsuzluk sonuçlandırılmalıdır. Buna göre de davacı ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir, kar kaybı (olumlu zarar) isteyemez.” Yarg. 15. HD, E. 2014/1821, K. 2014/4114, T. 12.06.2014, (Kazancı, Erişim Tarihi: 04.05.2020).

⁴¹⁵ Bu Yargıtay kararının incelemesi için bkz. Harun Demirbaş, “Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (1), Bahar 2017, s. 103-121.

⁴¹⁶ Demirbaş, s. 108.

kararı, kanunun emredici hükümlerinin sözleşme üzerindeki etkisi ile eşit bir etki doğuramaz⁴¹⁷. Kararda sonraki hukuki imkansızlıktan bahsedilmiş olsa da, aslında bu aykırılığın sözleşme kurulmadan önceki mevcut bir durumla ilgili olduğu ifade edilmiştir⁴¹⁸.

Kanaatimizce, hukuki imkansızlığı yalnızca emredici kanun hükmünden doğan bir engel ile sınırlandıran bu görüş isabetli değildir. Hukuki imkansızlık bir hukuk kuralının borcun ifasına engel olmasından kaynaklanabileceği gibi, yetkili bir makamın kararının engel oluşturmamasından da kaynaklanabilir⁴¹⁹. Örneğin, bir avukatlık sözleşmesinin tarafı olan avukatın ruhsatı, sözleşmenin imzasından sonra idari bir karar ile geri alınır veya avukatlık ruhsatının verilmesine yönelik idari işlem iptal edilir ise artık avukatlık faaliyetinin yasal olarak yerine getirilmesi mümkün olmadığından sözleşmenin ifası hukuken imkansız hale gelecektir⁴²⁰. Bu bakımdan kanun hükmü ile mahkeme hükmü arasında bir fark da bulunmamaktadır. İdare, 2577 sayılı İYUK m. 28 hükmüne göre; mahkeme kararlarının gereğini derhal yerine getirmeye ve işlem tesis etmeye de mecburdur⁴²¹.

Yargıtay, Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin TBK m. 27 kapsamında kamu düzenine aykırı olduğu durumlarda sözleşmenin de kendiliğinden hükümsüz olacağına, buna ilişkin bir iptal kararı verilmesine gerek bulunmadığına ve talep halinde hükümsüzlüğün tespiti yönünde karar verilebileceğine hükmetmektedir. Yargıtay kararına konu bir olayda, Yap-İşlet-Devret sözleşmesi yapıldıktan sonra sözleşmenin imar mevzuatına aykırı olduğu görülmüş, sözleşmenin iptali için dava açılmış ise de Yargıtay “*kamu düzeninden olan imar mevzuatına aykırı bulunduğundan anılan sözleşme*

⁴¹⁷ Demirbaş, s. 116.

⁴¹⁸ Demirbaş, s. 118.

⁴¹⁹ Özçelik, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları*, s. 574; Zekeriya Kurşat, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, *Ergun Özsunay’a Armağan*, İstanbul, 2004, s. 762.

⁴²⁰ Örnek için bkz. Özçelik, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları*, s. 578.

⁴²¹ Bahtiyar Akyılmaz, Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 459 vd.; Öte yandan hiç kimseden hukuka aykırı davranışta bulunması beklenemeyeceğinden böyle bir durumda borçludan aynen ifayı talep etmek dürüstlük kuralına da (TMK m. 2) aykırı olacaktır. Özçelik, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları*, s. 575.

B.K.nun 20.maddesi uyarınca batıldır. Batıl olan sözleşme esasen hiç meydana gelmemiş sayılır ve vücuda gelmemiş sözleşmenin iptalinden de söz edilemez.” gerekçesi ile sözleşmenin iptaline şeklinde olan yerel mahkeme hükmünü, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine şeklinde düzelterek onamıştır⁴²².

Yap-İşlet-Devret ile ilgili yukarıda zikrettiğimiz 2011/1807 Karar Sayılı BKK m. 5’de bu projeler için idareye izni YPK’nın vereceği, sözleşmenin imzası öncesinde de YPK’dan onay alınacağı düzenlenmiştir⁴²³. BKK m. 17 f. 3’ de “*YPK onayı ile sözleşmesi imzalanmış olan projelerde YPK izni alınmadan, yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş ve teknik yeterliliğe sahip olan ortağın, şirketin kuruluş sermayesindeki payını yatırım döneminde değiştirmesi halinde de idare uygulama sözleşmesini feshedebilir.*” düzenlemesi mevcuttur. Burada, idarenin uygulama sözleşmesini feshedebileceği belirtilmektedir. Dikkat edilirse madde de “feshedebilir” denilmekte olup, sözleşme kendiliğinden geçersiz olmamaktadır.

O halde Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri TBK m. 26 gereği, ancak kanunun öngördüğü sınırlar içinde yapılabilecektir. İhale şartlarına aykırı olarak imzalanmış bir sözleşme TBK m. 27 kapsamında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan ya da konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüz olacaktır.

c. Yap- İşlet Sözleşmeleri

Yap- İşlet sözleşmelerinde yatırımcı, genel olarak kendisine ait olan taşınmaz üzerinde bir tesis inşa etmeyi ve işletmeyi borçlanmaktadır. Bunun karşılığında idare yatırımcıya söz konusu işletme faaliyeti için bir nevi imtiyaz mahiyetinde izin vermek suretiyle üretilen hizmeti satın almayı borçlanmaktadır.

⁴²² Yarg. 15. HD, E. 2001/2953, K. 2001/4871, T. 30.10.2001, (Kazancı, Erişim Tarihi:04.05.2020).

⁴²³ YPK, 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile kaldırılmış olup, bu kurulun yetkileri, 2 Ağustos 2018 tarihli ve 30497 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, 1 sayılı liste ile Cumhurbaşkanlığı Ekonomi Politikaları Kurulu, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı arasında paylaştırılmıştır. Söz konusu listeye göre, 3996 sayılı Kanun m. 4 f. 3 ve m. 5 f. 1’deki yetkiler ile 6428 sayılı Kanun m. 2 f. 1 ve m. 4 f. 9’daki yetkiler Cumhurbaşkanı’na aittir.

16 Temmuz 1997 tarihinde 4283 sayılı kanun ile “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”, üretim şirketlerine elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olacak şekilde termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usulleri belirlemek üzere çıkarılmıştır⁴²⁴.

TEAŞ tarafından bu model ile yapılması öngörülen projeler için öncelikle Devlet Planlama Teşkilatının görüşünün alınacağı daha sonra ilana çıkılacağı düzenlenmiştir (Madde 3). TEAŞ, söz konusu teklifler içerisinde en uygun teklifi belirlemek suretiyle tesis kurma ve işletme izninin verilmesi için söz konusu teklifi Bakanlığa gönderecektir. Bakanlık söz konusu izni verdiğini TEAŞ’a bildirir ise TEAŞ ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen bir sözleşme imzalanır.

Söz konusu kanunun 3. maddesine 1.7.2006 yılında 5539 sayılı kanun ile eklenen Ek 6. fıkra ile bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükmü getirilmiştir⁴²⁵. 4283 sayılı Kanun’un m. 3, f. 7’ye göre, yapılacak üretim tesisleri için, ihaleye katılanlarda aranılacak şartlar, üretim şirketinin sermayesi, şirket ve/veya ortaklarının deneyimi, şirketin seçimi, proje ve fizibilite esasları, yakıt temini, üretim kapasitesi, alınacak enerjinin miktarı, süresi enerji birim fiyatı oluşturma esas ve usulleri ve tesis kurma ve işletme izni esas ve usulleri ile diğer hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikte⁴²⁶ gösterilir.

Bu tip sözleşmelerde de idare tarafından enerji alım taahhütlerinin verildiği

⁴²⁴ 4283 Sayılı Kanun’un 1. Maddesi ile “Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller” bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur.

⁴²⁵ Yap-İşlet sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesine dönüşmesi sonucu Danıştay; “Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. ile İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. arasında İzmir Bölgesinde doğal gazla dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan 08.10.1998 tarihli sözleşmenin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar vermiştir. Danıştay 13. D. E. 2005/5304, K. 2006/4486, T. 27.11.2006, (Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, s. 477, dn. 473).

⁴²⁶ 2.7.2018 tarihli 700 sayılı KHK’nın 122. Maddesi ile “Bakanlıkça hazırlanarak Bakanlar Kurulunca” ibaresi “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmiştir.

görülmektedir⁴²⁷. Yönetmelik⁴²⁸ m. 3’de alım garantisinin “Kurulacak üretim tesisinin özelliklerine ve yerine göre, ulusal elektrik sisteminin şartlarında arz-talep dengesi gözetilerek söz konusu üretim tesisinde üretilecek enerjinin (üretim miktarı) TEAŞ’ca satın alma garantisi verilecek yüzde olarak miktarını” ifade ettiği düzenlenmiştir.

Bu kanuna göre oluşturulan projeler kapsamında üretilecek olan elektrik enerjisi belirli bir süre boyunca enerji satış sözleşmeleri ile TETAŞ’a satılmaktadır⁴²⁹. Söz konusu taahhütlerin hükümleri aşağıda incelenecektir.

Yap-İşlet modelinde, uygulama sözleşmesinde belirlenen sürenin bitimi ile birlikte elektrik üretimi ve satışı da sona ermektedir. İşletme süresinin sona ermesinden sonra tesisin ve yatırımın akıbetinin ne olacağı ile ilgili iki alt model ortaya çıkmaktadır⁴³⁰.

Birinci alt modelde, uygulama sözleşmesinde işletme süresinin sonunda tesisin mülkiyetinin yüklenicinin mülkiyetinde kalacağı kararlaştırılmaktadır. Esas itibarıyla 4283 sayılı Kanun’un düzenlediği de bu alt modeldir. Böyle bir durumda işletme izninin

⁴²⁷ Yargıtay kararına konu bir olayda; “Yap-işlet komisyonu tarafından hazırlanan sözleşmeye tip sözleşmede hiç yer almayan bazı hükümlerin ilave edildiği, bu hükümlerin firma lehine ve kurum aleyhine olacak şekilde değiştirilmiş olduğu, sözleşmede yer alan bütün hususların ihaleyi kazanan firma ile müzakere edilerek sonradan firma lehine belirlendiği, yıllık net üretim ile **alım garantisi miktarını % 10 oranında arttıran** ve bu firmalara da bu hakkın tanınmasını sözleşmesel yükümlülük haline getirdiği iddiası ile TEAŞ yönetim kurulu başkanı ile üyelere karşı toplam 13.165.174,75 USD tazminat davası açılmıştır. Yerel mahkeme, davacının santrallerin kapasitesinin artırılması sebebiyle zarara uğramadığı, ülkenin elektrik ihtiyacının sağlanması için santrallerin kapasitesinin artırılmasının yerinde olduğu, kapasite artırılırken yatırım yapılması gerektiğinden işletme giderlerinin artırılmasına dair sözleşmedeki gider kalemlerinin yerinde olduğunun bilirkişilerce tespit edildiği, ayrıca davacı tarafından meydana geldiği iddia edilen zararın nelerden oluştuğunun kalem kalem belirtilmediği, her bir davalının sorumlu olduğu işlem ile ilgili olarak kusur oranlarının ne olduğu ve talep ettikleri genel alacağa oranının ne kadar olduğu, bu sebeple her bir davalının sorumlu olduğu miktarın ne kadar olduğunun dava dilekçelerinde belirtilmediği, bu şekilde kurumun zarara uğratıldığının ispat edilemediği gerekçesiyle, asıl ve birleşen davaların reddine” karar vermiş, söz konusu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. (Yargıtay 11. HD, E. 2013/14068, K. 2014/7213, T. 11.04.2014, Erişim Tarihi: 26.04.2019).

⁴²⁸ Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik, RG, T. 29.08.1997, S. 23095.

⁴²⁹ Örneğin Adapazarı, Gebze ve İzmir Doğal Gaz Santralleri, TEAŞ Genel Müdürlüğü ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı bünyesinde 4283 sayılı kanuna göre ihale edilmiş, InterGen-ENKA ortaklığı ihaleyi almıştır. Buna göre, proje kapsamında üretilecek elektrik enerjisi 20 yıl boyunca (proje geliştirme ve inşaa süreleri de dahil) TETAŞ’a satılacaktır. *Adapazarı ve Gebze Elektrik Santralleri*. <http://www.enkapower.com/adapazarı-elektrik-uretim-ltd-sti/> (Erişim Tarihi:22.05.2019).

⁴³⁰ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 302.

yenilenmesi ve yeniden satış sözleşmesi yapılması gerekecektir⁴³¹.

İkinci alt modelde ise, işletme süresi bitiminde tesisin mülkiyeti yükleniciye ait olmamakta yüklenici tesisi tahliye etme yükümlülüğünde olmaktadır. Daha çok yerel yönetimler tarafından başvurulmuş bir modeldir⁴³².

d. Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (“3096 Sayılı Kanun”)

Elektrik üretimi, iletimi, satımı ve buna bağlı faaliyetler kamu yararı amacı ile yapılan geleneksel kamu hizmeti etkinlikleridir⁴³³. 4 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen 3096 sayılı Kanun, tekel durumunda olan Türkiye Elektrik Kurumu dışında da yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretini yapabilmelerinin önünü açmak için çıkarılmıştır⁴³⁴. Adı konmamış olsa da bu Kanun, Yap-İşlet-Devret modelini düzenleyen ilk yasal düzenleme olup⁴³⁵, imtiyaz sözleşmelerinin birçok unsurunu taşımaktadır⁴³⁶.

Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine; Cumhurbaşkanı⁴³⁷, önceden yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir. Bu durumda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Cumhurbaşkanlığı

⁴³¹ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 302.

⁴³² Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 302.

⁴³³ Kamu tesislerinin kurulması ve ürünün satışını içeren sözleşmenin gerçekte bir “bayındırlık imtiyazı sözleşmesi olduğu”, yine 3096 sayılı kanunun 4. Maddesi ile düzenlenen elektrik üretim müsaadesinin gerçekte “kamu hizmeti” imtiyazı benzeri olduğunu, bu bakımdan kanunda Danıştay incelemesinden bahsedilmese de Anayasa ve 2575 sayılı Danıştay kanunu kapsamında bu sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Duran, *Yap-İşlet-Devret*, s. 155 vd.

⁴³⁴ 3096 sayılı kanunun bir başka gerçek amacının Türkiye Elektrik Kurumu tarafından açılmış davalar sonucunda Çukurova, Kepez ve Bünyan Elektrik Şirketlerinin 1970’lerde Danıştay tarafından iptal edilen imtiyaz sözleşmelerinin yasama yolu ile yeniden canlandırılması ve genişletilmesi olduğu belirtilmiştir. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Duran, *Yap-İşlet-Devret*, s. 153.

⁴³⁵ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 305; Keskin, s. 71; Gökyurt, s. 63.

⁴³⁶ Keskin, s. 122; Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 314.

⁴³⁷ 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK’nın 95. Maddesi ile 3096 sayılı Kanunun 3. Maddesinin 1. Fıkrasında yer alan “Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü havi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir.

Kararı ile belirlenen çerçeve içerisinde ilgili görevli şirketle sözleşme akdeder (m. 3). Özel kişilerin elektrik üretimi, iletimi ve ticareti ile görevlendirilmeleri, buna ilişkin tesis kurmaları, işletme izni almalarına ilişkin yapılan sözleşme, hukuki mahiyeti itibarıyla bir imtiyaz sözleşmesidir⁴³⁸.

Bu kanuna göre iki tür görevlendirme yapılabilmektedir. Görevlendirme, bir üretim tesisinin kurulması ve işletilmesi şeklinde olabileceği gibi, mülkiyeti (KİT'ler dahil) bir kamu kurum ve kuruluşuna ait tesislerin işletme hakkının verilmesi şeklinde de olabilir⁴³⁹.

3096 sayılı Kanun kapsamında yalnızca elektrik üretmek için faaliyette bulunulması da mümkündür. Bunun için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Devlet Planlama Teşkilatının da olumlu görüşünü aldıktan sonra ilgili şirkete, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme izni vermesi gerekmektedir (m. 4). Üretilen elektrik, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının belirleyeceği tarife göre Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılır.

Bu Kanun ile birlikte özel şirketlerin elektrik üretimindeki payları hızla artmış olup, çok sayıda hidroelektrik santral projelerinin ("HES") de yolu açılmıştır. Yapılan bu sözleşmelerde de enerji alım taahhütleri verildiği görülmektedir.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ilgili tüzel kişilerin, üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracat dahil olmak üzere elektrik enerjisi ve kapasite alım satımı veya ticareti faaliyetleri ile bu faaliyetlere ilişkin

⁴³⁸ 3096 Sayılı Kanun 3. madde ile ilgili bir iptal başvurusunu değerlendirip yetkisizlik nedeniyle red kararı veren AYM bu konuda şu tespitte bulunmuştur: "...Özel kişilerin elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmeleri, elektrik üretim tesisleri kurma ve işletme izni verilmesi ve görev bölgelerindeki tesislerin işletme haklarının görevli şirkete devredilmesinin imtiyaz teşkil ettiği ve bu hizmetlerin gördürülmesinin özel kişilere ancak imtiyaz sözleşmesiyle devredilebileceği Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarıyla belirlenmiştir...", AYM, E. 1998/36, K. 1998/49, T. 20.07.1998, Danıştay bir kararında şu tespitlerde bulunmuştur: "...Sonuç olarak, 4 Aralık 1984 günlü 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görev şirketi sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ve Anayasa hükmü gereği olarak Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiği görüşüyle dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına...", Danıştay 1.D., E. 1992/232, K. 1992/294, T. 24.09.1992, (Kazancı, Erişim Tarihi:24.09.2019).

⁴³⁹ Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 314.

işlemlerden oluşan elektrik enerjisi piyasasında faaliyet gösterebilmeleri için Kanunun yürürlüğünden önce idare ile sözleşme imzalamış olanlar da dahil, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan ("EPDK") lisans almaları zorunluluğunu getirmiştir. 3096 sayılı kanun kapsamında 3. maddede Bakanlar Kurulu ibarelerinin Cumhurbaşkanı olarak değiştirildiği 02.07.2018 tarihli 700 sayılı KHK öncesinde Bakanlar Kurulu kararı neticesinde görevli şirketler ile sözleşmeler yapıldığından Bakanlar Kurulu kararı ile ilgili olarak Danıştay'ın vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararlarının buna dayanarak yapılan sözleşmeyi ne şekilde etkileyeceği tartışılmıştır. Danıştay, böyle bir durumda hukuki dayanaktan yoksun olmaları ve dayanaksız kalmaları nedeniyle bu sözleşmelerin, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde tanımlanan mevcut sözleşme kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır⁴⁴⁰. Bununla birlikte Danıştay 1. Dairesinin mahkeme sıfatı bulunmadığı, Danıştay kararlarında ihalenin iptali kararı verilmekle yetinildiği ve isabetli olarak bir özel hukuk sözleşmesinin akıbeti ile ilgili karar vermekten büyük ihtimalle bilinçli olarak kaçınıldığı ifade dılmıştır⁴⁴¹.

3096 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddesine göre yapılacak sözleşmeler en çok 99 yıl süreli olabilir (m. 7). Sürenin son bulması ile birlikte tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden arı olarak Devlete bedelsiz olarak geçer.

e. Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ("3465 Sayılı Kanun")

3465 Sayılı Kanun m. 1'de kanunun amacı, "*özel hukuk hükümlerine tabi ve*

⁴⁴⁰ "...Görüldüğü üzere, sözü edilen kanunların hükümlerine göre akdedilen sözleşmelerin hukuki dayanaklarını Bakanlar Kurulu kararları oluşturmaktadır. Yargı kararlarının hukuki sonuçları ve uygulanmasıyla ilgili olarak yukarıda belirtilen açıklamalara göre 3096 ve 3996 sayılı kanunlara dayanılarak alınan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştayca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, Bakanlar Kurulu kararları uyarınca yapılan sözleşmeleri hukuki dayanaktan yoksun bırakmıştır. Dolayısıyla, iptal davasına konu olan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştayca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi nedeniyle Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağı kalmadığından idarece uygulanma olanağı bulunmayan söz konusu sözleşmelerin mevcut sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir...", Danıştay 1. D., E. 2003/14, K. 2003/25, T. 27.02.2003, (Kazancı, Erişim Tarihi:23.04.2019).

⁴⁴¹ Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 102.

sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin; otoyollarının ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devrine ait esasları düzenlemek” olarak belirtilmiştir. Bu kapsamdaki şirketlere, otoyol ve otoyol içinde bulunan tüm tesisleri ve hizmet tesislerinin yapımı, bakımı, işletilmesi görevinin verilmesi, buna göre sözleşmenin yapılması, sürenin belirlenmesi ve geçiş ücreti tarifesinin düzenlenmesi ile görevin sona ermesi ile ilgili usul ve esaslar belirlenmiştir (m. 2).

6518 sayılı Kanun ile 06.02.2014 tarihinde Kanuna getirilen m. 5/A ile KİK’in ihale aşaması ile ilgili ceza ve yasaklama hükümlerinin KİSK’nın ceza, yasaklama ve sözleşmenin feshi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu Kanun’a göre 3096 sayılı Kanun’dan farklı olarak kamu imtiyazı niteliğindeki sözleşmeyi yapma yetkisi Karayolları Genel Müdürlüğüne verilmiş⁴⁴², otoyol ve tesisleri için gerekli olan kamulaştırma işlemlerinin Genel Müdürlükçe ve Genel Müdürlük adına yapılacağı, kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen görevli şirket tarafından ödenmesinin kararlaştırılabileceği öngörülmüştür⁴⁴³.

f. Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile ilgili 6428 sayılı Kanun

KÖİ, yakın zamana kadar ülkemizde sağlık alanında çok uygulanan bir sistem olmamıştır. Bununla birlikte, 1990’lardan itibaren buna benzer modellerin sağlık hizmetleri için de kullanılması ile ilgili bir arayışın olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı, Bakanlığa bağlı olan teşhis, tedavi ve rehabilitasyon konusunda bir sistem oluşturup bu sistemlerin işletilmesi imtiyazını Tedavi Hizmetleri Vakfına vermek istemiş, bu vakıf ile “Kur-İşlet-Devret” modelinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda Danıştay’a görüş sormuştur. Danıştay bu konuda vermiş olduğu görüşünde “Kamu hizmeti kurmak ya da özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek ise Yasa

⁴⁴² Keskin, s. 123.

⁴⁴³ Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 315.

Koyucuya ait bir yetkidir. Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca da kurulabilir.” dedikten sonra, “*Kur-işlet-devret modelinin gerçekleştirilmesi için ilk yapılacak iş yasa koyucunun bu konuda bir düzenleme yapması ve modelin uygulanabilirliğini sağlamasıdır*” şeklinde görüş bildirmiştir⁴⁴⁴. Bu konu 1. Daire tarafından İdari İşler Kuruluna götürülmüş, Kurul, sağlık hizmetinin anayasal niteliğinin imtiyaz yolu ile özel kişilere gördürülmesine engel olduğu, böyle bir imtiyazın vakfa verilmesinin 10.06.1926 tarih ve 576 sayılı Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun Hükümlerine de aykırı olacağına karar verilmiştir⁴⁴⁵.

21 Şubat 2013 tarihli 6428 sayılı Kanun, şehir hastaneleri olarak adlandırılan hastanelerin KÖİ modeli ile yapılması için özel olarak çıkarılmıştır⁴⁴⁶. Bu kanun, KÖİ modeli kapsamında Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşların yapmaya ihtiyaç duydukları tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde yaptırılmasını amaçlamıştır.

Şehir hastaneleri projeleri ile birlikte KÖİ’nin ülkemizde en çok uygulandığı alanların başında sağlık sektörü yer almıştır. Sağlık Bakanlığı verilerine göre 18 şehir hastanesinin yapım sözleşmesi imzalanmıştır. Bunlardan on üçü hizmete açılmış olup, diğerlerinin de zaman içerisinde 2021 yılında hizmete açılması planlanmaktadır⁴⁴⁷.

Tablo 4: Sağlık Bakanlığı Verilerine Göre Sözleşmesi İmzalanan Şehir Hastaneleri⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Danıştay 1. D., E. 1990/94, K. 1990/109, T. 28.06.1990, (Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 316, dn. 28).

⁴⁴⁵ E. 1990/90, K. 1990/73, T. 25.10.1990, Karşı oy yazısında söz konusu kararın devrin ihtiyaç ve anlayışına uygun olmadığı belirtilmiştir (Tan, *Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*, s. 317, dn. 29).

⁴⁴⁶ Kanun çıkmadan önce bu konuda yapılan değerlendirmeler için Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s. 397 vd.; Karahanoğulları, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)*”, *AÜSBFD*, C. 66, N. 3, 2011, s. 183 vd.; (Mehmet Kadir) Çakır, s. 99; (Hüseyin Melih) Çakır, s. 448.

⁴⁴⁷ T.C Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü, <https://sygm.saglik.gov.tr/TR,33960/sehir-hastaneleri.html>, (Erişim Tarihi:04.01.2021).

⁴⁴⁸ Veriler için bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı, Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü, <https://sygm.saglik.gov.tr/TR,33960/sehir-hastaneleri.html>, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

No	Proje Adı	Yatak Kapasitesi	Hedeflenen Bitim Tarihi
1	Adana Şehir Hastanesi	1.550	Hizmete Girdi
2	Mersin Şehir Hastanesi	1.294	Hizmete Girdi
3	Isparta Şehir Hastanesi	755	Hizmete Girdi
4	Yozgat Şehir Hastanesi	475	Hizmete Girdi
5	Kayseri Şehir Hastanesi	1.607	Hizmete Girdi
6	Manisa Şehir Hastanesi	558	Hizmete Girdi
7	Elazığ Şehir Hastanesi	1.038	Hizmete Girdi
8	Ankara Bilkent Şehir Hastanesi	3.711	Hizmete Girdi
9	Eskişehir Şehir Hastanesi	1.081	Hizmete Girdi
10	Bursa Şehir Hastanesi	1.355	Hizmete Girdi
11	Konya Karatay Şehir Hastanesi	838 (1.250 Kapasiteli)	Hizmete Girdi
12	Tekirdağ Şehir Hastanesi	480	Hizmete Girdi
13	Kütahya Şehir Hastanesi	610	2021
14	Kocaeli Şehir Hastanesi	1.210	2021
15	İstanbul Başakşehir İkitelli Şehir Hastanesi	2.682	Hizmete Girdi
16	Ankara Etlik Şehir Hastanesi	3.624	2021
17	Gaziantep Şehir Hastanesi	1.875	2021
18	İzmir Bayraklı Şehir Hastanesi	2.060	2021

6428 sayılı Kanun ile getirilen bu model, bir Yap-Kirala-Devret modelidir⁴⁴⁹. Böylelikle yatırımcı, yapım için harcadığı tutarları proje konusu tesisi idareye kiraya vermek sureti ile karşılamaktadır⁴⁵⁰.

Buna göre, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve projeler için alınacak danışmanlık, araştırma geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi kanunun amacı olarak belirtilmiştir(m.1, f.1).

6428 sayılı Kanun m.1, f. 2, b. u; üst hakkı sözleşmesini yine aynı şekilde tanımlamış, bu sözleşmenin hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yüklenicinin lehine bedelsiz olarak, sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek kaydıyla bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmesi amacıyla düzenlenecek sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Bu hüküm kapsamında bağımsız ve sürekli üst hakkı ile ilgili açıklama yapmak uygun olacaktır.

Bilindiği üzere tapu kütüğüne ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar TMK m. 704'e göre taşınmaz mülkiyetinin konusu kapsamındadır. Sürekli ve bağımsız nitelikte bir üst hakkı, tapu siciline taşınmaz olarak ayrı bir sayfa açılarak kaydedilebilir. Bununla birlikte, söz konusu tapuya kayıt işleminin üst hakkının hak olma özelliğini kaldırarak, ona taşınmaz eşya vasfı vermeyeceği, üst hakkının sadece bazı bakımlardan bir taşınmaz gibi işlem görmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir⁴⁵¹.

6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde "*bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı*" kurulacağı ifade edilmiştir. Üst hakkının

⁴⁴⁹ Gözübüyük / Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*, s. 477; Evren, s. 517; (Mehmet Kadir) Çakır, s. 103; Karagöz, s. 15.

⁴⁵⁰ Evren, s. 517; (Mehmet Kadir) Çakır, s. 48-49; Onur Karahanoğulları, "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)", *AÜSBFD*, C. 66, N. 3, 2011, s. 187 vd.

⁴⁵¹ Gürzumar, *Üst Hakkı*, s. 49; Erekmekci, s. 92.

bağımsız olması, başkasına devredilebilir olmasını ifade eder. TMK m. 826, f. 2'ye göre, aksi kararlaştırılmadığı sürece üst hakkı kanun gereği devredilebilir ve mirasçıya geçer⁴⁵². Üst hakkının sürekli sayılabilmesi için ise TMK m. 826, f. 3'e göre en az otuz yıl için kurulması gerekmektedir. O halde, aksi kararlaştırılmadığı için bağımsız niteliğe sahip olan ve en az otuz yıl için kurulan üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte kabul edilecektir.

Hal böyle iken, 6428 sayılı kanunda, yatırımcı lehine tesis edilecek üst hakkının hem bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı, hem de sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmeyeceği düzenlenmiştir. Bu konuda 6428 sayılı Kanun'un TMK m. 826 hükümlerinden ayrı bir düzenleme getirmemiş olduğu, sabit yatırım dönemi de eklenmek suretiyle yatırımcı için tesis edilecek üst hakkının toplam süresine bakılacağı ve bu toplam sürenin otuz yıl ve üzerinde olması halinde bunun bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı, aksi halde toplam sürenin otuz yılı geçmemesi nedeniyle sürekli nitelikte bir üst hakkının bulunamayacağı söylenebilir. Ancak, böyle bir görüş 6428 sayılı kanunun m.1, f.1'de belirtilen amacı ile örtüşmeyecektir. Söz konusu kanunun amacında sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmeyeceği belirtilmiş ise de aynı zamanda kanun kapsamındaki sözleşme konusu iş ve işlemlerin "bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması" hususuna yer verilmiştir.

6428 sayılı Kanun'un sonradan çıkmış özel bir kanun olması niteliği de dikkate alındığında bu kanunun uygulanması bakımından TMK m. 826, f. 3'e bir istisna getirilmiş olduğu, bu kanun kapsamında düzenlenen üst hakkı sözleşmelerinin süresi ne olursa olsun sürekli nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁴⁵³. Bununla birlikte, söz konusu çelişkinin giderilmesi için 6428 sayılı Kanun m. 1, f. 2, b. u'da bulunan üst hakkı sözleşmesi tanımına bir cümle eklenmeli, bu kanunun uygulanması bakımından tesis edilecek üst hakkının tesis edildiği süreye bakılmaksızın sürekli nitelikte olduğunun kabul edileceği ifade edilmelidir.

⁴⁵² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 867; Erekmekci, s. 59.

⁴⁵³ Süreklilik niteliğinin ne şekilde kazanılacağı hususunda önceki Medeni Kanun'da 1990 yılında yapılan değişiklik öncesinde hüküm bulunmamaktadır. Süreklilik konusunda kanunda hüküm bulunmayan dönemde savunulan kriterler için bkz. Gürzumar, *Üst Hakkı*, s. 49.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları, hazinenin özel mülkiyeti üzerindeki taşınmazlarda Maliye Bakanlığınca tesis edilecek sürekli ve bağımsız nitelikteki üst hakkı ile sözleşmede belirlenecek bedel ile bu kanuna göre tesis yaptırabilecektir. Söz konusu yapım işlerinin ihalesi ancak Sağlık Bakanının imzası sonrası YPK'dan yetkilendirme kararı alınmak suretiyle gerçekleştirilebilir (m. 2, f. 1). YPK onayı verilen bir projede, sonradan yapılacak değişikliklerin YPK onayına tabi olup olmayacağı ile ilgili mevzuatta var olan boşluk, 26.02.2014 tarihinde 6527 sayılı Kanun m. 23 ile değiştirilmiş olan 6428 sayılı Kanun m. 4 f. 9 ile giderilmiştir⁴⁵⁴. Söz konusu hükme göre, YPK kararı sonrasında *“yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur.”*

6428 sayılı Kanun kendi içinde bu Kanun'a tabi olarak yapılacak işler için ihale ilke, usul ve esaslarını belirlemiştir. Buna göre, bu kanun kapsamındaki tesislerle ilgili olarak yenileme veya yapım işlerinde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden biri uygulanabilir (m. 3). KİK'e göre ihaleye katılamayacak olanlar bu kanuna göre de ihaleye katılamazlar (m. 3, f. 15). Bununla birlikte bu Kanun'a tabi olarak yapılacak iş ve işlemler DİK ve KİK'e tabi değildir (m. 11). Bakanlar Kurulunun 2014/6282 sayılı 21.03.2014 tarihli kararı ile çıkarılan “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği” m. 12'ye göre, ihale sonuçlandıktan sonra, yükleniciler ayrı ve yeni bir özel amaçlı anonim şirket (*“special purpose vehicle”* veya *“SPV”*) kurarlar ve sözleşme bu şirketle imzalanır.

Bu kanuna tabi olarak yapılacak sözleşmelerin hukuki niteliği ve süresi kanunda açıkça belirtilmiştir. 6428 sayılı kanun m. 4' göre; bu kanuna göre yapılacak sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olacak⁴⁵⁵, sabit yatırım dönemi hariç olmak üzere tesisin

⁴⁵⁴ (Mehmet Kadir) Çakır, s. 111.

⁴⁵⁵ AYM, 6428 sayılı Kanun'un bir kısım maddeleri ile sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu düzenleyen m. 4 f. 1 hükmünün AY m. 47 ve 155 kapsamında kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk

özellikleri ve fizibilite raporuna bağlı olarak İdare’ce belirlenecek en çok 30 yıllık süre için yapılacaktır (m. 4, f. 1).

Bu kanun ile ilgili olarak yüklenici, tesis ile ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesi, finansmanının sağlanması, yapımı, bakım ve onarımı, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi, ticari hizmet alanlarının işletilmesi, sözleşme süresi sonunda yerleşkeyi tüm borç ve taahhütlerinden ari, bakımlı ve çalışır durumda Bakanlığa devretmeyi borçlanmaktadır (m. 4, f. 2).

Söz konusu sistemin daha iyi anlaşılması için idarenin ve yüklenicinin yükümlülüklerini⁴⁵⁶ aşağıdaki şekilde belirleyebiliriz;

Tablo 5: İdare ve Yüklenici’nin sorumlulukları

	İdare (Sağlık Bakanlığı veya Teşkilatı)	Görevli Şirket (SPV)
Yükümlülükler	Hazine arazisinde üst hakkı verir (En çok 30 yıl).	Projelendirir, finansman sağlar, geri öder. İnşaatı yapar (sabit yatırım + en çok 30 yıl).
	Kira ve hizmet parası öder.	Tesisteki belli hizmetleri sunar, ticari hizmet alanlarını işletir. Bakım, onarım yapar.
	Sağlık hizmetlerini sunar.	Süre sonunda bedelsiz devreder.

Görüldüğü gibi bu modelde hizmet, ticari hizmet ve sağlık hizmeti olmak üzere üçlü bir ayrıma gidilmiştir⁴⁵⁷. Yükleniciye bırakılan hizmetlerin ne olacağı ve ticari

kişilerine gördürülebileceği konusunda kanun koyucuya geniş bir takdir yetkisi verilmiş olduğu gerekçesi ile Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ve iptal istemini reddetmiştir. AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, (Kazancı, Erişim Tarihi: 27.12.2020).

⁴⁵⁶ Bakanlar Kurulu’nun 2014/6282 sayılı 21.03.2014 tarihli kararı ile çıkarılan “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”, m. 66, b. 1

⁴⁵⁷ Gökyurt, s. 135; (Hüseyin Melih) Çakır, s. 496 vd.; Karahanoğulları, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)”, AÜSBFD, C. 66, N. 3, 2011, s. 193 vd.

hizmet alanlarının fiyatlandırma ölçütleri ile bedelin hesabında dikkate alınma usul ve esasları sözleşme içerisinde belirlenecektir⁴⁵⁸. Yapım işi tamamlanmadan yükleniciye hiçbir ödeme yapılmayacaktır⁴⁵⁹.

Kamuoyunda şehir hastaneleri ile ilgili bulunan soru işaretlerinden biri de hasta yatak garantisi verilip verilmediği hususudur. Bu konuda sağlık bakanının yapmış olduğu açıklamalarda; şehir hastanelerinde muayene, poliklinik hizmetleri, ameliyat doluluk oranı, yatak doluluk oranı, hasta sayısında herhangi bir garanti olmadığı, özel sektöre kullanım bedeli yani kira ödendiği, bunun süresinin de 25 yıl olduğu, görüntüleme, laboratuvar gibi tıbbi hizmetlerle ilgili 5 yıllığına bir ödeme bulunduğu, ifade edilmiştir⁴⁶⁰. Yine söz konusu açıklamalarda Hazine veya Sağlık Bakanlığının buna ilişkin bir borç üstlenim sözleşmesi yapmadığı da ifade edilmiştir.

Kanun, sözleşmenin feshi halinde üst hakkı ile ilgili olarak özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Sözleşmenin feshi halinde, üst hakkı herhangi bir yargı kararına gerek olmadan kanun gereği iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin edilir (m. 4, f. 10).

6428 sayılı kanun kapsamında verilen taahhütlerin hüküm ve sonuçları aşağıda incelenecektir⁴⁶¹.

g. Enerji Santrallerine İlişkin Diğer Sözleşme ve Modeller

Modern dünyada enerji ihtiyacı her geçen gün artarak devam etmektedir. Bir yandan nüfusun artması nedeniyle ortaya çıkan talep artışı, öte yandan mevcut kaynakların yetersiz kalması enerji alanında yeni kaynak arayışlarını da beraberinde

⁴⁵⁸ “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”, m. 49, b. 1, 1.

⁴⁵⁹ “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”, m. 56, b. 1.

⁴⁶⁰ Şehir hastanelerinde ücret olacak mı? Sağlık Bakanı'ndan net cevap. 08.03.2019. <https://www.cnnturk.com/turkiye/sehir-hastanelerinde-ucret-olacak-mi-saglik-bakanindan-net-cevap>; Sağlık Bakanı Fahrettin Koca: Şehir hastanelerinde hasta sayısı garantisi yok. 25.11.2018. <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/saglik-bakani-fahrettin-koca-sehir-hastanelerinde-hasta-sayisi-garantisi-yok/1320839> (Erişim Tarihi: 22.03.2020).

⁴⁶¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B, 3.

getirmiştir⁴⁶². Özellikle ülkemizin enerjide dışa bağımlı olması, serbest piyasa ekonomisinin hızla uygulamaya konulduğu 1980’li yıllardan bu yana enerji üretimini artırmak ve maliyetleri düşürmek için alternatif model arayışlarına neden olmuştur. Bu arayışların sonucu olarak enerji alanında da Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet sözleşme modelleri kullanılmış, İşletme Hakkı Devri gibi modeller de uygulamaya konulmuştur. Enerji pazarının rekabete açılması ve regülasyonların buna göre yenilenmesi önce Amerika Birleşik Devletleri ardından Avrupa Birliği ve üye ülkelerde gerçekleşmiş, nihayet ülkemizde de 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile elektrik piyasasının rekabete açılmak suretiyle serbestleşmesi ve fiyatların düşmesi hedeflenmiştir⁴⁶³.

Enerji denildiğinde; elektrik, petrol, doğalgaz, kömür, hidrolik, rüzgar, güneş, jeotermal, biyokütle ve nükleer enerjiden oluşan çok çeşitli kaynaklar akla gelmektedir.

Elektrik, çok farklı kaynakların kullanılması suretiyle elde edilmekte olup, dünyada elektrik üretimi için en yaygın kaynak kömürdür. Onu doğalgaz izlemektedir. ABD, Çin, Hindistan, Almanya’da kömür; Rusya’da doğalgaz, Fransa’da nükleer enerji ve Kanada’da yenilenebilir enerji elektrik enerjisi üretmek için en çok kullanılan kaynaklardır⁴⁶⁴. Ülkemizde ise, 2019 mart ayı verilerine göre 23.791.621 MWh olan toplam elektrik enerjisi tüketim miktarında elektrik enerjisi üretiminde kaynakların payına bakıldığında %21 hidrolik santral (barajlar), %19 ithal kömür, %18 doğalgaz, %16 linyit olduğu görülmektedir⁴⁶⁵.

Elektrik piyasası faaliyetleri toplumun ortak yararını hedefleyen kamu yararına yönelik faaliyetleridir⁴⁶⁶. Buna göre elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerini kurmak

⁴⁶² Enerji ihtiyacının Avrupa’daki artışı hakkında bkz. Ergün, s. 48.

⁴⁶³ Burçak Tatlı, “Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı”, *İNÜHFD*, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 79.

⁴⁶⁴ Türkiye Elektrik ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ), 2014 Yılı Sektör Raporu, s. 8; <https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r%20Raporu%2FTETA%C5%9E%202014%20Y%C4%B1%C4%B1%20Sekt%C3%B6r%20Raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 23.05.2019).

⁴⁶⁵ Enerji İşleri Genel Müdürlüğü, Aylık Enerji İstatistikleri Raporu-03, Mart 2019; <https://www.eigm.gov.tr/File/?path=ROOT%2F4%2FDocuments%2f%C4%B0statistik%20Raporu%2f2019%20Mart%20Ay%C4%B1%20Enerji%20Raporu.pdf> (Erişim Tarihi:29.05.2019).

⁴⁶⁶ Ergün, s. 79.

işletmek, elektrik ticareti yapma faaliyetleri kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁷.

Elektrik pazarı kamunun elinde gelişim göstermiş, 1950 sonrasında özel sektör her geçen gün pazardaki etkinliğini daha da artırmıştır. Bu yıllarda ÇEAŞ, Kepez A.Ş., Kayseri A.Ş., ve Aktaş AŞ'ye bölgesel imtiyaz tanınmıştır⁴⁶⁸. 1984 yılında Türkiye Elektrik Kurumunun kamu iktisadi kuruluşu haline dönüştürülmesi, Yap-İşlet-Devret ve işletme hakkı devri modelleri özel sektörün elektrik piyasasındaki rolünü artırmıştır.

Elektrik piyasasının faaliyet aşamaları üretim, iletim, dağıtım ve (toptan veya perakende) satıştır. Üretim, ilk aşama olarak elektriğin üretilmesini; iletim, yüksek voltajlı olarak elektriğin tüketim merkezlerine ulaştırılmasını; dağıtım, elektriğin voltajının düşürülerek tüketiciye ulaştırılmasını; satış ise söz konusu elektriğin nihai tüketiciye satışı, faturalandırılması ve bedelinin tahsilini içermektedir. Bunlardan üretim ve satışın rekabete açık hizmetler olduğu ancak iletim ve dağıtımın doğal tekel niteliğinde rekabete kapalı hizmetler olduğu belirtilmiştir⁴⁶⁹.

Yap-İşlet ve Yap-İşlet-Devret modelinde olduğu gibi işletme hakkı devri modelinde de üretilen elektriğin sabit bir garantili fiyat üzerinden TETAŞ'a satılmakta olduğu görülmektedir. Söz konusu garantiler her ne kadar piyasadaki rekabeti daraltıyor gibi gözükse de bu garantiler, esasında özel sektörün elektrik piyasası içerisinde üstlendiği rolü güçlendiren ve dolaylı olarak da aslında rekabeti artıran bir nitelik

⁴⁶⁷ Ergün, s. 84.

⁴⁶⁸ Bakanlar Kurulu 12.06.2003 tarihinde söz konusu imtiyazları kaldırmış, bu şirketlerin açtığı davalar idare lehine sonuçlanmıştır. Bunun üzerine Güney Kıbrıs Rum Yönetimi menşeli Libananco Holdings Co. Limited şirketi ICSID nezdinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine tahkime başvurmuştur. Bu davada Libananco; Uzan ailesine ait ÇEAŞ ve Kepez'deki hisseleri 32 ayrı hisse devir sözleşmesine dayanarak satın aldığını, 15.05.2003 tarihi itibarıyla ÇEAŞ'ın % 65,2 ve Kepez'in %60 oranında hissedarı olduğunu, Türkiye'nin 12.06.2003 tarihinde söz konusu şirketleri kamulaştırarak Enerji Şartı Anlaşmasını ihlal ettiğini belirtmiş, bu ihlal nedeni ile 10,1 milyar ABD doları tazminat talep etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ise; Uzan ailesinin edimlerini yerine getirmemesi ve rekabet kurallarını ihlal etmesi bir yana, hisse devrinin kamulaştırma öncesi gerçekleşmediğini, Libananco'nun Uzan ailesinin güdümünde paravan bir şirket olması nedeni ile yabancı yatırımcı olamayacağını, Uzan ailesinin Türkiye'de yargı mercilerine başvurduğunu gerekçe göstererek ICSID hakem heyetinin yargılama yetkisinin bulunmadığını savunmuştur. Hakem heyeti, davacı Libananco'nun sunduğu çelişkili deliller ve tanık beyanları karşısında 12.06.2003 tarihi öncesi hisselerin devredildiğini ispatlayamadığı ve ispat yükünün kendisinde olduğunu ifade ederek, dava konusu olayda yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. Yılmaz, s. 134-140; ÇEAŞ ve Kepez ile ilgili yine Uzan ailesinin devrettiği hisseler neticesinde açılan Cementownia ve Cement davalarda da aynı doğrultuda kararlar çıkmıştır. Bkz. Yılmaz, s. 140 vd.

⁴⁶⁹ Tatlı, s. 82; Ergün, s. 60.

taşımaktadır⁴⁷⁰. Ancak şurası bir gerçektir ki TETAŞ'ın alım taahhüdü vermek suretiyle kamunun enerji piyasasındaki fiyat oluşumuna etki yapma imkânı bulunmaktadır.

Elektrik enerjisi bakımından son yıllarda en çok önemsenen kaynaklardan biri de yenilenebilir enerji kaynakları olmuştur. Buna göre gerek kamuya ait taşınmazlar gerekse özel mülkiyete konu taşınmazlarda büyük ölçekli yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) oluşturulmak suretiyle enerji kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, bu alanların yatırımcılara tahsisi, söz konusu üretim tesislerinde kullanılan özellikle ileri teknoloji içeren aksamaların yurt içinde üretilmesi suretiyle teknoloji transferi gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir⁴⁷¹. YEKA Yönetmeliği m. 6, b. h'ye göre, "Elektrik enerjisi alım tavan fiyatı ve alım süresi" YEKA Kullanım Hakkı yarışma ilanında gösterilmesi gereken asgari bilgilerdendir. Yönetmelik m. 10, b. 3'e göre, söz konusu yarışma, Enerji Bakanlığı tarafından ilan edilen bu tavan fiyat üzerinden eksiltme usulü ile yapılır. Buna göre, yarışmada en düşük teklifi veren tüzel kişi ile YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi imzalanır. Yönetmelik m. 12'ye göre, bu tüzel kişi, üretim faaliyetlerine başlamadan önce önlisans ve üretim lisansı almak zorundadır. Görüldüğü gibi, YEKA'larda üretilen elektrik enerjisi için YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesinde yer alan fiyat üzerinden şartnamede belirtilen süre boyunca alım taahhüdü verilmektedir. Bu taahhüt Yönetmelik, m. 14 uyarınca Yenilenebilir Enerji Kaynaklarını Destekleme Mekanizması (YEKDEM) kapsamında değerlendirilmektedir. Alım süresi sona erdikten sonra ise, söz konusu tüzel kişi üretim lisansı kapsamında piyasa faaliyetlerinde bulunacaktır⁴⁷².

Elektrik enerjisinin en önemli kaynaklarından bir diğeri ise nükleer santrallerdir. Özellikle petrol kaynaklarına sahip olmayan ülkeler, enerjide bağımlılıktan kurtulmak için nükleer santrallere yönelmiştir. Temmuz 2018 tarihi itibarıyla dünyada 453 reaktör halen faal olarak işletmede iken 17 ülkede 57 adet nükleer reaktör de inşa halindedir. Ülke

⁴⁷⁰ Karş. Tatlı, s. 83.

⁴⁷¹ 9 Ekim 2016 Pazar tarihli, 29852 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği" m. 1.

⁴⁷² 9 Ekim 2016 Pazar tarihli, 29852 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği" m. 14, b. 3.

bazında elektrik enerji talebinin Fransa’da %72, Ukrayna’da %55’i, Belçika’da %50’si, İsveç’te %40’ı, Güney Kore’de %27’si, ABD’de %20’si nükleer enerjiden karşılanmaktadır⁴⁷³.

Ülkemizde ise, 9.11.2007 tarihli 5710 sayılı “Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanun” un kabulü bu konuda mevzuatla getirilen önemli bir adım olmuştur. Söz konusu Kanun’un gerekçesine bakıldığında nükleer santral yapımının amacının sadece bir elektrik enerjisi üretimi olmadığı, bunun ötesinde nükleer teknolojinin yaygınlaştırılması, bu santrallerde kullanılabilecek toryum ve uranyum gibi madenlerin ekonomimize kazandırılması, sera gazları ve kirlenmeye sebep olmadan enerji sunulması gibi hedeflerin gerçekleştirilmek istendiği görülmektedir⁴⁷⁴.

Bu Kanun sonrasında, TBMM tarafından 15 Temmuz 2010 tarihinde kabul edilip, 6 Ekim 2010 tarihli ve 27721 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Arasında Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma” ile ülkemizde nükleer santral yapımı için bugüne kadar en önemli somut aşama gerçekleştirilmiştir. Anılan Anlaşma kapsamında Rus tarafı, proje şirketi olarak Türk hukukuna göre Akkuyu Nükleer Güç A.Ş.’yi kurmuştur⁴⁷⁵. Anlaşmada proje, saha incelemeleri, tasarım, inşaat, hizmete alma ve tüm işletme ömrü boyunca işletme, atık yönetimi ve sökülmesi de kapsamak üzere, ancak bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla Akkuyu Nükleer Güç Santrali olarak tanımlanmıştır. Dört üniteden oluşacak projenin ilk ünitesinin 2023 yılında

⁴⁷³16) T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Nükleer Enerji. <https://www.enerji.gov.tr/TR/Sayfalar/Nukleer-Enerji> (Erişim Tarihi: 29.05.2019).

⁴⁷⁴ TBMM, Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Tasarısı ve Çevre ile Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonları Raporları (1/1260). 2006 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1360m.htm> (Erişim Tarihi: 14.06.2020); Ergün, s. 127; Ayrıca bkz. T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 2019-2023 Stratejik Planı. 2019 <https://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fStratejik%20Plan%2f2019-2023%20Stratejik%20Plan%2f1.pdf> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

⁴⁷⁵ Akkuyu Nükleer Santral projesi 04.12.1984 tarihli 3096 sayılı Kanun kapsamında daha önceden gerçekleştirilmek istenmiş ancak projenin finansmanı için alınacak kredilere hazinenin garanti vermemesi üzerine proje gerçekleştirilememiştir. Bkz. Erekmekci, s. 19.

işletmeye alınması planlanmaktadır.

Anlaşma'ya göre, nükleer güç santrali (NGS) tarafından üretilen elektriğin alımı ve satışına ilişkin proje şirketi ile Türkiye Elektrik ve Taahhüt A.ř. (TETAş) arasında Elektrik Satın Alma Anlaşması (ESA) imzalanacaktır. Anlaşma'nın "Elektrik Satın Alma Anlaşması" başlığını taşıyan m. 10, b. 2'ye göre, proje şirketi ESA süresince NGS'nin tüm üniteleri için aylık elektrik üretim miktarlarını ünite 1'in ticari işletmeye alınmasından en az bir yıl önce TETAş'a sunacaktır. Proje şirketi bundan daha az üretim olur ise eksik üretilen miktarı temin eder. Taahhüt edilenden fazla üretim olması halinde ise ESA hükümlerine göre fazla üretilen bu miktar satın alınır. Anlaşma m. 10, b. 5'e göre, TETAş, üretilecek elektriği ünite 1 ve 2 için %70, ünite 3 ve 4 için %30'a tekabül eden sabit miktarlarını her bir ünitenin işletmeye açılmasından itibaren 15 yıl boyunca 12,35 ABD senti/kWh artı KDV fiyat üzerinden satın almayı taahhüt etmiştir. Görüldüğü üzere proje şirketi NGS'yi inşa etmekte, bunun karşılığında ise ileride üreteceği elektriği sabit bir fiyat üzerinden alınması taahhüdü elde etmektedir. Bununla birlikte 703 sayılı KHK ile TETAş kapatılarak, TETAş ve Elektrik retim A.ř. (EüAş), EüAş bünyesinde birleřtirilmiřtir⁴⁷⁶. Bundan böyle, elektrik enerjisi ve kapasitesi alım ve satımına ilişkin ikili anlaşmaların yapılması, yürütülmesi ve organize toptan elektrik piyasalarında faaliyette bulunulması da EüAş'ın görevi kapsamındadır. Anılan KHK Geçici m. 23'e göre, TETAş'ın mevzuattan ve sözleşmeden kaynaklanan hak, alacak ve yükümlülükleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın EüAş'a devredilmiş sayılacaktır. Bu bakımdan Anlaşmada TETAş'a yapılan atıfları bundan böyle EüAş'a yapılmış olarak anlamak gerekir.

Ülkemizin ikinci nükleer santral projesi olan Sinop NGS için Japonya Hükümeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan Anlaşma, 23 Mayıs 2015 Cumartesi tarihli, 29364 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Projenin amacı, proje sahsında ATMEA 1 reaktör tipinde dört üniteden oluşacak nükleer güç santralinin (NGS) tasarımı, mühendisliği, alımları, inşası, işletilmesi, bakımı, onarımı, yenilemesi ve sökümünün

⁴⁷⁶ 9 Temmuz 2018 Tarih ve 30473 Sayılı (3. Mükerrer) Resmî Gazetede yayımlanan 703 sayılı KHK, Geçici m. 22.

yapılması olarak belirlenmiştir⁴⁷⁷. Anılan Anlaşma kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, mülkiyeti devretmeksizin proje şirketine proje sahasını bedelsiz olarak verecek (m. 4, b. a) ve proje sahasının dışında proje için gerekli olan altyapıyı bedelsiz olarak temin edecektir (m. 4, b. b). Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile proje şirketi arasında esas unsurları Anlaşma'nın ekinde yer alan şekilde "Ev Sahibi Hükümet Anlaşması" yapılacaktır (m.5, b.1). Yine Türkiye Cumhuriyeti'nin ilgili teşekkülü proje şirketi ile "Elektrik Satın Alma Anlaşması" yapacaktır (m.5, b.2). Proje için gerekli finansmanın Japonya Uluslararası İşbirliği Bankası ve Nippon İhracat ve Yatırım Sigortası tarafından sağlanması için Japonya Hükümeti güçlü bir destek ve teşvikte bulunacaktır (m. 6, b. 1). Söz konusu proje finansmanı, toplam proje maliyetinin % 70'ini borç olarak karşılayacak, kalan %30 Japon Konsorsiyumu ve EÜAŞ ve/veya Türk Konsorsiyumu tarafından öz sermaye yolu ile gerçekleştirilecektir. Finansmana ilişkin olarak Türkiye Cumhuriyeti, herhangi bir hazine veya devlet garantisi vermekle yükümlü olmayacaktır (İşbirliği Zaptının Eki: Ev Sahibi Hükümet Anlaşması, m.13.1). Proje şirketinin hisselerinin %49'u doğrudan veya dolaylı olarak EÜAŞ veya EÜAŞ konsorsiyumu elinde olacak, %51'i doğrudan veya dolaylı olarak Japon konsorsiyumu elinde bulunacaktır. Proje şirketinin öz sermayesinin % 49'u Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından, % 51'i ise Japon Konsorsiyumu tarafından nakit olarak sağlanacaktır. Projenin uygulanması, yürütülmesine ilişkin münhasır haklar, tahsis edilen araziye ilişkin haklar, tesisleri inşa etme, bunlara sahip olma, kullanma ve kontrol etmeye ilişkin münhasır haklar, NGS ile üretilcek elektriğin mülkiyet hakları ve proje kapsamında verilen onayları elinde tutma hakları proje şirketine ait olacaktır. İleride yapılacak ESA sözleşmesi ile ESA'daki varsayımlara tabi olmak üzere, 20 yıl boyunca KDV hariç kilovat saat başına 10,80/10,83 ABD senti ile üretilcek elektriğin satın alınması taahhüdü verilecektir⁴⁷⁸. Görüldüğü gibi bu anlaşmanın da en önemli unsuru proje şirketinin üretecek olduğu elektrik için verilen alım taahhütleridir. Bu taahhütler yatırımcı bakımından asgari bir menfaatin taahhüdü anlamına gelmektedir.

⁴⁷⁷ Anlaşma Eki: Ev Sahibi Hükümet Anlaşmasının Esas Unsurları, m.1, b. b.

⁴⁷⁸ Anlaşma Eki: Ev Sahibi Hükümet Anlaşmasının Esas Unsurları, m.4, b. b.

E. YAPIM SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

1. Genel Olarak

Yapım sözleşmelerine, öncelikle türüne göre her bir sözleşmenin düzenlenmiş olduğu kanun hükmü doğrudan doğruya uygulanacaktır. Örneğin, Yap-İşlet-Devret modeline göre imzalanmış bir yapım sözleşmesi için, 3996 sayılı Kanun hükümleri doğrudan doğruya uygulanacaktır. Yukarıda, kanun gereği bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiş idi⁴⁷⁹. Bu kapsamda bu sözleşmeler de Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olacaktır. Emredici hükümler dışındaki tüm durumlarda sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Sözleşme, özel hukuk hükümleri kapsamında yorumlanmalı, gerektiği halde özellikle de ihale öncesi dönem için idare hukuku kuralları göz önüne alınmalıdır. Yine eser sözleşmesi, kira sözleşmesi ve diğer özel hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır⁴⁸⁰.

Karma sözleşme niteliğine sahip yapım sözleşmelerinde hakim görüş olan kıyas (yaratma) görüşüne göre, özel olarak Borçlar Kanunu'nun o sözleşmeler için düzenlediği hükümler TMK m. 1 hükmü kapsamında kıyasen uygulanmalıdır⁴⁸¹. Aynı hususlar yukarıda incelemiş olduğumuz diğer yapım sözleşmeleri için de geçerlidir.

2. Sözleşmelere Konulacak Kayıtlar

a. FIDIC Sözleşmeleri

FIDIC (Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils), “Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu” nun kısaltmasıdır. 22 Temmuz 1913 yılında bir araya gelen bir kısım müşavir mühendis, bu federasyonu kurmuş ve açılış toplantısında 59 ülkeden delege yer almıştır. 1959 yılından sonra Avusturalya, Kanada, Güney Amerika ve ABD'nin katılımı ile FIDIC uluslararası olarak büyük bir federasyona

⁴⁷⁹ Bkz. Birinci Bölüm, III, D, 2, b.

⁴⁸⁰ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 67.

⁴⁸¹ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 16; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 29; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 138 vd.

dönüşmüştür⁴⁸². Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği 1987 yılında birliğe üye olmuştur. Şu an 100’den fazla ülkenin⁴⁸³ müşavir mühendis birlikleri FIDIC’e üyedir. FIDIC, bir meslek kuruluşu olarak örgütlenmiş, özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren bir federasyondur⁴⁸⁴.

FIDIC sözleşmeleri, uluslararası inşaat sözleşmelerinde bir standart oluşturma ihtiyacından doğmuş bir tip sözleşmedir. Gerçekten de günlük ticari işlemlerin en büyük ihtiyaçları standart formlar oluşturmak olmuştur⁴⁸⁵. FIDIC tip sözleşmeleri öncesinde de Avrupa’da özellikle de İngiltere ve İrlanda’da 19. yüzyılın başlarından itibaren standart formların oluşturulmaya başladığı ifade edilmiştir⁴⁸⁶ FIDIC sözleşmelerinin önemi çeşitli inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak standart ve tip sözleşmeler oluşturulması ve bu sözleşmelerin de üst başlık olarak FIDIC sözleşmeleri olarak anılmasıdır. FIDIC sözleşmeleri uzun zamandır uygulanarak standart hale gelen genel şartlar ile taraflar arasındaki sözleşmeye göre değiştirileceği öngörülen özel şartlardan oluşmaktadır.

FIDIC, bir mühendis birliği olduğundan sözleşme içerisinde “müşavir mühendis” rolünün baskın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir⁴⁸⁷. Öyle ki FIDIC sözleşmeleri içinde mühendisler teknik görevler yanında mali konularda ve uzlaştırma ile ilgili de bir kısım roller verilmiştir⁴⁸⁸. Müşavir mühendis, yapım sözleşmesi bakımından çok önemli asli bir görevi ifa etmektedir. Yapım sözleşmesi ilişkisi kurulunca, yüklenicinin gerçekten de projeyi vaktinde tamamlayıp tamamlayamayacağı, öngörülen bütçenin aşıp aşılmayacağı, daha da önemlisi beklenen kalitede ve özellikle yapım işinin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin süreç içerisinde iş sahibi tarafından denetlenmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. İşte bu ihtiyaç iş sahibi

⁴⁸² International Federation of Consulting Engineers, <http://fidic.org/about-fidic/federation/fidic-history> (Erişim Tarihi: 03.11.2018).

⁴⁸³ International Federation of Consulting Engineers, “Fidic Rainbow Suite ed.2017” https://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03.pdf (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

⁴⁸⁴ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*. 17.

⁴⁸⁵ Bunni, s. 3; Necip Türegün, “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, 3.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:457), s. 253.

⁴⁸⁶ Bunni, s. 3.

⁴⁸⁷ Türegün, s. 257.

⁴⁸⁸ Karayalçın, s. 295.

tarafından “müşavir mühendis” vasıtası ile giderilmektedir. Onun içindir ki “müşavir mühendis” e “iş sahibinin vekili” (employer agent) ismi de verilmektedir⁴⁸⁹.

Taraflar FIDIC sözleşme hükümlerini tamamen veya kısmen alıntılatabilecekleri gibi, yapacakları sözleşmede FIDIC’in ilgili hükümlerine atıf da yapabilirler. Bu yönü ile FIDIC sözleşmeleri üye ülkeler bakımından uyulması gereken bir normlar bütünü değil, üye olunsun veya olunmasın serbest irade ile kısmen veya tamamen tarafların kabulü ile uygulanma gücü kazanan bir standart sözleşme şartlarıdır⁴⁹⁰. Yapım sözleşmesinin tarafları, FIDIC genel ve özel şartlarını sözleşmelerine aynen alabilecekleri gibi diledikleri değişikliği yapmak suretiyle de sözleşmelerine ekleyebilir⁴⁹¹. Sözleşmede yalnızca FIDIC ilgili standart sözleşmesine atıf da yapılabilir. Böylece atıf yapılmak suretiyle ilgili FIDIC sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline gelmekte ve taraflar bakımından doğrudan doğruya hüküm ifade etmektedir.

1999 yılında oluşturulmuş olan tip sözleşmeler uzun yıllar kullanıldıktan sonra 2017 yılında yenilenmiştir. FIDIC standart sözleşmeleri FIDIC Rainbow (gökkuşağı) adı verilen altı kitaptan oluşmaktadır. Bunlar kırmızı kitap, sarı kitap, yeşil kitap, beyaz kitap, gümüş kitap ve altın kitaptır⁴⁹².

Kırmızı kitap (2017 Red Book) “İşveren Tarafından Tasarlanmış Mühendislik İşleri ve İnşaat Sözleşmesi Şartları” konulu yapım sözleşmesi olup, işveren tarafından dizayn edilen yapım işleri ve mühendislik işleri için oluşturulmuş bir tip sözleşmedir. Bu tip sözleşme; genel şartlar, özel şartlar ve ihale formları bölümlerinden oluşmaktadır⁴⁹³. Risk paylaşımının önemli olduğu bu sözleşmelerde, sözleşmeden doğacak riskler yüklenici ve işveren arasında paylaştırılmıştır⁴⁹⁴. Bu risk paylaşımına bağlı olarak da

⁴⁸⁹ Bunni, s. 162.

⁴⁹⁰ Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s. 17; Nuray Ekşi, “FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 184.

⁴⁹¹ Karayalçın, s. 291.

⁴⁹² Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 385; Bunni, s. 84.

⁴⁹³ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 385; Bunni, s. 613 vd.

⁴⁹⁴ Bunni, s. 105.

tarafların sorumluluk ve yükümlölükleri belirlenmiştir⁴⁹⁵. Kırmızı kitapta, mühendislerin rolü sözleşmenin merkezinde yer almaktadır⁴⁹⁶.

Sarı kitap, “İşveren Tarafından Tasarlanmış Elektrik ve Makine Tesis Tasarım Yapım ve Yüklenici İnşaa ve Mühendis İşleri Sözleşmesi Koşulları” konulu santral dizayn ve inşaa etme sözleşmesi olup, yüklenici tarafından yapılan elektrik, mekanik santraller için yapım, mühendislik işleri ve dizayn işlerine ilişkin tip sözleşmedir. Bu sözleşme elektrik tesisleri ile mekanik tesislerin inşaat ve yapım işleri için kullanılmaktadır⁴⁹⁷.

Yeşil kitap, ihale bedeli 500.000 USD’yi geçmeyen inşaat ve yapım işleri için düzenlenmesi tavsiye edilen bir tip sözleşmedir⁴⁹⁸.

Beyaz kitap, mühendis ile işveren arasındaki yükümlölükleri düzenleyen bir tip sözleşmedir⁴⁹⁹.

Gümüş kitap (2017 Silver Book), anahtar teslimi mühendislik, tedarik, yapım (epc turnkey contract) işlerine ilişkin tip sözleşmedir. Bu sözleşmenin büyük yapım işleri için uygun olduğu ifade edilmektedir⁵⁰⁰.

Altın kitap (Golden Book) yüklenicinin yapım işi yanında işletmeyi de üstlendiğı bir tip sözleşmedir⁵⁰¹.

FIDIC sözleşmeleri m. 20’de uyuşmazlığın çözümü için çok aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yolu getirilmiştir. Tahkim öncesi aşamalar olarak adlandırılan bu aşamalar tüketilmeden tahkime gidilebilip gidilemeyeceğı tartışmalı olup, sözleşmede bu yolun ihtiyari mi yoksa zorunlu mu düzenlendiğine bakılarak bir çözüme varılmalıdır⁵⁰².

⁴⁹⁵ Bunni, s. 108.

⁴⁹⁶ Bunni, s. 155.

⁴⁹⁷ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 387; Bunni, s. 465 vd.

⁴⁹⁸ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 386; Bunni, s. 488 vd.

⁴⁹⁹ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 386; Bunni, s. 463 vd.

⁵⁰⁰ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 386; Bunni, s. 581 vd.

⁵⁰¹ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 386.

⁵⁰² Ekşi, s. 196. Belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi 7.7.2014 tarihli bir kararında tahkim öncesi yollar tüketilmeden tahkime gidilemeyeceğı yönünde karar verilmiştir. Bkz. Ekşi, s. 198.

FIDIC 1999'da m. 20'de, tahkim öncesi Uyuşmazlığı Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Board, "DAB") yoluna gidilmesi gerekirken, uyuşmazlığın ortaya çıkması ile oluşan bu kurulun yerini FIDIC 2017⁵⁰³'de sözleşmenin yürürlüğü ile atanan Uyuşmazlığı Çözüm ve Uyuşmazlıktan Kaçınma Kurulu (Dispute Adjudication Avoidance Board, "DAAB") almıştır. DAAB'ın yetkileri DAB'a göre genişletilmiş, sözleşmenin en başından itibaren görevde olan bu kurula gerek gördüğünde tarafları toplantıya davet etme, sahayı kontrol etme gibi bir kısım yetkiler de verilmiştir.

FIDIC sözleşmelerinde uyuşmazlığın çözüm yolu olarak Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tahkim yolu öngörülmektedir. Bununla birlikte ana yüklenici ile işveren arasında mevcut bir tahkim varken ana yüklenici ile alt yükleniciler arasında da tahkim yargılamasının başlaması durumuna ilişkin olarak bu tahkim yargılamalarının birleştirilmesi veya bekletici mesele sayılması hususunda FIDIC tip sözleşmesinde düzenleme olmaması uygulamada sorunlara neden olmaktadır⁵⁰⁴.

FIDIC sözleşmelerinin birçok büyük çaplı ve uluslararası nitelikli yapım sözleşmelerinde esas alındığı ve uygulamasının her geçen gün arttığı görülmektedir. Bu sözleşmelerin yaygın kullanımının bir sebebi de kredi ve finansman sağlayan kuruluşların FIDIC tip sözleşmelerinin esas alınmasına dair talepleridir⁵⁰⁵. Ülkemizde de 1972 yılından bu yana Türk şirketlerinin yurtdışında üstlendikleri inşaat işlerinin artması ve Türkiye'de iş yapan yüklenici şirketlerin de artış göstermesi ile birlikte FIDIC sözleşmelerinin uygulanması da gün geçtikçe yaygınlaşmıştır⁵⁰⁶. İstanbul Havalimanı, Kuzey Marmara Otoyolu, Osmangazi Köprüsü, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Avrasya Tüneli gibi ülkemizde son yıllarda yapılan birçok büyük inşaat projesinde ihaleyi alan görevli şirketler ile yükleniciler arasında yapılan yüklenim sözleşmelerinde FIDIC sözleşmelerinin esas alındığı görülmektedir.

⁵⁰³ FIDIC 2017 ile getirilen bu değişiklikler kırmızı kitap, sarı kitap ve gümüş kitaptan oluşan her üç kitabı da kapsamaktadır. International Federation of Consulting Engineers, "Fidic Rainbow Suite ed.2017" https://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03.pdf, (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

⁵⁰⁴ Ekşi, s. 194.

⁵⁰⁵ Ekşi, s. 182.

⁵⁰⁶ Türeğün, s. 254.

b. Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi

Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ), KİSK'a göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları belirlemek amacıyla hazırlanmıştır. Buna göre YİGŞ, KİK'e tabi idareler tarafından yapılan ihaleler ile KİSK'a göre sözleşmeye bağlanan anahtar teslimi, götürü bedel veya birim fiyat kararlaştırılmış tüm yapım işlerini kapsamaktadır.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan her türlü yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesi için uygulanacak genel esasları belirlemektedir.

KİSK m. 4 f. 1'e göre *"Bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez."* Aynı Kanun m. 7 b. v' ye göre ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu hususunun sözleşmede belirtilmesi zorunludur. KİK m. 4'de ihale dokümanının; *"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri"* ifade ettiği belirtilmiştir. O halde Yapım İşleri Genel Şartnamesi, İdari Şartname, Sözleşme Tasarısı, Uygulama Projesi, Mahal Listesi, Özel Teknik Şartname, Genel Teknik Şartname, varsa Açıklamalar ve Diğer Ekler ihale dokümanını oluşturacaktır⁵⁰⁷. Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'na göre ihale yapma zorunluluğu bulunan bu idareler YİGŞ ve BİGŞ ile bağlı olup, buna aykırı hükümlere sözleşmelerinde yer veremeyeceklerdir. Bu şartnameler kendiliğinden sözleşmenin eki sayılır⁵⁰⁸.

İdarenin taraf olmadığı veya idare taraf olsa bile Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'na tabi olmayan yapım işleri için bu şartnamelere sözleşmelerde atıf yapılması mümkündür. Sözleşmelerde bu şartnamelere yapılacak atıf belirli maddeleri

⁵⁰⁷ Duman, s. 237.

⁵⁰⁸ Kurşat, *"İnşaat Sözleşmesi"*, s. 18.

veya konuları kapsayacak şekilde kısmen yapılabileceği gibi tamamen de yapılabilir. Yargıtay, YİGŞ ile BİGŞ'e yapılan bu atıfları genel olarak delil sözleşmesi niteliğinde görmektedir⁵⁰⁹. Yargıtay bazı kararlarında, Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'na göre ihale yapma zorunluluğu bulunan bu idareler bakımından da YİGŞ ve BİGŞ'yi hem sözleşmenin eki hem delil sözleşmesi olarak değerlendirmiştir⁵¹⁰.

YİGŞ m. 21'e göre yüklenici, idarenin onayı ile alt yüklenici çalıştırabilecektir. Bununla birlikte işin tamamı hiçbir zaman alt yükleniciye verilemez. İşin alt yükleniciye verilmesi halinde, işin tamamı bakımından idareye karşı yüklenici sorumlu olacaktır.

YİGŞ m. 20'ye göre yüklenici ile alt yüklenici, işin teknik olarak fen ve sanat kurallarına uygun yapılmaması ve hileli malzeme kullanılması ile buna benzer hallerden ortaya çıkan zarardan kesin kabulün onayı tarihinden itibaren on beş yıl süre ile müteselsil olarak sorumlu olacaklardır. Kanuni zamanaşımının işin kesin kabul tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi olması nedeni ile, kanundaki zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngören TBK m. 148 hükmü karşısında şartnamenin bu hükmünün geçersiz olduğu ifade edilmiştir⁵¹¹.

⁵⁰⁹ “Yine imzalanan 06.12.2013 tarihli sözleşmelerin 8. 2. 1. maddesi uyarınca Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmelerin ekidir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda sözleşme dışı iş bedelinin Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne uygun olarak hesaplanmadığı anlaşılmaktadır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin nasıl hesaplanması gerektiği düzenlenmiş olup, hesaplamaların buna göre yapılması zorunludur. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ndeki bu düzenlemeler 6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 193. maddesi (1086 Sayılı HUMK 287. maddesi) uyarınca delil sözleşmesi niteliğinde olup mahkemece re'sen gözetilmelidir.” Yarg. 15. HD, E. 2018/5305, K. 2019/2278, T. 14.05.2019; Aynı doğrultuda: Yarg. 15. HD, E. 2019/1004, K. 2019/3836, T. 08.10.2019, Yarg. 15. HD, E. 2019/1150, K. 2019/2190, T. 09.05.2019 (Kazancı, Erişim Tarihi: 08.05.2020).

⁵¹⁰ Uygur, s. 414; Yarg. 15. HD, E. 2014/5333, K. 2015/3168, T. 08.06.2015, (Kazancı, Erişim Tarihi: 08.05.2020).

⁵¹¹ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 370.

İKİNCİ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN TANIMI, ÖZELLİKLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK ASGARİ EKONOMİK MENFAAT

A. Menfaat Kavramı

Menfaat, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “çıkar” olarak tanımlanmıştır⁵¹². Sözlük anlamı olarak menfaat, bir durum karşısında ondan elde edilmesi beklenen yarar ve çıkarı ifade etmektedir.

Menfaat kavramı, Alman hukukunun aksine, Türk hukukunda fazlaca anılan ve incelenen bir kavram değildir⁵¹³. Alman hukukunda yoğun olarak bu kavrama yer verilse de bu kavram, Roma Hukukundan gelen ve müşterek hukukun etkisi ile Alman hukukuna girmiş bir kavramdır⁵¹⁴.

Modern hukukta menfaati açıklayan görüşlerden en önemlisi bu kavramı Roma hukuku kaynaklarından hareketle tanımlayan Mommsen’dir⁵¹⁵. Mommsen, “id quod interest” ifadesinin “fark” anlamına geldiğini ve bir karşılaştırmaya işaret ettiğini belirtmiştir. Buna göre menfaat, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen zarar öncesi ve sonrasına ilişkin iki durum arasındaki farktır.

Menfaat kavramının sorumluluk hukuku bakımından, zararla aynı anlamda

⁵¹² TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.01.2020). Menfaat, Kanar Osmanlı Türkçesi Sözlüğünde de “çıkar, yarar” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Mehmet Kanar, **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, İstanbul, Say Yayınları, 2011, s. 779.

⁵¹³ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 22.

⁵¹⁴ Ergüne, s. 22; Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 136.

⁵¹⁵ Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig, 1855, s. 3 vd. (Aktaranlar: Topuz, s. 137, dn. 400; Ergüne, s. 23).

olduğu ifade edilmiştir⁵¹⁶. Buna göre, zararın belirlenmesinde her zaman ihlal edilen menfaatten hareket edilecektir⁵¹⁷. Bununla birlikte, menfaat kavramının halen yeknesak bir tanımının olmadığını ve farklı anlamlarda kullanıldığını belirtmek gerekir⁵¹⁸.

B. Ekonomik Menfaat

Ekonomik menfaat denildiğinde, maddi olarak para ile ölçülebilir nitelikte bir değer anlaşılmaktadır⁵¹⁹. Malvarlığı, ekonomik değer içeren tüm hukuki unsurların bir bütünü olarak aktif ve pasif unsurlardan meydana gelir⁵²⁰. Bir malvarlığında meydana gelecek artış, sözleşmeden beklenen ekonomik menfaat olarak ifade edilebilir. Bu artış malvarlığının aktifinin artması şeklinde gerçekleşebileceği gibi pasifin azalması şeklinde de gerçekleşebilir⁵²¹.

Buna karşın, sorumluluk hukuku bakımından ekonomik menfaat, bir zarar tehlikesi karşısında bu kaybın giderilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Bir diğer ifade ile, malvarlığı menfaatinin bir başkası tarafından ihlali, ihlal eden kişinin bundan doğacak menfaat kaybını (zararı) tazmin borcu doğuracaktır⁵²². Yapım sözleşmeleri bakımından tarafların sözleşmeden elde etmek istediği ekonomik menfaat, sözleşmenin taraflarının o sözleşme ile elde edeceği yararı ifade etmektedir. Yüklenicinin sözleşmeden beklediği ekonomik menfaat, bir yapıyı meydana getirmesinin karşılığı olarak kar elde etmek iken, iş sahibinin menfaati ödediği bedele karşılık yapı sahibi olmaktır.

C. Asgari Belirleme

Maliyeti yüksek nitelikte yapım sözleşmelerinde idare elde edeceği yapıya karşılık olarak bedel ödemek yerine belirli bir süre meydana getirilen yapının yüklenici

⁵¹⁶ Ergüne, s. 25

⁵¹⁷ Topuz, s. 178.

⁵¹⁸ Bunun sebebi olarak Roma hukuku'nun problem çözme bakımından meseleci yaklaşımı olduğu söylenebilir. Bkz. Topuz, s. 163; von Jhering, Heck, Larenz gibi hukukçuların menfaat kavramına ilişkin görüşleri için bkz. O. Gökhan Antalya, **Hukuk Teorisi**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 208 vd.

⁵¹⁹ Topuz, s. 188.

⁵²⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 545.

⁵²¹ Karş. Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 39.

⁵²² Topuz, s. 188.

tarafından kullanılarak yüklenicinin kar elde etmesine imkân tanıma edimini yüklenebilir. Böyle bir durumda yüklenici bedel almak yerine işletme süresi içerisinde yapı ile ilgili haklar elde eder. Ne var ki, idarenin hiçbir harcama yapmadan kamunun ihtiyaçları için yapı inşa ettirmesine imkân veren bu yöntem çoğu kez yatırımcı bakımından riskli görülmektedir. Yatırımcı, bir yandan yüksek maliyet gerektiren proje için finansal riskler alarak kredi arayışına girerken, öte yandan uygulama projeleri, maliyet artışları, iş değişiklikleri ve ek işler gibi yapım dönemine ilişkin riskleri; idarenin müdahaleleri vb. işletme dönemine ilişkin riskleri üstlenmek zorunda kalmaktadır. Yatırımcının yüksek oranda kredi bulması için dahi kredi verenleri ikna edecek nitelikte bir proje gelirin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Tüm bu ihtiyaçlar nedeniyle asgari bir belirleme yapmak suretiyle yatırımcıya asgari bir ekonomik menfaatin elde edileceği taahhüt edilmektedir. Böylece yatırımcı proje için teklif verdiğinde asgari olarak elde edeceği geliri hesap edebilmekte ve bunun üzerinden kar-zarar hesabı yaparak fizibilite çalışması yürütmektedir. Aynı şekilde kredi verenlerde projenin asgari olarak elde edeceği geliri hesap ederek projenin kredibilitesini daha yüksek bir şekilde değerlendirebilmektedir. Kredi verenler bakımından bir diğer imkan da idarenin taahhüt ettiği asgari ekonomik menfaatlerin kredi alacaklarının teminatı olarak temlik alınabilmesidir.

D. Taahhüt

Taahhüt, bir şey yapmayı üstüne alma, üstlenme anlamına gelmektedir⁵²³. Hukuken taahhüt, çoğu kere bir kişinin bir hukuki işlemde yansıttığı irade beyanı olarak ortaya çıkar. Bir hukuki işlemde “taahhüt ediyorum” ifadesi ile borçlu bir borcu veya yükümlülüğü üstlendiği hususundaki iradesini dışa yansıtır. Örneğin TMK m. 531’e göre mirasbırakanın yapmış olduğu vasiyetnamede “şu marka arabamı şu kişiye bırakmayı vasiyet etmiş olduğumu taahhüt ediyorum” denildiğinde burada “taahhüt etmek” tek taraflı borç altına girme iradesinin dışavurumu yani irade beyanı olarak ortaya çıkmaktadır⁵²⁴.

⁵²³ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>; (Erişim Tarihi: 04.01.2020).

⁵²⁴ Kocayusufoğlu, s. 130 vd.

Geniş anlamda bir borç ilişkisi; asli ve yan edim yükümlülükleri içeren dar anlamdaki borçlardan, yenilik doğuran haklar ve defiler ile bazı davranış yükümlülükleri içeren kompleks bir yapıya sahiptir⁵²⁵. Yükümlü olmak, en az iki kişiyi birbirine bağlayan “borç” bağı içerisinde borçlu tarafından bakıldığında borcun pasif cephesini oluşturur. Bu bakımdan yükümlülük, borç ilişkisi içerisinde borçlunun edimi ifa etme ödevidir⁵²⁶. Bununla birlikte, yükümlülük ve borç kavramları aynı anlama gelmediğinden yükümlülüğü yalnızca edimin ifası ile sınırlı olacak şekilde anlamamak gerekir. Yükümlülük kavramının, dar anlamda borcu aşan bir anlamı bulunmakta olup, ahlaki yükümlülüklerden bahsedilmesine karşın bunun borç ilişkileri ile hiçbir ilgisi yoktur. Bir borç ilişkisi ile ilgili olsa dahi, bir derneğin tüzüğüne riayet etme yükümlülüğü, eşlerin birbirine sadakat yükümlülükleri vb. yükümlülükler birer borç olarak nitelendirilmezler⁵²⁷.

Borç ilişkisinde tarafların dar anlamda borçları dışında da yükümlülükleri vardır. TBK m. 223 hükmüne göre; satış sözleşmesinde alıcı, satın aldığı malı işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz muayene etme ve ayıp halinde durumu uygun bir süre içinde satıcıya ihbar etme külfeti ile yükümlüdür. Satıcı, külfetlerin yerine getirilmesini alıcıdan talep edemeyeceği gibi bunun yerine getirilmemesi nedeni ile alıcıyı sorumlu tutup tazminat da talep edemez. Bundan dolayıdır ki külfet teknik anlamda bir borç olmamakla birlikte, alıcı bakımından bir yükümlülüktür⁵²⁸.

Bazen iki taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerde özellikle de sözleşmelerde sıkça “taahhüt etmek” ifadesinin geçtiği görülmektedir. Taahhüt etmek bazen sözleşmede tarafların borçları belirlenirken bir tarafın o borçtan sorumlu olduğunu ifade etmek için kullanılır. Örneğin, “Yüklenici, yapıyı bir yıl içerisinde tamamlayarak iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eder.” şeklinde bir sözleşme metninde bu ifade dar anlamda yüklenilmiş olan bir borcun varlığını ve bununla borçlu olanın iradesinin dışavurumunu gösterir.

⁵²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 14.

⁵²⁶ Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 40.

⁵²⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 30.

⁵²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 33.

Bazen ileride bir sözleşme yapılacağı “taahhüt edilerek” TBK m. 29 kapsamında önsözleşme yapılır. Taahhüt etmenin ne anlama geldiğini her bir ifadenin yer aldığı hukuki işlem özelinde belirlemek gerekir. Bu belirleme bazen kolaydır. Bazen ise taraflar bir edimi üstlenmeyi “taahhüt ettiklerinde” bunun üçüncü kişinin fiilini taahhüt mü, garanti mi, kefalet mi ya da başkaca bir edimin taahhüdü mü olduğunun belirlenmesi gereği ortaya çıkar. Bu belirleme her zaman kolay olmaz.

Taraflar, sözleşmede farklı ifadeler kullanmış olabilir. “Riski üstlenmek”, “teminat (zıman) altına girmek”, “tekeffül etmek”, “teminat vermek”, “teminini taahhüt etmek” vb. pek çok ifade sözleşmeler içerisinde çok farklı şekillerde kullanılmaktadır⁵²⁹. Bazen tarafların, garanti ifadesini bir çatı kavram olarak riski teminat altına almak anlamında hem kefaleti hem garantiyi içerecek şekilde de kullandığına da rastlanmaktadır⁵³⁰. Ancak, taraflar hangi ifadeyi kullanırsa kullansınlar kural olarak sözleşmede yer alan bu ifadeler değil, TBK m. 19 f. 1 uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınarak bir nitelendirme yapılır⁵³¹.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri, bir tarafın asgari olarak belirlenmiş belirli bir ekonomik menfaatinin karşılanacağına yönelmiş taahhütlerdir. Böylece yüklenici en baştan asgari olarak hangi ekonomik menfaati elde edeceğini bilerek yatırım yapmaktadır⁵³². Asgari ekonomik menfaat taahhütleri, tek bir taahhüt tipini ifade etmemektedir. Bu taahhüt bazen belirli bir periyotta belirli bir gelirin elde edileceğine, belirli bir müşteri sayısına ulaşılacağına ilişkin olurken bazen de üretilecek hizmet veya malın satın alınacağına ilişkin olmaktadır. Öte yandan bu taahhüt, somut sözleşme

⁵²⁹ Haluk Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959, s. 5; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 686.

⁵³⁰ Nami Barlas, **Makalelerim, C. 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 152.

⁵³¹ Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, s. 14; İbrahim Kaplan, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 30; Yargıtay’da hukuki nitelendirmenin hakimin görevi olduğunu ifade etmektedir. “*Taraflar arasındaki sözleşme, ‘ortaklık sözleşmesi’ olarak adlandırılmıştır. Sözleşmenin taraflarca farklı şekilde isimlendirilmesi sonucu değiştirmez. Önemli olan, sözleşmede düzenlenen hükümler dikkate alınarak, kanun hükümleri doğrultusunda sözleşmenin ne şekilde nitelendirilebileceği hususudur.*” Yargıtay HGK, E. 2017/6-983, K. 2019/543, T. 9.5.2019 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.05.2020).

⁵³² Çifçi, s. 76.

içerisinde farklı form ve niteliklerde yer alabilir.

Yapım sözleşmelerinde, iş sahibinin yükleniciye asgari bir ekonomik menfaati elde edeceğini taahhüt etmesi ile birlikte artık iş sahibi belirlenen asgari oranda ekonomik menfaati temin etme ve sağlama borcu altına girmektedir. Bu taahhütlerin özellikleri ve hukuki niteliğinin ne olduğu, uygulamadaki örneklerden yola çıkılarak inceleme konusu yapılacaktır. Tezimizde, yapım sözleşmelerinde yükleniciyi projeye teşvik etmek için verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri için kısaca “taahhüt” ifadesini kullanacağız.

Yapım sözleşmelerinden olan bir yol projesi, köprü projesi, enerji projesi, sağlık tesisi projesi gibi kamu hizmeti vermenin bir parçası niteliğindeki projelerde öncelik projenin karlı olmasından ziyade kamunun ihtiyacına cevap verilmesidir. Bu nedenle kamu tarafı⁵³³ bazen, yatırımcı bakımından yüksek bir kar getirisi olmayan veya ciddi bir zarar etme riski taşıyan projelerde asgari ekonomik bir menfaati taahhüt ederek hiç değilse yatırımcının bu asgari tutarı elde edeceğine yönelik bir taahhüt vermektedir. Böylece bir yandan yatırımcı asgari bir gelir elde edeceğini bilerek yatırım yapmakta, öte yandan böylece meydana getirilen eser kamunun hizmetine sunulmuş olmaktadır.

Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan bir yol projesinde, yapım sonrası işletme dönemi için belirli bir araç geçişine denk gelen asgari bir gelirin taahhüt edilmesi; bir köprü projesinde aynı şekilde belirli sayıda aracın ödeyeceği geçiş ücretinin asgari gelir olarak yatırımcıya en baştan taahhüt edilmesi; bir enerji santralının yapımı sözleşmesinde üretilen enerjinin tamamının veya bir kısmının satın alınacağına yönelik taahhütler; havalimanı projelerinde belirli sayıda yolcudan elde edilecek gelire denk gelen tutarın asgari bir ekonomik menfaat olarak yatırımcıya taahhüt edilmesi; şehir hastaneleri projelerinde yatırımcıya verilen taahhütler yapım sözleşmelerinde görülen asgari

⁵³³ İnceleme konumuz kamu tarafından verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri olsa da bazen özel şirketlerin kamu tarafına bu şekilde taahhüt verdiği de görülmektedir. Örneğin, Osmanlı Devleti döneminde imtiyazcı şirketler devlete belirli bir yüzdelik pay ödemekteydi. Bu imtiyaz sözleşmelerinin bir kısmında yüzde şeklinde belirlenen bu payın ayrıca belirli bir tutarın altında olamayacağı öngörülmüştür. Bu “belirli tutar” tam olarak asgari ekonomik menfaat taahhüdüdür. Turgut Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C. 22, S. 2, 1967, s. 324.

ekonomik menfaat taahhütlerinin en yaygın örnekleridir.

Son yıllarda bu taahhütlerin sıkça tartışılmakta olduğuna rastlanmaktadır. İstanbul Havalimanı, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Avrasya Tüneli, Gebze Orhangazi Köprüsü, Kuzey Marmara Otoyolu, İstanbul Başakşehir Şehir Hastanesi ve diğer şehir hastaneleri ile enerji santralleri vb. yatırımcıyı teşvik etmek için verilen taahhütler “asgari ekonomik menfaat taahhütleri” olarak tezimizde inceleme konusu yapılacaktır.

II. ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN ÖZELLİKLERİ

A. Taahhütlerle Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki değer kavramı, bir yasa veya sözleşme hükmünün amacını, söz konusu hükmün koruduğu yararı ifade eder⁵³⁴. Taahhütler ile korunan hukuki değer, kamu hizmetidir. İş sahibi olan idare, bu taahhütler ile yatırımı cazip hale getirmek ve yapım aşamasını hızlandırıp kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu taahhütlerin verilmesinin hukuki sebebi yatırımcıya güvence vermek suretiyle kamu hizmeti bakımından gerekli olduğuna inanılan projenin gerçekleştirilmesidir⁵³⁵.

Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde ana amaç kar elde etmek değildir. Bazı projelerin karlılığı olmasa dahi kamunun menfaati projenin gerçekleştirilmesini zorunlu

⁵³⁴ “Korunan hukuki değer” veya “korunan hukuki yarar” kavramları ceza hukukunda suçu düzenleyen hükümlerle ilgili kullanılsa da özel hukukta da kullanılan bir kavramdır. “*Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer; kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı olduğundan...*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.9.2014 tarihli ve Esas No: 2014/4-68, Karar No: 2014/411 Sayılı Kararı; Yarg. 13. HD, E. 2015/6700, K. 2016/11961, T. 02.05.2016; Mülga TTK m. 1292 ile ilgili “*Zira, öncelikle korunan hukuki değer, üçüncü kişinin uğradığı zarardır.*”, Yarg. 11. HD, E. 2009/12083, K. 2011/5182, T. 28.04.2011; Eşin muvafakatini içeren imzanın sahte olması nedeni ile bankaya karşı açılan ipoteğin kaldırılması davasında yerel mahkeme “*TMK’nın 194. maddesindeki korunan hukuki yarara göre davaya konu ipotek tesis işleminin TMK’nın 1023. maddesindeki korumadan yararlanamayacağı*” na karar vermiş ve ipoteği kaldırmıştır. Ancak Yargıtay kararı bozmuş, sonrasında yerel mahkemece verilen direnme kararı da Hukuk Genel Kurulu tarafından bozulmuştur, Yarg. HGK, E. 2017/2-1608, K. 2017/964, T. 24.05.2017; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8 de yapılan değişiklik ile ilgili bir Yargıtay kararında, “*Bu sayısal çoğunluk anataşınmazın ortak yerlerinde onarım, tesis ve değişiklik yapılması için alınan kararlarla ilgili olup, burada korunan hukuki yarar, bireysel olmayıp müşterek ortak yarardır.*” Şeklinde hüküm kurularak yasanın koruduğu hukuki yarara atfı yapılmıştır. Yarg. HGK, E. 2009/18-254, K. 2009/287, T. 24.06.2009, (Kazancı, Erişim Tarihi: 16.05.2020).

⁵³⁵ Timothy C. Irwin, **Government Guarantees, Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects**, The World Bank, 2007, s. 1; Gür, s. 78 vd.; Çifçi, s. 70 vd.

kılabilir⁵³⁶. Bu projelerin özel kişiler eli ile gördürülmesi halinde dahi, işin “kamu hizmeti” niteliğinin değişmeyeceği daha önceden ifade edilmiş idi⁵³⁷.

İdarenin amacı kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi iken özel sektörde faaliyet gösteren yatırımcının amacı kar elde etmektir. Bu iki farklı amaç bir araya geldiğinde asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır⁵³⁸. Böylece taahhütler ile idare yatırımcıyı yatırımın yapılması konusunda ikna etmekte ve bu suretle kamu hizmeti için gerekli olan projeyi gerçekleştirmektedir.

B. Taahhütlerin Bağımsız Ve İsimli Bir Sözleşme Olup Olmadığı

Söz konusu taahhütler, genel olarak bir yapım sözleşmesi içerisinde ve sözleşmenin bir parçası olarak yer almaktadır. Bağımsız olma, yükümlülüğün veya borcun, bir başka borç ilişkisinin kaderine tabi olmadan geçerliliğini devam ettirmesini ifade etmektedir. Buna göre, bağımsız bir borç veya yükümlülük, herhangi bir sözleşmenin veya borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı değildir⁵³⁹. Oysa kefalet sözleşmesi, asıl borcun varlığı ve geçerliliğine tabi olup, fer’i bir yükümlülük doğurmaktadır⁵⁴⁰.

Garanti niteliğinde olan taahhütler bakımından bu taahhütlerin bir başka sözleşmenin içinde yer alması durumunda bağımsız sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olsa da genel olarak böyle bir durumda dahi garanti taahhüdünün bağımsız olma niteliğini koruyacağı kabul edilmektedir⁵⁴¹. Yapım sözleşmeleri içerisinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin garanti niteliğinde olanlarında, bu taahhütlerin hukuki niteliği gereği bağımsız bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmek gerekir. Bu

⁵³⁶ Örneğin çok engebeli ve dağlık bir alanda bulunan sarp bir yolda sürekli olarak ölümlü trafik kazası yaşanmakta ise yüksek maliyetli olsa ve karlı olmasa da bir tünel yapılması, kamu menfaati gereği zorunlu olabilir.

⁵³⁷ Bkz. Birinci Bölüm, III, D, 2, a.

⁵³⁸ Evren, s. 69; Gür, s. 32-33.

⁵³⁹ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 812; Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963, s. 19; Zafer Kahraman, **Saf Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 37.

⁵⁴⁰ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 4.

⁵⁴¹ Bu tartışmalara aşağıda yer verilecektir. Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, c.

taahhütlerden hangilerinin garanti niteliğinde olduğu aşağıda incelenecektir.

Roma borçlar hukukunun aksine⁵⁴², borçlar hukukumuzda sözleşme tiplerinde sınırlı sayı ilkesi (“*numerus clausus*”) yoktur⁵⁴³. Taraflar, kanunun belirlediği sınırlar dahilinde sözleşme özgürlüğüne⁵⁴⁴ sahiptir. İsimli (tipik) sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmiş sözleşmelerdir. İsimsiz (atipik) sözleşmeler, kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmelerdir. İsimli (tipik)- isimsiz (atipik) sözleşmeler ayrımı bakımından önemli olan kanunlarda bu sözleşmelerin isimlerinin zikredilip zikredilmediği değil, kanun tarafından bu sözleşmelerin unsurları ile birlikte düzenlenip düzenlenmemesidir. Örneğin ön sözleşme (TBK m. 29), irtifak sözleşmesi (TMK m. 781), şerh sözleşmesi (TMK m. 1009), miras paylaşma sözleşmesi (TMK m. 676) vb. sözleşmeler kanun tarafından zikredilmiş olsa bile kanun tarafından bu sözleşmelerin esaslı unsurları, asli edimleri belirlenmemiş olduğundan isimsiz sözleşmelerdir⁵⁴⁵.

İsimsiz sözleşmeler; birbirinden ayrı ve bağımsız olmalarına karşın taraflarca birbirine bağlı hale getirildiğinde birleşik sözleşmeler⁵⁴⁶, kanunun öngördüğü tip sözleşmelere ilişkin unsurların kanunun öngörmediği tarzda taraflarca bir araya getirildiğinde karma sözleşmeler⁵⁴⁷, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinden hiçbirinde mevcut olmayan unsurları ihtiva ettiğinde ise kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler⁵⁴⁸

⁵⁴² Roma hukukunda sınırlı sayıda sözleşme tipi bulunduğu ve buna uygun yapılmayan sözleşmelerin borç doğurmadığı hakkında bkz. Tükan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 121; Kocayusufoğlu, s. 89.

⁵⁴³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1*, s. 9; Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, **İÜHFM**, Y. 1996, C. 55, S. 1-2, s. 266; Oktay Özdemir, s. 2542.

⁵⁴⁴ Sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, karşı tarafı seçme, şekil, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma, sözleşmenin konusunu seçme ve düzenleme özgürlüklerini ifade eder. Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1*, s. 9 vd.; Yavuz / Acar/ Özen, s. 14 vd.; Aral / Ayrancı, s. 54; Zevkliler/ Gökyayla, s. 6; Oktay, s. 267; Kocayusufoğlu, s. 503 vd.

⁵⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 934; Aral / Ayrancı, s. 53; Oktay, s. 265; Oktay Özdemir, s. 2533 vd.

⁵⁴⁶ Birleşik sözleşmeye örnek olarak, bir süthanenin satışında alıcının satıcıya süresiz olarak süt teslim etmeyi taahhüt etmesi halinde satış sözleşmesi-satış sözleşmesi bir araya gelmiştir. Bir imalathanenin kiracısının imal ettiği ürünlerden kiralayana satmayı borçlanması halinde de kira sözleşmesi-satış sözleşmesi bir araya gelmiştir. Örnekler için bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 24; Aral/ Ayrancı, s. 60; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 5.

⁵⁴⁷ Karma sözleşmelerde değişik sözleşme tiplerinin mübadele ilişkisinde olduğu “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” gibi çifte tipli karma sözleşmeler; çeşitli tiplere özgü edimlerin bir araya geldiği otelcilik sözleşmesi gibi kombine sözleşmeler; çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler olarak üç guruba ayrılmaktadır. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1*, s. 71; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 27; Aral/ Ayrancı, s. 57 vd.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 6; Oktay, s. 273; Zevkliler/ Gökyayla, s. 18 vd.; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 9 vd.; Oktay Özdemir, s. 2560 vd.

⁵⁴⁸ Sulh sözleşmesi, bilirkişi ve hakem sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, franchise sözleşmesi, faktöring sözleşmesi,

olarak adlandırılır.

Yapım sözleşmelerinde yer alan taahhütlerin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu taahhütlerde genelde ne kanun tarafından düzenlenmiş ayrı ve bağımsız sözleşmeler birbirine bağlanmaktadır ne de kanunun öngördüğü tip sözleşmelere ilişkin unsurlar kanunun öngörmediği tarzda taraflarca bir araya getirilmektedir. O halde, kanunda düzenlenmiş unsurları içermeyen taraflarca bir araya getirilmiş unsurları ihtiva eden asgari ekonomik menfaat taahhütlerini, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak kabul etmek gerekir. Yapım sözleşmesinde yer alan bu taahhütlerden garanti niteliğinde olanlar, aşağıda garantinin hukuki niteliği incelenirken ayrıca incelenecektir⁵⁴⁹.

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmelere öncelikle, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile tarafların anlaşmış oldukları sözleşme hükümleri uygulanır. Sözleşme hükmü bulunmayan hallerde, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde benzer sözleşme hükümleri ve Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanır. Uyuşmazlıkların çözümü için örf ve adet hukuku ve ticari teamüller de nazara alınmalıdır. Tüm bunlara müracaat edilmesine rağmen uygulanacak bir hüküm bulunamaz ise hakim TMK m. 1 kapsamında kanun koyucu gibi hüküm ihdas edecektir⁵⁵⁰.

C. Taahhütlerin Asli Edim Yan Edim Yükümlülükleri Bakımından Değerlendirilmesi

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler⁵⁵¹ olarak ikiye ayrılmaktadır. Edim yükümlülükleri

satış için bırakma sözleşmesi, kredi açma sözleşmesi, çek sözleşmesi, yönetim sözleşmesi, gezi sözleşmesi, garanti sözleşmesi, hakem sözleşmesi, lisans sözleşmesi uygulamada sıklıkla görülen kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerdendir. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 13 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 950; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 30; Aral/ Ayrancı, s. 56-57; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 8; Zevkliler/ Gökyayla, s. 12.

⁵⁴⁹ İkinci Bölüm, IV, A.

⁵⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 951; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 29; Aral/ Ayrancı, s. 61; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 12-13; Oktay, s. 275 vd.

⁵⁵¹ Yan yükümlülükler (edim yükümü içermeyen borçlar), edim yükümlülüklerinin dışında kalan, esas edime bağımlı, bağımsız olarak ifa davasına konu edilemeyen ve ifaya zorlanamayan aydınlatma yükümlülüğü, sadakatli davranış yükümlülüğü gibi ifaya yardımcı yükümlülükler ve koruma yükümlülükleridir. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel*

de kendi içinde asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁵². Asli edim yükümlülükleri sözleşmeye niteliğini veren, karakterini ve özelliğini belirleyen yükümlülüklerdir⁵⁵³. Tam iki taraflı sözleşmelerde bu yükümlülükler karşılıklı bir değişim ilişkisi içerisinde bulunur⁵⁵⁴. Örneğin, TBK m. 207 f. 1'e göre satış sözleşmesinde, satıcının asli edim yükümü satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya geçirmek, alıcının asli edim yükümü ise satılanın bedelini ödemektir.

Yan edim yükümlülükleri ise, esas edime bağımlı olan ve ifa yararının gerçekleşmesine hizmet eden yükümlülüklerdir⁵⁵⁵. Yan edim yükümlülükleri kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğabilir⁵⁵⁶.

Yan edim, taraf menfaatleri bakımından yapılan bir değerlendirme olup, asli edimin olmadığı bir yerde yan edimden de söz edilemez. Öte yandan bir sözleşmede yan edim yükümü olan bir edim, bir başka sözleşmede asli edim yükümü olabilir⁵⁵⁷. Yan edim yükümlülükleri bağımsız bir amaca hizmet edecek şekilde düzenlenmek suretiyle dava da edilebilir. Örneğin bir satış sözleşmesinde teslimle birlikte montaj yapılması da kararlaştırılmış ise asli edim yükümü olan teslim ile birlikte yan edim yükümü olarak montaj kararlaştırılmış olur⁵⁵⁸. Yan edim yükümlülükleri; asli edimin ifasına yardımcı olanlar, asli edimi teminat altına alanlar, asli edimi genişleten yan edim yükümlülükleri

*Hükümler, C. I, s. 15; Kocayusufpaşaoğlu, s. 12; Yan edim yükümlülükleri temerrüde esas olabilir ve synallagma (karşılıklılık) ilişkisine dahil olduğunda bu yükümlülüklerin ihlali, sözleşmeden dönmeye de esas olabilir. Buna karşı yan yükümlülükler borçlunun temerrüdüne esas teşkil etmediğinden, bunlar bakımından dönme, ancak TBK m. 112 vd.'na göre sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde söz konusu olur. Bununla birlikte Viyana Satım Sözleşmesi de dahil, yeni anlayış, dönme hakkının sözleşmeye aykırılığın veya ihlal edilen yükümlülüğün türüne bakılmaksızın "sözleşmenin esaslı surette ihlali" ne tanınması yönündedir. Bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 114. Yan yükümlülükler (edim yükümü içermeyen borçlar) bakımından, temerrüt söz konusu olmadığı gibi imkansızlık da söz konusu olmaz. Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, s. 13, n. 45.**

⁵⁵² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 31; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 17; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 13; Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, s. 113.

⁵⁵³ "Satım sözleşmesinde bedel ve malın teslimi, kira sözleşmesinde kullanımın kiracıya bırakılması ve kira bedeli bu tür asli edim yükümleridir.", Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 17; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 13.*

⁵⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 32; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 13.*

⁵⁵⁵ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 14; "Örneğin, bir satım sözleşmesinde, malın nereden temin edildiğini gösteren belgenin verilmesi, malın belli ambalaj içerisinde teslimi, malın kullanımı hakkında bir kılavuzun verilmesi, malın aynı zamanda monte edilmesi bu tür edimlerdenidir."*, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 17.

⁵⁵⁶ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 86.

⁵⁵⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 34.

⁵⁵⁸ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 14; Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit*, s. 89.

olarak ayrılmaktadır.

Yan edimin tespiti için kullanılan ilk kıstas, bir edimin (yan) varlığı, diğer bir asıl edimin (asli) gerçekleştirilmesine yönelmiş olmasıdır⁵⁵⁹. İkinci kıstas, edimlerden birinin (yan) daha az önemde veya değerde olmasıdır. Örneğin bir rezidansta daire kiralamada hizmet borcu, kira borcuna göre daha az önemde ve değerde olduğundan yan edimlerden biridir⁵⁶⁰. Böyle bir halde asli edim yükümü ile yan edim yükümünün bir araya gelmesinden oluşan karma bir sözleşme bulunmaktadır⁵⁶¹.

Taahhütlerin yapım sözleşmelerine karakterini ve niteliğini verdiği, bu sözleşmelerin özelliğini belirlediği söylenemez. Yapım sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, yüklenicinin yapı meydana getirip teslim etme borcuna karşılık iş sahibinin borcu bedel ödemektir. Bu iki borç birbiri ile değişim ilişkisi içindedir. Sözleşmenin hukuki niteliğine göre iş sahibinin bedel ödeme borcunun yerini yüklenicinin yapmış olduğu yapıyı belirli bir süre için işletmesine izin verme borcu da yer alabilir. Örneğin Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde yüklenici yapma, belirli süre ile işletme, süre sonunda bedelsiz olarak devretme borcu altına girerken, bunun karşılığında iş sahibi belirli süre ile söz konusu yapının işletmesini yükleniciye verme borcu altına girmektedir.

Asgari ekonomik menfaatin taahhüt edilmesi ise iş sahibinin bu sözleşmeler bakımından asli edimi olan işletmeye verme borcunu genişletmekte, yüklenicinin işlettiği dönemde belirli bir asgari geliri taahhüt etmektedir. Tam da bu noktada bakılması gereken bu taahhütlerin garanti niteliğinde bir taahhüt niteliğinde olup olmadığıdır. Zira, bu taahhütler garanti niteliğinde sayıldıklarında yapım sözleşmesi içerisinde yer alsalar dahi bunların garanti olarak bağımsız karakterlerini koruduğu ve ayrı bir sözleşme olduğu kabul edilecektir. Böyle bir halde taahhüdün kendisi yapım sözleşmesi bakımından asli

⁵⁵⁹ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 90.

⁵⁶⁰ Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 92.

⁵⁶¹ Bir sözleşmede taraflardan birinin farklı sözleşmelere ait edim borcu yüklenmesi sureti ile karma sözleşme ortaya çıkabilir. Bir araya gelen bu edim borçlarının tamamı asli edim yükümlülüğü olabileceği gibi biri asli diğeri yan edim yükümlülüğü de olabilir. Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 83.

edim yükümü olarak kabul edilmezken, garanti sözleşmesi bakımından asli edim yükümü olarak kabul edilecektir. Garanti taahhüdü, yapım sözleşmesi bakımından yatırımcıyı sözleşmeyi yapmaya sevk ve teşvik eden⁵⁶², belirli miktarda gelir elde edileceğine ilişkin teminat oluşturan bir taahhüttür. Buna karşılık, garanti taahhüdü verilmeden de yapım sözleşmesi kurulabileceğinden, bu taahhüt yapım sözleşmesinin bir unsuru değildir. Bu yönü ile aynı taahhüt, yapım sözleşmesi bakımından asıl alacağa hizmet eden ve ifasına yardımcı olan bir yan edim yükümü olarak⁵⁶³, garanti sözleşmesi bakımından ise asli edim yükümü olarak kabul edilmelidir.

Yapım sözleşmesinde yer alan garanti niteliğinde olmayan taahhütler de, esas edimi genişleten yan edim yükümleri niteliğindedir. Bununla birlikte, garanti niteliğinde olmayan taahhütler yan edim yükümü olsa dahi ayrı bir edim yükümü olup, bunun yerine getirilmesinde alacaklı yüklenicinin bağımsız bir ifa menfaati vardır⁵⁶⁴. Bu bakımdan yan edim yükümü olan taahhütler de ayrıca bağımsız olarak dava konusu olabilecektir⁵⁶⁵.

D. Dönemli Edim, Sürekli Edim, Belirsiz Vadeli Edim, Muacceliyete Bağlı Edim Ayrırımları Bakımından Taahhütlerin Değerlendirilmesi

Borçlu, borcunu zaman içerisinde aralıksız ve sürekli bir davranış ile ifa ettiğinde sürekli edimlerden söz edilir⁵⁶⁶. Genel olarak yapmama borçları böyledir. Bir borç ilişkisindeki edimlerden en az biri sürekli edim niteliğinde ise bu borç ilişkisine sürekli borç ilişkisi adı verilir. Hizmet sözleşmesinde işçi sürekli bir şekilde hizmet edimini yerine getirmekte olduğundan hizmet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilir. Aynı şekilde kira sözleşmesinde de kiralayanın kira konusu şeyi sözleşme süresi boyunca kiracının kullanımına sunma borcu da devamlılık arz etmekte olup, bu sözleşmeler de sürekli⁵⁶⁷. Bir borç ilişkisinin sürekli olup olmaması özellikle borç

⁵⁶² Sevk ve teşvik etmek amacının saf garanti taahhüdünün unsuru olduğu ile ilgili bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, b.

⁵⁶³ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 14.

⁵⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 33.

⁵⁶⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 18.

⁵⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 37; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 12; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 10; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 53; Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, s. 319.

⁵⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 107; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 11; Antalya, *Borçlar Hukuku*

ilişkisinin sona ermesine uygulanacak hükümler bakımından önemlidir⁵⁶⁸.

Ani edim ise satış sözleşmesi gibi alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda gerçekleştiği edimlerdir. Hakim görüşe göre; ani edim sürekli edim ayrımı bakımından önemli olan alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda mı gerçekleştiği yoksa süreye yaygın olup olmadığıdır⁵⁶⁹. Vekalet sözleşmesi gibi sözleşmelerde borçlu borcunun yerine getirmek için birçok hazırlıkta bulunsa da bu sözleşmelerde de alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda gerçekleştiği savunulmaktadır. Doktrinde inşaat sözleşmelerinin yüklenicinin teslim borcu açısından ani edimli, çalışma borcu açısından sürekli edimli sözleşme niteliğinde olduğu⁵⁷⁰ ve bu sözleşmelerin sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme olarak nitelendirildiği görülmektedir⁵⁷¹. Eser sözleşmesinde de edimlerin yerine getirilmesi zamana yayılsa dahi bu edimlerin sonucu olan eserin imali ve iş sahibine teslim edilmesi borçlanıldığından hakim görüşe göre eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir⁵⁷².

Dönemli edimler ise düzenli veya düzensiz belirli aralıklarla borçlanılan edimlerdir⁵⁷³. Düzensiz aralıklarla borçlanılan edimlere aralıklı edim ismi de verilir. Taksitle satış sözleşmesi, art arda teslimli satış sözleşmesi, belirli tarihlerde geri ödemeli ödünç sözleşmesi bunlara örnek verilebilir. Dönemli edimlerin sürekli borç ilişkisi olarak

Genel Hükümler, C. I, s. 53.

⁵⁶⁸ TBK m. 328, 331, 431 kapsamında sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple sözleşmeyi feshetme ve belirsiz süreli sözleşmelerde ise ihbar öneli ile fesih hakkı tanınmaktadır. TBK m. 126'da sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdünün sonuçları ayrı olarak düzenlenmiştir. Bkz. Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 12*; Ani edimli sözleşmeler geriye etkili dönme ile sona erdirilebilirken, sürekli edimli sözleşmeler ileriye etkili fesih ile sona erdirilir. Bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 54*.

⁵⁶⁹ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 12*; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 11; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 54*; Farklı görüş: Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s.166; Kocayusufpaşaoğlu'na göre de ani edimler borçlunun bir tek hareketi ile yerine getirilen edimlerdir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 37.

⁵⁷⁰ Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 46.

⁵⁷¹ Eren, "Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri", **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996)**, s. 52.

⁵⁷² Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 11*; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, s. 53*; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 108; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 49; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 541; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, s. 2*; Ani edim sürekli edim ayrımı için borçlunun faaliyetlerine bakılması gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s.166; Eser sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurmayacağı, bununla birlikte eser sözleşmelerinden inşaat sözleşmesinde yüklenicinin meydana getirme borcu uzun bir zaman dilimine yayıldığından edim yükümlülüğünün bu niteliğinin sürekli borç ilişkilerine ilişkin kuralların dikkate alınmasını gerektirdiği konusunda bkz. Aral/ Ayrancı, s. 360.

⁵⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 38.

kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı olup, her bir durumun özelliğine göre değerlendirme yapılması uygun olacaktır⁵⁷⁴.

Yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri belirli aralıklarla genel olarak da aylık periyotlar halinde yükleniciye sağlanmaktadır. Bu edimler düzenli ve belirli aralıklar ile borçlanıldığı için dönemli edimlerdir. Sürekli borç ilişkisi bakımından ise taraflar arasındaki borç ilişkisinin bütününe bakmak gerekecektir. Yapım sözleşmesi, yukarıda da ifade edildiği gibi ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Buna göre yapım sözleşmeleri bakımından da bir ayırım yapılmalı yalnızca yapımı içeren yapım sözleşmelerinde yer alan taahhütler bakımından sürekli borç ilişkisinin bulunmadığı, ancak yapım yanında yükleniciye işletme hakkı da veren Yap-İşlet-Devret gibi sözleşmeler bakımından iş sahibinin yüklenicinin işletmesine verme yükümlülüğünün devamlı ve sürekli olması bakımından bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmelidir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerini muacceliyete bağlı edim bakımından incelemek için önce muacceliyet ile ilgili kanuni düzenlemeye bakmak uygun olacaktır.

TBK m. 90 hükmü gereği aksi kararlaştırılmadıkça ve hukuki özelliği aksini gerektirmedikçe her borç doğumu anında muaccel olur. Borcun bir vadeye bağlanması durumunda ise alacaklı ancak vadenin gelmesi halinde ifayı talep edebilir⁵⁷⁵.

Vadenin mutlaka gerçekleşecek olan ancak ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan bir olaya göre belirlendiği durumlarda belirsiz vadeden söz edilmektedir⁵⁷⁶. Örneğin ağaçların çiçek açması, ekinlerin yetiştirilmesi, bir kişinin ölümü olaylarına bağlanan vade belirsiz vadedir. Ancak vadenin bağlandığı olayın mutlaka gerçekleşecek bir olay olması gerekir. Şayet vade için tayin edilen olay gerçekleşmesi kuşku bir olay

⁵⁷⁴ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 13; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 11; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 54.

⁵⁷⁵ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 316; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. III, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015, s. 45; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 52; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 333.

⁵⁷⁶ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 319; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 57.

ise vadeden değil koşul (şart) dan söz etmek gerekir⁵⁷⁷.

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin uygulamada görülen örneklerinde belirli periyotlar bulunmaktadır. Bu periyotlar genel olarak aylık dönemler halindedir. Buna göre her bir ay için bakılır. şayet yüklenici, belirlenmiş olan asgari sayının üzerinde bir müşteri (gelir) elde etti ise risk gerçekleşmediğinden iş sahibinin taahhüdü bakımından bir borç doğmaz. Her bir dönem için tekrar aynı şekilde hesaplama yapılır. Yüklenicinin geliri bir ay için asgari sayının üstünde iken takip eden ay için asgari sayının altında olabilir. Böyle bir halde o ay için risk gerçekleşmiş olur ve taahhütten kaynaklanan borç doğmuş olur. Her bir dönem için taahhütten kaynaklanan borcun doğup doğmayacağı ve bunun bağlandığı riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmadığından burada belirsiz vadeli edimden ziyade koşul (şart) vardır. Öte yandan, koşul gerçekleştiğinde genel olarak taahhütten kaynaklanan alacağın belirli bir süre içerisinde ödeneceği kararlaştırıldı ise koşul yanında belirli vade de bulunmaktadır.

Muacceliyete bağlı edim, vadeyi tayin yetkisinin sözleşmenin bir tarafına, çoğunlukla alacaklıya, tanındığı bir ihbar ile (muacceliyet ihbarı) borcun genel olarak belirli bir süre sonunda muaccel olduğu edimdir⁵⁷⁸. Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin alacaklının muacceliyet ihbarına bağlanmasına bir engel bulunmamaktadır. Garanti niteliğinde olan taahhütler bakımından edim, muacceliyete bağlı değilse risk gerçekleşip, taahhüt edilen sayının altında bir gelir olduğunda taahhüde bağlı borçlar da doğmuş olacaktır. Borcun doğumu yanında ayrıca bir vade kararlaştırılmış ise ödenecek tutarlar belirlenmiş süre (vade) içerisinde yükleniciye ödenecektir.

⁵⁷⁷ Oğuzman/ z, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 318.; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 57-58.

⁵⁷⁸ TBK m. 392'ye göre ödünç sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadı ise muacceliyet ihbarından (ilk talepten) altı hafta sonra geri verme borcu muaccel olur. Bkz. Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 319.

III. ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yapım sözleşmelerinde birbirinden farklı niteliklere sahip asgari bir ekonomik menfaati temin etmeye yönelmiş birçok taahhüt bulunmaktadır. Bu taahhütlerle ilgili hukuki nitelendirme yapılırken, taahhütlerin hangi hallerde hangi hukuki niteliğe sahip olacakları ve diğer benzer kavramlardan nasıl ayrılacakları tespit edilmeye çalışılacaktır.

Taahhütlerin hukuki niteliği incelenirken belirtilmelidir ki, bir taahhüt verilirken bu taahhüdü veren, sözleşme serbestisi içerisinde bunu garanti olarak da kefalet olarak da hatta karma bir şekilde de verebilir. Bir diğer ifade ile, taahhütlerin tamamının garanti niteliğinde olması veya başka bir nitelikte olması zorunluluğu yoktur. Her taahhüt, içerdiği unsurlara, özelliklere, kapsamına göre ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır⁵⁷⁹. Bu kısımda taahhütlerle ilgili genel değerlendirmeler yapılacak, taahhütlerin ayrı ayrı nitelendirilmesi aşağıda ayrıca yapılacaktır⁵⁸⁰.

Taahhütler genel olarak, sözleşmesel taahhüt niteliğinde bir borçlandırııcı hukuki işlemdir. Bu taahhütlerin verilmesinin hukuki sebebi genel olarak yatırımcıya güvence vermektir. Belirlenen sayı veya gelire ulaşamadığında risk gerçekleşmiş olur ve güvence devreye girer. Güvencenin devreye girmesi ile birlikte asgari olarak taahhüt edilmiş ekonomik menfaatin yatırımcıya temini gerekir. Bu bakımdan asgari ekonomik menfaat taahhütleri genel olarak bir teminat ilişkisi meydana getirir.

Borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu kural olarak sınırsız olsa da, malvarlığının gelecekte alacağı halin değişkenliği alacaklı için bir riziko oluşturmaktadır. Borçlunun malvarlığının azalma tehlikesi her zaman mevcuttur⁵⁸¹. Alacaklı bu tehlikelerden kaçınmak için alacağını güvence altına alma ihtiyacı hisseder ki, teminat sözleşmeleri de bu ihtiyaca cevap verir. En geniş anlamda teminat sözleşmeleri, bir kimsenin başka biri

⁵⁷⁹ Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği belirlenirken yapılan bu yorum için bkz. Barlas, s. 37.

⁵⁸⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B.

⁵⁸¹ Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1995, s. 264-265.

üzerinde bulunan bir tehlikeyi (riski) kendi üzerine almasını sağlamaya veya bir edimin ifasına güvence oluşturmaya yönelmiş her türlü sözleşmeyi ifade etmektedir⁵⁸². Bir başkasının üzerinde olup da teminat verenin kendi üzerine aldığı tehlike (risk), zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır⁵⁸³. 1969 tarihli YİBK’ da teminat şu şekilde tanımlanmıştır: “*Teminat bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden muamelelerdir*”⁵⁸⁴.

Teminat sözleşmeleri temel olarak şahsi teminatlar ve ayni teminatlar olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁸⁵. Ayni teminat sözleşmelerinde alacaklı, borçlu veya üçüncü bir şahsa ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği nitelikte ayni bir hak sahibi olur⁵⁸⁶. Rehin hakları⁵⁸⁷ ayni bir teminat oluşturur. Şahsi teminatlarda ise teminatı alan alacaklının diğer alacaklılara karşın öncelikli olarak başvurabileceği bir malvarlığı değeri bulunmamaktadır. Şahsi teminatlarda borçlu yanında bir üçüncü şahıs da kişisel olarak borç nedeniyle var olan sorumluluğa dahil olmaktadır⁵⁸⁸. Kefalet, şahsi bir teminat teşkil eder⁵⁸⁹. Şahsi teminatlar genel olarak kefalet, garanti, birlikte borç

⁵⁸² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 684; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1395; Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 1; Cevdet Yavuz, “Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri”, **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 12, S. 1-2, 2004, s. 17.

⁵⁸³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 684; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1395.

⁵⁸⁴ YİBGK, E. 1969/6, 1969/7, 05.11.1969, RG. T. 31.12.1969, S. 13388.

⁵⁸⁵ Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, s. 280 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 688; Ayni teminat kavramı yerine real teminat kavramı da kullanılmaktadır. Bu görüşe göre, ayni teminat ve hak teminatı real teminatın alt çeşidi olup, teminat bir taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde kuruluyorsa ayni teminat, hak üzerinde kuruluyorsa hak teminatından söz edilir. Bilgehan Çetiner, **Taşınmaz Teminatı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 15-16.

⁵⁸⁶ Özen, s. 2; Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, s. 280; Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, s. 16; Hapis hakkının hukuki niteliği tartışmalı olup, bir görüş hapis hakkının kanuni rehin hakkı olduğunu savunurken, diğer bir görüş sınırlı ayni hak niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşlere karşın hapis hakkının sahibine eşya üzerinde ayni haklardaki gibi doğrudan bir hakimiyet ve yetki vermediği, eşyanın elden çıkması halinde hapis hakkına dayanılarak dava açılmayacağından hapis hakkının ayni bir hak olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Çetiner’e göre hapis hakkı, mülkiyet hakkına karşı alacaklıya tanınmış olan ayni etkiye sahip bir def’idir. Bilgehan Çetiner, **Hapis Hakkı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 48-49.

⁵⁸⁷ Rehin hakkının türleri için bkz. Faruk Acar, **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 59 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 897 vd; Rona Serozan, **Eşya Hukuku**, C. I, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 341 vd.; Haluk Nami Nomer/ Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 175 vd.

⁵⁸⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 684; Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, s.287.

⁵⁸⁹ Borçlu veya üçüncü kişi rehin veren olabilirken kefil, sadece üçüncü kişidir. Seza Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 2013, s. 20; Özen, s. 7; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 766.

üstlenme (borca katılma), sigorta sözleşmesi, teminat sözleşmesi niteliği tartışmalı olmakla birlikte kredi emri ve belgeli akreditiftir⁵⁹⁰.

Şahsi teminatlarda, teminatı veren de şahsen borçtan sorumlu hale gelirken, aynı teminatlarda teminatı veren kişisel olarak borçlu haline gelmeyip, teminatın konusu ile sınırlı bir sorumluluk üstlenir⁵⁹¹. Aynı teminatlarda genel olarak taşınırlarda teslimle, taşınmazlarda tescille, alacaklarda devir ile veya kıymetli evraklarda rehin cirosu yolu ile bir tasarruf işlemi sonucu alacaklı taraf lehine bir aynı hak tesis edilmiş olur. Aynı teminatlarda teminat işlevini teminat konusu malvarlığı değeri oluştururken, şahsi teminatlarda teminatı verenin şahsı oluşturur. Aynı teminatlarda alacaklı taraf, bir malvarlığı değeri üzerinden alacağını karşılama imkanı elde ederken, şahsi teminatlarda alacağını borçlu yanında teminatı verenden de talep etme imkanına sahip olur⁵⁹². Teminat niteliğine sahip olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri aynı değil şahsi bir teminat oluşturmaktadır. Zira, bu taahhütler sonucunda malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürebilecek nitelikte aynı bir hak tesis edilmemektedir.

Kefalet sözleşmesi TBK m. 581'e göre fer'i ve tali nitelikte bir borç doğurmakta olup, borçlu tarafın borcunu ödememesi halinde kefilin kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ise, iş sahibi ve yatırımcı dışında ne asıl borçlu ne de bir asıl borçtan bahsetmek mümkündür. Yatırımcıya verilen teminat asıl borçlunun borcunu ödememesine ilişkin olmayıp, yeterli sayıda müşteri bulunmamasından doğacak riski karşılamaktır. Kefalet ile ilgili ayrıntılı karşılaştırma ve değerlendirme aşağıda yapılacak olmakla birlikte⁵⁹³, şimdilik bu taahhütlerin genel olarak kefalet niteliğinde olmadığı belirtilmesi ile yetinilecektir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri garanti sözleşmesi bakımından özel bir inceleme gerektirmektedir. Garanti sözleşmesi, teminat sözleşmeleri içerisinde sayılan, tanımı ve unsurları üzerinde en çok tartışılan sözleşmelerden biridir. Garanti sözleşmesi,

⁵⁹⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1396; Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, s. 288.

⁵⁹¹ Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, s. 295.

⁵⁹² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 688; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 766.

⁵⁹³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C.

Borçlar Kanunu’nda tanımlanmış bir sözleşme değildir. Borçlunun sadece “garanti ediyorum” ifadesini kullanmasının hangi hukuki sonuçları doğuracağını tespit etmek de son derece güçtür⁵⁹⁴. Borçlar kanununda “garanti” ifadesinin yalnızca beş madde de TBK m. 191 f. 1⁵⁹⁵, TBK m. 193⁵⁹⁶, TBK m. 294 f. 2⁵⁹⁷, TBK m. 451⁵⁹⁸, TBK m. 537⁵⁹⁹ maddelerde kullanıldığı görülmektedir. Tüm bu maddelerde yer alan düzenlemeler de garanti sözleşmelerinin tanımı ve unsurlarını belirlemeye yardımcı olmaktan uzaktır.

Roma hukukunda katı şekilcilik anlayışının da etkisi ile prensip olarak her sözleşmenin sadece taraflar arasında hüküm ifade edeceği kabul edilmiş ise de stipulatio⁶⁰⁰ ve Promissio Indemnitis adı altında garanti sözleşmesine benzer borç ilişkilerine de rastlanmaktadır⁶⁰¹. Bununla birlikte garanti ile benzer bir kısım nitelikler taşıyan bu sözleşmelerin çok sonra ortaya çıkan garanti sözleşmesi üzerindeki etkisinin sınırlı olduğu ifade edilmiştir⁶⁰².

⁵⁹⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 4.

⁵⁹⁵ TBK m. 191 f. 1: “Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.”

⁵⁹⁶ TBK m. 193: “Devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir...”

⁵⁹⁷ TBK m. 294 f. 2: “Bağışlayan, bağışlanan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse, bununla sorumlu olur.”

⁵⁹⁸ Pazarlamacılık sözleşmesi ile ilgili TBK m. 451’in başlığı “Garanti” dir.

⁵⁹⁹ TBK m. 537’nin başlığı “Komisyoncunun Garantisi” olup, madde şu şekildedir: “Yetkisi olmaksızın veresiye mal satması dışında, komisyoncu işlemde bulunduğu borçluların ödememelerinden ve diğer borçlarını ifa etmemelerinden sorumlu olmaz. Ancak, komisyoncu açıkça garanti vermişse veya bulunduğu yerdeki ticari teamül gerektiriyorsa sorumlu olur. Garanti veren komisyoncunun bundan dolayı ayrıca ücret isteme hakkı vardır.”

⁶⁰⁰ Stipulatio, Roma borçlar hukukunun en önemli sözlü akdidir. Soru ve cevaptan meydana gelir. Bu nedenle sadece hazırlar ve konuşabilenler arasında yapılabilir. Roma hukukunun en geniş tatbik alanı olan sözleşmesi olup, Romanın en eski zamanlarından beri kefalet akdi de bu yolla yapılmıştır. Bkz. Rado, s.67.

⁶⁰¹ Rado, s. 159; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 26; Kahraman, s. 1; Ferhat Canbolat, **Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyatî Tedbirler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 51.

⁶⁰² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 29.

IV. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Garanti Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

1. Garanti Sözleşmesinin Tanımı

a. Garanti Sözleşmesi Kavramının Ortaya Çıkışı

18. yüzyılda Fransa’da fazla gelir getirmeyen bununla birlikte kamunun yararı için faydalı işler için destek olmak ve kredi imkanları sağlamak amacı ile garanti sözleşmeleri ilk olarak tatbik edilmeye başlanmıştır. Fransa’daki ilk uygulamalarda garanti sözleşmeleri daha çok kamu hukuku kurallarına tabi tutulmuştur. Garanti sözleşmesi terimi ise ilk kez Alman hukukçu Stammler tarafından 1886 yılında yazılan bir makalede kullanılmış, daha sonra Alman ve Türk-İsviçre hukukunda kabul görmüştür⁶⁰³.

Stammler’e göre⁶⁰⁴; “*Garanti sözleşmesi ile bir kimse, başkasının kazanç amacı taşıyan teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdi ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle yardım ve teşvik etmek gayesini güder.*” Stammler, yapmış olduğu bu tanımı açıklamak için bazı örnekler vermiştir. Stammler tarafından verilen garanti örnekleri şu şekildedir⁶⁰⁵:

- 1) Devletin veya Belediyenin kamu yararı olan bir işletmeyi (örneğin demiryolu veya elektrik şirketini) desteklemek amacıyla, söz konusu işletmeye yılda belirli bir kar edeceğini taahhüt etmesi⁶⁰⁶.
- 2) A’nın B’yi C’ye karşı dava açmaya ikna etmek için, davanın kaybı halinde ortaya çıkacak masrafları üzerine alması.

⁶⁰³ Rudolf Stammler, **Der Garantievertrag**, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 69, H. 1, 1886, s. 1-141; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 4 vd.; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 6; Kahraman, s. 3.

⁶⁰⁴ Stammler, s. 1-141.

⁶⁰⁵ Stammler, s. 3,4,53,83; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 6-7.

⁶⁰⁶ Tandoğan’ın bu örnek altında yer verdiği bilgiye göre, birkaç sene öncesinde (kitabın basımı 1959 tarihidir) ülkemizde de eczanesi olmayan bir kasabada, kasabanın belediyesi, gazetelere verdiği ilanla, kasabada eczane açacak kimseye ayda belirli bir kar elde edeceği konusunda garanti vermiştir. Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 6, dn. 13.

- 3) Üniversite öğrencilerinin kurduğu bir müzik grubunun bir konser icra etmek için, Üniversite senatosunun konser biletlerinin belirli bir miktarda satılmaması halinde bunun karşılığını vermeyi vaad etmesi.
- 4) Eski Romada bir annenin, oğlunun vasisine oğlunun taşınmazını satmaması halinde ileride sorumlu olması durumunda ödeyeceği tazminatı üzerine alması.
- 5) Noterin mirasçılardan birine, terekeye dahil olan bir alacağı miras payına mahsuben devralması halinde zarar etmeyeceğini tekeffül etmesi.

1886 yılında yazılmış bu makaledeki tespitler çok kıymetlidir. Stammeler tarafından verilen birinci örnekte demiryolu veya elektrik şirketinin kamu yararı amacı ile yatırıma teşvik edilmesi için, şirkete yıllık belirli bir geliri elde edeceklerinin taahhüt edilmesi, tezimizde incelemiş olduğumuz yapım sözleşmelerinde yer alan taahhütler ile doğrudan bağlantılıdır. Bununla birlikte elbette, zaman içerisinde garanti ile ilgili bir kısım unsurlar daha da belirginleşmiş, tanımda bazı değişiklikler yapmak gerekmiştir⁶⁰⁷.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere Stammeler, aslında garanti sözleşmelerinin ilk uygulamalarının ortaya çıktığı Fransa'daki örnekler ve o günkü garanti uygulamalarından yola çıkmıştır. Ancak bu tanım, sözleşmenin unsuru sayılamayacak vasıflara yer verdiği, sözleşmeyi karakterize eden ve diğer teminatlardan ayırt edici nitelikteki unsurlardan bahsedilmediği, bazı unsurların hatalı bazılarının ise müphem olduğu gibi gerekçelerle eleştirilmiştir⁶⁰⁸. Bu eleştirilerin önemli bir kısmı haklı olup, tanımın yeterli olmadığı açıktır.

Tanımda garanti sözleşmesinin bağımsız niteliğine yer verilmemiştir. Kefil de bir başkasını bir davranışa sevk etmek için kefalet vermiş olabilir⁶⁰⁹. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, garanti sözleşmesinin en karakteristik özelliği asli borç ilişkisinden bağımsız olmasıdır. Kefalet sözleşmesinde teminat veren için fer'i bir sorumluluk

⁶⁰⁷ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 7.

⁶⁰⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 6; Kahraman, s. 8.

⁶⁰⁹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 8.

doğarken, garanti sözleşmesinde teminat veren için bağımsız bir sorumluluk doğmaktadır⁶¹⁰. Garanti sözleşmesinin asli borç ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi doğurması, onu diğer teminatlar karşısında alacaklı bakımından daha güvenilir ve üstün hale getirmektedir. Zira, fer'i teminatların akıbeti asli borç ilişkisine bağlı iken, garanti varlığını ve geçerliliğini asli borç ilişkisinden etkilenmeksizin devam ettirir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından yatırımcıların tamamının gayesi kazanç sağlama olsa da Stammler'in tanımında yer alan garanti edilen teşebbüsün mutlaka "kazanç amacı taşıması" da garanti sözleşmelerinin geneli bakımından zorunlu bir unsur olarak kabul edilemez. Garanti edilen teşebbüs kar amacı taşıyabileceği gibi hiçbir kar amacı taşımayan sosyal ve sanatsal bir amaca hizmet ediyor da olabilir⁶¹¹. Bizzat Stammler tarafından verilen müzik grubu örneğinde de grubun gayesi kar elde etmek değil, konseri icra etmektir⁶¹². Bunun dışında zararları önlemek amacı ile de garanti sözleşmesi yapılabilir. Örneğin, bağımlılıkla mücadele eden bir dernek tamamen karşılıksız olarak bu hizmeti vermekle birlikte bu hizmetlerin maliyetini çıkarabilmek için zararlarını karşılayacak nitelikte bir garanti alabilir. Ancak, teşebbüs veya faaliyetin kar amacı gütmesi şart değilse de, bu teşebbüs ve faaliyet neticesinde para ile ölçülebilir mahiyette bir zarar ihtimalinin mevcut olması şarttır⁶¹³. Böylece, garanti verenin saiki ve garantiyi alan teşebbüsün faaliyet amacı ne olursa olsun, risk gerçekleşince garantiyi veren, garantiyi alanın sözleşme kapsamındaki zararını karşılayacaktır.

Stammler, tanımında garanti sözleşmesinin "ivazsızlık" karakterine yer vermektedir. Buna göre, garanti sözleşmesinden bahsedilebilmesi için garanti veren ivazsız bir şekilde bu yükümlülük altına girmelidir. Doktrinde kural olarak garanti sözleşmesinin ivazsız olarak yapılması gerektiği, ancak istisnai olarak bu garanti verenin bir ivaz elde etmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁶¹⁴.

⁶¹⁰ Özen, s. 25.

⁶¹¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 7; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s.7; Kahraman, s. 9.

⁶¹² Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s.7.

⁶¹³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 7; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s.7; Kahraman, s. 9.

⁶¹⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 8; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s.8; Kahraman, s. 9.

Tanımda yer alan “yardım ve teşvik amacı” da çok isabetli değildir. Garanti sözleşmelerinde garanti verenler bakımından ortak husus bir kimsenin bir teşebbüse sevk olup, bunun gayesi yardım olabileceği gibi şahsi bir menfaat de olabilir⁶¹⁵. Bununla birlikte Stammler’den bu yana “garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmekten” bahsedilse de bunun garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olamayacağı, saf garanti sözleşmelerinde çoğu zaman böyle bir teşvik amacı olsa da var olan kurulmuş bir borç ilişkisi için garanti verilmesinde böyle bir amaçtan da bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁶¹⁶.

b. Doktrinde Garanti Sözleşmesi İle İlgili Yapılan Tanımlar

Stammler’den bu yana garanti sözleşmesi, doktrinde çok farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Priester’e göre garanti sözleşmesi, garanti verenin tek taraflı ve bağımsız bir taahhüdüdür. Garanti verenin saiki dikkate alınmaz. Bu bakımdan garanti alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etme amacı da aranmaz⁶¹⁷. Guggenheim’a göre ise garanti sözleşmesi, garanti verenin bir teşebbüsün gelecekteki tehlikelerini asli ve bağımsız olarak tek taraflı üstlendiği bir sözleşmedir⁶¹⁸. Reusser ise garanti alanının belirli bir davranışa sevk ve teşvik edilmesini amaçlamayan sözleşmelerin garanti sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini, böyle bir ihtimalde ivazlı ise sigorta veya kumar ve bahis, ivazsız ise şarta bağlı bağışlama vaadi olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir⁶¹⁹.

Garanti sözleşmesi, Türk hukukunda da farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Reisoğlu, garanti sözleşmesini, “*Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.*” şeklinde tanımlamıştır⁶²⁰.

Tandoğan’a göre ise, “*Garanti sözleşmesi, bir kimsenin başkasını belli bir*

⁶¹⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 8; Kahraman, s. 10.

⁶¹⁶ Gümü, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 504, Aynı doğrultuda: Kahraman, s. 11.

⁶¹⁷ Priester, s. 14, (Aktaran: Kahraman, s. 14, dn. 59).

⁶¹⁸ Guggenheim, s. 10 vd., (Aktaran: Kahraman, s. 15, dn. 62).

⁶¹⁹ Reusser, s. 93 vd., (Aktaran: Kahraman, s. 15, dn. 64).

⁶²⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 9.

*hareket tarzına yöneltmek amacıyla bu hareket tarzından o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir*⁶²¹.”

Yavuz, Acar ve Özen’e göre ise, garanti sözleşmesiyle “garanti veren, bir üçüncü kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu temin ve üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde garanti alana tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir”⁶²².”

Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop’a göre; “Garanti mukavelelerinde, garanti veren, garanti alanın girişeceği bir teşebbüsle ilgili olarak, gelecekte vukuu az çok şüpheli bir fiilin veya olayın vukubulmamasından doğan zarar tehlikesini, bağımsız bir taahhütle üzerine alır”⁶²³.”

Gümüş’e göre, “Garanti sözleşmesi garanti verenin garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir”⁶²⁴.”

Develioğlu’na göre, garanti sözleşmesi ile “üçüncü bir şahsın fiili” taahhüt edilir. Garanti, garanti veren bakımından şarta bağlı bir borç, alacaklı açısından ise şarta bağlı bir alaktır⁶²⁵.

Kahraman’a göre garanti sözleşmesi, “garanti verenin, garanti alanı belli bir hareket tarzına sevk ve teşvik etmek yahut sadece onun bir alacağını temin etmek amacıyla bir sonucu garanti ettiği, işbu sonucun gerçekleşmemesi riskini kısmen veya tamamen üzerine aldığı ve söz konusu riskin gerçekleşmesi halinde, zararı karşılamayı veya belirli bir miktar tutarı ödemeyi yahut başkaca bir edimi ifa etmeyi taahhüt ettiği,

⁶²¹ Tandoğan, bu tanımın Yargıtay tarafından da benimsenmiş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 809.

⁶²² Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1476.

⁶²³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 229.

⁶²⁴ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, s. 501.

⁶²⁵ Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 36 vd.

*asli ve bağımsız nitelikte bir sözleşmedir*⁶²⁶.”

Tekinalp’e göre garanti sözleşmesi, “*tek tarafa borç yükleyen, şekle bağlı olmayan, bağımsız bir metin halinde veya başka bir sözleşmenin içinde yer alarak şekillenen, sözleşme veya mektup-sözleşme biçiminde düzenlenen bir sözleşmedir*⁶²⁷.”

Garanti sözleşmesini ifade etmek için birbirinden farklı tanımlar yapılmış olsa da genel olarak garanti sözleşmesinin unsurları bakımından çok büyük görüş ayrılıkları olmadığı ifade edilebilir.

c. Yargıtay’ın Garanti Sözleşmesi İle İlgili Yaptığı Tanım

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 1969 yılında vermiş olduğu kararda⁶²⁸ garanti sözleşmesi için yapılan tanımlarda “*müşterek olan unsur bu mukavelelerin müstakil mahiyette olması, asıl borçlu olarak taahhüt altına girme iradesinin bulunmasıdır. Müşterek unsur ve aktin belirli niteliği bu olduğuna göre diğer hususlarda görüş birliği olmasa bile akitlerin tefrikinde esas olarak alınacak kıstas bu unsur olması gerekir. Garanti akti, garanti alan ile garanti veren arasında şekle tabi olmaksızın inikat eden şahsi bir teminat aktidir.*” değerlendirmelerinde bulunmuştur. Aynı karara göre “*Garanti mukavelesi bir kimsenin fer’i olmayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir.*” Sonraki yıllarda verilen hemen her kararda⁶²⁹ bu karara atıf yapılmış olup, bu karar gerek garanti sözleşmesinin tanım ve unsurları gerekse kefalet sözleşmesinden ayrılması için garanti sözleşmesi bakımından en önemli kararlardandır.

Bir başka olayda Yargıtay⁶³⁰; “*Garanti sözleşmesi fer’i nitelikte olmayan bir sözleşme olup, garanti veren işin tehlikesini (riskini) fer’i olmayan bağımsız bir taahhülle*

⁶²⁶ Kahraman, s. 17.

⁶²⁷ Ünal Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 512.

⁶²⁸ YİBBGK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.06.1969, RG. T. 03.10.1969, S. 13317 (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.08.2019).

⁶²⁹ Örnek olarak bkz. Yarg. HGK, E. 2017/11-1731, K. 2019/608, T. 23.05.2019; Yarg. 3. HD, E. 2017/6543, K. 2019/3083, T. 08.04.2019; Yarg. 11. HD, E. 2014/16685, K. 2015/11819, T. 10.11.2015; Yarg. 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.04.1995; Yarg. HGK, E. 1981/1130, K. 1982/549, T. 02.06.1982, (Kazancı, Erişim Tarihi: 29.08.2020).

⁶³⁰ Yarg. 13. HD, E. 2002/12569, K. 2003/3985, T. 04.04.2003, (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.08.2009).

kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.” şeklinde karar vermiştir. Bundan başka birçok Yargıtay kararında⁶³¹ garanti sözleşmesinin TBK m. 128’de (BK m. 110) hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğu ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt’ün bir çeşidi olduğu ifade edilmektedir.

Nitelikli bir kefalet olarak kabul edilen aval’de eş rızasının gerekmediğine karar veren daha yeni bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı⁶³² ile de Yargıtay; esasen avalin de bir yerde, garanti sözleşmelerinin kambyo senetleri üzerinde gerçekleşen bir türünden ibaret olduğunu ifade etmiş ve eski kararlarına atıf yapmıştır.

d. Değerlendirmemiz

Garanti sözleşmesinin tanımı ve unsurları üzerinde doktrinde fikir birliği olmasa da garanti sözleşmesinin en önemli özelliğinin “asli ve bağımsız bir borç doğurma” olduğu hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Daha önceden de ifade edildiği gibi garanti sözleşmesinin bağımsız karakteri, alacaklı bakımından onu diğer teminat sözleşmelerinden çok daha güçlü kılmaktadır. Garanti edilen davranışın mutlaka kazanç amacı gütmesi gerekmediği sosyal ve sanatsal kaygılarla da garanti verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiş idi.

Sevk ve teşvik etme saf garanti sözleşmelerinin, bir alacağı teminat altına alma ise kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmelerinin yöneldiği bir amaçtır. Garanti sözleşmesi ile garanti veren belirli bir riski üstlenmektedir. Kural olarak bu sözleşme ivazsız olarak yapılmakta ise de ivazlı olarak da yapılabileceği durumların varlığı kabul edilmektedir.

⁶³¹ Yarg. HGK., E. 2002/19-182, K. 2002/217, T. 10.04.2002; Yarg. HGK., E. 2001/19-998, K. 2001/1088, T. 28.11.2001; Yarg. 19. HD, E. 2000/9411, K. 2001/3328, T. 01.05.2001, (Kazancı, Erişim Tarihi:25.08.2009).

⁶³² “Yargıtay 12. HD’nin 25.12.2007 T. ve 2007/23659-24159 sayılı kararında “...Borçlar Kanunu’nun 110.maddesindeki “Başkasının fiilini taahhüt” başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi...”, Yargıtay 19.HD’nin 10.11.2014 T. 2013/19331 E. - 2014/15934 K. sayılı kararında “818 sayılı BK.nun 110. maddesindeki (6098 sayılı TBK. 128) Başkasının fiilini taahhüt” başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi...” şeklindeki ifadelerden de anlaşılacağı şekilde, BK/TBK’da “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” olarak tanımlanan hukuki işlemin, aslında bir garanti sözleşmesi olduğu Yargıtay tarafından da oybirliğiyle kabul edilmektedir... Esasen aval bir yerde, garanti sözleşmelerinin kambyo senetleri üzerinde gerçekleşen bir türünden ibarettir.” YİBBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, T. 20.04.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.08.2019).

Yapmış olduğumuz açıklamalar neticesinde garanti sözleşmesinin unsurlarını; riskin yüklenilmesi, garanti alanın belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik edilmesi veya bir alacağını temin etmek amacı, taahhüdün asli ve bağımsız niteliği ve ivazsızlık unsuru olarak belirleyebiliriz.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin büyük bir kısmı da, yatırımcıyı sevk ve teşvik etme amacıyla verilen ve yatırımcı üzerinde doğacak belirli bir miktarın altında gelir elde etme riskine karşı iş sahibinin teminat verdiği ve aradaki farkı tazmin etmeyi yüklediği garanti sözleşmesi niteliğinde taahhütlerdir. Söz konusu taahhütler aşağıda garanti sözleşmesinin unsurları bakımından incelenecektir.

2. Garanti Sözleşmesinin Unsurları

a. Riskin Yüklenilmesi

(1) Risk Kavramı

Risk, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden belli olmayan ve gerçekleşmesi halinde garanti alanın zarara uğramasına neden olacak bir tehlikenin meydana gelmesi, beklenen yararın elde edilememesi veya istenmeyen olayın meydana gelmesi ile zarara uğranılması olasılığıdır⁶³³. Bu olasılık bir borç ilişkisinde yer alan borçlunun edimini yerine getirmemesinden doğabileceği gibi⁶³⁴ bir borç ilişkisi ile ilgisi olmaksızın belirlenen bir olayın gerçekleşmesi veya sonucun ortaya çıkması⁶³⁵ ile de gerçekleşebilir⁶³⁶. Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde görülen sözleşmenin karşı tarafça ifa edilmemesi riski birinci hale, yöneltme amaçlı (saf) garanti

⁶³³ Kadir Berk Kapancı, “Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri”, *İNÜHFD*, C. 6. S. 2, 2015, s. 323; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 9; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 811; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 4; Kahraman, s. 29; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 501.

⁶³⁴ Teminat amaçlı (Kefalet benzeri) garantilerden olan teminat mektupları buna örnektir. Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. Baskı, Ankara, 2003, s. 35-36; Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, s. 58. İfa garantileri için ayrıca bkz. Emin Cem Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s. 7.

⁶³⁵ Yöneltme amaçlı (saf) garantilerden olan kar, gelir, değer kazanma ve zararı karşılama garantileri buna örnektir. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi* s. 39 vd.; Kahraman, s. 48 vd.

⁶³⁶ Tekinalp, s. 514.

sözleşmelerinde görülen işletmenin zarara uğraması veya kar edememesi riski ikinci hale örnektir⁶³⁷. Riskin gerçekleşmesi halinde ya zarar doğar ya da beklenen yarar elde edilemez.

Risk daima müstakbel ve muhtemel bir olaya ilişkindir. Muhtemel olmayan kesin bir olayda riskten de bahsedilmesi mümkün değildir. Gerçekleşmesi imkansız bir olay risk olamaz. Buna göre risk olarak belirlenmiş bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi kesin olarak belli ise riskten de söze edilemeyecektir⁶³⁸. Ancak bu kesinliğin objektif veya sübjektif olması da bu konudaki değerlendirmeler bakımından önemlidir. Objektif bakımdan riskin bağlandığı olay kesin olarak mümkün olmamasına rağmen taraflar bundan haberdar değil ise, sübjektif olarak tarafların kesin olan bu olayı sadece ihtimal olarak görmeleri yönündeki iradelerine ve bu olayı riskli görmüş olmalarına değer verilmeli, verilen garanti de geçerli sayılmalıdır⁶³⁹. Örneğin bir tablonun satışında, taraflarca tablonun gerçek olup olmadığı kesin olarak bilinmediği takdirde sonradan bu tablonun sahteliğinin ortaya çıkması ihtimali bir risk (tehlike) olarak kabul edilebilir⁶⁴⁰.

Risk, garanti sözleşmesinin varlık sebebidir. Garanti alan ileride ortaya çıkacak riski temin etmeyi amaçlamakta olup, risk yoksa garanti sözleşmesinden bahsetmeye de imkan yoktur⁶⁴¹. Stammler'ın tanımında en çok eleştirilen hususlardan biri “tehlikenin yüklenilmesi” olmuştur. Zira, bu kavram sadece bir zararı ifade etmektedir. Oysa sadece bir zarar riski yüklenilebileceği gibi, belirli bir kazancın elde edileceği de garanti edilebilir⁶⁴². Garanti veren, tehlikenin kendisini değil, tehlike sonucunda ortaya çıkacak riski yüklenmektedir⁶⁴³.

⁶³⁷ Kahraman, s. 30.

⁶³⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 10; Kahraman, s. 30; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 323.

⁶³⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 10; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 4; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 84; Kahraman, s. 31.

⁶⁴⁰ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 4; Kahraman, s. 31.

⁶⁴¹ Kahraman, s. 30; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 4; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 83.

⁶⁴² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 9.

⁶⁴³ Kahraman, s. 13.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bakımından risk, kanuni bir (şart) koşuldur⁶⁴⁴. Teknik anlamda koşul, taraflarca kararlaştırılmakta ve gerçekleşmesi ile ileriye etkili sonuç doğurmaktadır. Oysa ki kanuni (hukuki) koşul, kanunun bir hükmüne dayanmakta ve işlemin askıda olan sonuçları baştan itibaren geçerli olmaktadır⁶⁴⁵. Kanunda öngörülmuş her koşul kanuni koşul değildir. Kanuni koşul, kanunda hukuki işlemin geçerliliği için aranan şart olmakla birlikte, bu nitelikte sayılabilmesi için ayrıca hukuki işlemin hükmünü askı durumuna getirmesi ve az da olsa teknik şartla benzerlikler göstermesi gerekir⁶⁴⁶. Bir diğer ifade ile kanuni koşul, yasa koyucunun tarafların iradesine bırakmadan işlemin şartlarını bizzat kendisinin düzenlemiş olduğu yasada belirlenen, işlemin yasal geçerlilik şartlarıdır. Tarafların bu kanuni koşulları yapılan hukuki işlemde tekrar etmeleri gereksiz olup, tarafların bu tekrarı, yapılan işlemi teknik anlamda koşula bağlı bir işlem niteliğine sokmaz⁶⁴⁷. Kanuni koşulların da geciktirici veya bozucu olarak ortaya çıkması mümkündür⁶⁴⁸. Ölüme bağlı tasarruflarda tasarrufu yapanın lehtardan önce ölmesi, geciktirici nitelikte bir kanuni koşuldur. Buna karşın, ölüme bağlı tasarruf sonucunda mirasçı olan bir kimsenin mirası reddetmesi, mirasın kazanılmasını sona erdiren bozucu bir olgu olarak ortaya çıkar⁶⁴⁹.

Kanaatimizce, garanti sözleşmeleri bakımından risk, teknik anlamda bir koşul⁶⁵⁰ değildir. Zira, teknik anlamda koşulda, koşul olmadan da sözleşme kurulabilirken risk olmadan garanti sözleşmesinin kurulabilmesi mümkün değildir. Garanti sözleşmesi bakımından risk sözleşmenin olmazsa olmaz bir unsurudur⁶⁵¹. Garanti sözleşmesi

⁶⁴⁴ Aynı görüşte: Sevgi Kayak, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 155; Teknik anlamda şart olduğu görüşünde: Melek Bilgin Yüce, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 101.

⁶⁴⁵ Pulaşlı, s. 83; Kayak s. 155.

⁶⁴⁶ Örneğin şekil şartları da hukuki işlemin geçerlilik şartlarındandır ancak işlemin hüküm doğurması için geciktirici nitelikte olmadığından şekil şartı kanuni şart olarak kabul edilemez. Bkz. Pulaşlı, s. 89.

⁶⁴⁷ Pulaşlı, 86; örneğin, “ölümünde A’nın sağ kalması şartıyla onu mirasçı atıyorum” denildiğinde teknik olarak bir şart yoktur. Bkz. Sirmen, s. 86.

⁶⁴⁸ Sirmen, s. 84.

⁶⁴⁹ Sirmen, s. 84-85.

⁶⁵⁰ Teknik anlamda koşul, “hem hukuki işlemin etkisini ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlayan taraf veya tarafların koyduğu kayıt, hem de böyle bir kayıt ile hukuki işlemin etkisinin bağlanmış olduğu ileride gerçekleşmesi şüpheli bulunan olgu” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Sirmen, s. 30; Ayrıca bkz. Pulaşlı, s. 8.

⁶⁵¹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 4; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 82-83; Kahraman, s. 30; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 502.

kanunda düzenlenmemiş olduğundan kanunun belirlemiş olduğu bir koşuldan (kanuni koşuldan) da söz edilemeyecektir. Garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin aksine, kanunun düzenlediği tip sözleşmelerden değildir.

Yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından risk, yatırımcının asgari sayıdaki müşteriye, yolcuya, araç sayısına veya beklenen asgari gelire ulaşamamasıdır. Örneğin, otoyol projelerinde iş sahibi idare tarafından yatırımcıya belirli bir sürede belirli bir aracın otoyolu kullanacağına ilişkin araç geçiş taahhüdü verilmektedir⁶⁵². Taahhüt edilen sayıda araca ulaşamaması halinde eksik kalan kısım sözleşmede belirlenen tutar üzerinden yatırımcıya ödenmektedir. Yeterli araç sayısına ulaşamaması, yeterli karın elde edilememesi riski anlamına gelmektedir. Yeterli araç sayısına ulaşıp ulaşılmayacağı önceden kesin olarak belirli değildir. Bununla birlikte, muhtemel olan riskin bağlandığı olay olan belirlenen miktarda aracın geçmemesidir. Yoksa, bir kez risk gerçekleştiğinde bunun sonucunda ne olacağı genel olarak kesin bir şekilde önceden kararlaştırılır.

(2) Riskin Belirli veya Belirlenebilir Olması

Garanti sözleşmesinin varlık sebebi olan riskin belirli olması, hiç değilse garanti edilen riskin boyutlarının tereddüte yer bırakmayacak biçimde belirlenebilir olması gerekir.

Riskin belirli olması, hiç değilse belirlenebilir olması sorunu uygulamada kredi kartlarının yaygınlaşması ile birlikte önemli bir mesele olarak ortaya çıkmıştır. 2000’li yıllardan itibaren Türkiye’de kredi kartlarında ciddi bir artış gözlenmiş, kredi kartı veren bankalar sınırsız süreli garantilerle “yapılacak tüm limit artırımları”, “kart tipi değişiklikleri” ve “halen var olan ve sonradan var olacak tüm borçlar için” önceden garanti talep etmeye başlamıştır⁶⁵³.

⁶⁵² Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B, 1.

⁶⁵³ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 171; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 502.

Özellikle kredi kartları örneğinde olduğu gibi kefalet benzeri garanti taahhütleri ile ilgili birçok Yargıtay kararında limit belirleme koşulu olmasa da belirsizliğin garantisinin olamayacağı, sözleşmenin kurulduğu anda garanti edenin neyi garanti ettiğini bilmesi veya bunu belirlemeye elverişli bilgilerin sözleşmede yer alması gerekliliği ifade edilmiştir⁶⁵⁴. Yargıtay, hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edilmesini geçersiz saymaktadır⁶⁵⁵. Garanti sözleşmesinin geçerliliği için garanti edilen riskin boyutları belirli veya belirlenebilir olmalıdır⁶⁵⁶. Doktrinde riskin belirli ve belirlenebilir olması ile ilgili verilen Yargıtay kararlarına konu olayların dürüstlük kuralına göre yorumlanması ve belirliliğin sağlanması bakımından garanti verenin hangi borç ilişkisi ile ilgili garanti verdiğini bilmesinin yeterli olduğu ifade edilmiş, Yargıtay'ın bunu yapmayarak garanti sözleşmesini bir tür gevşek kefalet sözleşmesine dönüştürmüş olduğu ifade edilmiştir⁶⁵⁷. Kanaatimizce, belirlenebilirlik bakımından garanti alanın belirli bir işte zarar etmeyeceği veya o işte hep kar edeceği gibi bir taahhüt verildiğinde riskin belirlenebilir olduğunu ve garanti sözleşmesinin diğer

⁶⁵⁴ Yarg. 19., HD, E. 2016/15718 E., K. 2018/740, T. 19.02.2018 sayı ve tarihli Yargıtay kararı şu şekildedir: “...Garanti sözleşmesinde kefalette olduğu gibi limit belirleme koşulu bulunmamakta ise de belirsizliğin garantisi de olmaz. Bir başka deyimle sözleşme kurulduğu anda garanti edenin neyi garanti ettiğini bilmesi ya da bunu belirlemeye elverişli bilgilerin sözleşmede yer alması gerekir. Sözleşmede herhangi bir limit bulunmamaktadır. Davacı dava dilekçesinde kredi kartının limitinin 2000 TL olduğunu ve bu tutardan sorumlu olduğunu kabul ettiğinden, 2000 TL ve kendi temerrüdünden sorumlu olup kalan miktar yönünden sorumluluğu yoktur...”, (Kazancı, Erişim Tarihi: 27.08.2019).

⁶⁵⁵ Yarg. 19. HD, E. 2000/14, K. 2000/3252, T. 28.04.2000 sayı ve tarihli Yargıtay kararı şu şekildedir: “Ancak, para borçlarında da uygulanabileceği kabul edilen BK.nun 110 maddesinde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğindeki garanti sözleşmelerinde kefalette olduğu gibi garanti edenin sorumluluk limitinin gösterilmesi zorunlu değil ise de, garanti sözleşmesi belli bir riski garanti etmelidir. Belirsizliğin garantisi olmaz. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.”, (Kazancı, Erişim Tarihi: 27.08.2019).

⁶⁵⁶ Yarg. 19. HD, E. 1999/7669, K. 2000/1841, T. 07.03.2000 sayı ve tarihli Yargıtay kararı şu şekildedir: “Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz... Sözleşmenin düzenlendiği tarihte asıl borçluya açılan kredi miktarının belli olduğu ya da asıl borçlu yönünden kredi limitinin belirlenmiş bulunduğu kredi sözleşmelerinde garanti eden, garanti ettiği edimin boyutlarını görmekte ve risk gerçekleştiğinde sorumlu olacağı miktarı tahmin edebilmektedir. Böyle bir durumda asıl borçluya verilen kredi borcu miktarının ve ferilerinin garanti kapsamında kaldığı açıktır. Ancak, özellikle süresiz garanti sözleşmelerinde asıl borçlunun kredi limitinin sonradan yükseltilmesi halinde garanti verenin başlangıçtaki iradesinin yükseltilen limiti de kayıtsız şartsız kapsamına aldığı söylenemez.

Garanti edenin, limit artışlarından sorumlu tutulabilmesi için sözleşme koşullarındaki değişikliklerin garanti verene bildirilmesi, onun da bu değişikliklere karşı çıkmamak suretiyle muvafakat etmesi gerekir. Garanti verenin muvafakatı olmadan akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni birtakım yükümlülükler üstlenmesi garanti kapsamı dışında kalır.”, (Kazancı, Erişim Tarihi: 27.08.2019).

⁶⁵⁷ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 503.

şartlar da var ise geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşın, bir kimsenin bundan sonra yapacağı her türlü iş ve faaliyette zarar etmeyeceği taahhüt edilir ise, sınırları hiçbir şekilde belirli olmayan bir risk söz konusu olacaktır. Böyle bir belirsizlik garanti verenin ekonomik özgürlüğünü yok edecek ve kişilik haklarına aykırı olması nedeni ile geçersiz kabul edilmelidir⁶⁵⁸.

Garanti veren, garanti alanı sevk etmek istediği davranışın bütün risklerini üstlenebileceği gibi bu risklerin bir kısmını da üstlenmiş olabilir. Bununla birlikte bu konuda bir tereddüt ortaya çıktığında kanunun izin verdiği ölçüde riskin tamamının garanti kapsamına dahil olduğu kabul edilmelidir⁶⁵⁹.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından da riskin sınırları önceden belirlenmiş olmalıdır. Otoyol veya köprüden geçecek araç sayısı, havalimanından uçacak yolcu sayısına ilişkin önceden yapılan belirlemeler bu manada riskin de sınırlarını oluşturacaktır.

(3) Riskin Artması

Garanti konusu teşebbüsün rizikosunun (tehlikenin) sonradan artması durumunda garantinin bundan ne şekilde etkileneceği önemli bir meseledir. Garanti alan sonradan teşebbüsün rizikosunu artıracak faaliyetlerde bulunduğu takdirde, sözleşmede hüküm yoksa bu konuda genel bir kural belirlemek çok zordur⁶⁶⁰. Bu başlık altında incelediğimiz ihtimalde risk garanti alanın kusuru ile gerçekleşmemekte, garanti alanın kusuru teminat alanının (tehlikenin) kapsamını genişletmektedir. Riskin garanti alanın kendi kusuru ile gerçekleşmesi hali, aşağıda incelenecektir⁶⁶¹.

Bu konuda bir görüş⁶⁶², garanti sözleşmesi kurulmasından sonra riskin

⁶⁵⁸ Aynı doğrultuda: Kahraman, s. 33.

⁶⁵⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 10; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 811; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 88; Kahraman, s. 32.

⁶⁶⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, 12.

⁶⁶¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 5, b.

⁶⁶² Kral Dillmann, *Der Garantievertrag*, Diss, Wiesbaden, 1910, s. 54, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 12).

artırılamayacağı, garanti verenin riskin sınırlarını tayin edebilmesinin gerekli olduğunu, aksi düşüncenin garanti alana garanti verenin malvarlığı üzerinde sınırsız bir tasarruf yetkisi vermek anlamına geleceği yönündedir.

Hakim görüşe göre ise⁶⁶³, eğer risk teşebbüsün amacına ve mahiyetine uygun olarak artmış ise sözleşmede değişiklik olmayacaktır. Ancak teşebbüsün riskini garanti alan (kusuru ile) artırmış ise garanti verenin sorumluluğu sona erecektir. Zira bu durumda, artık garanti edilen teşebbüsün yerini alan yeni bir teşebbüsten bahsetmek uygun olacaktır. Bununla birlikte garanti verenin sorumluluğunun tamamen mi ortadan kalkacağı yoksa kusur sonucu artan risk oranında mı ortadan kalkacağı da tartışmalıdır.

Reisoğlu'na göre; Garanti alanın kusuru olmasa idi gerçekleşecek risk ile kusur sonucunda gerçekleşen risk birbirinden ayrılıp hesap edilebilir nitelikte ise bu nisbette garanti verenin sorumluluğunun azalacağının kabulü isabetli olacaktır⁶⁶⁴. *Kahraman*'a göre de; garanti alanın kusurlu veya dürüstlük kuralına aykırı hareketi sonucu risk gerçekleşirse TBK m. 52 f. 1 hükmü kıyasen uygulanmalı, garanti verenin sorumluluğu garanti alanın kusuru ölçüsünde ortadan kalkmalıdır⁶⁶⁵.

Kanaatimizce de hakim görüş, garanti sözleşmesinin ruhuna daha uygundur. Teminat altına alınan risk (tehlike), söz konusu teşebbüsün doğal seyri içerisinde olağan olarak teşebbüsün mahiyet ve amacına uygun şekilde artmış ise bunu garanti sözleşmesinin kapsamı içerisinde değerlendirmek gerekir. Aynı şekilde, garanti alanın kusuru ve dürüstlük kuralına aykırı davranışı nedeni ile riskin artması veya riskin kapsamının genişlemesi (tehlikenin büyümesi) hallerinde garanti alanın kusuru oranında garanti verenin sorumluluğu ortadan kalkmalıdır. Garanti alanın riskin gerçekleşmesini önlemek gibi bir borç ve yükümlülüğü yoktur. Ancak, garanti veren kendi kusurlu hareketi ile riski ağırlaştırıyor ise bu davranışının sonuçlarına kusuru ölçüsünde

⁶⁶³ Stammler 127, Georg Averdunk, *Der Garantievertrag*, Diss. Gotha, 1913, s. 45; Heinz Priester, *Der Garantievertrag*, Diss. Bern, 1935, s. 33; Victor Knipp, *Der Garantievertrag Diss.*, Bonn, 1912, s. 76, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 12), Reisoğlu hakim görüşe iştirak etmektedir, bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 12; Kahraman da bu görüşü savunmaktadır, bkz. Kahraman, s. 36.

⁶⁶⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13.

⁶⁶⁵ Kahraman, s. 36.

katlanmalıdır⁶⁶⁶. TBK m. 52 f. 1 hükmü haksız fiil sorumluluğunda mağdurun rızası, zararın doğmasında veya artmasında etkili olması veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması hallerinde hakime tazminatı indirme veya tamamen kaldırma hususunda takdir hakkı vermektedir⁶⁶⁷. Riskin garanti alanın kendi kusurundan kaynaklanan nedenlerle artması hallerinde de bu hükmün TBK m. 114 f. 2⁶⁶⁸ kapsamında kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiş ise de kanaatimizce bu hükümler ancak borca aykırılık hallerinde uygulanabilir. Oysa böyle bir halde garanti alanın kusuru nedeni ile garanti verenin ödeme borcunun kapsamını tespit etmek gerekecektir. Henüz borca aykırılıktan ve sorumluluktan bahsedilemez⁶⁶⁹.

Yapım sözleşmelerinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde de risk teşebbüsün amacına ve mahiyetine uygun olarak artmış ise sözleşmedeki taahhütlerin niteliğinde herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

Garanti veren de sözleşmeye koyacağı bir kayıt ile ileride riskin artması ihtimaline karşı azami bir tutar ile sorumluluğunu sınırlayabilir⁶⁷⁰. Yine aynı şekilde yapım sözleşmelerindeki taahhütler bakımından asgari menfaatin elde edilip kazancın arttığı yıllarda, daha önceden asgari menfaat elde edilemeyen dönemlerde ödenen tutarlardan bir kısmının iadesine veya mahsubuna ilişkin bir hüküm konulmak suretiyle riskin sınırlandırılması mümkündür⁶⁷¹.

b. Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Sevk ve Teşvik Etmek veya Bir Alacağını Temin Etmek Amacı

⁶⁶⁶ Topuz, s. 242.

⁶⁶⁷ Roma Hukukunda alacaklı ile borçlunun ihmali zararı birlikte oluşturmuş ise borçlunun tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu konuda verilen bir örnek şu şekildedir: “Örneğin temizleyiciye gönderilen bir gömlekte, altın kol düğmelerinin unutulması ve bu düğmelerin kaybolması durumunda, Roma Hukukuna göre, temizleyici beraat ederken İsviçre Borçlar Kanunu ve (eski) Borçlar Kanunu 44 (TBK m. 52)’e göre hâkim takdir yetkisini kullanarak karar verecektir.” Açıklama ve örnek için bkz. Topuz, s. 243; Ayrıca bkz. Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 118.

⁶⁶⁸ TBK m. 114 f. 2 yollaması ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yolu ile borca aykırılık hallerine de uygulanır.

⁶⁶⁹ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, II, A, 5, b.

⁶⁷⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13.

⁶⁷¹ Kahraman, s. 51.

(1) Garanti Alanın Hareket Tarzı

Bir alacağın temin edilmesi amacı, kefalet benzeri garantilerde söz konusu olup, asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından konumuzun dışındadır. Bu bakımından yalnızca saf garanti sözleşmeleri bakımından garanti alanı belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik etme amacı incelenecektir.

Garanti sözleşmesi terimini ilk kez kullanan Stammeler, garanti sözleşmesinin “garanti alanı bir teşebbüse sevk ve teşvik etmek” amacıyla yapıldığını ifade etmiştir⁶⁷². Stammeler tarafından kullanılan “teşebbüs” terimi, doktrinde eleştirilmiştir⁶⁷³. Bu terimin kullanılmasında o günün şartlarında 19. yüzyılda garantilerin hemen hemen sadece demiryolu, gemi nakliye şirketleri, havagazı işletmeleri gibi büyük teşebbüsler için verilmiş olmasının etkisi olduğu ifade edilmiştir⁶⁷⁴. Her şeyden önce teşebbüs denince, akla hemen büyük işletmeler ve girişimciler gelmektedir. Oysa ki burada kastedilen işletme anlamında teşebbüs değil, garanti alanın faaliyet içerisinde bulunduğu risk taşıyan iş, davranış, faaliyet, girişimdir⁶⁷⁵. Teşebbüs ifadesinin en büyük mahzuru, garanti alanın bazı faaliyetlerinin teşebbüs sayılmaması nedeniyle garantinin kapsamı dışına çıkması sonucuna yol açabilmesidir⁶⁷⁶. Teşebbüs ifadesinin kullanılmasının bir diğer önemli sakıncası da garantinin teşebbüsü koruduğu gibi yanlış bir izlenime yol açmasıdır. Garanti sözleşmesi, garanti alanı kendi girişiminin risklerine karşı korur, yoksa bu girişimin bağlı olduğu teşebbüsü koruma amacına yönelmez. Olsa olsa bu teşebbüs de garanti nedeniyle dolaylı olarak korunmuş olur⁶⁷⁷. Kanaatimizce de teşebbüs ifadesine yönelik bu eleştiriler haklı olup, “teşebbüs” ifadesi yerine “belli bir hareket tarzı” ifadesi daha doğru olacaktır⁶⁷⁸.

Garanti alanın teşvik edilmek istendiği hareket tarzı, kesin olmamak ve neticesi

⁶⁷² Stammeler, s. 1.

⁶⁷³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 810; Kahraman, s. 23.

⁶⁷⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Kahraman, s. 23.

⁶⁷⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 14; Kahraman, s. 23, Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, s. 53-54; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1480.

⁶⁷⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13.

⁶⁷⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 810.

⁶⁷⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 809; Kahraman, s. 23.

muhtemel olmak kaydı ile, “belirli bir eylemde bulunma” şeklinde olabileceği gibi “eylemsiz kalma”, “kaçınma” şeklinde de gerçekleşebilir⁶⁷⁹. Örneğin, bir anne vesayet altındaki oğluna ait taşınmazın satılmasını önlemek amacıyla, vasiye satıştan kaçınması durumunda bu kaçınma nedeni ile ileride doğabilecek zararları üzerine almayı taahhüt eder ise garanti alan vasiinin satıştan kaçınma şeklinde bir eylemi söz konusu olmaktadır⁶⁸⁰. Böylece garanti veren anne, garanti alan vasiyi satıştan kaçınması yönünde teşvik etmiş olmaktadır.

Buradaki garanti konusu hareket tarzı sadece garanti alanın hareket tarzıdır. Garanti veren, üçüncü bir şahsı değil, garanti alanı bir şeyi yapma veya yapmamaya teşvik etmektedir. Ancak garanti alan bakımından bu davranışın sonucunun riskli olması yüzünden garanti alan bu konuda tereddüt etmektedir. Garanti veren ise vermiş olduğu garanti ile garanti alanın bu hareket tarzının sonucunda ortaya çıkacak riski kendi üzerine almaktadır. Ancak burada üstlenilen risk, garanti alanın faaliyetine bağlıdır. Garanti alanın faaliyetine bağlı olmadan ortaya çıkabilecek zararların üstlenilmesi bu anlamda sigorta sözleşmesi gibi başka bir sözleşmenin konusu olacaktır⁶⁸¹.

Garanti sözleşmesinde, belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik edilen üçüncü kişi değil, garanti alandır. Bir sözleşmede üçüncü bir şahsı belirli bir hareket tarzına yöneltmeye çalışmak taahhüt edilmekte ise, artık garanti sözleşmesinden değil, yerine göre üçüncü kişinin bir eylemi yapmasını temine çalışmak taahhüdü (Bamühungsvertrag) söz konusu olur⁶⁸². Böyle bir halde vekalet sözleşmesi görünümünde bir çeşit çaba sarfetme taahhüdü yer almakta olup, taahhüdü verenin edimi yalnızca çaba sarfetmektir⁶⁸³.

Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere, garanti alanın hareket tarzı mutlaka ticari

⁶⁷⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 11; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 810; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1480; Kahraman, s. 24.

⁶⁸⁰ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 810.

⁶⁸¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 14; Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, C. I*, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 222 vd.; Emine Yazıcıoğlu/ Zehra Şeker Ögüz, *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 50 vd.

⁶⁸² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 817.

⁶⁸³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 115-116; Kahraman, s. 26.

kazanç amacı taşımak zorunda değildir. Ancak, garantinin temin etmiş olduğu risk gerçekleştiğinde para ile ölçülebilir bir zarar tehlikesinin doğması garanti sözleşmesinin varlığı için şarttır⁶⁸⁴. Örneğin, bir ilde hayvanat bahçesi bulunmaması nedeniyle o ilin belediyesi bu konuda işletmeci bir şirkete belirli bir miktarda gelir elde edeceklerine yönelik garanti verdi ise, amaç bilimsel, eğitsel, kültürel ve sosyal olmasına rağmen bu davranışın sonucunda anılan hayvanat bahçesinin giderlerini karşılayamama ve zarar etme riski yani para ile ölçülebilir bir zarar tehlikesi ortaya çıkacaktır.

(2) Garanti Alanı Sevk ve Teşvik Etmek Amacı

Garanti alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmek saf garanti sözleşmelerinin sebebini (illetini) oluşturur. Bu amaç, saf garanti taahhütlerinde sözleşmenin varlık sebebi olup, sözleşmeyi karakterize eden bir unsurdur⁶⁸⁵.

Sevk ve teşvik etmek amacı yok ise bir başka kişinin belirli davranışının risklerini üstlenmek bir ivaz karşılığında yapılmakta ise sigorta sözleşmesi veya kumar veya bahis niteliğini, ivazsız olarak üstlenilmekte ise şarta bağlı bağışlama niteliğini kazanmış olabilir⁶⁸⁶. Bu konuda ivazsız olarak üçüncü kişinin risklerini üstlenmeye şu örnek verilmektedir: Çok çocuklu ve fakir bir ayakkabı tamircisine yardım etmek isteyen zengin biri, ona her ay kazancının belirli bir miktarı bulmaması halinde bu miktara kadar olan kısmı tamamlayacağı yönünde teminat veriyor. Böyle bir örnekte zengin adamın ayakkabıcının faaliyetlerini devam ettirmesi amacı ile teminat vermediği açıktır. Böyle bir teminat verilme dahi ayakkabıcı bu faaliyetine devam edecektir. O halde burada bir garanti sözleşmesi değil, şarta bağlı bir bağışlama mevcuttur⁶⁸⁷.

Garanti sözleşmesinin varlığı bakımından garanti verenin garanti alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etme amacının varlığı gerekse de neden sevk ve teşvik ettiğinin

⁶⁸⁴ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 810; Kahraman, s. 25.

⁶⁸⁵ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 811; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 12; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 17-18; Kahraman, s. 29; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1480.

⁶⁸⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 19; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 811.

⁶⁸⁷ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 11; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 811; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 19; Kahraman, s. 28.

yani saikinın bir önemi bulunmamaktadır⁶⁸⁸. Saik, bir kimseyi sözleşme yapmaya sevkeden çeşitli düşünce ve tasavvurlardır⁶⁸⁹. Garanti veren çok farklı düşünce ve tasavvurlar ile garanti alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmek istemiş olabilir. Bu saik, ticari olabileceği gibi hiçbir ticari kıymeti olmayan sosyal veya sanatsal kaygılarda olabilir. Hatta sadece gösteriş, itibarını artırma, yardım vs. saikleri ile de yapılmış olabilir. Ancak garanti sözleşmesi bakımından bu saiklerin hiçbirinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Önemli olan garantiyi alanın belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik edilmesidir. Bu konuda verilen bir örnek şu şekildedir⁶⁹⁰: Bir tiyatro oyununun belirli bir kar elde edeceği garanti edilmektedir. Garanti verenlerden bir kısmının riski yüklenmekte menfaati varken diğer bazıları (belki de bunu istememelerine rağmen) sırf mevki ve makamları gereği buna izin vermiştir. Bu örnekte görüldüğü üzere, bütün garanti verenlerde sevk ve teşvik amacı aynı olup, hepsi tiyatro oyununun şehirlerinde gösterimini temin etmek istemişlerdir. Bununla birlikte saikler farklı olup, bu saiklerin bir önemi bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre ise⁶⁹¹, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltme amacı, saf garanti sözleşmelerinin yapısal bir unsuru değildir. Bir borcun ifa edilmemesi riskinin üstlenilmesi (kefalet benzeri garanti) dışında kalan rizikoların üstlenildiği garanti sözleşmelerinin tamamı saf garanti sözleşmesidir.

Kanaatimizce, saf garanti taahhütlerinde garanti alanın belirli bir davranışa sevk ve teşvik edilmesi (yöneltilmesi) amacının bulunması bu sözleşmeler bakımından aranması gereken zorunlu bir unsurdur. Yöneltme amacını aramayan yazarlarda, bu garantiye çoğu kez bu amaç için başvurulduğunu ifade etmiştir. Bu amaç olmadığı takdirde bir saf garanti sözleşmesinden değil, sigorta, şarta bağlı bağışlama vb. bir başka sözleşmeden bahsedilmelidir. Yukarıda verilen örnekte, zengin bir kişinin çok çocuklu

⁶⁸⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 18; Kahraman, s. 28.

⁶⁸⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 396; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 428; Kocayusufpaşaoğlu, s. 396 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 99 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 313 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 98 vd.

⁶⁹⁰ Otto Landmann, *Der Garantievertrag Diss.* Marburg-Lahn, 1932, s. 18 (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 18).

⁶⁹¹ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 509.

ve fakir bir ayakkabıcıya vermiş olduğu taahhüdün, faaliyetlerine devam etmesi amacı ile verilmemesi nedeniyle garanti sözleşmesi değil, şarta bağlı bir bağışlama oluşturduğu⁶⁹² ifade edilmiş idi. Bu örnek bakımından şu ihtimalinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayakkabıcı, ilçedeki tek ayakkabıcı olup, istenilen karı elde edememesi nedeni ile faaliyetlerine son verecek ise, taahhüdü veren bu kimsenin ayakkabıcılık işine devam etmesini sevk ve teşvik etmek amacı ile belirli bir gelirini taahhüt ederse garanti sözleşmesine esas olan sevk ve teşvik etme amacından bahsedilebilecek midir? Aynı husus, zaten yatırım konusu yapıyı tamamlamış, işletme faaliyetine devam eden bir işletmecinin düşündüğü geliri elde edememesi üzerine faaliyetlerine son vermek istemesi halinde de söz konusu olacaktır. Böyle bir halde de kanaatimizce taahhüt, sevk ve teşvik etme amacı ile verildiğinden garantiye esas olan garanti alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etme amacının bulunduğu kabul edilmelidir. Garantiyi alanın teşvik edilmek istendiği davranış, yatırıma başlama olabileceği gibi devam eden faaliyete son vermeme şeklinde de gerçekleşebilir. Bu sonuç, sevk ve teşvik edilmek istenen davranışın olumlu bir eylem olabilmesi yanında olumsuz bir eylem de olabilmesinin doğal bir sonucudur⁶⁹³.

Yapım sözleşmelerinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde sevk ve teşvik etme unsurunun çok baskın bir şekilde yer aldığı görülmektedir. Zira, bu taahhütler ile yatırımcıyı, yüksek maliyet gerektiren köprü, otoyol, havalimanı, enerji santralleri gibi yapım sözleşmelerinde yatırım yapmaya sevk ve teşvik etmek amaçlanmaktadır. Gerçekten de bu amaç, aynı zamanda taahhütlerinde varlık sebebidir.

c. Taahhüdün Asli ve Bağımsız Niteliği

Garanti sözleşmelerini, fer'i bir yükümlülük içeren kefalet sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur garanti sözleşmelerinin asli ve bağımsız nitelikte olmasıdır. Bu nitelik, garanti sözleşmesi ile doğan yükümlülüğün herhangi bir sözleşmenin veya borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı olmaması

⁶⁹² Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 11; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 811; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 19; Kahraman, s. 28.

⁶⁹³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 11; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 810; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1480; Kahraman, s. 24.

anlamına gelmektedir⁶⁹⁴. Bağımsız bir borç doğurması nedeni ile , garanti veren asıl sözleşmeden doğan def'i ve itirazları ileri süremez, asıl sözleşmenin varlığından, geçersizliğinden ve sona ermesinden etkilenmez⁶⁹⁵. Garanti veren, asli ve bağımsız bir sözleşme ile garanti alanı belirli bir riske karşı teminat altına almaktadır.

Bağımsız olma fer'i olmanın karşıt anlamı olup, garanti sözleşmesinin mutlaka tek başına kurulması anlamına gelmez. Bir başka ifade ile garanti sözleşmesi ayrı ve tek başına bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, başka sözleşmelerle birlikte başka sözleşmelerin içerisinde de yer alabilir. Bunlara bağlantılı (murtabı) garanti sözleşmeleri denilmektedir⁶⁹⁶.

Bağlantılı garanti sözleşmeleri, başka sözleşmeler ile irtibatı bulunacak şekilde yapılan, bazen de satış, kira, eser sözleşmesi gibi sözleşmeler içerisinde bir madde olarak yer alan sözleşmelerdir. Ancak bağlantılı garanti sözleşmelerinde, garanti sözleşmesi ile diğer bağlantılı sözleşme arasında harici bir bağ dışında hiçbir bağ yoktur. Örneğin, bir taşınmaz sahibi, kendisine ait işyerini belirli bir kira getirisi olacağı yönünde garanti vererek satmış ise garanti sözleşmesi satış sözleşmesi içerisinde yer alsada asli ve bağımsız bir şekilde varlığını sürdürür.

Doktrinde verilen bir başka örnek de küçük bir kasabada fabrika sahibi, fabrikasında çalışmak üzere işe aldığı bir doktora, ücreti dışında kasaba halkından da belirli bir miktarda para kazanabileceğini garanti etmektedir. Burada da hizmet sözleşmesi ile bağlantılı ancak bağımsız nitelikte bir garanti sözleşmesi yer almaktadır⁶⁹⁷. Garanti sözleşmesinin başka sözleşmeler içerisinde yer alması, garanti sözleşmesi ile

⁶⁹⁴ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 812; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 19; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 124; Kahraman, s. 37.

⁶⁹⁵ Bunun aksine sözleşme yapılması mümkündür. Bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 125. Yine yukarıda ihale dönemi ile sözleşme dönemini incelerken de belirttiğimiz üzere idare mahkemesinin ihale dönemi ile ilgili olası iptal kararları ile ilgili özel hukuk sözleşmesinde hüküm yer alabilir. Böyle kayıtların hemen hepsi ayırt etmeksizin sözleşmenin tamamını ve bu arada garanti taahhütlerini de kapsayacak şekilde yer alacaktır. Böyle bir halde, ihalenin idare mahkemesi kararı ile iptali sonucu, sözleşme yanında garantilerinde sona ermesi gündeme gelecektir. Bu konudaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm, III, D, 1, c.

⁶⁹⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 20; Tandoğan, Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 813.

⁶⁹⁷ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 8.

verilen taahhütleri feri niteliğe dönüştürmez.

Azınlıkta kalan ve pek fazla taraftar bulamamış bir görüş⁶⁹⁸, bağlantılı garanti sözleşmelerinin varlığına itiraz etmiş, başka sözleşmeler ile birlikte bulunduklarında, garanti sözleşmelerinin artık bir sözleşme olma vasfını kaybettiğini ve başka bir sözleşmenin özel bir hükmü haline dönüştüğünü savunmuştur.

Bu görüş doktrinde çoğunluk tarafından eleştirilmiş, bağımsız bir varlığı bulunan garanti sözleşmesinin başka bir sözleşme ile birlikte bulunması halinde sözleşme vasfını kaybetmesi ve başka bir sözleşmenin özel hükmü haline gelmesini haklı gösterecek hiçbir sebebin olmadığı ifade edilmiştir⁶⁹⁹. Bağlantılı garanti sözleşmeleri de bağlantısız garanti sözleşmeleri kadar asli ve bağımsızdır⁷⁰⁰.

Biz de çoğunluk görüşüne katılmaktayız. Gerçekten de bağlantılı sözleşmeler sadece garanti sözleşmeleri bakımından değil başkaca sözleşmeler bakımından da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda bir sözleşmenin başka bir sözleşme içerisinde yer alması ve birbiri ile irtibat halinde bulunması bu iki sözleşmeden birinin geçerliliğini kaybettiği sonucunu doğurmaz. Garanti sözleşmesinin bir başka sözleşme içerisinde ve bağlantılı olarak yer almasına hukuki olarak hiçbir engel bulunmamaktadır.

Bağımsızlığı garanti sözleşmelerinin zorunlu unsuru saymayan bir görüş⁷⁰¹, bu düşüncesine gerekçe olarak bağlantılı garanti sözleşmelerini göstermektedir. Bu görüşe göre, sık sık garanti sözleşmesinin unsurlarına sahip olan ancak bağımsız olmayan teminat sözleşmelerine rastlanmaktadır. Örneğin, ürün (hasılat) kirasında kiralayan, ürün kirası ile birlikte, kiracının yıllık belirli bir kazancı elde edeceğini garanti ederse, bu garanti sözleşmesinin artık bağımsız olduğu iddia edilemeyecektir. Bununla birlikte bağımsız olmayan bu garanti hükmü, bir garanti sözleşmesi olup, garanti sözleşmesinin hükümlerine tabi olmalıdır. Bu düşünceye göre, bağımsızlığın anlamı bir başka sözleşme

⁶⁹⁸ **Wienstein**, s. 5, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 20).

⁶⁹⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 21, dn. 62'de yer alan yazarlar; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 813; Kahraman, s. 39.

⁷⁰⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 20.

⁷⁰¹ Landmann, s. 15, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 21).

ile birlikte bulunmama olarak anlaşılmaktadır. Bu görüş doktrinde eleştirilmiş⁷⁰², garanti hükmü ürün kirası içerisinde yer alsa dahi bağımsızlığını koruduğu ifade edilmiştir. Bu örnekte, garanti veren kiralayan olarak değil, ürün kirasının dışında bir risk yüklenmektedir ki, bu riski kapsayan garanti sözleşmesidir. Bu garanti sözleşmesi ile belirli bir sonuç, ürün kirası sözleşmesinden bağımsız bir şekilde garanti edilmektedir⁷⁰³.

Kanaatimizce de bağımsızlığı garanti sözleşmelerinin zorunlu unsuru saymayan görüşe yönelik eleştiriler haklıdır. Gerçekten de bağımsızlık fer'i olmanın karşılığı olduğuna göre, her şeyden önce tanımlamadan kaynaklanan bir yanlış sonuç olduğu ortadadır. Garanti hükmünün bağımsızlığı, bir sözleşme ile bağlantılı olup olmamasından değil, fer'i olmasından bir başka ifade ile garanti sözleşmesi ile doğan yükümlülüğün herhangi bir sözleşmenin veya borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı olmamasından kaynaklanmaktadır. O halde bağımsızlık garanti sözleşmesinin zorunlu unsurudur. Bağlantılı garanti sözleşmelerinde de bu unsur varlığını sürdürür.

İncelememizin konusunu teşkil eden asgari ekonomik menfaat taahhütleri, yapım sözleşmeleri içerisinde bulunduğundan, garanti niteliğinde olan taahhütler bakımından bağlantılı garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır. Bu taahhütlerin garanti niteliğinde olanlarda sözleşmedeki diğer hükümlerden bağımsız olarak verildikleri, garanti alanı kar edememe veya zarara uğrama riskine karşı teminat altına almakta olduğu, verilen bu taahhüdünün başka bir sözleşmenin geçerliliğine ve dava edilebilirliğine de bağlanmamış olduğu görülmektedir. Bu bakımdan da asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin garanti niteliğinde olanlar da yapım sözleşmesi ile bağlantılı olsalar da garanti sözleşmesinin bağımsızlık unsurunu taşıyacaktır.

d. İvazsızlık

Garanti sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen ve ivazsız bir

⁷⁰² Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 16; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 21; Kahraman, s. 40.

⁷⁰³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 21.

sözleşmedir. Garanti sözleşmesi ile kural olarak sadece garanti veren bir yükümlülük altına girer. Riskin yüklenilmesinin amacı bir ivaz elde edilmesi değil, saf garanti taahhütlerinde garanti alanı belirli bir davranışa yönlendirmektir⁷⁰⁴.

Garantinin kabul edilmesi ile garanti alan bir yükümlülük altına girmez. Ancak bazı garanti sözleşmelerinde garantiyi kabul etmesi ile birlikte garanti alanın bazı yükümlülükler üstlendiği görülmektedir. Bu yükümlülüklerin niteliği ve garanti sözleşmesini ivazlı hale getirip getirmediği tartışmalıdır⁷⁰⁵.

Garanti sözleşmesi kural olarak garanti verene borç yüklese de bu borç ile garanti verenin yüklendiği riskin büyüklüğü bu sözleşmelerde bir kısım karşı yükümlülükler de yüklenip yüklenemeyeceği sorununu beraberinde getirmiştir. Gerçekten de garanti verenin yüklendiği risk öylesine büyüktür ki, beklenmeyen haller ve mücbir sebepler hallerinde dahi risk gerçekleştiğinde garanti veren ödeme yükümlülüğü altına girebilmektedir. Öte yandan garantiyi alan bu garantinin rahatlığı ile riskin gerçekleşmemesi için gereken çabayı göstermeyebilir.

İşte tam da bu noktada garanti alana bir kısım yükümlülükler yükleme gereği doğabilmektedir. Örneğin işletmenin belirli bir şekilde teşkilatlanmasını, bazı imkanları kullanmasını garanti veren talep edebilir mi⁷⁰⁶? Garanti verenin bu imkanlara sahip olacağı kabul edilmektedir⁷⁰⁷. Bu yükümlülükler genel olarak bir karşı edime tekabül edecek mahiyette değildir⁷⁰⁸. Bazen bu yükümlülükler garanti sözleşmesinden bahsedilmesine imkan vermeyecek kadar ağır olabilir. Ancak, sözleşmenin niteliğini belirleme bakımından genel bir prensip koymaktansa garanti verenin taahhüdü ile garanti alanın yükümlülüğü arasındaki ilişki, sözleşmenin niteliği bakımından belirleyici olacaktır⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 22; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 9; Kahraman, s. 41.

⁷⁰⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 22; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 815.

⁷⁰⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 22.

⁷⁰⁷ Stammeler, s. 47; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 22; Kahraman, s. 41.

⁷⁰⁸ Stammeler, s. 48.

⁷⁰⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 23.

Stammler'a göre garanti sözleşmesi sadece ivazsız olarak kurulabilir⁷¹⁰. İvazlı bir sözleşme garanti sözleşmesi olarak adlandırılmaz. Bir kısım yazarlar da Stammler'ın bu görüşlerine katılmıştır⁷¹¹.

Bir başka görüşe göre⁷¹² ise, ivazlı olma garanti sözleşmesi ile bağdaşmayan bir durum değildir. Garanti sözleşmesinin ivazlı olarak yapılmasında da garanti sözleşmesinin nitelik ve amacı bakımından bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu görüş taraftarlarından Guggenheim⁷¹³ tarafından verilen bir örneğe göre, bir işletmeye her yıl için belirli bir miktarda kar garanti edilmiş, bu miktarın altında kar edildiğinde ödenen tutarlar, ileride işler iyi gittiğinde karın garanti edilenden fazla olması halinde geçmiş kötü geçen yıllarda ödenen tutarların faizi ile birlikte iadesi kararlaştırılmış ise burada ivazlı bir garanti sözleşmesi söz konusu olur. Örnekte özellikle geri ödemenin faizli olacağı ifade edilmiştir, zira böyle bir ihtimalde geri ödeme faizsiz olacak ise, zaten bir ivazdan değil, verilen bir avansın iadesinden söz edilir⁷¹⁴.

Guggenheim tarafından verilen bu örnek doktrinde eleştirilmiştir⁷¹⁵. Zira, ileriki iyi yıllarda geri ödeme faizli olarak yapılsa da faiz, garanti verenin verdiği garantinin bir karşılığı olarak değil, verilen avansın karşılığı olarak yer almaktadır. Böyle bir durumda dahi garanti verenin faiz elde etmesi, dolayısı ile ileriki yıllarda iyi gelir elde edileceği kesin değildir. Bu durumda dahi garanti konusu tutarların geri iade alınacağı da kesin değildir. Bununla birlikte garanti veren riskin gerçekleşmesi ile söz konusu tutarları ödedikten sonra ifa ettiği edimi iade hakkı elde etmektedir. Burada bir ivaz yoktur. Zira,

⁷¹⁰ Stammler, s. 47.

⁷¹¹ Priester, II; Wilhelm Kroener, *Der Garantievertrag und Seine Abgrenzung von Der Bürgschaft*. Essen-Ruhr, 1911, s. 2, Schuster, s. 60, Walter Grell, *Der Garantievertrag Nach Geltendem Privatrecht Diss.* Halle 1910, s. 3; Wavre, s. 34, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 24).

⁷¹² Edwin Gugenheim, *Der Garantievertrag Diss Aarau*, 1917, s. 18; Samuel Reusser, *Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht*, Diss, Bern, 1938; s. 92; Landmann, s. 17, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 24); K. Fikret Arık, "Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 1955, s. 51.

⁷¹³ Guggenheim, s. 18-19 (Aktaran: Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 9, dn. 30; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 816, dn. 40).

⁷¹⁴ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 816; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 9.

⁷¹⁵ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 816; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 9; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 24.

ivaz bir edimin karşılığında elde edilen karşı bir edimdir. Garanti konusu tutarların iadesi ise edim karşılığında değil sadece tarafların kararlaştırdıkları hadise gerçekleşirse meydana gelir. Böyle bir iade hükmü garanti sözleşmesini ivazlı hale getirmez. Aksi halde faizsiz ödünç sözleşmesini de ivazlı kabul etmek gerekir⁷¹⁶. Garanti veren, böyle bir ihtimalde dahi garantiyi faiz elde etmek amacı ile değil, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmek amacı ile garanti vermektedir. Aksi halde faiz elde etmek isteseydi çok daha kesin sonuçlara tabi başka yollar ile faiz elde edebilirdi. Bu nedenlerle bu örneğin garanti sözleşmesinin ivazlı olabileceğini göstermek için yetersiz olduğu ifade edilmiştir.

Reisoğlu ve Tandoğan, Stammeler'in ve onu takip eden bazı yazarların savunduğu garanti verenin hiçbir ivaz alamayacağı görüşünü çok sert bulmaktadır⁷¹⁷. Çok istisnai hallerde de olsa bazı şartların gerçekleşmesi ile garanti veren bir ivaz elde edebilir. Faiz örneğinde de iade alınacak tutara ödenecek faiz, garanti verenin üstlendiği riskin karşılığı olmayıp, daha çok bir avans niteliğindedir. Garanti sözleşmesi hiçbir zaman garanti alana o davranışı yerine getirme yükümlülüğü yüklenmediği gibi garanti de bir ivaz almak için verilmez. Bu garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu göstermektedir.

Reisoğlu, her iki zıt görüşün de birleştiği noktanın garanti yükümlülüğünün bir ivaz elde etmek için verilmediği olduğunu ifade etmiştir. Reisoğlu'na göre önemli olan garanti verenin bir ivaz alıp almaması değil, bu ivazın niteliğidir. Garanti verenin amacı bir ivaz mı elde etmektir, yoksa garanti alanı belirli bir davranışa mı sevk etmektir? Şayet amaç bir ivaz elde etmek ise belirli bir edim karşılığında riskin gerçekleşmesi ile garanti alanın malvarlığının zarara uğramayacağı temin edildiğinden bazı hallerde sigorta sözleşmesi bazı hallerde kumar bahis olacak ama her halde garanti sözleşmesi olmayacaktır⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 23; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 9.

⁷¹⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 24; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 8.

⁷¹⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 25; Aynı doğrultuda: Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1476; Kahyaoğlu, s. 44; İsviçre Federal Mahkemesinin her iki yönde de karar verdiği ifade edilmiştir. Tekinalp, s. 514-515; Garantinin çoğu zaman ivazsız

Tandoğan⁷¹⁹ ise konuyu İsviçre Federal Mahkemesi'nin karara bağladığı bir olay üzerinden değerlendirmiştir. Karara konu olayda bir banka, müşterisinin talimatı üzerine ve müşterisinden aldığı bir komisyon karşılığında bir başka kişinin teşebbüsünü garanti altına almıştır. Bankanın müşterisi, garanti alan bu üçüncü şahsı belirli bir davranışa sevk etmek istemiştir. Bu olayda, garantiyi veren bankanın aldığı komisyon nedeniyle ilk bakışta ivazlı bir garanti sözleşmesi varmış gibi görünse de aslında ivaz garanti sözleşmesinde değil, vekalet sözleşmesindedir. Banka garanti ettiği işte garanti alandan bir ivaz almamakta, garanti vermesi için talimat veren müşterisinden almaktadır.

Kahraman⁷²⁰ a göre de saf garanti taahhütleri ile garanti alanı borç altına sokmak değil, garanti alanı bir işe kalkışmaya sevk ve teşvik etmek amaçlanmaktadır. Garanti sözleşmesi kural olarak ivazsız yapılsa da nadiren ivazlı da yapılabilir. Ancak, sözleşmenin esas amacının “sevk ve teşvik etmek” olduğu belirtilmek ile amacın ivaz elde etmemek olduğu belirtilmiş olduğundan ivazsızlık unsurlar içerisinde yer alsa da tanımda yer almasına gerek olmadığı ifade edilmektedir. Uygulamada Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde de garanti konusu tutarların iadesine yönelik hükümler görülmektedir⁷²¹. Bu sözleşmelerde de sonradan kazancın artması ile birlikte daha önceki yıllarda garantiye ilişkin ödenmiş olan tutarların geri iadesine yönelik hükümler konulmaktadır.

Kanaatimizce de garanti sözleşmesi kural olarak ivazsızdır. Ancak ivazlı olarak nadir de olsa yapıldığında önemli olan garanti verenin riski ne için aldığıdır. İvaz olsa dahi garanti veren, bu ivazı elde etmek için değil, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmek için garanti veriyor ise garanti sözleşmesinden söz edilebilecektir. Yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmelerinin, hukuki sebebi (causa) garantiyi alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmektir. Tüm kazandırıcı işlemler mutlaka belirli bir sebeple

olduğu ancak teorik olarak ivazlı bir şekilde yapılmasının her zaman mümkün olduğu yönünde: Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 504; Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa da aksinin sözleşmede kararlaştırılabileceği yönünde: Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 336-337.

⁷¹⁹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 9 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 817.

⁷²⁰ Kahraman, s. 44.

⁷²¹ Kahraman, s. 43.

(amaçla) gerçekleştirilir⁷²². Bir hukuki işleme hangi kuralların uygulanacağını o işlemin hukuki sebebi belirler⁷²³. Hukuki sebep, hukuki işlemi karakterize ettiğinden⁷²⁴ taahhüdü verenin amacının doğru bir şekilde tespit edilmesi taahhüdün niteliğini belirlemek için gereklidir. Taraflardan biri belli bir edim alacağına kavuşmak için ifada bulunur (causa credendi) öteki ise bunu bağış olarak (causa donandi) anlayıp kabul eder ise böyle bir durumda hukuki sebepte anlaşma olmadığından sözleşme kurulmuş olmaz, yok hükmündedir⁷²⁵. Buna göre bir taahhüdü garanti olarak kabul edebilmek için garanti verenin, bu taahhüdü ivaz elde etmek için değil, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmek için verdiğini kabul etmek gerekmektedir. Tarafların amacı belirlenirken TBK m. 19 f. 1 kapsamında gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır. Bu konudaki açıklamaları bazı örnekler üzerinden somutlaştırmak uygun olacaktır. Örneğin, bir işletmeci, tüm alışveriş merkezinin işletmesinin kendisine verilmesi karşılığında alışveriş merkezi sahibine asgari bir gelir taahhüdü vermiştir. Bir başka örnekte kiraya veren, taşınmazın yan tarafındaki otoparkın kendisine verilmesi karşılığında, belirli bir geliri taahhüt etmiştir. İvaz kararlaştırılan buna benzer taahhütlerin hukuki niteliği ne olacaktır? Böyle bir halde sorunun çözümü için taahhüdü veren işletmeci veya kiraya verenin, elde edeceği karşı edim olan işletmenin veya otoparkın kendisine verilmesi amacı ile mi yoksa taahhüdü verdiği alışveriş merkezi sahibi veya kiracıyı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmek amacı ile mi hareket ettiğine bakılacaktır. Taahhüdü veren bu taahhüdü, karşı taraftan bu edimleri elde etmek amacı ile veriyorsa artık burada bir garanti sözleşmesinden değil, işletme hakkının ivazı niteliğinde asgari bir tutarla belirlenmiş bedelinden veya otoparkın işletilmesinin karşılığı olarak asgari bir tutarla belirlenmiş bedelinden söz etmek gerekecektir. Böyle bir halde şarta bağlı bedel içeren tarafların karşılıklı edimlerine göre hukuki niteliği tespit edilecek, çoğu zaman karma sözleşme niteliğinde bir sözleşme söz konusu olacaktır.

⁷²² Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 337; Kocayusufpaşaoğlu, s. 116; İfa sebebi, alacak sebebi ve bağışlama sebebi dışında teminat sebebinin de kazandırmanın hukuki sebebi olabileceği konusunda bkz. Oğuzman/ Barlas, s. 191; Antalya/ Topuz, s. 216.

⁷²³ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 338.

⁷²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 117.

⁷²⁵ Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 338; Antalya/ Topuz, s. 214.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde de genel olarak verilen taahhütlerin bir ivaz karşılığında verilmediği görülmektedir. Bu sözleşmelerde idare, taahhüdü verirken bir ivaz elde etmek amacı ile değil, kamu hizmetinin gördürülmesi için⁷²⁶ yatırımcıyı sevk ve teşvik etmek gayesi ile hareket etmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde ivaz gibi değerlendirilebilecek bir kısım hükümler yer alsa da bu sözleşmelerde yer alan taahhütlerin genel karakteristiğinin yatırımcıyı sevk ve teşvik etmek amacı taşıdığı görülmektedir. Bu kapsamda, sevk ve teşvik etmek amacı taşıdığı sürece diğer unsurların da varlığı halinde yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri garanti sözleşmesi kapsamında kabul edilebilecektir.

3. Garanti Sözleşmesinin Çeşitleri

a. Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garantiler – Yönelme Amaçlı (Saf) Garantiler

Garanti sözleşmeleri, doktrindeki yeni bir görüşe göre kendi içinde teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi ile garanti alanı sevk ve teşvik etme amacı taşıyan yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılır⁷²⁷.

Teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi, garanti verenin bir muhataba teminat sağlamak amacıyla borçlusunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde bir miktar para ödemeyi (asıl borçlunun ediminden sorumlu olmayı) asıl borçtan bağımsız olarak taahhüt ettiği sözleşmedir⁷²⁸. Garantiyi verenin banka olduğu bu tip garanti sözleşmelerine banka garantisi adı verilmektedir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde, herhangi bir kimseyi sevk ve teşvik amacı değil, malvarlığını bir zarar riskine karşı koruma amacı vardır. Üçüncü bir kişinin borcu temin edildiğinden

⁷²⁶ Keskin, s. 63; Karahanoğulları, s. 285; Odyakmaz, s. 19.

⁷²⁷ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 35; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 804; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 15; Kahraman, s. 17; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 508-509; Tekinalp, s. 565; Barlas, s. 152-153.

⁷²⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 804; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 35.

üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin bu türü bakımından doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir⁷²⁹. Bir borcun ödenmesini temin ettikleri için bu sözleşmeler kefalet sözleşmesine çok yaklaşımakta olup, özellikle garanti sözleşmesinin bu türü ile kefalet sözleşmesinin birbirinden ayrılması büyük önem taşımaktadır⁷³⁰. Her ikisi de asıl borcun ödenmemesi riskini temin etse de kefalet sözleşmesi yanında teminatı amaçlayan garanti sözleşmesine ihtiyaç duyulması, kefaletin fer'i, garanti verenin sorumluluğunun ise asıl borçtan bağımsız asli bir nitelik taşımasındandır⁷³¹. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin uygulamada en sık rastlanan örneği banka teminat mektuplarıdır.

Saf (yöneltmeyi amaçlayan) garanti sözleşmelerinde ise, üçüncü kişilerle olan ilişkilerle doğrudan bir ilgisi olmaksızın garanti alanı sevk ve teşvik etmek onu belirli bir faaliyete yönleltmek amacı ile söz konusu faaliyetten doğacak riskler garanti veren tarafından üstlenilmektedir. Burada üç köşeli bir ilişki bulunmamakta olup, sözleşmenin ana unsuru garanti alanı bir işe sevk ve teşvik etmektir. Bu sözleşmelerde garanti veren, garanti alanı bir mameleki zarara karşı koruma amacı taşımamaktadır⁷³².

Saf garanti sözleşmelerinde garanti alanın sevkedilmek istenilen davranışı çok çeşitli olabilir. Garanti alanın garanti verenle yeni bir hukuki ilişkiye girmesi istendiğinde bağlı (murtabıt) garanti sözleşmelerinden söz edilir. Örneğin⁷³³, muayenesini devreden doktorun alıcıya bir hastaneye doktor olarak alınacağını garanti etmesi, bir tükenmez kalem imalatçısı tarafından belli miktarda tükenmez kalem alana münhasır satıcılık yetkisi verileceğinin garanti edilmesi, bir taşınmazın satışı için satıcının alıcıya belirli oranda kira getireceğini garanti etmesi⁷³⁴ garanti verenin garanti alanla yeni hukuki

⁷²⁹ Aşağıda İkinci Bölüm, IV, B.

⁷³⁰ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 36; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 121 vd.; Özen, s. 23.

⁷³¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 804; Barlas, s. 153.

⁷³² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 805; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 35; Kahraman, s. 21.

⁷³³ Örnekler için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 806.

⁷³⁴ Bu halde bağlı bir garanti sözleşmesi olabileceği gibi satış sözleşmesinden doğan taahhüt edilmiş niteliklerden dolayı bağımsız olmayan bir teminat hükmü de söz konusu olabilir. Bkz. Aşağıda İkinci Bölüm, IV, E, 4.

ilişkiler kurmak istemesi nedeniyle verilen garantilerdendir.

Garanti alanın istenilen davranışı, garanti verenle değil de üçüncü kişilerle yeni hukuki ilişkiler kurmak, kurulmuş ilişkileri değiştirmek veya sona erdirmek de olabilir. Bu durumda üçüncü kişilerle gerçekleştirilmesi istenilen bu davranışın riskleri garanti veren tarafından üstlenilir. Bu tür garantilere, kar garantileri, temettü garantileri, ortaklıklar tarafından çıkarılan tahvillerin alıcılarına banka tarafından tahvillerin ana paraları ve faizlerinin zamanında ödeneceğine ilişkin garantiler, zararı karşılama (açığı kapama) garantisi örnek olarak verilebilir⁷³⁵.

Bazen de garanti veren garanti alanı üçüncü kişiye bir kısım yararlar sağlayan bir davranışa sevk etmek ister. Bu bakımdan garanti alanı sözleşmesel veya kanuni şartlara aykırı davranışlarından doğacak zararı karşılamayı üzerine alır. Örneğin, akreditif açan bankanın muhabiri olan yabancı bankaya, bir başka banka tarafından akreditif şartlarına uymasa bile ödemede bulunması, bu yüzden uğrayacağı zararını karşılamayı taahhüt etmesi durumu bu şekildedir⁷³⁶.

Teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmeleri ile yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmeleri bakımından şu farkların mevcut olduğu görülmektedir⁷³⁷;

İlk fark, borç ilişkisi bakımındandır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde edimi garanti edilen ile garanti alan arasında bir temel borç ilişkisi vardır⁷³⁸. Ancak bu garanti bu borç ilişkisinin geçerliliğine veya varlığına bağlı değildir. Buna karşın saf garanti taahhütlerinde garanti alanla edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi henüz yoktur. Hatta belirli bir üçüncü kişinin varlığından bile bahsetmek zordur. Örneğin, teşvik edilmek istenen bir konser, tiyatro veya bir işletmenin seyircileri veya müşterileri arasında bir borç ilişkisi henüz bulunmadığı gibi belirlenmiş böyle bir üçüncü şahıslar da

⁷³⁵ Örnekler için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 806.

⁷³⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 808.

⁷³⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 808.

⁷³⁸ Barlas, s. 153.

yoktur. O halde saf garanti taahhütlerinde garanti verenin borcu, edimi garanti edilenin borcundan tamamen bağımsızdır.

İkinci fark, amaç bakımındandır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde amaç garanti alana teminat sağlamaktır. Garanti veren, bu amaç nedeni ile garanti alandan bir komisyon almaktadır. Buna karşın saf garanti taahhütlerinde amaç, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmektir. Bu bakımdan garanti verenin aldığı bir komisyon da yoktur. Saf garanti taahhütlerinde amaç garanti alanın hareket tarzını etkilemektir. Bu hareket tarzının riskleri garanti veren tarafından üstlenilir. Örneğin, kendisine kar garantisi verilmiş bir teşebbüsün doğal afetler nedeni ile zarar etmesi risklerinin garanti edilmesinde durum bu şekildedir⁷³⁹.

Bir diğer fark, üçüncü kişiler bakımındandır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde her zaman bir üçüncü kişi bulunmakta olup, bu üçüncü kişinin edimi garanti edilmektedir. Buna karşılık, saf garanti sözleşmelerinde her zaman üçüncü bir kişinin edimi temin edilmediği gibi, temin edilen durumlarda dahi bu üçüncü kişiler önceden belirli değildir. Öte yandan, saf garanti taahhütlerinde garanti verenin borcu, üçüncü kişiler ile olan ilişkilerle de alakasızdır. Garanti vereni, üçüncü kişilerin eylemleri ve garanti alanla üçüncü kişiler arasındaki ilişkiler ilgilendirmez. Garanti veren bakımından önemli olan, garanti alanın istenilen davranışı gerçekleştirmesidir⁷⁴⁰. Örneğin, bir B bankası, A anonim ortaklığının en az %40 kar dağıtacağını G'ye garanti eder ise G'ye garanti vermiş olur. Bu ilişkide üçüncü kişi niteliğinde olan A anonim ortaklığı G'ye karşı bir borç yüklenmemiştir⁷⁴¹. Söz konusu karın belirlenen oranda dağıtılmaması halinde A'nın bir sorumluluğu yoktur. Böyle bir halde G, garanti kapsamında B'ye müracaat ederek, verilen garanti kapsamında zararlarının giderimi için ödeme talebinde bulunacaktır.

b. Başlıca Saf Garanti Taahhütleri

⁷³⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 812.

⁷⁴⁰ Kahraman, s. 21.

⁷⁴¹ Tekinalp, s. 515-516.

(1) Kar payı (Temettü) ve Faiz Garantileri

Kar payı ve faiz garantileri, garanti sözleşmelerinin ilk örneklerinin görüldüğü garanti tipidir. Bu tip garanti sözleşmelerinde amaç, güven vermek suretiyle belirli bir kar payını veya faizi elde edeceğini garanti alana taahhüt etmek, neticede hissedar elde etmek veya kredi sağlamaktır. Böylece şirketin kazanç elde etmesi veya kazanç elde etse dahi kar payı dağıtıp dağıtmaması şartlarından bağımsız olarak garanti alan belirli bir kar payını elde edeceğini bilmek suretiyle hisse satın almaktadır⁷⁴². Aynı şekilde, garanti alan belirli bir faiz geliri elde edeceğini bilmek suretiyle parasını yatırmaktadır⁷⁴³.

Bu tip garantiler ilgili şirket dışında⁷⁴⁴, gerçek kişiler, tüzel kişiler veya kamu

⁷⁴² Bir gazete tarafından dağıtılan kartlarla, taahhüt edilen ikramiyenin banka şubelerinden derhal tahsil edileceğinin ilan edilmiş bulunması hali (HGK, E. 1987/3-309 K. 1987/870, T. 25.11.1987) için Develioğlu, kar ve temettü garantisi niteliğinde saf garanti sözleşmelerine bir örnek olduğunu ifade etmişse de kanımızca burada garanti sözleşmesinin unsurları bulunmamaktadır. İleride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir riskin temininden ziyade belirli bir tutarın tahsiline imkan veren bu durumda, hediye çeki, para senedi, katılma senedi, yerine göre bir emtia senedinden veya banka ile gazete arasındaki bir kredi ilişkisinden söz edilebilecektir. Yargıtay'ın kararı şu şekildedir: “*Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kütahta Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 17.9.1986 gün ve 509-862 sayılı kararın incelenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.12.1986 gün ve 11783-11107 sayılı ilamı: (... Davacı, dava harici bulunan Sabah Gazetesi tarafından 8.7.1985 tarihinden itibaren dağıtılan kartlarla taahhüt edilen ikramiyenin Pamukbank şubelerinden derhal tahsil edileceği hususu ilan edilmiş olduğundan dolayı 6. haftanın ikramiyesini kazandığından söz edilerek davalı Pamukbank T.A.Ş'den 272.916 liranın tahsilini istemiştir. Dosya içerisinde mevcut Sabah Yayıncılık A.Ş. ile Pamukbank T.A.Ş. arasındaki 3.7.1985 günlü protokolün 2. bendinde aynen: "Pamukbank şubeleri bu ikramiyeleri talihlinin müracaatı halinde Mecidiyeköy nezdindeki Sabah Yayıncılık A.Ş. hesabından provizyon olarak nakden ödenecektir." hükmü yer almış bulunmaktadır. Mahkemece kazanıldığı iddia edilen ikramiyelerle ilgili olarak Sabah Yayıncılık A.Ş.'nin davalı Banka nezdinde hesabının bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa provizyon alıp almadığı ödenmeme nedeni gazeteden de araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.*” Yarg. HGK, E. 1987/3-309, K. 1987/870, T. 25.11.1987, (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.05.2020). Karş. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 15, dn. 30.

⁷⁴³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 39; Kahraman, s. 49.

⁷⁴⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 40. Reisoğlu, bu garantinin ilgili şirket dışında verilmesinden bahsetmiştir. Acaba şirketin kendisi (hedef şirket olarak) üçüncü şahıslara (müstakbel alıcılara) kar garantisi verebilir mi? Bu husus birkaç açıdan mümkün görünmemektedir. Birincisi, yönetim kurulunun böyle bir taahhütte bulunma yetkisi yoktur. TTK m. 408 f. 2 b. d uyarınca yıllık kar üzerinde tasarruf etme ve kar payının belirlenmesi genel kurulun devredilemez yetkilerindendir. Burada kanunun getirmiş olduğu bir sınırlama olduğundan TTK m. 371 f. 3 kapsamında üçüncü şahıslarının iyiniyetli kazanımlarının korunması da mümkün değildir. Böyle bir durumda yönetim kurulunun genel kurul kararı olmadan verdiği taahhüt kesin hükümsüz olacaktır. İkincisi, genel kurul kararı ile de olsa bir şirketin gelecekte belirli miktarda kar dağıtacağına ilişkin taahhüt vermesi de mümkün görünmemektedir. Zira, genel kurulun kar dağıtımı ile ilgili yetkisi, TTK m. 509 f. 2, m. 608 f. 1 kapsamında, dağıtılabilecek olan “net dönem karı” ile serbest yedek akçeler” ile sınırlıdır. Üçüncü olarak ifade etmek gerekir ki, şirket yalnızca mevcut karın dağıtımı ile ilgili üçüncü şahıslara taahhütte bulunabilir. Böyle bir halde ise verilen taahhüt, risk unsuru bulunmadığından garanti niteliğinde olmayacaktır. Son olarak ifade etmek gerekir ki TTK m. 380 f. 1 uyarınca “*Paylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır.*” Tüm bu açıklamalara göre, bir şirketin kendisinin kar payı ile ilgili garanti vermesi mümkün değildir. Şirketin kar dağıtımı konusundaki taahhüdü ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Ali Paşlı/ Cem Veziroğlu, “Hedef Anonim Ortaklığın Kar Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasasını (TTK380/1) İhlal Eder Mi?”, *İÜHF*, 76/1, 2018, s. 257-275; Yine Tekinalp’in ifadesi ile “*Kar elde etmek ortaklıklarda, amaçlanabilir fakat borçlanılamaz.*”, Tekinalp, s.

tüzel kişileri⁷⁴⁵ tarafından verilebilir. Genel olarak bu sözleşmelere ileriki yıllarda elde edilecek kar oranlarına bağlı olarak bir iade hükmü de konulur. Böyle bir iade hükmünün sözleşmede bulunması sözleşmenin garanti olma niteliğini değiştirmez ve özellikle sözleşmeye ödünç niteliği vermez. Zira, sözleşme belirtilen hali ile de garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını içeriğinde, bu niteliğini korumaya devam eder. Böyle bir iade kaydı konulsa dahi, gerek garantinin devreye girip girmeyeceği gerekse iade olup olmayacağı gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir riske tabi kılınmıştır⁷⁴⁶.

Bir şirketin kazancının garanti edilmesi, hisse sahiplerinin elde edecekleri kar paylarının garanti edilmesinden farklıdır. Kazancın hangi oranda kar payı olarak dağıtılacağına genel kurul karar vermektedir. Bununla birlikte kar payı garantisinde esasen garanti alan hisse sahipleri olup, şirket ise üçüncü şahıs durumundadır. Üçüncü şahıs edada bulunmayınca da garanti veren, hissedarların temettü alamamasından doğan zararı tazmin etmektedir⁷⁴⁷.

Örneğin, İsviçre’de Federal Mahkemenin kararına konu bir olayda bir gazhanenin işletmecisi söz konusu şirketin hisselerini satın alanlara %6 kar payı dağıtacağını taahhüt etmiş olup, burada kar payı garantisi türünde bir saf garanti sözleşmesi bulunmaktadır⁷⁴⁸. Bir başka örnek, 6327 sayılı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Kanunu m. 6 hükmü ile senede %6 kar dağıtılmaması halinde Maliye Bakanlığının kardan eksik kalan kısmı kuruluş tarihinden itibaren 5 yıl süre ile tamamlamasıdır. Bu garanti, sözleşmeye değil, kanuna dayanmaktadır⁷⁴⁹.

Görüldüğü gibi kar payı (temettü) garantileri, şirketin hisse senetlerinin alınmasını sevk ve teşvik etmek amacı ile verilmektedir. Böylece, şirket hissesini almakta tereddüt yaşayan alıcılar, hisseleri alınca belirli bir kar payı elde edecekleri konusunda

516.

⁷⁴⁵ Örneğin, 5660 sayılı kanunla Türkiye Sınai Kalkınma Anonim Ortaklığının %6 oranında hissedarlara kar payı dağıtması Maliye Bakanlığı tarafından garanti edilmiştir. Bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 40, dn. 7.

⁷⁴⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 40; Kahraman, s. 50.

⁷⁴⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 42.

⁷⁴⁸ Kahraman, s. 50.

⁷⁴⁹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 1, dn. 1.

garanti almış olurlar⁷⁵⁰.

(2) Gelir Garantileri

Garanti verenin garanti alanı sevk ve teşvik etmek istediği davranışın bir yatırımın yapılması veya işletmenin kurulması olduğu örneklerde, genel olarak yatırımcı, yüksek miktarda maliyet ve risk taşıyan bu yatırımı yapmaktan çekinir. İşte yatırımcının bu çekincesini gidermek için garanti veren, ona belirli bir miktarda gelir elde edeceğini taahhüt ederek yüksek maliyetli bu yatırımın gerçekleştirilmesini sağlamak ister. Bazen de işletmenin açılması çok yüksek maliyetli olmasa bile, yatırımcı bakımından ticari olarak gelir elde etmek için çok da cazip değildir. İşte tam da bu noktada, garanti veren garanti alanı söz konusu yatırımı yapmaya ikna etmek için belirli bir miktarda gelir elde edeceğini taahhüt ederek onu o işi yapmaya sevk ve teşvik eder⁷⁵¹.

Belirli bir gelir gerçek kişi tarafından gerçek kişiye karşı taahhüt edilebileceği gibi tüzel kişilere karşı da taahhüt edilebilir. Örneğin, bir ilçede eczane olmaması nedeniyle belediyenin söz konusu eczacıya belirli miktarda gelir elde edeceğine ilişkin taahhüt vermesi ve onu söz konusu ilçeye gelmeye ikna etmesi bu tip bir garantidir.

Gelir, bir defaya mahsus veya belirli dönemler halinde elde edilecek kar, kira, hasılat, ciro vb. çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilir.

Gelir garantisi, yapım sözleşmelerinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından son derece önemlidir. Özellikle son yıllarda büyük maliyet gerektiren köprü, otoyol, tünel gibi projeler Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılırken diğer yandan da işletme süresinde yatırımcının belirli bir geliri elde edeceği de taahhüt edilmektedir. Bu bakımdan garanti niteliğinde olan bağımsız taahhütler bakımından bir gelir garantisi söz konusu olmaktadır⁷⁵². Gelirin garanti edildiği bu tip garantilere talep garantisi adı da verilmekte olup, 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu Uygulama Usul

⁷⁵⁰ Kahraman, s. 51; Barlas, s. 153.

⁷⁵¹ Kahraman, s. 51; Evren, s. 74.

⁷⁵² Kahraman, s. 51.

Ve Esaslarına İlişkin Karar⁷⁵³ m. 4 b. m’de talep garantisinin, “Görevli şirketçe üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından verilen garantiyi” ifade etmekte olduğu düzenlenmiştir. 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu m. 8 f. 3’de 13.02.2011 tarihinde 6111 sayılı Kanun m. 132 ile yapılan değişiklikle “Görevli şirketçe üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından talep garantisi verilebilir. Ancak, talep garantisi verilmesi öngörülen sözleşmelerde, garanti edilen mal ve hizmet düzeyinin üzerinde talep gerçekleşmesi durumunda hasılat paylaşımının ne şekilde yapılacağı hususu düzenlenir.” Hükümü getirilmiştir. Bu hükmün kanunun “Garantiler” başlığı taşıyan m. 11 hükmü yerine “Ücretler” başlığı taşıyan m. 8’de yer alması dikkat çekicidir⁷⁵⁴.

Belirli bir gelirin taahhüt edildiği bu tip sözleşmelere, sonradan gelirin arttığı yıllarda artan kazançtan önceden garanti kapsamında ödenen bir kısım tutarların iadesi şartına da yer verilebilir⁷⁵⁵. Riski paylaşan idarenin, gelirin beklenenden fazla olması halinde geliri de paylaşmasının son derece yerinde olduğu ifade edilmiştir⁷⁵⁶.

Gelir garantilerinin sıklıkla görüldüğü diğer sözleşmeler de taşınmaz satış sözleşmeleridir. Bir kısım taşınmaz satış sözleşmelerinde satıcı, taşınmazın belirli bir kira geliri elde edeceğini taahhüt etmektedir. Kira garantili taşınmaz olarak ifade edilen bu tip sözleşmelerde ana hedef, alıcının kira gelirinin garanti edilmesinin etkisi ile taşınmazı satın almaya sevk ve teşvik edilmesidir. Bu tip taahhütler saf garanti sözleşmesi niteliğindedir⁷⁵⁷.

(3) Değer Kazanma Garantileri

Özellikle satım sözleşmelerinde alıcıyı sözleşme yapmaya ikna etmek için satım konusu malın değer kazanacağı ile ilgili sıkça bu tip garantilerin verildiği görülmektedir⁷⁵⁸. Örneğin, satıcının satış konusu malın belli bir zaman sonra en az yüzde

⁷⁵³ RG, T. 11.06.2011, S. 27961, “3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar”.

⁷⁵⁴ Çifçi, s. 69.

⁷⁵⁵ Kahraman, s. 51.

⁷⁵⁶ Evren, s. 75.

⁷⁵⁷ Kahraman, s. 54.

⁷⁵⁸ Kapancı, *Satım Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*, s. 122.

on değer kazanacağı yönünde taahhüt vermesi⁷⁵⁹, satın alındıktan sonra aynı malın ikincil piyasalarda belirli bir kar ile satılabileceği⁷⁶⁰, satın alınacak hisse senetlerinin belirli bir süre sonunda belirli bir miktarda değer kazanacağı⁷⁶¹, konut projelerinde maketten satışlarda teslimde en az belirli oranda kar elde edileceği⁷⁶² şeklinde verilen taahhütler bu çeşit garantilerdendir.

Satış sözleşmeleri dışında da değer kazanılmasına yönelik taahhütler verilebilir. Örneğin bir eser sözleşmesinde yüklenici eserin teslimi aşamasında değerinin belirli bir miktarın üstünde olacağını taahhüt etmiş olabilir. Bu taahhütler asli ve bağımsız nitelikte olduğu müddetçe değer kazanma garantisi olarak saf garanti taahhüdü kabul edilecektir.

(4) Zararı Karşılama Garantileri

Bu garanti türünde, garanti alanı belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmek için o davranış neticesinde garanti alanın uğrayacağı zararlar kısmen veya tamamen garanti veren tarafından üstlenilmektedir.

Açığı karşılama⁷⁶³ veya açığı kapama⁷⁶⁴ garantisi olarak da isimlendirilir. Bununla birlikte kanaatimizce, özellikle açığı kapama ifadesi birçok garanti tipi ve bu arada gelir garantilerinde gerçekleşen gelir ile taahhüt edilen gelir arasındaki farkın kapatılması olarak da anlaşılabileceğinden bu tip garantilere zararı karşılama garantileri adının verilmesi daha uygun olacaktır. Bu tip garantilere örnek olarak, İsviçre Devleti'nin, 1964 yılında Lozan fuar tertip komitesinin 8 milyon Frank'a kadar olası zararlarının %40'ını, bunu takip eden 9 milyon Frank'a kadar olan zararlarının ise %75'ini karşılamayı yüklenmesi verilebilir⁷⁶⁵. Buna benzer birçok durumda ticari amaç taşımayan işlerde özellikle de kamu menfaatinin bulunduğu düşünülen sanat, spor ve kültürel faaliyetlerde bu tür garantilere rastlanmaktadır. Bir tiyatro oyununun

⁷⁵⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 55.

⁷⁶⁰ Kahraman, s. 53.

⁷⁶¹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 15.

⁷⁶² Kahraman, s. 53.

⁷⁶³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 812.

⁷⁶⁴ Kahraman, s. 58.

⁷⁶⁵ Örnek için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 807.

sergilenmesi, bir fuarın tertip edilmesi, bir resim sergisinin bir yere getirilmesi, bir konser organizasyonunun yapılması gibi faaliyetler buna örnektir. Yine ticari amaç taşıyan iş ve projelerde de yatırımcı çekmek için hiç değilse zararlarının karşılanacağı yönünde garanti vermek bazen yatırımın yapılması hususunda etkili olabilmektedir. Örneğin, bakkal olmayan bir köyde bir markete zarar etmeyeceği, zarar etmesi halinde açıkta kalan zararın karşılanacağını taahhüt edilmesi bu türde bir saf garanti taahhüdüdür.

Zarar, sadece bir işletmenin faaliyeti neticesinde uğranılan kar kaybı veya gelirin gideri karşılamamasından ibaret değildir. Zarar, bir işletmenin faaliyeti neticesinde ticari zarar olarak ortaya çıkabileceği gibi, ticari nitelikte olmayan bir davranışın sonucu olarak malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, bir kimsenin başka bir kimseyi dava açmaya sevk etmek amacı ile onun davayı kaybetmesi halinde masraflarını ödemeyi üstlenmesi⁷⁶⁶ böyledir. Burada istenilen davranışın sonucunda ortaya çıkacak olan zararın karşılanmasına yönelik bir garanti taahhüdü bulunmakta olup, bu risk ticari bir faaliyetin neticesinde gerçekleşmemektedir.

(5) Değerlendirmemiz

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri, genel olarak yatırımcıya asgari bir geliri elde edeceğini temin etmek amacı ile verilmektedir. Yatırımcı garanti verenin kendisine verdiği araç geçiş taahhüdü, yolcu taahhüdü ve diğer taahhütler bakımından bunların parasal değerini esas almakta ve o değerde gelir elde edeceğini hesap ederek yatırım yapmaktadır. Bu bakımdan yapım sözleşmelerinde yer alan garanti niteliğindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri genel olarak, gelir taahhüdü niteliğinde saf garanti sözleşmesidir.

Belirtilen yolcu sayısına, araç sayısına, hasta sayısına ulaşılmaması halinde bunların ifade ettiği değer oranında gelir elde edilemediği anlamına gelmektedir. Bu durumda ise riskin gerçekleşmesi ile garanti devreye girecektir. Bunun sonucunda garanti veren eksik kalan gelir ne ise bunun karşılığındaki tutarı garanti alana ödemekle yükümlü

⁷⁶⁶ Örnek için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 807.

olacaktır.

B. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme İle Karşılaştırılması

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerini TBK m. 128’de düzenlenmiş olan “üçüncü kişinin fiilini üstlenme” sözleşmesi⁷⁶⁷ bakımından karşılaştırıp, değerlendirmek gerekmektedir. TBK m. 128 (eski BK m. 110⁷⁶⁸) hükmü ilk olarak Fransız Medeni Kanun’u m. 1120’den ilham alınmak sureti ile eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 127’de yer almıştı. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme hükmü Alman hukukunda mevcut olmadığından garanti sözleşmesi böyle bir ilişki içerisinde tartışılmamış iken, Türk- İsviçre hukukunda TBK m. 128’in (eski BK m. 110) varlığı nedeni ile garanti sözleşmesi hep bu madde bağlamında incelenmiştir⁷⁶⁹.

Garanti sözleşmesi ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin birbiri ile ilişkisi de son derece tartışmalı bir konudur. Bu konudaki görüşleri aşağıdaki şekilde inceleyebiliriz;

1. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Genel Hüküm Niteliğinde Olduğu Garanti Sözleşmesinin ise Kendine Özgü (Sui Generis) Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre⁷⁷⁰, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir. Bu iki sözleşmenin ortak alanları olabileceği gibi hiç ortak olmayan bir alanları da bulunmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme genel bir düzenlemedir. Üçüncü kişinin fiili onu belirli bir davranışa sevk etmek amacı ile üstlenilmekte ise işte o zaman karşımıza garanti sözleşmesi çıkmaktadır. O halde üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi tam olarak birbiri ile örtüşmez, TBK m. 128

⁷⁶⁷ Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin bir sözleşme olduğu hususunda bkz. Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 413.

⁷⁶⁸ Eski BK m. 110’un başlığı “Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt” olup, bu terim eleştirilmiştir. Bu madde ile amaç, bir üçüncü şahsı belirli bir davranışla yükümlü kılmak değil, bundan doğacak zararı üstlenmektir. Eleştiriler ve bu yanlışlığın sebepleri için bkz. Saymen / Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. I/1, s. 316; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 44.

⁷⁶⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 45.

⁷⁷⁰ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 46 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 849; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1476 ve s. 30; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 506; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, s. 11.

genel bir hüküm olup, aynı zamanda üçüncü kişi belirli bir davranışa da sevk edilmekte ise bu sözleşmeler garanti sözleşmesi niteliği taşıyabilir. TBK m. 128, garanti sözleşmesini düzenlemek için getirilmiş bir hüküm değildir. Garanti sözleşmesi, TBK m. 128 ile tam olarak örtüşmeyen kanunda düzenlenmemiş kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir.

Türk hukukunda bu görüş, Reusser'den⁷⁷¹ etkilenmek suretiyle Tandoğan⁷⁷² tarafından şu örnekler ve gerekçelerle savunulmuştur;

İlk olarak, TBK m. 128' in varlık sebebi onun garanti sözleşmesini tanzim etmek için getirilmediğini göstermektedir. Zira, Roma hukukunda sıkı şekilcilik nedeniyle üçüncü kişinin edimini üstlenme geçerli kabul edilmemekteydi. Daha sonra gelen hukuk sistemlerinde bu görüş yumuşadı. Fransız Medeni Kanununun 1119. Maddesinde herkesin sadece kendisi için taahhüt altına girebileceği kuralı konulmuş, 1120. Madde de ise bir üçüncü şahsın fiilini vaad etme ve üçüncü şahıs bunu yerine getirmediği takdirde tazminat ödeme hükmü yer almıştır. İşte Fransız Medeni Kanun'unda yer alan bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanun'u m. 111'e (BK m. 110, TBK m. 128) kaynak teşkil etmektedir. Netice olarak, bu maddenin konuluş gayesi, bir sözleşme tipinin düzenlenmesi değil, bir üçüncü şahsın fiilinin taahhüt edilmesine izin verildiğinin açıkça belirtilmesi içindir.

İkinci olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ancak başkasının belirli bir davranışa sevk edilmesi gayesi ile yapılırsa garanti sözleşmesi vasfını taşır. Üçüncü bir şahsın bir edada bulunup bulunmaması ile ilgili olmayan risklerin üzerine alındığı garanti sözleşmeleri de vardır.

Üçüncü olarak, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan üçüncü kişinin fiilini üstlenme içeren sözleşmelere de rastlanır. Örneğin; B fakir ve çok çocuklu bir sanatkardır. Arkadaşı A, B'nin yaptığı elişlerini C ve D'nin belirli bir meblağ karşılığında satın alacaklarını, satış bedelinin bu meblağa ulaşmaması halinde ise aradaki farkı kapatacağını

⁷⁷¹ Reusser, s. 95 ve s. 107 vd., (Aktaran: Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 46).

⁷⁷² Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 46 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 849 vd.

B'ye karşı ona yardım etmek için taahhüt etmiştir. Burada hem üçüncü kişinin fiilini üstlenme hem de şartlı bağışlamanın unsurları mevcuttur. Bir başka örnekte; B, çok yaşlı ve zengin olan C'nin tek mirasçısıdır, ancak mahfuz hissesi bulunmadığından C'nin ölümüne bağlı tasarruf ile mirasını başkasına bırakmasından endişe etmektedir. A, B'ye 1.000 TL karşılığında C'nin böyle bir tasarrufta bulunmayacağını taahhüt etmiştir. Burada ise hem üçüncü kişinin fiilini üstlenme hem de kumar ve bahse benzeyen tesadüfe bağlı bir sözleşme vardır. Tüm bu örneklerden de anlaşılabacağı üzere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme içine muhtelif sözleşme tipleri dahil olabilir.

Dördüncü olarak, BK m. 110 (TBK m. 128) esas alınmak sureti ile yapılan garanti sözleşmesi tanımları yanlıştır. Zira, garanti sözleşmesi üçüncü şahsı değil garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmek amacı ile yapılır.

Bu görüşe göre, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin ortak alanları olduğu gibi birbirinden farklı ve her birinin kendine özgü alanları da bulunmaktadır⁷⁷³. Buna göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olmayan garanti sözleşmeleri olduğu gibi, garanti sözleşmeleri niteliğinde olmayan üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri de bulunmaktadır. Örneğin, garanti verenin üçüncü kişinin edimi ile ilgili olmayan riskleri üstlendiği garanti sözleşmelerinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliği yoktur. Öte yandan Federal Mahkemeye göre bir kimsenin bir gazhanenin kurulmasını sağlamak için bunu kuracak anonim şirket pay senetlerini alanlara %6 temettü vereceğini taahhüt etmesi garanti sözleşmesi olarak kabul edilmişken bu durumda üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliği yoktur⁷⁷⁴. Arık da üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin teminat ve garanti sözleşmeleri ile karıştırılmaması gerektiğini savunmaktadır⁷⁷⁵.

⁷⁷³ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 48; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 851; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1476; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 506.

⁷⁷⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1477. Bu örnek de aşağıda Oğuzman / Öz' ün vermiş olduğu kar garantisine benzer olup, her iki örneğin vardığı sonuç saf garanti sözleşmelerinin, TBK m. 128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin kapsamı dışında olduğudur.

⁷⁷⁵ Belirtmek gerekir ki Arık tarafından verilen örneklerde geniş anlamda garantiyi içeren sözleşmenin taraflarının edim olarak garanti adı altında yüklendiği borçlara yer verilmiştir. Ayrım bakımından örnek olarak, satış sözleşmesinde, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından satış sözleşmesinden önceki bir zamanda mevcut hak sebebiyle zapt

Gümüş, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin birbiri ile bağlantısının bulunmadığını, doktrinde garanti sözleşmesi bakımından TBK m. 128' e gereksiz bir değer verilmekte olduğunu ifade etmektedir⁷⁷⁶. Anılan yazara göre, teminat amacı ortak olsa da mücbir sebepler, garanti sözleşmesini etkilemezken, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi etkileyebilmektedir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede doğan borç tazminat ödeme iken, garanti sözleşmesinde risk gerçekleştiğinde doğan borç belirli veya belirlenebilir bir tutarı ödemedir.

2. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Garanti Sözleşmesi İle Aynı Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre⁷⁷⁷ TBK m. 128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi düzenlenmiş olup, bu iki sözleşme birbirinin aynısıdır. Buna göre, garanti sözleşmesinin tüm unsurları TBK m. 128'de yer almakta olup, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan garanti sözleşmesindeki risk böylece tamamen üçüncü kişinin iradesine bağlıdır. Üçüncü kişinin fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmemesi sonucunda garanti verenin üstlenmiş olduğu risk ortaya çıkmaktadır. Öte yandan garanti veren ile alan arasında üçüncü kişi ile var olan ilişki dışında tamamen bağımsız bir borç doğuran bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Böylece TBK m. 128 garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını içerisinde taşımakta, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi tam olarak birbiri ile örtüşmektedir.

Bu görüşteki yazarlar TBK m. 128'in Borçlar Kanunu içerisindeki yerini de yanlış bulmaktadır. TBK m. 128 garanti sözleşmesini düzenlediğine göre, bu maddenin özel borç ilişkileri kısmında teminat sözleşmeleri içerisinde yer alması gerekir.

edilmesinden alıcıya karşı sorumlu olma durumu verilmiştir. Bunun incelediğimiz kapsamda dar anlamda garanti sözleşmeleri olarak kabul edilen saf garanti taahhütleri ile ve kefalet benzeri garantiler ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bkz. Arık, s. 45 vd.

⁷⁷⁶ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 506.

⁷⁷⁷ Guhl-Merz-Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Siebte Auflage Zürich, 1982; §22, III; Oser-Schönenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V.*: Das Obligationenrecht, Art. 492, Nr. 55; Von Tuhr-Sieggart, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen -rechts*, Zürich 1942, §82 not I'e ait metin; Schwarz, s. 404; Arsebük, s. 930-931; H. Avni Göktürk, *Borçlar Hukuku*, İkinci Kısım, Ankara, 1951, s. 609, (Aktaran: Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 847).

3. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmenin Garanti Sözleşmesinin Bir Türü (Kefalet Benzeri Garanti) Olduğu Görüşü

Baskın olan bu görüşe göre⁷⁷⁸, üçüncü kişinin fiilini taahhüt bir garanti sözleşmesi çeşididir, ancak garanti sözleşmesi üçüncü kişinin fiilini taahhütten çok daha geniş olup, bu nitelikte olmayan garanti sözleşmeleri de bulunmaktadır.

Reisoğlu, bu konuda öncelikle TBK m. 128 (eski BK m. 110) hükmünün garanti sözleşmesinin tüm zorunlu unsurlarını taşımadığı tespitini yapmıştır. Bunun sebebi olarak iki ihtimal bulunduğu, ilk ihtimalin kanunun yapılış döneminde garanti sözleşmesinin unsurları üzerinde yeteri kadar bilgi sahibi olunmadığı, bu boşluğun doktrin ve mahkeme içtihatları ile doldurulması olduğu, ikinci ihtimalin ise bu madde ile garanti sözleşmesini düzenleme amacının bulunmadığıdır. Reisoğlu, bu konuda kesin bir neticeye varmanın mümkün olmadığını belirttikten sonra Federal mahkeme ve doktrinin birinci ihtimali benimsemiş olmalarının haklı olduğunu ifade etmiştir⁷⁷⁹.

Oğuzman/Öz, bu görüşte olduğunu şu ifadelerle belirtmiştir; “*üçüncü kişinin fiilini üstlenme de bir garanti etme söz konusudur. Fakat ancak üçüncü kişinin garanti verilene bir edimi yerine getirmesinin söz konusu olduğu hallerle sınırlıdır. Bu sebeple, biz de üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu yolundaki baskın görüşe*⁷⁸⁰ katılıyoruz. Gerçekten üçüncü kişinin bir edimi söz konusu

⁷⁷⁸ Saymen/Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I/1*, s. 316; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 48; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 414; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 228; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1182 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 303; Tekinalp, s. 520; Hüseyin Murat Develioğlu, “TBK m. 128 Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme”, Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3*, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 1521; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 10-11; Kayak, s. 69; TBK m. 128’in belirli bir hukuki kurumu düzenlemek için ihdas edilmediği ancak kefalet benzeri garantilere doğrudan uygulanacağı görüşü için bkz. Kahraman, s. 20 ve s. 127.

⁷⁷⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 48.

⁷⁸⁰ Tandoğan, Türk ve İsviçre hukukunda baskın görüşün başkasının fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesinin aynı olduğunu savunan görüş olduğunu belirtmektedir. Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 847. Yavuz/ Acar/ Özen’de aynı doğrultuda baskın görüşün TBK m. 128 ile garanti sözleşmesinin aynı olduğu yönündeki görüş olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1476. Buna karşın Hatemi/ Gökyayla hakim görüşün üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu yönündeki görüş olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Hatemi / Gökyayla, s. 303. Aslında, garanti sözleşmelerinin ilk uygulamalarında hakim görüş eski BK m. 110 (TBK m. 138) de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesinin aynı olduğu yönünde iken bu düşünce yerini yavaş yavaş bu ilişkinin garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğu yolundaki baskın görüşe terk etmiştir. Bkz. Kayak, s. 63.

*olmayan garanti sözleşmeleri yapılabilir. Örneğin, bir kişi bir diğeriyle ona ait işletmenin sözleşmenin yapıldığı yıl belirli bir kar edeceğini garanti eden bir sözleşme yapmışsa, durum böyledir*⁷⁸¹.” Bu görüşe göre, başkasının fiilini taahhüt niteliği taşımayan garanti sözleşmeleri olabilir.

Bu görüşü savunanlar garanti sözleşmesinin saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrıldığını, TBK m. 128’in yalnızca kefalet benzeri garanti sözleşmelerini düzenlediğini kabul etmişlerdir. Bir diğer ifadeyle, TBK m. 128 ile düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme kefalet benzeri garanti sözleşmelerini düzenlemekte iken, saf garanti sözleşmeleri bu maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. Yukarıda Oğuzman/ Öz’ün verdiği örnekte belirli bir yılda kar edileceğine yönelik saf garanti taahhüdü niteliğindeki kar garantisi üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin kapsamı dışında kabul edilmiştir. Zira, burada bu karı sağlayacak olan belirli bir üçüncü kişinin varlığından bahsetmeye imkan bulunmamaktadır. Bununla birlikte TBK m. 128’in sadece kefalet benzeri garanti sözleşmelerini düzenleyip saf garanti sözleşmelerini düzenlememesine rağmen, bu hükmün saf garanti sözleşmelerine uygulanmasına hiçbir engel bulunmadığını, “üçüncü kişinin fiili” ifadesinin saf garanti sözleşmesini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır⁷⁸².

4. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay, 1969 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında teminat mektuplarının mahiyeti itibariyle Borçlar Kanunu’nun 110. Maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti taahhüdü olduğuna karar vermiştir⁷⁸³. Bu karar öncesinde banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı tartışılırken, bu karar sonrasında Yargıtay’ın vermiş olduğu tüm kararlarda banka teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiştir⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 414.

⁷⁸² Tekinalp, s. 520.

⁷⁸³ Yarg. İç. Bir. K., E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.06.1969, (Kazancı, Erişim Tarihi:25.09.2019).

⁷⁸⁴ Bu kararlar için bkz. Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 32 vd.

Doktrinde garanti sözleşmesi ve üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer veren başka bir Yargıtay kararında⁷⁸⁵ da bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin başka bir hüküm bulunmaması nedeniyle Türk uygulaması bakımından BK m. 110 (TBK m. 128) hükmünün garanti sözleşmesi esaslarına göre uygulanması ve yorumlanmasının gerekeceği Tandoğan ve Reisoğlu'na atıf yapmak sureti ile belirtilmiştir.

Yakın tarihli bir kararında Yargıtay⁷⁸⁶; “...*Dava konusu uyuşmazlık, hukuki nitelik itibariyle; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde düzenlenmiş bulunan üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden kaynaklanmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesinin bir türü olarak; üstlenenin, üstlenilene (sözleşmenin diğer tarafına) üçüncü bir kişinin bir edimde bulunacağını, üçüncü kişi böyle bir edimi yerine getirmediği takdirde, bundan doğan zararı kendisinin tazmin edeceğini borçlanmaktadır.*” şeklinde hüküm kurmak suretiyle üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği kararlarda istikrarlı bir şekilde üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi, garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul ettiği ve baskın görüşü benimsediği görülmektedir⁷⁸⁷.

5. Değerlendirmemiz

Garanti sözleşmesinin unsurları yukarıda da belirtildiği üzere, garanti alanın belirli bir davranışının içerdiği riskin üstlenilmesi, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmek veya temin etmek amacı, garanti taahhüdünün asli ve bağımsız nitelikte olması ve kural olarak da ivazsızlık niteliği taşıması idi.

Söz konusu unsurlar yönünden üçüncü kişinin fiilini üstlenme karşılaştırıldığında, öncelikle ifade etmek gerekir ki, hem üçüncü kişinin fiilini üstlenmede hem de garanti sözleşmesinde bir “risk üstlenme” vardır. Ancak, üçüncü

⁷⁸⁵ Yarg. 11. HD, E. 1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979, (Kazancı, Erişim Tarihi:27.09.2019).

⁷⁸⁶ Yarg. 15. HD, E. 2018/5390, K. 2019/2340, T. 16.05.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi:26.09.2019).

⁷⁸⁷ Yarg. 15. HD, E. 2018/5390, K. 2019/2340, T. 16.05.2019; Yarg. 11. HD, E. 2014/5420, K. 2014/8640, T. 7.5.2014 (Kazancı, Erişim Tarihi:27.09.2019).

kişinin fiilini üstlenmede, üstlenilen risk üçüncü kişinin verme, yapma, yapmama, (yapmamanın bir çeşidi olarak katlanma ve kaçınma) şeklinde olabilecek bir fiili ile ilgilidir⁷⁸⁸. Buna karşın, garanti sözleşmesi bakımından üstlenilen risk, üçüncü kişinin fiili olabileceği gibi bunun dışında “herhangi bir korkulan olayın sonucu” da olabilir⁷⁸⁹. Garanti sözleşmesinin ilk hali daha çok kefalet benzeri garantiler, ikinci hali ise daha çok saf garanti sözleşmeleri olarak karşımıza çıkar.

O halde bu konudaki ilk tespitimiz, garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden daha geniş bir kavram olduğudur.

Saf garanti taahhütleri bakımından olaya baktığımızda durum bu çerçeveden görülmekte olup, konu ile ilgili üçüncü kişinin fiilini üstlenme açısından olaya yaklaştığımızda da saf garanti taahhütlerinin aksine üçüncü kişinin fiilini üstlenmede taahhüdü alan kimseyi, belirli bir davranışa sevk etmek amacının bulunması şart değildir. Çoğu zaman da böyle bir amaç bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile, saf garanti sözleşmelerinin aksine üçüncü kişinin fiilini üstlenmede bu üçüncü kişiyi belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmek amacı bulunabileceği gibi böyle bir amaç bulunmayabilir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede üstlenilen taahhütler üçüncü kişinin iradesine bağlıdır. Oysa, üçüncü kişinin iradesine tabi olmayıp tamamen dış bir olaya, kaza ve şansa bağlı durumlar üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin değil garanti sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Örneğin, ürün için belirli oranda yağmur yağacağının veya fiyatların belirli bir miktarın üzerine çıkmayacağının taahhüt edilmesi üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin değil, garanti sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁷⁹⁰.

Değerlendirmelerimiz ve ilk tespitimiz ışığında ifade etmek gerekir ki, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi aynı sayan görüş isabetli değildir. Bu

⁷⁸⁸ Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 44-57; Develioğlu, *TBK m. 128 Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme* s. 1522.

⁷⁸⁹ Tekinalp, s. 515.

⁷⁹⁰ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 421; Develioğlu, *TBK m. 128 Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*, s. 1522.

görüşün bugün için Türk hukukunda pek fazla taraftarı bulunmamaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin bir türü (kefalet benzeri garanti) olduğu görüşü varılan sonuç itibariyle doğru gözükebilir. Ancak garanti sözleşmesini düzenlemeyen Borçlar Kanunu'nun TBK m. 128 ile yalnızca garanti sözleşmesinin bir türü olan kefalet benzeri garantiyi düzenlediğinin kabul edilmesi de pek makul gözükmemektedir. Kanun koyucu TBK m. 128 ile gerçekten de garanti sözleşmesinin bir türünü (kefalet benzeri garanti çeşidini) düzenlemek istese idi aynı zamanda saf garanti sözleşmelerini de düzenler, garanti sözleşmesinin bu iki çeşidine de kanunun özel hükümler kısmında yer verirdi.

Kanaatimizce de üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi genel bir düzenleme, garanti sözleşmesini ise kendine özgü (sui generis) kabul etmek daha doğrudur. Gerçekten de TBK m. 128 hükmünün bir sözleşme çeşidi olduğu izlenimi veren içeriğine rağmen maddenin genel hükümlerde yer alması ve Roma hukukunda bir üçüncü şahsın fiilinin kural olarak üstlenilememesi bu maddenin konuluş gayesinin genel hükümler içerisinde buna izin vermek olduğu izlenimini vermektedir. Öte yandan TBK m. 128 hükmünün tam olarak garanti sözleşmesini karşılamadığı, bu iki sözleşme arasında ortak noktalar olduğu gibi farklı unsurlarında bulunduğu açıktır. O halde garanti sözleşmesini kanunda düzenlenmemiş kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olarak kabul etmek gerekir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesini uygulanacak hükümler yönünden aynı kabul eden Tekinalp, BK m. 110 (TBK m. 128) f. 2 hükmünün eklenme gerekçesinin teminat mektupları ile ilgili uygulamada doğan soruna çözüm sağlama olduğunu, bu fıkranın getirilmesinin BK m. 110 hükmü ile garanti sözleşmesinin düşünülmendiği eleştirisine de bir cevap niteliğinde olduğunu ifade etmiştir⁷⁹¹. Ancak, teminat mektubu zaten maddeye yapılan bu ekleme tarihine⁷⁹² kadar, özellikle de Yargıtay'ın 1969 tarihli (E. 1969/4, K. 1969/6) kararı sonrasında kefalet benzeri garanti olarak kabul edildiğinden teminat mektuplarının kefalet benzeri garanti olması ve BK m.

⁷⁹¹ Tekinalp, s. 521.

⁷⁹² 08.07.1981 tarih ve 2486 sayılı Kanun, RG s. 17398.

110 (TBK m. 128) hükmünün uygulanması yönünde bu konuda bir uygulama yerleşmiştir. Maddeye ikinci fıkranın eklenmesi, teminat mektupları ile ilgili yaşanan sorundan doğsa da, bu eklemenin getirilmesi maddenin bütünüyle garanti sözleşmelerini düzenlediği anlamına gelemez. İkinci fıkranın getirilmesi ancak, kefalet benzeri garantilere üçüncü kişinin fiilini üstlenme hükümlerinin uygulanması yönünde yerleşen uygulama sonrası bu nitelikte sayılan teminat mektupları ile ilgili ortaya çıkan sorunun giderilmesi amacı taşımaktadır. Bu bakımdan kanaatimizce, BK m. 110’a ikinci fıkranın eklenmesi, “BK m. 110 (TBK m. 128) hükmünün garanti sözleşmesini düzenlemediği yönündeki görüşe” bir cevap olarak değerlendirilemez. Yine Tandoğan⁷⁹³, TBK m. 110 f. 2 hükmünü “belli süreli garanti sözleşmelerinin sona ermesini düzenleyen bir hüküm” olarak nitelendirmiş ise de kanaatimizce bu nitelendirme doğru değildir. Barlas⁷⁹⁴’ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, TBK m. 110 f. 2 hükmü garanti sözleşmelerine özgü bir hüküm olmayıp, her türlü süreli taahhütte uygulanabilecektir.

Tekinalp, garanti sözleşmesinin sui generis (kendine özgü) olduğu görüşünün garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusundaki sorunu, çözümsüz bıraktığını ifade etmiştir⁷⁹⁵. Kanaatimizce bu tespitin sonucu bir belirsizlik değildir. Nitekim kendine özgü yapısı olan sui generis sözleşmelere niteliklerine uygun olduğu ölçüde benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri dürüstlük ve iyi niyet kuralları kapsamında uygulanacaktır. Hatta, ihtiyaç halinde bir hükmün uygulanması ile sınırlı olmaksızın daha esnek bir şekilde kanunun diğer hükümlerine de müracaat edilebilecektir. Bu uygulama içerisinde örf ve adet hukukuna da müracaat edilebilecek, orada da hüküm bulunmayan hallerde, TMK m. 1 kapsamında hakimin hukuk kuralı koyması söz konusu olacaktır⁷⁹⁶.

Stammler’ın makalesinin yayımlandığı 1886 yılından bu yana garanti sözleşmelerinin uygulaması her geçen gün artmış ve bugün ülkemizde de en çok uygulanan sözleşmelerden biri haline gelmiştir. 20. yüzyıl başlarında garanti

⁷⁹³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 820.

⁷⁹⁴ Barlas, s. 155, dn. 25.

⁷⁹⁵ Tekinalp, s. 519.

⁷⁹⁶ Sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümler için bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 29; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 951.

sözleşmesinin unsurları üzerinde yeteri kadar bilgi sahibi olunmadığı ve bu boşluğun doktrin ve mahkeme içtihatları ile doldurulması gerektiği yönünde bir inanç olsa da kanaatimizce bugün bu unsurlar uygulama ile hemen hemen yerleşmiş durumdadır. Bu bakımdan garanti sözleşmelerinin Borçlar Kanunu özel hükümler kısmı içerisinde düzenlenmesi hem bu konudaki tartışmaları bitirecek hem de uygulaması bu denli geniş olan bu sözleşmelerin kanun koyucu tarafından düzenlenmesi sureti ile bu sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını daha belirli hale getirecektir. Nitekim hemen aşağıda inceleyeceğimiz kefalet sözleşmesinin sıkı şekil şartlarına tabi tutulmasına rağmen, ondan daha ağır sonuçlar doğuran garanti sözleşmesinin en az kefalet sözleşmesi kadar uygulamada yapılıyor olmasına karşın, yasal düzenleme ihtiyacının görmezden gelinmesi ve garanti vereni koruyacak nitelikte hiçbir düzenleme bulunmaması önemli bir eksiklik⁷⁹⁷.

Yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından ise, bir üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiğini ifade etmeye imkan bulunmamaktadır. Zira, bir otoyoldan belirli sayıda bir aracın geçişi için taahhüt verildiğinde, belirli sürücülerin fiilleri taahhüt edilmemekte, bu geçiş miktarına tekabül eden asgari gelir taahhüt edilmektedir. Yatırımcı bakımından risk, belirlenmiş bir üçüncü kişi araç sürücülerinin iradeleri ile tercihleri sonucu geçiş yapmamalarının riski değil, belirli sayıdaki araçların geçişi ile elde edilecek geliri elde edememe riskidir. Bu araç sürücülerinin kim oldukları önemli olmayıp, önemli olan sayı ve buna bağlı gelirdir. O halde yapım sözleşmelerindeki taahhütlerden saf garanti taahhüdü niteliğinde olanlar her halükarda üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olmayacaktır.

C. Kefaletle Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi

Garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi de kişisel teminat sözleşmesi olup, her

⁷⁹⁷ Yasal düzenleme ihtiyacını ifade eden Barlas, kefil koruyan hükümlere rağmen daha ağır bir yükümlülüğe giren garanti verenin korunmamasını bir paradoks olarak nitelendirmiştir. Bkz. Barlas, s. 154.

ikisi de alacaklıya karşı borçlunun dışındaki üçüncü bir kimsenin alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan borcun ifasını temin etmesi amacına yönelmiştir. Bununla birlikte bu iki sözleşme arasında çok önemli temel farklar bulunmaktadır. Kefaletten doğan borç fer'i bir borç olup, kefilin borcu, içeriği, varlığı, muacceliyeti, sona ermesi kefaletle teminat altına alınan asıl borcun kaderine tabi iken; garanti sözleşmesi asıl borçtan bağımsız bir borç ilişkisi doğurur. İşte bu temel fark, taraflar arasında kararlaştırılmış bir kişisel teminatın kefalet mi garanti mi olduğunu tayin etmenin önemini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesini her zaman birbirinden ayırmak kolay olmamaktadır. Bu nedenle öncelikle kefalet sözleşmesinin tanım ve unsurlarını ortaya koymak daha sonra kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesini birbirinden ayıran temel unsurları belirlemek gerekmektedir.

Uygulamada özellikle garanti sözleşmesinin kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti türü ile kefalet sözleşmelerinin ayırımında güçlük yaşandığı görülmektedir⁷⁹⁸. Kefalet benzeri garanti, asıl borçtan bağımsız olarak garanti verenin, borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde bunun sonuçlarından sorumlu olmayı üstlendiği bir garanti sözleşmesi türüdür⁷⁹⁹. Garanti sözleşmesinin bu türüne kefalet benzeri garanti sözleşmesi denilmesinin nedeni tıpkı kefalet sözleşmesi gibi, bu sözleşmelerinde asıl borcun ödenmemesi riskini teminat altına alma amacına yönelmiş olmalarıdır. Bu amaç, garanti sözleşmesinin bu türünü kefalet sözleşmesine yaklaştırır. Bununla birlikte bu sözleşmelerin asıl borç ilişkisinden bağımsız ve asli olmaları, bir başka ifade ile bu sözleşmelerin geçerliliğinin asıl borç ilişkisinin varlığı, geçerliliğine tabi olmaması ve garantiyi verene gidilmesi için önce asıl borçluya takip yapma zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle bu sözleşmeler de bir garanti sözleşmesidir.

Kefalet sözleşmesi, TBK m. 581'de, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu

⁷⁹⁸ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 16; Barlas, s. 153; Özen, s. 23 vd.; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 121; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 36; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 62; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 19; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 818; Kahyaoğlu, s. 30-31; Tekinalp, s. 521 vd.; Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler*, s. 103.

⁷⁹⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1478; Kahraman, s. 127.

ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme şeklinde tanımlanmıştır⁸⁰⁰. Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin amacı bir borcun ödenmesini temin etmek olup, temin edilen borcun ödenmemesi halinde bu sonuçlardan kişisel olarak kefil sorumlu olmaktadır. Bununla birlikte kefilin sorumluluğu tali olduğundan⁸⁰¹ alacaklının öncelikle borçluya başvurması gerekmekte olup, borçludan borcun ifa edilmesi hususunda bir sonuç alınamadığı takdirde kefile başvurulabilir⁸⁰².

Kefilin borcu tali olsa da asıl borçtan ayrı bağımsız bir borçtur. Kefil, alacaklıya karşı asıl borcun borçlusunun edimini değil, kefalet sözleşmesinden doğan kendi edimini borçlanır⁸⁰³. Öte yandan asıl borcun sebebi; satış, kira, eser vd. birçok sebep olabilecek iken kefalet her zaman teminat sebebine dayanır⁸⁰⁴. Bu bakımdan kefaletin hukuki sebebi (illeti) asıl sözleşmenin hukuki sebebinden ayrı ve bağımsızdır⁸⁰⁵.

Kefilin yüklendiği borç, asıl borcun borçlusunun edimini yerine getirmemesi halinde asıl borcun alacaklısının uğrayacağı müspet zararları tazmin etmektir. Bir diğer ifade ile kefilin borcu, para borcudur. Kefil hiçbir zaman borçlunun yerine geçmek suretiyle asıl borcu yüklenmez. Bu bakımdan asıl borçlu borcunu ifa etmediği takdirde

⁸⁰⁰ 818 sayılı BK m. 483 kefaleti şu şekilde tanımlamaktaydı: “*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*”. Bu tanım, sadece sözleşme değil her türlü borca kefil olunabileceği, borcun edasını temin etmek ifadesinin yanlışlığı, sadece mevcut borca değil ileride doğacak borca da kefil olunabileceği yönlerinden haklı olarak eleştirilmiştir. Bu eleştiriler hakkında bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 693; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 21; Yavuz, *Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri*, s. 19; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1397; Özen, s. 57; Serkan Ayan, “TBK m. 583-588 Kefalet Sözleşmesi”, Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C. 6-7-8, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 4175 vd.

⁸⁰¹ Kefilin borcunun tali nitelikte olması özellikle adi kefalette daha belirgindir. Adi kefalette borçluya karşı takipte bulunup bu takip sonuçsuz kalmadan veya rehin var ise rehin paraya çevrilmesi yolu ile takibe gidilmeden kefil hakkında takip yapılamaz. Müteselsil kefalette ise rehin bulunması halinde önce rehin yolu ile takibe gidilmesi gerekli ise de rehin yok ise borçlunun ihtar edilmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması halinde asıl borçluya takip yapılması ve takibin semeresiz kalması şartları aranmadan asıl borçluya karşı takip yapılabilir. Konusu para dışındaki borçlarda ise borcun yerine getirilmediğinin tespiti ile birlikte müteselsil kefile karşı takip yapılabilir. Müteselsil kefilin borcunun da tali nitelikte olduğu hakkında bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1406; Müteselsil kefalette kefaletten doğan borcun tali olma özelliğinin neredeyse ortadan kalktığı görüşü için bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 41; 6098 sayılı TBK m. 586 ile müteselsil kefilin borcunun tali niteliğinin daha belirgin hale getirildiği ve adi kefile yaklaştırıldığı görüşü için bkz. Özlem Acar, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 16.

⁸⁰² Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 759; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 25; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1405; Özen, s. 118.

⁸⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 762; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1403; Özen, s. 72 vd.

⁸⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 765; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1403; Özen, s. 68; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 63.

⁸⁰⁵ Yavuz, *Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri*, s. 20.

kefil aynen ifaya zorlanamaz⁸⁰⁶.

Kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ve asıl borcun alacaklısıdır. Kefalet sözleşmesinin yapılması için asıl borcun borçlusunun muvafakatine ihtiyaç yoktur⁸⁰⁷. Zira, kefalet sözleşmesinin yapılması, borçlunun durumunu kötüleştirmemekte çoğu zaman borçlunun yararına olmaktadır⁸⁰⁸.

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile yalnızca kefil borç altına girer. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde alacaklı da kefile karşı bazı edimlerin ifası borcu altına girmiş olabilir. Böyle bir durumda kefalet tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini kazanır⁸⁰⁹.

Kefalet sözleşmesi kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. Bir başka deyişle, kefil bulunduğu kefaletin karşılığında asıl borcun alacaklısından bir ivaz elde etmez. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde böyle bir ivaz kararlaştırılması mümkün olup, bu durum kefalet sözleşmesinin ivazsız olması prensibine aykırı değildir⁸¹⁰.

Kefalet ile garanti sözleşmesinin her ikisi de teminat sözleşmesi olsa da bu iki sözleşmeye uygulanacak hükümler farklı olduğundan, kefaletle garanti sözleşmesinin ayrımı büyük önem taşır⁸¹¹. Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesini birbirinden ayırma konusunda çeşitli kıstaslar ileri sürülmüştür⁸¹². Buna rağmen ayırım sorunu ve kıstaslarla ilgili halen bir görüş birliği bulunmamaktadır. Her şeyden önce, taahhüdün yer aldığı metnin genel yorum kurallarına göre yorumlanması, ondan sonra bu kıstaslara

⁸⁰⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 697; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 760 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1401; Özen, s. 59, s. 65 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 32.

⁸⁰⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1400; Özen, s. 60; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 67.

⁸⁰⁸ Yavuz, *Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri*, s. 19.

⁸⁰⁹ Uygulamada tam iki tarafa borç yükleyen kefalet sözleşmelerinin daha çok üçüncü kişi yararına şart şeklinde görüldüğü hakkında bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 761.

⁸¹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 761.

⁸¹¹ Ayırım sonucunda ortaya çıkacak farklılıklar için bkz. Barlas, s. 154 vd.

⁸¹² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 820 vd.; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 19 vd.; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 125 vd.; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 68 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 236 vd.; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 509 vd.; Özen, s. 29 vd.; Tekinalp, s. 521 vd.

başvurulması uygun olacaktır.⁸¹³ Genel olarak bu kıstaslar, aslilik-ferilik kıstası, menfaat kıstası⁸¹⁴, aynen ifa yükümlülüğü-tazminat yükümlülüğü kıstası, ivaz kıstası, kişiye yönelik ilgi kıstası⁸¹⁵, kullanılan deyimler ile kefalet karinesi olarak belirtilebilir. Yargıtay da bir kararında⁸¹⁶ bu kıstasları 11.06.1969 tarihli 1969/4-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından da hareketle ana kıstaslar ve yardımcı kıstaslar olarak ikiye ayırmış, ana kıstasları asli-feri yükümlülük kriteri, yükümlülüğün kapsam ve niteliği, menfaat kıstası, kişiye yönelik teminat verme kıstası olarak belirlemiştir. Yardımcı kıstasları ise, sözleşmede kullanılan deyimler, üstlenilen rizikonun niteliği, borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü, para borcunun tekeffülü veya bir fiilin tekeffülü gibi kriterler olarak belirlemiştir.

Bu kıstasların hiçbirisi kesin olarak bir sonuca ulaşmak için tek başına genel bir değerlendirme yapmaya elverişli değildir. Her bir somut sözleşmenin özelliklerine ve bünyesine uygun bir şekilde değerlendirme yapılmalı, sonuca varmadan önce çoğu elli yıl önce teklif edilen bu kıstasların, modern doktrin ve mukayeseli hukuktaki uygulamalarına göre değerleri tekrardan gözden geçirilmelidir⁸¹⁷.

Doktrinde hakim görüş⁸¹⁸, “şüphe halinde kefalet karinesi” nin uygulanacağı, bu kriterlere göre değerlendirme yapıldığında şüphe duyulmakta ise taahhüdün kefalet olarak kabul edileceği yönündedir. Bu karine, borçlu lehine yorum kuralının bir uygulamasıdır⁸¹⁹.

⁸¹³ Barlas, s. 156; Kahraman, s. 134-135.

⁸¹⁴ Genel olarak teminat verenin menfaati var ise garanti, yok ise kefaletle bir delil teşkil edeceği, ancak bu kriterin her zaman sonuç vermeyeceği hakkında bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 81 vd.; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 26 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 697; Barlas, s. 167.

⁸¹⁵ Bu kıstasa göre, teminat verenin asıl borçlunun kişiliğini göz önüne alarak sorumluluğa giriyorsa kefalet, belirli bir neticeyi göz önünde tutuyorsa garantinin varlığının söz konusu olacağı savunulmuştur. Bunun bir kıstas olabileceği yönünde: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 82 vd.; Bunun ayırmada kıstas olamayacağı yönünde: Barlas, s. 168.

⁸¹⁶ YHGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 04.07.2001, (Kazancı, Erişim Tarihi:25.01.2020).

⁸¹⁷ Barlas, s. 182.

⁸¹⁸ Arık, s. 49; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 87 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 820; Tekinalp, s. 524; Barlas, s. 172 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 276 vd.; Acar, s. 58.

⁸¹⁹ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 72; Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, s. 60; Bu karinenin özellikle taahhüdün banka sözleşmeleri ve uluslararası ticaret alanında olması halinde tersine çevrileceği ve karinenin bağımsız garanti lehine olacağı yönünde bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 283.

2. Sözleşmenin Şekli ve Eşin Rızası

Kefalet sözleşmesi, 1941 yılında yapılan değişikliklerden bu yana sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur⁸²⁰. 818 sayılı BK m. 484' e göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın bu sözleşme içerisinde gösterilmiş olmasına bağlanmıştır. TBK m. 583 ise kefalet sözleşmesinin şekli konusunda köklü bir değişiklik getirmiş, gerek önceki BK'daki düzenlemelerden gerekse 1941 yılında yapılan revizyonlarda da mehzaz İsviçre Borçlar Kanunundaki⁸²¹ düzenlemelerden de ayrılmıştır⁸²².

TBK m. 583 f. 1'e göre kefalet sözleşmesi; yazılı şekilde yapılmalı, kefilin kendi el yazısı ile; (i) sorumlu olacağı azami miktarı, (ii) kefalet tarihini, (iii) müteselsil kefil ise bu hususu belirtmiş olması gerekmektedir. Görüldüğü gibi kanun kefalet sözleşmesi için sıkı geçerlilik şekli aramış, bu sözleşme ile yükümlülük altına girmeden önce kefil dikkatli davranmaya ve düşünmeye sevk etmek istemiştir. Kanunun aradığı şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Hakim taraflardan biri ileri sürmese de şekil eksikliğini re'sen dikkate almalıdır⁸²³. TBK m. 583 f. 2'ye göre; kefil olma konusunda verilen özel yetkiler ile kefil olma vaadi (sözleşme vaadi) yapılması da aynı şekil şartlarına tabidir. TBK m. 583 f. 3'e göre; kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmazlar.

Sıkı şekil şartları yanında TBK m. 584 ile evli kişiler için kefalet sözleşmesinin

⁸²⁰ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 143; Kefalet kararı olarak bilinen bir kararda Alman Anayasa Mahkemesi, 21 yaşındaki bir kimsenin babası için 100.000 DM üst limitle Banka lehine matbu bir kefalet sözleşmesi imzalamasına ilişkin olayda, tarafların birinin sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyecek derecede kuvvetli olması durumunda diğer tarafın irade özerkliğinden bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. BVerfG 89, 214, 232, (Aktaran: Çakırca, s. 45).

⁸²¹ İsviçre Borçlar Kanunu'nda kefaletin şekli bakımından adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere üç farklı yazılı şekil bulunduğu hakkında bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 150; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 743.

⁸²² Özen, s. 220.

⁸²³ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1421. Şekil eksikliği bilinmeden kefilin yaptığı ödemeler sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenebilmelidir. Böyle bir durumda şekle aykırı yapılan sözleşmenin kefiline karşı hakkın kötüye kullanılması savunulması yapılamaz. Bununla birlikte kefil, bu şekle aykırılığı bilerek ödeme yapıyor ise artık verdiğini geri alamaz, bir bağışlama sözleşmesinin varlığından bahsedilmelidir. Bkz. Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 94; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 741.

imzalanması bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, mahkemece bir ayrılık kararı verilmedikçe veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça⁸²⁴ eşlerden biri ancak diğer eşin yazılı rızası ile kefil olabilir⁸²⁵. Bu rızanın yazılı olarak verilmiş olması, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması geçerlilik şartıdır. TBK m. 584 f. 3'e göre, kefalet, bir ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortağı veya yöneticisi tarafından işletme veya şirket ile ilgili olarak veriliyor ise diğer eşin rızası aranmaz. TBK m. 584 f. 3'e göre, aynı şekilde sicile kayıtlı esnaf ve sanatkarlar tarafından verilen kefaletler, 27.12.2006 tarihli 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek krediler ile tarım kredi, tarım satış, esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmayacaktır.

Eşin rızasına tabi olarak yapılan bir kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler, kefilin sorumlu olacağı miktarı artırmamakta veya adi kefaleti müteselsil kefalete dönüştürmemekte veya kefil yararına olan güvenceleri önemli ölçüde azaltmamakta ise eşin rızası gerekmez (TBK m. 584, f. 2)⁸²⁶.

Kefalet sözleşmesinin sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olmasına karşın, TBK öncesi dönemde garanti sözleşmesi hiçbir şekil şartına bağlı değildi⁸²⁷. Buna göre, 818 sayılı BK döneminde garanti sözleşmesi her halde serbestçe yapılabilmekteydi. Bununla

⁸²⁴ Mülga MK m. 162 f. 2 mahkemenin ayrılık kararı vermesi dışında da boşanma davasının açılması ile ayrı yaşama hakkının doğacağını belirtmişken TMK'da açık düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay vermiş olduğu muhtelif kararlarında boşanma davası açılmasının eşe ayrı yaşama hakkı vermiş olduğunu kabul etmektedir. Boşanma davası açılmakla ayrı yaşama hakkının elde edilmiş olduğunu kabul eden ancak bunun sadakat yükümünü kaldırmayacağını ifade eden Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK, E. 2011/2-403, K. 2011/509, T. 13.07.2011, (Kazancı, Erişim Tarihi: 29.10.2019). Buna göre, boşanma davası devam etmekte olan eşler bakımından ayrı yaşama hakkının doğması nedeni ile eşlerin kefil olması bakımından diğer eşin rızasının aranmayacağı söylenebilir. Bkz. Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 90; Özen, s. 191; Ayan, s. 4210.

⁸²⁵ Eşin rızasını gerekli kılan bu sınırlamanın kefaletle özgü bir ehliyet sınırlaması olduğu yönünde bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1413, Özen, s. 189; Ayan, s. 4202-4203.

⁸²⁶ Acar, s. 125; Ayan, s. 4218-4219.

⁸²⁷ Asıl sözleşme bir şekle tabi tutulmuş olsa bile, bu sözleşme içinde yer alan garanti sözleşmesinin şekle tabi tutulmayacağı hakkında bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 818; Arık, s. 63; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 155.

birlikte TBK m. 603 ile önceki BK’da yer almayan⁸²⁸ çok önemli bir hüküm getirilmiştir. TBK m. 603 hükmüne göre, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.

Kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler, borçludan başka üçüncü şahıslar tarafından verilen kişisel teminat sözleşmeleridir. Bunların başlıcaları, kefalet, garanti, birlikte borç üstlenme (borca katılma), sigorta sözleşmesi, teminat olma niteliği tartışmalı olmakla birlikte kredi emri ve belgeli akreditiftir⁸²⁹. Buna karşılık kişisel teminat niteliği taşıyan aval’in TBK m. 603’ün kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır⁸³⁰. Yargıtay avalin TBK m. 603’ün kapsamına girmedeği görüşündedir. Yargıtay İBGK, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin (TBK m. 584-603) avalde uygulanıp uygulanmayacağı yönünden çelişkili daire kararları bulunması nedeniyle içtihadı birleştirme kararı vermiştir⁸³¹. Bu karara göre, aval için eş rızası arandığı takdirde sonraki cirantaların avalin geçerli olup olmadığını ve hatta aval verenin evli olup olmadığını dahi bilmeleri mümkün değildir. Kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti ile bu hususlar örtüşmemekte olup, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümler avalde uygulanamaz.

Görüldüğü gibi, TBK m. 603 kapsamında gerçek kişilerin garanti veren olarak imzaladığı teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 ve eşin rızasının alınmasına ilişkin TBK m. 584 hükümlerine uyulması aranacaktır⁸³². TBK m. 603 hükmü yalnızca gerçek kişilerin verdiği⁸³³

⁸²⁸ Bu düzenlemenin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda da yer almadığı hakkında bkz. Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 321.

⁸²⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1396.

⁸³⁰ Aval’in TBK m. 603 kapsamına gireceği ve bu kapsamda kefalete ilişkin şekil şartları ve eşin rızasının aranacağı görüşünde Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 369; Özen, s. 53; Avalin şeklinin TTK m. 701’de özel olarak düzenlendiği, aval verenin “aval içindir” veya benzer bir ifade ile senedi imzalamasının yeterli olduğu, veya senedin ön yüzüne atılan her imzanın TTK m. 701 f. 3’e göre aval sayılması nedenleri ile aval ayrıca kanunda düzenlenmiş olduğundan TBK m. 603’ün kapsamına girmedeği görüşünde Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 323.

⁸³¹ Yarg. İBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, T. 20.04.2018, (Kazancı, Erişim Tarihi: 03.11.2019).

⁸³² Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 320 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 369 ve 509; Özen, s. 48.

⁸³³ TBK m. 603’ün “gerçek kişiler” ifadesinin “tüzelkişiler tarafından verilmeyen her türlü kişisel teminat” olarak anlaşılması gerektiği ve bu bakımdan adi ortaklıkta ortakların verdiği kişisel teminatların da TBK m. 603 gereği kefalet

garantilerde kefaletin şekil şartlarına uyulmasını ve eşin rızasını aradığından örneğin bankaların verdiği garanti niteliğinde teminat mektuplarında bu şartlar aranmayacaktır. Buna karşılık, banka kredi sözleşmeleri için gerçek kişilerin vermiş olduğu garantilerde TBK m. 603 hükümlerinin uygulanması gerekir⁸³⁴.

Buna karşılık, yöneltmeyi amaçlayan saf (bağımsız) garanti sözleşmelerinde TBK m. 603 uygulanamaz⁸³⁵. Zira, saf garanti sözleşmeleri, kişisel güvence verilmesi amacı değil, yöneltme ve teşvik etme amacı taşır.

Yapım sözleşmelerinde genel olarak garanti niteliğinde olan taahhütler, gerçek kişiler tarafından verilmemekte, kamu tüzel kişileri tarafından verilmektedir. Bu hallerde TBK m. 603 hükmü uygulanamaz. Öte yandan, yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin amacı, kişisel güvence vermek değil, yatırımcıyı sevk ve teşvik etmek olduğundan bu yönü ile de yapım sözleşmelerinde yer alan garanti niteliğindeki taahhütlerde TBK m. 603 şartlarının aranmaması gerekir.

TBK m. 603'e tabi gerçek kişilerin verdiği kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerde TBK m. 603'ün ne şekilde uygulanacağı da tartışmalıdır.

Gümüş'e göre⁸³⁶; buradaki uygulama bir kıyasen uygulamadır. Bu bakımdan borca, sözleşmeye katılma veya borçlu tarafta yer alma iradesinin asgari olarak yazılı olması dışında ayrıca metne el yazısı ile bunun yansıtılması zorunlu değildir. Aynı sonuç garanti sözleşmesi bakımından da geçerlidir.

Buna karşılık Özen'e göre⁸³⁷, örneğin garanti sözleşmelerinde el yazısı ile garanti tarihinin belirtilmesi, yine el yazısı ile garanti edilen azami sorumluluk miktarının

sözleşmesinin şekline, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 370.

⁸³⁴ TBK m. 603 hükmü öncesinde kredi kartları ile ilgili kefalet ve garanti ayrımı ile ilgili çok sayıda uyuşmazlık yaşanmış, doktrinde yargı kararlarında taahhüt vereni garantinin ağır sonuçlarından korumak için ayrım ile ilgili sorunlarda kefaleti kabul etme eğilimi bulunduğu, bunun hukuk güvenliğini sarstığı haklı olarak belirtilmiş, sorunun yeni yasal düzenlemelerle çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Barlas, s. 191.

⁸³⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1396; Kahraman, s. 169; Acar, s. 41.

⁸³⁶ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 371.

⁸³⁷ Özen, s. 49.

gösterilmesi gerekmektedir. Müteselsil kefil ifadesinin el yazısı ile yazılmasının nasıl karşılık bulması gerektiği bakımından ise, garanti sözleşmesinde müteselsil kefil-adi kefil gibi bir ayrım bulunmayıp garanti sözleşmesi zaten asli bir sorumluluk içerdiğinden bu tartışmaya gerek olmadığı, müteselsil ifadesinin el ile yazılmasının garanti sözleşmesi bakımından bir karşılığı olmadığı düşünülebilir. Ancak bu doğru değildir. Müteselsil kefil adi kefilin yapabileceği savunmaları yapamasa bile fer'i bir sorumluluk altındadır. Buna karşılık garanti verenin sorumluluğu fer'i değil, bağımsız bir sorumluluktur. Adi kefile göre daha ağır bir sorumluluğu üstlenmek için müteselsil kefilin bu iradesini el yazısıyla ortaya koymak zorunda olmasına karşılık müteselsil kefilden daha ağır bir sorumluluk üstlenecek garanti verenin bu iradesini evleviyetle el yazısı ile ortaya koyması gerektiğini kabul etmek gerekir.

Diğer taraftan TBK m. 603 de belirtildiği üzere bu hüküm kişisel teminatlarda uygulama alanı bulacaktır. Aynı teminatlar hükmün kapsamı dışındadır.

3. Asli- Tali Olma

Garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli unsurlardan biri garanti sözleşmesinin asli bir borç ilişkisi doğurmasına karşılık kefalet sözleşmesinin tali bir borç ilişkisi doğurmasıdır. Bunun anlamı; garanti sözleşmesinde asıl borçluya gidilmeksizin doğrudan doğruya garanti verene karşı takip yapılması mümkünken, adi kefalet de TBK m. 585 kapsamında öncelikle asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kaldıktan sonra kefile başvurulabilmesidir. Adi kefalette doğrudan doğruya kefile başvurma imkanı yoktur⁸³⁸. Aksi halde kefil, “tartışma def'i” adı verilen, önce asıl borçluya müracaat edilmesi def'ini ileri sürebilir⁸³⁹. Müteselsil kefalette ise TBK m. 586 hükmüne göre, kefile başvurulabilmesi için, kural olarak önce asıl borçlunun ihtar edilmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gereklidir. Ayrıca teslim

⁸³⁸ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 124; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 818; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 98; Özen, s. 297 vd.; Yavuz, *Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri*, s. 23.

⁸³⁹ Tartışma def'inin ortadan kalktığı haller için bkz. Özen, s. 303.

bağlı taşınır rehni veya alacak rehni bulunması halinde önce rehne müracaat edilmelidir.

Her ne kadar garantiye dair yükümlülüklerin de tali olduğu ve öncelikle asıl borçlunun kendisine gidilmesini savunan bir görüş var ise de bugün hakim görüş garanti sözleşmesinin asli bir borç ilişkisi doğurduğu, asıl borçluya gidilmesine gerek bulunmadan garanti verene gidileceği yönündedir⁸⁴⁰. Türk hukukunda da baskın görüş garanti sözleşmesinin asli nitelikte olduğu ve garanti verene başvurmak için asıl borçluya gidilmesine gerek olmadığı yönündedir⁸⁴¹. Bununla birlikte tali (ikincil) olmanın farklı şekillerde yorumlandığı görülmektedir. Tali olmayı, tartışma def'inden yararlanılmakta ise tali, yararlanılamamakta ise asli olarak kabul ettiğimizde garanti sözleşmesinin tali olmadığına açık olduğu; buna karşılık tali olmayı asıl borçlunun ifada bulunmaması şeklinde kabul edersek garanti sözleşmesinin de tali bir borç doğurduğu ifade edilmiştir⁸⁴². Yine doktrinde bir görüş⁸⁴³, garanti verene ancak asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde başvurulabileceğini, risk gerçekleşmeden önce garanti verene başvurulamayacağını, garanti verene doğrudan müteselsil borçlu gibi başvurma sözleşmenin amacı ile bağdaşmayacağını ifade etmiş, bu yorumun da borcun asli olmadığı anlamına gelmeyeceğini sadece bunun muacceliyet ile ilgili bir mesele olduğu savunulmuştur.

Kanaatimizce, tali olmayı, geniş anlamı ile, muaccel olan bir asıl borcun ödenmesinde gecikme olgusu gerçekleşmeden sorumlu olmama, dar anlamı ile ise, tartışma definin kullanılması ile önce asıl borçlunun takip edilmesini isteme hakkının bulunması olarak anlamak gerekir⁸⁴⁴. Adi kefalette dar anlamı ile tali olma müteselsil kefalete göre çok daha belirgindir. Türk hukukunda garanti sözleşmesinin dar anlamı ile tali olmadığı ve tartışma def'inin kullanılamayacağı açıktır.

Öte yandan, garanti verene müteselsil borçlu gibi doğrudan doğruya

⁸⁴⁰ Bu görüşler için bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 155 vd.; Kahraman, 130.

⁸⁴¹ Arık, s. 56; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 155; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 124; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 818.

⁸⁴² Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 100.

⁸⁴³ Kahraman, s. 130.

⁸⁴⁴ Özen, s. 118.

başvurmanın sözleşmenin amacına aykırı olduğu görüşüne de katılmıyoruz. Burada, garanti verene doğrudan başvurmak anlamında tali olmak veya olmamakla ilgili değil, garanti sözleşmesi bakımından borcun doğumu ile ilgili bir mesele vardır. Garanti sözleşmesi bakımından elbette garanti verene ancak riskin gerçekleşmesi halinde başvurulacaktır. Risk gerçekleşmemiş ise zaten garanti verene başvurulamaz. Ama risk gerçekleşirse, zaten artık bağımsız bir borç doğduğundan borçluya başvurulup başvurulmamasının garanti verene başvurulması için bir önemi kalmaz. Bir örnek vermek gerekirse, A, B'ye C'nin üç ay içerisinde söz konusu eseri bitirip kendisine teslim edeceğini, bitiremediği takdirde bundan doğacak aralarında anlaştıkları miktarda bir tutarı ödemeyi taahhüt etmiştir. Söz konusu üç ay geçtiği anda hala C tarafından eser bitirilip A'ya teslim edilmedi ise risk de söz konusu zamanın geçmesi ile kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Riskin gerçekleşmesi ile garanti borcu doğar ve muaccel olur. Bu üç aylık süre geçmeden B, A'ya garanti kapsamında müracaat edemez, zira henüz risk gerçekleşmemiş, ödeme borcu da doğmamıştır. Yani bu halde, önce asıl borçluya müracaat etmeksizin garanti verene müracaat edilmesinden kaynaklanan bir durumdan değil, garanti konusu ödeme borcunun riskin henüz gerçekleşmemesi nedeni ile doğmamasından ve muaccel olmamasından kaynaklı bir sorun vardır.

Adi kefalet sözleşmesi bakımından ise kefile, asıl borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde başvurulur. Ancak, kefalet benzeri garantide borç muaccel olduktan, saf garanti taahhütlerinde risk gerçekleştikten sonra artık asıl borçluya bir zaman tanıma yükümlülüğü yoktur. Garanti sözleşmesi bakımından risk gerçekleştiğine göre, doğrudan doğruya garanti verene gidilebilecektir. Nitekim Yargıtay da adi kefalet bakımından kefile gidebilmek için asıl borçluya karşı takip yapıp bunun sonuçsuz kalması gerekirken, garanti sözleşmesi bakımından riskin gerçekleşmesinin önemli olduğunu ve risk gerçekleştiğinde derhal garanti verene gidilebileceğini ifade etmiştir⁸⁴⁵.

Yapım sözleşmelerinde yer alan garanti niteliğindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri, tali değil asli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu garantinin niteliği saf garanti

⁸⁴⁵ Yarg. HGK., T. 04.07.2001, E. 2001/19-534, 2001/583, (Kazancı, 10.11.2019).

olduğundan, kefalet benzeri garanti sözleşmesi gibi temel bir borç ilişkisi ile ilgisi bulunmamaktadır. Yapım sözleşmelerinde taahhüdü veren idare bakımından tartışma def'i bulunmadığı gibi yatırımcı bakımından da idareden önce müracaat edilmesi gereken asıl borçlu yoktur. Riskin gerçekleşmesi ile birlikte yapım sözleşmesindeki iş sahibi bakımından yükleniciye karşı asli bir borç doğmaktadır.

4. Bağımsız - Fer'i olma

Fer'ilik bir hakkın başka bir hakka bağlı olması anlamına gelir⁸⁴⁶. Kefalet sözleşmesinin en belirgin özelliği fer'i olmasıdır. Kefalet, mutlaka bir asıl borca bağlı olarak kurulur ve buna bağlı olarak varlığını sürdürür. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği, kefilin sorumluluğunun asıl borç ilişkisinin kaderine tabi olduğunu, kefaletin bu borç geçerli olduğu sürece devam edebileceğini, asıl borcun her ne sebeple olursa olsun sona ermesi halinde, kefilin de borcundan kurtulacağını ifade eder⁸⁴⁷. Bir başka ifadeyle, kefaletin fer'i olması, kefilin ancak asıl borcun hukuken mevcut, geçerli ve dava edilebilir olduğu nispette sorumlu olması anlamına gelir⁸⁴⁸. Fer'iliğin borcun ifa zamanına ilişkin sonuçlarından biri de asıl borç muaccel olmadıkça kefilin de takip ve dava edilememesidir⁸⁴⁹. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği hem adi kefalet hem de müteselsil kefalet için söz konusu iken, kefalet sözleşmesinin taliliği adi kefalet de daha belirgin olan bir özelliktir⁸⁵⁰.

Kefalet sözleşmesinin fer'iliği kefalet bakımından vazgeçilemez bir karakteristik özelliktir. Taraflar, karşılıklı anlaşarak dahi kısmen veya tamamen kefaletin fer'i olma özelliğini ortadan kaldıramazlar⁸⁵¹. Fer'ilik niteliği taşımayan bir sözleşme, kefalet ismi taşısa dahi başka bir sözleşme, çoğu zaman bir garanti sözleşmesi niteliği

⁸⁴⁶ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 112; Kahyaoğlu, s. 40-41; Tekinalp, s. 521 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1480; Özen, s. 88 vd.; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 22 vd.

⁸⁴⁷ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 22.

⁸⁴⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 820; Barlas, s. 161; Yavuz, *Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri*, s. 22.

⁸⁴⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1449.

⁸⁵⁰ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 25, s. 124; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 99; Özen, s. 25.

⁸⁵¹ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 22; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 114.

taşıyabilecektir. Bir başka deyişle bir teminat sözleşmesindeki taahhüt, fer'i nitelikte olduğunda kefalet sözleşmesi, asli ve bağımsız nitelikte olduğunda ise garanti sözleşmesinden söz edilecektir⁸⁵².

Kefalet sözleşmesinin fer'i olmasının⁸⁵³ bir kısım sonuçları da vardır. Buna göre, kefil asıl borçludan daha fazla ve daha ağır bir sorumluluk ve yükümlülük yüklenemez⁸⁵⁴. Alacak asıl borçlu bakımından muaccel olmadan kefil bakımından muaccel olamaz. Asıl alacak, bir şarta bağlı iken kefil şarta bağlı olmaksızın kefalet veremez. Asıl borçlu, sadece ağır kusurundan sorumlu iken, kefil her türlü kusurundan sorumlu olamaz. Kefil, aciz hali dışındaki asıl borçluya ait tüm def'ileri ileri sürebilir⁸⁵⁵. Kefalet, asıl alacağın bir fer'i olduğundan asıl alacağın kaderini takip eder. Bu bakımdan asıl alaktan bağımsız bir şekilde kefalet alacağı temlik edilemez. Asıl alacak bir başkasına temlik edilirse kefalet de temlik edilmiş sayılır. Kefil, asıl alacağın bir şekilde sona erdiğini ispat ederek kendi sorumluluğunun ortadan kalkmasını sağlayabilir⁸⁵⁶.

Kefilin fer'i bir borç altına girmesine karşılık, garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu asıl borçtan ve asıl borçlunun sorumluluğundan tamamen bağımsızdır. Bağımsızlık karakteri, garanti sözleşmelerinin tüm çeşitleri için geçerlidir⁸⁵⁷. Asıl borç geçersiz olsa veya herhangi bir nedenle sona erse dahi garanti verenin sorumluluğu devam eder⁸⁵⁸. Garanti alan, garanti verene başvururken asıl

⁸⁵² Barlas, s. 160.

⁸⁵³ Kefaletin fer'i olması ve asıl borçludan daha fazla sorumlu olamayacağı prensibinin yasal istisnaları için bkz. Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 24; Özen, s. 104 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 120.

⁸⁵⁴ Yargıtay asıl borçlu ile yapılan borcun yapılandırılması anlaşmalarında faiz, muacceliyet vb. kolaylıklardan kefilin de yararlandırılması gerektiğine hükmetmektedir. Bir Yargıtay kararında "asıl borçlu ile davacı banka arasında yapılmış olan Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi hükümleri gözetilerek bu sözleşme gereğince asıl borçlu tarafından ödemelerin yapılması gereken tarihe kadar Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesinin bekletici mesele yapılması bu sözleşmede gösterilen şekilde borcun ödenmesinin veya ödenmemesinin davalı kefil de etkileyeceği gözetilip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yarg. 19. HD, E. 2010/5837, K. 2010/8926, T. 14.07.2010 (Kazancı, Erişim Tarihi:12.11.2019). Başka bir Yargıtay kararında "Kefaletin fer'i niteliği itibarıyla kefilin borcunun, asıl borca bağımlı olduğu ve böylece asıl borçluya muacceliyet tarihi ve faiz indirimi bakımından sağlanan hakların kefil yönünden de geçerli olduğu gözetilmeden mahkemece yanlılgı gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir." Şeklinde karar verilmiştir. Yarg. 19. HD, E. 2007/5216, K. 2008/483, T. 28.01.2008. (Kazancı, Erişim Tarihi:12.11.2019).

⁸⁵⁵ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 23.

⁸⁵⁶ Özen, s. 89.

⁸⁵⁷ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 114.

⁸⁵⁸ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 124; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız*

borçlunun borcunu ifa etmediğini veya gereği gibi ifa etmediğini dahi kanıtlamak zorunda değildir. Asıl alacağın temlik edilmesi ile kefalet kendiliğinden temlik alana geçerken garanti sözleşmesi bakımından temel sözleşmedeki alacakların temlik edilmesi kendiliğinden garanti alacağının temliki sonucunu doğurmaz⁸⁵⁹.

Bununla birlikte, garanti sözleşmesinin bağımsızlık karakterinin bazı hallerde zayıfladığı görülür. Hemen hemen tüm garanti sözleşmelerinde bir başka (asıl) sözleşmeye atıf vardır. Böyle hallerde garanti sözleşmesi ile asıl sözleşmeler arasında bir bağ kurulmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de “bağımsız garanti sözleşmesi dahi alt sözleşmeden tamamen ayrılmış değildir” şeklinde benzer doğrultuda bir hüküm kurmuştur⁸⁶⁰. Doktrinde ise saf garanti sözleşmesinin asıl sözleşmeye bağımlılığının iki şekilde ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Asıl sözleşme kanuna veya ahlaka aykırı ise veya garanti verene başvurulması hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyor ise garanti sözleşmesinin geçerli olmadığı savunulmuş, garanti alanın garanti edilen olay gerçekleşmeden garanti verene başvurmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği belirtilmiştir⁸⁶¹. Bununla birlikte, Develioğlu’nun da haklı olarak belirttiği üzere bu örnekler bakımından hakkın kötüye kullanılması ve bağımlılıktan değil, risk gerçekleşmediğinden garanti kapsamında ödeme talebinin şartlarının oluşmadığından bahsetmek daha doğru olacaktır⁸⁶².

Bir sözleşmenin ne zaman bağımsız sayılacağı ne zaman fer’i karakterde olduğu ile ilgili de bir kısım kriterler öne sürülmüştür⁸⁶³. Her bir kriter bakımından tartışmalar olsa da kanaatimizce bu kriterlerin hiçbirisi taahhüdün asli veya fer’i olduğunu kesin olarak göstermez. Bunun için her bir sözleşmenin diğer unsurlarla birlikte bütününe bakmak

Garanti Sözleşmeleri, s. 107.

⁸⁵⁹ Doktrinde çoğunluğun görüşü bu yöndedir. Bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 129, s. 463 vd.

⁸⁶⁰ Bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 121.

⁸⁶¹ Görüşler için bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 122.

⁸⁶² Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 123.

⁸⁶³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 820 vd.; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 19 vd.; Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 125.; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 68 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 236 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 509; Özen, s. 29; Tekinalp, s. 521.

gerekir⁸⁶⁴.

Teminata ilişkin sözleşmede bir başka sözleşmeye atıfta bulunulması feriliğe karine olarak yorumlanabilir⁸⁶⁵. Zira böyle bir halde atıf yapılan temel sözleşmedeki edimlerin teminat altına alınmak istenmesi söz konusu olabilir. Ancak, bir başka sözleşmeye atıf içeren her taahhüt fer'i olarak kabul edilemez. Zira garanti sözleşmelerinde de pekâlâ başka bir sözleşmeye atıf yapılabilir⁸⁶⁶. Böyle bir halde diğer kıstaslara da bakılmalı, taahhüdün temel edim ile olan bağına bakılmalıdır.

Sözleşmenin metninde kullanılan “garanti veya kefalet ifadesinin kullanılması” belirleyici olabilir⁸⁶⁷. Teminatın konusu olan edim, bir borcun parçası şeklinde “borçlanılan edim” olarak taahhüt edildi ise ferilikten, bir borcun parçası olarak değil de borçtan ayrılmış bir sonuç olarak taahhütte bulunuldu ise aslilikten söz edilir⁸⁶⁸.

Temel sözleşmede borçlu olanın taahhüt etmesinin mümkün olmadığı bir edimle ilgili bir taahhüt verildi ise burada da bağımsız karakterde bir taahhüt vardır⁸⁶⁹. Örneğin⁸⁷⁰, bir bankanın bir anonim şirket hisselerini alması için onu sevk ve teşvik etmek amacı ile B'ye verdiği üç yıl süre ile bu hisselerin %20 oranında kar edeceğine dair taahhüt, B'nin temel ilişkide olduğu anonim şirket tarafından verilemez. Zira bir anonim şirket kendi pay sahiplerine kar garantisi veremez. Burada bağımsız nitelikte bir taahhüt, bir saf garanti taahhüdü bulunur.

Temel ilişkiden doğacak def'i ve itirazlardan feragati içeren beyanlar da taahhüdün bağımsız nitelikte olduğunun belirtisidir. Bununla birlikte bir görüş⁸⁷¹, böyle bir feragatin taahhüdün asli nitelik taşımasına güçlü bir delil olduğunu savunurken, bir

⁸⁶⁴ Kahraman, s. 135; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 67.

⁸⁶⁵ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 823; Tekinalp, s. 522; Barlas, s. 162.

⁸⁶⁶ Barlas, s. 162.

⁸⁶⁷ Tekinalp, s. 522.

⁸⁶⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 823.

⁸⁶⁹ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 272.

⁸⁷⁰ Örnek ve açıklamalar için bkz. Tekinalp, s. 522.

⁸⁷¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 824; Tekinalp, s. 523; Barlas, *Kredi Kartı*, s. 164; Kleiner, s. 49, (Aktaran: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 257); Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu hakkında: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 258.

başka görüş⁸⁷² bu feragatin kesin bir kıstas olmaktan öte olduğunu ifade etmektedir.

Hatta, birinci görüşte olan bazı yazarlar⁸⁷³ sözleşme yapıldıktan sonra def'ilerden feragat edilmesi halinde, sözleşmenin niteliğinin de kefaletten garantiye dönüşeceğini savunmuştur.

İkinci görüş taraftarları, def'ilerden feragat halinde, İsviçre Medeni Kanunu (OR Art. 492/ Abs. 4) karşısında feragatin geçersiz sayılacağı bir kefalet sözleşmesinin de bulunabileceğini, geçerli bir garanti sözleşmesi de bulunabileceğini ifade etmiştir. Bu görüşe karşı Barlas, sistemimizde kefilin def'i ve itirazlarından peşinen feragatini geçersiz sayan bir hüküm olmadığından bu argümanın Türk hukuku bakımından nazara alınamayacağını ifade etmiştir⁸⁷⁴.

Ancak, önceki BK'da durum bu olmakla birlikte TBK ile birlikte bu durum değişmiştir. 6098 sayılı TBK m. 582 f. 3 hükmüne göre "*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*" Görüldüğü gibi, 6098 sayılı TBK, önceki BK'da yer alan emredici nitelikte olmayan kefalete ilişkin hükümleri, 1941 yılında İsviçre Hukukunda gerçekleşen kefalete ilişkin revizyonlarında etkisi ile artık nisbi emredici hale getirmiştir⁸⁷⁵.

Bağımsızlık, fer'ilik konusunda uygulamada özellikle kredi kartları ile ilgili uyumsuzlıklarda da yukarıda yer alan kıstasların kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararından söz etmek gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına⁸⁷⁶ konu olayda; bir kredi kartı sözleşmesine teminat veren kişinin imzaladığı "Garanti Şerhi" başlıklı metin aynen şu şekildedir: "*Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre, Bankomat 724 kart hamili ve ortak kart hamillerinin yükümlülüklerini, doğmuş ve doğacak tüm borçlarını garanti ettiğinden,*

⁸⁷² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 109-10; Spaini, s. 77; Büsser, s. 199 vd. (Aktaran: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 258, dn. 990).

⁸⁷³ Kleiner, s. 73-74; Beck, Art. 492 (Aktaran: Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 783).

⁸⁷⁴ Barlas, s. 164.

⁸⁷⁵ Özen, s. 415.

⁸⁷⁶ Yarg. HGK., T. 04.07.2001, E. 2001/19-534, 2001/583, (Kazancı, 23.05.2020).

bu kredi sözleşmesinde belirtilen limitlerin, bankaca tek taraflı olarak veya hamilinin talebi üzerine tespiti ve artırılması veya kart türünün değiştirilmesi ve kartın yenilenmesi, Bankomat 724 kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dahil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağları herhangi bir limite bağlı olmaksızın, protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticelerini dikkate almaksızın, bankanızın ilk yazılı talebi ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait bankanın uyguladığı akdi kredi faizinin %50 artırılması suretiyle hesaplanacak faizi, komisyon; banka ve sigorta muameleleri vergisi, kaynak kullanım destekleme fonu ve diğer her türlü masrafları birlikte ödemeyi gayrikabili rücu olarak kabul ederim."

Bu metin yerel mahkeme tarafından kefalet olarak değerlendirilmiş, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından ise karar düzeltme aşamasında bozularak garanti olarak değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık, yerel mahkemenin direnme kararı üzerine HGK önüne gelmiştir. HGK, taahhüdü kefalet olarak nitelendirmiş, yerel mahkemeyi haklı bularak direnme kararını yerinde bulmuştur. HGK'nın kararı, taahhüt metnindeki garanti ibaresine itibar edilemeyeceği, kredi sözleşmesine atıf yapılmasının taahhüdün feriliğine işaret etmesi, asıl borçlunun sorumluluğunun üstlenildiğinin anlaşılması, teminat verenin menfaatinin bulunmaması, taahhüt verenin kart hamilinin kişiliğini nazara alarak dostane amaçlarla taahhüt vermesi ve teminat verenin gerçek kişi olması gibi gerekçelere dayanmaktadır.

Bununla birlikte bu kararın gerekçeleri doktrinde eleştirilmiş⁸⁷⁷, genel kriterlerde kredi ilişkisine göre seçici davranılmaması, yardımcı kıstasların birçoğunun bugün değerini yitirmesi, ana kıstasların başarı ile uygulanmaması, bir başka borç ilişkisi ile ilginin saf garanti sözleşmelerinde bulunmasa da kefalet benzeri garantilerde bulunabileceği, önemli olanın bu temel ilişkiye taahhüdün varlığı geçerliliği ve devamının bağlanmamış olması, gerçek kişilerin garanti taahhüdünde bulunamayacakları

⁸⁷⁷ Barlas, s. 186.

gibi bir anlam taşıyacak ifadelerin yanlış olması gibi nedenlerle gerekçelerin yanlış olduğu ve kıstasların yanlış uygulandığı, bu hatalı zorlamaların hukuk güvenliğini sarstığı ifade edilmiştir. Barlas’a göre, karara konu taahhütte asli nitelikte sayılacak unsurlar yer alsa da metindeki bir ifade taahhüdü adeta temel borç ilişkisine endekslemektedir. Bu ifade de teminat veren “...kart hamillerinin yükümlülüklerini, doğmuş ve doğacak tüm borçlarını...” garanti ettiğini “...kredi sözleşmesinde belirtilen limitlerin...artırılması, kart türünün değiştirilmesi ve kartın yenilenmesi...” hallerinde de sorumlu olacağını belirtmiştir. Bu ifadeler ve asıl borçlunun sorumlu olduğu tüm unsurlarını tekrar içeren metin asıl borçla birebir örtüşür hale gelmektedir. Böylece aslilik unsurunu kesin olmaktan çıkarak tereddütlü bir duruma sokmaktadır. Böyle bir halde ise “kefalet karinesi” ne başvurularak taahhüdün kefalet olarak nitelendirilmesi sonucu doğacaktır⁸⁷⁸.

Barlas’ın bu eleştirileri haklıdır. Gerçekten de uygulamada zaman zaman Yargıtay’ın genelde güçsüz tarafı koruyucu bir tutumla konuya ilişkin kriterleri zorlamakta olduğu görülmektedir. Ancak, tarafların sözleşmede ortaya koydukları iradeye değer vermek hukuk güvenliğinin bir gereğidir. Bugün yukarıda yer alan karara konu tartışmalar büyük ölçüde değerini yitirmiştir. Zira, gerçek kişilerin vermiş olduğu kişisel güvence verilmesine dair tüm sözleşmeler TBK m. 603 gereği kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere tabi olacaktır.

Kanaatimizce, bir taahhüt içerisinde def’i ve itirazlardan feragat edilmesi, tek başına o sözleşmenin tamamının fer’i olmadığı anlamına gelmez. Def’i ve itirazdan feragat, taahhüdün niteliğini tespit etmek için bir kıstas olarak kullanılacağına göre her şeyden önce taahhüdün niteliğinin tespiti ile ilgili açık olmayan şüpheli, tereddütlü bir durum var demektir. Böyle bir durumda, sadece def’i ve itirazlardan feragat, bu tereddütü ortadan kaldırmak sureti ile taahhüdü kesin olarak bağımsız hale getirmemeli, diğer kıstaslar ve taahhüt metninin tamamına bakılmalıdır⁸⁷⁹. Bununla birlikte, böyle bir feragat elbette bağımsız garantinin varlığına bir karine olarak kabul edilmeli, diğer unsurlar ile

⁸⁷⁸ Barlas, s. 193.

⁸⁷⁹ Bu yorum “bir haktan vazgeçmeyi öngören beyan ve sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması ilkesi” ile de uyumluluk gösterir. İlke için bkz. Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 69.

birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle iş hayatında tecrübeli olan kimselerin, tacirlerin yapmış oldukları bu tür feragatlerin taahhüdün bağımsız olarak varlığına güçlü bir karine teşkil edecektir⁸⁸⁰.

Taraflar, bu feragati bilinçli olarak yapmış, sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak düzenlemişler, ancak def'i ve itirazlardan feragat etmemişler, tam tersine def'i ve itiraz haklarının olacağını (bağımsızlık içinde fer'ilik) düzenlemişlerse ne olacaktır? Ya da taraflar kefalet sözleşmesi yapmak istemişler, taahhüdü fer'i olarak yapmışlar, sadece def'i ve itirazları bağımsız yapmak istemişler ve peşin olarak bu haklardan feragat etmişlerse (fer'ilik içinde bağımsızlık) ne olacaktır? Birinci örnek bakımından, tarafların bir garanti sözleşmesi yapmış oldukları anlaşılmakta ve diğer tüm unsurlar var ise böyle bir halde karma bir teminat sözleşmesinin olduğundan söz edilebilir⁸⁸¹. İkinci örnek bakımından ise, kefalet sözleşmesinin tüm unsurları tamam olmasına rağmen kefil sadece def'i ve itirazlardan feragat etmiş ise bu feragat TBK m. 582 f. 3 hükmü kapsamında geçersiz olacaktır. Tarafların gerçekten de bu iradeyi taşıması halinde, kefalet vermek isteyen bir kefil, garantör haline getirmenin hiçbir yasal dayanağı yoktur⁸⁸². Bu nedenle Barlas tarafından def'i ve itirazlardan feragat halinde başka hiçbir kıstasa gitmeye gerek olmaksızın taahhüdün bağımsız olduğunun kabul edilmesi yönündeki görüşe⁸⁸³ katılamıyoruz. O halde def'i ve itirazlardan feragati "bağımsızlık" göstergesi bakımından bir işaret olarak almalı, ancak kesinlik ifade etmeyecek şekilde değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin, Yargıtay kararına konu kredi sözleşmeleri ile ilgili ihtilaflarda defilerden feragat edilen kefalet sözleşmelerine de rastlanmaktadır⁸⁸⁴.

Sözleşmede kullanılan diğer tüm ifadelerin de garanti sözleşmesinin ve kefalet

⁸⁸⁰ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 259.

⁸⁸¹ Özen, s. 416, dn. 47.

⁸⁸² Nitekim Alman öğretisinde ve Federal Mahkeme kararlarında ilk talepte ödeme şartlı kefalet sözleşmeleri dahi kabul görmektedir. Bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 250, dn. 957 ve s. 110, dn. 411.

⁸⁸³ Barlas, s. 165.

⁸⁸⁴ Karara konu kredi sözleşmesinde şu hükmün var olduğu ifade edilmiştir: "Müşteri ve garantör bu sözleşmeden doğan her türlü borç ve yükümlülüğün müteselsilen sorumlu olduklarını kabul ve tüm itiraz ve defilerden feragat ederler. Bankanın Müşterilere ve garantöre başvuru hakkı saklıdır." Yarg. 19. HD, 2016/ 6530, K. 2017/379, T. 24.01.2017, (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.05.2020).

sözleşmesinin unsurları yönünden değerlendirilmesi gerekir. İlk talepte ödeme kaydı⁸⁸⁵, bunun dışındaki herhangi bir ihtilaf ve kanuni neticelerinin nazara alınmayacağı, protesto çekilmesine, hüküm istihsaline gerek olmaksızın derhal ödeme yapılacağı vb. ifadeler de taahhüdün fer'i değil bağımsız olduğunu gösterir. Bu ifadelere teminat mektuplarında sıkça rastlanmaktadır.

Sözleşmede “müteselsil” ifadesinin kullanılması halinde İsviçre Federal Mahkemesi⁸⁸⁶ ve İsviçre öğretisindeki baskın görüş⁸⁸⁷, bu taahhüdün garanti niteliğinde olamayacağı yönündedir. Aynı görüş Türk hukuku bakımından da doktrinde kabul edilmiş olup, bağımsız bir yükümlülük, müteselsil sorumluluk ile yan yana gelemmez⁸⁸⁸. Bununla birlikte Yargıtay’ın müteselsil ifadesine rağmen, garanti olarak nitelendirdiği sözleşmeler vardır⁸⁸⁹. Daha yeni bir kararında Yargıtay’ın sözleşmede yapılan “müteselsil sorumlu” ifadesine rağmen garanti sözleşmesi yapıldığı sonucuna ulaştığı görülmektedir⁸⁹⁰. Kanaatimizce de Yargıtay’ın bu kararları isabetsizdir. Uygulamada

⁸⁸⁵ İlk talepte ödeme kaydının taahhüdün asli ve bağımsız olduğunu açıkça gösterdiği görüşünde: Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 824; Tekinalp, s. 523; Kleiner s. 37 ve Spaini s. 78 (Aktaran: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 247, dn. 945); İlk talepte ödeme kaydının taahhüdün asli ve bağımsız olduğunu tek başına göstermeye yeterli olmadığı görüşünde: Reisoglu, *Garanti Mukavelesi*, s. 101; Barlas, s. 165-166; İsviçre Federal Mahkemesinin de bu görüşte olduğuna ilişkin bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 250, dn. 957.

⁸⁸⁶ BGE 64 II 346, (Aktaran: Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 826, dn. 75).

⁸⁸⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 826, dn. 76’da yer alan yazarlar.

⁸⁸⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 826; Tekinalp, s. 524; Barlas, s. 170.

⁸⁸⁹ Yarg. TD. 08.04.1958, E. 545, K. 1032, (Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 826, dn. 77); Aynı şekilde Yarg. 19. HD, 19.02.1998, E. 61, K. 1104 sayılı Yargıtay kararında da “müteselsilen” ibaresinin sözleşmenin garanti niteliğinde kabulüne engel olmayacağı herhangi bir dayanak ve gerekçe gösterilmeden kabul edilmiştir. Karar ve eleştirisi için bkz. Barlas, s. 170, dn. 60;

⁸⁹⁰ “Davalı yukarıda da değinildiği üzere sözleşmeyi garantör sıfatıyla imzalamış olup sözleşmenin 2. maddesinde tanımlamalara yer verilerek “m” bendinde garantörün tanımının yapıldığı ve kiracının sözleşmeden doğmuş ve doğacak tüm borçlarını sözleşmede yazılı süreler içinde ödememesi halinde **müteselsil sorumlu gerçek kişi** olduğunun düzenlendiği, 36. maddesinde garanti taahhüdü başlığı altında garantörün kiracının kira sözleşmesinden doğmuş veya doğacak tüm borçlarını sözleşmede belirtilen süre ve koşullarda ödeyeceğinin, herhangi bir limite bağlı olmaksızın *Borçlar Kanunu’nun 110. ve devamındaki maddeleri uyarınca garanti ettiğinin, herhangi bir def’i ve itiraz ileri sürmeksizin ve kiracının rızasına gerek olmaksızın yahut kiracı ile kiraya veren arasındaki herhangi bir ihtilafın neticeleri beklenmeksizin ödeyeceğinin düzenlendiği görülmüştür. 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunun 110. maddesi başkasının fiilini taahhüdü düzenlemekte olup yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda bu kurum başkasının fiilini üstlenme başlığı altında düzenlenmiştir. Yine sözleşmeyi kiracı sıfatıyla imzalayanın ... Kuaför Salonu işletme adı altında imzaladığı da görülmektedir. Dolayısıyla, davalının sözleşmenin her sayfasını garantör sıfatı altında imzaladığı, 36. maddesinin içeriği incelendiğinde garanti taahhüdünün düzenlendiği, tanımlamalarda bu sıfatın kullanıldığı, teminatın edimin objektif olarak yerine getirilmesine ilişkin olduğu, kiracının faaliyet gösterdiği işletme adının ... olduğu da dikkate alındığında diğer kıstasların yanı sıra menfaat kıstasının da somut olayda mevcut olduğu, tarafların sözleşmeyi düzenleme biçimleri bakımından taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kefalet sözleşmesi olmayıp garanti sözleşmesi olduğu anlaşılmakla davalının hukuki durumunun buna göre değerlendirilmesi gerekirken yanlışlıkları değerlendirme ile kefalet olarak nitelendirme yapılarak davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş,*

bankalarca da düzenlenen taahhütlerde metin içerisinde garanti sözleşmesi yapıldığı açıkça belirtilmesine rağmen, muhtemelen taahhüdün daha da sağlamlaştırılması isteği ile “*kredi kartı hamiliyle birlikte, müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğumu*” şeklinde ifadelerinde aynı anda yer aldığına rastlanmaktadır. Kanaatimizce böyle bir ifadenin hiç yer almaması banka bakımından taahhüdün garanti sayılması için daha elverişlidir⁸⁹¹. Garanti sözleşmesinin, temel ilişkiden bağımsız bir teminat sözleşmesi olması karşısında, müteselsil borçlu olarak temel ilişkisinin borçlusu olarak aynı anda nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Yapım sözleşmelerinde yer alan taahhütlerden garanti niteliğinde olanlar saf garanti sözleşmesi niteliğinde olduğundan yukarıda yer alan kıstasların bu taahhütler bakımından önemi olmayacaktır. Zira, kefalet sözleşmesi ile karıştırılan garanti çeşidi özellikle kefalet benzeri garantilerdir. Kefalet benzeri garantilerde asıl borcu temin etme amacı olmasına rağmen, saf garanti taahhütlerinde taahhüt alanı belirli bir davranışa yönlendirme amacı vardır. Bu taahhütlerin yapım sözleşmeleri içerisinde yer alması bağımsızlık karakterini ortadan kaldırmayacaktır.

5. Defiler

Kefil, asıl borçluya ve mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürebilir. Bu kefaletin fer’i bir borç doğurmasının doğal bir sonucudur. TBK m. 591 f. 1’in bu hükmüne göre, bu def’ileri ileri sürmek kefil için hem hak hem de bir yükümlülüktür. Aslında burada bir “külfet” söz konusu olup⁸⁹², kefil borçtan kurtaracak kesin def’ilerin ileri sürülmemesi, kefil asıl borçluya rücu hakkından mahrum edecektir⁸⁹³. Asıl borçlu geçersiz olan bir borca ilişkin def’ileri ileri sürmese dahi, kefil alacaklıya karşı bu def’ileri ileri

bozmayı gerektirmiştir.”, Yarg. 3. HD, E. 2017/6543, K. 2019/3083, T. 08.04.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi: 22.05.2020).

⁸⁹¹ Barlas, s. 180.

⁸⁹² Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 365; Özen, s. 401.

⁸⁹³ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 280; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 359 vd.

sürebilecektir (TBK m. 591 f. 2). Bununla birlikte kefil; yanılma, ehliyetsizlik veya zamanaşımına uğramış bir borç için borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefil oluyor ise bunlara ilişkin asıl borçlunun sahip olduğu def'i imkanlarını kullanamaz (TBK m. 591 f. 1 son cümle).

Doktrinde büyük çoğunluk TBK m. 591 düzenlemesindeki def'i tabirinin def'ileri, itirazları ve borçluya geçici veya devamlı olarak kaçınma hakkı verebilecek tüm imkanları kapsamına aldığı kabul etmektedir⁸⁹⁴. Kefalet fer'i bir borç doğurduğundan kefilin asıl borçluya ait tüm def'ileri ileri sürebilecek iken hakim tarafından re'sen dikkate alınacak itirazları ileri sürmemesi düşünülemez. Asıl borcun geçerli olarak doğmadığı, asıl borcun kısmen veya tamamen sona erdiği itirazlara; asıl borcun muaccel olmaması, ödemezlik def'i ve zamanaşımının ileri sürülmesi de def'ilere örnek verilebilir⁸⁹⁵.

Kefalet sözleşmesinin aksine garanti sözleşmesi bağımsız bir borç ilişkisi doğurduğundan garanti veren, asıl borçlunun ileri sürebileceği def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri süremez⁸⁹⁶. Taraflar garanti sözleşmesinde bu durumun aksine garanti verenin kısmen bir kısım def'i ve itirazları ileri sürmesi konusunda anlaşabilirler. Böyle bir anlaşma olmadığı takdirde garanti veren asıl borç ilişkisi ile ilgili geçersizlik, ehliyetsizlik, irade sakatlığı, imkansızlık, beklenmeyen hal, garanti borcunun henüz muaccel olmadığı gibi sebeplerle borcu ödemekten kaçınamaz⁸⁹⁷.

Garanti sözleşmesinin bağımsız karakterine rağmen yine de garanti verenin asıl alacaklıya ait bir kısım def'i ve itirazları ileri sürme hakkı olduğu kabul edilmektedir. İlk olarak, yukarıda da belirtildiği üzere⁸⁹⁸; bir görüş ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu durumlarda garanti verenin ödeme talebini reddetmesi gerektiği yönündedir. Hakkın kötüye kullanılması, esas itibarıyla asıl borç ilişkisinden doğan bir

⁸⁹⁴ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 222; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 359.

⁸⁹⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 221; Özen, s. 399.

⁸⁹⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 66; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 818; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 367.

⁸⁹⁷ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 367.

⁸⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 4.

itiraz değil, garanti sözleşmesinden doğan bir itirazdır. Bu bakımdan Develioğlu'nun da belirttiği gibi bu itirazı asıl borçtan doğan itirazların garanti veren tarafından kullanılamamasının bir istisnası olarak görmemek gerekir. İkincisi, asıl borç ilişkisinin kanuna veya ahlaka aykırı olması durumudur. Böyle bir durumda hakim görüşe göre; garanti sözleşmesi de hükümsüz olup, garanti veren asıl borç ilişkisinin kanuna veya ahlaka aykırı olduğunu ileri sürebilir⁸⁹⁹.

Kanaatimizce yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından asıl alacaklıya ait def'i ve itirazların ileri sürülmesi hakkı bulunmamaktadır. Bir sürücünün bir otoyola veya köprüye girmesi ile birlikte o sürücü ile o otoyol veya köprüyü işleten kimse arasında fiili olarak bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır⁹⁰⁰. Kurulan bu sözleşme ilişkisinden sürücü için bir def'i hakkı doğuyor ise bu def'i hakkını taahhüt veren idare, işleten kimseye karşı kullanamamalıdır.

6. Rücu

Kefil, alacaklıya ifa yaptığı oranda alacaklının haklarına halef olur. Bu haklar asıl borcun muaccel olması ile kullanılabilir (TBK m. 596 f. 1). Kefil, bu kapsamda kanuni halefiyete dayalı olarak ödeme yaptığı oranda asıl borçluya rücu hakkına sahip olur. Kefil, alacaklının haklarına halef olduğunda alacağın fer'i niteliğindeki rehin hakkını da kazanır⁹⁰¹. Bununla birlikte TBK m. 596 f. 2'ye göre aksi kararlaştırılmadıkça kefilin kanuni halefiyet nedeniyle sahip olacağı rehin hakları, kefalet anında asıl borç için var olan tüm güvenceler ile kefalet sonrasında da olsa bizzat asıl borçlunun kefil olunan

⁸⁹⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 145; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 422; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 368.

⁹⁰⁰ Fiili sözleşme ilişkisi teorisi için bkz. Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 40, n. 143 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 68-69; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 136-137.

⁹⁰¹ Konu ile ilgili Yargıtay kararında şu değerlendirme yapılmıştır; “*Borçlu şirketin İş Bankası A.Ş.ne olan kredi borcunun müteselsil kefil Ahmet tarafından ödendiği, İş Bankasının rehin hakkını Ahmet'e 15.12.1995 tarihinde temlik ettiği icra dosyasındaki belgelerden anlaşılmaktadır. BK'nun 496. maddesi uyarınca alacaklıya ödeme yapan kefil onun haklarına halef olur ve alacakla birlikte onun fer'i olan rehin hakkını da kazanır. Rehin hakkını kazanan kefilin rehin konusu malın satışı halinde satış bedeli üzerinde rüçhan hakkı devam eder. Bunun için ayrıca takip yapması gerekmez. Ödeme tarihinden itibaren işleyen faiziyle birlikte davalı Ahmet'e pay ayrılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacı alacaklının temyiz itirazları bu nedenle yerinde değildir.*” (Yarg. 19. HD, E. 1998/1670, K. 1998/2470, T. 2.4.1998) (Kazancı, Erişim Tarihi: 08.12.2019).

borç için verdiği diğer güvenceleri kapsamına almaktadır⁹⁰².

Kefaletin aksine garanti sözleşmesi bakımından kanuni halefiyet yoktur. Bir diğer ifade ile, garanti veren verdiği garanti nedeni ile bir ödemede bulunduğu bu ödeme nedeni ile lehine garanti verdiği kimseye rücu edemez. Bu konuda 11.06.1969 tarihli bir YİBBGK'da garanti verenin, lehine garanti verdiği kimseye rücu edemeyeceği sonucuna varılmıştır⁹⁰³.

Garanti verenin yasal rücu imkanı bulunmasa da rücu hakkının sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür. Buna göre garanti veren, garanti verdiği lehdardan kontrgaranti almak sureti ile ona rücu etme imkanı elde etmektedir⁹⁰⁴.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından rücu ilişkileri aşağıda incelenecektir. Burada şu kadarını ifade etmek gerekir ki, garanti sözleşmesinde kefalet sözleşmesindeki gibi yasal bir rücu imkanı olmayıp, rücu kural olarak sözleşme kapsamında düzenlenmesi gereken bir haktır.

D. Borca Katılma ve Müteselsil Borçluluk ile Karşılaştırılması

Borca katılma, borçlunun yükümlülüğü devam edecek şekilde bir başka kimsenin de müteselsil borçlu olması konusunda üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan bir anlaşmadır⁹⁰⁵. Borca katılma, eski borçlar kanunumuzda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte eski borçlar kanunumuz döneminde de doktrinde, birlikte borç üstlenme ismi ile incelenmiş, sözleşme özgürlüğü prensibi kapsamında bu tür sözleşmelerin yapılabileceği, bu sözleşmenin yapılması ile üçüncü şahsın alacaklıya karşı sanki bu borç kendisininmiş gibi sorumlu olacağı belirtilmişti⁹⁰⁶.

⁹⁰² Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 267.

⁹⁰³ YİBBGK, E. 1969/4, 1969/6, 11.06.1969, RG. T. 03.10.1969, S. 13317.

⁹⁰⁴ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 370; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 418.

⁹⁰⁵ Sabah Altay, "Borca Katılma", (*Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, 2010), s. 3; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 619; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1283; Hatemi/ Gökyayla, s. 390.

⁹⁰⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 131; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 36; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*,

Borca katılma, TBK m. 201 ile düzenlenmiş, borçlu ile üçüncü kişinin bu anlaşma sonucunda borçtan müteselsil sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır⁹⁰⁷. Borca katılan aynen ilk borçlu gibi asli bir yükümlülük altına girmektedir⁹⁰⁸. Mevcut bir borca katılmak yanında gelecekte doğacak bir borç için de borca katılma sözleşmesi yapmak mümkündür⁹⁰⁹.

Borca katılma gerçek kişiler tarafından güvence vermek maksadı ile yapılmakta ise TBK m. 603 hükmü gereği kefaletin şekil şartlarına, ehliyet ve eşin rızası ile ilgili koşullara tabi olacaktır. Bu durum, borca katılmanın fer'i bir sorumluluk doğuran kefaletten daha ağır olmasının doğal bir sonucudur⁹¹⁰.

Borca katılan da genel olarak teminat amacı ile borca katılmaktadır⁹¹¹. Buna karşılık, borca katılanın aksine, garanti veren ne asıl borcun borçlusu olma arzusundadır ne de bir başka edayı ifa ile yükümlü olmak istemektedir. Garanti veren, bir borçlunun edasını ifa etmeyi değil, risk sonucunda ortaya çıkacak zarar ve ziyayı gidermeyi üstlenmektedir⁹¹². Oysa borca katılan asıl borçlu gibi aynen ifa ile yükümlüdür⁹¹³. Alacaklı, müteselsil borçlu olan asıl borçlu ile borca katılandan dilediğine başvurmak suretiyle aynen ifayı talep etme hakkına sahiptir⁹¹⁴.

Diğer taraftan, borca katılarda asıl borç ilişkisinden bağımsız bir taahhüt verme iradesi de bulunmamaktadır⁹¹⁵.

Müteselsil borçluluk bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Müteselsil borçluluk kural olarak sözleşmeden doğar (TBK m 162, f. 1). Sözleşmede buna ilişkin

s. 1283; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 619.

⁹⁰⁷ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 619; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1232; Altay, s. 3 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 390.

⁹⁰⁸ Altay, s. 3; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 620.

⁹⁰⁹ Hatemi/ Gökyayla, s. 390; Altay, s. 94.

⁹¹⁰ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 620; Kahraman, s. 136; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1283.

⁹¹¹ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 620; Altay, s. 47.

⁹¹² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 131; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 841.

⁹¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1284.

⁹¹⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 390; Altay, s. 196.

⁹¹⁵ Altay, s. 177 vd.

hüküm yok ise müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar (TBK m. 162, f. 2)⁹¹⁶. Müteselsil borçlular aynı sebebe dayanan bir borcun yükümlüsü ve her biri borç ilişkisinde borçlu durumdadır. Garanti sözleşmesinde ise eylemi garanti edilen kimsenin borçlu olmasına dahi gerek yoktur. Müteselsil borçlular borcun sebebi aynı olduğundan aynı defileri kullanma imkanına sahip iken, garanti veren asıl borcun geçersizliğini dahi ileri sürme imkanına sahip değildir⁹¹⁷.

E. Borçlunun Kendi Edimini Taahhüt Ettiği ve Borç İlişkisinin Kendisinde Yer Alan Bazı Hallerle Karşılaştırılması

1. Ceza Koşulu (Cezai Şart) İle Karşılaştırılması

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu tarafın alacaklı tarafa çoğu zaman belirli bir tutarı ödemeyi veya ekonomik değeri olan bir edimi ifa etmeyi taahhüt etmesi konusunda yapılan anlaşmaya “ceza koşulu” denilmektedir⁹¹⁸. Ceza koşulunun amacı, edimin ifa edilmediği takdirde önceden belirlenmiş tutarın ispat koşuluna da tabi olmadan borçludan talep edilebilmesi ile borçluyu edimi ifaya teşvik etmektir. Ceza koşulu ancak, asıl borcun ihlali ile doğabilecek bir fer’i bir edim olup⁹¹⁹, asıl borcun ifasını kolaylaştırmak amacı taşır⁹²⁰. Bu bakımdan ceza koşulu, asıl borcun varlığına bağlı bir yan borç niteliğinde⁹²¹ olup, bir tür geciktirici koşula bağlı edim

⁹¹⁶ TBK m. 202, f. 2’ye göre bir işletmeyi devreden devralanla birlikte 2 yıl boyunca müteselsilen sorumlu olması, TBK m. 638, f. 3’e göre bir adi ortaklıkta ortakların ortaklık ilişkisi kapsamında üstlendikleri borçlardan aksi kararlaştırılmadığı takdirde müteselsilen sorumlu olmaları, TMK m. 641, f. 1’e göre mirasçıların tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olmaları, TBK m. 382’ye göre bir şeyi birlikte ödünç alanların ondan müteselsil sorumluluğu kanundan doğan müteselsil borç ilişkilerine örnektir.

⁹¹⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 840.

⁹¹⁸ Saymen/ Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. II, s. 834; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 341; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1209; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 529; Hatemi / Gökyayla, s. 362; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 132; Kahraman, s. 61; Mehmet Erdem, “TBK m. 177-182 Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu”, Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, C. 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2273 vd.

⁹¹⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 341; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 752; Erdem, s. 2279.

⁹²⁰ TBK m. 179’da düzenlenen ceza koşulu bakımından geçerli bu amaç, aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen dönme cezası bakımından geçerli değildir. Dönme cezası, cezayı ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verir. Ceza koşulunda ifayı sağlama amacı varken, dönme cezası ifadan ve sözleşmeden kurtulma imkanı sağlar. Kadir Berk Kapancı, “Dönme Cezası Ve Cayma Parası Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, *MÜHF-HAD*, C. 22, S. 2, S. 249 vd.

⁹²¹ Saymen/ Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. II, s. 834; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 687; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1210; Erdem, s. 2278.

borcudur⁹²². Diğer taraftan ceza koşulu, şahsi nitelikte bir teminat taahhüdüdür⁹²³.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde de, sözleşmede taahhüt edilen gelirin elde edilememesi halinde bunun tamamlanması ve zararın tazmini sonucu doğmaktadır. Bu bakımdan söz konusu taahhütlerin cezai şart bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Ceza koşulu, yukarıda da ifade edildiği gibi tıpkı kefalet sözleşmesinde olduğu gibi asıl alacağa bağlı fer'i bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle cezai şart çoğu zaman asıl borcun kaderini takip eder. Asıl borcun geçersiz olması ceza koşulunu da geçersiz hale getirir. Asıl borç zamanaşımına uğrarsa cezai şart da zamanaşımına uğrar⁹²⁴.

Ceza koşulunda borçlu kendisine ait bir borcu ödemekte olup, kendisine ait yükümlülüğü bu şart ile ağırlaştırmakta ve alacaklı için daha cazip bir borç haline getirmektedir. Oysa garanti verenin ödeme borcu kendisi ile ilgili bir edimin ifa edilmemesi nedeniyle doğmamaktadır. Garanti veren, risk gerçekleştiğinde yalnızca buna bağlı ödeme yükümlülüğüne girmekte olup, garanti verenin bunun dışında bir sorumluluğu yoktur⁹²⁵.

Ceza koşulu asıl borcun ifasını sağlama amacı taşır⁹²⁶. Garantide ise, asıl borcun ifasını sağlama değil, ifa etmemeden veya riskin gerçekleşmesinden doğacak zararın tazmini söz konusudur.

Ceza koşulu, muaccel olduğu ana kadar asıl alacağa bağlı fer'i bir borç olduğundan ceza koşulunu aşan miktarda gerçekleşen zararların tazmini borçludan istenebilir. Buna karşın garanti taahhütleri bağımsız bir borç doğurmakta olup, götürü bir bedel kararlaştırılan saf garanti sözleşmelerinde garanti edilen tutarı aşan bir zarar garanti verenden istenemez⁹²⁷. Örneğin, bir otoyolda ayda 500 aracın geçişi garanti edilmesine

⁹²² Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 529.

⁹²³ Saymen/ Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. II, s. 834.

⁹²⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 363.

⁹²⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 133; Kahraman, s. 69.

⁹²⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1209, Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 454

⁹²⁷ Kahraman, s. 182; Aksi görüşte: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 153, dn. 7. Tartışmalar için bkz. Dördüncü Bölüm,

rağmen, geçmeyen araç kadar geçiş ücretinin karşılığının ödeneceği ve bu sayıya tamamlanacağı taahhüt edildi ise, bunun haricinde bu araçların otoyolu kullansalardı alacakları yakıt, tesisi kullanacaklarından dolayı harcayacakları tutarlar vs. gibi bir gelir kaybından bahsedilerek taahhüt verene müracaat edilemez. Oysa ki asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin cezai şart olarak kabul edilmesi halinde taahhüt edilen tutarları aşan zarar miktarları için taahhüt verene müracaat edilebilmesi gerekirdi.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri, ceza koşulu niteliğinde olmasa da, yapım sözleşmeleri içerisinde de sıkça ceza koşulu düzenlendiğine rastlanmaktadır. İnşaatin ayıplı bir şekilde inşa edilmesi, inşaatın geç teslim edilmesi, ayıbın belirlenen sürede giderilmemesi vb. nedenlerin gerçekleşmesi halinde belirli bir miktarın sözleşme cezası olarak ödeneceği düzenlenebilmektedir.

2. Koşul ile Karşılaştırılması

Koşul⁹²⁸, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaydır⁹²⁹. Bu belirsizliğin geleceğe ilişkin olması⁹³⁰, objektif bir nitelikte olması ve tarafların iradesi ile bir olguya bağlanmış olması gerekir⁹³¹. Ümit veya şans satımı olarak isimlendirilen örneğin bir balıkçının günlük yakalayacağı balıkların satımı veya bir piyango çekilişinden satın alınan bilet halinde koşula bağlı olmayan bir işlemde söz edilir⁹³². Zira burada alıcının bedel ödeme yükümlülüğü miktara, balıkçının balık tutmasına veya piyango satışından kar elde edilmesine bağlı olmadan doğmaktadır⁹³³. Yine bu örneklerde hukuki

II, A, 2.

⁹²⁸ TBK'nın "Borç İlişkisinde Özel Durumlar" başlıklı dördüncü bölümünün ikinci ayrımı "Koşullar" başlığını taşımaktadır. TBK m. 170-176 hükümleri ile düzenlenmiştir. Mülga BK m. 149-155 "Koşul" yerine "Şart" terimini kullanmıştı. Kanaatimizce, bu iki ifade aynı anlamda kullanılsa da konuşma dilinde "şart" kavramına çok daha fazla yer verilmektedir ve hukukumuzda yerleşmiş bu ifadenin değiştirilmesi yerinde olmamıştır. Teknik anlamda koşul ile ilgili olmayan "hava şartları", "sınav şartları", "zor şartlar" gibi bir olayın vasıflarını, bir kişinin veya şeyin harici bakımdan bulunduğu halin ifadesini içeren kullanımlar için ayrıca bkz. Turgut Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme", *AÜHFD*, C. 27, S. 3, Y. 1970, s. 221.

⁹²⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 328; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1189 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 503; Hatemi/Gökyayla, s. 353; Sirmen, s. 30; Pulaşlı, s. 8.

⁹³⁰ Örneğin, "imara açıksa satın alıyorum" taahhüdünde teknik anlamda şart yoktur. Zira bu husus zaten belirli olup, geleceğe ilişkin bir tereddüt yoktur. Bkz. Hatemi/ Gökyayla, s. 354.

⁹³¹ Sirmen, s. 49; Pulaşlı, s. 24.

⁹³² Pulaşlı, s. 9; Sirmen, s. 38; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 34; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/I, s. 79; Aral/ Ayrancı, s. 76.

⁹³³ Pulaşlı, s. 11.

sonucun varlığı değil⁹³⁴, varlığının kapsamının ne olacağı (borcun konusu, kapsamı, ifa zamanı vb.) şüpheli bir olguya bağlanmaktadır⁹³⁵.

Geleceğe ilişkin olmakla beraber vuku bulması kesin olan bir olay koşul olarak kabul edilmemektedir. Örneğin ölüm, geleceğe ilişkin er veya geç gerçekleşmesi kesin bir olay olduğundan kural olarak teknik anlamda şart değil, “süre tayini” (ecel) kabul edilmektedir⁹³⁶.

Sözleşmedeki bir kaydın bazen bir koşul mu yükleme⁹³⁷ mi olduğunun tespiti zor olabilir⁹³⁸. Yükleme, belirli bir amacın gerçekleşmesi için ivazsız kazandırmada, kazandırmanın diğer tarafa yüklediği dava edilebilir nitelikte bağımlı bir yan edimdir⁹³⁹.

Koşul, her sözleşmeye konulabilirken, yükleme yalnızca ivazsız kazandırıcı hukuki işlemlerde söz konusu olur⁹⁴⁰. İvazlı bir hukuki işlemde var olan kayıt ya teknik anlamda bir koşuldur veya da sadece bir sözleşme şartıdır⁹⁴¹.

⁹³⁴ Henüz mevcut olmayan ileride var olması beklenen şeylerin iki şekilde satılabileceği ifade edilmiştir. Birinci olarak, satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması şeyin ileride var olması şartına bağlanmıştır. Böyle bir halde geciktirici koşula sahip bir satış sözleşmesinden söz edilmekte ve TBK m. 209 f. 2 buna örnek olarak verilmektedir. Anılan maddede satış, satılanın bütünleyici parça sıfatını kaybederek bağımsız bir varlık kazanması şartına tabi tutulmuştur. İkinci ihtimalde ise müstakbel şeyin satışı koşula bağlı olmadan yapılır. Bu ihtimalde satış sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması şeyin ileride var olmasına bağlı tutulmaz. Satış sözleşmesi her halükarda şartsız olarak kurulmuş, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamıştır. Yalnızca, satışın konusu ve kapsamı henüz sözleşme kurulurken belirli değildir. Ancak bu belirsizlik yalnızca satışın konu ve kapsamına ilişkin olup, bu durum satış sözleşmesinin kesin olduğu ve koşula bağlı olmadığı gerçeğini değiştirmez. Bir günlük tutulacak balık için yapılan satış sözleşmesinde, tarlanın bir hasatlık elde edilecek mahsül için yapılan satış sözleşmesinde tutulacak balık veya elde edilecek mahsulün kararlaştırılan satış bedeli bunların elde edilmesi şartına bağlı olmadan koşulsuz olarak doğmaktadır. Sirmen, s. 38; Pulaşlı, s. 11; Ayrıca enerji sözleşmelerinde verilen üretilen enerjiyi alma taahhüdünü incelediğimiz kısma bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B, 4.

⁹³⁵ Sirmen, s. 40-41. Ümit edilen şeyin satışı ile bizzat ümidin satışının da birbirinden ayrılması gerektiği ifade edilmiştir. Doğması beklenen bir yavrunun satışı birinci hale, piyango biletinin veya avlanacak balığın satışı ikinci hale örnek gösterilmiştir. İlk halde şeyin miktarına ve niteliğine ilişkin rizikolar, son halde ise hiç gerçekleşmeme rizikosu alıcı tarafından üstlenilmiş olmaktadır. Aral/ Ayrancı, s. 76.

⁹³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1194; Ancak, ölüm olayı bir süreye veya bir hale bağlandı ise bu durumda koşul kabul edilebilir; Akıntürk, s. 225.

⁹³⁷ Önceki TMK m. 462, BK m. 240 ve 241 hükümlerinde kullanılan “mükellefiyet” kavramı yerine, TMK m. 515 ve TBK m. 291 hükümlerinde “yükleme” kavramı kullanılmıştır. Tarafımızca mükellefiyet kavramı yerine, yeni terminolojiye uygun şekilde yükleme kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Aynı doğrultuda: Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 506, n. 1478, dn. 289.

⁹³⁸ Ayrımla ilgili bkz. Akıntürk, s. 241.

⁹³⁹ Akıntürk, s. 233-234; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1192; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 329; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 506.

⁹⁴⁰ Akıntürk, s. 220.

⁹⁴¹ Akıntürk, 221; Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemde işlemi temsil olunanın onaylaması kanuni bir şart iken, örneğin bir kira sözleşmesine konulan kira parasının miktarı, ödeme zamanı, ödeme yeri kira sözleşmesinin şartlarını oluşturur.

Yükleme, bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet eder. Örneğin⁹⁴² bir iş hanını yeğenine bağışlamış bir kişi, oradan elde edilecek gelirin belirli bir kısmını fakir öğrencilerin okutulmasında kullanılmasını bir şart olarak ileri sürmüş ise, bu bir koşul olmayıp, lehine kazanma yapılan kişiye yüklenmiş bir görevdir⁹⁴³. Yükleme, ivazsız kazandırmada kazanana bir edimde bulunma mecburiyeti yükler⁹⁴⁴. Koşul ise, yüklemenin aksine kişiyi yükümlü kılmaz. Ayrıca, koşulun yerine getirilmesi dava edilemezken, yüklemenin yerine getirilmesi dava edilebilir⁹⁴⁵. Yüklemenin yerine getirilmemesi kazandırmanın bozucu şartı olarak da düzenlenebilir. Böyle bir halde yüklemenin ifa edilmemesi kazandırmayı da ortadan kaldırır⁹⁴⁶.

TBK m. 170'e göre, bir sözleşmenin hüküm doğurması, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmış ise sözleşme, geciktirici koşula bağlanmış olur. TBK m. 173'e göre bozucu koşul ise, bir sözleşmenin sona ermesi ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakıldı ise bozucu koşuldan söz edilir.

Koşul ile garanti taahhüdü arasındaki benzerlikle ilgili tartışmalar Stammeler⁹⁴⁷ tarafından verilmiş bir örnek üzerinden yürütülmüştür. Bu örneğe göre; *“Bir fabrikatör belirli bir ücret karşılığında bir doktoru işe alır. Aynı zamanda doktorun muayenehanesinde de belirli bir kazancını garanti eder.”* Tartışma, bu örnekte şarta bağlı

Bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 356; Ancak “Kanuni Şartlar” ile “Sözleşme Şartları” teknik anlamdaki şartlardan farklıdır. Kanuni şartlar, ya işlemin kurucu unsurlarını ifade eder (Geniş anlamda kanuni şart). Örneğin takasın varlığı için karşılıklı ve benzer iki muaccel alacağın varlığı şarttır (TBK m. 139). Ya da bir hukuki işlemin hüküm ifade etmesi için kanun gereği zorunlu olarak aranılan müstakbel ve gerçekleşmesi şüpheli tamamlayıcı vakıalar anlaşılır (Dar anlamda kanuni şart). Örneğin, yukarıda yer verilen yetkisiz temsilcinin yaptığı borçlandırıcı işlemin geçerliliği için kanun gereği yetkili temsilcinin işlemi onaylaması aranır. Akıntürk, s. 227; Ayrıca Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1191.

⁹⁴² Örnek için bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 356.

⁹⁴³ Bir başka örnek, yaşlı ve zengin bir avukatın yeğeni genç avukata bağışlamak istediği kitaplığı için kitaplıktan Ankara Hukuk Fakültesinin öğretim üyeleri ve yardımcılarının da faydalanmasını şart koşmasıdır. Burada da teknik anlamda bir şart değil bir yükleme bulunmaktadır. Bkz. Akıntürk, s. 234.

⁹⁴⁴ Fakat bu bir karşı edim değildir. Eğer bağışlamada bir karşı edim yükleniyor ise burada artık yükleme taşıyan bir bağışlamadan değil, karma bir bağışlama sözleşmesinden bahsetmek daha doğru olacaktır. Örneğin, bir kişi *“sana bu taşınmazı bağışlıyorum, fakat sen de çocuklarıma öğrenimleri bitinceye kadar İngilizce dersi vereceksin”* der ve bağışlanan da kabul ederse, karma bir bağışlamadan söz edilecektir. Akıntürk, s. 236.

⁹⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1192; Koşul geciktirir, ilzam etmez. Yükleme geciktirmez, ilzam eder. Akıntürk, s. 241.

⁹⁴⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1192.

⁹⁴⁷ Stammeler, s. 4.

bir ücret artışının mı yoksa bir garanti taahhüdünün mü bulunduğu noktasındadır. Bir görüş⁹⁴⁸, burada bir garanti sözleşmesinin bulunduğunu, ücretin doktorun fabrikada çalıştığı zaman ve yaptığı iş karşılığı verildiği, oysa ki işin esasının serbest çalışıldığında elde edilecek gelirden fabrikada çalışılması halinde bir gelir kaybı yaşanmayacağı ve bu kayıp riskinin garanti edilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Başka bir görüşe göre⁹⁴⁹, burada şarta bağlı bir ücret yükseltilmesi söz konusu olup, şart doktorun kendi muayenehanesinde asgari tutardaki ücreti elde edememesidir.

Bir başka örnek, bir artistle söz konusu eserden elde edilecek belirli bir yüzdenin kendisine verileceği konusunda anlaşılmış, fakat asgari bir gelir de kendisine taahhüt edilmiştir. Yine bir şirkete sermaye getirecek bir ortak aranmakta, bu kazançtan elde edilecek belirli bir oranın kendisine verileceği bildirilmekte, ancak her halükarda belirli bir gelir elde edeceği de tekeffül edilmektedir⁹⁵⁰. Reisoğlu'na göre; tüm bu örneklerde gelirin garantisi olarak gözüken taahhüt, aslında edanın şeklinin gösterilmesinden ibarettir. Burada başka birinin teşebbüsünün riskini yüklenmekten ziyade, karşılıklı borç ve taahhütlere sahip bir tek sözleşme bulunmaktadır. Yalnızca bir tarafın edasının miktarı koşula bağlı olarak tayin ve tespit edilmiştir⁹⁵¹. Tandoğan da bu konuda Reusser'in fikrine iştirak ettiğini ifade etmiş, burada tek bir sözleşme olduğunu, bununla birlikte bu sözleşmede ücretin bir kısmının önceden belirlendiği halde, geri kalan kısmının şüpheli ve belirsiz olayların gerçekleşmesine bağlı kılındığını ifade etmiştir⁹⁵².

Bir görüşe göre⁹⁵³, bu ayrımın yapılması sözleşmede yer alan kaydın sözleşmeye bağlı mı yoksa bağımsız mı olduğunun tespit edilmesi sonucunda mümkün olur. Buna göre, kusursuz imkansızlık halinde sözleşmenin sona ermesine rağmen taahhüt ayakta kalabiliyorsa garanti, kalamıyorsa fer'i bir taahhüt söz konusu olacaktır. Bu nedenle

⁹⁴⁸ Stammer, s. 6; Guggenheim, s. 21; Averdunk, s. 48, Withchi, s. 11 (Aktaranlar: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 130; Kahraman, s. 152; Tandoğan, *Garanti*, s. 10).

⁹⁴⁹ Wienstein, s. 5 (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 129); Reusser, s. 8-9 (Aktaran: Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 17); Tandoğan da bu fikre katılmaktadır. Tandoğan, *Garanti*, s. 17; Kahraman, s. 155.

⁹⁵⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 130.

⁹⁵¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 130.

⁹⁵² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 17.

⁹⁵³ Kahraman, s. 154-155.

Stammiller tarafından verilen fabrikatör ve doktor örneğinde, garanti söz konusu olabilir ancak fabrikatörün işini aksatan bir doktoru işten çıkardığında dahi bu doktora verilen kar taahhüdünün ayakta kalacağı varsayılamadığından burada fer’i bir taahhüt söz konusu olacaktır.

Başka bir örnek ise, özel ders veren öğretmenin belirli seviyede dil öğrenilememesi, dans edilememesi, enstrüman çalınamaması vb. hallerde ücret talep etmeyeceğine yönelik yapılan anlaşmalardır. Bu gibi hallerde de garanti sözleşmesinden değil, şarta bağlı vekalet sözleşmesinden bahsedilmektedir⁹⁵⁴.

Koşula bağlı sözleşmelerden özellikle bağışlama niteliğinde olanlar, garanti sözleşmesinin de ivazsız olması nedeni ile birbirine çok benzerler. Örneğin, üniversite sınavında ilk on sıraya giren öğrencilere karşılıksız burs verme vaadi, aynı şekilde süper ligde dört maçta sekiz gol atacak takıma on milyon TL prim vaadi teşvik amacı güden geciktirici şarta bağlı tek yanlı hukuki işlemler olarak kabul edilmektedir⁹⁵⁵.

Koşul, belirsizlik yönü ile garanti sözleşmesindeki riske benzer. Koşul, TBK’da m. 170 vd.’ da Dördüncü Bölümde “Borç İlişkisinde Özel Durumlar” başlığı altında ikinci ayırında düzenlenmiştir. Buna göre koşul, bir borç ilişkisinde var olan özel bir durum olup, koşul olmaksızın da söz konusu borç ilişkisinin kurulması mümkündür. Buna karşın, garanti sözleşmesinin konusunu oluşturan risk, taraflar arasındaki anlaşmanın esaslı unsurları içerisinde yer almaktadır⁹⁵⁶. Diğer bir ifade ile, garanti sözleşmesi bağlantılı olsa bile bir borç ilişkisi olup, risk de bunun esaslı unsurları içinde yer almasına rağmen, koşul tek başına bir borç ilişkisini ifade etmez. Koşul olmadan sözleşme kurulabilirken, risk olmadan garanti sözleşmesinden söz etmeye imkan yoktur⁹⁵⁷.

Bağlantılı garanti sözleşmeleri, koşula bağlanmış sözleşmeler ile büyük benzerlikler taşımaktadır. Garanti taahhütleri ile koşulların bu benzerliklerine rağmen,

⁹⁵⁴ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 18, Kahraman, s. 153-154.

⁹⁵⁵ Örnek ve açıklama için bkz. Pulaşlı, s. 15.

⁹⁵⁶ Kahraman, s. 154.

⁹⁵⁷ Kahraman, s. 154.

hukuki sonuçları bakımından birbirlerinden kesin bir şekilde ayrılır. Koşulda işlemin geçerliliği gelecekteki belirsiz bir olaya bağlı iken, garanti sözleşmesinde diğer tarafı bir davranışa sevk etmek veya bir edimi temin etmek amacı bulunmaktadır⁹⁵⁸. Bazı hallerde bunları ayırmak zor olsa da genel kaideler yerine her bir olayın somut özelliklerine göre inceleme yapmak uygun olacaktır⁹⁵⁹.

Koşula bağlı sözleşme ile garanti sözleşmesini birbirinden ayırmak için en önemli kıstaslardan birisi hukuki işlemi yapanların iradesidir. Bağışlamayı yapanın iradesi, her zaman karşılık beklemeden karşı tarafı zenginleştirmektir. Oysa garanti verenin karşılık beklemeden diğer tarafı zenginleştirme gibi bir irade ve amacından söz edilemez. Garanti veren her ne kadar ivazsız olarak garanti veriyor ise de, garanti alanı bir işi yapmaya sevk ve teşvik etme amacındadır⁹⁶⁰. Ancak bazı durumlarda koşula bağlı bağışlama, garanti sözleşmesi ile o derece benzeşmektedir ki sevk ve teşvik etme amacı ile bağışlama amacı birlikte de yer alıyor olabilir. Örneğin, bir baba oğluna araba almak istemekle birlikte ayrıca onu ders çalışmaya da sevk ve teşvik etmek için o yıl yüksek bir ortalama yapma şartı ile ona araba alma sözü vermiş ise durum böyledir⁹⁶¹. Ya da mirasbırakan vasiyeti şartlı olarak içkiyi ve uyuşturucuyu bırakması halinde hüküm ifade edeceğini şart koşmuş olabilir⁹⁶².

Bu örnekler bakımından dikkat edilmesi gereken garantiyi verenin karşı tarafı “zenginleştirme amacı”nın olmamasıdır. Garanti veren, kendi menfaatine olan bir sebeple taahhüt alanı belirli bir davranışa yönlendirme amacı taşımaktadır⁹⁶³. Oysa babanın oğlunu sevk ve teşvik etmek için sınavlarda başarılı olmasını şart koşması, babanın halen teminat değil, bağışlama amacı taşıdığı gerçeğini değiştirmez. Yine mirasbırakan bakımından da vasiyet alacaklısının içki ve uyuşturucuyu bırakması teşvik edilmiş bir davranış olabilir. Bu yönü ile saf garanti taahhütlerindeki garanti verenin

⁹⁵⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 129; Pulaşlı, 13.

⁹⁵⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 129; Kahraman, s. 152.

⁹⁶⁰ Kahraman, s. 153.

⁹⁶¹ Eren, s. 1190.

⁹⁶² Örnek için bkz. Pulaşlı, s. 15.

⁹⁶³ Kahraman, s. 153.

garanti alanı belirli bir davranışa sevk etme amacına benziyor olabilir. Ancak, böyle bir örnekte ne risk vardır ne de riskin gerçekleşmesi ile devreye girecek bir garanti bulunmaktadır. Bu nedenle burada da şarta bağlı bir hukuki işlem yapıldığı açıktır.

Kanaatimizce imkansızlık ayırım için bir ölçüt olarak kullanılmaya elverişli değildir. Zira borç ilişkisinin imkansızlığı nedeniyle taahhüdün ayakta kalması, garantinin bir sonucu olduğundan bu sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin yine de diğer ölçütlere dayanılarak değerlendirilmesi gerekecektir. Kanaatimizce Stammer tarafından verilen fabrikada çalışan doktor örneğinde garantiden çok şarta bağlı bir sözleşme niteliği bulunmaktadır. Ancak, bu sonuç imkansızlıkla ilgili bir ölçütten ziyade başka birisinin teşebbüsünün riskinin yüklenilmemesi sonucu ile ilgilidir. Şayet böyle bir sonuca ulaşılmakta ise böyle bir örnekte de garantinin varlığı kabul edilmelidir.

Yapım sözleşmeleri bakımından da örneğin otoyol projesi için verilmiş bir asgari ekonomik menfaat taahhüdünde, idarenin edimi ifa borcunun yeterli araç sayısına ulaşamaması şartına bağlı bir eda borcu mu olduğu, yoksa bir saf garanti taahhüdü mü olduğunu bu taahhüt bakımından tespit etmek gerekmektedir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bir sözleşme içerisinde yer alsa da bu taahhütler şart olarak kabul edilemez. Bunlardan gelire ilişkin verilen bir kısım taahhütler, saf garanti taahhüdüdür. Zira, yatırımcıya verilen bu taahhütlerin ana amacı yatırımcıyı yatırım yapmaya sevk ve teşvik etmektir. Her ne kadar bir babanın çocuğunu ders çalışmaya sevk ve teşvik etmek için belirli bir nota sahip olması durumunda ona araba alacağını taahhüt etmesi geciktirici şarta bağlı bağışlama sözleşmesi⁹⁶⁴ olarak kabul edilmiş ise de, söz konusu örnekte bağışlama amacı yer almaktadır. Oysa ki, yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde hiçbir şekilde bağışlama amacı yoktur. Bu taahhütlerin yegane amacı, yatırımcıyı yüksek maliyet gerektiren yatırımı yapmaya sevk ve teşvik etmek, onu ikna etmektir⁹⁶⁵. Böylece yatırımcı, netice itibarıyla yatırım sonucunda işletmeye geçince para kazanamama riskini

⁹⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1199.

⁹⁶⁵ Arık, s. 49.

hiç değilse belirli bir miktara kadar bertaraf etmiş olur. Taahhütler, yapılacak yatırımın ticari risklerini belirli bir tutara kadar temin etmektedir. Bu taahhütler asli ve bağımsız bir biçimde yer aldığı sürece saf garanti olarak değerlendirilecektir.

3. Edim Yükümlülüklerinin Teyitleri ile Karşılaştırma

Sözleşmelerde bazen, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olaydan doğacak zararın temin edilmesi değil de borçlunun kendi edimini yerine getireceğine dair teminat vermesine rastlanır. “Yüklenici olarak sözleşme konusu inşaat işlerinin belirli bir tarihte bitirileceğini taahhüt etmek” ifadesi ile “Yüklenici olarak sözleşme konusu inşaat işlerinin belirli bir tarihte bitirileceği konusunda teminat vermek” ifadesi arasında hukuken bir fark bulunmamaktadır. Sadece teminat verme ifadesi bir garanti sözleşmesinin doğumuna neden olmaz. Böyle bir durumda ancak, borçlunun alelaide bir edim yükümlülüğünün teyidi söz konusudur⁹⁶⁶.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bazen taahhüt eden, ediminin kapsamı gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaya bağlanmış olsa da, her halükarda diğer tarafa asgari belirli bir meblağı ödemeyi taahhüt eder. Yukarıda koşulu incelerken yer verilen artist ve anonim şirkete ortak olma örneklerinde belirli bir yüzde üzerinden ücret ödenmesi kararlaştırılmış ancak her halükarda gelirin belirli bir asgari tutarı düşmeyeceği konusunda taahhütlerde borçlunun kendi edim yükümlülüğünü mü teyit ettiği yoksa bir garanti sözleşmesinin mi bulunduğu tespiti büyük önem taşır. Bu konudaki tartışmalara yukarıda yer verilmiştir⁹⁶⁷.

Yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından yukarıda yer alan örnekler çok önemli benzerlikler göstermektedir. Gerçekten de hem belirli bir yüzde alacak olan artist hem de belirli bir ücret alacak olan ortak örneği belirli bir tutarda kazancı temin edilmiş yatırımcıya çok benzemektedir. Ancak, yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde yatırımcı ile taahhüt

⁹⁶⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 836; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s.16.

⁹⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm, IV, E, 2.

ilişkisinde olan iş sahibidir. Yatırımcı, yatırım ile ilgili kullanım bedelini bu yatırımın kullanıcılarından almaktadır. Şayet, yatırım belirlenen asgari düzeyden fazla gelir getirir ise iş sahibinin bir ödeme yükümlülüğü de olmayacaktır. İş sahibinin yatırımcı ile var olan sözleşmesel ilişkisi ayrı yatırımcının bu yatırımı kullanan müşterileri ile var olan sözleşmesel ilişkisi ayrıdır. Buna karşın artist ve müdür örneklerinde hem sabit asgari tutarı hem de asgari tutar üstündeki tutarı aynı kişi olan gösteriyi düzenleyen veya anonim şirket ödemektedir. Gösteriyi düzenleyen veya anonim şirket belirlenen asgari tutar veya üstü olsun her durumda artist veya müdürün ücretini ödeme borcunun yükümlüsü olmaktadır⁹⁶⁸.

Yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde iş sahibi idare, bu taahhütleri kendi edim yükümlülüğünün teyidi için vermemektedir. Her şeyden önce örneğin bir otoyolda geçecek araçların sayısı iş sahibinin kendi iradesine de bağlı değildir. Kim olduğu dahi bilinmeyen ve tamamen tesadüfi olacak şekilde bu yatırımı kullanacak kişilerin sayısının taahhütte belirlenen sayıya ulaşmaması ile birlikte bunun hukuki sonucu iş sahibi idarenin aradaki farkı yatırımcıya tazmin etmesi olacaktır. Bu yönü ile söz konusu taahhütlerin bir edim yükümlülüğünün teyidi değil, garanti niteliğinde olduğu görülmektedir.

4. Bağımsız Olmayan Teminat Hükümleri İle Karşılaştırılması

a. Genel Olarak

Bir sözleşmede taraflardan biri kanunen sorumlu olmadığı bir riski sözleşmedeki düzenleme ile kendi üzerine aldığı takdirde asıl sözleşmeden bağımsız olmayan (fer'i) bir teminat hükmünden söz edilir⁹⁶⁹. Bağımsız olmayan teminat hükümleri, fer'isi oldukları

⁹⁶⁸ Bu sonuç Tandoğan tarafından verilmiş bir başka örnek ile de aynı doğrultudadır. “Bu haller, bir fabrika sahibinin kendisiyle hizmet sözleşmesi yaptığı doktora kasaba halkının kendisine belirli bir tutar getireceği hususunda garanti sözleşmesi niteliğinde teminat vermesinden farklıdır; söz konusu tutarı fabrika sahibi kasaba halkından tahsil edip vermeyecektir; hekim her hasta ile yaptığı sözleşme uyarınca kendisi alacaktır; halbuki gösteri ve anonim ortaklık örneklerinde artiste ve müdüre sabit asgarinin üstündeki miktarı da gösteriyi düzenleyen kişi veya anonim ortaklık verir. Yani doktor üçüncü kişilerle kendi ad ve hesabına sözleşme yaptığı halde, artist ve müdür üçüncü kişilerle olan ilişkilerde taraf değildirler.” Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 837, dn. 116.

⁹⁶⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 54; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 12; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 832; Kahraman, s. 96 vd.; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti*

sözleşme hükümlerine tabi olup, o sözleşmeye bağlı yan taahhütlerdir⁹⁷⁰. Taahhüdü veren bu taahhütlerle başta ayıptan doğan kanuni sorumluluğu olmak üzere kanundan doğan sorumluluklarını genişletmekte ve ağırlaştırmaktadır⁹⁷¹. Örneğin, satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk süresinin sözleşme ile uzatılması, ayıptan sorumluluğun kapsamının genişletilmesi, satılan bir parfümün kokusunu şişe açıldıktan sonra da beş yıl boyunca koruyacağının taahhüt edilmesi, satılan fabrikanın üretim kapasitesinin beş yıl boyunca belirli bir miktarı koruyacağının taahhüt edilmesi, bir ürünün fermuarının çok uzun kullanımlarda dahi bozulmayacağının taahhüt edilmesi, bir giysinin çok sayıda yıkamada dahi rengini kaybetmeyeceğinin taahhüt edilmesi gibi taahhütler içinde bulundukları satış sözleşmesinin hükümlerine tabi olacaktır.

“Bağımsız olmayan” ifadesi bu teminat taahhütlerinin satış sözleşmesinden ayrı ve bağımsız olmadığını ve satış sözleşmesine bağlı yan taahhüt olduğunu ifade etmektedir. Bağımsız olmayan teminat hükümleri, kefalet sözleşmesi gibi fer’i borç doğuran sözleşmeler ile de karıştırılmamalıdır. Zira, bağımsız olmayan teminat hükümleri, sözleşme içinde yer alan ve o sözleşmeye tabi olan bir “yükümlülük” ve “hüküm” olup, kendi başına bir sözleşme olması söz konusu değildir. Buna karşılık kefalet gibi sözleşmelerde fer’ilik, temel ilişkideki sözleşme ile var olan bağ bakımından olup, kefalet sözleşmesi temel ilişkideki sözleşmeden ayrı bir sözleşmedir.

Örneğin, S, A’ya bir halı dokuma makinesi satmış, kanunda iki yıl olan ayıptan doğan sorumluluk süresini uzatarak beş yıla çıkarmıştır. Satış bedelinin bir kısmının sonra ödenmesi konusunda anlaşmışlardır. K, S’ye karşı, A’nın borcu için kefil olmuştur. Halıları satarken ayrıca S, çok pahalı ve son model olan bu halı dokuma makinesini A’ya satabilmek için bu makinenin çok iyi halılar dokuduğunu, A’nın bu makine ile dokuduğu halılardan bir yıl boyunca ayda en az bin metre kare satacağının da taahhüdünü vermiştir. Böyle bir örnekte, ayıptan doğan sorumluluk süresinin uzatılması bağımsız olmayan bir

Taahhütleri, s. 326 vd.

⁹⁷⁰ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 326; Kahraman, s. 119.

⁹⁷¹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 14; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 834-835; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 55; Kahraman, s. 103.

teminat hükmüdür. Dördüncü yılda ayıpla ilgili bir ihtilaf çıktığında, satış sözleşmesinin ayıba ilişkin hükümleri uygulanacaktır. K'nın verdiği kefalet, K bakımından fer'i bir borç doğursa da tamamen ayrı bir sözleşme niteliğinde olup, kefalet ile ilgili ihtilaflarda satış sözleşmesinin hükümleri değil, kefalet sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır. S tarafından A'ya verilen bu makine ile dokuduğu halılardan bir yıl boyunca ayda en az bin metre kare satacağı taahhüdü ise, A'yı satın almaya teşvik etmek için verilen ve en az ayda bin metre kare halının satılacağı konusunda riskleri temin eden bir saf garanti taahhüdünü içermektedir. Görüldüğü gibi, taahhüdün niteliğinin tespit edilmesi o taahhüde uygulanacak hükümleri değiştirmektedir.

O halde taraflar, sözleşme serbestisi kapsamında kanunun kendilerine yüklediği riskleri de sözleşmenin kapsamı içerisine alabilecektir. Bağımsız olmayan teminat hükümlerine her sözleşmede rastlanmakla birlikte, edim sonucunu konu edinen eser, kira ve özellikle satış sözleşmelerinde sıklıkla bu nitelikteki taahhütlere rastlanmaktadır⁹⁷².

Bununla birlikte bağımsız olmayan teminat hükümlerini, yasal sorumluluk hükümlerinden ayırmak gerekir. Satılarda, bildirilen ve beklenen nitelikler bakımından mevcut eksikliklerin ortaya çıkardığı risk, kanun tarafından özel olarak teminat altına alınmış ve bu konuda alıcı korunmuştur (TBK m. 219 vd.). İşte bu eksikliklere karşı alıcının sahip olduğu hakların bütününe ayıptan sorumluluk adı verilmektedir⁹⁷³. Ayıptan doğan kanuni sorumluluğun kapsamı içinde yer alan bir taahhüt ne bir garanti sözleşmesi ne de bir bağımsız olmayan teminat hükmüdür. Ancak, söz konusu kanuni sorumluluğun kapsamının taraflarca değiştirilmesi veya genişletilmesi halinde bağımsız olmayan teminat hükümlerinden söz edilebilecektir⁹⁷⁴.

⁹⁷²Kadir Berk Kapancı, "Satım Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2009) s. 106; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 319 vd.

⁹⁷³Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 100; Cevdet Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1989, s. 61.

⁹⁷⁴Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 55; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 832; Kahraman, s. 101; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 326.

Bağımsız olmayan teminat hükümleri ile bağlantılı garanti sözleşmelerini birbirinden ayırmak bazen son derece güçtür. Her ikisi de diğer tarafı sözleşme yapmaya teşvik etmek için verilir. Her ikisi de sözleşme içerisinde bir kayıt olarak yer alabilir. Aynı kişi hem garanti hem de bağımsız teminat yükümlülüğü yüklenmiş de olabilir. Bununla birlikte bir kimse zaten sorumlu olduğu bir fiili için garanti veremez. Örneğin, satış sözleşmesi yapılması halinde satışa konu malı teslim edeceği konusunda satıcı garanti veremez. Teslim, zaten bu sözleşme kapsamında satıcının yükümlülüğüdür. Buna karşın, satıcı sorumlu olmadığı bir konuda satıcıyı sözleşmeye teşvik için garanti verebilir. Örneğin, satıcı satın alınan mallardan en az yüzde beş kazanacağını taahhüt eder ise, bu geçerli bir garanti sorumluluğu doğuracaktır⁹⁷⁵.

b. Satış Sözleşmelerinde Süreye İlişkin ve Belirli Bir Vasıf İçin Verilen Taahhütler

Satış sözleşmelerinde alıcıyı sözleşme yapmaya sevk etmek için ayıba ilişkin sorumluluğun uzatıldığı ve belirli niteliklerin taahhüt edilmesi gibi durumlara sıklıkla rastlanmaktadır⁹⁷⁶. Satılarda bulunması gereken nitelikler ve satılanın belirli bir niteliğe sahip olduğuna ilişkin taahhütler satıcının ayıptan sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir.

Satılanın bozuk, yırtık, kırık, lekeli olması gibi maddi yapısı ile ilgili özelliklerine ilişkin eksiklikler kullanımı etkilediği ölçüde maddi ayıp olarak nitelendirilir. Ekonomik ayıplar ise satılanın değerini ekonomik olarak düşüren eksikliklerdir. Örneğin, çok az elektrik harcadığı belirtilerek satılan klimanın çok fazla

⁹⁷⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 55; Aynı şekilde satılan taşınmazla ilgili ileride imara açılacağını taahhüt edilmesi, satılan bir işletmenin ileriki beş yılda gelirlerini belirli bir miktarda artıracığının taahhüt edilmesi, satış sözleşmesinde gerekli ihraç izinlerinin alınacağını taahhüt edilmesi gibi hallerde garanti sözleşmesinden söz edilebilecektir. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 835.

⁹⁷⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 57-58; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 324; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 94; Aral/ Ayrancı, s. 119; Zevkliler/ Gökyayla, s. 114; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 141 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 106 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I*, s. 81.

elektrik harcaması ekonomik ayıptır. Bunun dışında satılanın hukuki nitelikleri de ayıba karşı sorumluluk kapsamındadır. Bu kapsamda satılan arsada imar izni olmaması, inşaatla elverişli olmaması, satılan araca gümrük müdürlüğünün el koyması gibi durumlar hukuki ayıp teşkil eder⁹⁷⁷. Satılarda bulunması gereken nitelikler zaten kanunun ayıptan sorumluluk hükümlerinin kapsamına girmektedir. Satıcı, hiçbir nitelik vaad etmese bile kanun gereği ayıptan sorumlu olmaktadır. Ayıptan doğan kanuni sorumluluğa ek olarak satıcı, bir niteliği vaad ettiğinde, bu taahhüdün bağımsız olmayan teminatlardan garanti taahhüdüne kadar bir taahhüt alanında yer alması ihtimali ortaya çıkmaktadır⁹⁷⁸.

Satım konusu malın belirli maddi, ekonomik veya hukuki vasıflara sahip olduğuna ilişkin taahhütler, nitelik vaadi olarak adlandırılmaktadır⁹⁷⁹. Bir diğer ifade ile nitelik vaadleri satım konusu maldan haklı olarak beklenebilecek özellikler yanında onun bazı özel niteliklere de sahip olduğuna ilişkin taahhütlerdir⁹⁸⁰. Böylece satıcı kanunun düzenlediği ayıptan sorumluluğun kapsamını genişletmektedir⁹⁸¹. Satıcı tarafından nitelik vaadi yapıldığında, artık satılanın ortalama bir niteliğe sahip olması yetmemektedir. Böyle bir halde satıcı, borcunu ancak vaad ettiği niteliklere uygun bir malı teslim etmek sureti ile yerine getirebilir⁹⁸². Bir vaadin nitelik bildirimi sayılabilmesi için niteliğe ilişkin vaadin sözleşmenin yapılmasına neden olacak ve alıcıların sözleşme yapmasını etkileyecek nitelikte ciddi olması gereklidir. Bu bakımdan alıcıları etkilemeyecek nitelikte vaad içeren sadece övgü, reklam, tavsiye niteliğinde olan en kaliteli deterjan, lüks daire gibi ifadeler TBK m. 219 kapsamında nitelik bildirimi değildir⁹⁸³.

⁹⁷⁷ Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 62; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 105-106; Aral/ Ayrancı, s. 119; Zevkliler/ Gökyayla, s. 116; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 72-73. Yargıtay bir kararında ayıbın çeşitlerini şu şekilde açıklamıştır: “Maddi ayıp bir maldan madden hata bulunmasıdır (örneğin malın yırtık, kırık, bozuk, lekeli olması gibi). Hukuki ayıp malın kullanımının hukuka sınırlandırılmış olmasıdır (malın üzerinde rehin, haciz, intifa hakkı gibi kısıtlamalar bulunması gibi). Ekonomik ayıp ise malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır.” Yarg. HGK, E. 2017/19-1657, K. 2019/744, T. 20.06.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi: 02.09.2020).

⁹⁷⁸ Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 67.

⁹⁷⁹ Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 65; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 141. Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 81; Aral/ Ayrancı, s. 119; Zevkliler/ Gökyayla, s. 114; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 106.

⁹⁸⁰ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 352.

⁹⁸¹ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 352.

⁹⁸² Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 67; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 107.

⁹⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 107; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 142; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili*

Satıcı malın belirli bir niteliğe sahip olduğu hususunda teminat verdiğiğinde ayırımla ilgili sorun yaşanmaktadır. Örneğin⁹⁸⁴, satılan mobilyanın meşe olduğu, halının Hereke halısı olduğu, zeytinyağının sızma ve belirli yoğunlukta olduğu, tablonun gerçek olduğu, çizmelerin su geçirmez olduğu (maddi vasıflar), makinenin belirli bir üretim kapasitesine sahip olduğu, işletmenin belirli bir kazançla sahip olduğu, ikinci el otomobilin kilometresinin gerçek ve şu kilometrede olduğu veya ayıpsız ve kazasız olduğu, evin kira ve faizinin belirli bir miktar olduğu (ekonomik vasıflar), satılan arsanın imarla ilgili bir sorununun olmadığı⁹⁸⁵ (hukuki vasıf) satıcı tarafından taahhüt edilmiş olabilir.

Satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk⁹⁸⁶ için bir süre kararlaştırılmadı ise, zamanaşımı süresi⁹⁸⁷ aynı zamanda ayıptan doğan sorumluluk süresi olacaktır⁹⁸⁸. Satıcının garanti süresinin uzatılmasına ilişkin taahhütleri ile nitelik vaadlerinin ne zaman ayıptan sorumluluk hükümlerinin kapsamını aştığı ve saf garanti taahhüdü niteliği kazandığını incelemek gerekmektedir. Buna ilişkin kıstaslara aşağıda yer verilecektir.

c. Ayrımın Önemi

Tüm benzerliklerine rağmen bağımsız olmayan teminat hükümleri ile bağlantılı garanti sözleşmeleri birbirinden farklıdır. Satım sözleşmesi kapsamında yer alan garantilerin ne zaman asli bir borç doğuran nitelikte garanti sözleşmesi niteliği kazandığının tespit edilmesi son derece önemlidir. Zira, bu tespitin neticesine göre

Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri, s. 352; Karş. 6502 s. TKHK “Ticari Reklam” başlıklı m. 61.

⁹⁸⁴ Örnekler için bkz. Kahraman, s. 105.

⁹⁸⁵ Belirtmek gerekir ki böyle bir taahhüdün nitelik vaadi sayıldığı durumlarda, hakim görüşüne göre nitelik bildirme, taşınmaz satış sözleşmesinin şekline tabi olmayacaktır. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 108; Yavuz/Acar/Özen, s. 142.

⁹⁸⁶ Uygulamada ayıptan doğan sorumlulukla ilgili garanti süresi, garanti belgesi, garanti ifadeleri kullanılmakta ise de bu ifadelerin kullanılması sözleşmenin garanti olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Bu hallerde genel olarak teknik anlamda bir garanti taahhüdü değil, asıl sözleşmeye ait bir taahhüt vardır. Kahraman, s. 101; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 342 vd.

⁹⁸⁷ Satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumlulukta zamanaşımı süresi TBK m. 231 f.1’e göre 2 yıldır.

⁹⁸⁸ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 345. TBK m. 231 f. 1’de düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresinin taraflarca uzatılması yanında kısaltılmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 124-125.

uygulanacak hükümler de değişmekte, satım sözleşmesi hükümlerinin yerini garanti sözleşmesine uygulanacak hükümler almaktadır⁹⁸⁹. Satıcı tarafından verilen bağımsız olmayan teminat hükümlerinin nitelikleri ayıp hükümlerine benzer ve ayıp hükümleri ile aynı sorumluluk alanını düzenler. Bu nedenle bazı durumlarda TBK m. 221'in sınırlamalarına tabi olmak kaydı ile⁹⁹⁰ bağımsız olmayan teminat hükümleri, ayıptan doğan sorumluluğu kaldırabilir. Buna karşın ayıptan sorumluluk hükümleri ile saf garanti taahhütleri farklı (birbiri ile çakışmayan) risk alanlarında olduğundan aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece bu iki hak da varlığını sürdürecektir ve her iki haktan doğan talepler yarışacaktır⁹⁹¹.

Bağımsız olmayan teminat hükümleri, ayrı bir sözleşme niteliğinde olmayıp, kanuni sorumluluğu genişleten ve ağırlaştıran nitelikte içinde bulunduğu sözleşmenin bir hükmü mahiyetindedir. Bunlar, asıl sözleşmenin bir parçası mahiyetinde olup, bu sözleşmenin hükümlerine ve kaderine tabi olurlar. Örneğin satış sözleşmesi bakımından bağımsız olmayan teminat taahhütleri, satış sözleşmesinde yer alan yan taahhütler olarak kabul edildiğinden bunlara da satış sözleşmesinin hükümleri uygulanır. Bu bakımdan ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyas yolu ile bağımsız olmayan teminat hükümlerine de uygulanacaktır⁹⁹². Bağımsız olmayan (fer'i) teminat hükümleri, içinde bulundukları sözleşmeden bağımsız değildir. Bunlar sözleşmeye bağlı yan taahhütlerdir⁹⁹³.

Buna karşılık garanti sözleşmeleri başka bir sözleşme ile birlikte bulunsa dahi, birlikte bulundukları sözleşmenin hükümleri değil, garanti sözleşmelerinin hükümleri uygulanır⁹⁹⁴. Garanti taahhütleri bağlı bulundukları sözleşmenin varlığı ve geçerliliğinden etkilenmeksizin hüküm ve sonuç doğurur. Bir diğer ifade ile, garanti

⁹⁸⁹ Kapancı, *Satım Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*, s. 113.

⁹⁹⁰ TKHK m. 8-12 kapsamında tüketici aleyhine yapılan değişiklikler geçersiz olacaktır.

⁹⁹¹ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 358.

⁹⁹² Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 329; Kahraman, s. 119. Cavin tarafından ayıptan sorumluluk hükümlerinin kıyas yolu ile sözleşmesel garanti taahhütlerine de uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bkz. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 65.

⁹⁹³ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 326; Kahraman, s. 119.

⁹⁹⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 55-56.

taahhütleri bir sözleşme içerisinde yer alsada o sözleşmeden bağımsızdır.

Ayrımın diğere bir önemi de, bağımsız olmayan teminat hükümlerinin en çok görüldüğü ayıptan doğan sorumluluk bakımından hakların kullanılabilmesi için külfetlerin yerine getirilmesi gerekirken⁹⁹⁵, saf garanti taahhüdü bakımından böyle bir külfet olmaksızın garanti verene müracaat edilebilecektir⁹⁹⁶. Açık ayıplar bakımından var olan derhal gerekli muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesine dair hükümlerin bağımsız teminat taahhütleri için de aynen geçerli olacağı savunulmuşsa da⁹⁹⁷, bir başkaga görüşe göre⁹⁹⁸ ayıptan doğan sorumlulukta dahi alıcının haklarını kısıtladığı için eleştirilere maruz kalan bu hükümlerin uygulaması iradi olarak verilen garanti taahhütlerine uygulanacak şekilde genişletilmemelidir.

Ayrımın bir diğere önemi de bağımsız olmayan teminat taahhütlerinin ilgili sözleşme hükümlerine tabi olmasına rağmen, garanti sözleşmesinin garanti hükümlerine tabi olmasıdır. Bu nedenle örneğin, satış sözleşmesinde ayıba ilişkin sorumlulukla ilgili verilmiş bir bağımsız olmayan teminat hükmü, iki yıllık zamanaşımına tabi (TBK m. 231 f. 1.) iken, garanti sözleşmesi kapsamındaki alacak hakkı genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146)⁹⁹⁹.

Zamanaşımı konusunda ayrımın bir diğere önemi de bağlantılı da olsa garanti sözleşmesinin tabi olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 148 nedeni ile taraflarca değiştirilemez. Buna karşın ayıba ilişkin sorumlulukta TBK m. 231 kapsamında satıcının daha uzun bir sorumluluk üstlenmesi ve zamanaşımının uzatılması mümkün olacaktır¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁵ Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 128.

⁹⁹⁶ Kahraman, s. 107; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, 337; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 109; Bununla birlikte garanti sözleşmelerinde de bu tür külfetlerin kararlaştırılabileceği hakkında bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 22; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 337; Ayrıca yukarıda ivazsızlık unsuru ile ilgili açıklamalarımızın yer aldığı bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, d.

⁹⁹⁷ Heim, s. 62, (Aktaran: Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 330).

⁹⁹⁸ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 330.

⁹⁹⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 60-61; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Kahraman, s. 108; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 109.

¹⁰⁰⁰ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 347.

Bu hüküm kıyasen bağımsız olmayan teminat hükümlerinde de uygulanacaktır¹⁰⁰¹.

Garanti sözleşmesi bakımından garanti alan, garanti verenden en nihayetinde uğramış olduğu zararın tazminini talep edecektir. Buna karşın, bağımsız olmayan teminat hükümlerinde ve ayıba ilişkin sorumlulukta tazminat yanında, ifa, onarım, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep edebilecek, hatta sözleşmeden dönebilecektir¹⁰⁰².

Son olarak ayrımın bir diğer öneminin, asıl sözleşme herhangi bir sebeple sona erse de saf garanti taahhüdünün bundan etkilenmemesi olduğu, ifade edilmiştir¹⁰⁰³. Bunun için verilen örneğe göre¹⁰⁰⁴; bir aracın üreticisi olan firmanın verdiği 100 bin km için bedelsiz onarım taahhüdü ile bayinin verdiği aynı taahhüt farklı hükümlerin uygulanmasına yol açacaktır. Üretici, müşterilerin kendi ürünlerini alması için, onları bu davranışa sevk edecek nitelikte bağımsız bir saf garanti taahhüdü vermiştir. Bayi, ise bu taahhüdü satış sözleşmesi içerisinde bağımsız olmayan fer'i bir taahhüt olarak vermiş olup¹⁰⁰⁵, sözleşme sona erdiği takdirde bu taahhüt ile bağlı kalma gibi bir iradesi bulunmamaktadır. Bayi böyle bir taahhüt vermiş ancak alıcı borcunu ödemediği için sözleşmeden dönmüş, bu sırada araç alıcıda iken arıza yapmış ise, bayinin taahhüdü bağımsız olmayan bir teminat niteliğinde olduğundan sözleşmeden dönülmüş olması nedeni ile alıcı bayiye başvuramayacaktır. Buna karşın, aynı örnek bakımından, üreticinin vermiş olduğu taahhüt saf garanti taahhüdü niteliğinde olduğundan fer'i olmayan garantiyi sözleşmeden dönme etkilemeyecek üretici firmaya garanti kapsamında başvurulabilecektir.

d. Ayrım İçin İleri Sürülen Kistaslar

Bir taahhüdün asıl sözleşmesinin çerçevesini aşması halinde garanti sözleşmesine müracaat edilmesi gerekse de bu sınırın nasıl tespit edileceği sorunu ortaya

¹⁰⁰¹ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 344.

¹⁰⁰² Kahraman, s. 108; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 61.

¹⁰⁰³ Kahraman, s. 107.

¹⁰⁰⁴ Örnek için bkz. Kahraman, s. 107.

¹⁰⁰⁵ Stammler'ın aşağıda incelenecek kıtasına göre burada bayi bakımından garanti niteliğinde bir taahhüdün varlığı sonucuna varılabilirse de bu kıtas, her zaman kesin ve geçerli değildir. Zira, burada satıcı söz konusu taahhüdü satım sözleşmesi sürdüğü müddetçe ve bu kapsamda vermektedir. Kahraman, s. 110.

çıkılmaktadır. Sözleşmede yer alan bir kaydın bağımsız olmayan bir teminat hükmü mü yoksa bağlantılı bir garanti sözleşmesi mi olduğunu tespit için Stammler şu kıstası ileri sürmüştür¹⁰⁰⁶: Söz konusu teminatı taraflardan biri değil de (tarafların yerine) üçüncü bir şahıs vermiş olsa idi, sözleşmenin tarafında buna (tarafın değil üçüncü kişinin riski temin etmesine) rağmen bu riskle ilgili kısmen de olsa bir sorumluluk kalacak mıydı? Böyle bir durumda şayet sözleşmenin tarafında hala kısmen de olsa bir sorumluluk kalacak ise, yani bu yükümü sözleşmenin tarafının üzerinden alıp, da üçüncü kişiye yüklememize rağmen hala sözleşmenin tarafı bu riskten kısmen de olsa sorumlu olmaya devam ediyorsa ortada bağımsız olmayan bir teminat hükmü vardır. Bu halde, gerçekte tek bir sözleşme vardır, bir garanti sözleşmesinden bahsedilemez. Buna karşın, sözleşmenin tarafı yerine üçüncü şahsın teminat vermesi ihtimalinde sözleşmenin tarafında o teminat ile ilgili hiçbir sorumluluk kalmıyor ise, yani sözleşmenin tarafından bu yükümleri alıp, üçüncü şahsa yüklediğimizde sözleşme tarafının bu riskten dolayı sorumluluğu da kalkıyor ise, işte o zaman garanti sözleşmesi var demektir. Böyle bir halde birbirinden ayrı iki sözleşmenin tesadüfen bir araya gelmesinden bahsedilir.

Stammler tarafından bu kıstası açıklamak için verilen örnekte, A, B'ye evini kiraya vermiştir. A, B'ye karşı kendi kusuru olmaksızın evin zarara uğraması halinde sorumlu olmayı kabul etmiştir. Burada kıstasa konu soruyu sormak gerekir. A, B'ye böyle bir taahhütte bulunmasaydı da A'nın yerine C, B'ye bu taahhütte bulunsa idi, A yine de kira sözleşmesi kapsamında kendi kusuru olmaksızın evin zarara uğraması halinden kısmen de olsa sorumlu olacak mıydı? A yerine üçüncü şahıs bu riski teminat altına almış olsa idi dahi, A'nın kira sözleşmesi hükümleri uyarınca kiralanana kiracıya elverişli bir halde bulundurma borcu bulunduğundan bu kapsamda sorumlu tutulması söz konusu olacaktı. İşte bu nedenle burada bir garanti sözleşmesi bulunmamaktadır.

Kahraman'a göre¹⁰⁰⁷ bu örnekte fer'i bir taahhüt dahi bulunmamakta, zaten kiraya verenin kira sözleşmesi kapsamında var olan asli borcu¹⁰⁰⁸ tekrar edilmektedir.

¹⁰⁰⁶ Stammler, s. 8 vd. (Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 56; Kahraman, s. 109).

¹⁰⁰⁷ Kahraman, s. 109.

¹⁰⁰⁸ TBK m. 301'e göre kiraya veren kiralanana kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince

Kanaatimizce, bu düşünce haklıdır. Zira, bu örnekte kiraya verenin taahhüdü kanun gereği var olan sorumluluklarını genişletici bir mahiyette de görünmemektedir. Bu taahhüt edim yükümlülüklerinin teyidinden başka bir nitelik taşımamaktadır.

Yukarıda yer alan örneğe karşın Stammeler tarafından verilen ikinci örnekte; A, B'ye bir tarlasını hasılat kirasına verse ve belirli bir miktarda hasılat elde edeceğini temin etse, burada artık bir garanti sözleşmesi vardır. Zira, A yerine üçüncü bir şahıs bu taahhüdü verse idi, hasılatın belirlenen miktarın altında kalması durumunda sözleşmenin tarafı olan A'ya sorumluluk yüklenemezdi. Çünkü hasılat (ürün) kirasında, TBK m. 360 kapsamında kiraya verenin borcu, kiralananı sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir şekilde kiracıya teslim etmek ve bulundurmaktan ibarettir¹⁰⁰⁹. Kiraya verenin bunun dışında elde edilecek ürünün miktarı ve niteliği ile ilgili hiçbir sorumluluğu bulunmamakta olup, kiraya verenin kiralananla ilgili belirli bir verimlilik miktarından sorumlu olabilmesi için bu taahhüdün açıkça sözleşmede yer alması, yani bir garanti taahhüdü bulunması gerekmektedir¹⁰¹⁰. İşte tam da bu noktada böyle bir taahhüdün verilmesi halinde var olan sözleşmenin dışına çıkılmakta, sözleşmenin kapsamı içerisine girmeyecek bir risk üstlenilmektedir.

Stammeler tarafından öne sürülen kıstas genel olarak kabul görmekle birlikte kesin olmayıp, her somut olayın özelliklerine bakılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰¹¹. Böyle bir ayrımı sadece bu kritere dayanarak yapmak neredeyse olanaksızdır.

Doktrinde bu görüşün her zaman doğru sonuçlar vermeyeceğini ifade eden Kahraman şu örneği vermiştir¹⁰¹²: Bir bilgisayarın satın alınması ile ilgili olarak satıcı tarafından da üretici tarafından da beş yıl boyunca onarım taahhüdü verilmiş olduğunu varsayalım. Böyle bir ihtimalde, Stammeler'in kıstası uygulandığında hem satıcı hem

kullanıma elverişli bir şekilde bulundurmakla yükümlüdür. Bkz. Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 121 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 397; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I*, s. 260-261; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 327; Zevkliler/ Gökyayla, s. 254 vd.; Aral/ Ayrancı, s. 272.

¹⁰⁰⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 708; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 436.

¹⁰¹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 437.

¹⁰¹¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 57; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Kahraman, s. 110.

¹⁰¹² Kahraman, s. 110.

Üretici için kanuni süreleri aan kısım bakımından verilen taahhütler bağımsız bir garanti taahhüdü olarak değerlendirilecektir. Oysa ki, satıcı bakımından böyle bir taahhdın satış sözleşmesinden bağımsız olarak satış sözleşmesinin varlığı ve geçersizliğinden etkilenmeden geçerliliğini devam ettireceğini kabul etmek olanaksız gözükmektedir. Bu nedenledir ki herhangi bir sebeple taraflardan biri sözleşmeden dönerse sözleşme kapsamında verilen bu taahhüt de sona erecektir. Buna karşın aynı taahhüdü veren üreticinin verdiği taahhüt, satış sözleşmesinden bağımsız bir garanti taahhüdü niteliğinde olup, satış sözleşmesinden dnlse dahi üreticinin garanti taahhüdü bağımsız olarak varlığını devam ettirmektedir¹⁰¹³.

Satış sözleşmesinde ise, satıcı tarafından yapılan nitelik vaadlerinin hangi ana ilişkin olduğuna göre çözüme ulaşılmaktadır. Aynı çözümün satış yanında trampa bağışlama gibi bir şeyin mülkiyetini devreden sözleşmelerde ve konusu maddi bir şeyin imali olan eser sözleşmelerinde de uygulanacağı ifade edilmiřtir¹⁰¹⁴. Buna göre, bir satış sözleşmesinde, hasarın geçiş anında veya geçmişte satılanın belirli bir niteliğe sahip olduğu taahhüt ediliyor ise bu taahhdın bağımsız olmayan bir teminat hükmü olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹⁵. Bu ihtimalde taahhdın kapsamına giren risk geçmişe yönelmektedir.

Buna karşın malın sahip olduğu niteliklerin ileride de devam edeceği veya gelecekte bazı niteliklerin var olacağı ile ilgili verilen taahhütler bakımından bazı görüşler ne srlmştir.

Bir görüşe gre¹⁰¹⁶, hasarın geçiş tarihinden sonrası için gelecekte de mevcut vasıfların devam edeceğini vaad etmek bir saf garanti taahhüdüdür. Zira, burada belirli bir sonucun gerçekleşeceği teminat altına alınmaktadır. Satış sözleşmesinde, örneğin malın ileride belirli bir kazanç sağlayacağı taahhüt edilmiş olabilir.

¹⁰¹³ Kahraman, s. 110.

¹⁰¹⁴ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 14.

¹⁰¹⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 58; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 14.

¹⁰¹⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 59, dn. 15'de belirtilen yazarlar.

Böyle bir taahhüdü, malın söz konusu kazancı sağlayamaması halinde TBK m. 217 vd. kapsamında bir ayıp olarak değerlendirmeye imkan bulunmamakta olup, bu satılanın belirli bir niteliğe sahip olduğuna ilişkin bir vaad değil, belirli bir miktarda kazanç elde edileceğine dair garantidir¹⁰¹⁷.

Diğer görüş¹⁰¹⁸, mevcut vasıfların ileride de devam edeceğini temin etmenin bağımsız olmayan bir teminat hükmü olduğu yönündedir. Örneğin, bir saatin ileride de su geçirmeyeceğinin temini, bir arabanın ileride de belirli bir hız yapabileceğinin temini gibi örneklerde satıcı var olan niteliğin gelecekte de devam edeceğini taahhüt etmektedir. Bu görüşe göre burada, garanti sözleşmesi değil, satış sözleşmesinin bir teminat hükmü bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bağımsız olmayan teminat hükümleri, nitelik vaadine benzese de gelecekteki bir dönemde yer alan rizikoları kapsadığından onu aşan nitelikte akdi taahhütlerdir¹⁰¹⁹.

Reusser ikinci görüşe iştirak etmekle birlikte, dikkate alınması gereken, devamı veya ortaya çıkacağı vaad edilen vasıfların, malın münhasıran en baştaki durumuna mı yoksa sonradan ortaya çıkacak belirsiz neticelere mi bağlı olduğudur. Şayet vaad edilen nitelikler sonradan ortaya çıkacak belirsiz neticelere bağlandı ise artık satış sözleşmesine bağlı bir garanti sözleşmesinden bahsedilmelidir. Reisoğlu da Reusser'in bu görüşüne katılmaktadır¹⁰²⁰.

Tandoğan' a göre¹⁰²¹ de verilen taahhüdün hangi zaman dilimindeki vasıflara ilişkin olduğuna bakılmalıdır. Şayet verilen taahhüt, şeyin hasarın intikal anına kadar olan vasıflarına ilişkin bir risk ile ilgili ise ortada bağımsız olmayan bir teminat hükmü bulunmaktadır. Bağımsız olmayan teminat hükmü ile satıcı veya yüklenici ayıptan doğan kanuni sorumluluğu ağırlaştırmaktadır. Böylelikle satıcı veya yüklenici yokluğundan sorumlu olmadığı bir niteliğin varlığını taahhüt etmektedir. Örneğin, satılan veya imal

¹⁰¹⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 131-132.

¹⁰¹⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 59, dn. 16'de belirtilen yazarlar.

¹⁰¹⁹ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 328.

¹⁰²⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 60.

¹⁰²¹ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 14; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 834-835.

edilen bir halının rengini kaybetmeyeceğinin taahhüt edilmesi, bıçakların paslanmayacağı, makinenin üretim kapasitesinin belirli bir miktarda olacağına yönelik taahhütler bağımsız olmayan teminat hükümleridir. Buna karşın, taahhüdün içerdiği riskin kapsamı, şeyin hasarın intikali anındaki durumuna ve dönemine ilişkin olmayıp, teslimden sonraki dönemde şeyin niteliklerini aşan tehlikelere ilişkin ise o zaman bir saf garanti taahhüdü söz konusu olacaktır. Örneğin, bir eser sözleşmesinde teslimden sonraki dönemde doğacak bir risk üstlenildiğinde bir saf garanti taahhüdünden söz edilir. Yine satılan bir taşınmaz üzerinde inşaata ileride müsaade edileceğinin taahhüt edilmesi, muayenehanesini devreden doktorun alıcıya oradaki hastanede bir göreve getirileceğini taahhüt etmesi, bir işletmenin satışında oranın yıllık gelirinin belirli bir miktarda olacağı, menkul kıymetlerin satışında bunların değerlerinin ileride belirli bir miktarı bulacağı, bir malın ihracı veya ithalini içeren sözleşmelerde bir tarafın gerekli izinleri alacağına ilişkin taahhüt vermesi durumlarında satış sözleşmesi içerisinde yer alan bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilir¹⁰²².

Bir başka örneğe göre de alacağın devri ivazsız olarak yapıldı ise, devreden TBK m. 191 hükmüne göre alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir. Bu hükme karşın, devreden devir tarihi itibarıyla devralana karşı borçlunun borcun varlığını ve borçlunun ödeme gücünü tekeffül etti ise bağımsız olmayan bir teminat hükmü; alacağın devir tarihinden sonraki dönem için bu taahhüdü yaptı ise bir garanti taahhüdünün varlığından söz edilmektedir¹⁰²³.

Yavuz'a göre¹⁰²⁴, ayıptan sorumluluğun kapsamı sadece satılanın hasarının alıcıya geçmesi anında satılанда mevcut olan ayıplar ile sınırlıdır. Nitelik vaadlerinde de bu durum aynı olup, geleceğe ilişkin olgular TBK m. 219'a göre ayıptan sorumluluk kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, bir aletin belirli bir süre çalışacağını taahhüt etmek, hasarın alıcıya geçmesinden önce var olan bir kısım olguları içermediği müddetçe ayıptan sorumluluk kapsamına girmez. Bu şekilde geleceğe ilişkin verilen vaadler, garanti

¹⁰²² Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 14-15.

¹⁰²³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 54-55; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 15.

¹⁰²⁴ Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 64-65.

taahhütlerinin konusunu oluşturlar. Akdi garanti taahhüdü olan bu taahhütlere TBK m. 219 vd. ayıp hükümleri uygulanmasa da bu hükümler arasındaki sıkı bağ nedeni ile en azından kıyas yolu ile bu hükümler uygulanmalıdır¹⁰²⁵.

Eren'e göre¹⁰²⁶, nitelik bildirimi ile nitelik üstlenimi (nitelik taahhüdü ile nitelik garantisi) birbirinden farklıdır. Olağan nitelik bildirimi daha çok hasarın geçtiği döneme ilişkindir. Genel olarak hasarın geçtiği tarih sonrasına ilişkin nitelik ve sonuç bildirimlerini nitelik garantisi (üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve garanti sözleşmesi) saymak gerekir.

Kahraman'a göre¹⁰²⁷, ayırım için taahhüdün bağımsız olup olmadığına bakılmalıdır. Buna göre şu soru sorulmalıdır: taahhüdü alan (alıcı) borca aykırı davranmış, bu nedenle taahhütte bulunan (satıcı) asıl sözleşmeden dönmüş ise, satıcı verdiği teminatın devam etmesi niyetinde midir¹⁰²⁸? Örneğin, bir otomobil satıcısı, alıcıya yüz bin kilometre için ücretsiz onarım taahhüdü vermiştir. Alıcı bedeli ödememiş, satıcı bu nedenle sözleşmeden dönmüştür. Alıcı henüz otomobili iade etmemişken, bir arıza yaşanmış satıcıdan ücretsiz onarım talep etmiştir. Kahraman'a göre bu örnekte, satıcının taahhüdü sözleşmeden dönülmesine rağmen onarımın yapılmasını kapsamamaktadır¹⁰²⁹. Aksi yorum ticari hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu nedenle burada bir saf garanti taahhüdü değil, satış sözleşmesine tabi bağımsız olmayan teminat hükmü vardır. Bu nedenle örnekteki taahhüt için ayıp hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Kahraman tarafından bu konuda değerlendirme yapılan diğer bir örnek de, bir işletmenin satışında gelecek yılki karın taahhüt edilmesidir. Bu örnekte de aynı soru sorulmaktadır. Alıcı, satış bedelini ödemesi, satıcı temerrüt nedeni ile sözleşmeden dönse işletmenin iadesine kadar geçen süreçte bu taahhütle bağlı kalacak mıdır? Burada da asıl sözleşmenin sona ermesiyle taahhüdün de sona ermesinin tarafların iradesi ile sözleşmenin ticari hayatın olağan akışına daha uygun olduğu, bu nedenle burada da fer'i bir teminatın bulunduğu

¹⁰²⁵ Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 65.

¹⁰²⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 109.

¹⁰²⁷ Kahraman, s. 118-123.

¹⁰²⁸ Kahraman, s. 121.

¹⁰²⁹ Kahraman, s. 121.

ifade edilmiştir. Bununla birlikte, tamamen bağımsız bir taahhütte bulunulması halinde saf garanti taahhüdünden söz edilebilecektir¹⁰³⁰.

Kapancı'ya göre¹⁰³¹, ayırım için kapsam, zaman dilimi ve riziko tipinden oluşan üç farklı kıstastan yola çıkılmalıdır. İlk olarak, söz konusu kaydın kanuni ayıp sorumluluğunun kapsamı içerisinde yer alıp almadığı belirlenmelidir. Kayıt, kanuni ayıp sorumluluğu kapsamında ise zaten sorun yoktur, satıcı sadece malda bir özelliğin bulunduğunu bildirmiş, başkaca bir değişiklik meydana gelmemiş ise bir nitelik vaadinden söz edilebilir. İkinci olarak, rizikonun hasarın geçiş anı öncesine mi yoksa sonrasında mı ait olduğuna bakılmalıdır. Risk hasarın geçişi öncesi dönemle ilgili ise nitelik vaadi, sonrası dönemle ilgili ise garanti sözleşmesi söz konusu olabilecektir. Kaydın, kanuni ayıp sorumluluğun kapsamını aşması halinde üçüncü olarak, rizikonun tipine bakılmalıdır. Riziko malın özelliklerine ait ise, bağımsız olmayan teminat taahhüdü, dış etkenlere bağlı olarak malın özelliğini etkiliyorsa bağımsız garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır. Buna göre, bağımsız olmayan teminat taahhütlerinde satıcı, sadece hasarın geçiş anı için değil, malın özelliklerinin gelecekteki hallerine ilişkin rizikolar yüklenmektedir. Buna karşın, garantide artık satış konusu malın özelliklerini aşan bu özelliklerin dışında bir riziko yüklenilmesi söz konusu olmaktadır. O halde bağımsız olmayan teminat hükümleri ile garanti taahhütlerini birbirinden ayırmak için kullanılması gereken kıstas “*rizikonun malın özelliklerine ilişkin olarak satıcının kontrol edebileceği şekilde mi olduğu yoksa malın özelliklerine etki eden dış etkenlerden mi kaynaklandığı kistasıdır*.”¹⁰³² Garanti konusu risk, satım konusu mal üzerinde etkisi olan bir dış alanla ilgili ise, artık bu garantinin satım sözleşmesi hükümlerinin dışına çıktığı ve satımdan ayrı bir garanti sözleşmesi bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰³³.

Bu taahhütler bazen de sadece kanunen belirlenen ayıptan sorumluluğa ilişkin süreyi uzatmak amacıyla verilmektedir. Kanunun belirlediği garanti sürelerini uzatan bu

¹⁰³⁰ Kahraman, s. 122.

¹⁰³¹ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 353.

¹⁰³² Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 356.

¹⁰³³ Kapancı, *Satım Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*, s. 114, dn. 562’de belirtilen yazarlar.

taahhütlerin genel olarak bağımsız bir garanti sonucunu değil, zamanaşımı sürelerini uzatma sonucunu doğuran bağımsız olmayan teminat hükümleri olduğu kabul edilmektedir¹⁰³⁴. Birçok ürün garantili olacak şekilde satışa arz edilmektedir. Öte yandan TKHK m. 56 f. 2 gereği bu kanuna tabi ürünlerin satışında asgari olarak 2 yıllık garanti süresi bulunmaktadır. Bu sürenin satıcı tarafından uzatılması durumunda örneğin satılan ürünün 5 yıl garantisi olduğu taahhüt edildi ise bu görüşe göre, bu zamanaşımının uzatılması anlamını taşıyacaktır¹⁰³⁵. Ancak, kanuni sorumluluk süresinin genişletilmesi şayet malın kullanım ömrünü dahi aşacak nitelikte genişletilmişse artık malın kendi özelliklerinden kaynaklanan bir riskin temininden değil de dış etkenlerden doğacak risklerin teminini konu edinmiş ise, bir garanti taahhüdünün varlığından söz edilebilecektir¹⁰³⁶.

Söz konusu taahhütlerin kanuni sorumluluk süresini uzatmasından değil, tekrar etmesinden bahsedildiği durumlarda ise ne bağımsız olmayan bir teminat hükmünden ne de garantiden söz etmeye olanak yoktur. Böyle bir durumda edim yükümlülüklerinin teyidi söz konusudur¹⁰³⁷. Örneğin, satışa arz edilmiş bir otomobilin kanun gereği zaten 2 yıllık ayıba tekeffül süresi var ise, böyle bir yılda 2 yıllık bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilmez.

e. Değerlendirmemiz

Doktrinde yapılan değerlendirmelerden de görüldüğü gibi konu ile ilgili ayrım oldukça karmaşık ve zordur. Bağımsız olmayan teminat hükümleri ile garanti hükümleri birbirine çok yakın unsurlar içermesine rağmen, ayrımın hukuki sonuçlarının farklı olması ve ayırmada yaşanan güçlük konuyu önemli bir hale getirmektedir.

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki burada üç sorumluluk alanı vardır:

¹⁰³⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 58, dn. 13; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 834; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 326.

¹⁰³⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 58.

¹⁰³⁶ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 327

¹⁰³⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 58; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 326.

kanuni ayıp sorumluluğu, bağımsız olmayan teminat hükmü ve saf garanti taahhütleri. Bu üç alan da teminat çatısı altında bulunmaktadır. Bir diğer ifade ile, her üç alan da bir riskin teminini hedeflemektedir. Böyle bir riskin temini gayesi gütmeyen bir taahhüt, muhtemelen sözleşmedeki alelade bir edim yükümü veya edim yükümlerinin teyidi niteliğinde olacaktır. Böylece ilk olarak bu üç sorumluluk alanını sözleşmedeki diğer tüm hükümlerden ayırmak gerekir.

Kanuni ayıp sorumluluğu, zaten kanun hükümleri ile sabit olan bir sorumluluktur. Bu hükümler sözleşmede buna ilişkin bir hüküm olmadığı müddetçe doğrudan taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacaktır. Buna göre satış sözleşmesi için TBK m. 219 vd., açık artırma ile satışta TBK m. 280, mal değişim sözleşmesinde TBK m. 284, kira sözleşmesinde TBK m. 304-308, eser sözleşmesinde TBK m. 474-478 hükümleri ayıptan sorumluluğu düzenlemekte olup, bu hükümler ayıpla ilgili doğrudan uygulanacaktır¹⁰³⁸.

Bağımsız olmayan teminat hükümleri ise, kanuni ayıp sorumluluğunun taraflarca düzenlenmiş akdi sorumluluk halidir. Taraflar böylelikle kanuni ayıp sorumluluğunun kapsamını genişletmekte, bazen de kanunun izin verdiği ölçüde kanuni sorumluluğu daraltmakta veya kaldırmaktadır. Bağımsız teminat hükümlerine de kanuni ayıp sorumluluğu hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

Zorluk, bağımsız teminat hükümleri ile saf garanti taahhütlerinin nasıl birbirinden ayrılacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu konuda doktrinde farklı durumlar için birçok kıstas ileri sürülmüş ise de konunun bir tek kıstastan yola çıkılarak çözümlenemeyeceği açıktır.

Stammler tarafından ileri sürülmüş kıstasın tek başına sorunu çözemeyeceği konusunda doktrinde görüş birliği vardır¹⁰³⁹. Tam da bu nedenle, uygulamada en çok

¹⁰³⁸ Adi ortaklıkta katılım payını düzenleyen TBK m. 621 f. 3 şu şekildedir: “Bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.” Bu bakımdan ayıptan sorumluluğun kıyas yolu ile uygulandığı bir hal de adi ortaklıktaki katılım payının bir şeyin mülkiyetinden oluştuğu durumlar olmaktadır.

¹⁰³⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 57; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç*

rastlanan sözleşme tipleri ile ilgili bu sözleşmelerin niteliği gereği kendilerine bağlı rizikoları, bu nitelikte olmayan rizikolardan ayırt etmenin yerinde olacağı ifade edilmiştir¹⁰⁴⁰.

Kahraman, ayrımla ilgili kıstasları dört başlıkta toplamıştır. Bunlar; Stammler tarafından ileri sürülen “teminatın üçüncü kişi tarafından verilmesi kıstası”, Reisoğlu ve Kapancı’ya atfedilen “kanuni tekeffüllerin genişletilmesi kıstası”, Gugenheim, Witchi, Priester, Reusser, Lips, Gümüş, Yavuz/ Acar/ Özen, Tandoğan ve Kapancı’ya atfedilen “beyan ve taahhüt edilen vasıfların hangi ana ilişkin olduğuna dayanan kıstas”; Kapancı’ya atfedilen “Kontrol edilebilir riskler kıstası”dır¹⁰⁴¹. Tüm bu kıstasları inceleyen ve eleştiren Kahraman’a göre asıl olan taahhüdün bağımsız olup olmadığının sorgulanmasıdır. Taahhüdün asıl sözleşmenin akıbeti ne olursa olsun, ondan ayrı olarak yaşayabildiği hallerde taahhüt ancak bağımsız kabul edilebilecek ve saf garanti taahhüdünün varlığından söz edilebilecektir.

Kanaatimizce Kahraman tarafından savunulan kıstas ile ilgili iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, savunulan görüşün bir kıstas olmaya elverişli olmamasıdır. İkincisi ise, garanti sözleşmesinin bağımsızlığının ne anlama geldiği ile ilgilidir.

Bağımsızlık garanti sözleşmesinin bir unsuru olup, her durumda araştırılması gereken bir husustur. Bağımsızlığın kendisi kıstas olarak ileri sürüldüğünde bunu tespit etmek için de kıstasların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir başka ifade ile, tarafların asıl sözleşmeden dönüldüğünde dahi teminatın devam etmesini arzuladıkları nasıl tespit edilecektir? Böyle bir tespitin yapılması, en az bağımsız teminat hükümlerini garanti taahhütlerinden ayırmak kadar zordur.

Diğer taraftan kanaatimizce burada aranılan bağımsızlığın anlamını da tartışmak gerekir. Gerçekten de garanti sözleşmesinin bağımsızlığı, özellikle de bir bağlantılı

İlişkileri, C. II, s. 833; Kahraman, s. 110.

¹⁰⁴⁰ Tandoğan, Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 833.*

¹⁰⁴¹ Kahraman, s. 109-118.

garanti sözleşmesinin asıl sözleşmenin sona ermesine rağmen, bundan hiçbir zaman etkilenmeden varlığına devam etmesi anlamına gelmeli midir? Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere¹⁰⁴², bağlantılı garanti sözleşmelerinde garanti sözleşmesinin bağımsızlığı hususu tartışmalara neden olan bir konudur. Bugün hakim görüşe göre, bağlantılı garanti taahhütlerinin de bağımsız olduğu kabul edilmekte ise de bu bağımsızlığın nasıl anlaşılması gerektiği önem kazanmaktadır.

Kanaatimizce bu bağımsızlık, “*belirli bir neticenin asıl sözleşmeden bağımsız olarak taahhüt edilmesi*” olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁴³. Bir diğer ifade ile bağlantılı garanti taahhütlerinde de, garantiler asıl sözleşmeden ayrı yaşamakta, asıl sözleşmedeki ilişki ve durumlardan etkilenmemekte, taahhüt edilen netice ile yani riskle bağımsız bir ilişki kurmaktadır. Böylece garanti veren, taahhüdün bağımsız olması nedeni ile asıl sözleşmeden doğan def’i ve itirazları kullanamamakta, fer’i teminatların aksine asıl borçtan daha fazla bir miktar için taahhüt verebilmekte¹⁰⁴⁴, asıl borcun miktarında meydana gelen değişiklikler doğrudan garanti sözleşmesini etkilememekte¹⁰⁴⁵ ve asıl sözleşmeden bağımsız olarak riskten sorumlu olmaktadır.

Buna karşın garanti hükümlerinin asıl sözleşme hükümlerinden ayrı yaşaması, kanaatimizce her durumda asıl sözleşmenin son bulduğunda garantinin yaşamaya devam etmesi gerektiği gibi bir sonuç doğurmaz. Bağımsızlığı bu derece sert ve geniş ele almak, bizi bağlantılı garanti sözleşmelerini neredeyse yok sayacak bir noktaya götürür.

Şöyle ki, Kahraman tarafından verilen birinci örneği biraz değiştirelim. Otomobil satıcısının bu otomobili bir ticari taksi olarak sattığını düşünelim. Yeni nesil elektrikli bu ticari aracı satmak için alıcıyı sözleşme yapmaya teşvik etmek isteyen satıcının alıcıya bu aracı alması halinde çok iyi müşterisi olacağını ve aylık belirli bir miktarı kazanacağını her türlü dış etkiden bağımsız olarak taahhüt ettiğini varsayalım. Bu

¹⁰⁴² Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, c.

¹⁰⁴³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 21.

¹⁰⁴⁴ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 126.

¹⁰⁴⁵ Buna karşılık tarafların otomatik indirim klotu koyabileceği hakkında bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 126, dn. 477.

örnekte, alıcı otomobilin satış bedelini ödemediği için satıcı, sözleşmeden dönerse bu kıstası uyguladığımızda nasıl bir sonuca varmamız gerekir? Böyle bir halde kıstas uygulandığında yine satıcının sözleşmenin sona ermesi ile taahhüdün de sona ereceği iradesinde olması muhtemeldir. Buna karşılık, söz konusu taahhüt saf garanti taahhüdünün tüm unsurlarını taşımaktadır. İkinci örnek bakımından da, birçok garanti örneğinde verilen¹⁰⁴⁶ bir işletmenin gelecekte belirli bir miktarda kar elde edeceğine ilişkin taahhüdün niteliği, yine satıcının taahhüdü verirken sözleşme bittiğinde de garantinin devam edip etmeyeceği konusunda sahip olduğu niyetine tabi kılınmıştır. Kanaatimizce, özellikle de bağlantılı bir garanti sözleşmesinin dönemlik edimler içerdiği durumlarda tarafların asıl sözleşme sona ermesine rağmen garanti taahhütlerinin devam edeceği iradesinde olmaları neredeyse olanaksızdır. Örneğin, eczane veya özel hastaneye aylık belirli bir kar edineceği garanti edildi¹⁰⁴⁷ ise, bu garantinin teşebbüsün herhangi bir sebeple sona ermesi halinde garanti sona ermeyecek midir? Bir hisse senedini satın alana %6 temettü (kar payı) garantisi verilmiş ve alıcılar sözleşme yapmaya sevk edilmiş ise, alıcı sonradan bu hisse senetlerini sattığında garanti sona ermeyecek midir? Böyle bir durumda garanti alan, sevk ve teşvik edilmek istendiği ve bizzat garantiyi verenin ana amacı olan yönlendirilen davranışı terk etmektedir. Garantiyi alanın bir yandan garanti verilmesinin sebebi olan sevk ve teşvik edilen davranışta artık bulunmaması ama diğer taraftan garantiyi almaya da devam etmesi “mantıkla bağdaşmayan”¹⁰⁴⁸ bir sonuç olacaktır. Zira, bağımsızlığı garanti hükümlerinin hiçbir zaman asıl sözleşmeden etkilenmemesi şeklinde anladığımızda belediye tarafından kendisine aylık belirli bir gelir garanti edilen eczane, keyfi olarak eczaneyi kapatıp gittiğinde dahi kendisinin bu gelirlere ilişkin garanti tutarlarını elde etmeye devam edeceği sonucu ortaya çıkacaktır.

Bağımsızlık değerlendirmesi yapılırken kanaatimizce, özellikle de bağlantılı garanti sözleşmelerinde asıl sözleşme tamamen görmezden gelinemez. Bağlantılı garanti sözleşmeleri bakımından burada bir “ilişki ağı (Beziehungsgeflecht)” olabileceğini ve

¹⁰⁴⁶ Bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 39; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 15, Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 807.

¹⁰⁴⁷ Örnek için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 807.

¹⁰⁴⁸ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 335.

garanti taahhütlerinin verilme sebebinin asıl sözleşme olabileceğini de kabul etmek gerekir¹⁰⁴⁹. Bu kapsamda asıl sözleşmenin sona erdiği bazı hallerde garanti sözleşmesinin de sona erdiği durumlar olabilir¹⁰⁵⁰. Bu hallerin varlığı kanaatimizce garanti sözleşmesinin bağımsızlık karakterine zarar vermez¹⁰⁵¹.

Asıl sözleşmenin sona ermesi nedeni ile garanti sözleşmesinin de sona ermesi bazen hukuki veya maddi imkansızlık sebebi ile olabilir. Örneğin, bir enerji santralinin inşası için yapım sözleşmesi yapılmış, ancak ilgili kuruluşlardan yapım için izin alınamaması, sonradan bu yerin su havzasında olduğunun anlaşılması gibi bir kısım sebeplerle inşaatın yapımı hukuken imkansız hale geldi ise inşaat sözleşmesinin sona ermesine rağmen içerisinde yer alan garantinin geçerliliğini devam ettireceğinin ifade edilmesi çok güç görünmektedir. Zira, garantiyi alan sevk ve teşvik edilmek istenen davranışta bulunması için garanti almaktadır. Oysa burada artık böyle bir davranış içerisinde değildir.

Bazen bir mahkeme kararı sonucu asıl sözleşmenin sona ermesi, garanti sözleşmesinin de sona ermesi sonucunu ortaya çıkarabilir. Örneğin, yapım sözleşmelerinde ihale dokümanlarına aykırılık nedeni ile ihalenin iptaline karar verilmiş ise ve bu durum sonradan imzalanmış olan sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracak nitelikte ise, sözleşmenin geçersizliğine rağmen içeriğinde yer alan garanti taahhütlerinin sözleşmeden ayrı yaşaması gerektiği, aksi halde bunların garanti taahhüdü olmadığı

¹⁰⁴⁹ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 121; Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında “ilk talepte ödeme şartlı garanti dahi temel ilişkiden tamamen bağımsız değildir.” İfadesine yer vermiştir. Karar için bkz: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 122, dn. 457. Ancak burada bahsettiğimiz sebep, bir hukuki sebep değildir. Garanti taahhütleri bakımından hukuki sebep her zaman garanti sebebidir (Yöneltmeyi amaçlayan garantilerde sevk etme, kefalet benzeri garantilerde teminat altına almadır). Bkz. Reisoglu, *Garanti Mukavelesi*, s. 18.

¹⁰⁵⁰ Benzer yönde: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 130.

¹⁰⁵¹ Doktrinde asgari gelir taahhüdü içeren arsa payı karşılığı gelir paylaşımlı inşaat sözleşmelerinde taraflar arsa sahibinin elde edeceği asgari geliri arsa payı devrinden ve kazançtan tamamen bağımsız olarak taahhüt etseler dahi, asgari gelir taahhüdünün sözleşme içerisindeki bir unsur olduğu ve sözleşmeden bağımsız olmadığı, sözleşmenin sona ermesi ile asgari gelir taahhüdünün de sona ereceğini, bu nedenle söz konusu asgari gelir taahhütlerinin asli ve bağımsız olma özelliği taşımadığından saf garanti taahhüdü olmadıkları belirtilmiştir (Yelmen, s. 52-53). Kanaatimizce bu görüş bağlantılı garanti sözleşmesinin varlığına ters düşmekte olup, isabetli değildir. Yapım sözleşmesinin sona ermesi halinde taahhütlerinde sona ermesi her zaman taahhüdün bağımsız olmadığı sonucunu doğurmaz. Bu tür sözleşmelerde de taahhüdün asli ve bağımsız olması mümkündür.

sonucuna varmak kanaatimizce isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Zira, böyle bir durumda da garantinin unsurlarından olan sevk ve teşvik edilen hareket yarım kalmakta, yapım ve işletme tamamlanamamaktadır. Bu durum garanti konusu riskin gerçekleşme olasılığını da ortadan kaldırır. Öte yandan, garanti sözleşmesi de sözleşmelerin geçerlilik hükümlerine tabi olduğundan böyle bir halde yapım sözleşmesini etkileyecek geçersizlik garanti sözleşmesini de etkileyebilecektir.

Bazen de asıl sözleşmenin sona ermesi neticesinde bağlantılı garanti sözleşmesinin de sona ermesi, tarafların iradesi sonucu gerçekleşebilir. Taraflar bunu en baştan sözleşmeyi kurarken öngörmüşler, asıl sözleşmenin sona ermesi halinde garanti taahhüdünün de sona ereceğini düzenlemişler ise kanaatimizce bu, verilen taahhüdün garanti niteliğinde bağımsız bir taahhüt olmadığı ve fer'i olduğu anlamına gelmez. Bir garanti taahhüdünün belirli bir süre ile sınırlı olarak verilebileceği kabul ediliyor ise, pekâlâ bozucu şarta bağlı olarak verilebileceğini de kabul etmek gerekir¹⁰⁵².

Bunun aksinin düşünülmesi bir garanti taahhüdünün hiçbir zaman bozucu şarta bağlanamayacağı anlamına gelir. Şayet bozucu şarta bağlanacağı kabul ediliyor, sadece asıl sözleşmenin bozucu şart olamayacağı, asıl sözleşme ile böyle bir bağ kurulması halinde taahhüdün fer'i bir karakter kazanacağı iddia edilir ise, böyle bir şartın gerçekleşmesi anına kadar var olan taahhüdün bağımsızlık karakteri inkar edilmiş olur.

Gerçekten de örneğin, bir garanti sözleşmesinde, öyle bir taahhüt verilmiştir ki ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz riskler garanti veren tarafından üstlenilmiş, asıl sözleşmedeki borcun miktarı, defiler ve itirazlardan taahhüdün etkilenmeyeceği belirtilmiş, risk gerçekleştiğinde kayıtsız ve şartsız bir ödeme düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu garanti sözleşmesinin süresi asıl sözleşmenin süresine bağlanmış, ancak “asıl sözleşme herhangi bir sebeple sona ererse taahhütler de sona erecektir” şeklinde bir kayıt konulmuştur. Kanaatimizce böyle bir kayıt taahhütlere fer'ilik niteliği veren bir karakter kazandırmaktan ziyade, sözleşmenin süresini belirleyen bir hüküm niteliği taşır. Zira,

¹⁰⁵² Tarafların verecekleri garantinin kapsamını ve sınırlarını kendilerinin tayin etmeleri gayet olağandır. Bkz. Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 349 vd.

taahhüt var olduğu sürece bağımsızlık niteliklerinden ortaya çıkan hükümleri doğurmaktadır. Bir başka ifade ile, taahhüt ya yoktur bozucu şart gerçekleşmiştir ya da vardır bağımsızlık karakterinden doğan sonuçlarla yaşamaktadır.

Bağlantılı garanti sözleşmelerinin herhangi bir şekilde son bulması halinde aslında içeriğindeki garanti taahhüdünün kapsamında yer alan riskin gerçekleşme imkanı da en azından taraflar bakımından ortadan kalkmaktadır. Riziko ancak bağlantılı olan sözleşmenin varlığı halinde bir anlam ifade ediyor ve gerçekleşme olanağı buluyor ise bu sözleşmenin ortadan kalkması halinde rizikonun da imkansızlaşması söz konusu olabilecektir. Kapancı da bu görüşte¹⁰⁵³ olup, satış sözleşmesindeki rizikolar yalnızca malın kullanımı halinde ortaya çıkabileceğinden satış sözleşmesi geçersiz olduğunda veya sona erdiğinde status quo ante'ye (bir önceki durum) dönüleceğinden¹⁰⁵⁴ satım konusu mal da kullanılmadığına göre rizikonun gerçekleşmesi de imkansız bir hale gelecektir. Böyle bir durumda garanti sözleşmesi, rizikonun imkansızlaşması nedeni ile TBK m. 136 kapsamında sona erecektir¹⁰⁵⁵.

Bağlantılı (asıl) sözleşme sona ermesine rağmen, garanti sözleşmesinin yaşayacağını iddia etmek bu iki sözleşmeyi doğuran tek iradenin varlığını ve sona erdirmeye sebebinin de her ikisini kapsamaması gerçeğini inkar sonucunu doğurur. Diğer taraftan böyle bir kabul garanti taahhüdü veren tarafın hiçbir zaman kabul edemeyeceği ticari örf ve teamüllere de tamamen aykırı sonuçlar doğurur. Satılan bir araçla ilgili saf garanti taahhüdü verildi ve sonrasında herhangi bir şekilde bu sözleşme geçersiz oldu ise veya sona erdi ise saf garanti taahhüdünün bağımsız olarak var olmasının da bir anlamı olmayacaktır¹⁰⁵⁶.

Buna karşın doktrinde Kahraman tarafından verilen otomobilin üreticisi ile otomobilin satıcısının aynı taahhüdü vermeleri ve satıcının sözleşmeden dönmesine

¹⁰⁵³ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 336.

¹⁰⁵⁴ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 79; Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, s. 78.

¹⁰⁵⁵ Bu görüş, bağlantılı sözleşmenin sona ermesi halinde garantinin de sona ermesini açıklayan tarafların farazi iradelerinin bozucu şart olduğu görüşü ile bileşik sözleşme görüşünden daha isabetlidir. Bu görüşler için bkz. Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 335-336.

¹⁰⁵⁶ Aynı görüşte: Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 335.

rağmen üreticinin verdiği garantinin devam ettiğine ilişkin örnek üzerinden yapılan değerlendirmeler kanaatimizce isabetli değildir¹⁰⁵⁷. Bu örnek ile ilgili yapılan değerlendirmede üreticinin verdiği 100 bin km. onarım taahhüdünün aynı taahhüdü veren bayi ile alıcı arasında yapılan sözleşme ilişkisi ile hiçbir bağı olmadığı ifade edilmiştir.

Bağımsızlığa bu kadar keskin bir ayırım yüklendiğinde asıl sözleşme ile var olan bağı da görmeme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Oysa ki, üretici tarafından verilen böyle bir taahhüdün hiçbir zaman alıcı ile satıcı arasındaki akdi ilişki ile ilişkili olmaması, üreticinin bu akdi ilişkiyi görmezden gelerek ve bundan bağımsız olarak bu taahhüdü vermeyi arzulamış olduğu ifade edilemez. Böyle bir durumda gerçekte hem satıcı hem de bayi bizzat muhtemel alıcıları satış sözleşmesi yapmaya sevk ve teşvik etmek için bu taahhütleri vermektedir. Böyle bir satış sözleşmesi herhangi bir sebeple sona ererse, alıcı tarafından üreticiye garanti sorumluluğu kapsamında nasıl gidilecektir? Alıcı artık alıcı sıfatına sahip değildir. Garanti ile sevk edilmek istenen davranış ortadan kalkmış, garanti alan sıfatı da kalmamıştır.

Kanaatimizce bu örnekte, bayi bakımından verilen 100 bin km bakım onarım taahhüdü kanuni ayıp süresi içerisinde ortaya çıkıyor ise sadece edim yükümlülüklerinin teyidi niteliğinde olacak, kanuni ayıp süresini uzatıyor, bu sürenin ötesinde bir zaman dilimine denk gelen 100 bin km'nin riski kapsama alınıyorsa zamanaşımı süresini uzatma niteliğinde olduğundan bağımsız olmayan teminat hükmü sonucunu doğuracaktır. Üreticinin örnekteki verdiği taahhüt kanaatimizce de saf garanti taahhüdüdür. Ancak bize göre, bunun gerekçesi kendisinin dahil olmadığı bir sözleşme ilişkisi nedeni ile alıcıların sözleşme yapmaya teşvik edilmesidir. Buradaki taahhüt alıcı ve satıcı arasındaki akdi ilişkiden bağımsız ise de ortada böyle bir akdi ilişki kalmadı ise bu taahhüdün garanti sayılabilmesi için taahhüdün devam etmesi gerekmez. Hatta bu tip garantilerde neredeyse hiçbir zaman böyle bir sonuç doğmaz. Bu halde rizikonun gerçekleşme ihtimali de ortadan kalkmış demektir. Söz konusu örnekte alıcının sözleşmeden dönmesi halinde

¹⁰⁵⁷ Örnek için bkz. yukarıda ayırımın önemi kısmı ve Kahraman s. 107.

böyle bir garantiden faydalanması da düşünülemez.

Kanaatimizce taahhüdün kanuni ayıp hükümlerinin dışına çıkıp çıkmadığı ile ilgili olarak taahhüdün hangi zaman dilimine yöneldiğine bakılmalıdır. Taahhüt hasarın geçtiği an itibariyle sahip olunan bir niteliğe mi yönelmektedir? Yoksa hasar geçtikten sonrasına ait bir niteliğe mi yönelmektedir? Örneğin satıcı, ikinci el bir otomobil satarken bu otomobilin yirmi bin km olduğunu beyan etmiş olmasına rağmen sonradan km ile oynanmış olduğu otomobilin gerçek km sinin 150 bin olduğu ortaya çıkar ise buradaki nitelik hasarın geçtiği an ve öncesine ilişkindir. Yine, konusu bir inşaatın yapımı olan bir eser sözleşmesinde taahhüt edilen inşaat malzemelerinin kullanılmaması, eserin plana aykırı yapılması, elektrik tesisatının bozuk olması gibi unsurlar da hasarın geçiş anı ve öncesine ilişkindir. Taahhüdün bu örneklerdeki gibi hasarın geçtiği tarih ve öncesine ilişkin olduğu durumlarda kanuni ayıp hükümleri uygulanacaktır.

Taahhüt hasarın geçtiği tarih ve sonrasına yönelmekte ise ortada ya bağımsız olmayan bir teminat hükmü vardır ya da bir saf garanti taahhüdü vardır. Böyle bir durumda kanaatimizce malın taahhüt edenin kontrol edebileceği nitelikteki özelliklerinden doğan, sözleşmenin kendisi ile sıkı bir bağ bulunan hallerde bağımsız olmayan teminat taahhüdünün varlığı kabul edilmelidir.

Buna karşın, var olan riskler malın özellikleri ve sözleşmenin kendisinden çok taahhüt edenin kontrol edemeyeceği nitelikte dış etkenlerle ilgili ise artık burada saf garanti taahhüdünün varlığından söz edilmelidir. Burada artık riziko, malın kendi özelliklerinin dışında bir alandan doğmaktadır.

O halde yukarıda yer verdiğimiz¹⁰⁵⁸ örnekler üzerinden değerlendirme yapacak olursak satılan mobilyanın meşe olduğu, halının Hereke halısı olduğu, zeytinyağının sızma ve belirli yoğunlukta olduğu, ikinci el otomobilin kilometresinin gerçek ve şu kilometrede olduğu veya ayıpsız ve kazasız olduğu, satılan arsanın imarla ilgili bir

¹⁰⁵⁸ İkinci Bölüm, IV, E, 4, b.

sorununun olmadığı vaadleri satıcı tarafından sözleşmenin kurulması ve hasarın geçmesi anında ve o tarihten öncesi bir dönemle ilgilidir. Bu nedenle, burada satıcının vermiş olduğu bir nitelik vaadi vardır. Satıcı, söz konusu taahhütler için ayıptan sorumluluk hükümleri kapsamında sorumlu olur.

Satıcının tablonun gerçek olduğunu ifade etmesinde ise yine satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anı itibariyle hasarın geçmesi öncesinde var olan bir nitelik ile ilgili alıcıya vaadde bulunmaktadır. Böyle bir halde de tablonun gerçek olmaması halinde satıcı kanuni ayıptan sorumluluk hükümleri gereğince sorumlu olacaktır.

Bazı durumlarda aldatma nedeni ile irade sakatlığı da söz konusu olabilecektir. Satıcının aldatması sonucunda satılan tablonun gerçek olmaması, bir markaya ait şeyin gerçek değil, sahte olduğunun anlaşılması, taşınmazın imarının olmadığına anlaşılması vb. durumlarda aldatma nedeni ile irade sakatlığı söz konusu olabilecektir.

Çorapların dayanaklı olduğu, makinenin belirli bir üretim kapasitesine sahip olduğunun taahhüt edilmesi de hasarın geçmesi anında var olan sahip olunan bir niteliktir. Bu niteliğe aykırı olarak ortaya çıkan sonuçlardan satıcı ayıptan doğan kanuni sorumluluk hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır.

Bir satıcı kanun gereği iki yıl süre ile ayıptan sorumlu iken, bu süreyi beş yıl olarak taahhüt etti ise böyle bir halde verilen taahhüt zamanaşımı süresini uzatan bağımsız olmayan bir teminat taahhüdü olacaktır.

Satılan arsanın imar izninin bulunduğu beyanı, ayıp hükümleri kapsamında iken, imarı olmayan bir arsanın ileride imara açılacağına taahhüt edilmesi halinde zaman itibariyle hasarın geçiş tarihi sonrasına ilişkin bir taahhütte bulunmaktadır. Bu halde bu taahhüdün bağımsız olmayan bir teminat hükmü mü yoksa bağımsız bir saf garanti taahhüdü mü olduğunu incelemek gerekecektir. Böyle bir halde taşınmazın imara açılması hususu, taşınmazın kendisinden kaynaklanan bir nitelik değildir. İmar kararını verecek olan tamamen tarafların ilişkisine yabancı bir yetkili makam (belediye) olacaktır. Burada rizikonun, malın satıcı tarafından kontrol edilebilir özellikleri ile ilgisinin

olmadığı tamamen dış faktörlerle ilgili olduğu görülmektedir. Öte yandan bu risk gerçekleşince (yani imar verilmeyince) esas sözleşme ile ilgili başkaca hiçbir kayıt ve şarta tabi olmadan bağımsız olarak bir borç doğacaktır. O halde burada bir saf garanti taahhüdü söz konusu olacaktır.

Bir işletmenin satışında, işletmenin belirli bir kazanca sahip olduğu belirtiliyor ise bu bir nitelik vaadi olur. Zira, böyle bir halde satıcı, işletmenin geçmiş yıllarda var olan kazancı ile ilgili bir beyanda bulunmaktadır. Bu beyanın doğru olmaması, yerine göre ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını, yerine göre irade sakatlığı nedeni ile hile hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurabilecektir. Aynı sonuç bir taşınmazın satışında, o taşınmazın kirasının belirli bir miktar olduğuna yönelik beyanla ilgili de geçerlidir.

Satıcı vermiş olduğu taahhütte, alıcıya kanundaki seçimlik haklara ek bir hak örneğin zararın nakden karşılanması vb. tanıdı ise böyle bir durumda rizikonun malın özelliklerine ilişkin olarak satıcının kontrol edebileceği şekilde olduğu ve dış etkenlerin varlığına bağlı olunmadığı görülecektir. O halde böyle bir ihtimalde bağımsız olmayan teminat hükmü bulunduğu kabul edilecek, ayıptan doğan kanuni sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanacaktır¹⁰⁵⁹.

Buna karşın bir işletmenin gelecek yıllarda belirli bir kazanca sahip olacağına ilişkin bir taahhüt verilirse, böyle bir durumda bu vaad, hasarın geçmesinden sonraki bir dönemle ilgili olacaktır. Bu halde bağımsız olmayan teminat hükmü veya saf garanti taahhüdü bakımından değerlendirme yapılması gerekir. Neticede, bir işletmenin belirli bir kazancının geleceğe yönelik olarak taahhüt edilmesi halinde, teminat altına alınan risk o derece geniştir ki satış konusu işletmenin kendi özelliklerinin dışında, satıcının kontrol edemeyeceği çok geniş ve sınırsız bir risk alanını kapsamaktadır. Malın satıcı tarafından kontrol edilebilir özelliklerinin dışına çıkıldığı, dış faktörlerin olası yüksek etkilerinin olacağı açıktır. Bu risk, işletmenin satış sözleşmesi içerisinde yer alan başkaca bir

¹⁰⁵⁹ Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 357.

durumla olan ilişkiden de bağımsız olarak teminat altına alınmıştır. O halde burada bir saf garanti taahhüdü söz konusu olacaktır. O halde satılan bir ticari işletmenin belirli bir kazanca sahip olduğunu, satılan taşınmazın kirasının belirli bir miktarda olduğunu bildirmek bir nitelik vaadi, ileride belirli bir kazanca sahip olacağını veya ileride belirli bir kira bedeline sahip olacağını taahhüt etmek ise bir garanti niteliği doğurabilecektir¹⁰⁶⁰.

Yapım sözleşmelerinde verilen taahhütlerin bir kısmı da bu özelliklerin bulunması nedeni ile saf garanti taahhüdü niteliğindedir. Gerçekten de ileride gerçekleşecek belirli bir miktardaki kazancın taahhüt edilmesinde, teminat altına alınan riskin içerisinde bulunduğu yapım sözleşmesinin özellikleri ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Tamamen dış faktörlerin etkisinde bulunan rizikolar teminat altına alınmakta olup, bağımsız nitelikteki bu taahhütler saf garanti taahhüdü niteliğindedir. Aşağıda verilen taahhütlerin hukuki nitelikleri ayrı ayrı incelenecektir¹⁰⁶¹.

5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ile Karşılaştırma

Bir sözleşmede ifanın sözleşmenin tarafları dışında üçüncü bir kişiye yapılacağının kararlaştırıldığı sözleşmelere “üçüncü kişi yararına sözleşme” denilmektedir¹⁰⁶². Bu durumda TBK m. 129 f. 2 hükmüne göre edimin ifasını talep hakkı alacaklı yanında, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde üçüncü kişiye aittir¹⁰⁶³. Görüldüğü üzere, borç altına sokulamamasına karşılık, üçüncü kişinin taraf olmadığı bir sözleşme ile hak sahibi kılınması mümkündür¹⁰⁶⁴. Bu durum sözleşmelerin nispiyeti ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 132.

¹⁰⁶¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B.

¹⁰⁶² Tekinay/ Akman/Burcuğlu/ Altop, s. 218; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1169; Hatemi / Gökyayla, s. 293; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I*, s. 437; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 9; Ayşen Çilenti Konuralp, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 5.

¹⁰⁶³ Edimin ifasını talep hakkının yalnızca alacaklıya ait olması haline “eksik üçüncü kişi yararına sözleşme”, hem alacaklıya hem üçüncü kişiye ait olması haline “tam üçüncü kişi yararına sözleşme” adı verilmektedir. Bu durum TBK m. 129 f. 2 hükmüne göre belirlenir. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1172.; Çilenti Konuralp, s. 35; Akyol, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme deyimini yerine “basit üçüncü şahıs yararına sözleşme” denilmesini teklif etmektedir. Bkz. Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s. 10.

¹⁰⁶⁴ Hatemi / Gökyayla, s. 295; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I*, s. 446.

¹⁰⁶⁵ Hatemi / Gökyayla, s. 294; Buna karşın Roma Hukukunda “res inter alios acta aliis neque prodest” olarak ifade

Böyle bir sözleşme çok çeşitli sebeplerle yapılmış olabilir. Üçüncü şahsa kredi sağlama amacı (causa credendi), borcun ifası (causa solvendi) veya bağış (causa donandi) gibi amaçlarla hareket edilmesi mümkündür¹⁰⁶⁶. Örneğin, bir alıcı hediye olarak aldığı bir ürüne satıcı tarafından değiştirme kartı konulması ile birlikte, hediyeyi alan üçüncü şahıs satım sözleşmesine taraf olmasa dahi sözleşmeden doğrudan bir talep hakkı elde etmiş olur¹⁰⁶⁷. Genelde hayat sigortası, karayolları mesuliyet sigortası vb. sigorta sözleşmelerinde bu tür sözleşmelere sıklıkla rastlanmaktadır¹⁰⁶⁸.

Üçüncü kişi yararına sözleşme ile garanti sözleşmesi birbirinden farklıdır.

Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmese de isimsiz bir sözleşme tipini oluşturur. Buna karşın üçüncü kişinin yararına sözleşme, bağımsız bir sözleşme türünü ifade etmez. Üçüncü kişinin yararına sözleşme bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, bir sözleşmenin içinde yer alan yetkilendirmeye ilişkin bir kayıt olarak da yer alabilir¹⁰⁶⁹. Buna göre, garanti sözleşmesinin de üçüncü kişi yararına yapılması mümkündür¹⁰⁷⁰. Örneğin bir kasabanın belediyesi kendi bölgelerinde eczane açmasını teşvik etmek için belirli bir gelir elde edileceğini garanti etmiş, buna karşılık belirlenen gelir elde edilmedi ise aradaki farkın eczacının başka bir ilde okuyan çocuğuna gönderilmesini taahhüt etmiş olabilir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin kazandığı hak, halefiyet yolu ile değil doğrudan kazanılan, üçüncü kişinin bir işlem yapmasına gerek olmaksızın doğmuş, alacaklı ve borçlu arasında yapılmış olan sözleşmeye dayanan ve her zaman geri

edilen “sözleşmenin etkisinin onun tarafları ile sınırlı olması prensibi” ve “alteri stipulari nemo potest” olarak ifade edilen “sözleşmenin üçüncü şahsın yararlanamaması prensibi” geçerlidir. Bkz. Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s. 1-2.

¹⁰⁶⁶ Tekinay/ Akman/Burcuğlu/ Altop, s. 218; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I*, s. 438; Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s. 178.

¹⁰⁶⁷ Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s. 27.

¹⁰⁶⁸ Örneğin hayat sigortalarında TTK m. 1493’e göre rizikonun gerçekleşmesi ile bedeli talep ve tahsil yetkisi lehtara aittir. Bu halde, lehtar sigorta ettiren tarafından belirlenmektedir. Bkz. Samim Ünan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. III**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 56 vd.; Yazıcıoğlu/ Ögüz, s. 85; Zarar sigortaları da başkası yararına sözleşme şeklinde yapılabilecektir. Buna göre bir kimse bir başka kimsenin menfaatini sigorta ettirebilir. Sigortacılıkta buna “başkası hesabına sigorta” adı verilmektedir. Bkz. Kender, s. 146.

¹⁰⁶⁹ Çilenti Konuralp, s. 64.

¹⁰⁷⁰ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I*, s. 479; Hatemi / Gökyayla, s. 295.

alınabilen bir haktır. Bu bakımdan sözleşmenin alacaklısının, borçlunun ifayı yerine getirmemesi nedeni ile üçüncü şahsa karşı bir garanti sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁰⁷¹.

Yargıtay kararına konu bir olayda, ev inşaatı yapan biri (davalı), inşaatında çalışan ustaları davacının dükkanına götürmüş ve “bunlara ne isterse verin, ben hesaplarından öderim” demiş, sonrasında ise biriken yemek parasını ödememiştir. Yargıtay burada bir kefaletin olmadığını, yemek yiyen ustaların borçlarını taahhüt etme, yani borcu üzerine alma bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak burada, borcun üzerine alınması (borcun nakli) gibi bir durum söz konusu değildir. Yargıtay kararında nitelenenin aksine söz konusu olayda üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği bulunmaktadır. Zira, burada en baştan itibaren iş sahibi işçiler yararına borç altına girmiştir¹⁰⁷².

Üçüncü kişi yararına sözleşmede kendisine bir edimin ifası kararlaştırılan (lehdar) üçüncü kişi sözleşmeye taraf değilken¹⁰⁷³, garanti sözleşmesinde garanti alan sözleşmenin tarafıdır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdarın belirli olmasına dahi gerek yoktur, belirlenebilir olması yeterlidir¹⁰⁷⁴. Örneğin, A, B’ye üniversitede ilk üç derece elde edecek öğrencilere burs vereceğini taahhüt edebilir¹⁰⁷⁵. Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti alan belirli bir kişidir. Garanti sözleşmesinden elde edilecek tazminatın bir üçüncü şahsa ödeneceği kararlaştırılmak sureti ile üçüncü kişi yararına sözleşme yapılırsa dahi, her zaman bir garanti alan bulunmaktadır.

Yapım sözleşmelerinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri, genel olarak iş sahibi olan idare tarafından yükleniciye verilmektedir. Bu taahhütlerden garanti niteliğinde olanlar bakımından yüklenici aynı zamanda garanti alandır. Yapım sözleşmesinde, garanti taahhüdü nedeni ile doğacak alacağın üçüncü bir kişiye, örneğin

¹⁰⁷¹ Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s. 176 vd.

¹⁰⁷² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 838.

¹⁰⁷³ Çilenti Konuralp, s. 64.

¹⁰⁷⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 1170; Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, s. 99 vd.

¹⁰⁷⁵ Hatemi / Gökyayla, s. 296.

bankaya ödenmesi kararlaştırıldı ise, garanti sözleşmesi üçüncü kişi yararına yapılmış olacaktır. Buna karşılık uygulamada iş sahibi ve idarenin taraf olduğu uygulama sözleşmesi¹⁰⁷⁶ adı verilen yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra kredi aşamasında bankalarında “uygulama sözleşmesine ilişkin doğrudan sözleşme” adı ile uygulama sözleşmesinin hükümlerini kendileri bakımından yeniden düzenleyen yeni bir sözleşme daha imzaladıkları görülmektedir. Bu halde, bankalar uygulama sözleşmesine ilişkin doğrudan sözleşme bakımından sözleşmenin tarafı olduğundan üçüncü kişi durumunda değildir. Bu nedenle tarafı oldukları sözleşmede elde edilen haklar bakımından üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliği de bulunmayacaktır.

6. Üçüncü Kişinin Belli Bir Fiili Yapmasına Çalışmak Vaadi İle Karşılaştırılması

Üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadi (Bemühungsvertrag), garanti sözleşmesinden farklı olarak, üçüncü bir kişinin fiili veya bu fiilin gerçekleşmemesi yüzünden doğan risklerin tazminini değil, taahhüdü verenin kendi fiilini konu edinir. Bir başka ifade ile, bu sözleşmede borçlu, kendisine ait olan teşebbüslerde bulunmak ve çaba sarfetmek edimini borçlanır. O halde üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadinde borca aykırılık durumunda borçlu, TBK m. 112’ye göre kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe sorumlu olacaktır¹⁰⁷⁷. Bu kapsamda taahhütte bulunan, üçüncü kişiyi sözleşme konusu belirli bir fiili yapması için gerekli çabayı gösterdiğini ve bu hususta kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulacak, üçüncü kişinin bu fiili yerine getirmemesinin sonuçlarından, riskten ve zarardan sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti verenin kusurunun bulunup bulunmamasının hiçbir önemi yoktur. Garanti sözleşmesi bakımından önemli olan riskin gerçekleşmesi olup, risk gerçekleştiğinde zararın giderilmesi yükümlülüğü ortaya çıkar¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁶ Uygulama sözleşmesinin özellikleri için bkz. Evren, s. 239 vd.

¹⁰⁷⁷ Arık, s. 50; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 839.

¹⁰⁷⁸ Yargıtay’ın eski tarihli kararına konu ilginç bir olayda davalı, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek için askerlik şubesine müracaat etmesini temin etmeyi davacıya karşı taahhüt etmiştir. Bu taahhüdü batıl bulan yerel mahkeme

Bir taahhüdün üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadi mi yoksa teminat sözleşmesinin başka bir türü niteliğinde mi olduğunu tespit etmek için taahhüdün içeriğine ve kapsamına bakılmalıdır. Şayet içerik ve kapsamda üçüncü kişinin söz konusu fiili yerine getirmemesi hali için öngörülen bir tazminat yükümlülüğü yok ise bu taahhütleri üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadi olarak kabul etmek gerekecektir.

Yapım sözleşmelerinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde, iş sahibi olan idare üçüncü kişi durumunda olan araçları, yolcuları, hastaları veya kullanıcıları bu yatırımı kullanmak için gayret göstereceğini taahhüt etmemektedir. Elbetteki buna benzer bir taahhüt var ise, bu taahhüt ayrıca farklı bir edim borcu olarak sözleşmenin bir parçasını teşkil eder. Ancak konumuz olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından yatırımcı için önemli olan iş sahibi idarenin kullanıcıları yatırımı kullanmaları için çaba sarfedeceğini bilmek değil, belirlenen sayıda bir kullanım olmadığı durumda aradaki farkın tazmin edileceğini bilmektir. Bu bakımdan yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadi niteliğinde değildir.

F. Sigorta Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Garanti sözleşmesi de sigorta sözleşmesi de bağımsız bir sözleşme olsa da garanti sözleşmesinin kural olarak ivazsız olmasına karşılık, ivazsız bir sigorta sözleşmesi düşünülemez¹⁰⁷⁹.

Garanti sözleşmesinin aksine sigorta sözleşmesinde sigorta eden kişinin sigortalıyı belirli bir davranışta bulunmaya teşvik etmek amacı olmadığı gibi sigortalının teşebbüsü ile ilgili bir menfaati de yoktur.

Sigorta edenin riski üstlenmesindeki amaç, prim toplamadır. Prim toplama

kararını, Yargıtay mülga BK 20 ve 110. Madde kapsamında yeterli inceleme yapılmadığı gerekçesi ile doğru bulmamış ve kararı bu bakımdan bozmuştur (Yargıtay 4. HD, T. 8.11.1950, E. 5287 / K. 5310; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 839, dn. 122a).

¹⁰⁷⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 124.

amacı TTK m. 1401'de¹⁰⁸⁰ “...sigortacının bir prim karşılığında...” ifadesi ile açıkça belirtilmiştir. Hayat sigortalarının tanımını düzenleyen TTK m. 1487'de de “...sigortacı, belli bir prim karşılığında...” ifadesi kullanılmıştır¹⁰⁸¹.

Toplanan bu primler, sigortalının ileride doğacak zararlarının tazmini için bir karşılık niteliğindedir. Oysa ki garanti sözleşmesinde istisnai olarak ivaz olduğunda dahi böyle bir karşılık niteliği bulunmamaktadır¹⁰⁸². Bu bakımdan sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme¹⁰⁸³ iken, garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükler. Bu yüzden garanti sözleşmesinde tam bir isteğe bağlılık esası var iken, sigorta sözleşmesinde bazen kamu yararı, ekonomik ve sosyal gereklilikler nedeni ile sigorta sözleşmesi yapılması zorunluluğu¹⁰⁸⁴ getirilmiş olabilir. Zorunlu karayolları sorumluluk sigortası, deprem sigortası buna örnektir. Sigorta sözleşmesinin tam iki taraflı sözleşme olmasının bir diğer sonucu da TTK m. 1421 f. 1'e göre sigortacının sorumluluğunun aksine bir anlaşma olmadığı sürece ilk primin ödenmesi ile başlamasıdır¹⁰⁸⁵.

Hayat sigortaları bakımından ise sigortacının yapacağı ödeme, zararla bir ilgisi olmayan zarardan bağımsız bir ödemedir. Zarar sigortalarının aksine hayat sigortalarında tazmin ilkesi (zenginleşme yasağı) da söz konusu değildir¹⁰⁸⁶. Garanti sözleşmeleri bakımından ise riskin gerçekleşmesi ile zararın giderimi garanti verenin asli edimidir.

Yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ise iş sahibinin ne prim toplama amacı bulunmaktadır ne de toplanan bu primler bir tazminata karşılık olarak ayrılmaktadır. İş sahibinin bu taahhütleri vermesindeki amaç yatırımcıyı bu yatırımı yapmaya sevk ve teşvik etmektir.

¹⁰⁸⁰ Maddenin tamamında yer alan ifadeler ve özellikle rizikonun gerçekleşmesinin esas alınması sureti ile getirilen tanım, riziko gerçekleşene kadar olan dönem için sigorta sözleşmesinin tek taraflı sözleşme olduğu gibi yanlış bir izlenim oluşturmaktadır. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Yazıcıoğlu/ Şeker Ögüz, s. 48; Maddenin önceki mülga TTK'daki hali ile ilgili benzer eleştiriler için bkz. Kender, s. 112.

¹⁰⁸¹ Maddedeki tanımla ilgili eleştirileri için bkz. Ünan, s. 4 vd.

¹⁰⁸² Arık, s. 49; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 847.

¹⁰⁸³ Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 49.

¹⁰⁸⁴ Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 88; Kender, s. 133.

¹⁰⁸⁵ Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 146; Kender, s. 165.

¹⁰⁸⁶ Ünan, s. 4.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİ İÇEREN YAPIM SÖZLEŞMELERİ, TARİHİ GELİŞİM, TÜRKİYE’DEKİ ÖRNEKLER, KAMU PROJELERİNDE İDARENİN VERDİĞİ TAAHHÜTLER

I. GENEL OLARAK

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin yer aldığı yapım projeleri genel itibariyle yüksek maliyet gerektiren projelerdir. Devlet, kamu hizmeti içeren bu projeleri ya kendisi yaparak toplumun hizmetine sunacak ya da özel bir şirkete bunu yaptıracak, ona işletme hakkı tanıyarak gelir elde etmesine fırsat tanıyacak, bununla birlikte gelir elde edilmesi riskine karşı yüksek maliyet nedeniyle belirli bir asgari ekonomik menfaati taahhüt edecektir. İkinci yolun tercihi çoğu zaman devlet açısından kamu yararına daha uygundur. Böylece devlet, büyük miktarları hemen ödemeksizin söz konusu yapıyı elde etmekte ve kamunun hizmetine sokmakta, ayrıca böylelikle özel firmaların tecrübesi ve bilgi birikiminden de faydalanabilmektedir¹⁰⁸⁷.

Devletlerin yapım sözleşmeleri için yatırımcıya vermiş oldukları taahhütlerin bir kısmında yakın zamanda başarısız örnekler de görülmüştür. Örneğin, Güney Kore’de Seul’den Incheon’da bulunan yeni havalimanına giden yolun yapımı için yatırımcıya 20 yıllık beklenen gelirin yüzde 90’ı garanti edilmiştir. Bununla birlikte 2000 yılında söz konusu yol açıldığında trafik geliri beklenen gelirin yarısından daha az olduğu gibi devlet her yıl on milyonlarca dolar garanti ödemesi yapmak zorunda kalmıştır¹⁰⁸⁸.

Bu başarısız örneklerin de etkisi ile devletin verdiği bu taahhütler için doğal olarak bazı soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Bunların başında gelen devletin vermiş olduğu tüm bu taahhütler nedeniyle ödeyeceği tutarın, projenin devlet tarafından

¹⁰⁸⁷ Irwin, s. 1.

¹⁰⁸⁸ Irwin, s. 1-2.

yaptırılsa idi harcanacak tutar ile karşılaştırılmasıdır. Bir diğer ifade ile devlet gerçekten yapım işini özel bir yatırımcıya yaptırmak ve onu bu işe teşvik etmek için verdiği taahhütler ile bu işi ucuza mal etmiş midir? Devlet açısından bu taahhütlerle ilgili doğru kararlar almak görüldüğü kadar kolay değildir¹⁰⁸⁹. Devletin vereceği bu taahhütlerin ortaya çıkaracağı giderler ile sağlayacağı faydaların çok iyi analiz edilmesi ve risklerin çok iyi yönetilmesi gerekmektedir.

Yapım sözleşmelerinde ortaya çıkan risklerin başında proje riski gelmektedir. Proje riski, projenin toplam değerinin belirsizliğini ifade eder. Geniş anlamda proje riski ise, genel olarak bir projenin içerdiği tamamlama riski, operasyon riski, tedarik riski, kur riski, politik risk başta olmak üzere tüm riskleri ifade eden bir terimdir¹⁰⁹⁰. Bu riski hissedar riski takip etmektedir. Hissedarların projeye olan ilgisinin değeri önceden tahmin edilebilecek bir husus değildir. Hissedarların projeye ne kadar sahip çıkacağı zamanla belirgin hale gelmektedir. Talep riski ise projeye ileride müşterilerin göstereceği ilginin ne olacağının belirsiz oluşudur. Yatırımcı için en büyük risklerden biri de yapım maliyeti riskidir. Yapım maliyeti, önceden öngörülemeyen birçok olay nedeni ile değişebilmekte ve bazen yatırımcı için katlanılamaz derecede artabilmektedir. İşte bu belirsizlik yatırımcı bakımından yapım maliyetinin riskini ifade eder. Projenin toplam değerini yapım sözleşmelerinde bu risk faktörlerine verilen cevaplar ve riskin ortadan kalkma seviyesi belirler¹⁰⁹¹.

Yapım sözleşmelerinde devletlerin verdiği garantilerin bir amacı da devletlerin garantiler ile birlikte bu projeler üzerinde denetim ve kontrol yetkisi edinmek istemesidir.

II. TARİHİ GELİŞİM

4.000 yıl önce yapılan Hammurabi Kanunları'ndan bu yana devlet garantileri kullanılmaktadır¹⁰⁹². Bu Kanunlar'a göre, çözümlenemeyen hırsızlık olayı nedeniyle

¹⁰⁸⁹ Irwin, s. 3.

¹⁰⁹⁰ Dewar, s. 81.

¹⁰⁹¹ Irwin, s. 5; Evren, s. 60.

¹⁰⁹² Irwin, s. 12.

mağdurun zararı kamu tarafından giderilmelidir. Eski Roma’da da devlet garantilerine rastlanmaktadır. Roma ve Kartaca arasında milattan önce 509 veya 508’lerde yapılan bir anlaşmada buna benzer hükümlere rastlanmaktadır. Livy’ye göre Roma, Milattan önce 215’de İspanya’da gerçekleşen Kartaca savaşında askerlerin tedarik ihtiyaçları için devlet garantileri ile özel bir finansman gerçekleştirmiştir¹⁰⁹³.

Tarih boyunca devletin vermiş olduğu bu garantiler kullanılmış ise de, ticaretin 17. ve 18. Yüzyıl boyunca ciddi bir biçimde genişlemesi, ardından bu genişlemenin 19. Yüzyılda sanayi devrimini doğurması¹⁰⁹⁴ ile birlikte üretim büyük bir artış göstermiş, yeni yatırım alanları ortaya çıkmış ve sanayileşme ile birlikte büyük yapım işleri gerektiren ihtiyaçlar doğmuştur.

19. yüzyılın başlarında devlet garantileri artık artan ihtiyaçlara cevap vermek için ve özellikle ulaşım amaçlı yapım sözleşmelerinde çok sık bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Fransa’da uzun savaşlar sonrasında bu konuda özel bir ilgi oluşmuş ve 1817 yılında böyle bir yöntemle Bordeaux köprüsü yapılmıştır¹⁰⁹⁵. Bu projede devlet köprüyü inşa edecek, bakımını yapacak, imtiyaz sahibi ise, temizlik ve ışıklandırma işlerini yapmakla birlikte 2 milyon Fransız Frangı yapım için para ödeyecektir. Böylece yüklenici, 99 yıl ücret toplama hakkı elde etmiştir. Yıllık gelir 190.000 Fransız Frangından aşağı düştüğünde devlet eksik olan kısmın yarısını ödeyecek, 250.000 Fransız Frangını aşar ise bu artan kısmın yarısını alacaktır. Bu imtiyaz ve gelir garantilerinin başarısı başkaca projelerin de benzer yöntemlerle yapılmasının önünü açmıştır.

ABD’de Pensilvanya’da Middletown ile Susquehanna kanalının yapımı başırlanamamış, bunun için 1819 yılında “An Act to Incorporate the Unicon Canal Company of Pensnsylvania” ismi ile bir kanun çıkarılmıştır. Bu kanun ile yapım şirketinin gelirlerini ve sermayesini artırması için eyalet içerisindeki şans oyunları ile ilgili yapım şirketine tekel tanınmıştır. Buna rağmen ilerleme kaydedilemeyince de son

¹⁰⁹³ Livy, **Hannibal’s War**, Trans. J.C. Yardley, Oxford University Press, 2006, s. 192, (Aktaran: Irwin, s. 12)

¹⁰⁹⁴ W.W. Rostow, “Sanayi Devrimi Nasıl Başladı”, **İÜİFM**, C. 30, S. 1-4, 1970, s. 259.

¹⁰⁹⁵ Irwin, s. 13.

olarak devlet, gerekli parayı sağlamak için piyango gelirlerini kullanarak kar garantisi vermiştir. Garanti işe yaramış 1821’de başlayan kanal 1827’de açılmıştır¹⁰⁹⁶.

Devlet garantilerinin en çok görüldüğü yapım sözleşmelerinden biri de demiryolu yapımı için verilen garantilerdir. Bunların ilk örnekleri ABD’de görülmüştür. 1833 yılının başlarında Maryland eyaleti, Baltimore ve Susquehanna demiryolu için 40 yıl boyunca %5’e varan faiz ödemesini garanti etmiştir. Bu garanti, ABD demiryolları için verilen geleneksel borç garantisinin başlangıcı olmuştur¹⁰⁹⁷. Avrupa’da da bu konuda verilen ilk garantilerin 1838 yılında Hollanda Kralı William I tarafından Amsterdam Arnhem arasında yapılacak demiryolu için verilen garantiler olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹⁸. Rusya kontrolünde olan Polonya hükümeti de 1838 yılında Varşova demiryolu inşası için %4 kar payı garantisi veren bir devlet garantisi vermiştir¹⁰⁹⁹. Fransa’da da demiryolu inşası için ilk garantiler 1840 yılında verilmiştir. Bunu diğer Avrupa ülkeleri, İngiltere, Güney Amerika ülkeleri, Japonya gibi uzak doğu ülkeleri, Avustralya, Kanada, Hindistan, Yeni Zelanda ve Sri Lanka gibi İngiliz kolonileri, İran ve Osmanlı Devleti takip etmiştir¹¹⁰⁰.

Görüldüğü gibi devlet garantileri özellikle yakın zamanlarda yeni ulaşım ve altyapı projelerinin yapımı için çok önemli bir fonksiyon icra etmiştir. Her bir proje bu konudaki tecrübeleri daha da zenginleştirmiştir. Bazı zararların ödenmesi¹¹⁰¹, hibe vermek yerine firma geliri belirli bir eşiğin altına düştüğünde ödenecek sermaye benzeri krediler verilmesi¹¹⁰², uzunluğa göre (km veya mil) garanti verilmesi¹¹⁰³ verilen çok çeşitli taahhütlerden bir kısmıdır.

¹⁰⁹⁶ Irwin, s. 14.

¹⁰⁹⁷ Irwin, s. 14.

¹⁰⁹⁸ Irwin, s. 14.

¹⁰⁹⁹ Irwin, s. 14.

¹¹⁰⁰ Irwin, s. 15.

¹¹⁰¹ Bazı Arjantin, Fransız ve Hindistan bu kapsamda taahhütler vermiştir. (Irwin, s. 26).

¹¹⁰² Macaristan ve Meksika’da bu şekilde taahhütler verilmiştir. (European Commission, Government of Mexico, Secreteria de Comunicaciones y Transportes and Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos 2003; Aktaran: Irwin, s.26).

¹¹⁰³ Osmanlı Devleti’nin Bağdat demiryolu için vermiş olduğu garanti türüdür (Irwin, s. 28).

Kilometre garantisi olarak bilenen bugün birçok otoyolun uzunluğuna göre verilen garantiler ülkemiz bakımından çok da yabancı taahhütler değildir. Bağdat demiryolunun¹¹⁰⁴ yapımı için de demiryolunun uzunluğuna göre bir garanti verilmiştir. Gazeteci Henry Brailsford'un bu demiryolunu engin düzlük ve şehirlere rağmen bunların atlanarak yolun kıvrıldığını ve böylece daha fazla garanti elde edildiğini belirtmişse de¹¹⁰⁵ bunun gerçeği yansıtmadığı, aslında Bağdat demiryolu güzergahında ilk büyük güçlüğüñ Torosların aşılması olduğu, sonrasında ise güzergahın çoğu kez büyük devletlerin askeri tehditleri nedeniyle değiştirilmek zorunda kalındığı ve iç kesimlere doğru kaydırılarak denizdeki gemilerden gelecek top atışlarından uzaklaştırıldığı anlaşılmaktadır¹¹⁰⁶.

Bütün bu süreçler devlet tarafından sunulan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin daha dikkatli bir şekilde yatırımcıya sunulması için garanti taahhütlerinin yatırımcının istenen davranışa sevk edilmesine elverişli olması, garantiden kaynaklanan risklerin yönetilmesi gibi bazı anlayışların ve tecrübelerin gelişmesini sağlamıştır.

III. TÜRKİYE'DEKİ ÖRNEKLER

Ülkemizde son yıllarda mega projeler olarak bilinen Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Kuzey Marmara Otoyolu, İstanbul Havalimanı, Orhangazi Köprüsü, Menemen Çandarlı Otoyolu, Şehir hastaneleri gibi pek çok proje hayata geçirilmiş bununla birlikte kamu tarafından verilen taahhütler hukuken yeteri kadar incelenmemiştir. Çalışmamızın bu kısmında verilen taahhütlerin hükümleri bu örnekler yönünden incelenecektir.

¹¹⁰⁴ Bağdat Demiryolu, II. Abdülhamit döneminde yaptırılan Anadolu demiryolunun bir devamı olarak Konya'dan Adana'ya, oradan da Halep ve Musul üzerinden Bağdat'a kadar uzanan bir hattır. Almanlara yaptırılmış olan bu demiryolu, Almanlar ile Rusya, İngiltere ve Fransa arasında Ortadoğu'daki siyasal çekişmelerin de konusu olmuştur. Bkz. Altan Alperen, "Bağdat Demiryolu: Siyasal Sonuçları Olan Bir Türk-Alman Demiryolu Projesi", **21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum**, C. 7, S. 19, 2018, s. 2.

¹¹⁰⁵ Irwin, s. 28.

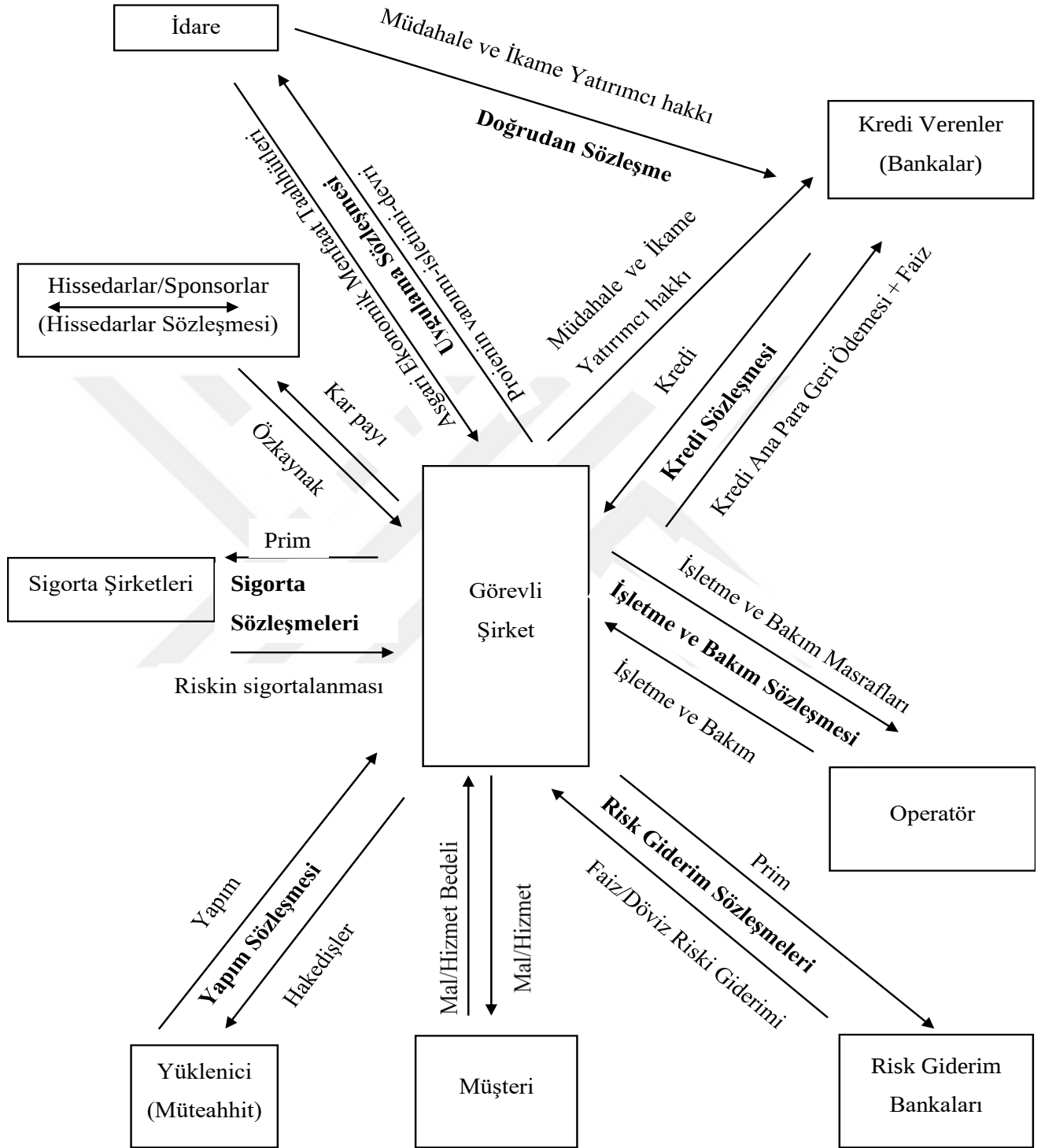
¹¹⁰⁶ Alperen, s. 9.

Bu projeler birçok yönü ile kamuoyunda tartışılmış, bu tartışmaların odak noktasını proje şirketine verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri oluşturmuştur.

Söz konusu projeler genel olarak, bir tarafta ihaleyi gerçekleştiren idare, diğer tarafta ihaleyi alan görevli şirket ile birlikte kredi veren bankalar, EPC (Engineering Procurement Construction) adı verilen Mühendislik, Tedarik ve Yapım sözleşmesi ile görevli şirketin işin yapımını verdiği Yüklenici, işletme döneminde projeyi işletecek olan operatörden oluşan çok tarafın dahil olduğu bir sözleşmesel ilişki içerisinde gerçekleştirilmektedir. Aşağıda bu sözleşmesel ilişki, şekil içerisinde gösterilmiştir.

Aşağıdaki şekilden de görüleceği üzere, iş sahibi genel olarak idaredir. İhale sonrasında ihaleyi alan şirket (SPV) olan “Görevli Şirket” ile “İdare” arasında özel hukuk hükümlerine tabi “Uygulama Sözleşmesi” imzalanır. Bundan sonra projenin finansmanı aşamasında “Kredi Verenler” (bankalar) uygulama sözleşmesine taraf olmadıkları için kendi lehlerine hak elde etmek için İdare ve Görevli Şirket ile “Uygulama Sözleşmesine İlişkin Doğrudan Sözleşme” imzalarlar. “Kredi Verenler”, “Görevli Şirketler” ile başta “Kredi Sözleşmesi” olmak üzere bu kredinin teminatı ile ilgili birçok sözleşme yapar. Yapım ve işletme süresi için ayrıca sigorta sözleşmeleri imzalanır. “Görevli Şirket” tarafından yapım döneminde yüklenici ile “Yüklenim Sözleşmesi”, işletme aşamasına geçilince operatör ile “İşletme ve Bakım Sözleşmesi” imzalanır.

Bu karmaşık ilişki içerisinde taahhütlerin hukuken hangi sonuçları doğuracağının ortaya konulması gerekmektedir.



Şekil 1: Proje finansmanının genel görünüşü

IV. KAMU PROJELERİNDE İDARENİN YATIRIMCIYA VERDİĞİ ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜDÜ ÇEŞİTLERİ

A. Genel Olarak

Yapım sözleşmelerinde yatırımcıyı teşvik etmek amacı ile verilen bu taahhütlerin çok çeşitli nitelikte olduğu görülmektedir. Hangi çeşit olursa olsun bunların ortak noktası yatırımcıya asgari olarak belirli bir miktarda gelir elde edeceği konusunda taahhüt verilmesidir.

B. Kamu Projelerinde İdarenin Yatırımcıya Verdiği Asgari Ekonomik Menfaat Taahhüdü Çeşitleri

1. Yol, Köprü, Tünel Projelerinde Verilen Araç Geçiş Taahhütleri

Ülkemizde son yıllarda yapılan mega projelerden yol, köprü, tünel projelerinde araç geçişine göre bir çeşit gelir taahhüdü verildiği görülmektedir. Bu taahhütlerin verilmiş olduğu yol, köprü ve tünel projeleri ile verilen taahhütler aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

Tablo 6: Karayolları Genel Müdürlüğü Otoyol Projeleri

Proje Adı	Yatırım Bedeli	Sözleşme Süresi (Yapım + İşletme Süresi)	Yapım Süresi	Taahhüt
Kımalı – Tekirdağ – Çanakkale – Savaştepe	10.354.576.201,85 TL ¹¹⁰⁸	16 yıl 2 ay 12 gün	5,5 yıl ¹¹⁰⁹	45.000 Otomobil eşdeğer/gün ¹¹¹⁰¹¹¹¹

¹¹⁰⁸ <http://www.1915canakkale.com/hakkinda/projenin-kunyesi> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹⁰⁹ T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı. 1915 Çanakkale Köprüsü yapımı ihalesi sonuçlandı. 2017. <https://www.uab.gov.tr/haberler/1915-canakkale-koprusu-yapimi-ihalesi-sonuclandi> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹¹⁰ Vahap Munyar, “Çanakkale Köprüsü 16 milyar dolarlık ekonomi yaratacak”. 21.03.2018. https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/vahap-munyar/canakkale-koprusu-16-milyar-dolarlik-ekonomi-yaratacak-40779021?utm_source=t.co&utm_medium=post&utm_campaign=canakkale-koprusu-16-milyar-dolarlik-ekonomi-yaratacak-40779021&utm_term=post (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹¹¹ Çevresel ve Sosyal Etki Değerlendirme Raporu. 2018. <http://www.1915canakkale.com/cmsfiles/Galleries/6796/cevresel-ve-sosyal-etki-degerlendirmesi.pdf> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

Otoyolu Projesi, Malkara – Çanakkale (1915 Çanakkale Köprüsü Dahil) Kesimi İş (1915 Çanakkale Köprüsü ve Otoyolu)¹¹⁰⁷				
Kuzey Marmara Otoyolu Odayeri-Paşaköy (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Kesimi¹¹¹²	\$3.500.000.000,00 ¹¹¹³	10 yıl 2 ay 20 gün	3 yıl ¹¹¹⁴	135.000 Otomobil Eşdeğer/gün
Kuzey Marmara Otoyolu (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Projesi Kurtköy-Akyazı (Bağlantı Yolları Dahil) Kesimi	4.500.000.000,00 TL ¹¹¹⁵	6 yıl 9 ay 12 gün ¹¹¹⁶	3 yıl	Otoyol'un Asya kesimleri için YİD Sözleşmesinin ilgili şartları kapsamında garanti edilen asgari trafik (binek araç eşdeğeri-PCE) aşağıda verilmiştir ¹¹¹⁷ : 4.Kesim =Kurtköy Liman Kavşağı

¹¹⁰⁷ Karayolları Genel Müdürlüğü. 2019 Yılı Kurumsal Mali Durum Ve Beklentiler Raporu. 2019. <https://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Kurumsal/MaliDurum/malidurum.pdf> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹¹² Karayolları Genel Müdürlüğü. 2019 Yılı Kurumsal Mali Durum Ve Beklentiler Raporu. 2019. <https://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Kurumsal/MaliDurum/malidurum.pdf> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹¹³ İşte Köprü Gerçekleri. 02.07.2017. <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/iste-kopru-gercekleri-40507240> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹¹⁴ 3.Köprü'de Kazanan Belli Oldu. 30.05.2012 <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/3-koprude-kazanan-belli-oldu-20645235> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹¹⁵ 3.Köprü Bağlantı Yolları İçin İhale Yapıldı. 22.10.2016 <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/3-kopru-baglanti-yolları-icin-ihale-yapildi-40105282> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹¹⁶ Kuzey Marmara Otoyolu İhalesi Sonuçlandı. 17.05.2016. <https://www.haberturk.com/ekonomi/emlak/haber/1240919-kuzey-marmara-otoyolu-ihalesi-sonuclandi> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹¹⁷ Çevresel ve Sosyal Etki Değerlendirme Raporu. 2018. http://www.kuzeymarmaraotoyolu.com/Content/files/raporlar/MOAO_KMO_Asyai_CSED_Bolumler-compressed.pdf (Erişim Tarihi:21.06.2020).

				Kesimi: 125.000 PCE/gün 5.Kesim =Liman Kavşağı-İzmit Kavşağı Kesimi: 90.000 PCE/gün 6.Kesim =İzmit Kavşağı-Akyazı Kesimi: 60.000 PCE/gün
Kuzey Marmara Otoyolu (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Projesi Kınalı-Odayeri (Bağlantı Yolları Dahil) Kesimi¹¹¹⁸	2.700.000.000,00 TL ¹¹¹⁹	7 yıl 9 ay 12 gün	3 yıl	Otoyol'un Avrupa kesimleri için YİD Sözleşmesinin ilgili şartları kapsamında garanti edilen asgari trafik (binek araç eşdeğeri-PCE) aşağıda verilmiştir. ¹¹²⁰ 1.Kesim = Kınalı-Yassıören Kavşağı Kesimi: 75.000 PCE/gün 2. Kesim = Yassıören Kavşağı-Odayeri Kesimi: 100.000 PCE/gün 7. Kesim = Habibler-Hasdal Kesimi: 120.000 PCE/gün

¹¹¹⁸ Karayolları Genel Müdürlüğü. 2019 Yılı Kurumsal Mali Durum Ve Beklentiler Raporu. 2019. <https://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Kurumsal/MaliDurum/malidurum.pdf> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹¹⁹ 3.Köprü Bağlantı Yolları İçin İhale Yapıldı. 22.10.2016 <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/3-kopru-baglanti-yollari-icin-ihale-yapildi-40105282> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

¹¹²⁰ Çevresel ve Sosyal Etki Değerlendirme Raporu. 2018. http://www.kuzeymarmaraotoyolu.com/Content/files/raporlar/MOAO_KMO_Avrupa_Nihai_CSED_Bolumler.pdf (Erişim Tarihi:21.06.2020).

Avrasya Tüneli	\$1.245.000.000,00 ¹¹²¹	29 yıl	3 yıl 11 Ay 3 gün	68.500 ¹¹²² otomobil eşdeğer/gün
Gebze-Orhangazi-İzmir (İzmit Geçişi ve Bağlantı Yolları dahil) Otoyolu¹¹²³	10.051.882.674,00 TL	22 yıl 4 ay	7 Yıl	Projede 4 ayrı kesim halinde trafik garantisi verilmiştir. Bu kesimler ve trafik garantileri şöyledir: - 1.Kesim: Gebze-Orhangazi için 40.000 otomobil eşdeğer/gün, - 2.Kesim: Orhangazi-Bursa (Ovaakça Kavşağı) için 35.000 otomobil eşdeğer/gün, - 3.Kesim: Bursa (Karacabey Kavşağı)-Balıkesir/Edremit ayrımı için 17.000 otomobil eşdeğer/gün, ve - 4.Kesim: (Balıkesir-Edremit) ayrımı-İzmir için 23.000 otomobil eşdeğer/gün.
Aydın-Denizli Otoyolu¹¹²⁴	5.300.000.000,00 TL	17 Yıl 9 Ay 18	3 Yıl	Otoyolda 2 kesim halinde trafik garantisi verilmiştir. Bunlar;

¹¹²¹ Avrasya Tüneli, <<https://yapimerkezi.com.tr/PdfDosyolari/c5e0e4ba-9440-45d6-acfd-eea18dedc929.pdf>> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹²² İbrahim Ekinci. "Avrasya Tüneli, bu yıl taahhüt rakamı 68 bin 500 geçişe ulaşacak". 29.01.2018. <https://www.dunya.com/ekonomi/avrasya-tuneli-bu-yil-taahhut-rakami-68-bin-500-gecise-ulasacak-haberi-400613> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹²³Sözleşme Bilgileri. https://yapim.otoyolas.com.tr/?page_id=4604# (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹²⁴ **Karayolları Genel Müdürlüğü**, Ulaştırma Ve Altyapı Bakanımız M. Cahit Turhan' ın "Aydın-Denizli Otoyol İhalesi" ne İlişkin Basın Açıklaması.

				Aydın-Kuyucak Kesimi için günlük 35.000 otomobil Kuyucak-Denizli Kesimi için günlük 32.000 otomobil'dir.
Menemen-Aliaga- Çandarlı Otoyolu Projesi¹¹²⁵	445.000.000 €	9 yıl 10 ay 11 gün	3 yıl	35.000 Otomobil Eşdeğer/gün ¹¹²⁶

Burada idare belirli bir periyot için belirli sayıda araç geçeceğini ve otoyolu kullanacağını taahhüt etmektedir. Söz konusu periyot bittiğinde taahhüt etmiş olduğu araç sayısından ne kadar eksik kalan kısım var ise ona karşılık gelen tutarı ödemek ile yükümlü olmaktadır. Böylece idare yatırımcıya belirli bir miktarda gelir elde edeceğini taahhüt etmiş olmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere¹¹²⁷ Yap- İşlet- Devret modeli ile yapılan bu projelerde verilen gelir taahhütleri saf garanti taahhütlerinin tüm unsurlarını taşımaktadır¹¹²⁸.

2. Havalimanı Projelerinde Verilen Yolcu Taahhütleri

Havalimanı projelerinin başında hiç şüphesiz İstanbul'a üçüncü havalimanı olarak yapılmış olan İstanbul Havalimanı gelmektedir. İstanbul Havalimanı'nda görevli şirket, €10.247.000.000 yatırım bedeli ve 25 yıllık işletme süresince ödeyeceği toplam

<https://www.kgm.gov.tr/Sayfalar/KGM/SiteTr/Duyurular/DuyuruDetay.aspx?Parameter=601>

(Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹²⁵ T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, <https://www.uab.gov.tr/uploads/cities/izmir/35-izmir.pdf>

(Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹²⁶ Şafak Yel, "Menemen-Aliaga-Çandarlı Otoyolu'nun Bazı Kesimleri Trafiğe Açıldı". 30.10.2019.

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/menemen-aliaga-candarli-otoyolunun-bazi-kesimleri-trafige-acildi/1630271>

(Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹²⁷ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A.

¹¹²⁸ Kahraman, s. 51; Çifçi, s. 112-113.

€22.152.000.000+KDV kira bedeli karşılığı sözleşmeyi imzalamaya hak kazanmıştır.¹¹²⁹
Devlet Hava Meydanları İşletmesi (“DHMİ”) tarafından;

- i) Dış hat giden yolcu servis ücreti olarak 20 (yirmi) Euro;
- ii) Dış hatlardan İstanbul Yeni Havalimanına gelip, terminal binasını kullanarak dış hatlara devam eden yolcular için ise servis ücreti olarak yolcu başına 5 (beş) Euro tutarındaki tarife esas alınarak, 25 yıllık işletme süresinin (potansiyel süre uzatım halleri hariç) ilk 12 yılı ile sınırlı olmak kaydıyla, Görevli Şirket’e belirli miktarlarda gelir elde edeceğinin taahhüt edildiği ifade edilmiştir.¹¹³⁰.

Görüldüğü gibi burada da Yap-İşlet-Devret modeli ile yüksek maliyet gerektiren havalimanı projesinin yerine getirilmesi için saf garanti taahhüdü niteliğinde gelir garantisi verilmiştir. Burada gelir yolcu servis ücreti üzerinden elde edilmekte olup, garanti taahhüdü de bu sayı üzerinden verilmektedir¹¹³¹.

6 Nisan 2019 tarihinde birinci fazı tamamlanarak hizmete açılan İstanbul Havalimanında ilk işletme yılı için DHMİ tarafından taahhüt edilen 233,1 milyon Euro tutarında dış hat yolcu geliri aşılmak suretiyle 255,6 milyon Euro gelir elde edildiği ve bu nedenle İGA tarafından DHMİ’ne 22,4 milyon Euro tutarında kira dışında ek bir ödeme yapılacağı ifade edilmiştir¹¹³².

¹¹²⁹ İstanbul Yeni Havalimanı <https://www.cengizholding.com.tr/istanbul-yeni-havalimani-projesi/> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹³⁰Güntay Şimşek, “İstanbul Havalimanı’nda kira ve yolcu garantisi ne zaman başlayacak?”. 27.12.2018. <https://www.haberturk.com/yazarlar/guntay-simsek-1019/2273728-istanbul-havalimaninda-kira-ve-yolcu-garantisi-ne-zaman-baslayacak> (Erişim Tarihi:21.06.2020).

¹¹³¹ Yolcu garantisi; projeden yararlanacak kişi sayısı taahhüt edilmek suretiyle kara, deniz, hava liman projelerinde verilebilir. Çifçi, s. 113-114.

¹¹³² İlk İşletme Yılında Yolcu Hedefini Aşan İstanbul Havalimanı’ndan DHMİ’ye Ek Ödeme.<https://www.igairport.com/tr/basin-bultenleri/ilk-isletme-yilinda-yolcu-hedefini-asan-istanbul-havalimanindan-dhmiye-ek-odeme>. (Erişim Tarihi; 20.03.2020).

3. Sağlık Bakanlığınca KÖİ Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile ilgili 6428 sayılı Kanun Kapsamında Verilen Taahhütler

KÖİ projelerinin son yıllarda en çok uygulandığı durumlardan birinin de şehir hastaneleri olduğu ifade edilmiş ve 6428 sayılı Kanun ile getirilmiş olan model yukarıda açıklanmıştı. Bu modelde yatırımcı olan yüklenici projelendirmeyi yapmayı, finansmanı bulmayı, finansmanı tüm maliyetlerle birlikte geri ödemeyi, işi tamamlamayı, hizmetleri yerine getirmeyi ve ticari hizmet alanlarını işletmeyi, tesisin bakım ve onarımını yapmayı ve sözleşme süresi sonunda da her türlü ekipmanla birlikte tesisi bedelsiz olarak idareye teslim etmeyi yükümlenmektedir¹¹³³.

Yatırımcı bu yüksek maliyetli projeyi gerçekleştirmek için tüm bu edimlerinin karşılığında ne elde edeceğini bilmek isteyecektir. İşte bu bakımdan yatırımcıya belirli bir süre (30 yıla kadar) yapmış olduğu bu tesisi idareye kiraya vereceği taahhüt edilmektedir. Buna ek olarak da tesisteki belli hizmetleri bedeli karşılığında sunacağı, bazı ticari hizmet alanlarını işleteceği, bedeli karşılığında tesisin bakım ve onarımını da yapacağı anlaşılmaktadır. Tüm bu taahhütler, yatırımcı bakımından asgari ekonomik menfaat taahhüdü niteliğinde yatırımın yapılmasını sevk ve teşvik etmek için verilmiş taahhütlerdir. Bunların niteliklerinin ne olduğunu ayrı ayrı değerlendirmek uygun olacaktır.

Yatırımcıya, sadece inşa etmiş olduğu tesiste kiracı olunacağı ve belirli bir süre kira ödeneceğine ilişkin taahhüt verildi ise, bu taahhüt ileride kira sözleşmesi yapılacağına ilişkin olması nedeniyle TBK m. 29 kapsamında kira sözleşmesine ilişkin yapılmış bir ön sözleşme niteliğinde olacaktır. Ön sözleşme niteliğinde olan böyle bir taahhüt, taraflara kira sözleşmesini kurma borcu yükler¹¹³⁴. Bu taahhüde rağmen iş sahibi idare, kira sözleşmesi yapmaktan çekinir ise yüklenici, kira sözleşmesi yapılmasına ilişkin aynen ifayı¹¹³⁵ ya da ifanın yerine getirilmemesi nedeni ile TBK m. 112 vd.

¹¹³³ Yönetmelik, m. 66, b. 1.

¹¹³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 330; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 189; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. I, s. 362 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 57 vd.

¹¹³⁵ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de bir ön sözleşme niteliğinde olup, Yargıtay bundan doğan borçların ifa

hükümleri kapsamında tazminat talep edebilecektir¹¹³⁶. Bu taahhüt neticesinde ileride kira sözleşmesinin yapılması ile birlikte buna ilişkin ihtilaflara da kira sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

Yatırımcıya belirli konularda hizmet alınacağı, tesisin bakımı ve onarımının yaptırılacağı ve bunlar karşılığında belirli bir bedel ödeneceğine dair taahhüt verilmesi halinde bunlar da garanti sözleşmesi niteliğinde olmayacaktır. Burada da kanaatimizce hizmet alımı, bakım ve onarım işlerinin bir araya geldiği karma bir sözleşme niteliği bulunmakta olup, uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanmalıdır¹¹³⁷. Bu taahhütler de ileride bu nitelikte bir sözleşmenin yapılmasına ilişkin ise TBK m. 29 kapsamında bir ön sözleşme niteliğinde olacaktır.

Yatırımcıya tesisin belirli yerlerini kendi nam ve hesabına işletme hakkı tanıma taahhüdünde de garanti niteliği bulunmamaktadır. Burada da imtiyaz benzeri sözleşmesel bir edim taahhüdü bulunmakta olup, yatırımcının yapmış olduğu yapıya karşılık belirli bir süre gelir elde edebileceği bir kısım yerlerin işletme hakları tanınmaktadır.

Sadece tesisin kiralanması bir teminat sözleşmesi niteliğinde olmasa da taahhüt yapım sözleşmesi içinde yatırımcıyı sevk ve teşvik etmek amacı ile bağımsız bir garanti taahhüdü şeklinde de yer alabilir. Örneğin, yatırımcıya her halde sözleşmenin diğer hükümlerinden etkilenmeksizin mutlaka belirli bir miktarda kira gelirine veya hizmet bedeline sahip olacağı taahhüt edildi ise garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir. Bu tip sözleşmelerde yer alan hizmetler ile ilgili olarak da bahsi geçen garanti taahhütleri miktara bağlı olarak belirli bir gelirin garanti edilmesi şeklinde (açığı

edilmemesi halinde aynen ifaya ilişkin açılan davalarda, mahkemenin kararı ile sözleşmenin kurulmasının değil, tapunun devrinin gerçekleşmesini kabul etmektedir. Yarg. 20. HD., E. 2016/14230, K. 2019/4882, T. 17.09.2019; Yarg. 20. HD., E. 2014/10519, K. 2015/1638, T. 17.03.2015; Yarg. 20. HD., E. 2015/4563, K. 2015/6314, T. 23.06.2015, (Erişim Tarihi: 05.09.2020). Başkaca kararlar ve konu ile ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 396 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 330; Hatemi/ Gökyayla, s. 59.

¹¹³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 330.

¹¹³⁷ TBK m. 502 f. 2; “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*”

kapama garantisi) olabileceği gibi, miktara bağlı olmaksızın sabit bir gelir üzerinden de verilebilir.

Sözleşmenin tarafı olan idarenin dışında bir başka idare yatırımcıya bu yatırıma girmesini teşvik etmek için belirli miktarda bir geliri elde edeceğini taahhüt ederse böyle bir halde de saf garanti taahhüdünün varlığından söz edilebilecektir.

Görüldüğü üzere KÖİ sistemi ile yapılan şehir hastaneleri modelinde kanun ve yönetmeliğin öngördüğü sistemde her bir sözleşme düzenlemesine göre saf garanti taahhütlerinin yer alıp almadığının incelenmesi gerekecektir. Bu taahhütlerin saf garanti taahhüdü niteliğinde düzenlenmesi mümkün olduğu gibi, bu nitelikte olmayan taahhütlerin varlığı da mümkündür.

4. Enerji Santrallerinde Verilen Alım Taahhütleri

Yukarıda da açıklandığı üzere bazı enerji projelerinde üretilen enerjinin belirli bir miktar üzerinden satın alınmasının taahhüt edildiği görülmektedir. Özellikle ülkemiz bakımından son yıllarda alternatif enerji kaynaklarına önemli bir ilginin olduğu görülmektedir. YEKA projeleri, nükleer santral projeleri gibi projelerin yüksek maliyet ve riskleri nedeni ile bu projelere olan yatırımcı ilgisini artırmak amacı ile satın alma taahhütleri verilmektedir. Özellikle, rekabetçi elektrik piyasalarında üretilen elektriğin fiyatının tahmin edilebilirliği ve öngörülebilirliği daha da zor olduğundan yatırımcıların piyasaya girişini cesaretlendirmek amacıyla nükleer santral gibi yüksek maliyeti ve riski doğasında barındıran yatırımlar için satın alma taahhütleri ve elektrik fiyatının önceden belirli veya belirlenebilir olması oldukça önem arz etmektedir¹¹³⁸. Bu satın alma taahhütlerinin verilmesinin amacı da yatırımcıyı bu yüksek maliyetli yapım sözleşmelerine taraf olmaya sevk ve teşvik etmektir.

¹¹³⁸ Turan Akkuş, “Legal Challenges of Financing New Build Nuclear Power Plants and Role of Government Supports to Deal with These Challenges in Different Electricity Market Structures”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, The Dickson Poon School of Law, King’s College London, 2019), s. 34.

Üretilen enerjiyi satın alma taahhütlerinin saf garanti sözleşmeleri bakımından dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Enerjiyi satın alma taahhüdü bir sözleşmesel edim yükümlülüğünün teyidi veya bağımsız olmayan bir teminat hükmü müdür yoksa bir garanti sözleşmesi midir?

Nükleer santral projeleri bakımından incelediğimizde, yukarıda da incelediğimiz üzere, gerek Rusya Devleti ile yapılan Akkuyu gerekse Japon Devleti ile yapılan Sinop projesinin uluslararası bir anlaşmaya dayandığı görülmektedir.

Akkuyu projesi bakımından, yapılan Anlaşma¹¹³⁹ kapsamında Rus tarafı, proje şirketi olarak Türk hukukuna göre Akkuyu Nükleer Güç A.Ş.'yi kurmuştur. Anlaşma'ya göre, nükleer güç santrali (NGS) tarafından üretilen elektriğin alımı ve satışına ilişkin proje şirketi ile Türkiye Elektrik ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) arasında Elektrik Satın Alma Anlaşması (ESA) imzalanacaktır. Anlaşma'nın "Elektrik Satın Alma Anlaşması" başlığını taşıyan m. 10, b. 2'ye göre, proje şirketi ESA süresince NGS'nin tüm üniteleri için aylık elektrik üretim miktarlarını Ünite 1'in ticari işletmeye alınmasından en az bir yıl önce TETAŞ'a sunacaktır. Proje şirketi bundan daha az üretim olur ise eksik üretilen miktarı temin eder. Taahhüt edilenden fazla üretim olması halinde ise ESA hükümlerine göre fazla üretilen bu miktar satın alınır. Anlaşma m. 10, b. 5'e göre; TETAŞ¹¹⁴⁰, üretilen elektriği Ünite 1 ve 2 için %70, Ünite 3 ve 4 için %30'a tekabül eden sabit miktarlarını her bir ünitenin işletmeye açılmasından itibaren 15 yıl boyunca 12,35 ABD senti/kWh artı KDV fiyat üzerinden satın almayı taahhüt etmiştir.

Ülkemizin ikinci nükleer santral projesi olan Sinop NGS için Japonya Hükümeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan Anlaşma'da¹¹⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti'nin ilgili teşekkülü proje şirketi ile "Elektrik Satın Alma Anlaşması" yapılacağı (m. 5, b. 2) belirtilmiştir. İleride yapılacak ESA sözleşmesi ile ESA'daki varsayımlara tabi olmak

¹¹³⁹ 6 Ekim 2010 tarihli ve 27721 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁴⁰ 9 Temmuz 2018 Tarih ve 30473 Sayılı (3. Mükerrer) Resmi Gazetede yayımlanan 703 sayılı KHK, Geçici m. 22 ile TETAŞ kapatılarak, EÜAŞ bünyesinde birleştirilmiştir. O halde enerji alım yükümlülüğü EÜAŞ'a intikal etmiştir.

¹¹⁴¹ 23 Mayıs 2015 tarihli ve 29364 sayılı Resmî Gazete.

üzere, 20 yıl boyunca KDV hariç kilovat saat başına 10,80/10,83 ABD senti ile üretilen elektrik elektriğin satın alınması taahhüdü verilecektir¹¹⁴².

Görüldüğü üzere proje şirketi NGS'yi inşa etmekte, bunun karşılığında ise ileride üreteceği elektriğin sabit bir fiyat üzerinden satın alınacağı hususunda taahhüt elde etmektedir. Bu anlaşmaların en önemli unsuru proje şirketinin üretecek olduğu elektrik için verilen alım taahhütleridir. Bu taahhütler yatırımcı bakımından asgari bir menfaatin taahhüdü anlamına gelmektedir.

Görüldüğü gibi her iki NGS projesi için de alışıldık manada iş sahibi ve yatırımcı bulunmamaktadır. Aslında iş sahibi rolünü üstlenen ülke (Türkiye Cumhuriyeti) kendi ülke sınırları içerisinde bir proje yaptırmak istemektedir. Bununla birlikte yaptırılmak istenen proje hem çok maliyetli hem de çok riskli olduğundan projenin gerçekleştirilebilmesi için böyle bir model uygulanmıştır. Yatırım, proje şirketine ait olacaktır. Proje şirketinin hisseleri anlaşılan oranlarda ülkelere ait olacak, proje şirketi Türk hukukuna tabi olacaktır. Proje şirketinin ileride üreteceği elektriği satın almayı taahhüt eden ise projeyi yaptırmak isteyen ülkenin bir başka şirketi olan TETAŞ (sonradan EÜAŞ) olacaktır.

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler, TMK m. 762 uyarınca taşınır mülkiyetinin kapsamı içerisine girmektedir. Bu bakımdan taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyen mülkiyet edinmeye elverişli olan elektrik, su, havagazı gibi doğal güçlerin satışı, taşınır satışı olarak kabul edilmeli ve taşınır satışı hükümleri uygulanmalıdır¹¹⁴³. Bununla birlikte bu taahhütlerin niteliğinin satış sözleşmesinde yer alan bağımsız olmayan bir teminat hükmü mü yoksa bağlantılı bir saf garanti taahhüdü mü olduğunu tespit etmek gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, özellikle

¹¹⁴² Anlaşma Eki: Ev Sahibi Hükümet Anlaşmasının Esas Unsurları, m.4, b. b.

¹¹⁴³Yavuz/ Acar/ Özen, s. 84; Zevkliler/ Gökyayla, s. 34; Aral/ Ayrancı, s. 77 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 28; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 100; Durmuş Cevlan, "Elektrik Tedarik Sözleşmelerinde Bedel", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2012), s. 109; Ancak ileride üretilen mal seri bir üretime dayanmıyor ve bu üretim için emek, malzemedan daha çok gerekiyor ise satış sözleşmesi yerine eser sözleşmesi de söz konusu olacaktır. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 34.

satış sözleşmelerinde bağımsız olmayan teminat hükümlerine çok yer verildiğinden bu ayırım son derece güç olsa da çok önemlidir.

Stammler tarafından bu ayırım için öne sürülen kıstasın söz konusu teminatı üçüncü bir şahıs vermiş olsaydı yine de sözleşmenin tarafı bundan sorumlu olacak mıydı sorusuna cevap verilerek bulunacağı, soruya “Evet yine de sözleşmenin tarafı sorumludur.” deniliyor ise orada bağımsız olmayan bir teminat hükmü olduğu, soruya hayır bu taahhüdü üçüncü kişi verse idi sözleşmenin tarafında sorumluluk olmayacaktı deniliyor ise artık orada bir saf garanti taahhüdü olacağı yukarıda bağımsız olmayan teminat hükümleri açıklanırken belirtilmiş idi. Bununla birlikte bu kıstasın her zaman güvenli bir sonuca götürmeyeceği konusunda doktrinde görüş birliği olduğu da belirtilmişti¹¹⁴⁴.

TETAŞ (sonradan EÜAŞ) tarafından verilen satın alma taahhütlerinin hukuki niteliğini tespit etmek bakımından Stammler¹¹⁴⁵ tarafından bu konuda verilen kira sözleşmesi örneği ve ürün kirası örneği hatırlanmalıdır.

Stammler’in kıstasından hareket edildiğinde şu sorunun sorulması gerekecektir: TETAŞ (sonradan EÜAŞ) tarafından verilen satın alma taahhüdünün belirli bir süre boyunca belirli miktardan satın alınacağını üçüncü bir kişi taahhüt etse idi, TETAŞ yine de bu süre boyunca bu tutarda alım yapmaktan sorumlu olacak mıydı?

İlk etapta bu soruya verilecek cevap, bu taahhüdün üçüncü kişi tarafından verilmesi halinde TETAŞ’ın bundan sorumlu olmayacağı gibi gözükebilir. Ancak, elektrik satın alma sözleşmesi bir menkul satış sözleşmesi niteliğinde olduğundan menkul satış sözleşmesindeki objektif esaslı unsurların elektrik satın alma sözleşmesinde de bulunması gerekmektedir.

¹¹⁴⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 57; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 13; Kahraman, s. 110.

¹¹⁴⁵ Stammler, s. 8.

Elektrik satın alma sözleşmesinin objektif esaslı unsurları ise satılan (mebi) olan “elektrik¹¹⁴⁶” ile bunun bedeli(semen) ve bu konuda taraflar arasında yapılan anlaşmadır¹¹⁴⁷. Bedelde anlaşma bulunmadığı takdirde satış sözleşmesi de yoktur. Bununla birlikte TBK m. 207 f. 3’e göre durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün ise bedel kararlaştırılmış sayılacaktır¹¹⁴⁸. Öte yandan satılanın sözleşmenin kurulması anında bulunmasına da gerek yoktur. İleride meydana gelecek veya ortaya çıkacak şeyin satışı da geçerlidir¹¹⁴⁹.

Enerji santrallerinde verilen üretilen enerjiyi alma taahhüdünde alım bedelinin belirli olduğu, ancak satın alınacak elektriğin miktarının üretilenin tamamı olduğu anlaşılmaktadır. Üretilenin tamamının ne miktarda olacağı ise henüz belirli değildir. Yukarıda koşul ile garanti taahhütleri karşılaştırılırken belirtildiği üzere¹¹⁵⁰, satış sözleşmesi yapılmakla birlikte, örneğin bir balıkçının günlük yakalayacağı balıkların satımı, bir hasat döneminde ürünlerin tamamının satımı, bir madenden çıkarılacakların tamamının satımı veya bir piyango çekilişinden satın alınan bilet satılmakta ise bu tür satışlara ümit veya şans satımı ismi verilmekte olup, böyle bir durumda koşula bağlı olmayan bir işlem den söz edilmektedir¹¹⁵¹. Bu hallerde satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçları en baştan itibaren doğmakta ancak kapsamı ve konusu ileride belirli hale gelmektedir. Üretilen enerjinin miktarının önceden bilinmemesi aynen bir günde tutulacak balığın önceden bilinmemesi veya bir hasat döneminde elde edilecek ürün miktarının önceden bilinmemesi örneklerindeki gibidir. Üretilen enerji miktarı önceden belli değilse de enerjinin bedeli belirlidir. Alıcının satın alma borcu ne kadar enerji

¹¹⁴⁶ Satılanın sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmasına gerek bulunmamaktadır (Yavuz/ Acar/ Özen, s. 57). Ancak, ifa zamanında satıcı kusursuz olmasına rağmen mal mevcut değil ve temini mümkün değil ise sözleşme imkansızlık nedeniyle geçmişe etkili batıl olur. Temini mümkün olup da satıcı zilyetliği devredemiyor ise o zaman TBK m. 112 kapsamında borcunu yerine getirememekten sorumlu olur ve alıcının müsbet zararlarını ödemek zorunda kalır (Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 34; Zevkliler/ Gökyayla, s. 35). Elektrik, bir ticari mal (emtia) olarak kabul edilmekte olup, TCK bakımından da ticari bir meta olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ergün, s. 111.

¹¹⁴⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 59; Aral/ Ayrancı, s. 67; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 25.

¹¹⁴⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 59; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 90 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 24; Zevkliler/ Gökyayla, s. 38; Aral/ Ayrancı, s. 68.

¹¹⁴⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 57; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 79; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 23; Zevkliler/ Gökyayla, s. 34; Aral/ Ayrancı, s. 76.

¹¹⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, IV, E, 2.

¹¹⁵¹ Pulaşlı, s. 9; Sirmen, s. 38; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 34; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 79; Aral/ Ayrancı, s. 76.

üretirirse üretilsin bunun miktarından bağımsız olarak koşulsuz bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Satış sözleşmelerinde bulunması gereken esaslı unsurlardan biri de satış bedeli (semen) olup, bu sözleşmelerde bedeller döviz üzerinden belirli bir süreliğine sabitlenmiştir. Kanaatimizce, belirli bir enerji miktarı yerine üretilecek enerjinin tamamının satın alınacağına taahhüt edilmesi, taahhüdün satış sözleşmesine ilişkin olma niteliğini değiştirmemektedir. Burada ümit veya şans satımı adı verilen satış sözleşmesi bulunmakta olup, üretilen enerjinin tamamını satın alma taahhüdü, satış sözleşmesinin ileride belirli hale gelecek satış konusunu ifade eden bir taahhütten başka bir şey değildir. Buna göre, kanaatimizce üretilen enerjinin tamamını satın alma taahhüdü içeren bu sözleşmeler menkul satış sözleşmesi hükmünde olup, garanti sözleşmesi niteliğinde değildir¹¹⁵². Elektrik satın alma sözleşmelerinde bu tür taahhütlerin yer alma gerekçelerinden biri de elektrik enerjisinin depolanamamasına karşın kesintisiz olarak yedi gün yirmi dört saat tüketim ihtiyacına cevap vermek¹¹⁵³ için üretilen ile tüketilen enerji arasında eşit bir denge kurma ihtiyacıdır. Zira satım konusu alışık olduğumuz şekilde satıcının elinde depolanmış bir şekilde yer almamakta üretildiği anda iletilmekte zilyetliği alıcıya geçirilmektedir¹¹⁵⁴. Bu bakımdan enerjinin satışını içeren satış sözleşmelerinde ileride üretilecek enerjinin satın alınması doğal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Burada da üretilecek enerjinin tamamının satın alınması taahhüt edilmektedir.

Sözleşmenin yapıldığı sırada satılanın mevcut olmasına ve satıcının malvarlığında bulunmasına gerek bulunmamakta olup, belirlenebilir olması yeterlidir¹¹⁵⁵.

¹¹⁵² Alım taahhütlerinin garanti niteliğinde değil, sadece taahhüt niteliğinde olduğu yönünde: Çifçi, s. 122; Ergün tarafından “alım garantisi”, “fiyat garantisi” ifadeleri kullanılmış ise de bu ifadelerin teknik anlamda bir saf garanti taahhüdü olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Bkz. Ergün, s. 130.

¹¹⁵³ Çağlar Özel/ Burcu G. Özcan Büyüktanır/ Fatma Özel, Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler, s. 2075-2125, <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/27-%C3%96ZEL-B%C3%96CY%C3%96CKTANIR-%C3%96ZEL.pdf>> (Erişim Tarihi: 21.03.2020).

¹¹⁵⁴ Elektrik enerjisinin depolanamamasının bir diğer sonucu da kamu hizmetinin sürekliliği ve düzenliliği ilkesinin elektrik sektöründe çok daha önemli bir hal almasıdır. Ergün, s. 176.

¹¹⁵⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 57-58; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 79; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 23; Zevkliler/ Gökyayla, s. 34; Aral/ Ayrancı, s. 76.

Kanaatimizce belirli bir kapasiteye sahip olduğu bilenen bir santralin ileride üreteceği elektriğin tamamının satın alınacağını taahhüt edilmesinde belirlenebilir nitelikte olup, böyle bir satış sözleşmesi geçerlidir. Ayrıca enerjinin satın alınması belirli dönemler halinde olacağından sürekli sözleşme niteliğinde bir art arda teslimli satış sözleşmesi söz konusu olabilecektir¹¹⁵⁶.

Stammler tarafından verilen örneğe geri dönecek olursak kira örneğinde, kiracının kendi kusuru olmaksızın evin zarara uğraması halinde sorumlu olmayı kabul etmesinin, garanti olmaması bir yana bunun fer'i bir taahhüt dahi olmadığı zaten kira sözleşmesi kapsamında var olan asli bir borcun tekrarı niteliğinde olduğu, Kahraman¹¹⁵⁷, in da bu görüşte olduğu ifade edilmişti¹¹⁵⁸. Daha önceden de ifade edildiği gibi, satış sözleşmesi yapıldığında satıcı malı teslim edeceğini garanti edemeyeceği gibi alıcı da bedeli ödeyeceğini garanti edemez. Zira satıcının malı teslim etme, alıcının da bedeli ödeme borcu zaten satış sözleşmesindeki asli borçlarındandır. Satıcı, malı teslim etmediği takdirde garanti vermese dahi bundan doğacak zararları tazminle yükümlü olacaktır¹¹⁵⁹.

Satış sözleşmelerindeki kanuni ayıp sorumluluğu satıcının sorumluluğu olup, bunu aşacak şekilde nitelik vaadinde bulunulduğunda, bağımsız olmayan teminat taahhüdü veya saf garanti taahhüdü verildiğinde de bu taahhüt satıcı tarafından alıcıya verilmekte olup, satılan ile ilgilidir. Dikkat edilirse üretilecek enerjinin satın alınması taahhüdü ise, satıcı tarafından değil alıcı tarafından verilmektedir. Bu taahhüdün satış konusu olan enerjinin nitelikleri ile de hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.

Üretilecek enerjinin satın alınması taahhüdü bakımından ileride doğacak bir riskin temini de söz konusu değildir. Konusu bir riskin temini olmayan bir taahhüt ne

¹¹⁵⁶ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 18; Aral/ Ayrancı, s. 105; Zevkliler/ Gökyayla, s. 105-106; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 42.

¹¹⁵⁷ Kahraman, s. 109.

¹¹⁵⁸ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, IV, E, 4.

¹¹⁵⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, s. 118 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 89 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 59 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, s. 111 vd.; Aral/ Ayrancı, s. 89 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I, s. 49 vd.; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 55.

bağımsız olmayan bir teminat taahhüdüdür ne de bir garantidir. Risk yoksa garanti de yoktur. Burada da aynen Stammeler'in kira konusundaki örneğinde gibi bir taşınır satış sözleşmesi niteliğinde olan elektrik satın alma sözleşmesinde ne kadar üretilcekse o kadarın satın alınacağına yönelik taahhüt, asıl sözleşmenin şartını oluşturan bir asli edim borcudur.

Proje şirketinin planlanan aylık üretim miktarlarına ulaşamaması halinde eksik olan miktarı temin edip, satışa sunma taahhüdü vermesinde de garanti sözleşmesinin unsurları bulunmamaktadır. Burada sözleşmesel bir edim taahhüdü bulunmakta olup, sözleşmenin bu hükmü de menkul satış sözleşmesine tabi olacak niteliktedir.

Buna karşılık, proje şirketince üretilcek elektriğin belirli bir süre için belirli bir miktardan TETAŞ (sonradan EÜAŞ) tarafından satın alınacağı taahhüdünü veren tüm üçüncü şahıslar için saf garanti sözleşmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, A şirketi B şirketine proje şirketinin ürettiği elektrik on beş yıl boyunca EÜAŞ tarafından X fiyatla satın alınacaktır şeklinde bir taahhütte bulunur ise artık burada taahhüdün asli ve bağımsız olmasından ve garanti sözleşmesinden söz edilebilecektir. Bu bakımdan devletin bir biriminin yatırımcının yatırım yapması için yatırım sonucunda üretilcek elektriğin onu sevk ve teşvik etmek amacı ile başka bir şirket tarafından satın alınacağını taahhüt etmesi garanti sözleşmesi niteliğinde olabilecektir.

Aynı sonuç YEKA projelerinde ve diğer enerji alım taahhütlerinde de geçerlidir. Bir kamu kurumu, yatırımı teşvik etmek için elektriğin bir başka kurum tarafından belirli süre boyunca belirli tutar üzerinden satın alınacağını taahhüt eder ise garanti sözleşmesi niteliğinde olabilecektir. Buna karşın bir kamu kurumu yatırımı teşvik etmek için belirli süre boyunca belirli bir tutar üzerinden elektriği bizzat kendisinin satın alacağını taahhüt eder ise bu taahhüt satış sözleşmesinin bir hükmü olarak kabul edilecektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNİN HÜKÜMLERİ

I. GENEL OLARAK

Yukarıda tespit etmiş olduğumuz hukuki niteliklere göre yapım sözleşmesinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri farklı hüküm ve sonuçlar doğuracaktır. Garanti taahhüdü niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından, risk gerçekleştiğinde garanti verenin borcu diğer tüm borçlardan bağımsız olarak doğacak iken, diğer taahhütler bakımından ise yerine göre somut sözleşme kapsamında bir edim borcu ortaya çıkacaktır. Aşağıda asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin hükümleri ikili bir sınıflandırma ile incelenecektir.

Buna göre, “saf garanti taahhüdü olanlar” ifadesi; yol, köprü, tünel, havalimanı projelerinde verilen gelir garantileri ile enerji projelerinde sözleşmenin tarafı dışında verilen enerji alım garantileri anlamında kullanılacaktır.

“Garanti niteliğinde olmayanlar” ifadesi ise 6428 sayılı kanun uygulaması ve KÖİ ile şehir hastaneleri modeli, enerji santralleri yapımında tarafların verdiği enerji alım taahhütleri anlamında kullanılacaktır.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, “saf garanti taahhüdü olanlar” ve “garanti niteliğinde olmayanlar” değerlendirmesi bakımından incelediğimiz modeller esas alınmış olup, bu modeller kapsamında yapılan somut sözleşmede taraflar, garanti niteliğinde taahhüde yer verebilecekleri gibi, tarafların böyle bir taahhüt düzenlememiş olmaları da mümkündür. Bu bakımdan her bir somut sözleşmeye göre açıkladığımız esaslar kapsamında taahhütlerin hukuki nitelikleri tespit edilmelidir.

II. TAAHHÜDÜN HÜKÜMLERİ

A. Garanti Verenin Ödeme Borcu

1. Kavram ve Hukuki Niteliği

Garanti niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde genel olarak garanti verenin asli yükümlülüğü risk gerçekleştiğinde ödeme yapmaktır. Taahhütler sonrasında yol, köprü, tünel, hastane projelerinde verilen garanti oranlarına ulaşılamaması nedeni ile yapılacak ödemelerin hukuki niteliğinin tazminat olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir.

İdare hukuku bakımından da tazminat söz konusu olabilmektedir. Anayasa m. 125 kapsamında idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları karşılama yükümlülüğü vardır. Buna göre idare hukuku bakımından da bir tazminattan bahsedebilmek için idarenin eylem ve işlemleri neticesinde kusurlu veya kusursuz olarak sorumlu olduğu bir zarar ortaya çıkmalıdır¹¹⁶⁰. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde riskin gerçekleşmesi ile ortaya çıkan zarar idarenin eylem ve işlemleri neticesinde gerçekleşmemektedir.

İdare hukuku terminolojisinde tazminatın bir diğer kullanımı da kamu hizmetinin yürütülmesi için imtiyazcıya sonradan ortaya çıkan öngörülmez nitelikteki olaylar nedeni ile tazminat ödenmesi ve sözleşmenin ayakta tutulması halidir¹¹⁶¹. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ise tamamen öngörülmez bir olaydan ve bu olayın ifayı imkansız hale getirmesinden ya da güçleştirmesinden bahsedilemez. Risk, taahhütlerin en önemli unsuru olsa dahi riskin gerçekleşmesi tamamen öngörülmez bir olay değildir. Öte yandan riskin gerçekleşmesi neticesinde ödeme borcu sözleşmenin kendisinden doğmakta olup, bu taahhüt sadece sözleşmeyi ayakta tutacak bir gelir taahhüdü içermemektedir. Bu bakımdan taahhütler neticesinde yapılacak ödemenin hukuki niteliği

¹¹⁶⁰ Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *AÜHFD*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2392; A. Ülkü Azrak, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti”, *İÜHFM*, C. 28, S. 2, 1962, s. 373.

¹¹⁶¹ Şerife Yıldız Akgül, Covid-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi, *İÜHFM*, C. 78, S. 2, 2020, s. 975.

özel hukukun genel hükümlerine göre tespit edilmelidir.

Tazminat, alacaklının malvarlığında¹¹⁶² meydana gelen eksilmenin sorumlu olan borçlu tarafından aynen veya nakden giderilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir¹¹⁶³. Zararın giderilmesi, sorumluluk hukukunun ana amaçlarından biridir¹¹⁶⁴. Tazmin borcu aynı zamanda zarar nedeni ile sorumlu olmayı ifade eder. Tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkması için kanundan veya sözleşmeden doğan bir sorumluluk sebebinin bulunması gerekir¹¹⁶⁵. Bir kimse, kanunen sorumlu olmadığı bir zararın tazmininden sorumlu olmayı sözleşme ile üstlenmiş olabilir ki garanti sözleşmesi, sigorta sözleşmesi gibi sözleşmelerde durum böyledir¹¹⁶⁶.

Tazminat sorumluluğunun birinci aşaması zararın belirlenmesi, ikinci aşaması ise tazminatın belirlenmesidir¹¹⁶⁷.

Haksız fiillerde zararın giderimi asli bir nitelik taşır iken sözleşmelerde tali bir nitelik taşır¹¹⁶⁸. Sözleşmelerde borcun konusu, bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmaması gibi edimlerden oluşur. Sözleşmeler bakımından zarar ise borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde gündeme gelebilir. Borçlu borç ilişkisinden doğan edimini hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde, TBK m. 112 hükmü kapsamında kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edemez ise alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür¹¹⁶⁹. Bir başka ifade ile, tazminattan bahsedebilmek

¹¹⁶² Manevi tazminat bakımından zarar, malvarlığına değil kişilik haklarına verilmiştir. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 805 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 130-131; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 391, n. 1290.

¹¹⁶³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 799 ve 749; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 104; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 453 vd.; Topuz, s. 223; Ergüne, s. 329.

¹¹⁶⁴ Zarar, sorumluluk ve tazminat borcunun en önemli unsuru olup, zarar yok ise sorumluluk da yoktur. Bkz. Topuz, s. 337.

¹¹⁶⁵ Ergüne, s. 330.

¹¹⁶⁶ Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 76; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1481; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 50 vd.; Kender, s. 222 vd.; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 9; Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 4.

¹¹⁶⁷ Roma hukukunda zarar ve tazmin iç içe iken İsviçre ve Türk hukukunda zararın belirlenmesi (TBK m. 50) ile tazminatın belirlenmesi (TBK m. 51, 52) ayrı ayrı aşamalar olup, tazminatın belirlenmesi için önce zararın belirlenmesi gerekir. Bkz. Topuz, s. 221; Ergüne, s. 332.

¹¹⁶⁸ Ergüne, s. 330.

¹¹⁶⁹ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, s. 381 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1078 vd.; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 202 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. III, s. 163 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 260 vd.; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 624;

için zararın varlığı gerekir¹¹⁷⁰. Zararın tazmini yükümlülüğü var ise sorumluluktan söz edilir¹¹⁷¹. Hukuka aykırılık ya kusurlu bir haksız fiil veya borca (sözleşmeye) aykırılık ya da kanunun borçluyu kusursuz sorumlu tuttuğu bir durumdan doğar. Borca aykırılık gerçekleşmeden yalnızca muaccel olan bir borcun ifa edilmesi zararın tazmini değil, borçlanılmış olan edimin ifa edilmesidir¹¹⁷².

Garanti niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından burada incelenmesi gereken mesele taahhüde bağlı ödemelerin bir tazminat ödemesi mi yoksa borçlanılan edimin ifası mı olduğudur.

İfa, sözleşmeden doğan borcun sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesi olup¹¹⁷³, bir menkul satış sözleşmesinde satış konusu menkul malın alıcıya teslimi ile alıcının bu malların bedelini ödemesi, bir kira sözleşmesinde kiraya verenin kira konusu şeyi kullanıma elverişli bir şekilde kiracıya teslim etmesi ile bunun karşılığında kiracının kira bedeli ödemesi asli edim yükümlülüklerinin ifası anlamına gelmektedir¹¹⁷⁴. Para borcu söz konusu olduğunda ise ifayı ifade etmek üzere “ödeme” kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla ifa, tüm borçlar bakımından edimin yerine getirilmesini ifade ederken ödeme, yalnızca verme borçlarının bir türü olan para borçlarının yerine getirilmesini ifade eden ifanın alt bir türünü ifade etmektedir¹¹⁷⁵.

Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, s. 405; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 853 vd.; Topuz, s. 227.

¹¹⁷⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 854; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, s. 382, n. 1254; Hatemi/ Gökyayla, s. 130; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1078; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. III, s. 167-168.

¹¹⁷¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 18; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, s. 17, n. 59; Kocayusufpaşaoğlu, s. 26; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 83 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. I, s. 65 vd.

¹¹⁷² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, s. 381 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. III, s. 2; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 7; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 79; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1061; Topuz, s. 340.

¹¹⁷³ Saymen/ Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. II, s. 584; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, s. 251; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 932; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 7; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. III, s. 1 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 211 vd.; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 457 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 758; İpek, s. 94.

¹¹⁷⁴ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. III, İstanbul, 2017, s. 2; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 11; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 759.

¹¹⁷⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 771 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 291 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 933; Hatemi/ Gökyayla, s. 221 vd.; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız*

Garanti sözleşmesi sonucunda garanti verenin yapacağı ödeme doktrinde genellikle tazminat olarak ifade edilmektedir¹¹⁷⁶. Bir görüşe göre¹¹⁷⁷, bu borç bir tazminat borcu olup, zarar ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden doğan müspet zarardır. Üstlenme (garanti) sözleşmesinin konusu, üçüncü kişinin taahhüt edilen edimi yerine getireceğine ilişkin verilen garanti olup, bu edimin yerine gelmemesi ile tazminat borcu da kendiliğinden doğmuş olur¹¹⁷⁸.

Bir başka görüşe göre ise garanti sözleşmesinde yapılan ödeme tazminat olarak adlandırılmaz. *Oğuzman/Öz*'e göre¹¹⁷⁹; üçüncü kişinin fiilini üstlenen bu fiili yerine getirmek ile değil, üstlenilen fiilin yerine getirilmemesi halinde alacaklının bundan uğradığı zararı yerine getirmeyi borçlanır. Bu bakımdan başkasının fiilini üstlenenin bu yükümlülüğü bir tazminat ödeme borcu değil, sözleşmeyle yükümlendiği asıl borcudur. *Hatemi/Gökyayla*¹¹⁸⁰ da üçüncü kişinin taahhüdünde taahhüt edenin sorumluluğunun tazminat borcu değil, taahhüt eden ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden doğan asli bir borç olduğunu ifade etmiştir¹¹⁸¹.

Üçüncü bir görüş, bu ödeme ile ilgili önceden kesin bir yorum yapılamayacağı yönündedir. *Develioğlu*'na göre¹¹⁸², bir genelleme yapmak suretiyle garanti verenin borcunun daima bir zararı tazmin etme veya daima bir para ödeme borcu olduğunu ifade etmek doğru değildir. Taraflar farklı hükümler üzerinde anlaşarak düzenleme yapabilir. Bu düzenlemelere göre garanti verenin belirli bir miktarda veya belirli bir miktarla sınırlı olmak üzere para ödemeyi borçlanması halinde para borcunun ödenmesinden, belirli bir miktar ve miktara ilişkin sınırlama olmadan alacaklının zararını tazmin edeceği

Zenginleşme, s. 97 vd.; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 457; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. III, s. 102 vd.; Saymen/ Elbir, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. II, s. 584; İpek, s. 97.

¹¹⁷⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 151; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 855; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1481.

¹¹⁷⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1187; Arık, s. 55; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 154; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 855; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 516.

¹¹⁷⁸ Benzer görüşte: Kayak, s. 251.

¹¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 428.

¹¹⁸⁰ Hatemi/ Gökyayla, s. 306.

¹¹⁸¹ Aynı görüşte: Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 88-89; Kahraman, s. 44 ve s. 178.

¹¹⁸² Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 296.

düzenlendi ise tazmin borcu altına girdiği kabul edilmelidir.

Tazminatın alacaklının malvarlığında oluşan eksilmeyi kanun veya sözleşmeden doğan bir sorumluluk sebebine göre borçlunun giderme yükümlülüğü olduğu ve tazmin borcunun zarar nedeni ile sorumlu olma anlamına geldiği hemen yukarıda ifade edilmişti. Garanti sözleşmesi, temel ilişkiden bağımsız bir borç ilişkisi doğurur¹¹⁸³. Bu bakımdan garanti konusu riskin gerçekleşmesi ile temel ilişkideki bir borç ihlal edilmiş olmaz, garanti borcu doğmuş olur¹¹⁸⁴. Örneğin, bir otoyolda belirli bir miktarda araç geçişi taahhüt edilmiş ancak o miktarda araç geçmemiş ise risk de gerçekleşmiş demektir. Böyle bir ihtimalde riskin gerçekleşmiş olması (taahhüt edilen miktarda araç geçmemesi) sonucunda temel ilişkideki borç ihlal edilmiş olmaz. Zira, garanti verenin belirlenen miktarda aracın geçmesini sağlama borcu bulunmamaktadır. Belirlenen miktarda aracın geçmemesi ile risk gerçekleşmiş olur ve garanti borcu temel ilişkiden bağımsız olarak doğar. Garanti veren eksik kalan araç sayısına ilişkin tutarı, temel ilişkideki bir borcun ihlali olarak ödemez. Garanti sözleşmesi kapsamında riskin gerçekleşmesi ile birlikte asli edim borcu olarak öder.

Garanti veren, riskin gerçekleşmesi ile meydana gelen zarar için önceden sözleşme ile taahhüt ettiği kendi borcunu ifa etmektedir. Garantiyi verenin asli edimi risk gerçekleştiğinde garanti alanın uğramış olduğu zararı gidermektir¹¹⁸⁵. Ancak bu asli edim borcunun garanti veren tarafından süresinde ifa edilmemesi (zararın süresinde giderilmemesi) halinde dar ve teknik anlamda zararın doğmasından ve tazminattan söz edilebilecektir.

Zararın giderilmesi, her halde garanti verenin sözleşme ile yükümlendiği asli edim borcu olup, taraflar anlaşarak bu zararı hangi şekilde gidereceklerini belirleyebilir. Garanti sözleşmesinde parasal olarak bir miktarın gösterilmesi veya bir sınır getirilmesi

¹¹⁸³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, c.

¹¹⁸⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 3.

¹¹⁸⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 151 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 855; Yavuz/Acar/ Özen, s. 1481; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1187; Arık, s. 55; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 516.

de borcun niteliğini değiştirmez. Bu nedenle garanti verenin yapacağı ödemenin tazminat mı asli edim borcu mu olduğunun anlaşmaya göre belirlenmesini ifade eden üçüncü görüşe katılamıyoruz.

Garantiyi alanı, bu işe garantiyi veren sevk ve teşvik etmiş, teşvik edilen davranışın sonucunda risk gerçekleşince doğacak zararı da sözleşmenin ifa borcu olarak üstlenmiştir. Yukarıda ifade edildiği zere¹¹⁸⁶, garanti sözleşmesinin varlığı için temin edilen risk gerçekleştiğinde para ile ölçülebilir bir zarar tehlikesinin varlığı řarttır¹¹⁸⁷. Garanti verenin borcu da bu zarar tehlikesinden garanti sözleşmesi kapsamında asli bir borç olarak doğmaktadır. Bu bakımdan kanaatimizce, garanti sözleşmesinde var olan borç gerçekte tazminat değil, garanti verenin sözleşme ile yükümlendiği asıl borcun ifası niteliğindedir. Bu nedenle saf garanti taahhüdü niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından kanaatimizce teknik anlamda bir tazminat borcu değil, asli edimin ifası olarak bir ödeme borcu bulunmaktadır¹¹⁸⁸.

Bir görüşe göre, tazminat ifadesi dar ve teknik anlamda bir tazminatı yansıtmasa da “zararın giderimi” mahiyetindeki ödeme borcunu ifade etmesi ve risk kavramının gerçekleşmesine bağlanan bir sonuç olarak ortaya çıkması bakımından yine de diğer ifadelere karşı daha uygun bir kullanımdır¹¹⁸⁹. Buna karşın tezimizde, yapmış olduğumuz tespite uygun olarak garanti verenin zararı giderme borcu tazminat değil, ödeme borcu olarak adlandırılacaktır.

Garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından da borçlanılan edimin ifası

¹¹⁸⁶ İkinci Bölüm, IV, A, 2, b, (1).

¹¹⁸⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri*, C. II, s. 810; Kahraman, s. 25.

¹¹⁸⁸ Garanti sözleşmesinde amaç, ceza koşulunun aksine, asıl borcun ifası değil, riskin gerçekleşmesi ile ilgili doğacak zararın tazminidir. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 151 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri*, C. II, s. 855; Yavuz/ Acar/ zen, s. 1481; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1187; Arık, s. 55; Gümüş, *Borçlar Hukuku zel Hükümler*, C. II, s. 516; Kahraman, s. 65 vd.

¹¹⁸⁹ Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak nc Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 89-90; Riskin gerçekleşmesi ile doğan zararı gidermenin asli edim olduğu sigorta sözleşmelerinde de tazminat kavramının kullanıldığı görülmektedir. Zarar sigortası çeşitlerinden mal sigortaları ile ilgili olan TTK m. 1459’un st başlığı “Tazminat ilkesi” olup, söz konusu maddeye göre “*Sigortacı, sigortalının ğradığı zararı tazmin eder.*” Kender, s. 229 vd.; Yazıcıoğlu/ şeker ğz, s. 160 vd.; Ayrıca hayat sigortalarında alınan ödemelerin hukuki işlevinin tazmin etmek olmadığı ve bunların ölüm nedeniyle ortaya çıkan zararı karşılamak için kullanılmalarının da bu niteliklerini değiştirmeyeceği hakkında bkz. nan, s. 51.

söz konusudur. Bu kapsamda örneğin şehir hastanelerinde idarenin taahhüt etmiş olmasına rağmen ticari alanların işletmesinin yatırımcıya verilmesi idarenin asli edim borçlarından biridir. Bununla birlikte idarenin söz konusu işletmeyi vermemesi halinde borca aykırılık sonrasında bu borç artık bir tazminat borcuna dönüşecek, idare TBK m. 112 ve devamındaki hükümler uyarınca borcun ifa edilmemesinden sorumlu olacaktır.

2. Ödeme Borcunun Kapsamı

Garanti verenin yükümlülüğü, riskin gerçekleşmesi ile birlikte taahhüt edilen edimi ifa etmek veya belirli bir tutarı ödemektir¹¹⁹⁰. Zararın kısmen veya tamamen yüklenilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşmenin en başında götürü bir bedel belirlenmesi ya da para yerine başka bir tazmin şekli kararlaştırılması mümkündür. Zararın nasıl ve ne şekilde ortaya çıktığı önemli değildir¹¹⁹¹. Bununla birlikte üçüncü kişinin ediminin taahhüt edildiği (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde, bu edimin yerine getirilmemesi halinde garanti verenin edimi aynen ifa edeceği kararlaştırılamaz. Yalnızca garanti verenden bir tazminat istenebilir¹¹⁹².

Zarar için sözleşmenin en başında götürü bir bedel belirlenmediği durumlarda ödeme borcunun konusu, riskin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan ve uygun illiyet bağı bulunan tüm zararlar olacaktır¹¹⁹³. Garanti veren, riskin gerçekleşmesi halinde yoksun kalınan karın ödeneceğini de taahhüt edebilir¹¹⁹⁴.

Riskin gerçekleşmesi halinde garanti verenin ödeyeceği tutar, sözleşmenin kurulması anında belirli bir meblağ (götürü bedel) olarak önceden kararlaştırılabilir.

¹¹⁹⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 152; Kahraman, s. 177; Garanti sözleşmesinden doğan borcun sadece para ödeme olabileceği görüşünde: Ferhat Canbolat/ Seçkin Topuz, “Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi Ve Ayırmada Uygulanacak Kıstaslar”, TBB Dergisi, S. 78, Y. 2008, s. 56-57.

¹¹⁹¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 152; Kahraman, s. 178.

¹¹⁹² Arık, s. 55; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 159; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 23; Ancak edimin bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının yararı yok ise bu edimi üçüncü kişi yerine garanti veren yerine getirebilir. Ancak burada garanti sözleşmesinden doğan bir hak değil, TBK m. 83’den doğan bir yetki vardır. Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 854

¹¹⁹³ Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, s. 5; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 855; Kahraman, s. 178; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 151; Uygun illiyet bağı için bkz. Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, AÜHF Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 51 vd.

¹¹⁹⁴ Kahraman, s. 177 vd.

Böylece risk gerçekleştiğinde garanti alan, uğradığı zararı ispat etmek zorunda kalmaksızın bu tutarın ödenmesini talep edebilmektedir¹¹⁹⁵. Bir görüşe göre¹¹⁹⁶, götürü bedel kararlaştırılmış ise garanti verenin ödeme borcunun kapsamı, önceden belirlenen bu meblağlarla sınırlı olup, asıl borç bakımından meydana gelen değişiklikler garanti konusu ödeme borcunu etkilemez. Zararın daha fazla olması, götürü bedeli artırmayacağı gibi, zararın daha az olması götürü bedeli azaltmaz. Buna karşın bir başka görüşe göre¹¹⁹⁷, garanti verenin yükümlülüğünün sınırını uğranılan gerçek zarar miktarı çizmekte olup, götürü bedelin kararlaştırılması bu miktar için ispat yükünü ters çevirmektedir.

Kanaatimizce, saf garanti taahhütleri bakımından birinci görüş kabul edilmelidir. Saf garanti taahhütleri, garanti alanı bir davranışa sevk ve teşvik etmek amacı ile verildiğinden garanti alan, sözleşmenin en başında risk gerçekleştiğinde elde edeceği tutarı kesin bir şekilde bilme ihtiyacı duymaktadır. Sözleşmenin en başında götürü olarak belirlenen bu bedel, garanti alanın istenilen davranışa sevk edilmesi için en önemli etken olup, garanti alana uğranılan zarardan bağımsız bir şekilde talep hakkı vermektedir¹¹⁹⁸. Götürü bir bedel belirlendiğinde, temel ilişkide ve zarar miktarında meydana gelen değişikliklerin garanti sözleşmesinin bağımsız olması nedeni ile garanti sözleşmesini etkilememesi gerekir. Götürü bedel belirlenmiş olması zararın bu miktarla sınırlandırılması bakımından garanti vereni de korumaktadır.

Götürü bir bedel belirlenmesi halinde zarar miktarındaki değişiklikler garanti sözleşmesindeki götürü bedeli etkilemeyecek ise de tarafların sözleşmede bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Buna göre taraflar, zararın götürü bedelin üzerinde olması halinde bunu aşan kısmın talep edilebileceğini veya zararın götürü bedelden düşük olması halinde talep edilebilecek ödemenin uğranılan zararlarla sınırlı olacağını

¹¹⁹⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 152; Meblağın önceden belirlendiği durumlarda tarafların iradesi, zarar daha düşük olsa bile anlaşılan sabit miktarın ödenmesi yönündedir. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 298, Garanti sözleşmesi fer'i bir borç doğurmadığından indirim klozu yok ise asıl borç bir nedenle azalsa bile garanti verenin borcu kendiliğinden azalmaz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 309.

¹¹⁹⁶ Kahraman, s. 182; Develioğlu, s. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, 305.

¹¹⁹⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 153, dn. 7.

¹¹⁹⁸ Kahraman, s. 182.

düzenleyebilirler¹¹⁹⁹.

Garanti niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından borcun kapsamı, götürü bedel belirlenmemiş ise riskin gerçekleşmesi ile oluşan zarar tutarı olup, olumlu zararlardır. Götürü bedel belirlenmiş ise, zararın giderimi belirlenen miktardaki paranın ödenmesi suretiyle ifa edilir.

Garanti niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde riskin gerçekleşmesi halinde ödenecek tutar genellikle önceden götürü bedel olarak belirlenir. Götürü bedel belirlenirken, taahhüt edilen araç ve yolcu sayısından eksik ne miktar var ise, araç ve yolcu başına sözleşmede belirlenen miktar üzerinden hesaplama yapılmaktadır. Eksik kalan her bir araç veya yolcu başına ödenecek miktar önceden belirlenmiş olduğu için böyle bir durumda da ödeme borcunungötürü bedel ile belirlenmesi söz konusudur. Belirlenen araç veya yolcu sayısına ulaşamaması halinde risk gerçekleşeceğinden önceden belirlenmiş miktara göre ödeme yapılmak suretiyle garanti veren borcunu ifa edecektir. Bu miktar önceden götürü bedel olarak kararlaştırıldığından garanti veren idare, garanti alan yatırımcının daha az zarara uğradığını iddia edemeyeceği gibi, yatırımcı da garanti konusu riskin gerçekleşmesi nedeni ile daha fazla zarara uğradığını iddia edemez.

Kanaatimizce, götürü bedel belirlendiği bu hallerde hakimın aşırı ceza koşulu miktarının indirilmesini düzenleyen TBK m. 182 f. 3 hükmünü kıyasen uygulayarak aşırı gördüğü götürü bedel miktarını indirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu sonuç, ceza koşulundan farklı olarak saf garanti taahhütlerinin temel ilişkiden bağımsız olmasının ve ceza koşulundan farklı amaçlara sahip olmasından kaynaklanır. Garanti sözleşmesinde belirlenen götürü bedel, ne gerçek ve teknik anlamda bir tazminattır ne de bir cezadır¹²⁰⁰. Saf garanti taahhüdünün garanti alanı sevk ve teşvik etme amacı doğrultusunda garanti alana sunulan bir teşvik ödemesidir. Yatırımcı, yüksek miktarda maliyet gerektiren ve

¹¹⁹⁹ Asıl borçta meydana gelen değişikliklerin garanti sözleşmesini etkilemesi için garanti sözleşmesi içine bir indirim klotu konulabilir. Avans garantileri buna örnek verilmiştir. Bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 305, s. 309.

¹²⁰⁰ Kahraman, s. 187.

geliri belirsiz olan yatırımı, hiç değilse asgari olarak bu ödemeyi alabileceği inancı ile gerçekleştirmiştir. Bu projelerin hemen hepsi kredi veren bankaların da dahil olduğu bir proje finansmanı yöntemi ile gerçekleştirildiğinden, yalnızca yatırımcı için değil kredi veren bankalar için de garanti konusu götürü bedel büyük bir öneme sahiptir. Kredi verenler de götürü bedeli projenin geliri olarak hesap etmekte ve projeye kredi vermektedir. TBK m. 182 f. 3 hükmünün garanti sözleşmesinde belirlenen götürü bedel için kıyasen uygulanması garanti sözleşmesinin yapısına ve amacına aykırı olacaktır.

3. Ödeme Borcunun Doğması ve Muacceliyeti

Garanti sözleşmesinde ödeme borcunun ne zaman doğacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre¹²⁰¹, garanti sözleşmesinde garanti verenin ödeme borcu sözleşmenin kurulması ile değil, riskin gerçekleşmesi ile aynı anda doğar ve muaccel olur.

Diğer görüşe göre¹²⁰² de, garanti verenin ödeme borcunun ve garanti alanın alacağının garanti sözleşmesinin imzalanması ile birlikte doğduğu kabul edilemez. Bu borç geciktirici koşula bağlanmıştır. Rizikonun gerçekleşmesi ile koşul da gerçekleşmiş olur. Böylece hem borç doğar hem de muaccel olur. Bununla birlikte sözleşmenin imzası ile borç doğarsa da riziko gerçekleşene kadar garanti alan bir “beklenen hak” sahibi olmuştur. Bu beklenen hak sayesinde riziko gerçekleşene kadar ibra, beklenen hakkın devri gibi işlemler gerçekleştirilebilir.

Başka bir görüşe göre¹²⁰³, garanti verenin ödeme borcu sözleşmenin kurulması ile birlikte doğmuş olmakla birlikte riskin gerçekleşmesine kadar muaccel değildir. Riskin gerçekleşmesi ile garanti verenin ifa yükümlülüğü de doğar ve borç muaccel olmuş

¹²⁰¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 857; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 155; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1187; “Garanti alanın alacak hakkı riziko gerçekleşmedikçe doğmaz”, Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 507, 516; Rizikonun gerçekleşmesi ve zararın ortaya çıkması ile muaccel olacağı görüşünde: Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1481.

¹²⁰² Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 426; Şarta bağlı sözleşmeye dönüşmeyeceği ancak beklenen hak olacağı görüşünde: Kayak, s. 248, 250.

¹²⁰³ Risk gerçekleşene kadar askıda beklediği yönünde: Kahraman, s. 176; Risk gerçekleşene kadar şart gerçekleşmediği yönünde: Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 131.

olur.

Kanaatimizce, birinci görüş ile ikinci görüş arasında esas itibariyle fark yoktur. Her iki görüşte de borcun risk gerçekleşene kadar doğmayacağı ve riskin gerçekleşmesi ile hem borcun doğacağı hem de muaccel olacağı savunulmaktadır. Her iki görüş bakımından fark, ikinci görüşteki yazarların borcun doğumu aşamasına kadar garanti alanın beklenen hakka sahip olduğunu ifade etmeleridir. Ancak birinci görüşteki yazarlar bunun aksine bir görüş bildirmemiştir. Üçüncü görüşteki yazarlar ise, diğer görüşlerin aksine ödeme borcunun doğumunu garanti sözleşmesinin kurulması olarak savunmaktadır. *Kahraman*, borcun sözleşme ile kurulduğunu, sözleşmenin imzası ile riskin gerçekleşmesi anına kadar geçecek bekleme döneminde garanti alanın bir beklenen hakkı olduğunu, bununla birlikte bu beklenen hakkın askıda beklediğini ifade etmiştir¹²⁰⁴. *Yüce*'ye göre¹²⁰⁵ de tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları ve sözleşmenin kurulması ile birlikte ödeme borcu da doğmuştur. Ancak şart gerçekleşmeden borcun ifa edilmesi talep edilememektedir.

Kanaatimize göre, garanti sözleşmesinin kurulması ile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu bakımdan taraflar arasında geniş anlamda bir borç ilişkisinin bu aşamada kurulmuş olduğuna kuşku yoktur. Ancak, borç ilişkisinin kurulmuş olması demek her zaman dar anlamda borcun doğumu anlamına gelmemektedir. Kira gibi bazı dönemsel edimli borç ilişkilerinde sözleşmenin kurulması ile geniş anlamda borç ilişkisi kurulmuş ise de borcun doğumu ve muacceliyeti ileri bir tarihte gerçekleşebilir. Bununla birlikte bu tür sözleşmelerde ileride borcun doğumu ve muacceliyeti ile ilgili gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir olaya bağlı risk yoktur. Sigorta sözleşmesi, garanti sözleşmesi gibi sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulmuş olması her zaman bu sözleşmeden bir tazminat borcu doğacağı anlamına gelmez. Bir yıllık süreli bir sigorta sözleşmesinde riziko gerçekleşmediği için sigorta edenin hiçbir tazminat borcu doğmadan sözleşme sona erebilir. Yine garanti sözleşmesinde risk gerçekleşmediği için

¹²⁰⁴ Kahraman, s. 176.

¹²⁰⁵ Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 131.

garanti verenin ödeme borcu sözleşme sona erene kadar söz konusu olmayabilir. Sözleşmenin en baştan kurulmasını, aslında riskin doğması halinde borcun da doğacağına yönelik taraflar arasında önceden yapılan bir anlaşma olarak kabul etmek gerekir. O halde taraflar sözleşmenin kurulması ile geniş anlamda borç ilişkisine girmişler ve birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri başlamıştır. Bununla birlikte dar anlamda ödeme borcu, ileride riskin gerçekleşmesi halinde doğacak ve muaccel olacaktır. Garanti sözleşmesinde risk, garantinin varlık sebebi ve özü olduğuna göre, ödeme borcunun doğum anını da riskin doğum anı olarak kabul etmek gerekir. Elbette ödeme borcunun doğumuna kadar garanti alanın bir beklenen hakkı bulunduğunu ve bu hak kapsamında ileride doğacak alacağını devir edebileceği gibi¹²⁰⁶ çeşitli tasarruflarda bulunabileceği de ayrıca kabul edilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin garanti niteliğinde olanlar için ödeme borcunun doğum anı riskin gerçekleşme anı olacaktır. O halde yol, köprü, tünel, havalimanı projelerinde hesaplamaya ve taahhüde esas alınan belirlenmiş olan periyotun bitme tarihinde taahhüt edilen araç ve yolcu sayısına ulaşamadığı anda risk de gerçekleşmiş olur ve ödeme borcu da o anda doğar. Aynı şekilde, enerji santrali projelerinde üretilecek elektriğin EÜAŞ tarafından satın alınacağını taahhüt eden üçüncü kişiler için de riskin gerçekleşme anı olan EÜAŞ tarafından elektriğin belirlenen sürede satın alınmaması ile ödeme borcu da doğmuş olur.

Garanti niteliğinde olan taahhütler bakımından ödeme borcunun muaccel olması için riskin gerçekleşmesi yeterli olup, ayrıca bir ihbar yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte taraflar sözleşmede ödeme borcunun muaccel olmasını garanti alanın ihbar etmesine (muacceliyet ihbarına) bağlamış olabilir¹²⁰⁷.

Aynı şekilde, riskin gerçekleşmesi ile ödeme borcu doğmasına rağmen, sözleşmede ödeme borcu için bir vade öngörülmüş olabilir. Çoğu zaman asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren yapım sözleşmelerinde riskin gerçekleşmesi ile borç doğmasına

¹²⁰⁶ Taahhütten doğan alacağın devri ile ilgili bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 4.

¹²⁰⁷ Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 132.

rağmen borcun muacceliyeti için bir vade belirlenmektedir. Böyle bir durumda ödeme borcunun talep edilebilmesi için vadenin gelmesi beklenecektir. Bununla birlikte ödeme borcunun muacceliyetinin vadeye bağlanması ile riskin gerçekleşmesinin süreye bağlanması birbirinden farklıdır¹²⁰⁸. Örneğin bir otoyol projesinde, her bir takvim yılında geçecek belirli bir araç sayısı için taahhüt verildi ise riskin gerçekleşmesi süresi takvim yılına bağlanmış, her bir takvim yılının bitip yenisinin başlaması ile risk değerlendirmesi yeniden yapılacaktır. Yine, asgari ekonomik menfaat taahhüdü sözleşme süresinin tamamı için değil bir kısmı için de verilmiş olabilir. Bir diğer ifade ile örneğin, on yıllık yapılmış bir sözleşmede sadece üç yılı kapsayacak şekilde taahhüt verilmiş olabilir. Bu periyotlar vade ile ilgili olmayıp riskin bağlandığı süre ile ilgilidir. Belirlenen periyot sonunda risk ortaya çıktığında ödeme borcu doğar ve sözleşmede belirlenen vadede muaccel olur ve ödenmesi gerekir.

Asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren yapım sözleşmelerinde, belirlenen periyotlar sonunda taahhüde esas alınacak sayıların ve ödeme tutarlarının bildirilmesi ve talep edilmesi, bildirilmediği ve talep edilmediği takdirde bu hakkın kaybedileceği düzenlenmiş olabilir. Geçmişte banka teminat mektupları bakımından buna benzer kayıtların on yıllık zamanaşımı süresini kısaltarak hakkın kaybına neden olması karşısında geçerli olup olmadığı konusunda tereddütler ortaya çıkmış, bunun üzerine mülga BK m. 110'a ikinci bir fıkra eklenmek¹²⁰⁹ suretiyle belirli bir süre için yapılan üstlenmede anılan başvuruların süresi içerisinde yapılmaması halinde üstlenenin sorumluluğunun sona ereceğinin düzenlenebileceği, buna ilişkin kayıtların geçerli olduğu belirtilmiştir. Aynı hüküm TBK m. 128 f. 2'de de muhafaza edilmiştir. Aslında doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere¹²¹⁰ ikinci fıkranın eklenmesi gereksizdir. Bu fıkra eklenmeseydi dahi bu tür kayıtların geçerli kabul edilmesi gerekirdi. Zira, garanti veren belirli bir sürede kendisine başvurulması aksi halde taahhüdünün geçersiz olacağını

¹²⁰⁸ Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 133.

¹²⁰⁹ RG, T. 08.07.1981, S. 17398, 2486 Sayılı "Borçlar Kanunun 110 ncu Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun".

¹²¹⁰ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II*, s. 434; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 135.

taahhüt etti ise burada artık bir zamanaşımı süresinin kısaltılması değil, hakkın süreye bağlanması söz konusudur.

Asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren sözleşmeler bakımından da ödeme, belirli bir sürede talepte bulunulması veya başkaca şart ve külfetlerin yerine getirilmesine bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda garanti veren idarenin ödeme yükümlülüğü bu külfetlerin yerine getirilmesine bağlı olacaktır¹²¹¹.

Garanti niteliğinde olmayan asgari ekonomik menfaat taahhütleri için ise ilgili sözleşmeye uygulanacak hükümler ne ise o hükümlerin uygulanması gerekir. Örneğin, 6428 sayılı kanun kapsamında yapılan şehir hastaneleri bakımından garanti niteliğinde bir taahhüt ayrıca verilmemişse, idarenin yatırımcıya kira ödemesi bakımından sözleşmenin hükümleri, burada hüküm bulunmadığı takdirde niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin m. 299 vd. hükümleri uygulanacaktır.

4. Garanti Alacağının Devri (Temlik)

Alacağın devri TBK m. 183 vd. düzenlenmiş, tasarruf işlemi niteliğinde bir hukuki işlemdir¹²¹². Devrin konusu, sözleşme değil, borç ilişkisinden doğan alacak hakkıdır¹²¹³. Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından garanti niteliğindeki taahhütlerden kaynaklanan ödeme borcu, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sözleşmenin kurulması ile değil, riskin gerçekleşmesi ile doğmakta ve muaccel olmaktadır. Bununla birlikte uygulamada bu alacakların henüz risk doğmadan genelde proje finansmanı kapsamında bankalara devir edilmiş olduğu görülmektedir. Alacağın devri tarihinde henüz risk gerçekleşmemiş olup, riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir.

¹²¹¹ Kahraman, s. 177.

¹²¹² Kemal Dayınlarlı, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Devri**, 5. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 2019, s. 57 vd.; Fahrettin Aral, "Topyekün Temlik", **AÜHFD**, C. 42, S. 1, 1992, s. 93-94; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1256; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 567-568; Hatemi/ Gökyayla, s. 377; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 240-241.

¹²¹³ Dayınlarlı, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Devri*, s. 63; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1262; Aral, *Topyekün Temlik*, s. 94; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1256; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 567-568; Hatemi/ Gökyayla, s. 378; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 201.

Konunun özellikle bu bakımdan incelenmesi gerekmektedir.

Alacağın devrinin geçerli olabilmesi için; sözleşmenin yazılı yapılması¹²¹⁴, bir devir engelinin bulunmaması¹²¹⁵ ve devredilen alacağın mevcut veya belirlenebilir olması gereklidir¹²¹⁶. Alacağın devrinin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır¹²¹⁷.

Alacağın devri devreden malvarlığını azaltan bir tasarruf işlemi olduğundan alacağın devrine konu olan alacak, kural olarak mevcut bir alacaktır. Bununla birlikte henüz mevcut olmayan alacağın tasarruf işlemine konu olacak şekilde devredilebilip devredilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹²¹⁸, gelecekteki alacakların ve devir sözleşmesi sırasında mevcut olmayan alacakların devri mümkündür. Bir başka görüşe göre¹²¹⁹, hiçbir sınırlandırma yapmadan ileride doğacak alacakların devredileceğini ifade etmek doğru değildir. İkili bir ayırım yapılmalı, devir anında mevcut olan bir hukuki ilişki bulunmakta ise alacağın devrini geçerli kabul etmeli, devir anında böyle bir hukuki ilişki yok ise beklenen hak da bulunmadığı için alacağın devri geçersiz kabul edilmelidir. Ancak, böyle bir halde de imkan var ise tahvil yolu ile yapılmış olan “alacağın devri” ni “devir sözü verme” olarak sayıp, sözleşme ayakta tutulabilir.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından alacağın devrine esas olacak temel ilişki en baştan belirlidir. Bu bakımdan iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin söz konusu taahhüt nedeni ile doğacak alacak

¹²¹⁴ TBK m. 184/1'e göre alacağın devri sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yazılı yapılması gerekir.

¹²¹⁵ TBK m. 183 f. 1 kapsamında kanun, sözleşme veya işin niteliğinden kaynaklanan bir devir engeli yok ise her alacak devredilebilir.

¹²¹⁶ Dayınlarlı, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Devri*, s. 105 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 377 vd.; Aral, *Topyekün Temlik*, s. 94; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 240 vd.; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 564 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1260 vd.

¹²¹⁷ Alacağın devrinin sebebe bağlı (illi) olduğu görüşünde: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1280; Aral, *Topyekün Temlik*, s. 104; Dayınlarlı, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Devri*, s. 102; Alacağın devrinin sebebe bağlı olmadığı (soyut-mücerret olduğu) görüşünde: Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 560.

¹²¹⁸ Dayınlarlı, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Devri*, s. 163; Her türlü müstakbel alacağın devrinin TMK m. 23 ve TBK m. 27 f. 1 sınırlamasına tabi olduğu görüşünde: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1263; Temlik anında hukuki temeli olmayan alacakların şarta bağlı temlik edildiği görüşünde: Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 248; Mevcut olmayan tüm alacakların devredilebileceği ancak borçlunun kimliği, hukuki sebep ve miktarın belirli olması gerektiği görüşünde: Aral, *Topyekün Temlik*, s. 109 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 378.

¹²¹⁹ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 567-568.

hakkının en baştan devredilmesi hukuken geçerli kabul edilmelidir.

Taahhüt neticesinde doğacak alacağın mevcut olmayan ileride doğacak nitelikte (müstakbel) olması nedeni ile yapmış olduğumuz inceleme ile birlikte, garanti sözleşmesinde kapsamında doğacak alacakların devri bakımından da ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Garanti alanın bankadan teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep ettikten sonra, ancak ödeme yapılmadan önce var olan mevcut alacağını devir edebileceğine kuşku yoktur¹²²⁰. Yargıtay'ın bir kararında¹²²¹ da “*her ne kadar teminat mektubunun paraya çevrilmesi koşulları oluştuktan sonra doğan alacağın temlik BK.nun 162 ve onu izleyen maddeleri hükümleri gereğince bankanın muvafakati dışında mümkün ise de, teminat mektubu ile garanti edilen borç ilişkisinin devri ancak borçlunun fiilini yükümlenen bankanın açık muvafakati ile mümkün bulunmasına*” denilmek suretiyle, teminat mektubunun paraya çevrilmesi koşulları oluştuktan sonra bankanın muvafakatine gerek olmaksızın alacağın devredilebileceği kabul edilmiştir. Yargıtay'ın bankanın onayına tabi tuttuğu husus, bankanın üstlendiği ve teminat altına aldığı asıl borç ilişkisinin (sözleşmenin) devridir. Bir başka Yargıtay kararında¹²²² da “*garanti sözleşmesi olan teminat mektuplarında alacağın temlikinin mümkün olduğu kabul edilmiş ise de*” ifadesi de aynı kabulü göstermektedir.

Teminat mektubunun paraya çevirme koşulları oluşmadan önce de garanti alan henüz mevcut olmayan alacağını bir başkasına devredebilir¹²²³. Ancak burada ileride teminat mektubunun paraya çevrilmesi koşulları oluştuğunda paraya çevirme talebini devralanın yapabilip yapamayacağına ilişkin bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü, alacağın devri ile talep hakkının da devredilip devredilmediği, paraya çevirme talebinin şahsa bağlı bir hak mı yoksa alacağın kullanımına bağlı bir hak mı olduğu

¹²²⁰ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 202; Tekinalp, s. 535.

¹²²¹ Yarg. 11. HD, E. 1990/7824, K. 1992/5567, T. 21.04.1992 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2020).

¹²²² Yarg. 11. HD, E. 2016/12825, K. 2017/6156, T. 14.11.2017 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2020).

¹²²³ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 202; Kahyaoğlu, s. 104; Tekinalp, s. 535.

hususunun çözümüne bağlıdır¹²²⁴. Hakim görüşe göre¹²²⁵, teminat mektubunun paraya çevrilmesine ilişkin talep hakkı, devredilemeyecek nitelikte garanti alanın şahsına bağlı bir haktır. Sadece teminat mektubundan doğacak alacak devredilmiş ise bankanın onayı aranmayacak ancak paraya çevirme talebi yine garanti alan tarafından yapılacaktır. Böyle bir durumda sözleşmenin tarafları değişmez. Ancak, talep hakkının devri için teminat mektubunun da devri yani bankanın onayı ile muhatabın değiştirilmesi gerekecektir. Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu görülmektedir¹²²⁶.

Başka bir görüşe göre¹²²⁷ ise, garanti sözleşmeleri bakımından alacağın devri ancak garanti verenin devre rıza göstermesi ve sözleşmenin devri yolu ile sözleşmesindeki alacaklı tarafın değişmesi halinde mümkün olabilecek, bunun dışında garanti sözleşmeleri bakımından alacağın devri mümkün olmayacaktır. Zira, hakim görüş rizikodan önce alacağın devredilebileceğini kabul etmesine rağmen, teminat mektubunun tazminini talep hakkının alacağın devri yolu ile devredilemeyeceğini kabul etmiş, alacak hakkı ve talep hakkının birbirinden ayrıştırılarak alacağın devredilebilirliğine ilişkin görüşün kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden saf garanti taahhüdü niteliğinde olanlar bakımından muhtemel ve müstakbel alacağın devrinde de somut sözleşmeye bakılmalıdır. Genel olarak teminat mektuplarında paraya çevirme için garanti alanın tazmin talebinde bulunması yönünde düzenlemeler yer almaktayken¹²²⁸, saf garanti taahhütleri bakımından ise ödeme borcu, riskin gerçekleşmesi ile muaccel olmaktadır¹²²⁹. Bununla birlikte, bu taahhütler bakımından da sözleşmede bir ödeme talebi düzenlendi ise, teminat mektuplarında olduğu gibi önceden alacağın devredilmiş olması halinde talep

¹²²⁴ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 202.

¹²²⁵ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 203; Kahyaoğlu, s. 104; Tekinalp, s. 535.

¹²²⁶ Bir Yargıtay kararında davalının “teminat mektubunun tazminini talep hakkının sadece muhataba ait olup temlik edilemeyeceğini” savunmuş, yerel mahkemenin red kararı Yargıtayca onanmıştır. Bkz. Yarg. 19. HD, E. 2006/1122, K. 2006/9002, T. 29.09.2006. Aynı doğrultuda: Yarg. 11. HD, E. 2016/12825, K. 2017/6156, T. 14.11.2017, (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2020).

¹²²⁷ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 518.

¹²²⁸ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 249 vd.; Kahyaoğlu, s. 65 vd.; Tekinalp, s. 526-527; Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, s. 124 vd.; Barlas, s. 39.

¹²²⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 3.

hakkının devralana geçmeyeceği kabul edilmelidir. Uygulamada, kredi veren bankaların önceden yapılmış olan yapım (uygulama) sözleşmesine daha sonradan taraf oldukları ve uygulama sözleşmesine ilişkin doğrudan sözleşme adı verilen bu sözleşmede taahhüdü veren idareden de alacağın devri ile ilgili onay aldıkları görülmektedir.

Garanti niteliğinde olmayan diğer asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından ise ayrıca inceleme yapılmalıdır. 6428 sayılı Kanun kapsamında inşa edilen şehir hastaneleri bakımından ayrıca bir garanti taahhüdü verilmedi ise yatırımcı ile yapılan kira sözleşmesi, yatırımcı bakımından bir kira alacak hakkı doğuracaktır. Söz konusu kira alacağının devir edilebileceğine dair bir kuşku bulunmamaktadır. Yatırımcıya verilen, belirli konularda hizmet alınacağı, tesisin bakımı ve onarımının yaptırılacağı ve bunlar karşılığında belirli bir bedel ödeneceğine dair taahhütlerden doğacak alacak hakları da alacağın devri yolu ile devredilebilir. Yatırımcıya sunulan tesisin belirli yerlerini kendi nam ve hesabına işletme hakkı tanıma taahhüdünde ise bir alacak değil, bir nevi imtiyaz sunulduğundan bu taahhüt, alacağın devrine konu olamayacaktır.

Enerji santralleri bakımından da menkul satış sözleşmesi niteliğindeki enerji satış sözleşmelerinin sonucunda ortaya çıkan alacakların devredilebileceği konusunda kuşku yoktur. Bir başkası için verilen garanti niteliğindeki enerjinin tamamının satın alınacağı taahhüdünde ise garanti hükümleri kapsamında risk gerçekleşmesi halinde bundan doğacak alacağın önceden devredilmesine bir engel bulunmamaktadır.

5. Ödeme Borcunun Koşulu Olarak Riskin Gerçekleşmesi

a. Genel Olarak

Risk, asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin özellikle garanti niteliğinde olanlar için taahhütlerin varlık sebebidir. Garanti konusu ödeme borcunun doğması, muaccel olması ve garanti alan tarafından istenebilmesi için riskin gerçekleşmesi yani bir diğer ifade ile taahhüdün konusunu teşkil eden garanti veren tarafından taahhüt edilen

olayın gerçekleşmemiş olması gerekmektedir¹²³⁰. Garanti sözleşmesinin en önemli unsurlarından olan riskin yüklenilmesi unsuru yukarıda incelenmiştir¹²³¹.

Riskin gerçekleşmesi, garanti konusu ödeme borcunun doğumu bakımından yeterli ise de ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğünün bulunmaması halinde, garanti alanın ödemeyi talep edebilmesi için riskin gerçekleştiğini ve zarara uğradığını ispat etmesi gerekmektedir¹²³².

Riskin gerçekleşmesi ile yatırımcının çekinmiş olduğu tehlike ve istenmeyen olay meydana gelmiş olur. Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan yol, köprü, tünel projelerinde taahhüt edilen araç sayısına ulaşamaması, havalimanı projelerinde taahhüt edilen yolcu sayısına ulaşamaması ile birlikte risk gerçekleşir ve garanti devreye girer. Yine enerji santrali sözleşmelerinde bir başka kurumun üretilecek enerjinin tamamını satın alacağı taahhüt edilmiş olmasına rağmen bu gerçekleşmez ise o anda risk gerçekleşmiş olur ve garanti devreye girer. Saf garanti taahhüdü niteliğinde olmayan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından “Borcun ifa edilmemesi” ni düzenleyen TBK m. 112 vd. maddeleri hükümleri uygulanır.

Garanti niteliğindeki taahhütlerin yer aldığı yapım sözleşmelerinde riskin ispatı ile ilgili ayrıca bir hüküm bulunmaması halinde riskin gerçekleşmiş olduğunu yüklenici ispat edecektir.

b. Riskin Gerçekleşmesinde Taahhüt Alanın Kendi Kusurunun Olmasının Ödeme Borcuna Etkisi

Garanti sözleşmesi bakımından kural olarak riskin ne sebeple gerçekleştiği önemli değildir. Bu bakımdan risk gerçekleştiğinde, bu riskin garanti borcunu doğuran bir olay olduğu karine olarak kabul edilmelidir¹²³³. Bunun sonucu olarak da risk

¹²³⁰ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 853.

¹²³¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, a.

¹²³² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 854), Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 159.

¹²³³ Kefalet bakımından karşı. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 396.

gerçekleştğinde, garanti alan riskin gerçekleşmiş olduğunun dışında başkaca bir hususu ispat etmek zorunda olmamalıdır¹²³⁴. Garanti veren, garanti alanın riskin oluşumuna kusuru ile sebebiyet verdiğini ispat eder ise, bu durumun ödeme borcuna etkisi sorunu ortaya çıkar.

Garanti alanın kendi kusuru ile riskin gerçekleşmesi durumunda genel olarak garanti verenin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir¹²³⁵. Garanti alanın sorumlu olduğu kişi¹²³⁶ veya hayvanların¹²³⁷ etkisi ile gerçekleşen olayları da garanti alanın kusuru gibi değerlendirmek gerekir¹²³⁸. Garanti konusu riskin gerçekleşmesi ile garanti veren tarafından yapılacak ödeme teknik anlamda bir tazminat olmasa da¹²³⁹ garanti veren bir riskin doğuracağı zararları gidermeyi borçlandığından riskin garantiyi alandan doğması halinde bundan garanti vereni sorumlu tutmamak gerekir¹²⁴⁰. Dürüstlük kuralı ve TBK m. 52 kapsamında zarar görenin kendi kusuru ile zarara neden olmasının sorumluluğu azaltması veya kaldırması ilkesinin de bunu gerektirdiği ifade edilmiştir¹²⁴¹.

*Reisoğlu*¹²⁴², garanti alanın kendi kusuru ile riski artırması halinde garanti alana kusurlu hareket etmeseydi de zararın bir kısmının doğacağını ispat etme imkanı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Böyle bir ayrımın yapılabildiği hallerde başlangıçta

¹²³⁴ İlk talepte ödeme kaydı olan garantilerde garanti verenin riskin gerçekleşmiş olduğunu dahi ispat etmesi gerekmez. Bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 854; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 159; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 389; Kahyaoğlu, s. 63; Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, s. 77 vd.; Tekinalp, s. 526-527.

¹²³⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13 ve s. 170; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 856; Yavuz/Acar/ Özen, s. 1481; Kahraman, s. 170; Kayak, s. 154; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 129; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s. 339; Garanti alanın kusuru ile riskin gerçekleşmesi hali, zarar görenin kusurunun sebep ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağıını kesmesi haline benzemektedir. Zarar görenin kendi kusuru ile zararın meydana gelmesinde de hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı yönündeki genel hukuk kuralının bir uygulaması bulunmakta olup, hiç kimse kendi kusuru ile meydana gelen zararı başkasına yükleyemez. Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 190.

¹²³⁶ Adam çalıştırmanın sorumluluğu, ifa yardımcısı gibi.

¹²³⁷ Hayvan sahibinin kusursuz sorumluluğu gibi.

¹²³⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 170.

¹²³⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 1.

¹²⁴⁰ Bu durum sigorta sözleşmesinde, rizikonun sigorta ettirenin kendi kusuru ile gerçekleşmesi halinde teminat dışı kalmasına veya tazminatın azalması haline benzemektedir. Bkz. Yazıcıoğlu/ Şeker Öğüz, s. 152.

¹²⁴¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 856; Kapancı, *Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri*, s.340; Kahraman, s. 171.

¹²⁴² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 13 ve s. 170.

yüklenilen risk kadar garanti verenin yükümlülüğü devam etmelidir.

*Tandoğan*¹²⁴³,a göre ise, kusurun etkisi için önce garanti sözleşmesinin kendisine bakılmalıdır. Garanti sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde de normal durumda garanti verenin garanti alanın kusurunu karşılamak istemediğinin kabulü ve banka teminat mektupları bakımından bankanın riskin muhatabın kusuru ile gerçekleştiğini öne sürmesinin üçüncü kişiye ait bir definin ileri sürülmesi olarak sayılmadan dinlenmesi gereklidir.

*Kahraman*¹²⁴⁴,a göre; garanti alanın kusuru ile riskin gerçekleşmesi halinde koşula ilişkin TBK m. 175 f. 2 hükmü kıyasen uygulanır. Ayrıca TBK m. 114 f. 2 atfı ile TBK m. 52 f. 1 kapsamında da zarar görenin kendi kusuru ile zarara sebep olması durumunda sorumluluk kalkmalıdır. Garanti alanın riskin gerçekleşmesine neden olan hareketi dürüstlük kuralına aykırı olup, ancak ağır kusur derecesinde olur ise garanti alanın yükümlülüğü ortadan kalkabilir. Kusurun derecesi ile ilgili şüphe halinde garanti verenin sorumluluğunun devam ettiği ve garanti verenden tedbirli birinin gösterdiği özen ile hareket etmesi beklenmemelidir.

Kanaatimizce, garanti alanın kusurlu hareketi neticesinde riskin gerçekleşmesi ile ilgili olarak ilk bakılacak olan taraflar arasındaki sözleşmedir. Garanti verenin sorumluluğu bir tutarla sınırlandırılabilceği gibi garanti alanın kusuru ile riskin gerçekleşmesi hallerinde garanti verenin sorumluluğunun devam edeceği de kararlaştırılabilir¹²⁴⁵.

Riskin gerçekleştiği durumlarda garanti alanın kusurunun bulunmadığı karine

¹²⁴³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 856-857.

¹²⁴⁴ Kahraman, s. 171-172.

¹²⁴⁵ Kanaatimizce, garanti alanın kusuru ile riskin gerçekleşmesi halinde garanti verenin sorumlu olmaya devam edeceğine ilişkin önceden yapılan anlaşmalar, TBK m. 115 kapsamında sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin sınırlamalara değil, TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralı TBK m. 27 kapsamında kanunun emredici hükümleri, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmama ve diğer genel sınırlamalara tabi olacaktır. TBK m. 115 f. 1 borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağını düzenlemektedir. Maddenin diğer fıkralarında da borçlunun kusuru ile ilgili önceden yapılmış olan sözleşmelerin düzenlendiği görülmektedir. Buna karşın, garanti alan garanti sözleşmesinin borçlusu değildir. Garanti sözleşmesinin yapım sözleşmesi içerisinde yer aldığı hallerde, tarafların borçları karşılıklı olsa da böyle bir sorumsuzluk kaydının bulunması halinde borçlu sıfatı garanti sözleşmesine göre belirlenmelidir.

olarak kabul edilmelidir. Zira, garanti sözleşmesi kusura bağlı olmayan bir sonuç sorumluluğu doğurmakta olup¹²⁴⁶, özellikle saf garanti taahhütleri bakımından garanti alanın büyük yatırımlar sonucunda girdiği riskler için en büyük güvence kaynağı bu garantilerdir. Bu sebeple kusurun garanti sorumluluğu üzerindeki etkisi hassas bir inceleme gerektirmektedir.

Garanti veren riskin garanti alanın davranışı ve kusuru sonucu gerçekleştiği iddiasında ise, her şeyden önce ispat yükü kendisinde olmalıdır.

Kanaatimizce, kusurun garanti konusu ödeme borcuna olan etkisini şu esaslardan hareket ederek tespit etmek gerekir.

Garanti verenin borcu yukarıda da açıklandığı üzere¹²⁴⁷ bir tazminat değil, ödeme borcudur. Henüz sorumluluk aşamasına geçilmediğinden kusurun riskin gerçekleşmesine olan etkisi de tazminatın belirlenmesi ve kusura göre indirilmesi bakımından değil, garanti verenin garanti sözleşmesi kapsamında ödeme borcunun tespiti bakımından ele alınmalıdır. Garanti verenin ödeme borcu tespit edilirken henüz sorumluluk aşamasına geçilmediğinden, sorumluluk hükümlerinin uygulanmasından söz edilemez. Bu bakımdan TBK m. 114 f. 2 atfı sadece sözleşmeye aykırılık hükümlerine ilişkin olup, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağını ifade etmektedir. Bu nedenle, henüz sorumluluk aşamasına geçilmemişken, garanti verenin ödeme borcunun kapsamı TBK m. 114 f. 2 atfı ile TBK m. 52 f. 1 hükmü dikkate alınarak tespit edilemez.

Garanti verenin borcu, risk gerçekleştiğinde ortaya çıkan zararı gidermektir. Ancak riskin gerçekleşmesine garanti alanın kendi kusuru etkili olmakta ise, konuyu garanti kurumunun amacı (ratio legis) kapsamında değerlendirmek gerekir. Saf garanti taahhütlerinde amaç, riskin sonuçlarının üstlenilmesi suretiyle garanti alanı belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik etmektir. Ancak bu amaç, garanti alanın kendi sebep olduğu

¹²⁴⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 856.

¹²⁴⁷ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 1.

risklerin karşılanması değildir. Bir başka ifade ile, garanti sözleşmesi garanti alanı kendisinden doğan risklere karşı korumayı amaçlamamaktadır. Bu durum garanti sözleşmesini sigorta sözleşmesinden de ayıran bir husustur¹²⁴⁸. Garanti alan, kendisi dışındaki unsurlardan doğan risklere karşı korunduğuna göre kurumun varlık sebebi ve şart kavramından yola çıkılarak değerlendirme yapılmalıdır.

Garanti alanın riskin gerçekleşmesine kendi kusuru ile sebep olduğu durumlar, koşulda taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı olarak koşulun gerçekleşmesini sağladığı veya koşulun gerçekleşmesine engel olduğu durumlara benzemektedir. TBK m. 175 f. 2 hükmüne göre; “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.*” TBK m. 175 f. 2 düzenlemesi, dürüstlük kuralından doğmaktadır¹²⁴⁹. TBK m. 175 f. 2 hükmü garanti sözleşmesinde riskin gerçekleşmesi bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Bu hükme göre, böyle bir durumda koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır. Risk, garanti sözleşmeleri bakımından kanuni bir şart olarak kabul edilebileceğinden teknik şart olarak kabul edilen tarafların iradi olarak sözleşmeye koydukları şartlara ilişkin hükümlerin garanti verenin kusuru ile ilgili olarak uygulanması kanaatimizce de uygun olacaktır¹²⁵⁰. Öte yandan, hayatın olağan akışında risk gerçekleşmeyecek iken, garanti alanın haksız bir menfaat elde etmek için kendi kusuru ile riski gerçekleştirmesi hali, hakkın kötüye kullanılması olup, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır¹²⁵¹.

Riskin gerçekleşmesinde garanti alanın kusuru dışında da etkenlerin olup olmadığına bakılmalıdır¹²⁵². Örneğin, bir otoyolu kullanan araçlar beklenen sayıya ulaşmamış, garantiyi alan otoyola giriş için yönlendirme içeren levhaları zamanında ve uygun şekilde asmamıştır. Böyle bir halde yeterli araç sayısına ulaşılmaması ve dolayısı

¹²⁴⁸ Sigorta sözleşmesi bakımından bir kimse kendi kusurundan sorumlu olmamayı değil, tazminatın kendisi yerine üçüncü bir kişi tarafından ödenmesini temin etmiş olmaktadır. Ağır kusurun sorumluluğunun sigorta ettirilmesi kabul görürken, kasten verilen zararların sigorta ettirilmesi kabul edilmemektedir. M. İlhan Alniak, “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, *İÜHF*, C. 35, S. 1-4, 1970, s. 324.

¹²⁴⁹ Pulaşlı, s. 89; Sirmen, s. 167 vd.; Kayak, s. 156.

¹²⁵⁰ Kayak, s. 156

¹²⁵¹ Kahraman, s. 171.

¹²⁵² Eren, üçüncü şahsın kusurunun illiyet bağıni kesebilmesi için münhasır olma niteliğini bir şart olarak aramaktadır. Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 202.

ile riskin gerçekleşmesinde garantiyi alanın kusuru bulunduğu görülmektedir. Buna karşın, yönlendirme levhaları asılsa da asılmasa da çevre bölgelerdeki araç trafiği belirlenen sayıdan çok düşük olup, riskin doğumuna münhasıran (tek başına) garanti alanın kusurlu davranışı etkili olmadı ise garanti alanın sorumlu olmaya devam edeceği kabul edilmelidir. Bu ihtimalde, garanti alanın kusuru vardır ve risk gerçekleşmiştir. Ancak, garanti alanının kusurlu davranışı bulunmasaydı dahi riskin yine de gerçekleşeceği, riskin münhasıran garanti alanın kusurlu davranışı ile gerçekleşmediği, riskin gerçekleşmesinde başkaca etkenler olduğu görülmektedir.

Garanti alanın kusurlu davranışı ile riskin gerçekleşmesi arasında illiyet bağı olmalıdır. Buna göre, uygun illiyet bağının varlığı için, hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre garanti alanın kusurlu davranışının riski meydana getirmeye elverişli bulunması gerekir¹²⁵³. Örneğin, garanti alan otoyolu tamamlamış ancak otoyolda yer alacak hizmet tesislerini, akaryakıt istasyonlarını zamanında bitirip işletmeye açmamakla kusurlu hareket etmiştir. Aynı dönemde belirlenen araç sayısına da ulaşamamıştır. Acaba garanti alanın hizmet tesisini zamanında açmamaktaki kusuru ile garanti konusu araç geçiş sayısına ulaşamaması arasında uygun illiyet bağı var mıdır? Garanti alan, diğer canlıların otoyoldan karşıya geçmesi için yapması gereken köprü veya alt geçiş yolunu süresinde yapamamıştır. Bir başka örnekte, garanti alan ne bağlantı yollarını süresinde bitirebilmiş ne de araçları otoyola yönlendirmek için gerekli yönlendirmeleri içeren trafik levhalarını süresinde asmıştır. Bu örnekler bakımından değerlendirme yapıldığında araştırılacak olan husus kusurlu davranış ile riskin gerçekleşmesi arasında uygun illiyet bağı olup olmadığıdır. Garanti alanın hizmet tesisini veya akaryakıt istasyonlarını zamanında açmaması genel olarak araçların otoyolu kullanmaması için uygun bir sebep olmayacaktır. Ancak, otoyolun yüz kilometre gibi uzun bir aralıkta hiç çıkışı olmadığı ve hiçbir akaryakıt tesisinin olmadığı ihtimalinde araçların otoyolu kullanmaması ile kusurlu davranış arasında uygun illiyet bağının

¹²⁵³ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, s. 76 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 566 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 45 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 135 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 565 vd.; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, s. 52; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. II, s. 208 vd.

varlığından bahsedilebilecektir. Diğer canlıların otoyoldan karşıya geçmesi için yapılacak köprü veya alt geçiş yolunun tamamlanamaması ise, genel olarak otoyolu kullanacak sürücülerini etkilemeyecek bir husustur. Garanti alanın böyle bir ihtimaldeki kusuru, riskin gerçekleşmesine etki eden bir husus olmayacaktır. Elbette bu ihtimalde de garanti alanın bu borcuna aykırı davranması nedeni ile hayvanlar otoyola giriyor, otoyol güvenliğini bozduğu için kullanıcı kaybına neden oluyor ise, uygun illiyet bağı da gerçekleşmiş olacaktır. Garanti alanın bağlantı yollarını ve araçları otoyola yönlendirmek için gerekli yönlendirmeleri içeren trafik levhalarını süresinde asmaması örneğinde ise, garanti alanın kusurlu davranışı otoyolu kullanmak isteyen sürücüler için dahi bir engel oluşturacak niteliktedir. Bu halde, uygun illiyet bağının varlığı kabul edilebilecektir.

Garanti konusu ödemeye etki edecek garanti alanın kusurunun derecesi ne olacaktır? Garanti alanın hafif kusuru ile riskin gerçekleşmesine neden olduğu hallerde de garanti konusu ödeme bundan etkilenmeli midir? Kanaatimizce, bu değerlendirme bakımından yukarıda yer verdiğimiz tespitlerin tamamı göz önüne alınmalıdır.

Her makul insandan beklenecek dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmal, ancak dikkatli ve tedbirli insanlardan beklenebilecek dikkat ve özenin gösterilmemesi hafif ihmal olarak adlandırılmaktadır¹²⁵⁴. Garanti sözleşmesinde garanti alandan riskin gerçekleşmemesi için tedbirli bir insan gibi davranmasına yönelik özel bir düzenleme yok ise, sözleşmenin niteliği gereği garanti alanın riskin gerçekleşmemesi için özel olarak çaba sarfetmesi ve tedbir alması yükümlülüğü bulunmadığı ifade edilmektedir¹²⁵⁵. Bu görüşe göre¹²⁵⁶, garanti alanın kusurlu davranışının ödeme borcuna etki edebilmesi için kast veya ağır ihmalinin olması aranmalı, hafif ihmalin garanti konusu ödeme borcuna etki etmeyeceği, kusurun derecesi ile ilgili tereddüt yaşanması halinde garanti verenin sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmelidir. Bir diğer görüşe göre¹²⁵⁷ ise, garanti

¹²⁵⁴ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, s. 54-55; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 495-496; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 58; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 605; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*, s. 191; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. II, s. 36-37.

¹²⁵⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 158-159. Bu görüş için bkz. Kahraman, s. 172.

¹²⁵⁶ Kahraman, s. 172.

¹²⁵⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 170.

alanın hafif kusuru halinde garanti yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği tartışmalı olsa da, hafif kusurun ispatının zor olması karşısında bu tartışmanın pratik önemi de az olup, şüphe halinde garantinin devam ettiği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, riskin gerçekleşmesi bakımından yalnızca garanti alanın ağır kusurunun dikkate alınmasını savunan görüşün hukuki dayanağı bulunmamaktadır. TBK m. 114 f. 1 hükmünün ilk cümlesine göre “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur.*” Sorumluluğun daraltılması ve kusurun yalnızca ağır derecesinden sorumluluk ya kanun nedeni¹²⁵⁸ ile ya da sözleşme nedeni¹²⁵⁹ ile ortaya çıkabilir¹²⁶⁰. Öte yandan hemen yukarıda ifade ettiğimiz gibi garanti verenin ödeme borcunu tespit etmek, borca aykırılık ve haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun sınırlarını tespit etmekten farklıdır. Bir başka ifade ile buradaki mesele kusurlu bir şekilde borca aykırılık nedeni ile sorumsuzluğun sınırlandırılması değil, kusurlu bir şekilde riskin gerçekleşmesi nedeni ile garanti sözleşmesi kapsamında ödeme borcunun sınırını tespit etme meselesidir. Bu nedenle garanti alanın kusuru ile riskin gerçekleşmesi hali için kusurun tüm derecelerinin dikkate alınarak açıkladığımız esaslara göre koşul hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından konunun ayrı bir önemi bulunmaktadır. Zira Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan yol, köprü, tünel, havalimanı projelerinde yatırımcının kusurlu hareketleri nedenleri ile araç ve yolcu sayısında meydana gelen düşüşlerin garantinin kapsamını da kusur oranında azaltabilmesi gündeme gelebilecektir. Araçları, kendi kusurundan kaynaklanan herhangi bir sebeple kısmen veya tamamen otoyola, köprüye, tünele vb. almama, sözleşmede işletme için borçlandığı edimleri gerektiği gibi yerine getirmeme (Örneğin ışıklandırması gereken kısımları yeteri

¹²⁵⁸ Örneğin TBK m. 294 f. 1 hükmüne göre; “*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir.*” Sorumluluğun kanundan doğan bir sınırlama ile daraltılmasına bir diğer örnek vekaletsiz iş görme ile ilgili TBK m. 527 f. 1 hükmüdür. Anılan hükme göre; “*Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*”

¹²⁵⁹ Sözleşme ile sorumluluğun daraltılması “Sorumsuzluk anlaşması” başlıklı TBK m. 115 hükmüne tabi olacaktır.

¹²⁶⁰ Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 6 vd.; Alniak, s. 322 vd.; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*, s. 453 vd.

kadar ışıktandırmama, yoldaki arızaları vaktinde gidermeme, vaktinde yapması gereken bağlantı yollarını bitirmeme, havalimanı için yapacağı metroyu vaktinde bitirmeme) gibi nedenler, yukarıda yer verdiğimiz esaslar kapsamında garanti alanın kusuru oranında garanti ödemesini kaybetmesine neden olabilecektir. Bu tür sözleşmelerde ödeme, belirli periyotlara bağlanmış risk kapsamında değerlendirmeye tabi tutulduğundan kusur da etkili olduğu o periyotlar için ödemeye etki edebilecektir.

Yapım sözleşmelerinde, yüklenicinin ileride kendi müşterilerinden talep edeceği ücrete ilişkin bilgiler genel olarak en baştan yer almaktadır. Ancak böyle bir anlaşma yapılmadığını ve iş sahibi olan idarenin de ücretin belirlenmesine ilişkin bir yetkisinin düzenlenmediği ihtimalini düşünelim. Böyle bir ihtimalde, yatırımcı yolu, köprüyü, tüneli istediği şekilde ücretlendirebilecek midir? Mesela bir köprü yapıldıktan sonra aynı bölgeye yakın bir yerde tüp geçit yapıldı ise bir kısım deniz hatları da oluşturuldu ise yatırımcının rekabet edici bir ücret belirleme yükümlülüğü olacak mıdır?

Sayıştay ve AYM kararlarında bu tarifelerin idare tarafından belirlenmesi gerektiği, özel şirketlerin yetkisine bırakılamayacağı belirtilmiştir¹²⁶¹. 3096 sayılı kanun m. 9 ve 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret kanunu m. 8 aynı doğrultuda hükümler içermektedir. Bununla birlikte 6001 sayılı kanun m. 14 ile 4046, 3465 ve 3996 sayılı kanuna göre işletme hakkı verilen karayolları bakımından ücretlendirmenin sözleşme ile düzenleneceği belirtilmiş, söz konusu düzenlemelere istisna getirilmiştir¹²⁶². İşletme unsuru taşıyan yapım sözleşmelerinde kullanım ücretinin belirlenmesi kural olarak idarenin yetkisindedir. Ancak istisnai olarak özel şirketin böyle bir yetkiye sahip olması durumunda garanti alan yüklenicinin bu ücretleri özenli bir şekilde belirlemesi gerekebilir. Örneğin özel şirket tarafından kullanım ücreti olarak belirlenen tutar ile piyasa rayiçleri ve beklentiler bakımından büyük bir uçurum var ise, açıkladığımız kapsamda garanti alanın kusuru garanti konusu ödemeye etki edebilir.

Kanaatimizce, garanti alanın kusurlu davranışının riske matematiksel olarak

¹²⁶¹ Sayıştay, Rapor 2002, s. 29 vd.; AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, T. 14.02.2013, (Aktaran: Evren, s. 109.

¹²⁶² Evren, s. 110.

hangi oranda etki ettiği tespit edilebilmekte ise, ödemenin tamamı değil, riskin gerçekleşmesine yaptığı etki oranında kaybı söz konusu olmalıdır. Örneğin, yatırımcı HGS ve OGS geçişleri açık ve sorunsuz olmasına rağmen bu gişeleri kasten kapatarak nakit akışını çoğaltmak için nakit gişesine yönlendiriyor, söz konusu durum araç sayısında azalmaya neden oluyor ise yatırımcının bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı kusurlu hareket olarak garanti konusu ödemenin kusur oranında düşürülmesi sonucunu doğurabilecektir. Böyle bir ihtimalde, otoyol ücretinin otoyolun girişinde ödendiğini, girişin hemen yanında da otoyoldan son çıkış yer aldığını düşünelim. OGS ve HGS gişelerinin kapalı olmasından dolayı, sırada beklemekten sıkılan sürücülerin sırada beklemekteyken otoyol öncesi son çıkışa yöneldiklerini ve bunların sayısının aynı dönem içerisinde bin araç olduğunun tespit edildiğini düşünelim. Böyle bir ihtimalde taahhüde esas dönemde geçen araç sayısı beş yüz, verilen taahhüt sayısı iki bin araç ise, idare arada geçmeyen bin beş yüz araca ait belirlenen tutarı değil, yüklenicinin kusuru ile geçmeyen bin aracı da düşüp, sadece beş yüz araca ait taahhüt bedelini ödeyecektir.

c. Mücbir Sebeplerin Etkisi

Mücbir sebep, TBK’da düzenlenmiş bir kavram değildir. Mücbir sebep, borçlunun kendi sorumluluğunun dışında meydana gelen, kaçınılmaz olarak borcun ihlali sonucunu doğuran, önceden öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan harici bir olay olarak tanımlanmaktadır¹²⁶³. Bu tanım kapsamında mücbir sebebin haricilik, öngörülemezlik ve kaçınılmazlıktan oluşan üç unsuru bulunduğu ifade edilebilir¹²⁶⁴.

¹²⁶³ Şemsi Barış Özçelik, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2009), s. 141; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*, s. 464; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1003; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 565 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. II, s. 208 vd.; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, 3. Baskı, Ankara, Kazancı Yayınları, 1977, s. 24; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi*, s. 176; Mücbir sebebi açıklayan başlıca iki teori ortaya çıkmıştır. Birincisi, borçluyu veya sorumluyu esas alan sübjektif teori, ikincisi ise ise, mücbir sebebin kaynağını borçlunun işletme ve faaliyet alanı dışında arayan ve hakim görüş olan objektif teoridir. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 582; Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, Cevat Edege (çev.), C. 1-2, s. 589; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 227; Yıldız Akgül, s. 978.

¹²⁶⁴ Özçelik, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları*, s. 141; Hale Şahin, **Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 93 vd.; Bu unsurlar yanında mücbir sebebin varlığı için öğretide borcun ihlali de bir başka unsur olarak aranmaktadır. Borcun ihlali yoksa tek başına olay, mücbir sebep olarak nitelendirilmez. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 585; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi*, s. 180.

Fevkalade haller ise, borçlunun kendisi bakımından kaçınılmaz şekilde borcu ihlal etmesine sebep olayları ifade etmektedir. Mücbir sebep herkes bakımından ve harici bir olay iken, fevkalade halde harici olmayabilen ve borçlu için kaçınılmaz nitelikte bir olay vardır¹²⁶⁵. Örneğin, fabrikada kazan patlamasından çıkan yangın fevkalade hal iken, yıldırım düşmesi sonucunda çıkan yangın mücbir sebeptir. Bir olayın mücbir sebep sayılması ile fevkalade hal sayılması arasında borçlunun kusursuzluğu bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte taraflar arasındaki sözleşme veya kanunun bir hükmü bu iki hale farklı sonuçlar bağladı ise böyle bir durumda bu ayrım önem taşır¹²⁶⁶.

KİSK m. 10; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi ve genel seferberlik ilanı, gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri halleri mücbir sebep sayılacak haller olarak belirlemiştir.

Kaza ve beklenmeyen haller ile mücbir sebepler, yapım sözleşmelerinde işin yapımında gecikmeye neden olmuş olabilir. Bu gecikmeler yapım sözleşmesine göre ek bir yapım süresi verilmesi sonucunu doğurabileceği gibi maliyet artışı gibi nedenlerle işletme süresinin uzaması sonucunu da doğurabilir. Öte yandan somut olaya göre mücbir sebeplere yüklenicinin katlanması gerekebilir.

Borçlunun temerrüdü gerçekleştikten sonra bir kaza ve beklenmedik halin ortaya çıkması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan TBK m. 119 f. 1 uyarınca borçlu sorumlu olacaktır. Yapım sözleşmeleri bakımından temerrüde düşmüş olan borçlunun beklenmedik hal nedeniyle var olan sorumluluğu bazı özellikler taşımaktadır. Bir yapım sözleşmesinde, yapım işinin süresinde tamamlanmaması halinde kabulün¹²⁶⁷ yapılmamış

¹²⁶⁵ Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 407-408; F. İtir Bingöl, **Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 99 vd.; Bununla birlikte bugün mücbir sebepte haricilik unsurunu aramayan görüşün ağırlık kazandığı ifade edilmektedir. Bkz. Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü**, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 262, dn. 994.

¹²⁶⁶ Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 407; Fevkalade haller ile mücbir sebepler çoğu zaman aynı olaylar olsa da doktrinde bu olayların doğurduğu farklı sonuçlar bu kavramlarla ifade edilmek istenmiştir. Bingöl, s. 103.

¹²⁶⁷ Kabul, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız sayıldığını ifade eden irade beyanıdır. Bkz. Sabure Paket, **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 142. Eser sözleşmeleri bakımından bu konuda yasal dayanak TBK m. 477'dir. TBK m. 477'ye göre kabulün yapılması ile birlikte iş sahibi, kasten gizlenen veya gizli ayıp bulunan haller dışındaki ayıba ilişkin haklarını kaybetmekte, eserin sözleşmeye uygun bir şekilde kendisine teslim

olması ve yüklenicinin temerrüde düşürülmüş olması sonrasında beklenmedik halden yüklenicinin sorumlu olacağı konusunda şüphe yoktur. Buna karşın, yapım eksik de olsa tamamlanmış, hatta geçici olarak kabulü yapılmış ancak bir kısım eksikliklerin bulunması nedeniyle yükleniciye ek süre verilmiş, bu süre içerisinde de beklenmedik hal veya mücbir sebep hali gerçekleşmiş ise bunun sonucu ne olacaktır?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, TBK m. 123' e göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde verilen süre, alacaklı tarafın mütemerrit olan borçluya borcunu ifa etmesi için vermiş olduğu son bir imkan niteliğinde bir süredir. Bu süre boyunca borçlunun temerrüdü devam ettiği için temerrüde bağlı sonuçlar da doğmaya devam eder. Bu nedenle ek süre boyunca da temerrüt faizi ile beklenmedik hal ile mücbir sebeplerden doğacak zararlardan borçlu yüklenici sorumlu olacaktır¹²⁶⁸. Bununla birlikte yapım sözleşmeleri bakımından teslimi yapılmış bir yapı ile ilgili olarak temerrüt halinin olup olmadığını, hangi hallerde eksik veya allıud ifanın hangi hallerde ayıplı ifanın bulunduğu belirlenmesi neticesinde tespit etmek gerekir. Zira ayıplı inşaat halinde, borçlu yüklenici temerrütte değildir ve ayıp hükümlerinin uygulanması gerekir. Böyle bir ihtimalde kural olarak yüklenicinin temerrüde düşürülmesi de söz konusu olmaz¹²⁶⁹.

Ayıplı ifa bakımından yüklenicinin sorumlu olması için iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi gerekirken, eksik ifa nedeniyle sorumluluk için böyle bir külfet bulunmamaktadır¹²⁷⁰. Bir yapıda bulunan eksiklik ve uygunsuzlukların ne zaman eksik ifa ne zaman ayıplı ifa olduğu ile ilgili doktrinde bazı ölçütler ileri sürülmüştür¹²⁷¹. Buna göre, yapıdaki eksiklik ve uygunsuzluğun niteliğine bakılmalı,

edilmiş olduğunu teyit etmiş olmaktadır. Ayrıca KİK kapsamındaki işlerde kabul, YİĞŞ ve 04.03.2009 tarihli 27159 tarihli mükerrer RG'de yayımlanan "Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği" ne tabi olacaktır. KİK bakımından kabul, geçici kabul ve kesin kabul şeklinde düzenlenmiştir. Geçici kabul, işi idarenin teslim alması olup, geçici kabulün yapılması ayıba ilişkin hakların kaybolmasına neden olmaz (Paket, s. 138). TBK m. 477 anlamında kabul, KİK bakımından YİĞŞ m. 45'e göre kesin kabulün yapılması ile gerçekleşir. YİĞŞ m. 45 kapsamında kesin kabulün yapılması, yapım işinin idare tarafından sözleşmeye uygun görüldüğü anlamına gelir (Paket, s. 139). Böylece yüklenicinin KİK kapsamındaki yapım işi ile ilgili açık ayıplardan sorumluluğu sona ererken, gizli veya kasten gizlenen ayıplar nedeni ile sorumluluğu KİK m. 30'a göre kesin kabulden itibaren idareye karşı yüklenici ve tüm altyüklenicilerin müteselsilen on beş yıl sorumlulukları devam eder (Paket, s. 140).

¹²⁶⁸ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 506.

¹²⁶⁹ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 148; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 84.

¹²⁷⁰ Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 85.

¹²⁷¹ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 148 vd.; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 85 vd.; Fahrettin Aral, **Türk**

bunun giderilmesi için gereken maliyetin toplam inşaat maliyetine oranı da göz önüne tutulmalıdır. Örneğin çatısı, katları bitirilmemiş, yalnızca kaba inşaatı tamamlanmış bir yapının eksik ifa olduğu, buna karşılık projesine göre yapılmış ama bazı tesisatları yanlış döşenmiş, fayansları döşenmemiş vb. yapı için ayıplı ifadan söz edilmektedir. Buna göre kanaatimizce bir yapım sözleşmesinde idarenin yapıyı kabul etmesi sonrasında geçici kabule engel olmayan eksiklerin bulunması halini ayıp olarak değerlendirmek ve bu konuda ayıp hükümlerini uygulamak gerekmektedir. Eser sözleşmesi bakımından ayıp TBK m. 475’de ayrıca düzenlenmiş olup, ayıp halinde iş sahibine sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme, ücretsiz onarım gibi seçimlik haklar yanında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da tanınmıştır¹²⁷².

Örneğin, işletmeye engel bir kusur bulunmaması nedeni ile yolun kabulü yapılmış, ancak orta refüjdeki ağaçlandırmada eksiklik var ise bunu ayıplı olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle de bu süre içerisinde bir beklenmedik hal veya mücbir sebep hali gerçekleşir ise bundan doğacak zarara borçlu katlanmamalı, beklenmedik hal veya mücbir sebep bu süre ile ilgili de sözleşme ve mevzuat kapsamında doğurması gereken hüküm ve sonuçları doğurmalıdır.

Bir diğer önemli husus da mücbir sebeplerin asgari ekonomik menfaat taahhüdünün gerçekleşmemesi (riskin gerçekleşmesi) sonucunda ödenecek tutarlar üzerindeki etkisinin ne olacağıdır. Yapım sürecinde henüz idare tarafından verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri başlamamıştır. O halde mücbir sebeplerin taahhütler üzerinde etkisini incelediğimizden, işletme aşamasında meydana gelen kaza ve beklenmeyen haller ile mücbir sebeplerden bahsetmemiz gerekmektedir.

İşletme süresince gerçekleşen kaza ve beklenmeyen haller ile mücbir sebeplerin etkisi sonucu otoyol, köprü, tünel, havalimanı vb. tamamen hizmete kapanmış olabilir. Tamamen hizmete kapanmasa bile mücbir sebepler nedeni ile çok büyük müşteri

Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 112.

¹²⁷² Aral, s. 117.

kayıpları yaşanmış olabilir.

Konunun çok güncel bir yanı da bulunmaktadır. Yeni Koronavirüs (Covid-19) salgını, bütün dünyayı etkisi altına alan büyük bir pandemiye dönüşmüştür. Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre şu ana kadar 222 ülkede toplam 82.579.768 doğrulanmış vaka ve 1.818.849 ölüm bulunmaktadır¹²⁷³. Birçok ülkede ve bu arada ülkemizde halka sokağa çıkmama ve evde kalma çağrıları yapılmış, bu konuda birçok önlem alınmıştır¹²⁷⁴. 21.03.2020 tarihinde İçişleri Bakanlığı 65 yaş ve üstü kronik rahatsızlığı olanlara sokağa çıkma yasağı getiren bir genelge yayımlamıştır¹²⁷⁵. Türk Hava Yolları 29.03.2020'de yapmış olduğu duyuruda tüm dış hat uçuşlarının geçici olarak durdurulduğunu açıklamıştır¹²⁷⁶. Yurtiçi uçuşlara da kısıtlama getirilmiştir. Yaşanan tüm bu süreçte havalimanı yolcu gelirleri neredeyse tamamen kaybedilmiştir. Gerek havalimanında verilen yolcu taahhütleri bakımından gerekse otoyol, köprü, tünel gibi yapım sözleşmeleri bakımından söz konusu salgının etkisi ile çok büyük bir gelir kaybı yaşanmıştır. Bu gelir kaybının oluşmasının temelinde idarenin hiçbir kusuru bulunmadığı gibi yatırımcının da hiçbir kusuru bulunmamaktadır. Böyle bir durumda söz konusu salgının asgari ekonomik menfaat taahhütleri neticesinde doğacak ödeme borcuna ve taahhütlere etkisinin ne olacağının incelenmesi gerekmektedir.

Kaza ve beklenmeyen hallerin garantinin kapsamına dahil olup olmayacağı tartışılmıştır. Doktrinde çok eski bir görüş¹²⁷⁷, kaza ve beklenmeyen haller ile riskin gerçekleşmesi halinde garanti verenin sorumluluğunun devamını kabul etmenin hakkaniyete aykırı olduğunu savunmaktadır.

¹²⁷³ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (Erişim Tarihi: 03.01.2021).

¹²⁷⁴ İcra ve İflas Kanunu m. 330 ihdas edilmesinden bu yana ilk kez kullanılmış, bu maddeye dayanılarak 2279 sayılı 21.03.2020 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Karar yayımlanmış, nafaka haricindeki icra takip işlemleri 30.04.2020 tarihine kadar durdurulmuştur.

¹²⁷⁵ T.C İçişleri Bakanlığı, <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsizligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi> (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

¹²⁷⁶ <https://www.turkishairlines.com/tr-int/duyurular/coronavirus-salgini/seyahat-kisitlamalari/> (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

¹²⁷⁷ Wavre, **Le Porte-fort En Droit Fédéral**, Neuchatel, 1868, s. 75 (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 11; Kahraman, s. 33); Charles Demolombe, **Traité Des Contrats ou Des Obligations Conventionnelles**, En Général, Tome I, Paris 1868, N. 220 (Aktaran: Kahraman, s. 33).

Bugün hakim görüş¹²⁷⁸, bir kez garanti verildikten sonra garanti konusu riskin kaza ve beklenmeyen haller ile gerçekleşmesi halinde dahi garanti verenin garanti kapsamında sorumlu olacağı yönündedir. Garanti verenin sorumluluğu, kusura dayanmayan bir sonuç sorumluluğu olup¹²⁷⁹, zarar ve riskin hangi sebeple meydana geldiğinin garanti sözleşmesi bakımından hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zarar ve risk, herhangi bir sebepten, hiç beklenmeyen bir olaydan, kaza sonucu veya mücbir sebepler neticesinde meydana gelmiş olsa dahi garanti veren sorumludur.

Kanaatimizce de hakim görüş yönlendirmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesinin mahiyetine ve amacına daha uygun olup, garanti konusu riskin mücbir sebepler veya kaza ve beklenmeyen haller sonucu gerçekleşmesinin bir öneminin olmaması gerekir¹²⁸⁰. Garanti veren, bir sonucun gerçekleşmesi, bir diğer ifade ile bir riskin gerçekleşmemesi için garanti verdiği göre her halde riskin gerçekleşmesinden sorumlu olmalıdır. Zira, garantiyi alanı bu işe bizzat garantiyi veren sevk etmiş olup, işin risklerini de üstlenmiş durumdadır. Kaza ve beklenmeyen haller bu riskin kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından da taahhüt verildikten sonra kaza ve beklenmeyen haller nedeniyle risk gerçekleşir ise taahhütlerin bundan etkilenmemesi gerekir. Örneğin Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan bir havalimanında iş sahibi görevli şirkete belirli bir sayıda yolcunun olacağını, yolcu olmadığı takdirde aradaki açığı kapama garantisi verildi ise, Avrupa’da yanardağ püskürmesi nedeniyle uçuş trafiğinin aksaması ve yolcu sayısında bu nedenle azalmalar yaşanması durumunda, bu durumun garanti verenin sorumluluklarına bir etkisinin olmaması gerekir. Yine aynı

¹²⁷⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 11, Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 856; Kahraman, s. 34.

¹²⁷⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 856.

¹²⁸⁰ Bu sonuç teminatı amaçlayan kefalet benzeri garantiler bakımından değişecektir. Örneğin, teminat mektuplarında mücbir sebeplerin temel ilişkiye etkisi sonucunda teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebi, hakkın kötüye kullanılması oluşturmakta ise, bu durumun likit deliller ile ispatlanması halinde teminat mektubunun paraya çevrilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Vahit Doğan, **Teminat Mektupları**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 309 vd.; Kahyaoğlu, s. 73 vd.; Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, s. 217 vd.; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 294; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağimsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 341; Tekinalp, s. 393-394.

şekilde iç hat uçuşları ve dış hat uçuşlarının Yeni Coronavirüs (Covid-19) salgını nedeni ile kapatılması sonucu taahhüt edilen yolcu sayısına ulaşamaması halinde de risk gerçekleşmiş kabul edilmeli ve garanti devreye girmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesinin temettü garantisi ile ilgili vermiş olduğu bir karar¹²⁸¹, Federal Mahkemenin hakim görüşe katıldığını göstermektedir. Karara konu olayda, bir gaz şirketi pay sahiplerine senelik olarak belirli bir miktar üzerinden temettü garantisi vermiştir. Sonradan hükümetin gaz kullanımını sınırlayan bir karar vermesi üzerine şirket kar elde edememiştir. Şirket, bu durumun önceden tahmini mümkün olmayan ve mücbir sebep teşkil eden bir hal olduğunu ve garanti edilen temettü ile sorumlu olmadığını iddia etmiştir. Konu Yüksek Mahkeme önüne gelmiş, Yüksek Mahkeme bu konuda üçüncü şahsın verdiği bu garantinin şarta bağlı olmadığını, olağan dışı zamanlarda dahi riskin gerçekleşmesi durumunda garantinin amacının bu temettünün verilmesini gerektirdiğine hükmetmiştir.

Garanti verenin kaza ve beklenmeyen halden sorumlu olması, emredici bir hukuk kuralından doğmamaktadır. Bir başka ifade ile, garanti veren sözleşme içerisinde yer verilecek bir düzenleme ile kaza ve beklenmeyen hallerden sorumluluğu sınırlandırabilir. Bu sınırlama, sorumluluğa maddi bakımından getirilecek bir üst limit olabileceği gibi sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılmasının kararlaştırılması şeklinde de olabilir¹²⁸². Bu bakımdan yapım sözleşmelerinde kaza ve beklenmeyen hallerin taahhütler üzerinde etkisi ayrıca düzenlenebilecektir.

d. İfa İmkansızlığının Etkisi

(1) Başlangıçtaki imkansızlık

TBK m. 27 f. 1' e göre bir sözleşmenin konusu baştan objektif olarak imkansız ise sözleşme kesin hükümsüzdür¹²⁸³. İmkansızlık, genel olarak edimin ifa edilememesi

¹²⁸¹ Bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 11; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 812.

¹²⁸² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 12, Kahraman, s. 35.

¹²⁸³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 403; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 163 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 87; Hatemi/ Gökyayla, s. 80; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.

ve ifa edilemez hale gelmesidir. Edim hiç kimse tarafından yerine getirilemiyor ise objektif imkansızlıktan bahsedilir ki bunun sonucunda sözleşme TBK m. 27 f. 1 uyarınca kesin hükümsüz olur. Edim, başkaları tarafından yerine getirilebiliyor ancak bizzat borçlu tarafından yerine getirilemiyor ise buna edimin sübjektif imkansızlığı¹²⁸⁴ denilir ve bu durumda sözleşme kesin hükümsüz olmadığı gibi borç da sona ermez. Sözleşme geçerli olduğundan objektif imkansızlığın aksine sübjektif imkansızlıkta borçlu TBK m. 112 vd. hükümlerine göre borcu ifa etmemeden sorumlu olur¹²⁸⁵.

Başlangıçtaki objektif imkansızlığın altında fiili imkansızlık yanında bir de başlangıçtaki hukuki imkansızlık kavramı ortaya çıkmıştır. Edim, fiili olarak ve mantık kurallarına göre yerine getirilebilir olmasına rağmen edimin yerine getirilmesini bir hukuk kuralı engellemekte ise ve bu hukuk kuralı nedeni ile edimin ifası imkansız ise hukuki imkansızlık söz konusu olur. Örneğin, uyuşturucu satışını konu alan sözleşmenin fiilen ifası imkansız olmasa da hukuken imkansızdır¹²⁸⁶.

Başlangıçtaki hukuki imkansızlığın yaptırımı da TBK m. 27 f. 1 kapsamında kesin hükümsüzlüktür. Bununla birlikte hakkın devrinin hukuken mümkün olmadığı durumlarda hukuki imkansızlık nedenine dayanılarak kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmaz. Bir başka ifade ile hakkın devri, bir sözleşmenin ediminin konusu oldu ise, borçlu bu hakkın mevcut olmamasından sorumlu olacaktır. Örneğin bir satıcı, kendisine ait olmayan bir mal ile ilgili satış sözleşmesi yaptı ise bu hakkı devredememekten dolayı sorumlu olacaktır¹²⁸⁷.

Yapım sözleşmeleri bakımından da özellikle hukuki imkansızlık hallerine sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin, imar mevzuatına aykırı olan, orman veya sit alanında inşaat yapımını öngören bir yapım sözleşmesi hukuki imkansızlık sebebi ile geçersizdir.

344 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. I, s. 138; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 147.

¹²⁸⁴ Aral'a göre; başka şahıslar için edimi ifa imkanı bulunduğundan Alman doktrininde de büyük kabul gördüğü şekilde sübjektif imkansızlık yerine "borçlunun güçsüzlüğü" demek daha uygun olacaktır. Yine Aral'a göre başlangıçta veya sonra olsun sübjektif imkansızlık halinde borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. Aral, s. 71.

¹²⁸⁵ Aral, s. 70-71; Mehmet Altunkaya, "Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı", (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Selçuk Üniversitesi SBE, 2004), s. 34.

¹²⁸⁶ Altunkaya, s. 139-140.

¹²⁸⁷ Altunkaya, s. 149.

Bununla birlikte bu hali, yüklenicinin inşaatı sözleşmeye aykırı yapması halinde var olacak sözleşmeyi ihlal hallerinden ve sonradan ortaya çıkan mevzuat değişikliklerinin neden olduğu kusursuz ifa imkansızlığı (TBK m. 138) hallerinden ayırmak gerekir¹²⁸⁸.

Garanti sözleşmelerinde garanti verenin borcu bir para borcu olup, riskin gerçekleşmesi ile garanti alanın zararlarını tazmin etmektir. Bu bakımdan para borcunun imkansız olması söz konusu olmayacaktır¹²⁸⁹. Bununla birlikte garanti sözleşmeleri bakımından imkansızlık meselesi diğer borç ilişkilerine nazaran bazı özellikler arz eder.

Garanti sözleşmelerinde imkansızlık meselesi garanti alanın sevk edilmek istendiği davranışın (teşebbüsün) imkansızlığı ve garanti edilen sonucun imkansızlığı bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır¹²⁹⁰.

Birinci imkansızlık hali, garanti alanın sevk edilmek istenen davranışının baştan itibaren imkansız olmasıdır. Bu halde, garanti sözleşmesinin yapıldığı sırada, garanti sözleşmesi ile garanti alanın sevk edilmek istendiği davranış (hareket tarzı) baştan itibaren imkansızdır. Bu tip garantilerde riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ancak sevk edilmek istenen davranışın sonucunda ortaya çıkacak olup, davranışa bağlı bir sonuç garanti edilmiştir. Örneğin, garanti edilen sonuç olan belirli sayıdaki araç, yolcu vb. otoyolun veya havalimanının yapımının tamamlanıp işletilmesinden bağımsız değildir. Otoyol veya havalimanının yapımı en baştan imkansız olup, yapım gerçekleştirilemedi ise garanti konusu aracın geçip geçmemesine veya yolcu sayısına ulaşıp ulaşılamadığına ilişkin bir belirsizlikten ve dolayısı ile riskten de söz edilemez. Hakim görüşüne göre, garanti alanın sevk edilmek istendiği davranış baştan itibaren imkansız ise sözleşme kesin hükümsüzdür¹²⁹¹. Örneğin, garanti veren bir demiryolunun inşası ve sonrasında kurulacak işletme için belirli bir gelir elde edileceğini garanti etmiş ancak bu demiryolu inşaatının yapılması coğrafi koşullar nedeni ile baştan itibaren imkansız ise söz konusu

¹²⁸⁸ Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, s. 25-26.

¹²⁸⁹ Kahraman, s. 167; Kayak, s. 223.

¹²⁹⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 147; Kahraman, s. 168.

¹²⁹¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 147; Arık, s. 54; Kahraman, s. 167.

garanti kesin hükümsüz olacaktır¹²⁹². Bir başka görüşe göre ise¹²⁹³, sözleşmede aksine düzenleme yoksa garanti verenin başlangıçtaki objektif imkansızlıktan da sorumlu olduğu ve garanti taahhüdünün geçerli olduğu kabul edilmelidir. Zira garanti verenin taahhüdü üçüncü şahsın fiilini yerine getirmeye yönelik olmayıp, garanti edilen edimin ifa edilmemesi nedeni ile doğacak zararı tazmin etmektir.

Kanaatimizce garanti alanın sevk ve teşvik edilmek istenen davranışta bulunması baştan itibaren objektif olarak imkansız ise, garanti sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Zira, böyle bir halde riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği garanti alanın davranışı sonucu görülecektir. Garanti alanın sevk edilmek istenen davranışta bulunması objektif olarak imkansız ise, garanti alan sevk ve teşvik edilmek istenen davranışı gerçekleştiremeyecek, risk konusu olayın da gerçekleşme ihtimali kesin olarak ortadan kalkacaktır. Bu durumda riskten bahsedilemez. Örneğin, garanti alana bir enerji santralinin yapımı için üçüncü kişi konumunda olan şirket, bir diğer şirketin üretilecek tüm elektriği alacağını taahhüt etmiştir. Bir otoyolun yapımı için araç geçiş taahhüdü verilmiş, ancak daha en baştan otoyolun yapımı objektif olarak imkansızdır. Bir havalimanının yapımı için belirli bir asgari yolcu sayısına ilişkin taahhüt verilmiş, ancak daha en baştan bu havalimanının yapımı imkansızdır. Tüm bu hallerde aslında enerji santrali, otoyol veya havalimanının yapılamayacağı en baştan kesin olarak belirlidir. Böyle bir durumda aslında en baştan kesin olarak belirlenen araçların otoyoldan geçemeyeceği zira otoyolun yapılamayacağı, belirli sayıdaki yolcuların havalimanını kullanamayacağı zira havalimanının yapılamayacağı, enerji santralinin üreteceği tüm enerjinin üçüncü şahıs tarafından satın alınamayacağı, zira enerji santralinin yapımının gerçekleşemeyeceği bellidir. Risk unsuru saf garanti taahhütlerinin varlık sebebi olduğuna göre, bir olayın gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak belirli olması halinde ne garantiden ne de riskten bahsedilebilir¹²⁹⁴. Bu bakımdan birinci imkansızlık hali olan garanti alanın sevk edilmek istendiği davranışın baştan itibaren objektif olarak imkansız

¹²⁹² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 147; Bununla birlikte hukuken geçersiz olan bir işlem, şartları var ise tahvil yolu ile borç doğurabilir. Bkz. Altunkaya, s. 182.

¹²⁹³ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 192.

¹²⁹⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 10; Kahraman, s. 31.

olması halinde garanti sözleşmesi de geçersiz olacaktır.

Yapım sözleşmelerindeki taahhütler bakımından örneğin bir havalimanı, yol, tünel, köprü, enerji santralinin yapımı ve işletmesine yönelik projelerde garanti alanın sevk edilmek istendiği davranış (hareket tarzı) söz konusu projelerin gerçekleştirilmesidir. Bu projelerin gerçekleştirilmesi daha en baştan imkansız ise garanti taahhütleri de imkansız olacaktır. Ancak, imkansızlık sadece projenin bir kısmına mahsus ise ne olacaktır? Örneğin 100 km’lik bir yol projesinde sadece 3 km’lik bir viyadüğün yapılması imkansız ise garanti taahhütleri yine de kesin hükümsüz mü sayılacaktır? Böyle durumlarda sözleşmeyi bütünüyle kesin hükümsüz saymak kanaatimizce, TBK m. 27 f. 2’nin ruhuna aykırı olacaktır. Burada kısmi bir imkansızlık söz konusu olacağından sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece sözleşme ve bu arada sözleşmenin garanti hükümleri bütünüyle kesin hükümsüz olmamalıdır¹²⁹⁵. Böyle bir durumda söz konusu kısmın kesin hükümsüz olması ile ilgili sözleşmede bir düzenleme yok ise taraflar yeni bir sözleşme yapabilir¹²⁹⁶. Sözleşmede kısmi hükümsüzlükle ilgili düzenleme yoksa ve sonradan bir anlaşmada yapılamaz ise, bu durumda bu konuda sözleşmede bir boşluk oluşur. Bu boşluğu hakim, dürüstlük kuralı kapsamında tarafların farazi iradelerine göre dolduracaktır¹²⁹⁷.

Kanaatimizce yapım sözleşmesinde kısmi bir imkansızlık nedeni ile kısmi bir hükümsüzlük ortaya çıkması, her zaman garanti taahhütlerinin de azalması sonucunu doğurmamalıdır. Böyle bir durumda sözleşmede garanti taahhütleri bakımından hangi esaslara dayanıldığına ve hesaplama yöntemlerine bakılmalıdır. Örneğin, yolun uzunluğuna göre bir garanti verilmekte ise ve kısmi hükümsüzlük nedeni ile yol kısaldı ise normal şartlarda maliyetler de azalacağından en uygun yöntem projenin genel yol uzunluğu için verilen garanti taahhüdünün kısmen imkansız sayılan kısma oranlanması ve o oranda azalması olacaktır. Benzer sonuçlar bir havalimanı projesinde verilen yolcu

¹²⁹⁵ Altunkaya, s. 176.

¹²⁹⁶ Tarafların sözleşmenin hükümsüz sayılan kısmının geçerli olan kısmına etkisini düzenlemek üzere yaptığı anlaşmalara butlan anlaşması denildiği hakkında bkz. Altunkaya, s. 177-178.

¹²⁹⁷ Altunkaya, s. 179.

taahhütleri bakımından da geçerli olmalıdır. Örneğin, projede üç pist yer almasına rağmen bir pistin yapılması coğrafi nedenlerle imkansız ise veya terminallerin projede gösterilen büyüklükte yapılması imkansız ise böyle durumlarda da sözleşmenin yalnızca o kısımlarının hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte kısmi imkansızlık, yatırımcıya verilen garanti taahhütlerinin kendiliğinden azalması sonucunu doğurmamalıdır. Kısmi imkansızlığa rağmen, yatırımcının riskinde bir değişme olmuyor ise bundan garanti taahhütlerinin etkilenmeyeceği kabul edilmelidir. Zira, garanti taahhütleri bakımından önemli olan risk unsurudur.

İkinci imkansızlık hali, sonucun imkansızlığıdır. Yüklenilen riskin doğrudan sonuç ile ilgili olduğu durumlarda davranışın değil, sonucun imkansızlığından bahsedilir. Örnekteki olayda demiryolunun sarp olan bu arazide inşa edilmesi garanti edilmiş ise artık sevk edilmek istenen davranışın imkansızlığından değil, davranışa bağlı olmayan bir sonucun imkansızlığından bahsetmek doğru olacaktır¹²⁹⁸. Bir başka örnekte, garanti veren otoyolun yapımı sonucunda belirli aracın geçişini değil, otoyolun yapılmasını garanti etmiştir. Diğer örnekler bakımından, havalimanından geçecek araç sayısını değil, havalimanının yapılmasını garanti etmiştir. Bu hallerde bir sonucun gerçekleşeceği garanti edilmektedir. Bu konuda verilen bir başka örnek şudur: Satıcı S, çok pahalı bir tabloyu Alıcı A'ya satmış, G bu tablonun gerçek olduğunu garanti etmiştir. Bu örnekte satılan tablo sahte ise, daha en baştan sonuç bakımından objektif bir imkansızlık vardır¹²⁹⁹.

Garanti sözleşmelerinde sonuç en baştan imkansız ise garantinin geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Katıldığımız hakim görüşe göre¹³⁰⁰, objektif olarak sonucun gerçekleşmesinin imkansız olması tek başına garanti sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Garanti sözleşmesinde sonucun baştan itibaren imkansız olması halinde tarafların bu imkansızlığı bilip bilmemesine göre değerlendirme yapılmaktadır.

¹²⁹⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 147.

¹²⁹⁹ Örnek için bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 148.

¹³⁰⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 148; Kahraman, s. 168; Altunkaya, s. 175.

Bir sözleşmenin konusu baştan itibaren imkansız ise tarafların bunu bilip bilmemelerinin hiçbir önemi olmadan o sözleşme TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüz olur¹³⁰¹. Bununla birlikte, garanti sözleşmeleri konu bakımından diğer sözleşmelere göre bazı özellikler taşır. Diğer sözleşmelerde kararlaştırılması hukuken geçersiz olan konular, garanti sözleşmesinde riskin bağlandığı olgu olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, iki kişi birbiri ile hiç evlenmeyeceğini taahhüt eder ise veya bir kimse bir başka kimse ile hiçbir zaman evlenmeyeceğini taahhüt eder ise, bu sözleşmeler TBK m. 27 kapsamında kişilik haklarına aykırı olduğundan kesin hükümsüz olacaktır. Oysa, bu iki kişinin evlenmeyeceğini bir üçüncü kişi taahhüt edebilir. Zira, üçüncü kişinin taahhüdü tarafların kişilik haklarını sınırlama veya hiç evlenmeme borcu yüklemek sonucunu doğurmaz¹³⁰². Sadece garantiye konu edilen risk gerçekleştiğinde garanti verenin bir ödeme borcu doğar. Bu konuda bir başka örnek, dövizle işlem yapılamayan kısıtlama olan bazı konularda garanti alanın garanti vereni dövizle işlem yapılmasına teşvik edip, kısıtlamaların kalkmaması halinde bundan doğacak tüm zararları üstlenmesi halidir¹³⁰³. Diğer sözleşmelerin konusu olamayan hususların garanti sözleşmelerinin konusu olabilmesi yanında diğer sözleşmeler için sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getiren imkansızlığın, garanti sözleşmelerinde aynı etkiyi yapmaması mümkündür. Zira garanti sözleşmesinde tarafların subjektif olarak riskin varlığını düşünmelerini yeterli kabul etmek gerekir. Bu durum, sözleşmenin konusundaki imkansızlık hali değildir. Zira, sözleşmenin konusunun baştan itibaren imkansız hale gelmesi demek, tarafların ediminin ifasının baştan itibaren imkansız olması demektir. Örneğin, yarış atının satımı hususunda sözleşme yapılmış, ancak bu at bir gün önce ölmüş ise¹³⁰⁴, sözleşmenin satıcıya yüklediği satılanı teslim etme ve zilyetliğini devretme borcunun ifa edilmesi imkansızdır. Oysa garanti sözleşmeleri, kural olarak sadece garanti verene bir borç yükler. O da imkansızlaşması mümkün olmayan para borcudur. O halde garanti sözleşmesinde,

¹³⁰¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 403 vd.; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 163 vd.; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 87 vd.; Hatemi/ Gökyayla, s. 80 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 344 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. I, s. 138 vd.

¹³⁰² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 146; Kahraman, s. 166.

¹³⁰³ Kahraman, s. 166.

¹³⁰⁴ Örnek için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 406.

sözleşmenin konusunun (tarafların sözleşmeye ait bir ediminin) imkansızlaşmasından değil, garanti alanın sevk ve teşvik edilmek istenen davranışının veya bir sonucun imkansızlığından söz edilir. Bunlar her halükarda garanti sözleşmesi taraflarının garanti kapsamında bir edimi olmayıp, garanti sözleşmesinin konusunun imkansızlaşmasından bahsedilemez. İşte bundan dolayıdır ki, garanti sözleşmelerinde imkansızlık meselesi, garanti sözleşmesinin bu kendine has özellikleri kapsamında ele alınmalıdır. Bu bakımdan, garanti sözleşmeleri bakımından imkansızlığın taraflarca bilinip bilinmediğine göre ayrıca değerlendirme yapılması gerekir.

Taraflar sonucun imkansız olduğunu bilmiyorlarsa sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmek gerekir. Zira garanti sözleşmesinde önemli olan subjektif olarak riskin varlığıdır. Bu bakımdan bir sonucun ileride varlığı veya yokluğu değil, ileride tespit edilebilecek olması da yeterli sayılmalıdır. Aksi görüşe göre¹³⁰⁵, ise burada garanti edilecek risk bulunmadığından garanti sözleşmesi de geçersiz olmalıdır. Kanaatimizce burada, subjektif de olsa taraflar bakımından bir riskin varlığından söz edilmelidir. Taraflar subjektif olarak bilmedikleri bir konuda risk yüklenmişler ise tarafların bu konuda bir riskin varlığına yönelik düşüncelerine ve bunu temin etmek istemelerine değer verilmelidir. Gerçekten de mesela tablo örneğinde, bir kimse çok nadir bir tabloyu görmüş ve beğenmiş olmasına rağmen o an kendi uzmanı yanında olamadığı için tabloyu alamıyor olduğunu farz edelim. Yine, uzman olduğunu bildiği bir başka kimse onu bu tabloyu satın almaya sevk ve teşvik etmek için bu tablonun gerçek olduğunu garanti etmiş ise, böyle bir ihtimalde tablonun en baştan itibaren gerçek olmaması nedeni ile belirsizlik bulunmadığını ve garanti sözleşmesinin de geçersiz olduğunu ifade edemeyiz. Zira, taraflar için sözleşmenin yapıldığı o anda tablonun gerçekliği veya sahteliği konusunda bir belirsizlik ve risk hiç değilse subjektif olarak bulunmaktadır. Garanti taahhüdü de doğrudan bu belirsizlik ve riski teminat altına almak suretiyle sevk ve teşvik edilmek istenen davranışı (satın almayı) gerçekleştirmeye yönelmiştir.

Objektif imkansızlık, daha en baştan hem garanti alan hem de garanti veren

¹³⁰⁵ Müller, s. 112, (Aktaran: Kahraman, s. 168; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 148).

tarafından biliniyor ise, garanti sözleşmesinden de bahsedilemeyecektir¹³⁰⁶. Buna karşılık, garanti veren ve garanti alanın sadece biri imkansızlıktan haberdar ise bu durumlarda garanti sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı da tartışmalıdır.

Sadece garanti veren imkansızlıktan haberdar ise, bir görüşe göre¹³⁰⁷ burada bir risk söz konusu olmadığından garanti sözleşmesi de geçersizdir. Riskin varlığı, garanti sözleşmesinin doğumu için gereklidir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre¹³⁰⁸, garanti verenin imkansızlıktan haberdar olması garanti sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Gerçekten de, garanti veren bu durumu bilmesine rağmen söz konusu garanti taahhüdünü veriyor ise garanti alanın bu imkansızlıktan haberdar olmaması karşısında sözleşmeyi geçersiz saymamak gerekir. Bu imkansızlıktan her iki taraf habersizken sözleşmeyi geçerli saymak, ancak sadece garanti alan habersizken sözleşmeyi geçersiz saymak da haksız bir sonuç olacaktır. Örneğin tablonun gerçek olduğu hususunda verilen garantide, garantiyi veren üçüncü şahıs tablonun gerçek olmadığını biliyor ise alıcının bunu bilmediği durumda garanti sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir.

Sadece garanti alanın imkansızlıktan haberdar olması durumunda, garanti veren hileye dayanarak sözleşmeyi iptal edebileceği gibi bu konuda hileye dayanarak def'i hakkını kullanabilir¹³⁰⁹.

(2) Sonraki İmkansızlık

Garanti sözleşmesi yapıldıktan sonra, garanti alanın sevk edilmek istenen davranışı veya garanti edilen sonucun imkansız hale gelmesi halinde riskin gerçekleşmeyeceği kesinleşmiş olduğundan TBK m. 136'a göre garanti sözleşmesinin de hükümden düşeceği ifade edilmiştir¹³¹⁰. Buna karşın, sonradan ortaya çıkan imkansızlık

¹³⁰⁶ Stammer, s. 125; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 149.

¹³⁰⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 149.

¹³⁰⁸ Kahraman, s. 168.

¹³⁰⁹ Stammer, s. 125; Arık, s. 52; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 149-150; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 193; Kayak, s. 224.

¹³¹⁰ Kahraman, s. 169; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 105-106. Bu konuda bir Yargıtay kararına göre; "...Bu durumda ek sözleşmede kararlaştırılan mimari plan ve

bakımından bir tartışma bulunmadığı, bunun garanti sözleşmesinin tipik bir uygulaması olduğu, edimin sonradan imkansız hale gelmesinin garanti veren tarafından üstlenilmiş bir risk olduğu da belirtilmiştir¹³¹¹. Bu görüşe göre, garanti sözleşmesi; garanti alanı borçlunun ödeme güçlüğü, beklenmeyen hal, mücbir sebeplerden doğabilecek riskler yanında sonradan ortaya çıkan imkansızlık risklerine karşı da korur¹³¹².

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından özellikle sonradan meydana gelebilecek hukuki imkansızlıklar bakımından dikkatli bir inceleme yapmak gerekmektedir. Bu taahhütlerin genel olarak kamunun iş sahibi olarak taraf olduğu yapım sözleşmelerinde yer aldığı göz önüne alınmalıdır. Genel ithalat ihracat yasakları, ambargo veya gümrük, sağlık, ulaşım, nakliye gibi mevzuattan kaynaklanan nedenlerle sözleşme konusu şeyin ithalatının veya ihracatının yapılamaması, sonraki kanun değişikliği ile bazı hak ve alacakların örneğin yabancılara devrinin yasaklanması¹³¹³ gibi durumlarda hukuki imkansızlıktan söz edilebilir. İncelediğimiz yapım sözleşmelerinde bu tür hukuki imkansızlıkların iş sahibinin idare olması hususu göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir. Zira kamunun taraf olduğu bu sözleşmelerde sonradan devletin aldığı bir karar ile imkansızlık meydana geldi ise ne olacaktır? Böyle bir imkansızlığın ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde borcu sona erdirebileceği ifade edilmektedir¹³¹⁴. Buna göre, imkansızlığın meydana gelmesine neden olan kurumun devlet tüzelkişiliği içinde ayrı bir tüzelkişiliği bulunmalı, imkansızlığa neden olayda bu iki kurum birlikte (danışıklı) hareket etmemeli, imkansızlığa neden olan kararın söz konusu kurumun

detayların yapılma borcu mümkün olmadığından davacıların sözü geçen borçtan kurtuldukları, BK 20 ve 117. Maddeler göz önünde tutularak teminat mektubunun serbest bırakılması gerekir.” Şeklinde. Bkz. Yarg. 15. HD 29.06.1977, 971/1483; (Aktaran: Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 59); Bununla birlikte ifade edelim ki imkansızlığın sona erdirici etkisi, yalnızca borcun ifasını engelleyen olgunun sürekli nitelikte olması halindedir, geçici ifa imkansızlığı borcu sona erdirmez. Sürekli imkansızlık borcu sona erdirirken geçici imkansızlık borcun ifasını erteler. Bkz. Özçelik, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları*, s. 583.

¹³¹¹ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 191; Yüce, tarafından verilen bir örnekte, rekabet etmeme şeklinde bir yapmama borcunun garanti edilmesinden sonra fiili taahhüt edilenin ölümü halinde üçüncü kişinin fiilinin imkansızlaşması nedeni ile borç sona erer. Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 106. Develioğlu’na göre borcun sona erdiği doğrudur, ancak bunun sebebi asıl borcun imkansızlaşması değil, riskin doğma ihtimalinin ortadan kalkmasıdır. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 191; Kayak, s. 225.

¹³¹² Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 191.

¹³¹³ Özçelik, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları*, s. 578.

¹³¹⁴ Özçelik, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları*, s. 591.

sözleşmedeki ekonomik menfaati dışında devletin egemenlik hakkı kapsamında harici bir sebeple alınmış olması gerekmektedir. Bu şartların hepsi gerçekleşmediği takdirde bir kamu kurumunun kararı ile hukuki imkansızlık meydana gelmiş sayılamayacaktır.

Kanaatimizce yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından sonradan meydana gelen imkansızlıklarla ilgili çok dikkatli değerlendirme yapılmalıdır. Özellikle hukuki imkansızlıklarda yapım sözleşmesinin iş sahibi tarafı kamu olduğundan bir başka tüzel kişi de olsa kamu tarafından gelen bir hukuki engelin bu taahhütlere etkisi yukarıda yer verdiğimiz esaslara göre dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Zira bu taahhütler zaten yatırımcıyı bu tür risklerden korumak için getirilmiştir.

6. Taahhütlerin Uyarlanması

a. Genel Olarak

Uyarlama, geniş anlamı ile sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin, değişen hal ve şartlara uygun hale getirilmesidir¹³¹⁵. Belirtmek gerekir ki sadece ödeme borcu değil, sözleşmedeki diğer edimler de uyarlamaya konu olabilecektir.

Uyarlamanın şartlarını ve hangi hallerde kabul edilebileceğini açıklayan bazı teoriler ortaya çıkmıştır. Bu teorilerden en bilinenlerden biri de bugün uyarlamayı kabul eden diğer tüm teorilerin tarihsel kökenini oluşturan Clausula Rebus Sic Stantibus

¹³¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 503; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 7; Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 17; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 368-369; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 197 vd.; Faruk Acar, “Sözleşmelerin Uyarlanmasında Öngörülmez Olgular”, Murat Topuz (Ed.), “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması*” içinde (s. 15-19), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 15 vd.; Malbeği, s. 217 vd.; Evren, s. 87; Uyarlama ile hakimin sözleşmedeki bir boşluğu tamamlaması halini birbirine karıştırmamak gerekir. Her sözleşme mutlaka bir boşluk taşır. Bu boşluk taraf iradelerine uygun şekilde doldurulur ve tamamlanır. Buna karşın uyarlamada, değişen şartlar sözleşme şartlarının da değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Bkz. Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 85, s. 110; Sözleşmenin geçerliliği için edim değerlerinin orantılı olması gerekmesi de bir sözleşme adaletinden söz edilmesi kaçınılmazdır. Seda İrem Çakırca, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 43-44.

teorisidir¹³¹⁶. Bu teorinin temeli, ahde vefa¹³¹⁷ (pacta sunt servanda) ilkesine yine tarafların iradesine dayanan bir istisna (Clausula Rebus Sic Stantibus) getirilmiş olduğu ve sözleşmeye bağlılığın her zaman adil olmadığı düşüncesine dayanmaktadır¹³¹⁸.

Değişen koşullar karşısında çözüm yine sözleşmenin içinde aranmış olsa da, tarafların öngörülmezi öngördükleri gibi bir sonuç ortaya çıktığından artık bu teori etkisini yitirmiştir. Bununla birlikte geniş anlamda halen Clausula Rebus Sic Stantibus ifadesi beklenmeyen tüm halleri içerecek şekilde bir üst kavram olarak kullanılmaktadır¹³¹⁹. Hukuki temelini dürüstlük kuralı oluşturan işlem temelinin çökmesi teorisi ise, Alman hukukunda ortaya çıkmıştır¹³²⁰. Bu teori sözleşme kurulduktan sonra değişen şartların taraflardan biri için ifayı ondan beklenemez hale getirmesi ve dürüstlük kuralına göre bunu düzeltmek için hakimın sözleşmeye müdahale etmesi düşüncesine dayanmaktadır¹³²¹. Sözleşmeye bağlılık prensibinin çok sert bir şekilde uygulandığı Fransız hukukunda ise belirli hallerde uyarılmanın kabul edilmesi gerektiği emprevizyon teorisi ile savunulmuştur. Ne var ki Fransız Yüksek Mahkemesi uzun süre uyarlamayı kabul etmemiş¹³²², 2016 yılında Fransız Medeni Kanunu'na uyarlama ile ilgili açık hüküm eklenmiştir¹³²³. İsviçre hukukunda da uyarlama ile ilgili sözleşme boşluğu görüşü ve dürüstlük kuralı görüşü ortaya çıkmış, bununla birlikte Alman hukukunda ortaya çıkan

¹³¹⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 34; Arat, s. 52 vd.; Ferhat Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 188; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 343; Şahin, s. 76.

¹³¹⁷ “Sözleşmeye bağlılık ilkesi” olarak da adlandırılır. Bkz. Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 12 vd.; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 112; Ahde vefa ilkesi ile ilgili ayrıca bkz. Arat, s. 51-52.

¹³¹⁸ Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 197; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*, s. 252; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 36; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 112 vd.; Malbeleş, s. 45 vd.

¹³¹⁹ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*, s. 254; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 38-39; Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 190; Arat, s. 54.

¹³²⁰ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 40; Arat, s. 58; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 347 vd.; Malbeleş, s. 48 vd.; Şahin, s. 80 vd.

¹³²¹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 45.

¹³²² İdari sözleşmeler bakımından da uyarılmanın gerçekleşebileceği ifade edilmiş olup, Fransa’da verilmiş bir imtiyaz ile Bordo şehrinin gaz ihtiyacını karşılayan şirketin, 1. Dünya Savaşı sonrası kömür fiyatlarındaki aşırı artış nedeni ile sözleşmede yer alan fiyat bakımından getirilen üst sınırın uyarlanması yönündeki talebi, Fransız Danıştay tarafından ilk kez kabul edilmiştir. Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I*, s. 106-107, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III*, s. 1635, dn. 51.

¹³²³ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, 65; Malbeleş, s. 55 vd.; Şahin, s. 88-89.

işlem temelinin çökmesi teorisi benimsenmemiştir¹³²⁴.

Türk hukukunda ise uyarılama, ilk kez 1937 yılında Danıştay tarafından uygulanmıştır¹³²⁵. Sonraki yıllarda uyarılama Yargıtay'ın kararlarına konu olsa da TBK m. 138'in yürürlüğünden sonra dahi uyarılama ile ilgili olarak Yargıtay'ın bir teoriye ve somut ölçülere dayandığının söylenemeyeceği ifade edilmiştir¹³²⁶. Ancak İsviçre hukukunun aksine Türk hukukunda yine de işlem temelinin çökmesi teorisi büyük oranda benimsenmiştir¹³²⁷. Bunun sonucunda da önceki borçlar kanununda bulunmayan TBK m. 138 hükmü getirilmiş, anılan hükmün gerekçesinde açıkça işlem temelinin çökmesi kavramına yer verilmiştir¹³²⁸.

Uyarlamayı daha çok edim, karşı edim ve edimler arasındaki dengenin sarsılması ilişkisi üzerinden değerlendiren eski görüşler tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin ve bu arada garanti sözleşmelerinin uyarlanmasını kısmen veya tamamen reddetmiştir¹³²⁹. Ancak bugün bu düşünce geçerliliğini kaybetmiş olup, baskın görüş bağışlama, kefalet, garanti gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uyarlamanın mümkün olduğu yönündedir¹³³⁰. O halde TBK m. 138 hükümleri tek taraflı sözleşmeler bakımından da uygulanacaktır.

TBK m. 138 kapsamında uyarılama yapılabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı aranmaktadır:

¹³²⁴ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 86.

¹³²⁵ Şurayı Devlet Deavi Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937, E. 1937/286, K. 1937/256 K. (Aktaran: Baysal, s. 116; Malbeği, s. 238. Karara konu olayda İstanbul Haliç Şirketinin 1910 da 10 milyon olan yolcu sayısı 1934 yılında 4 milyona inmiş, imtiyaz sözleşmesinin uyarlanması kabul edilmiştir.); Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*, s. 259.

¹³²⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 118.

¹³²⁷ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 123; Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 228.

¹³²⁸ TBK m. 138 gerekçesi: "...Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır...".

¹³²⁹ Bu görüşler için Bkz. Baysal, Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 174; Kayak, s. 226; Feyza Eren Sayın/ Berk Kenan Koyuncu, "Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış", *İÜHFİM*, C. LXX, S. 1, 2012, s. 321; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 122.

¹³³⁰ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 174; Kayak, s. 226; Sayın/ Koyuncu, s. 322.

- a. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya bir *durum değişikliği* çıkması,
- b. Söz konusu durum değişikliğinin *öngörülmez ve öngörülmesi de beklenmeyen* nitelikte olması
- c. Bu durum değişikliğinin uyarlama talep edenden *kaynaklanmaması*
- d. Bu durum değişikliğinin uyarlama talep edenin sözleşmenin yapıldığı sıradaki olguları kendisinden ifanın istenmesini *dürüstlük kuralına aykırı düşürecek* şekilde değiştirmiş olması
- e. Uyarlama talep edenin edimini henüz ifa etmemiş veya haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmasıdır¹³³¹.

Bu şartları ve uyarlama ile ilgili bazı önemli hususları inceleme konumuz kapsamında değerlendirelim.

b. Durum Değişikliği Gerçekleşmesi ve İşlem Temelinin Çökmesi

Durum değişikliği, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olay ve olgulardır. Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen tüm olay ve olgular uyarlamaya neden olmaz. Öncelikle durum değişikliği, işlem temelini oluşturan durumlarla ilgili olmalıdır¹³³². İşlem temeli ise, sözleşmenin kurulduğu anda var olan, mevcut veya geleceğe ilişkin durumlar ve olgulara ilişkin “olmazsa olmaz” (conditio sine qua non) nitelikte olan tasavvurlardır¹³³³. Bununla birlikte sözleşmenin içeriğine dahil olan, tarafların kararlaştırdığı bir husus, sözleşmenin bir hükmü işlem temeli olamaz. İşlem temeli ancak, tarafların sözleşmenin içeriğine dahil etmedikleri durumlarda ortaya çıkar¹³³⁴.

Durum değişikliği esaslı olmalıdır¹³³⁵. Esaslı olma, ortaya çıkan değişikliğin

¹³³¹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 222 vd.; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 139 vd.; Arat, s. 93 vd.; Malbeği, s. 225 vd.

¹³³² Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 224-225.

¹³³³ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*, s. 271; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 347; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 226 vd.; Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 215 vd.

¹³³⁴ Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 217.

¹³³⁵ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 231; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 265.

tarafların yaptığı sözleşmeyi temelden ve köklü bir biçimde sarstığını ve çöktüğünü ifade eder. İşlem temelının çökmesine neden olan esaslı durum değişikliklerinin üç ana grupta toplanabileceği ifade edilmiştir¹³³⁶. Bunlar; edimler arası dengenin sarsılması, aşırı ifa güçlüğü ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkmasıdır. Baysal’a göre¹³³⁷; TBK m. 138’in kenar başlığı “aşırı ifa güçlüğü” olsa da, madde kapsamında esaslı durum değişikliği; aşırı ifa güçlüğü, edimler arası dengenin sarsılması ve işlem ile izlenen amacın boşa çıkması şeklinde ortaya çıkabilir. Madde metni ve gerekçede aşırı ifa güçlüğü ifadesinin kullanılmış olması diğer hallerin maddenin kapsamı dışında tutulduğu anlamına gelmez. Canbolat’a göre ise¹³³⁸, TBK m. 138 hükmü sadece aşırı ifa güçlüğü halleri için getirilmiş olup, diğer hallere ve amacın boşa çıkması hallerine uygulanamaz. Burada bilinçli bir sınırlama vardır.

Aşırı ifa güçlüğü ise edimin ifa edilmesinin imkansız olmadığı ama bunun için çok fazla çaba, emek ve maliyet gerektiren durumlardır. Sonradan ortaya çıkan ve borçlunun kusuru bulunmayan beklenmedik halin ne zaman işlem temelının çökmesi ne zaman sübjektif bir imkansızlık sayılacağıının tespiti de her zaman kolay değildir¹³³⁹.

Edimler arasındaki dengenin sarsılması hali, sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabilecek bir esaslı durum değişikliğidir¹³⁴⁰.

Sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması¹³⁴¹, ifa mümkün olmasına rağmen sözleşme ile ulaşılmak istenen amacın ortadan kalkmasını ve alacaklının ifaya yönelik yararının kalmamasını¹³⁴² ifade etmektedir. Bunların en önemli örneklerinin İngiliz

¹³³⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 232.

¹³³⁷ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 232.

¹³³⁸ Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 232.

¹³³⁹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 190; Bu farklar için bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*, s. 265.

¹³⁴⁰ Orman idaresi ile özel bir şirket arasında yapılan bir sözleşme ile belirli bir yatak kapasiteli tesis yapılmış, yatak kapasitesi ve kullanılan alanın artırılması neticesinde Yargıtay edim dengesinin bozulduğuna ve sözleşmenin değişen yeni şartlara uyarlanmasına karar vermiştir. Yarg. 14 HD, E. 2006/4025, K. 2006/8017, T. 06.07.2007, (Aktaran: Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 236, dn. 879).

¹³⁴¹ Amacın boşa çıkması 1960’lı yıllardan itibaren Alman hukukunda tartışılmış, 01.01.2002 yılında yapılan Reform Kanunu ile BGB § 313’de yer alan “işlem temelının çökmesi” hallerinden biri olarak yer alarak yasal dayanağa kavuşmuştur. Bkz. Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 184.

¹³⁴² Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 181; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III*, s. 263; Bingöl, s. 134 vd.; Şahin, s. 85.

hukukunda frustration teorisinin¹³⁴³ doğumuna neden olan taç giyme davaları olduğu ifade edilmiştir¹³⁴⁴. Yine İsviçre Federal mahkemesi kararlarına konu bir olayda bir kimse, kayınvalidesi ve kayınpederine belirli bir süre oturma hakkı tanımış ancak sonradan boşanmış olması nedeni ile bu hakkın kaldırılmasını istemiş, bir başka olayda bir bina lokanta olarak işletilmek için satın alınmış ancak idare beklenmedik şekilde ruhsatı iptal etmiştir¹³⁴⁵. Bu örneklerde de sözleşme ile izlenen amacın esaslı bir durum değişikliği ile ortadan kalktığı söylenebilecektir. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki bir amaç sözleşme içerisinde yer alıp, buna ilişkin düzenlemeler var ise sözleşme ile izlenen amaç kapsamında uyarılama yapılamaz. Sorunun sözleşme düzenlemeleri kapsamında çözülmesi gerekir¹³⁴⁶. Yine amacın çökmesi ile amacın boşa çıkması hali de birbirinden farklıdır. Örneğin tamamen yanıp kül olan bir binanın artık restore edilmesi, ölmüş bir kimsenin ameliyat edilmesi imkansızdır. Böyle bir halde amaç çökmüş olup, gerçekleştirilemez haldedir. Buna karşın amacın boşa çıkması halinde edimin ifası halen mümkündür. Örneğin taç giyme davalarında halen taşınmazın kiralanması mümkündür¹³⁴⁷.

Amacın boşa çıkması halinde işlem temeli çöktü ise, bunun uyarlamaya esas olup olmayacağı ve meselenin TBK m. 32 kapsamında temel hatası ile ilişkisi tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre¹³⁴⁸, TBK m. 32 hükmü, en geç sözleşmenin kurulduğu anda var olan geçmişteki olay ve olgulara ilişkin tasavvurları kapsamaktadır. Sözleşmenin kurulma anından sonraki olay ve olgular temel hatasına dayanak oluşturamaz. Geleceğe

¹³⁴³ Frustration teorisi, aslında imkansızlık esasına dayanan mücbir sebebe yakın olup, İngiliz hukukunda dar anlamda sözleşmenin uyarlanması yoktur. Frustration sonucunda sözleşme kendiliğinden sona erer.

¹³⁴⁴ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 238; Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 181 vd.; Malbeği, s. 51 vd.; Şahin, s. 91; Bu davalarda taç giyme törenini gören balkonun kiralması sonrası törenin iptali sonucunda kiracı olan kişi için bu sözleşme anlamını yitirmektedir. Bu davaların en meşhurları 11 Ağustos 1903 yılı tarihli Krell v. Henry kararıdır. Bu davada üst mahkeme yerel mahkeme kararını bozarak kiralamanın asıl amacının törenin izlenmesi olduğunu, bunun sözleşmenin amacını oluşturduğunu, bu amacın ortadan kalkması nedeni ile kira bedelinin talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Karar için bkz. <https://h2o.law.harvard.edu/collages/45210> (Erişim Tarihi: 11.04.2020).

¹³⁴⁵ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 240.

¹³⁴⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 242.

¹³⁴⁷ Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 185.

¹³⁴⁸ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 239; Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması*, s. 185 vd.; Arat, s. 69; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, s. 102-103, n. 332; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 134; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 265.

ilişkin tasavvurlarda yanılma işlem temelinin çökmesi niteliğinde ise ve şartları var ise ancak sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurur. Buna karşın diğer bir görüş, karşı tarafça da bilinebilir olması koşulu ile gelecekteki olaylara ilişkin tasavvurların da temel hatasına esas teşkil edebileceği yönündedir¹³⁴⁹.

Esaslı durum değişikliğinin olağanüstü olmasının aranıp aranmayacağı da oldukça tartışmalı bir konudur¹³⁵⁰. TBK m. 138’de “olağanüstü değişiklikler” açıkça aranmıştır. Bu ifadenin yalnızca toplumun geneli için sosyal felaket niteliğinde deprem, sel, salgın hastalık gibi felaketleri ifade ettiğini savunan görüşler¹³⁵¹ yanında, olağanüstü nitelikte bir olayın varlığını aramayan görüşler¹³⁵² de bulunmaktadır.

Yargıtay’ın da muhtelif kararlarında değişikliğin olağanüstü nitelikte olmasını aradığı görülmektedir. Yargıtay kararına konu bir olayda yerel mahkeme, “*özel teknik şartnamede belirtilen zemin özellikleri ile zeminin gerçek özellikleri arasında esaslı fark bulunduğu, ihale ve sözleşme aşamasında bilinmeyen bu durumun çalışmalara başladıktan sonra ortaya çıkmış bulunduğu ve bu farkın uyarlama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin artırılmasını gerektireceğine işaret edilerek davanın kabulüne*” karar vermiş, istinaf mahkemesi ise “*götürü bedele oranlama yapılarak uyarlama yapılmasının yerinde olduğunu belirterek*” davalı tarafın istinaf talebini esastan reddetmiştir. Buna karşın Yargıtay, “*sözleşmeye göre kazı yapılması için ödenecek bedel ile zeminin sözleşme sırasında verilen zemin raporlarına uygun olmaması sebebiyle yapılması gereken gerçek kazı bedeli arasındaki fark ile bu farkın tüm götürü bedele kıyaslandığında tarafların önceden tahmin etmedikleri veya öngördükleri halde meydana gelmesine ihtimal vermedikleri **olağanüstü şart** niteliğinde olup uyarlama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin artırılmasının gerektirip gerektirmediği*” hususunun teknik bir bilirkişi incelemesi ile araştırılması gerektiğine karar

¹³⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 405; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 409; Antalya, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, C. I, s. 316 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 430.

¹³⁵⁰ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 244.

¹³⁵¹ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 200; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.III, s. 275-276; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 140.

¹³⁵² Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 248.

vererek kararı bozmuştur¹³⁵³.

c. Öngörülmezlik ve Öngörülmesinin Beklenmemesi

Öngörülmezlik, tarafların gelecekte meydana gelen olay ve olguları sözleşmenin kuruluşu anında öngörememelerini, tasavvur edememelerini ve tahmin edememelerini ifade eder. Öngörülmesinin beklenmemesi ise, sonradan ortaya çıkan olay ve olguları sözleşmenin kuruluşu anında göz önüne alınmasının taraflardan hukuken beklenmeyeceğini ifade eder¹³⁵⁴. Tarafların öngördüğü ya da öngörmesi gerektiği olay ve olgular ise sözleşme riskinin sınırlarını çizmektedir¹³⁵⁵.

Olay, sözleşmenin kuruluş anında taraflarca göz önüne alınmış, tahmin edilmiş veya olayın gerçekleşmesinin beklenmesi gerekmekte ise artık sonradan ortaya çıkan bir durum değişikliğinden de bahsedilemez¹³⁵⁶. Olayın kendisi yanında sonuçlarının öngörülmemesi ve öngörülmesinin beklenmemesi de uyarlama sonucu doğurabilir. Örneğin, 1 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Hubei bölgesinin başkenti olan Vuhan'da ortaya çıkan Yeni Koronavirüs salgınına rağmen Şubat 2020 tarihinde yapılmış bir sözleşmede, böyle bir salgının ortaya çıkmış olduğu ve dünya piyasalarını etkilemeye başladığı düşünülmese de, salgının pandemi haline gelerek büyüyeceği ve tüm dünyayı etkisi altına alacağı öngörülmemiş olabilir. Bununla birlikte bir olay, sonradan ortaya çıkmakla birlikte taraflarca önceden öngörülerek sözleşme konusu yapılarak bir risk paylaşım kuralı da belirlendi ise artık uyarlama istenemez ve riskin üstlenildiği kabul edilmelidir¹³⁵⁷.

Önceden öngörülemezliğin değerlendirilmesinde sözleşmenin kurulduğu an, sözleşmenin süresi¹³⁵⁸ gibi zamansal ölçütler ile sözleşmenin niteliği ve tacir olup

¹³⁵³ Yarg. 15. HD, E. 2019/2492, K. 2020/71, T. 14.01.2020, (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2020).

¹³⁵⁴ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 254 vd.

¹³⁵⁵ Arat, s. 106.

¹³⁵⁶ Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 144; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 257; Arat, s. 106.

¹³⁵⁷ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 257.

¹³⁵⁸ "...Görüşmeler sırasında bir kısım üyeler eldeki davanın uyarlama davası niteliğinde olduğu ve kısa süreli kira sözleşmelerine dayanılarak uyarlama davası açılmayacağından bahisle davanın reddinin gerektiği yönünde görüş beyan etmiş iseler de, bu görüş yukarıda belirtilen sebeplerle Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir..." Yarg.

olmama gibi taraflara ilişkin ölçütler de dikkate alınmalıdır¹³⁵⁹. Uygulamada özellikle döviz ile ödenen kira ve kredi sözleşmelerinde Yargıtay kur artışları nedeni ile uyarlamayı kabul etmemektedir¹³⁶⁰.

d. Durum Değişikliğinin Uyarlama Talep Edenden Kaynaklanmaması

Uyarlama talep edilebilmesi için durum değişikliği, uyarlama talep edenden kaynaklanmamalıdır. Bir kimse kendi sorumlu olduğu bir olaydan dolayı sözleşmenin uyarlanmasını talep edemez¹³⁶¹.

TBK m. 138’de “borçludan kaynaklanmayan bir sebep” olarak ifade edilmiş ise de bu ifade, uyarlamayı sadece borçlunun talep edebileceği alacaklının uyarlama talep edemeyeceği gibi yanlış anlaşılabilirliğinden yerinde değildir. “Borçlu” ifadesi yerine “uyarlama talep eden” ifadesi bizce daha uygundur¹³⁶².

HGK, E. 2013/3-633, K. 2014/154, T. 26.02.2014 (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2020); “...kısa süreli kira sözleşmelerinde, tacir olan davacının, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması isteme imkanı bulunmamaktadır...” Yarg. HGK, E. 2007/11-612, K. 2007/612, T. 26.09.2007 (Kazancı, Erişim Tarihi:12.04.2020); “...Görüldüğü gibi Yargıtay kısa süreli sözleşmelerde uyarlama olamayacağına dair yasaklayıcı bir kural koymamıştır. Yabancı ve Türk öğretisinde hakim fikre göre, bu kuramın hem kısa süreli hem de uzun süreli sözleşmelerde uygulanabileceği benimsenmektedir...” Yarg. HGK, E. 2002/13-852, K. 2002/864, T. 30.10.2002, (Kazancı, Erişim Tarihi:12.04.2020).

¹³⁵⁹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 266 vd. Tacirler de uyarlama talep edebilir. Ancak, Yargıtay uyarlama ile ilgili basiretli tacir olma ilkesini göz önünde bulundurup sıkı bir şekilde uygulamaktadır. Bkz. Yarg. 23. HD, E. 2015/6940 K. 2017/1638, T. 31.05.2017; Yarg. 11. HD, E. 2004/12208, K. 2005/9454, T. 10.10.2005; Yarg. HGK, E. 2013/13-599, K. 2003/599, T. 15.10.2003. Aynı doğrultuda: “TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü altında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır.” Yarg. HGK, E. 2003/13-332, K. 2003/340, T. 07.05.2003, (Kazancı: Erişim Tarihi: 12.04.2020).

¹³⁶⁰ Yen davaları olarak da bilinen açılmış pek çok davada, Japon Yeni ile konut kredisi çeken tüketiciler, uzun zamandır sabit kalmasına rağmen beş aylık kısa bir sürede Japon Yeni’nin neredeyse iki katına çıkması üzerine bedelin uyarlanması için çeşitli davalar açmışlar ancak Yargıtay bu davalardaki uyarlama taleplerini genel olarak “öngörülmezlik şartının gerçekleşmemesi” sebebi ile reddetmiştir. Bu konuda Yarg. HGK. E. 2014/13-1614, K. 2014/900, T. 12.11.2014 tarihli kararın incelemesi için bkz. Mehmet Erdem Aybay, “Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, Özel Sayı C. I, Y. 2016, C.22, **MÜHF-HAD**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 323.

¹³⁶¹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 280 vd.; Arat, s. 135 vd.; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 143.

¹³⁶² Baysal, söz konusu yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için “borçlu” ifadesi yerine “mağdur” ifadesinin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 280 vd.

e. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olma

TBK m. 138, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek durum değişikliğinin sözleşmenin yapıldığı andaki mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmasını aramaktadır¹³⁶³. Borçludan ifanın talep edilmesi bu şartlar altında dürüstlük kuralına aykırı olmalı, ifa beklenemez, katlanılmaz ve çekilmez olmalıdır. Yargıtay'ın da kararlarında çekilmezlik kavramına yer verildiği görülmektedir¹³⁶⁴.

Dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirme yapılırken katlanmanın derecesinin tespitinde ilk önce sözleşme veya kanunda değişen koşullar ile ilgili risk paylaşımına ilişkin bir kural olup olmadığına bakılacak, sözleşmede hüküm bulunması halinde ilk önce sözleşmenin bu hükümleri, sözleşmede hüküm yoksa kanunda var olması halinde kanundaki hükümler, orada da yok ise ancak o aşamadan sonra dürüstlük kuralı bakımından ifanın çekilmez olduğu değerlendirmesi ve uyarılama gündeme gelebilecektir¹³⁶⁵.

Ancak buradaki bir diğer sorun da sözleşmede ileride ortaya çıkabilecek bir durum değişikliği ile ilgili bir uyarılama hükmüne yer verildi ise (olumlu uyarılama hükmü) veya sözleşmede ileride ortaya çıkabilecek durum değişiklikleri halinde uyarılama yapılamayacağı kararlaştırıldı ise (olumsuz uyarılama hükmü) bu hükümlerin akıbetinin ne olacağıdır. Bir başka ifade ile, sözleşme içerisinde yer alan olumlu veya olumsuz uyarılama hükümlerinin kendisi de uyarlamaya tabi olacak mıdır? Hemen belirtelim ki doktrinde, bu hükümlerin hiçbir zaman uyarılamanın yapılmayacağı anlamına gelmeyeceği, ancak daha dikkatli, sıkı bir inceleme ve değerlendirme yapılacağı, TMK m. 2 f. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması kapsamında da

¹³⁶³ Alman hukukunda bu durumu ifade için “ifanın beklenmezliği kavramı” ortaya çıkmıştır. Bkz. Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.III, s. 269; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 288.

¹³⁶⁴ Yarg. HGK., E. 1997/13-493, K. 1997/764, T. 01.10.1997; Yarg. 3. HD, E. 2004/1470, K. 2004/1618, T. 04.03.2004, (Kazancı, Erişim Tarihi:12.04.2020).

¹³⁶⁵ “...Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir...” Yarg. HGK, E. 2003/13-332, K. 2003/340, T. 07.05.2003, (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2020).

durumun değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁶⁶. Yargıtay da istikrarlı olarak olumlu ve olumsuz (intibak kaydı) uyarılama hükmüne rağmen edimler arasında aşırı nispetsizlik çıkması halinde sözleşmede ısrar etmenin dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olabileceği, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği ve bu kayıtlara rağmen uyarılamanın yapılabileceğine karar vermektedir¹³⁶⁷.

f. Edimi İfa Etmemiş veya Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmiş Olma

TBK m. 138'e göre uyarılama talep edilebilmesi için edim henüz ifa edilmemiş veya ifa edilmiş olsa da ifanın kendisi için aşırı güçleşmesinden doğan haklar saklı tutulmuş olmalıdır. Yargıtay da kararlarında uyarılama talep edebilmek için ifanın henüz gerçekleşmemiş olmasını, gerçekleşti ise de ihtirazi kayıt ileri sürülmesini aramaktadır. Yargıtay bir kararında¹³⁶⁸ yüklenicinin işi tamamlayıp teslim ettiğini bu nedenle daha sonradan zemin yapısının farklı olması nedeni ile maliyet artışından kaynaklı uyarılama talep edemeyeceğini, yüklenicinin ihtirazi kayıt ileri sürmeden edimini ifa edip işi teslim etmesi gerekçesine dayandırmıştır.

Baysal'a göre¹³⁶⁹ ifanın yapılmasını her zaman alacaklı bakımından ifanın güçleşmediği şeklinde anlamamak gerekir. Bu bakımdan önemli olanın çekince ileri sürmek değil, ifanın beklenemezliği olmalıdır. Olması gereken bakımından bu görüş değerlendirilebilirse de TBK m. 138'in yoruma açık olmayan ifadesi karşısında çekince olmaksızın eda edilen ifanın uyarılama hakkını ortadan kaldırdığını kabul etmek gerekir.

¹³⁶⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 297; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 142.

¹³⁶⁷ Yarg., 13. HD, E. 2013/16898, K. 2014/18895, T. 13.06.2014; Yarg. HGK, E. 2003/13-599, K. 2003/599, T. 15.10.2003; Yarg. HGK, E. 1998/13-815, K. 1998/835, T. 18.11.1998; Yarg. HGK, E. 1998/13-4, K. 1998/87, T. 11.02.1998; Yarg. HGK, E. 1992/13-360, K. 1992/425, T. 01.07.1992, (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2020).

¹³⁶⁸ “Dava dilekçesi içeriği ve dosya kapsamından davadan önce davacı tarafından işin tamamlanarak teslim edildiği ve davacının edimin ifası sırasında sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep etmediği ve ihtirazi kayıt ileri sürmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece sözleşmenin uyarlanması niteliğinde olduğu kabul edilen zemin yapısının ihale aşamasında tespit edilenden farklı olması sebebiyle maliyet artışından kaynaklanan alacak davasının edimin, ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı tutulmaksızın ifa edilmiş olması sebebiyle uyarılama istenemeyeceğinden tümünden reddine karar verilmesi yerine, yanlış değerlendirme ile kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” Yarg. 15. HD, 2018/3543, K. 2019/3495, T. 16.09.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi:12.04.2020).

¹³⁶⁹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 342.

g. Teminat Sözleşmelerinde Uyarılama

Yukarıda da ifade edildiği üzere¹³⁷⁰, bir görüş, teminat sözleşmelerinde uyarlamayı reddederken¹³⁷¹, çoğunluk riskli sözleşmeler olarak adlandırılan garanti, kefalet gibi teminat sözleşmelerinin uyarlanması da daha sıkı şartlar altında mümkün olduğunu kabul etmektedir¹³⁷².

Teminat sözleşmelerinin uyarlanmasında dürüstlük kuralı önemli bir rol oynamaktadır¹³⁷³. Konumuz açısından da yapım sözleşmelerinde yer alan taahhütler ile riskin kapsamının doğru bir şekilde belirlenmesi dürüstlük kuralı kapsamında yapılacak bu değerlendirme için çok önemlidir. Özellikle bu tür sözleşmeler için önceden belirlenmiş genel kurallar ve ölçütler yerine dürüstlük kuralı kapsamında somut olayın özelliklerine göre yapılacak olan yorum çok daha önemli olacaktır¹³⁷⁴.

Teminat sözleşmeleri bakımından bu konuda getirilmiş en büyük yenilik TBK m. 599 hükmüdür¹³⁷⁵. Bu hüküm, kanuni bir uyarılama hükmü olup¹³⁷⁶, güvence altına alınan alacağın henüz doğmaması ve asıl borçlunun mali durumunun bozulduğu veya kefil tarafından iyiniyetle bilindiğinden çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması gibi belirli şartların gerçekleşmesi halinde kefile kefalet sözleşmesinden dönme hakkı

¹³⁷⁰ Dördüncü Bölüm, II, A, 6, a.

¹³⁷¹ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 91 vd.

¹³⁷² Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 322 vd.; Kayak, s. 226; Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 151; Arat, s. 183; Sayın/ Koyuncu, s. 322; Teminat sözleşmelerinde riskin spekülasyon ögesi ne kadar yüksekse uyarılama o kadar zorlaşır. Başak Baysal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 138 Hükmü Uyarınca Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması”, Emrehan İnal (Ed.), **Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı** s. 135-154, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 142.

¹³⁷³ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 323; Sayın/ Koyuncu, s. 325.

¹³⁷⁴ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 324. Bu konuda verilen bir örnekte, sanatçıya en başta % 5 pay verilmesi kararlaştırılmış ancak, sanatçının performansı sonucunda elde edilen gelir öngörülenden %500 artmış ise edim dengesinin bozulduğu ve dürüstlük kuralı bakımından artık sanatçı için elde edilen faydanın anlamsız kaldığı ifade edilebilecek, ifa çekilmez hale gelmiş ise taraflar arasındaki işlem temeli çökmüş kabul edilerek uyarlamaya imkan vermek gerekecektir. Artık burada riskin üstlenildiğinden bahsedilemez. Stoffel-Munck, s. 114-115, (Aktaran: Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 324, dn. 1245).

¹³⁷⁵ TBK m. 599: “Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. / Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”

¹³⁷⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 328.

vermektedir¹³⁷⁷. Bu hususlar, özellikle süresiz genel kredi sözleşmelerinde kefalet bakımından TBK m. 599 öncesi de Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay kararına konu bir olayda¹³⁷⁸, genel kredi sözleşmesine kefil olmuş bir kimsenin ihtarname gönderip, borç bakiyesinin kendisine gönderilmesi ve artık tebliğden sonra verilecek kredilerden sorumlu olmadığını bildirmiştir. Davalı banka, ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen cevap vermemiş, kredi kullanılmaya devam etmiş, borç bakiyesi de göndermemiştir. Yargıtay bu olayda bankanın kefilde kefaletten kurtulduğu yönünde haklı bir kanaat oluşturduğu gerekçesi ile yeni krediler nedeniyle kefilin sorumlu olmadığına karar vermiştir. Yargıtay'ın TBK m. 599 öncesinde vermiş olduğu bu kararlar doktrinde eleştirilmiş, kefillerin dönülemez bir yükümlülük içerisine girdikleri ve istedikleri zaman kefaletten dönemeyecekleri ifade edilmiştir¹³⁷⁹. TBK m. 599 bakımından da kefiller bir gerekçe göstermeden kefalet sözleşmesinden dönemeyecekler, maddedeki şartların gerçekleştiğini ispat etmek zorunda kalacaklardır¹³⁸⁰.

Teminat sözleşmelerinde uyarlama bakımından en önemli husus, ileride ortaya çıkan durum değişikliğinin sözleşmenin kapsamına girip girmediğinin tespittir. Bu tespit, tarafların sözleşme ile üstlendikleri riskin sözleşmenin niteliği ve somut olayın özellikleri de dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılır¹³⁸¹. Taraflar teminat sözleşmesi ile ileride ortaya çıkacak bir riski teminat altına almaktadır. Ancak, bu riskin kapsamının sınırsız olmadığı ifade edilmiştir¹³⁸². Bu bakımdan ileride meydana gelen olay veya olgu, riskin kapsamında ise teminat sözleşmesinin de kapsamında olacaktır. Böyle bir halde uyarlamadan da bahsedilemez. Buna karşın, ileride ortaya çıkan olay veya olgu, teminat konusu riskin kapsamı dışında ise diğer şartların da varlığı halinde

¹³⁷⁷ Bu şartlar için bkz. Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 291; Özen, s. 610.

¹³⁷⁸ Yarg. HGK, 12.06.2002, 19-426/513, Benzer bir olayda sonradan alınan kredinin yeni bir kredi mi öncekinin devamı mı olduğunun araştırılmasına karar vermiştir. Yarg. 19. HD, E. 2004/6918, K. 2005/3261, T. 28.03.2005 (Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 292, dn. 868 ve 869).

¹³⁷⁹ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 292.

¹³⁸⁰ Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, s. 293; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 459.

¹³⁸¹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 323-324; Arat, s. 183; Sayın/ Koyuncu, s. 327.

¹³⁸² Sayın/ Koyuncu, s. 327.

uyarlamadan bahsedilebilecektir¹³⁸³.

Teminat sözleşmelerinin kapsamı ve riski belirlemek için somut olay, tarafların özellikleri ve nitelikleri, sözleşmenin süresi ve tarafların yükümlülükleri dikkate alınmalıdır¹³⁸⁴. Garanti sözleşmelerinde teminat altına alınan risk, diğer teminat sözleşmelerine oranla oldukça geniş olup, asıl sözleşmenin geçersizliğinden sorumlu garanti alanın, borçlunun ifa güçlüğünden evleviyetle sorumlu olduğu söylenebilecektir¹³⁸⁵. Garanti verenin ödeme borcunun yabancı para borcu olarak belirlendiği hallerde ani devalüasyon sonucu kurun değeri aşırı ve beklenmedik şekilde yükselirse bir görüşe göre garanti sözleşmesi bakımından da uyarlama söz konusu olabilecektir¹³⁸⁶.

Teminat sözleşmeleri bakımından uygulamada ortaya çıkan bir diğer sorun da asıl alacağın uyarlanması halinde teminatı oluşturan ipotek yükünün akıbetinin ne olacağıdır.

Acar¹³⁸⁷, a göre belirlilik ilkesine sıkı bağlılık haksız sonuçlara yol açabileceğinden koşulları var ise tapudaki güvence miktarı uyarlanabilir. Bu durum belirlilik ilkesine zarar vermeyeceği gibi, uyarlama geçen yıllar içinde taşınmazın değerinde meydana gelen artışların yansımından başka bir şey değildir.

Benzer bir görüş ileri süren Çetiner¹³⁸⁸’e göre de böyle bir durumda uyarlama yapılabilir. Bunun için ipotek sözleşmesi ile amaçlanmış olan “alacağa teminat sağlama amacı” önemli ölçüde işlevini yitirmiş olmalıdır. Bu halde alacak artmasına rağmen ipotek yükü herhangi bir nedenle değerini yitirdi ise alacaklı ipotek yükünün uyarlanmasını hakimden isteyebilecektir.

¹³⁸³ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 324; Arat, s. 183.

¹³⁸⁴ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 324-325.

¹³⁸⁵ Sayın/ Koyuncu, s. 340.

¹³⁸⁶ Sayın/ Koyuncu, s. 343.

¹³⁸⁷ Faruk Acar, “İpotekte Güvence Altına Alınacak Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 6, S. 62, 2008, s. 487.

¹³⁸⁸ Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, s. 131.

Baysal’a göre¹³⁸⁹ ise ipoteğin aynı bir tasarruf sözleşmesi olması ve belirlilik ilkesi karşısında ipotek yükü uyarlanamaz. Belirlilik ilkesine bağlı kalmak hukuk politikasına bağlı bir tercih değil zorunluluktur. Aynı doğrultuda bir başka görüşe göre¹³⁹⁰ de belirlilik ilkesi nedeni ile ipoteğin uyarlanmasına mesafeli durmak gerekir.

Yargıtay ise, ipotek yükünün uyarlanmasının ancak tarafların anlaşması ile mümkün olduğunu, hakimin kural olarak buna müdahale edemeyeceğini, ancak istisnai olarak ipoteğin ilk kuruluşunda taraf iradesi olmayan örneğin imar uygulaması vb. hallerde uyarlamanın söz konusu olabileceği görüşündedir¹³⁹¹.

h. Değerlendirmemiz

Yapım sözleşmelerinde götürü bedel kararlaştırıldı ise, bu haller için TBK m. 480 f. 2 özel bir uyarlama hükmü taşımaktadır¹³⁹². TBK m. 480 f. 2 hükmü yükleniciye tanınmış sadece götürü ücretin uyarlanmasına ilişkin bir haktır¹³⁹³. Buna karşın inceleme konumuz olan yapım sözleşmeleri, götürü bir bedel karşılığında değil, yapım tamamlandıktan sonra yüklenicinin işletmeyi belirli bir süre kendi nam ve hesabına yapması ve asgari bir ekonomik menfaat taahhüdü elde etmesi ile yapılmaktadır. Bu bakımdan asgari ekonomik menfaat taahhütleri neticesinde ortaya çıkacak ödeme borcunun uyarlanmasında riskli sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin şartların dikkate alınması gerekmektedir.

Kanaatimizce, riskli sözleşmeler içinde uyarlama yapılabilecek sözleşmeler olabilir. Ancak, bunu her bir sözleşme bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir. Garanti sözleşmeleri bakımından da bu anlamda teminat amaçlı garanti sözleşmeleri ile teşvik

¹³⁸⁹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 334-336.

¹³⁹⁰ Mustafa Ünlütepe, “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, *TBB Dergisi*, S. 102, 2012, s. 211.

¹³⁹¹ Yarg. 14. HD, E. 2011/13862, K. 2011/15795, T. 20.12.2011, (Aktaran: Çetiner, Taşınmaz, s. 132, dn. 336) Ayrıca Yargıtay’a göre, İİK m. 153’e göre kendisine ipoteğin kaldırılması için ihbar gönderilen ipotek alacaklısı, ipotek bedelinin günün koşullarına uyarlanması için genel mahkemelerde dava açabilir ve böyle bir dava açtığını belirterek, icra müdürlüğündeki ipoteğin fekki talebine itiraz edebilir. Yarg. 12. HD, E. 2019/464, K. 2019/2828, T. 25.02.2019, (Kazancı, Erişim Tarihi: 07.06.2020).

¹³⁹² Söz konusu hükmün yapım sözleşmelerinde uygulanması için bkz. Gönen, s. 65.

¹³⁹³ Eser sözleşmesinde iş sahibinin TBK m. 138’e göre uyarlama isteyebileceği hakkında bkz. Baysal, s. 316.

amaçlı saf garanti taahhütleri arasında fark bulunmaktadır.

Yapım sözleşmeleri ve asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından alacaklı ve borçlu sıfatları ile hem yüklenici taraf hem de iş sahibi tarafın uyarlama talebinde bulunması düşünülebilecektir.

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, sonradan ortaya çıkan bir durum değişikliği bulunmuyor, sözleşmenin kurulması anında da var olan bir sebeple edimler arası bir dengesizlik olduğu iddia ediliyor ise uyarlama talep edilemez. Buna göre yapım sözleşmesi ve içeriğindeki taahhütlerin kurulması aşamasında zaten var olan olay ve olgulara dayanılarak uyarlama talep edilemeyecektir. Örneğin, bir otoyol projesinde yer alan bir tünelle ilgili olarak yüklenici daha önceden hesaba katmadığı şekilde zeminin çok fazla kayalık olduğunu veya bir havalimanı projesinde zeminin çok bataklık olduğu iddiasını ileri sürerek uyarlama talebinde bulunamaz. Zira zeminin bu niteliği sözleşmenin kurulması anında da böyle olup, sonradan bir durum değişikliği olmamıştır¹³⁹⁴. Bununla birlikte, somut sözleşmede iş sahibi yükleniciye zemin ile ilgili veya yapılacak işin niteliği ile ilgili bir taahhütte bulundu ise veya sözleşmeden ortaya çıkan bu durumla ilgili yükleniciye bir sorumluluk atfedilemiyorsa iş sahibinin sözleşme kapsamında sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Kefaletle ilişkin kanuni bir uyarlama düzenlemesi getiren TBK m. 599 hükmünün iş hayatında yetkin olmayan gerçek bir kişinin garanti veren olduğu garanti sözleşmelerinde de kıyasen uygulanması ve garanti verenin korunma ihtiyacının da en az kefilinki kadar olduğu ifade edilmiş¹³⁹⁵ ise de, kanaatimizce bir istisna hükmünün özellikle de riskli sözleşmeler bakımından kıyası kabul edilemez. Zira, her şeyden önce kefalet fer'i ve bağımlı bir borç doğururken, garanti asli ve bağımsız bir borç doğurmaktadır. Riskli sözleşmeler olarak da nitelendirilen teminat sözleşmelerinde uyarlamanın şartları çok daha sıkı aranacağından kefalet için getirilen istisnai nitelikteki

¹³⁹⁴ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 226. Böyle bir durumda irade bozuklukları (aşırı yararlanma veya temel hatası vb.) hallerinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Aşırı yararlanma için bkz. Çakırca, s. 11.

¹³⁹⁵ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 459.

bir kanuni uyarlama hükmü, garanti sözleşmeleri bakımından uygulanmamalıdır.

Garanti niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından uyarlama, tarafların üstlendikleri riskin kapsamını aşan bir durum değişikliğinin olup olmadığı ekseninden değerlendirilmelidir. Tarafların üstlendiği riskin kapsamı dürüstlük kuralı kapsamında somut olayın özellikleri, sözleşme taraflarının nitelik ve özellikleri, sözleşmenin süresi göze alınarak belirlenecektir¹³⁹⁶.

Sözleşmenin özellikleri, konumuz bakımından son derece önemlidir. Sözleşmenin özellikleri, yapım sözleşmesinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerini teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinden ayırdığı gibi, diğer teminat sözleşmelerinden de ayırmaktadır. Bu bakımdan, asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ipotek yükünün uyarlanması meselesinden de farklı bir durum bulunmaktadır. Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri zaten ileride yatırımla birlikte ortaya çıkacak riskleri temin etmek ve yatırımcıyı bu risklere rağmen teşvik etmek için verilmektedir. Yukarıda da incelendiği üzere¹³⁹⁷, bu taahhütlerin bir kısmı saf garanti taahhüdü niteliğindedir. Gerçekten de bu tür sözleşmelerde risk unsuru en önemli unsur olup, taraflar daha sözleşmeyi yaparken riski bir bütün olarak hesaba katmaktadır. Taahhütlerin amacı, ileride doğacak sözleşme konusu risklere karşı garanti alanı korumaktır.

Asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından otoyol, tünel, köprü, havalimanı vb. projelerde beklenenden çok daha fazla araç veya yolcu geçişi oldu ise, bu durum her iki tarafın da menfaatine olacaktır. Zira, iş sahibi idare bakımından belirlenen sınırın üstünde araç geçişi olacağından garanti de devreye girmeyecek, iş sahibi bir ödeme yapma zorunluluğunda kalmayacaktır. Yüklenici bakımından ise, garanti devreye girmese de zaten buna gerek kalmayacak ve garantinin üstünde bir geliri elde etmiş olacaktır. Bu durum aslında projenin de başarısı anlamına gelecektir. Uyarlama bakımından asıl sorun projenin istenen gelire ulaşamaması, araç veya yolcu kullanımının

¹³⁹⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 323.

¹³⁹⁷ Üçüncü Bölüm, IV, B.

çok düşük seviyelerde kalması hallerinde ortaya çıkacaktır. En baştan itibaren belirlenen araç sayısına ulaşılmaması, garantinin sürekli olarak devreye girmesi, bu taahhüdün döviz üzerinden verilmesi ve dövizdeki aşırı yükselmeler idareye böyle bir uyarılama hakkı verebilir mi? Örneğin havalimanı projelerinde verilen yolcu garantisi bakımından Koronavirüs salgını nedeni ile tüm havacılık endüstrisinde uzun zamana etki edecek şekilde uçuşların durması, yolcu sayısının azalması, ekonomik dengenin bozulması bu garanti taahhütlerine etki edecek midir¹³⁹⁸?

Kanaatimizce tüm bu örnekler için asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin koruduğu risk kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekir. Gerçekten de garanti sözleşmelerinde uyarılama meselesi bu sözleşmelerin en önemli unsuru olan riskle yakından ilgilidir. Uyarılamanın bu tür sözleşme ve taahhütlerde mümkün olup olmadığını çoğu kez garanti verenin üstlendiği riskin kapsamı tayin edecektir. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi¹³⁹⁹, hakim görüşe göre, eğer risk teşebbüsün amacına ve mahiyetine uygun olarak artmış ise sözleşmede değişiklik olmayacaktır.

Garanti konusu risk, beklenen sayıda aracın geçmemesi, beklenen sayıda yolcunun olmamasıdır. Burada beklenen sayıda araç ve yolcuların bulunmama sebebinin hiçbir önemi bulunmamaktadır. Yatırımcı, büyük maliyet gerektiren bu yatırımı yapmaya söz konusu taahhütlerin verilmesi suretiyle teşvik edilmiş, buna göre projenin maliyet hesapları çıkarılmıştır.

Sözleşmenin taraflarının nitelik ve özellikleri de tarafların üstlendiği riskin dürüstlük kuralı kapsamında tayini için göz önüne alınmalıdır. Yapım sözleşmelerinde garanti alan, yatırımı yapan yüklenici şirkettir. Yüklenici şirket bazen bir konsorsiyum olarak ihaleye girse de ihale sonucunda işi aldığı konsorsiyumu oluşturan üyeler, ihale konusu bu işi yapmak için “özel amaçlı şirket” (Special Purpose Vehicle-SPV)

¹³⁹⁸ Garanti veren’in clausula rebus sic stantibus ileri süremeyeceği, ifanın imkansızlaşmasına rağmen muhatabın menfaatlerinin korunması karşısında aksinin düşünülmesinin amaca aykırı olacağı, zaten amacın “öngörülmeyen” ve “olağanüstü” riskleri temin etmek olduğu hakkında bkz. Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 439.

¹³⁹⁹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A, 2, a, (3).

kurmaktadır. Dolayısı ile yüklenici taraf, tacirdir. Uyarlama bakımından öngörülmezlik ve diğer unsurların değerlendirilmesinde yüklenicinin tacir olması, göz önüne alınacaktır. İncelemiş olduğumuz yapım sözleşmelerinde iş sahibi genel olarak idaredir. İdarenin tacir sıfatına sahip olduğundan bahsedilemez. Ancak, idare de kendine özgü yetki ve sorumluluk kapsamında işlem ve eylemlerde bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında tacir olan davacının asgari ciro garantisinin kaldırılarak kira bedelinin bu şekilde uyarlanması talebini kabul etmemiştir¹⁴⁰⁰. Yargıtay bu kararda davacının tacir olmasını ret gerekçesi yapmıştır.

Öte yandan bu projelerde yukarıda da ifade edildiği gibi yalnızca iş sahibi ve yüklenici bulunmamaktadır. Bu projeler, genellikle proje finansmanı yolu ile gerçekleştirildiğinden iş sahibi ve yüklenici dışında, kredi veren bankalarda projenin önemli bir tarafı durumundadır. 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'un özellikle m. 8/A kapsamında¹⁴⁰¹ bir kısım projelerde kredi borçları için hazine, borç üstlenim sözleşmesi imzalamaktadır¹⁴⁰². Böylece, hazinenin borç üstlenimi olan projeler bakımından hazine de proje kapsamında yapılan bir kısım sözleşmelerin tarafı haline gelmektedir. Dolayısı ile sözleşmelerde olabilecek en küçük bir uyarlama aynı projede birbirine bağlı birçok tarafı ve sözleşmeyi

¹⁴⁰⁰ "...Basiretli tacir gibi hareket etmeyen davacı, uyarlama koşullarından olan "öngörülmezlik" şartına dayanamayacağından, davacının ciro ile ödenmesi kararlaştırılan kira parasının oranına ilişkin isteği ile **asgari ciro garantisinin kaldırılması talebinin reddi yerine hüküm altına alınması doğru olmamıştır...**" Yarg. 14. HD, E. 2005/4358, K. 2005/7209, T. 12.07.2005. (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2020).

¹⁴⁰¹ 4749 sayılı Kanun m. 8/A: "Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, Cumhurbaşkanı yetkilidir...".

¹⁴⁰² Borç üstlenim sözleşmelerinin tarafları, borcu üstlenen hazine, borcu üstlenilen görevli şirket ve alacaklı olan kredi veren bankalardır. Hazine ve Maliye Bakanlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik, (RG. 19.04.2016, 28977; BKK T. 06.03.2014, N. 2014/6217), m. 3 b. ç.

etkileyecektir.

Hazine veya başka bir kurum ister sözleşmenin tarafı olsun ister olmasın, yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri, ileride ortaya çıkacak tüm risklerin iş sahibi olan idare tarafından üstlenildiği güvencesi ile yatırımcıya verilmektedir. Yüklenicinin elde ettiği asgari ekonomik menfaat taahhütleri, kendisi bakımından projenin mutlaka karlı olacağı anlamına gelmemekte olup, yalnızca yapım tamamlanıp, işletmeye geçildiğinde projenin elde edeceği asgari bir gelirin varlığını göstermektedir. Bu asgari gelir yüklenici için olduğu kadar, projeye kredi veren bankalar için de önemlidir. Sözleşmenin özellikleri yanında tarafların bu özelliklerinin de uyarlama bakımından değerlendirilmesi gerektiğine kuşku yoktur¹⁴⁰³. Nitekim Yargıtay, da pek çok kararında bankaların özellikleri ve risk karşısındaki durumlarını değerlendirmek suretiyle uyarlama taleplerine karşı bankaların lehine olacak şekilde kararlar vermiştir¹⁴⁰⁴.

Uyarlama bakımından dikkate alınması gereken bir diğer husus da söz konusu *yapım sözleşmelerinin süresi ve sürenin sonunda tabi olunan hükümlerdir*. Bu sözleşmelerin birçoğunda yapım ve işletme olmak üzere iki temel aşama bulunmakta olup, sözleşmenin süresi bittiğinde sözleşme konusu yapı ve işletme, çalışır ve her türlü

¹⁴⁰³ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü*, s. 325.

¹⁴⁰⁴ “Bankalar Hükümetin izni ile faaliyette bulunan, öz kaynaklarından ziyade, faiz karşılığında topladıkları mevduatı, Türk Ekonomisinin gelişme hedefleri doğrultusunda kredi olarak ekonominin kullanımına sunan Ticari kuruluşlardır. Yine başlıca kaynakları; yurt dışından sağlanan prefinansman ve sendikasyon kredileri, bankalar arası para piyasası, T.C. Merkez Bankası, Varlığa dayalı menkul kıymet ihracı, Menkul kıymet Alım-Satımı, repo işlemleridir. Bu kaynaklardan sağlanan olanaklara karşı, bunlara faiz ödemesinde bulunurken kur değişimleri nedeniyle, kambiyo zararına maruz kalabilecekleri, kambiyo zararlarını asgariye indirmek, taahhütlerini karşılayabilmeleri hususunda kur riski ve döviz likiditesi düzenlemelerine para otoritelerinin (Hazine ve Merkez Bankası) uyguladıkları, Disponibilite ve mevduat münzam karşılığı yükümlülüklerine uymak zorunda bulundukları çok açıktır. Öte yandan, bu faktörler direkt maliyeti oluşturduğu gibi personel, kira, reklam, kurtasiye büro makinaları, sabit kıymet amortismanları ve benzeri unsurların da maliyete ekleneceği belirgindir. Bankanın bu özel durumları, sözleşmenin uyarlaması yapılırken gözden ırak tutulmamasına özen gösterilmesi gerekir. Somut olaya gelince; davacı, davalı bankadan 3.8.2000 3.7.2003 tarihleri arasında geri ödemesi yapılacak olan 36 ay vadeli, aylık ödemesi 59.95.USD olan, toplam 1.630 USD. bedelli dövize endeksli kredi kullanmıştır. Davacının kullandığı kredi miktarı ve aylık taksit miktarı ve taksitlerin uzun vadeye bağlanması dikkate alındığında, yukarıda açıklanan sözleşmenin uyarlanma şartlarının dava konusu olayda gerçekleşmediği ve davacı talebinin hakkaniyet ve nesafet kurallarına uymadığının kabulü ile, davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yarg. 11. HD., E. 2001/10794, K. 2002/2870, T. 01.04.2002; Aynı doğrultuda: Yarg. 11 HD., E. 2003/5327, K. 2004/29, T. 12.01.2004; YHGK, E. 1996/11-674, K. 1997/87, T. 19.02.1997; YHGK, E. 1996/11-762, K. 1997/77, T. 19.02.1997, (Kazancı, Erişim Tarihi: 13.09.2020).

ayıptan ari bir biçimde idareye devredilmektedir. Sözleşme bittiğinde yapının mülkiyeti ve işletmesi tamamen idareye ait olacaktır. Asgari ekonomik menfaat taahhütleri, iş sahibi idare tarafından yükleniciye, yüksek maliyet gerektiren bu projeleri üstlenmesi için verilmektedir. İdarenin yükleniciyi sevk ve teşvik ettikten sonra ortaya çıkan bir değişiklik için uyarlama talep edip edemeyeceğinde yapım sözleşmelerinin süresi ve süre sonunda tabi olduğu bu hükümlerin de göz önüne alınması gerekmektedir. Yapım sözleşmelerinin daha en başında asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin taraflar bakımından görünümü şu şekildedir. Yüklenici, en kötü ihtimalle yüksek maliyetle projeyi yapsa da belirlenen işletme süresinde asgari bir ekonomik menfaati elde edeceğini bilmekte ve en kötü ihtimalle harcadığı maliyetler ve gerçekleştirilen proje karşılığında asgari olarak bu tutarda bir gelir elde edeceğini bilmektedir. İş sahibi idare ise, en kötü ihtimalle belirlenen tüm dönemlerde ödeme yapacağını, bu ödemelerin tamamını yapsa dahi sözleşmenin süresi sonunda yapının işletmesi ile birlikte kendi mülkiyetine geçeceğini, bu ödemelerin toplamının bir anlamda yapının ve projenin kendisi bakımından maliyeti oluşturma riski olduğunu bilmektedir. Taraflar sözleşme ilişkisine girerken bir anlamda kendi maliyet hesaplarını en kötü olan bu senaryolar karşısında yaparak değerlendirmektedir.

Kanaatimizce, yapım sözleşmelerinin ve asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin özellikleri, tarafların nitelikleri ve sözleşmenin süresi dikkate alındığında saf garanti taahhüdü niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ödeme borcu ile ilgili bir uyarlama söz konusu olamaz. Garanti verenin ödeme borcunun yabancı para borcu olarak belirlendiği hallerde kurdaki ani yükselmeler, devalüasyon vb. sebeplerle uyarlama söz konusu olabileceğini belirten görüşe¹⁴⁰⁵ de katılmıyoruz. Garanti sözleşmesi niteliği gereği ileride ortaya çıkacak bir riski teminat altına aldığından ödeme borcunun yabancı para borcu olarak belirlendiği hallerde kur riski de sözleşme riskine dahil edilmiş kabul edilmelidir. Özellikle yapım sözleşmesinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri, yatırımcıyı bizzat teşvik etmek için verildiğinden ödeme

¹⁴⁰⁵ Sayın/ Koyuncu, s. 343.

borcunun yabancı para borcu olarak belirlendiği durumlar uyarlamaya tabi olmamalıdır. Böyle bir halde kanaatimizce uyarlama talebi, saf garanti taahhütlerinin özellikle sevk ve teşvik unsuru nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu nedenle en baştan itibaren belirlenen araç sayısına ulaşılmaması, garantinin sürekli olarak devreye girmesi, bu taahhüdün döviz üzerinden verilmesi ve dövizdeki aşırı yükselmeler idareye böyle bir uyarlama hakkı veremez. Aynı şekilde, örneğin havalimanı projelerinde verilen yolcu garantisi bakımından Koronavirüs salgını nedeni ile tüm havacılık endüstrisinde uzun zamana etki edecek şekilde uçuşların durması, yolcu sayısının azalması, ekonomik dengenin bozulması da bu garanti taahhütlerinin uyarlanmasına sebep olamaz.

Yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden doğan ödemeler uyarlamaya tabi olmasa da yapım sözleşmelerinin başkaca hükümlerinde uyarlamadan bahsedilebilecektir. Ancak her halde kanaatimizce uyarlamaya esas teşkil eden olaylar sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olmalıdır. Kanaatimizce, TBK m. 32 hükmü, en geç sözleşmenin kurulduğu anda var olan geçmişteki olay ve olgulara ilişkin tasavvurları kapsamaktadır. Sözleşmenin kurulma anından sonraki olay ve olgular işlem temelini çökmesi niteliğinde ise ve şartları var ise ancak sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurur. Örnek olarak, bir enerji santralinin yapımı ve işletilmesini yüklenen yüklenici, o enerji santralinin işletilmesine de izin ve ruhsat verildiği düşüncesi ile üretilecek enerjiyi nakletmek için gerekli ekipmanları satın aldı ise, sonradan saikte bir yanılma olduğunu ve bir sene sonra izin ve ruhsat alınacağını iddia ederek bu ekipmanları hata hükümleri kapsamında iade edemez¹⁴⁰⁶. Zira bu saik hatası esaslı değildir, objektif ve sübjektif şartı da taşımamaktadır. Buna karşılık, bir enerji santralinin yapımı ve yüklenimini üstlenen yüklenici, bölgede yapacağı faaliyetlerle ilgili ruhsat almış yöre belediyesine de herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın her ay yüz bin TL bağışta bulunacağını taahhüt etmiştir. Ancak, bu santralin yirmi sene işletileceği planlanmış iken herhangi bir sebeple yüklenicinin işletici vasfı bir yıl sonra ortadan kalkmıştır. Böyle bir ihtimalde yüklenici TBK m. 32 hükmü kapsamında esaslı saik

¹⁴⁰⁶ Hatemi/Gökyayla, aynı konuda verdiği örnekte, arkadaşının doğumgününi yanlış hatırlayıp, doğumgünü pastası alan kimsenin saikte olan bu yanılma nedeni ile pastayı iade edemeyeceğini ifade etmiştir. Hatemi/Gökyayla, s. 98.

hatasına başvuramaz. Zira, değişikliğe konu olay (işletmenin sona ermesi), sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumda ancak şartları var ise, TBK m. 138 kapsamında amacın boşa çıkması nedeni ile işlem temelinin çökmesinden söz edilebilecek ve bu kapsamda uyarlamaya başvurulabilecektir.

6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan şehir hastaneleri ve sağlık tesisleri ile ilgili olarak verilen taahhütler garanti niteliğinde değil ise bir risk değerlendirmesi yapmak gerekir. Yatırımcı, sadece yatırım konusu sağlık tesisini yapacak ve bunun karşılığında kira alacak ise, daha önceden de ifade ettiğimiz üzere burada bir garanti sözleşmesi unsuru yoktur. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde kira hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak, uyarlama bakımından kanaatimizce kira hükümlerinin bu sözleşmeler bakımından aynen uygulanması mümkün değildir. Bu sözleşmelerin büyük maliyet gerektiren ve özel bir kanuna dayalı olarak belirli haklar kapsamında yerine getirilmesi ve bu hakların projenin kendisinden doğan bir kısım risklerin karşılığı olarak yatırımcıya tanınmış olması, kira bedelinin normal bir kira sözleşmesi gibi uyarlanmasına engel olmalıdır. Burada yüklenici her ne kadar kira bedeli olarak bir menfaat elde etse de aslında bunu yapının karşılığında bir menfaat olarak elde etmiştir. Kendi edimini yerine getirip, sağlık tesisini tamamladıktan sonra artık esaslı bir değişiklik olduğu gerekçesi ile iş sahibinin uyarlama talep etmesi dürüstlük kuralına aykırı olabilecektir.

Enerji santralleri ile ilgili yapım sözleşmelerinden bir kısmında verilen garanti niteliğinde olmayan, menkul satış sözleşmesi niteliğindeki taahhütlerde¹⁴⁰⁷ satış bedelinin belirli bir süreliğine sabitlenmiş olduğu görülmektedir. Kanaatimizce bu sözleşmelerde de uyarlama hükümleri bakımından sıkı bir inceleme yapılmalıdır. Her bir sözleşmenin somut özelliklerine, taraflarına, süresine ve yukarıda açıklamış olduğumuz tüm kriterlere

¹⁴⁰⁷ Uygulamada satış sözleşmesi niteliğindeki bazı gaz alım sözleşmesinde “buy or pay” (al ya da öde) şeklinde kayıtların olduğu görülmektedir. Bu sözleşmeler içerisinde yer alan belirli miktarda gaz alınacağına dair verilen taahhütlerin hukuki niteliğinin garanti mi, edim yükümlölüklerinin teyidi mi yoksa bağımsız olmayan (fer'i) teminat hükmü mü olduğu her bir sözleşmeye göre belirlenmeli, uyarlama da yapılacak bu belirlemeye göre değerlendirilmelidir.

göre uyarlamanın şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekir.

7. Taahhüt Veren Rücu Hakkı

Kefalet sözleşmesinde, borcu ödeyen kefil alacaklıya halef olur ve kanuni bir rücu hakkına sahip olur (TBK m. 596 f. 1). Buna karşılık garanti sözleşmesinde kanuni bir halefiyet ve rücu hakkı düzenlenmemiştir. Hakim görüşe göre¹⁴⁰⁸, kefaletle ilişkin halefiyet ve rücu hükümleri garanti sözleşmesi bakımından kıyasen dahi olsa uygulanamaz. Garanti veren, ödeme nedeni ile lehine garanti verdiği kimseye rücu edemez. Yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁴⁰⁹, 11.06.1969 tarihli bir YİBBGK'da garanti verenin, lehine garanti verdiği kimseye rücu edemeyeceği sonucuna varılmıştır¹⁴¹⁰.

Garanti alan için doğacak olan zarardan her zaman üçüncü bir şahsın sorumlu olması söz konusu olmaz. Gerçekten de risk gerçekleştiğinde garanti verenin riskin gerçekleşmesinden doğan ödeme veya kararlaştırılan edimi ifa sorumluluğu doğar. Bununla birlikte, riskin doğması ve zararın ortaya çıkması garanti verenin garanti sözleşmesi kapsamında sorumluluğunu doğursa da bu durum her zaman garanti veren yanında üçüncü bir şahsın da garanti verene karşı sorumluluğunun doğduğu anlamına gelmeyecektir.

O halde rücu bakımından iki tür garanti sözleşmesi ile karşı karşıya kalınabilir. Birinci halde, üçüncü bir şahsın garanti verene karşı sorumluluğu bulunmamaktadır. İkinci halde, riskin gerçekleşmesi ile birlikte garanti verenin yanında üçüncü bir şahsın da garanti verene karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Üçüncü şahısların riskin gerçekleşmesi sonucunda garanti verene karşı zarardan sorumluluğu konusunda da iki ihtimal vardır¹⁴¹¹.

Birinci ihtimal, garanti veren üçüncü kişinin edimini garanti etmemekte, ancak

¹⁴⁰⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 162, Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 854; Kahyaoğlu, s. 31; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 418

¹⁴⁰⁹ İkinci Bölüm, IV, C, 6.

¹⁴¹⁰ YİBBGK, E. 1969/4, 1969/6, 11.06.1969, RG. T. 03.10.1969, S. 13317.

¹⁴¹¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 160-161; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 871; Yavuz/Acar/ Özen, s. 1482.

üçüncü kişinin garanti verene karşı riskin gerçekleşmesinden doğan zararlar nedeniyle kanundan veya haksız fiilden kaynaklanan bir sorumluluğu vardır. Bu, her çeşit garanti sözleşmesinde söz konusu olabilir. Bu ihtimal bakımından, üçüncü şahsın kanundan kaynaklanan rücu kapsamında bir haksız fiil nedeniyle sorumluluğu doğuyor ise “Müteselsil Sorumluluk” u düzenleyen TBK m. 61 ve 62 hükümleri de dikkate alınacaktır¹⁴¹².

İkinci ihtimal, garanti veren üçüncü bir kişinin edimini garanti etmekte, üçüncü kişi de garanti verene karşı bir sözleşme kapsamında sorumlu olmaktadır. Bu, daha çok teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde görülmektedir. Banka teminat mektuplarında, bankanın bir yandan teminat mektubu verirken, diğer yandan lehine garanti verdiği üçüncü şahıstan da yine bir garanti niteliği taşıyan “kontrgaranti” aldığı görülmektedir. Kontrgaranti, riskin doğması nedeniyle garanti verenin ödemesi sonrasında, lehine garanti verilene rücu etmesini sağlayan ve lehine garanti verilenin garanti verene bu tutarları ödemeyi taahhüt ettiği bir garanti sözleşmesidir¹⁴¹³. Garanti veren, kontrgaranti ile tazmin edeceği paradan dolayı garantiyi alandan bir güvence almaktadır¹⁴¹⁴.

İkinci ihtimal ile ilgili olarak kontrgarantinin bulunmadığı durumlarda doğacak sonuçlar uygulamada tartışmalara neden olmuştur. Kefaletle ilgili kanuni halefiyete¹⁴¹⁵ dayanan rücu hakkına karşın, garanti sözleşmesi bakımından kanunda düzenlenmiş bir

¹⁴¹² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 160-161; Eski BK’da tam teselsül – eksik teselsül olarak düzenlenen BK 51-52 maddelerinin yerini TBK’da dış ilişki-iç ilişki ayrımı ile TBK m. 61-62 almıştır. TBK ile aynı zarar nedeni ile farklı hukuki sebeplerle sorumlu bulunanlar da TBK m. 61 hükmüne göre müteselsil sorumlu kabul edilmiştir. Aynı zamanda, hangi sebeple olursa olsun mağdura ödeme yaptıktan sonra rücu için bütün koşullar, kusur ve tehlikeye neden olma unsurlarının tamamı göze alınarak belirlenecektir. Böylece, önceki BK dan farklı olarak ödeme sonrası rücu bakımından fark gözetilmemiş, BK 51, f. 2’deki iç ilişkideki sorumluluk sırası kaldırılmış ve TBK m. 61 f. 1 kapsamında tamamen hakimnin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca TBK m. 62 f. 2 ile rücu hakkı sahibinin alacaklı mağdura halef olacağı açıkça belirtilmiştir. Bkz. Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 298.

¹⁴¹³ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 357 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 872; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1482; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 419; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, s. 518; Barlas, s. 40; Tekinalp, s. 530 vd.

¹⁴¹⁴ Kontrgaranti çoğu zaman bir garanti taahhüdü niteliğinde olsa da kefalet sözleşmesi olarak verilmesi de mümkündür. Bkz. Tekinalp, s. 530.

¹⁴¹⁵ TBK m. 596 f. 1: “Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir.”

halefiyet ve rücu imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle garanti verenin garanti alana başvurulabilmesi için garanti verenin ödediği tutar nedeni ile garanti alan bir şekilde bundan sorumlu tutulacak bir hukuki durum içerisinde olmalıdır¹⁴¹⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁴¹⁷ rücu konusu özellikle garanti sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilen teminat mektupları bakımından uzun süre uygulamada tartışılmış neticede 11.06.1969 tarihli YİBK’da garanti verenin lehine garanti verdiği kimseye rücu edemeyeceğine karar verilmiştir¹⁴¹⁸. İçtihadı Birleştirme Kararı’nda; “...Garanti edilen 3. şahsın fiili bazı hallerde 3. şahsın sorumluluğu altında bulunur. Bazen de 3. şahsa doğrudan doğruya bir sorumluluk yükletilmesi mümkün değildir. **Örneğin; senelik muayyen bir kazancın garantisinde doğrudan doğruya 3. şahsın mükellefiyetinden söz edilemez ve bu halde rücu söz konusu değildir.** Hadisede ise 3. şahıs mevkiinde olan muvakkat ithalatçı gümrük vergisinin mükellefi olarak şahsen vergiden sorumludur. Onun mükellefiyeti altında olan bir borç garanti veren banka tarafından ödenmiştir. Bu suretle 3. şahıs kanundan doğma vergi borcundan kurtulmuş durumdadır...gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibariyle BK m. 110 da sözü edilen 3. Şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktı olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3. şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu istemeyeceğine...” karar verilmiştir.

Bu karar doktrinde eleştirilmiş garanti verenin vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya müteselsil sorumluluk hükümlerine dayanarak lehtara rücu edebilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴¹⁹. Reisoğlu’na göre¹⁴²⁰; YİBK yanlış olmakla birlikte, garanti veren kendi borcunu ödediğinden vekaletsiz iş görme ile ilgili hükümlerin rücu hakkı

¹⁴¹⁶ Bu duruma örnek olarak verilen bir olayda, teminat mektubunu lehtar bankadan bizzat kendisi alıp, muhataba vermiştir. Bu olayda Yargıtay, banka ile lehtar arasında bir kontrgaranti sözleşmesi kurulduğunu kabul etmiştir (Yarg. 11. HD, K. 2012/2453). Bkz. Tekinalp, s. 529.

¹⁴¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 6.

¹⁴¹⁸ YİBGK, E. 1969/4, 1969/6, 11.06.1969, RG. T. 03.10.1969, S. 13317.

¹⁴¹⁹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 819; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1483; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 421.

¹⁴²⁰ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 363; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 165.

bakımından uygulanması söz konusu olamaz. Tandoğan'a göre¹⁴²¹ ise, bu YİBK sadece çözümlediği somut olaya ilişkin olduğu düşünülmeli tüm teminat mektuplarını bu kapsamda değerlendirmemelidir. Tandoğan'a göre, kefalete ilişkin rücu ile sigortaya ilişkin rücu hükümlerinin burada uygulanamayacağına ilişkin kararda yapılan değerlendirmeler doğrudur. Ancak, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya mülga BK m. 51(TBK 61-62) hükümlerine dayalı rücu hakkının savunulması mümkündür¹⁴²². Bir başka görüşe göre¹⁴²³ ise, Yargıtay'ın vermiş olduğu karar doğru olup, garanti sözleşmeleri bakımından rücu için ayrıca bir kontrgaranti sözleşmesi bulunmadığı takdirde asıl borçluya rücu edilemez¹⁴²⁴.

Saf garanti taahhütlerinde ise genel olarak üçüncü kişilerin doğrudan doğruya bir yükümlülük üstlendiklerine rastlanmaz. Örneğin, bir sergiyi yüz bin kişinin ziyaret edeceği garanti edildi ise ancak elli bin kişi ziyaret etti ise garanti veren bakımından bir rücu hakkı doğmayacaktır¹⁴²⁵. Bu husus yukarıda yer verdiğimiz YİBK'da da aynı şekilde ifade edilmiş, yıllık belirli bir kazancın garantisinde doğrudan doğruya 3. şahsın yükümlülüğünden söz edilemeyeceği ve bu halde rücunun söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Rücu bakımından önemli olan garanti edilen sonuçta sadece üçüncü şahısların edimlerinin rolü olması değil, garanti alana karşı bu edimleri yapmakla yükümlü olmalarıdır¹⁴²⁶. Ancak bazı hallerde üçüncü kişilerin eylemleri garanti konusu riski etkileyebilir ve garanti vereni zarara uğratabilir. Örneğin, yolcu taahhüdü verilmiş bir havalimanı ile haksız bir şekilde rekabete giren bir başka havalimanını işleten şirket,

¹⁴²¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 874; Aynı görüşte: Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1482-1483.

¹⁴²² Aynı görüşte: Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1483; Gümtüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, s. 518. Sadece gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı rücu talebi olabileceği görüşünde: Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 156; Sadece vekaletsiz iş görmeye dayalı rücu talebi olabileceği görüşünde: Kayak, s. 265; Garanti verenin kendi borcunu ödemesi nedeni ile sebepsiz zenginleşme olamayacağı, hemen her halde banka müşterisinin talimatı ve işgörme unsuru mevcut olduğundan vekalet hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiği yönünde: Tekinalp, s. 531.

¹⁴²³ Kahraman, s. 132; Kontrgaranti yoksa bankanın rücu edemeyeceği, ödeme talebinin haksız olduğu sonradan anlaşıldığında bankanın "borç olmayan şeyin tediyesi" (condictio indebiti) esasına dayanarak sebepsiz zenginleşme ile ödediği tutarı muhataptan geri isteyebileceği yönünde: Barlas, s. 43.

¹⁴²⁴ Bu rücu imkanlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 161; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 361 vd.; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 875 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 421 vd.

¹⁴²⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 160.

¹⁴²⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 872.

yolcu sayısını kasten düşürecek eylemlerde bulundu ise, garanti veren üçüncü kişi konumundaki şirkete rücu edebilecek midir? Böyle bir durumda, haksız rekabet teşkil eden eylemin muhatabı garanti veren idare değildir. Garanti veren ile üçüncü kişi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamakta olup, garanti veren herhangi bir üçüncü kişinin edimini de garanti etmemektedir. Öncelikle, üçüncü kişi konumunda olan şirketin garanti alana karşı riskin gerçekleşmesinden doğan zararlar nedeniyle haksız fiilden veya kanundan kaynaklanan bir sorumluluğu olup olmadığına bakılmalıdır. Bu ihtimal bakımından, sorumluluk doğuyor ise “Müteselsil Sorumluluk” u düzenleyen TBK m. 61 ve 62 hükümleri dikkate alınacaktır. Üçüncü şahıs olan şirketin havalimanının yolcu sayısını düşürmek için kasten yaptığı eylemler nedeni ile garanti alana karşı haksız fiilden ve kanundan doğan bir sorumluluğu olacaktır. Buna göre, üçüncü şahsın kasten yolcu sayısını engellemesi ile, bir eylem sonucunda iki farklı sorumluluk ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce bu durum, TBK m. 61 de düzenlenen “aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olma” halini oluşturabilir. Garanti veren, garanti sözleşmesi kapsamında sorumlu olacak iken, üçüncü şahıs haksız fiil ve kanunun diğer düzenlemeleri (haksız rekabet vb.) kapsamında sorumlu olacaktır. TBK m. 61, BK m. 51 f. 2’nin aksine ödeme yapıldıktan sonra, sorumluluk sebeplerine göre rücu sırası ile ilgili bir fark gözetmemiştir. TBK m. 62 f. 1’de ise, rücunun hangi oranda olacağı; bütün durum ve koşullar, kusur ve tehlikenin yoğunluğuna göre tamamen hakimin takdirine bırakılmıştır. TBK m. 62 f. 2, kendi payından daha fazla ödeme yapanın diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip olacağını ve zarar görenin haklarına halef olacağını düzenlemiştir¹⁴²⁷. TBK m. 61 ve m. 62’nin anılan düzenlemeleri dikkate alındığında, kanaatimizce garanti veren idarenin bu hükümler kapsamında, kasten zarara neden olan üçüncü şahıslara karşı rücu hakkının bulunduğu kabul edilmelidir¹⁴²⁸.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden garanti niteliğinde olanların saf garanti taahhüdü niteliğinde oldukları daha önceden ifade

¹⁴²⁷ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, s. 298; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 842; Hatemi/ Gökyayla, s. 190; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, s. 541 vd.

¹⁴²⁸ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 161.

edilmiş idi. Bu taahhütlere baktığımızda yol, köprü, tünel projelerinde verilen araç geçiş garantilerinde de havalimanı projelerinde verilen yolcu garantilerinde de, ne belirli bir üçüncü şahsın varlığından ne de bu üçüncü şahısların garanti alan yükleniciye karşı bir edim yükümlülüğü içerisine girdiğinden bahsetmeye imkan bulunmamaktadır. Gerçekten de risk gerçekleşikten sonra iş sahibi olan idarenin yükleniciyi gerçekleştirmeyen araç geçişi için açıkta kalan tutarı garanti kapsamında ödemesi sonucunda yoldan geçmeyen sürücülere rücu etmesi düşünülemez. Yine havalimanı projelerinde verilen yolcu garantilerinde, belirlenen yolcu sayısına ulaşamaması nedeni ile iş sahibi idarenin belirli bir kimseye rücu etmesi olanağı yoktur.

Bununla birlikte, bu garantiler bakımından dahi sözleşme ile bir yükümlülük ve rücu ilişkisi kurulması mümkündür. Örneğin, idare bir yandan yükleniciye belirli sayıdaki aracın otoyoldan geçişi için garanti vermiş, diğer yandan da idarenin yaptığı bu yoldan çok fayda sağlayacak olan büyük bir taşıma filosuna sahip bir taşıma şirketi de bu otoyolun yapılması ve işletmeye açılması halinde her ay belirli sayıda araçlarının buradan geçeceğini aksi halde geçmeyen araçlar için eksik kalan tutarların bedellerinin ödeneceğini garanti eder ise, bu sözleşme geçerli olacaktır.

Aynı şekilde, bu taahhütler ile yapılmış bir havalimanında iş sahibi idare, bir havayolu şirketine sözleşme ve kanunun izin verdiği ölçüde bazı ayrıcalıklar tanımak sureti ile ondan belirli bir yolcu sayısına ulaşması konusunda garanti alabilir.

Enerji santralleri için verilen garantilerden proje şirketinin üreteceği elektriğin belirli bir miktar üzerinden belirli bir süre boyunca satın alınacağını bir başka şirket tarafından garanti edilmesi halinde ise, garanti veren şirketin enerjiyi satın alacak şirkete karşı rücu etmesi gündeme gelecektir. Böyle bir halde rücu ilişkisini düzenleyen bir sözleşme hükmü bulunmaması halinde yukarıda yer verdiğimiz görüşler gündeme gelecektir.

Kanaatimizce de böyle bir halde vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya TBK m. 61 ve m. 62 hükümlerine dayalı rücu hakkı söz konusu olabilecektir. Ancak, burada rücu için enerjiyi satın alması gerekenin garantiyi verene karşı yükümlülüğünün

bulunması önemli olacaktır. Yükümlülüğü yok ise rücu da olmayacaktır.

Garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından rücu ile ilgili de bir sorun doğmaz. Zira, bu taahhütler taraflar arasındaki sözleşmenin ifası mahiyetinde olup, taraflar kendilerine ait edimi ifa etmektedir. Örneğin 6428 sayılı Kanuna göre yapılmış bir sağlık tesisinde (şehir hastanesinde) garanti yok ise, yüklenici kiraya veren olmuş, iş sahibi idare ise kiracı durumunda ise iş sahibi her halükarda bu tesisin kira bedelini ödeyecektir. Ödediği kira bedeli tesisin yapılması ve kendisinin kullanımının bir karşılığı olup, bu bedel nedeni ile bir başkasına rücu etmesinden de bahsedilemeyecektir.

Ancak bu örnek bakımından bir an için sağlık tesisinin kiraya verilmesi ile ilgili idare tarafından yükleniciye bu kira sözleşmesinin belirli bir süre olacağı, kira bedelinin de belirli bir miktarın altında olmayacağı hususunda taahhüt verildiğini farz edelim. Böyle bir taahhüt sözleşme içerisinde yer alan bağlantılı bir saf garanti taahhüdü müdür, yoksa bağımsız olmayan bir teminat hükmü niteliğinde midir?

Yukarıda garanti sözleşmeleri ile bağımsız olmayan teminat hükmü arasındaki farkları incelerken değindiğimiz üzere¹⁴²⁹; bağımsız olmayan teminat hükümleri de sözleşme yapmaya teşvik etmek için verilmektedir. Bu örneğe Stammler'ın kıstasını uyguladığımızda, belirli bir süre kiracı olunacağı ve belirli bir kira bedeli alınması taahhüdü kiracı tarafından değil de üçüncü şahıs tarafından verilse idi, bu taahhüdü vermiş olan idarede kiracı olarak böyle bir sorumluluk bulunmayacaktı. Zira, kiracı olan iş sahibi idare, sözleşme süresi olarak çok uzun bir tarih kararlaştırılsa dahi TBK hükümlerine göre sözleşmeyi önceden feshedebilecek¹⁴³⁰ ya da kiracı olarak kullanımı etkileyen ayıp nedeni ile kira bedelinin indirilmesini TBK m. 307 uyarınca talep edebilecek, kiracının sahip olacağı hak ve yetkileri kullanacak idi. İşte tam da bu noktada, kiracı için hal böyle iken üçüncü şahıs bunu taahhüt etse idi, üçüncü şahıs erken tahliye

¹⁴²⁹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, E, 4.

¹⁴³⁰ Örneğin TBK m. 331'de "Olağanüstü Fesih" hallerinden "Önemli Sebepler" düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren sebepler var ise madde kapsamında sözleşmeyi feshedebilecektir. Ancak, maddenin uygulaması 6217 sayılı kanun Geçici 2. Madde ile 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süre ile uygulanmayacaktır.

nedeni ile veya bedelin indirilmesi nedeni ile garanti kapsamında sorumlu olacak idi. O halde böyle bir ihtimalde Stammler'ın kıstasından yola çıkıldığında kiracı olan idare, bağımsız olmayan bir teminat hükmü değil, sözleşme ile bağlantılı bir garanti taahhüdü vermiş olacaktır. Bununla birlikte daha önceden de belirttiğimiz gibi Stammler'ın kıstası her zaman güvenilir sonuçlar vermemektedir.

Böyle bir ihtimalde, sözleşmenin belirli bir süre olacağı taahhüdünü tek başına ele aldığımızda, sözleşmenin süresini belirleyen bir sözleşme şartı olarak değerlendirmek gerekir. Bununla birlikte, kira bedelinin belirli bu süre boyunca belirli bir miktarın altında olmayacağı bağımsız bir şekilde taahhüt ediliyor ise artık burada bir garanti taahhüdünden bahsetmek gerekir. Böyle bir halde teminat altına alınan riskler, malın özellikleri ve sözleşmenin kendisinden çok taahhüt edenin kontrol edemeyeceği nitelikte dış etkenlerle ilgilidir. Riziko, doğrudan elde edilecek gelirle ilgili olmaktadır.

Bu ihtimalde, kiracı olan iş sahibi idarenin bu garanti taahhüdünü vermesinin kiracı aleyhine düzenleme yasağı ilkesi (TBK m. 346¹⁴³¹) kapsamında hükmü ne olacaktır? 6428 sayılı Kanunda açıkça kira sözleşmesi ve kira bedelinden bahsedilmese de kullanım bedeli, “*Bedelin bir unsuru olup tesislerin kullanımı karşılığında dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedeli*” ifade ettiği aynı kanunun m. 2 b. j’de tanımlanmıştır.

6428 sayılı kanun m. 4, b. 9’da: “*Bu kapsamdaki sözleşme değişikliklerinde, sözleşme bedelinin artırılmaması kaydıyla kullanım bedeli veya hizmet bedeli artırılmak veya azaltılmak suretiyle değiştirilebilir.*” Hükmü 26.02.2014 tarihinde 6527 sayılı kanun ile getirilmiştir. Ancak burada bir yandan sözleşme bedelinin artırılmamasının şart koşulması, diğer yanda kullanım bedelinin veya hizmet bedelinin arttırılmak sureti ile değiştirilebileceğinin ifade edilmesi de uygulamada tereddütlere neden olmuştur.

Bu tereddütler nedeniyle 7186 sayılı kanun m. 28 ile 17.07.2019 tarihinde 6428

¹⁴³¹ TBK m. 346’ya göre; “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.*”.

sayılı kanun m. 2, b. p “Sözleşme bedeli: Sözleşme kapsamında işletme dönemi boyunca yükleniciye ödenecek kullanım bedeli ile mecburi hizmet bedelinin yönetmelik çerçevesinde hesaplanan net bugünkü değerleri üzerinden elde edilen toplamını” ifade ettiğine dair hüküm eklenmiştir. Netice olarak 6428 sayılı kanunda açıkça bir kira sözleşmesi ve kira bedelinden bahsedilmeyip, bir kullanım ve kullanım bedelinden bahsedilse de m. 1, m. 2 b. ö, m. 4 hükümlerine göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar m. 2, b. ö’de kullanıma ilişkin bir hususa sözleşme tanımı içerisinde yer verilmese de, sonradan eklenen m. 2, b. p’de kullanım bedeline yer verilmesi ve m. 1’den kullanıma ilişkin sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Kullanım bedeli ile ilgili kısım özel hükümlere tabi olduğundan tarafların sözleşmeyi ne şekilde isimlendirdiklerine bakılmaksızın¹⁴³² TBK m. 19 kapsamında sözleşmenin hükümleri nedeniyle yapılan sözleşme kira sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir¹⁴³³.

Bununla birlikte kanaatimizce TBK m. 346 (kiracı aleyhine düzenleme yasağı) hükmünü bu sözleşmeler için doğrudan uygulayarak örnek verdiğimiz ihtimal bakımından garantiyi geçersiz saymaya imkan bulunmamaktadır. Zira bu hükmün getirilme gayesi kiracıyı korumak olup, 6428 sayılı Kanun bakımından ise kiracı gibi gözüken kullanım bedeli ödeyen aslında işin sahibi olan ve sürenin sonunda tesisi devralacak idaredir. Kullanım ve kullanım bedelinden bahsedilse dahi burada tam

¹⁴³² Bir Yargıtay kararında: “04.06.1958 gün ve 15/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince; davada maddi olayları açıklama taraflara; ileri sürülen olayları hukuken nitелеmek ve uygulanacak kanun hükmünü tespit etmek hâkime ait görevdir. Bu nedenle, hâkim, bildirilen maddi olaylarla belirlenen dava kapsamıyla sınırlı ve bağlı kalacak, eğer ileri sürülen olgular belirsiz ya da çelişkili ise, ilgisinden ek bilgi almak suretiyle açıklığa kavuşturacak, uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükümlerini bulacaktır. Bir davada, birden çok hukuki sebebin bir arada incelenebilmesi bu nedenlerden birinin, diğerinin incelenmesine imkân verecek nitelikte olmasına bağlıdır (Hukuk Genel Kurulunun 09.01.1974 Tarih ve 1972/2-584-12 Sayılı kararı). 6098 Sayılı Kanun’un 19 ve 6100 Sayılı HMK’ un 33. maddeleri uyarınca hâkim tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Hâkim, aradaki hukuki ilişkiyi yorumlar, sözleşmenin türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Uyuşmazlığa uygulanacak kuralı doğrudan uygular.” Yargıtay 14. H.D., T. 17.9.2018, E. 2016/655, K.2018/5704 K.; Bir başka Yargıtay Kararında: “Taraflar arasındaki sözleşme, "ortaklık sözleşmesi" olarak adlandırılmıştır. Sözleşmenin taraflarca farklı şekilde isimlendirilmesi sonucu değiştirmez. Önemli olan, sözleşmede düzenlenen hükümler dikkate alınarak, kanun hükümleri doğrultusunda sözleşmenin ne şekilde nitelendirilebileceği hususudur.” Yargıtay HGK, E. 2017/6-983, K. 2019/543, T. 9.5.2019 aynı doğrultudadır. (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.04.2020).

¹⁴³³ Acar, *Kira Hukuku Şerhi*, s. 38.

anlamıyla bir kira sözleşmesinin varlığından da bahsedilemez. Zira bu bedeller kanun kapsamında ve projenin finansmanını gerçekleştirecek model kapsamında ödenmektedir. Bir diğer ifade ile kanunun sözleşme bedelini tanımlayan m. 2, b. p'den de anlaşılacağı üzere, yüklenici bu sağlık tesisini yapma ediminin karşılığında sözleşme bedeli olarak “kullanım bedeli ve mecburi hizmet bedeli” elde etmektedir. Bu kapsamda garanti taahhüdü niteliğinde kiracı idarenin taahhüt vermesi halinde bu taahhütlerin geçerli olduğu kanaatindeyiz. Böyle bir ihtimalde de garantiye ilişkin riskin gerçekleşmesi nedeni ile bir üçüncü şahsa rücu etme ihtimali ve imkanından bahsedilemeyecektir. Zira üçüncü bir şahsın garanti alana karşı bu edimleri yapmakla ilgili bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

B. Taahhüt Nedeni İle Ödeme Dışında Sorumluluk Olup Olmadığı

Yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri veren idareler, aynı zamanda iş sahibi olduklarından birçok yükümlülük ve sorumlulukları söz konusu olabilir. Ancak burada inceleme konumuz olan iş sahibinin taahhüt nedeni ile ödeme borcuna ilave bir sorumluluğunun olup olmadığı hususudur. Örneğin, idarenin bir kusuru ile risk gerçekleşti ve garanti niteliğindeki teminatlar devreye girdi ise bazı hallerde aynı zamanda manevi tazminat da talep edilebilir mi? Yine aynı şekilde, idarenin kusuru ile risk gerçekleştiği durumda, örneğin, bir otoyolda eksik kalan araç geçiş ücretini idare ödemiş olsa dahi, idarenin kusuru bulunmasaydı bu araçların her birinin bu otoyoldan geçeceği ve benzin istasyonları ile hizmet tesislerini kullanacağı bunun karşılığının da belirli bir kar kaybı tutarında zararın tazmini talep edilebilir mi?

Garanti sözleşmesi bakımından manevi zararın oluşabileceği ve manevi tazminat istenebileceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁴³⁴. Bununla birlikte kanaatimizce, manevi tazminat istenebilip istenememesi garanti sözleşmesi ile ilgili bir durum olmayıp, TMK veya TBK kapsamında şartların oluşması ile ilgilidir. Bir diğer ifade ile herkes gibi garanti alan da TMK m. 25 ve TBK m. 58 kapsamında kişiliğin korunması ve zedelenmesi

¹⁴³⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 153; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 855-856.

kapsamında olmak üzere veya TBK m. 56 kapsamında bedensel bütünlüğün bozulması nedeni ile manevi tazminat isteyebilir. Yine TTK m. 56, b. e uyarınca haksız rekabet nedeniyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşan garanti alan, TBK m. 58'deki şartların bulunması halinde manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Yüklenici, tüzel kişi olsa da gerek doktrin gerekse uygulamada tüzel kişinin manevi tazminat talep edebileceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁴³⁵.

Örneğin iş sahibi, havalimanı ihalesini verdikten sonra ve yükleniciye havalimanını yaptırdıktan sonra onunla rekabet edecek şekilde aynı şehirdeki bir başka havalimanında da haksız rekabet niteliğinde faaliyetlerde bulunuyor ise bu eylemler TTK m. 56 b. e yollaması ile TBK m. 58 kapsamında kişilik hakkının zedelenmesine ve zarar görmesine sebep oluyor ise manevi tazminat talep edilebilecektir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin garanti niteliğinde olanlarda riskin gerçekleşmesi ile doğacak zarar tutarı ve ödenecek tazminat tutarı sözleşmenin kurulduğu anda belirlenmiştir. Zarar ve ziyanın önceden belirlendiği bu durumlarda garanti alanın zararını ispat yükünden kurtulduğu, buna karşılık garanti verenin de sorumluluğunu bu meblağ ile sınırlandırdığı ifade edilmiştir¹⁴³⁶.

Bununla birlikte Reisoğlu'na göre¹⁴³⁷, garanti verenin sorumluluğu uğranılan gerçek zararın ödenmesi ile sınırlı olup, böyle bir durumda sadece ispat yükü yer değiştirmektedir. Başka bir görüşe göre¹⁴³⁸ ise, garanti sözleşmesi garanti alana zarardan bağımsız bir talep hakkı sağlamakta olup, götürü bedel belirlendi ise artık garanti verenin yükümlülüğünün kapsamı da sadece bu tutar olup, uğranılan zarar miktarının da hiçbir

¹⁴³⁵ Ferit Hakkı Saymen, Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?, İÜHFİM, Y. 1940, C. 6, S. 1, s. 142; O. Gökhan Antalya, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", **MÜHF-HAD**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 1. Cilt Özel Sayı, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 231; Fulya Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s. 61.

¹⁴³⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 152-153.

¹⁴³⁷ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 153, dn. 7.

¹⁴³⁸ Kahraman, s. 182.

önemi bulunmamaktadır¹⁴³⁹.

Kanaatimizce de ikinci görüşü kabul etmek gerekir. Garanti verenin önceden belirlenmiş olan söz konusu tutarı isteyebilmesi için zarara uğraması dahi gerekmemekte ve yalnızca riskin gerçekleşmesi yeterli olmaktadır. Bu bakımdan garanti taahhüdünün zarardan bağımsız bir talep hakkı doğurduğunu kabulde zaruret bulunmaktadır. Bu nedenle garanti sözleşmesinde götürü bedel belirlenmesi halinde artık garanti verenin yükümlülüğünün kapsamını gerçek zarar miktarı az olsa da tarafların belirlediği götürü miktarda kabul etmek, gerçek zarar miktarı çok da olsa, tarafların önceden belirlediği götürü miktarla sınırlı kabul etmek gerekmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce, tazminatın götürü bir bedel olarak belirlendiği taahhütler bakımından idarenin kusuru ile risk gerçekleştiği durumda, sözleşmede aksine bir hüküm yok ise, örneğin bir otoyolda eksik kalan araç geçiş ücretini tarafların önceden belirlediği götürü bedel üzerinden idare ödemiş olsa dahi, idarenin kusuru bulunmasaydı bu araçların her birinin bu otoyoldan geçeceği ve benzin istasyonları ile hizmet tesislerini kullanacağı bunun karşılığının da belirli bir kar kaybı tutarında zararın oluştuğu ve bu zararın tazmini talep edilemeyecektir.

¹⁴³⁹ Bu miktardan cezai şartta olduğu gibi indirim de yapılamaz. Kahraman, s. 187.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ASGARİ EKONOMİK MENFAAT TAAHHÜTLERİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden garanti niteliğinde olmayan taahhütlerin sona ermesi, içerisinde yer aldıkları sözleşme hükümlerine ve borcun sona ermesini düzenleyen TBK m. 131 vd. hükümlerine göre belirlenecektir.

Bununla birlikte saf garanti taahhüdü niteliğindeki taahhütler bakımından asıl ilişkiden doğan borçlar ile garanti taahhüdünden doğan borçların sona erme bakımından da ilişkisini incelemek gerekmektedir. Garanti sözleşmeleri bakımından da bünyesine uygun düştüğü ölçüde TBK m. 131 vd. yer alan borçların sona ermesi hükümleri uygulanmalıdır¹⁴⁴⁰.

Riskin gerçekleşmesi ile birlikte garanti nedeniyle ödeme borcu da doğmakta ve muaccel olmaktadır. Bunun neticesinde muaccel olan bu borcun garanti veren bakımından ödenerek ifa edilmesi neticesinde ifa nedeniyle garanti borcu sona ermiş olacaktır¹⁴⁴¹. Aynı sözleşmede garanti dönemsel edimli bir borç ilişkisine bağlı tutuldu ise her bir dönem içerisinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacak, riskin gerçekleşmemesi halinde zaten ödeme borcu doğmayacak, riskin gerçekleşip bundan doğan tutarların ödenmesi halinde ise ödeme nedeni ile o döneme ilişkin garanti borcu sona erecektir. Uygulamada asgari ekonomik menfaatlerin bulunduğu yapım sözleşmelerinde de aylık veya yıllık dönemler (periyotlar) belirlendiği, bu dönemler (periyotlar) içerisinde ve her bir dönem (periyot) için belirlenen ve taahhüt edilen sayıya ulaşıp ulaşılmadığının hesap edildiği görülmektedir. Buna göre, her bir dönem için risk

¹⁴⁴⁰ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 169; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 880; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1483.

¹⁴⁴¹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 169; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 882; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 441.

gerçekleşmeden dönemin bitmesi (o dönem için taahhüt edilen sayıya ulaşılması) ile birlikte garanti nedeni ile ödeme borcu da doğmayacaktır. Bir dönemde o dönem için taahhüt edilen sayıya ulaşılmaması ile birlikte risk doğmuş olacak, daha sonra garantiden doğan ödeme borcu tutarının ödenmesi ile birlikte ifa nedeniyle o dönem için ödeme borcu sona erecektir. Garanti verenin kısmi bir ödeme yapması halinde sadece ödeme yaptığı oranda borcundan kurtulacaktır¹⁴⁴².

Bir görüş¹⁴⁴³, asıl alacaklının alacaklı temerrüdünde olması halinde garanti verenin asıl borçlu ile birlikte borcundan kurtulacağını ifade etmiştir. Bu konu özellikle kefalet benzeri garantiler ve üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde garantiler bakımından önemlidir. Örneğin, asıl borcun alacaklısı haklı bir sebep olmaksızın ifayı reddediyor veya gerekli hazırlık hareketlerini yerine getirmiyor ise bu sorun ortaya çıkacaktır¹⁴⁴⁴. Bir teminat mektubunda da garanti alan (muhatap), fiili taahhüt edilen (lehtar) borcunu ifa etmek istemesine rağmen bunu kabul etmiyor ise benzer bir sorun ortaya çıkacaktır. Yukarıda yer verdiğimiz görüşe rağmen bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre¹⁴⁴⁵, garanti verenin alacaklının temerrüdü ile birlikte kendiliğinden borçtan kurtulduğunu söylemeye imkan yoktur. Her şeyden önce alacaklının temerrüdü sonucunda borçlu borcundan kurtulmamaktadır. Bunun için alacaklının temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanmalıdır. Bununla birlikte kefalet benzeri garantilere karşın, yapım sözleşmesindeki saf garanti niteliğindeki taahhütler bakımından böyle bir ihtimalin gerçekleşmesine olanak bulunmamaktadır. Zira, bu taahhütlerin dayanağında üçüncü kişilerle var olan bir temel ilişki olmadığından bundan kaynaklanacak bir alacaklı temerrüdünden de bahsedilemez.

İfa dışında, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi de garanti verenin sorumluluğunu sona erdirecektir¹⁴⁴⁶. Bir alacağın ibra ile sona ermesi, TBK m. 131 f. 1

¹⁴⁴² Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 442.

¹⁴⁴³ Arık, s. 57.

¹⁴⁴⁴ “Örnek olarak, eğer asıl sözleşmede borçlunun (lehtarın) alacaklı (muhatap) tarafından bir akreditif açılması üzerine malları teslim edeceği öngörülmüş ise, muhatap garanti verene akreditif açmadan başvuramaz.” Sabih Arkan, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 16, S. 4, 1992, s. 81.

¹⁴⁴⁵ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 438.

¹⁴⁴⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 169; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 880; Develioğlu,

kapsamında, bu alacağı güvence altına alan ipotek, kefalet gibi teminatları da kendiliğinden sona erdirir¹⁴⁴⁷. Buna karşın, garanti niteliğindeki taahhütler, kefaletin aksine fer'i olmadığından bir yapım sözleşmesi içerisinde yer alan başka bir alacağın ibra edilmesi, kendiliğinden garanti konusu ödeme borcundan da ibra edilmiş sayılma sonucunu doğurmaz. Bu sonuç, garanti taahhütlerinin bağımsız olmasının bir sonucudur¹⁴⁴⁸.

Garanti verenin garanti alandan olan başka bir alacağı için takas beyanında bulunması da garanti verenin yükümlülüğünü ve söz konusu borcu sona erdirecektir¹⁴⁴⁹. Takasın şartlarından olan karşılıklılık şartı, kefalet benzeri garantiler bakımından üçlü ilişkiye göre tayin edilir. Bir başka ifade ile, borçlu-alacaklı arasında esas sözleşme, garanti veren ile borçlu arasındaki ilişki ve garanti veren ile borçlu arasındaki ilişki olmak üzere üç ilişkiden oluşan kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde, karşılıklılık ilişkisi kural olarak her bir ilişki içerisindeki taraflar arasında gerçekleşir¹⁴⁵⁰.

Saf garanti taahhütleri bakımından ise genel olarak böyle bir üçlü ilişki bulunmamakta olup, garanti veren ve garanti alan arasında ikili bir ilişki bulunmaktadır. Karşılıklılık bu ilişkiye göre belirlenecektir.

Garanti verenin alacaklıdan olan bir alacağı ile garanti sözleşmesinden doğan borcunu takas edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş¹⁴⁵¹, garanti sözleşmesinin niteliği gereği böyle bir halde takasın mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre¹⁴⁵², garanti verenle alacaklı arasında takas yapılması mümkün olmalıdır. Bu görüşe göre, takasın böyle bir durumda yasak

Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 442. İbra konusunda bkz. Mustafa Alper Gümü, **Türk İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 7.

¹⁴⁴⁷ Gümü, *Türk İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, s. 255.

¹⁴⁴⁸ Yargıtay'ın karar düzeltme aşamasında dahi ibranamenin dosyaya sunulabileceğini kabul ettiği hakkında bkz. Gümü, *Türk İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, s. 285.

¹⁴⁴⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 169; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 880; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 442. Takas konusunda bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, **Takas**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 5 vd.

¹⁴⁵⁰ Develioğlu, *Takas*, s. 109.

¹⁴⁵¹ Dohm, s. 119; Lombardini, s. 605 (Aktaran: Develioğlu, *Takas*, s. 174).

¹⁴⁵² Spaini, s. 131 vd. (Aktaran: Develioğlu, *Takas*, s. 175); Develioğlu, *Takas*, s. 175.

olduğunu kabul etmek hayatın olağan akışına uygun değildir. Aksinin kabulü, bütün garanti sözleşmelerinde alacaklının ifaya olan menfaatinin farklı olması karşısında doğru olmayacaktır.

Buna göre kanaatimizce, sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, yapım sözleşmeleri bakımından idarenin yükleniciden başka alacağı olması halinde, idare garanti ödemesinden doğan borcu için takas hakkını kullanabilmelidir. Yapım sözleşmesindeki saf garanti taahhüdü niteliğindeki taahhütlerde bu durum her bir dönem için doğacak borç için gerçekleşecektir. Örneğin, Aralık ayı için öngörülen sayıya ulaşılabilmesi nedeni ile risk gerçekleşmiş ve garanti nedeniyle ödeme borcu da doğdu ise, garanti veren iş sahibi idarenin yükleniciden bir başka alacağı olması halinde takas beyanında bulunması ile o Aralık ayı için garanti borcu da sona erecek, sonraki dönem için riskin gerçekleşip gerçekleşmemesine göre yeni bir ödeme borcu doğacaktır.

Borcun yenilenmesi ve garanti veren ile alacaklı sıfatlarının birleşmesi halinde de garanti borcunun sona ereceğini kabul etmek gerekir¹⁴⁵³.

II. SÜRENİN GEÇMESİ

A. Taahhütlerin Süresi

Yapım sözleşmelerinde yer alan garanti niteliğindeki taahhütler ile garanti niteliğinde olmayan taahhütler ayrı ayrı incelenmelidir. Garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından sözleşmede sözleşmenin süresi dışında taahhüdün süresi ayrıca kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda taahhüt belirlenen sürede son bulur. Böyle bir düzenleme olmadığı takdirde, aksine bir düzenleme de yok ise taahhütler, yapım sözleşmesinin sona ermesi ile bitecektir.

Garanti niteliğindeki taahhütler bakımından ise, garanti belirli bir süre için verilip de bu süre risk gerçekleşmeden sona erer ise garanti verenin garanti yükümlülüğü

¹⁴⁵³ Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 442.

sona erecektir¹⁴⁵⁴.

Garanti sözleşmesinde süre kararlaştırılmadı ise kefalet benzeri garantiler ile saf garantiler bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır.

Saf garanti taahhütleri bakımından garanti veren istenen davranışa sevk etmek amacı ile garanti alana taahhüt vermiş, ancak bu taahhüdü belirli bir süre ile sınırlandırmamış ise ne olacaktır? Örneğin, bir fabrikanın belirli bir yerde açılması, aylık asgari belirli bir miktarda kar edileceği garanti edilmiş, ancak taahhüt belirli bir süre ile sınırlandırılmamış, garanti taahhüdünü alan fabrikayı açmamış, aradan aylar geçmişse garanti taahhüdünün akıbeti ne olacaktır? Garanti veren bu taahhüdü ile ne kadar süre ile bağlı olacaktır? Garanti alan, aradan 10 yıl geçtikten sonra ben taahhüdün kapsamına giren davranışı gerçekleştirdim diyebilir mi?

Reisoğlu, böyle bir durumda garanti alanın davranışa başlamaması halinde başlaması için garanti alana bir süre verilmesi gerektiğini, bu sürede teşebbüse geçilmezse sorumluluğun sona ereceğini, garantinin ne kadar süreceğini teşvik edilen davranışın niteliği, amaç ve diğer vakıaların belirleyeceğini ifade etmiştir¹⁴⁵⁵. Süre belirlenmeyen garanti sözleşmelerinde vekalet sözleşmesine kıyasen garanti alanın da tek taraflı sözleşmeyi sona erdirebileceği düşüncesi, böyle bir durumda garanti sözleşmesinin kendisinden beklenen güvenceyi sağlayamayacağı gerekçesi ile haklı olarak doktrinde kabul görmemiştir¹⁴⁵⁶.

Kefalet benzeri garantiler bakımından ise, asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi doluncaya kadar garanti verenin yükümlülüğünün devam etmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁵⁷. Genel olarak kefalet benzeri garanti niteliğinde verilen banka teminat mektuplarında, muhatabın alacağının muaccel olduğu tarihin zamanaşımına başlangıç

¹⁴⁵⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 171; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 884; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 447.

¹⁴⁵⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 171; Aynı görüşte: Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 454.

¹⁴⁵⁶ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 171; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 885.

¹⁴⁵⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 885.

olarak alınmasının zamanaşımı nedeni ile teminat mektubunun bankaca iptalini neredeyse imkansız hale getirdiği ifade edilmiştir¹⁴⁵⁸. Ancak böyle bir durumda asıl alacağın zamanaşımının kesilmesi ve durması halleri bankaya karşı ileri sürülemez¹⁴⁵⁹.

Yapım sözleşmelerinde yer alan saf garanti niteliğindeki taahhütler, genelde işletme süresi ile sınırlı olan belirli bir süre için verilmiştir. Riskin gerçekleşip gerçekleşmediği her bir dönem için (aylık veya yıllık olarak) bakılacak olup, risk gerçekleşmeden (belirlenen sayıya ulaşılması halinde) bir dönemin sona ermesi ile birlikte, o dönem için garanti verenin yükümlülüğü de sona erecektir. Yeni dönem için tekrar risk değerlendirmesi yapılacak, taahhütte belirlenen sayıya ulaşamaması halinde riskin gerçekleşmesi ile garanti ödemesi devreye girecek, idare taahhüt edilen açığı kapamak için belirlenen bedeli ödeyecektir. Nihayetinde taahhütlerin tabi olduğu sözleşmenin sona ermesi ile birlikte garanti verenin taahhütler ile ilgili yükümlülükleri de sona erecektir.

Yapım sözleşmesinin süresi bitmemiş olsa bile, taahhütler için daha erken bir süre belirlenmiş olabilir. Böyle bir durumda da yapım sözleşmesi devam etse de garanti verenin yükümlülükleri taahhüt süresinin bitmesi ile sona erecektir.

B. Ödemeyi Talep Etmenin Süreye Bağlı Olması

Garanti sözleşmeleri niteliğindeki taahhütler bakımından, riskin gerçekleşmesi belirli bir süreye bağlanabileceği gibi, bu süre içerisinde risk gerçekleşirse ödemenin ilerideki belirli bir tarihte ödeneceği (muaccel olacağı) kararlaştırılabilir. Yukarıda ödeme borcunun muacceliyetini incelerken belirttiğimiz üzere¹⁴⁶⁰, tazmin borcunun muacceliyetinin vadeye bağlanması ile riskin gerçekleşmesinin süreye bağlanması birbirinden farklıdır. Bu iki ihtimalin dışında bir ihtimal daha vardır ki, o da ödemeyi

¹⁴⁵⁸ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 389. Riskin ne zaman doğduğunun tespitinin güç olması yanında bankanın muhatap ile lehtar arasındaki ilişki ile ilgilenmemesi nedeni ile bunların arasındaki sözleşmeye göre tespit edilmesi gereken muacceliyetin tespiti de genelde zor olacaktır.

¹⁴⁵⁹ Bankaya karşı zamanaşımını kesen ve durduran sebepler var ise sadece bunlar ileri sürülebilir. Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 389.

¹⁴⁶⁰ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 3.

talep etmenin süreye bağlanmasıdır. Bir diğer ifade ile, bu üçüncü ihtimalde belirlenen garanti süresinde risk gerçekleşmiştir, ancak riskin gerçekleştiğinin bildirilmesi ve garantiye bağlı ödemeyi talep etmesi için garanti alana süreye bağlı bir başka yükümlülük daha yüklenmiştir.

Garanti alan, garanti süresi içerisinde risk gerçekleşmesine rağmen süresi içerisinde tazmin talebinde bulunmadığı için ödeme hakkını kaybetmektedir¹⁴⁶¹. Bu üçüncü ihtimalde belirlenen süre, riskin gerçekleşmesi ile ilgili olmayıp, talep edilebilirlik ile ilgilidir¹⁴⁶². Talep edilebilirlik ile ilgili bu sürenin geçerliliği uzun zaman doktrinde ve uygulamada tartışmalara neden olmuş, tarafların böyle bir süre koymalarının zamanaşımının kısaltılması olarak sayılıp geçersiz kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır¹⁴⁶³. TBK m. 148 (Mülga BK m. 127) emredici bir hüküm olup, tarafların zamanaşımı sürelerini değiştiremeyeceğini düzenlemektedir. Tartışma, tarafların garanti süresi koymak suretiyle zamanaşımını değiştirip değiştirmediklerine ve bunun geçerli olup olmayacağına ilişkindir. Özellikle banka teminat mektupları bakımından ortaya çıkan tereddütler neticesinde mülga borçlar kanunu m. 110'a ikinci bir fıkra eklenmek¹⁴⁶⁴ suretiyle belirli bir süre için yapılan üstlenmede sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurmaması halinde üstlenenin sorumluluğunun sona ereceğinin düzenlenebileceği, buna ilişkin kayıtların geçerli olduğu düzenlemesi getirilmiştir. Aynı hüküm TBK m. 128 f. 2'de de muhafaza edilmiştir. Aslında doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere¹⁴⁶⁵ ikinci fıkranın eklenmesine gerek olmayıp, böyle bir ekleme yapılmasaydı dahi bu tür kayıtların geçerli kabul edilmesi gerekirdi. Zira, burada bir zamanaşımı süresinin kısaltılması değil, hakkın süreye bağlanması söz konusudur. Bununla birlikte bu konu uygulamada çok büyük tereddütler oluşturduğundan bu hüküm

¹⁴⁶¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1484.

¹⁴⁶² Kayak, s. 273.

¹⁴⁶³ Söz konusu tartışmalar için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 886 vd.; Kayak, s. 275 vd.; Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, s. 449; Kahyaoğlu, s. 16, 124; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s. 387; Tekinalp, s. 539.

¹⁴⁶⁴ RG, T. 08.07.1981, S. 17398, 2486 Sayılı "Borçlar Kanunun 110 ncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun".

¹⁴⁶⁵ Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, s. 434; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 135.

bir zorunluluğun sonucu olarak getirilmiştir¹⁴⁶⁶.

Kanaatimizce TBK m. 128 f. 2’deki tazmin talebinin ileri sürülebileceği zamanı ifade eden “sürenin bitimine kadar” ifadesini saf garanti taahhütleri bakımından sadece üstlenmenin (taahhüdün) süresi ile sınırlı olacak şekilde anlamamak gerekir. Gerçekten de yukarıda¹⁴⁶⁷ garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi karşılaştırdığımız kısımda açıkladığımız gibi, TBK m. 128 hükmünün garanti sözleşmelerinin tümü ve özellikle saf garanti taahhütleri bakımından doğrudan uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Özellikle saf garanti taahhütleri bakımından taraflar risk için öngördükleri garanti süresini aşacak bir bildirim ve talep süresi kararlaştırabilmelidir. Bir başka ifade ile, ihbar ve tazmin talebi yükümlülüğünün süresi garanti süresi ile aynı olabileceği gibi, taraflarca ileri tarihli bir başka süre de kararlaştırılabilir.

Bu bakımdan teminat benzeri garantiler ile saf garanti taahhütleri bakımından getirilecek talep süresine ilişkin düzenlemenin sonucu itibariyle bir fark ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir banka teminat mektubunda “31.12.2019 tarihine kadar A şahsının tarafınıza olan borcunu ödememesi halinde söz konusu borcu...bankamız ödeyecektir. Bu durumun 30.01.2020 tarihine kadar bankamıza bildirilmemesi ve yazılı tazmin talebinde bulunulmaması halinde işbu teminat mektubumuz hükümsüz olacaktır.” Denildiğinde, kanaatimizce böyle bir düzenleme de geçerli kabul edilmelidir. Ancak böyle bir düzenleme yapılması banka teminat mektupları bakımından pratik bakımdan bir anlam ifade etmemektedir. Zira böyle bir düzenleme yapıldığında aslında 31.12.2019 tarihi olarak belirlenen garanti süresi, 30.01.2020 tarihi olan talep süresine kendiliğinden uzamış olmaktadır. Garanti alan 30.01.2020 tarihi geldiğinde borç halen ödenmemiş ise bankaya tazmin talebinde bulunabilecektir. Ancak saf garanti taahhütleri bakımından

¹⁴⁶⁶Türkiye Bankalar Birliği, vadeli teminat mektuplarında vade dolduktan sonra mektubun geçerli olmadığına karar verilmesi istemi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına içtihadı birleştirmeye gidilmesi için başvuruda bulunmuştur. Ancak, Yargıtay Birinci Başkanlık Divanı, vadenin geçmesine rağmen süre içerisinde gerçekleştiği ispatlanan zararın talep edilmesinde engel görülmediği gerekçesi ile bu talebi reddetmiştir. Tüm bu gelişmeler sonrasında da 10.07.1981 tarih ve 17398 sayılı RG ile mülga BK m. 110’a ikinci fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkranın gerekçesinde tamamen banka teminat mektuplarında ortaya çıkan bu soruna işaret edilmiştir. Tüm bu açıklamalar için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, s. 888-889.

¹⁴⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm, IV, B.

sonuç böyle değildir. Örneğin, bir işletmeyi satın alan kimseye 2019 takvim yılında 1 milyon TL kar edeceği garanti edilmiş, bu miktarda kar edemediği takdirde, 30 Ocak 2020 tarihine kadar durumu ihbar etmesi ve tazmin talebinde bulunması halinde aradaki farkın kapatılacağı, aksi takdirde bunun talep edilemeyeceği, garantinin hükümsüz olduğu düzenlenmiş, tazmin talebinde bulunulur ise 15 Mart 2020 tarihinde zararın tazmin edileceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir halde, riskin gerçekleşme süresi 2019 yılının sonudur, söz konusu yılın sonunda risk ya gerçekleşmiştir ya da gerçekleşmemiştir. Riskin gerçekleşmiş olması yetmez, aynı zamanda 30 Ocak 2020 tarihine kadar da garanti verene başvurmak gerekecektir. 15 Mart 2020 tarihi ise sadece garanti konusu ödemenin yapılması ile yani muacceliyet ile ilgilidir.

Asgari ekonomik menfaat taahhüdü içeren sözleşmeler bakımından da garanti niteliğinde olan taahhütler, belirli bir sürede talepte bulunulması veya başkaca şart ve külfetlerin yerine getirilmesine bağlanmış olabilir. Böyle bir durumda garanti veren idarenin ödeme yükümlülüğü bu külfetlerin yerine getirilmesine bağlı olacaktır¹⁴⁶⁸. Bu sözleşmeler bakımından da taahhüde esas her bir dönem için taahhüt bakımından eksik kalan sayıların veya ödeme tutarlarının bildirilmesi, ödemenin talep edilmesi, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hakkın kaybedileceği düzenlenebilecektir. Ödemenin talep edilebileceği süreye ilişkin böyle bir düzenleme olmaması halinde riskin garanti süresinde gerçekleşmesi kaydı ile garanti alanın on yıllık zamanaşımı süresinde dilediği zaman garanti verene başvurabilme imkanı olacaktır¹⁴⁶⁹.

Garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından da belirli bir sürede taahhüde ilişkin hakların talep edilmesi, aksi takdirde buna bağlı hak ve alacakların kaybedileceği sözleşmede düzenlenebilir.

¹⁴⁶⁸ Kahraman, s. 177.

¹⁴⁶⁹ Yargıtay, bir kararında şu hükmü kurmuştur: “...*Borçlar Yasasının 110. Maddesine eklenen fıkra hükmü gereğince taraflar arasında, teminat mektubu süresi içinde başvurulması gerektiği hususunda bir anlaşmanın mevcut olmamasına, zararın teminat mektubu süresi içinde doğmuş olması kaydıyla 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman talepte bulunulabileceğine göre davalı banka vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.*”, Yarg. 11. HD, 6.5.1982, E. 1583/ K. 2139 (Aktaran: Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, s. 890-891).

C. Zamanaşımı

Zamanaşımını da garanti niteliğinde olan taahhütler ve garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından zamanaşımını alacağın niteliğine göre belirlemek gerekir. 6428 sayılı kanuna göre yapılan bir sağlık tesisinde ödenecek kullanıma ilişkin bedel, sözleşmede aksine bir düzenleme yok ise, kanaatimizce kira niteliğinde olduğundan, bu bedel bakımından kira alacaklarında zamanaşımına ilişkin TBK m. 147 f.1 kapsamında beş yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

Garanti niteliğinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından ise doğacak alacaklar kanunda bu konuda başkaca bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olduğundan TBK m. 146 kapsamında genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır¹⁴⁷⁰. Zamanaşımı süresi, TBK m. 149 f. 1 gereği taahhütlerden doğan garanti borcunun muaccel olması anında işlemeye başlar. Bununla birlikte borcun muaccel olması için bir muacceliyet ihbarı gerekmekte ise TBK m. 149 f. 2 kapsamında zamanaşımı, bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlayacaktır.

Bir garanti sözleşmesinde riskin gerçekleşmesi borcun muaccel olması için yeterli olup, sözleşmede düzenlenmedi ise muacceliyet için bunun dışında hiçbir işleme gerek yoktur. Böyle bir durumda on yıllık zamanaşımı da riskin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Garanti konusu ödeme borcu bir vadeye bağlandı ise, borç vadenin geldiği tarihte muaccel olacağından zamanaşımı da vadeden itibaren başlayacaktır¹⁴⁷¹.

Ödemenin talep edilebileceği bir süre kararlaştırılmış, bu süre içinde de ödeme talep edilmiş ise zamanaşımı yine borcun muaccel olduğu tarihten başlayacaktır.

¹⁴⁷⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 1484; Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, s. 140; Kayak, s. 274.

¹⁴⁷¹ Vade; kesin vade, belirli vade, belirlenebilir vade gibi son günü belirli tipte olabileceği gibi, son günü belirsiz nitelikte de olabilir. Bkz. Melek Bilgin Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 49-145.

Ödemenin talep edilmesi süreye bağlanmasına rağmen garanti alan garanti verene müracaat etmediği takdirde bir alacak hakkı da doğmayacaktır.

Yapım sözleşmelerinde yer alan garanti niteliğindeki asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde genel olarak belirli hesaplama dönemleri yer almaktadır. Yüklenici bu hesaplama dönemlerinde risk konusu sayıya ulaşamadığını iş sahibi idareye bildirmekte buna göre sözleşmede belirlenen vadede garanti konusu ödemeyapılmaktadır. Bu sözleşmeler bakımından garanti konusu alacak ile ilgili on yıllık zamanaşımı süresi borcun muaccel olduğu vade tarihlerinden itibaren işleyecektir.

III. YAPIM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Yapım sözleşmelerinin herhangi bir sebeple sona ermesi, garanti niteliğinde olmayan sözleşmesel taahhütlerin de sona ermesi sonucunu doğurur. Garanti niteliğindeki taahhütler ise kural olarak garantinin bağımsız niteliği nedeni ile yapım sözleşmesinin sona ermesinden doğrudan doğruya etkilenmez. Garanti veren İdare, bağımsız bir sözleşme ile garanti alanı belirli bir tehlikeye karşı temin etmektedir, yoksa bağımsız saf garanti taahhütlerinin yapım sözleşmesi içerisinde yer almasının doğrudan doğruya yapım sözleşmesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır¹⁴⁷². Bağımsız olmak, garanti taahhüdünün geçerliliği ve mevcudiyetinin bir başka sözleşmeye bağlı olmaması anlamına geldiğinden¹⁴⁷³, garanti niteliğindeki taahhütlerin geçerliliği yapım sözleşmesinin kendisine bağlı olmayacak, yapım sözleşmelerinin herhangi bir sebeple sona ermesi bu taahhütleri de doğrudan sona erdirmeyecektir.

Garanti niteliğindeki bu taahhütler yapım sözleşmelerinin içerisinde yer almakta olup, bağlantılı garanti sözleşmesi niteliğindedir. Yani, yapım sözleşmesi ile bağlantılı olarak verilmiştir. Bugün geçerliliğini yitirmiş bir görüş¹⁴⁷⁴, bu çeşitteki bağlantılı garanti

¹⁴⁷² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 20.

¹⁴⁷³ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 19, dn. 58.

¹⁴⁷⁴ Landmann, s. 15, (Aktaran: Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 21, dn. 63).

sözleşmelerini örnek vermek suretiyle bağımsızlık özelliğinin garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığını iddia etmiştir. Hatta bu görüş sahipleri vermiş oldukları bir örnekte, kiralayan ürün (hasılat) kirası ile birlikte, yıllık belirli miktarda ürünün elde edileceğini de taahhüt etti ise, burada garantinin olduğunu ancak bağımsızlığın olmadığını iddia etmişlerdir. Ancak hakim görüşe göre, verilen örnekte bağımsız bir garanti yükümlülüğü vardır¹⁴⁷⁵. Bu örnek bakımından yıllık belirli bir miktarda ürün elde edileceği ürün kirası sözleşmesinin tamamen dışındaki bir başka kimse tarafından da taahhüt edilebilir ve ürün kirası sözleşmesinin haricinde böyle bir garanti sözleşmesi bir başka taraf ile yapılabilirdi. Üçüncü bir kişi ile yapılmama ve bir sözleşmenin içerisinde yer alma garantinin bağımsız olma vasfını etkilememelidir.

Garanti niteliğindeki taahhütlerin bağımsızlık karakterini belirlemek yapım sözleşmelerinin sona ermesi bakımından önemlidir. Zira, belirttiğimiz üzere garanti niteliğinde olmayan taahhütler yapım sözleşmesinin sona ermesi ile kendiliğinden sona erecek iken, garanti niteliğindeki taahhütlerin birçoğu kendiliğinden sona ermeyecektir. Elbette bu, yapım sözleşmeleri sona erse dahi her zaman garanti niteliğindeki taahhütlerin geçerliliğini koruyacağı anlamına da gelmez. Bu bakımdan yapım sözleşmesi içerisinde yer alan taahhüt hükümleri ve yapım sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği çok önemlidir.

İncelemiş olduğumuz yapım sözleşmeleri, genel olarak ya sürenin bitmesi ve ifa ile ya da taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi ile sona erer. Garanti niteliğindeki taahhütlerin akıbetini tespit etmek için, feshin ne şekilde gerçekleştiği incelenmelidir.

B. Fesih

1. Yapım Süresi İçerisinde Fesih

Fesih, sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili olarak ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir işlemdir¹⁴⁷⁶. Fesih sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur iken dönme ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır. İnceleme konumuz olan

¹⁴⁷⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 21 ve s. 20, dn. 59'daki yazarlar.

¹⁴⁷⁶ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 115; Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, s. 81; Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 439-440.

yapım sözleşmelerinde genel olarak, tarafların birçok sürekli edimi yer almaktadır¹⁴⁷⁷. Örnek olarak, yüklenicinin yapım sonrasında proje konusu otoyol, havalimanı veya enerji santralini belirlenen süre boyunca işletme borcu bulunmaktadır. İşletme, yüklenici bakımından bir hak olduğu kadar aynı zamanda söz konusu yapının belirlenen standartlarda bakım ve onarımının yapılarak işletilmesi borcu bulunmaktadır. Bu süre boyunca genel olarak yükleniciye işletme ile ilgili tüm tedbirleri alma, söz konusu yapının güvenliğini sağlama ve koruma yükümlülükleri de yüklenmektedir. Bu sözleşmeler içeriğinde birçok sürekli edimi barındırdığından sürekli bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu nedenle, bu sözleşmeler bakımından sözleşmeden dönmeden değil, fesihden söz edilecektir.

Yapım süresi içerisinde gerçekleşen bir feshin hangi aşamada yapıldığı da önem kazanacaktır. Sözleşme sürekli sayılsa dahi, sürekli edimlerin hiçbirine başlanmadı ise “sözleşmeden dönme” mümkün olabilecektir¹⁴⁷⁸.

Yapım süresi içerisinde henüz proje tamamlanmamıştır. Yol, köprü, tünel, havalimanı, hastane, enerji santralleri vb. henüz işletilmeye başlanmamış, gelir de elde edilecek aşamaya gelmemiştir. Bunun doğal sonucu genel olarak, henüz garanti niteliğindeki taahhütlerin de başlamamasıdır. Garanti sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisi olan risk unsurunun, gelecekte gerçekleşmesi belirsiz olan bir durum olmadığından, henüz ortaya çıkma imkanı da yoktur. Uygulamada garanti taahhütleri içeren yapım sözleşmelerinde bu garantilerin genellikle, yalnızca işletmeye geçildikten sonra başlayacağına ilişkin ayrıca hüküm bulunmaktadır.

Yapım süresi içerisindeki fesih, yüklenici hiç işe başlamadan gerçekleştirebileceği gibi işin kısmen yapılması sonrasında da gerçekleştirebilir¹⁴⁷⁹. Yine, fesih yüklenici veya iş

¹⁴⁷⁷ Tarafların edimlerinden en az birinin sürekli olması, sürekli bir borç ilişkisi bakımından yeterlidir. İncelediğimiz yapım sözleşmelerinde sürekli edimler dışında, dönemli edimlere de sıklıkla rastlanmaktadır. Sadece dönemli edimlerin varlığı halinde borç ilişkisinin sürekli sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olup, somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Oğuzman/ Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, s. 13, n. 43.

¹⁴⁷⁸ Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, s. 322.

¹⁴⁷⁹ Evren, s. 324.

sahibi tarafından haklı veya haksız bir şekilde yapılmış, maliyet artışlarından kaynaklanmış da olabilir. Bütün bunlar her bir sözleşmenin hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Tüm bu ihtimallerde henüz riskin ortaya çıkma imkanı bulunmamakta olup, yapım sözleşmesinin feshedilmesi ile garanti sözleşmesi ile ilgili hükümler de sona erecektir. Ancak, ifade edildiği üzere bu sona erme, yapım sözleşmesine olan bağımlılıktan değil, garanti sözleşmesinin kendi niteliğindeki risk unsuru ile ilgili olan eksiklikten kaynaklanmaktadır.

2. İşletme Süresi İçerisinde Fesih

İşletme süresinde, artık yapım tamamlanmış ve işletmeye geçilmiştir. İşletme gelir elde etmekte, taahhüt edilen sayılara ulaşamadığında açık kalan kısım idarenin verdiği garanti sonucu kapatılmaktadır. Bu dönemde yapılan fesihler de çok çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Yüklenicinin işletme dönemindeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi, idarenin kusuru, maliyet artışları gibi pek çok sebepten ileri gelebilir. Bu dönemde yapılan fesihlerde garanti niteliğindeki taahhütlerin de sona erip ermediğinin ayrıca incelenmesi gerekir. Taahhütlerin sona ermesi kısmında da belirttiğimiz gibi bir saf garanti taahhüdü garanti verenin tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdirilemez.

O halde iş sahibi olan garanti veren, tek taraflı olarak yapım sözleşmesini sona erdirse dahi yapım sözleşmesinde yer alan bağımsız saf garanti taahhütleri geçerli olarak varlığını devam ettirecektir. Ancak, böyle bir halde yapım sözleşmesinin feshedilmesi ile birlikte garanti taahhüdünün kapsamında yer alan riskin gerçekleşme imkanı da en azından taraflar bakımından sona ermektedir. Örneğin, bir havalimanı yapımını ve işletilmesini içeren yapım sözleşmesinin feshi ile belirlenmiş yolcuya ulaşım ulaşmama riski; bir otoyol, köprü, tünel projesinin yapımını içeren yapım sözleşmesinin feshi ile belirlenen asgari araç sayısına ulaşım ulaşmama riskinin gerçekleşme imkanı da ortadan kalkmaktadır. Bir başka ifade ile, böyle bir halde riziko ancak yapım sözleşmesinin varlığı ile bir anlam ifade edecek ve gerçekleşme olanağı bulacak olup, bu imkanın yok

olması ile rizikonun imkansızlaşması söz konusu olacaktır¹⁴⁸⁰.

Bu durumda rizikonun imkansızlaşmasında garanti veren iş sahibi idarenin kusuru yok ise garanti sözleşmesi, TBK m. 136 kapsamında sona ermelidir¹⁴⁸¹. Buna karşın, iş sahibi, söz konusu fesihten kusuru nedeni ile sorumlu ise, garanti taahhütleri kapsamındaki sorumluluğu devam etmelidir.

Yapım sözleşmesinde, yapım sözleşmesinin sona ermesi halinde saf garanti taahhütlerinin de sona ereceği belirtildi ise, böyle bir halde bu hüküm garanti sözleşmesinin tabi olduğu bir hüküm olarak geçerli olmalı ve garanti veren tek taraflı fesih yaptığında sözleşmesel hakkını kullanmış sayılmalıdır.

Garanti alan yüklenicinin tek taraflı olarak yapım sözleşmesini feshedip, garanti sözleşmesini ayakta tutması mümkün olabilir mi? Böyle bir sonuç, garanti sözleşmesinin bağımsız karakteri nedeniyle teorik olarak mümkün kabul edilebilir. Ancak, yüklenici haksız veya keyfi olarak yapım sözleşmesini feshetmekte ise garanti sözleşmesinin geçerli olarak varlığını sürdürmemesi gerekir. Bu durumda da TBK m. 136 uygulanmalı, borçlunun (garanti veren idarenin) sorumlu tutulamayacağı sebeplerle rizikonun gerçekleşmesinin imkansız hale geldiği kabul edilmelidir.

Buna karşılık, yüklenici sözleşmeyi idarenin kusuru nedeni ile haklı olarak feshetmekte ise, sözleşmede açık hüküm bulunmadığı sürece kanaatimizce TBK m. 136 kapsamında borçlunun sorumlu tutulabileceği sebepler nedeni ile garanti sözleşmesinin geçerliliğini koruduğunu kabul etmek gerekir.

¹⁴⁸⁰ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 5, d.

¹⁴⁸¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, II, A, 5, d.

SONUÇ

Tezimizde yaptığımız inceleme ve değerlendirmeler neticesinde ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

1. Yapım sözleşmesi TBK’da düzenlenmiş bir sözleşme çeşidi değildir. Bu kavram, daha çok kamu idarelerinin iş sahibi olduğu inşaat sözleşmeleri için kullanılmaktadır. Konusu inşaat meydana getirme olmasına rağmen eser sözleşmesi niteliğinde olmayan yapım sözleşmeleri de bulunmaktadır. Bedelin para olarak belirlenmediği durumlarda kanunun öngördüğü tipik bir eser sözleşmesinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Böyle bir halde, duruma göre karma sözleşmenin varlığından bahsedilmesi gerekecektir.

Yapım sözleşmesi, yüklenicinin bir yapının inşasını, iş sahibinin ise bunun karşılığında para ödeme veya başka bir edimde bulunmayı taahhüt ettiği kanunun öngördüğü tip sözleşmeler veya öngörmediği atipik sözleşme çeşitleri içerisinde yer alabilen bir sözleşmedir. Bu sözleşmeler yalnızca yapımı konu edinebileceği gibi, yapım dışında işletmeyi ve başkaca edimleri de içerebilir.

2. Yapım sözleşmesi kural olarak şekle tabi değil ise de bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran yapım sözleşmelerinin resmi düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 46’ya göre bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır ve ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir.

3. “İdarenin yapmış olduğu sözleşmeler” kavramı ile “idari sözleşmeler” kavramı birbirinden ayrı iki kavramdır. İdari sözleşme, kamu kuruluşlarının idare hukuku kurallarına göre yaptıkları sözleşmelerdir. Buna karşın, idare, özel hukuk hükümlerine tabi bir özel hukuk sözleşmesine de taraf olabilmektedir.

4. Kamu ihale sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, 6428 sayılı Kanun kapsamındaki yapım sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir.

Ancak bu sözleşmeler özel hukuka tabi olsa da sözleşmelerin imzası aşamasına kadar idare hukuku kuralları uygulandığından karşılaştırmalı hukukta, ihale ile sözleşmelerin birbirine var olan etkisini ve sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejimi izah eden çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlar; kamu hukuku teorisi, özel hukuk teorisi, ayrılabilir işlem teorisi ve iki aşama teorisidir.

5. Ayrılabilir işlem teorisine göre, sözleşme özel hukuka tabi olsa dahi, işlemin ihale döneminde veya sonradan sözleşme döneminde yapılmış olmasından bağımsız olarak bir değerlendirme yapılması ve sözleşmeden ayrılabilirdiği sürece kendi başına sonuç doğurabilen nitelikteki idari işlemlerin idari yargının denetimine tabi olması gerekmektedir. Ayrılabilir işlem kavramının başka anlamlarda da kullanıldığı görülmektedir. Ayrılabilir işlem teorisi, aynı zamanda zincir işlemlerde zincirin içerisinde yer alan bir kısım işlemleri zincirden ayırmak suretiyle bağımsız olarak iptal davasına konu olmasını sağlamaktadır.

İhale sonrasında sözleşme imzalandıktan sonra artık bu sözleşme ile ilgili bir kısım idari işlemlerin bundan ayrılarak iptal davasına konu olmasının kabul edilmesi, sözleşmenin özel hukuka tabi olmasını anlamsızlaştıracaktır.

Yapım sözleşmelerinde ihale dönemine idare hukuku kurallarının, sözleşme dönemine özel hukuk kurallarının uygulanması anlamını taşıyan iki aşamalı teorisinin kabul edilmelidir.

6. İhale ve sözleşme döneminin ilişkisini açık bir biçimde ortaya koyan, iptal kararlarının sözleşme üzerindeki etkisinin kapsamını ve unsurlarını belirleyen bir yasa kuralına ihtiyaç duyulduğu açıktır.

7. İdare mahkemesinden verilen iptal kararı, kendiliğinden ve doğrudan özel hukuk hükümlerine tabi yapım sözleşmesini geçersiz hale getirmemelidir. Bunun için geçersizlik sonucunun mutlaka dayanağını özel hukuk hükümlerinde bulması gerekir. Bu dayanak, genel olarak TBK m. 26 ve 27 olacaktır. İptal kararının sözleşmeye etkisi sorunu konusunda bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmelidir. Bu kanun boşluğunun

doldurulması için ilk önce sözleşmenin kendisine bakılmalıdır. Yapım sözleşmesi içerisinde ihale dönemi ile ilgili iptal kararlarının bozucu koşul olarak düzenlenmesi mümkündür.

8. Sözleşme değişikliklerine ilişkin KİK ve mevzuatın tüm sınırlamalarına rağmen taraflar bunu aşmak suretiyle sözleşme değişikliğine gider ise, sözleşme yapıldıktan sonra özel hukuk hükümleri uygulanacağından TBK m. 27 kapsamında emredici hükümlere aykırı düzenlemeleri hükümsüz kabul etmek gerekecektir.

9. Özel sektörün kamu ile birlikte mal ve hizmet sunmasına katıldığı hizmet çeşitlerine “Kamu Özel İşbirliği” (“KÖİ”-Public Private Partnership) ismi verilmektedir. Böylece bu model ile kamu ile özel sektör arasında risk ve maliyet paylaşımı olmaktadır. KÖİ, bir sözleşme tipini değil, devlet ile özel sektörün bir araya geldiği, kamu hizmetlerinin görülmesinde yeni bir model ve form topluluğunu ifade etmektedir.

Ülkemizde uygulanan KÖİ modelleri; Yap-İşlet-Devret, Yap-Kirala-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkı Devri modelleri olup, yürütülen projelerin sektörlere göre yatırım tutarları incelendiğinde en fazla yatırımın ulaştırma sektöründe yapıldığı görülmektedir. Ana yöntem Yap-İşlet-Devret sözleşmeleridir. Son dönemlerde 6428 sayılı Kanun ile “Şehir Hastaneleri” adı ile bilinen yeni bir KÖİ modeli daha ülkemizin uygulama alanı içerisine girmiştir.

10. Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılan bir yol projesinde, yapım sonrası işletme dönemi için belirli bir araç geçişine denk gelen asgari bir gelirin taahhüt edilmesi, bir köprü projesinde aynı şekilde belirli sayıda aracın ödeyeceği geçiş ücretinin asgari gelir olarak yatırımcıya en baştan taahhüt edilmesi, bir enerji santralinin yapımı sözleşmesinde üretilecek enerjinin tamamının veya bir kısmının satın alınacağına yönelik taahhütler, havalimanı projelerinde belirli sayıda yolcudan elde edilecek gelire denk gelen tutarın asgari bir ekonomik menfaat olarak yatırımcıya taahhüt edilmesi, şehir hastaneleri projelerinde yatırımcıya verilen taahhütler yapım sözleşmelerinde görülen asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin en yaygın örnekleridir.

11. Yapım sözleşmesinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütlerini ikiye ayırmak, garanti niteliğinde olan taahhütler bakımından bu taahhütlerin garanti sözleşmesinin asli edim yükümleri yapım sözleşmesinin yan edim yükümleri olduğunu, garanti niteliğinde olmayan taahhütler bakımından ise bu taahhütlerin yapım sözleşmesinde yer alan esas edimi genişleten yan edim yükümleri olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, garanti niteliğinde olmayan taahhütler yan edim yükümü olsa dahi ayrı bir edim yükümü olup, bunun yerine getirilmesinde alacaklı yüklenicinin bağımsız bir ifa menfaati olduğu açıktır. Bu bakımdan yan edim yükümü olan taahhütler de ayrıca bağımsız olarak dava konusu olabilecektir.

12. Yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri genel olarak düzenli ve belirli aralıklar ile borçlanıldığı için dönemli edimlerdir.

Yapım yanında yükleniciye işletme hakkı da veren Yap-İşlet-Devret gibi sözleşmeler bakımından iş sahibinin yüklenicinin işletmesine verme yükümlülüğü ve benzeri yükümlülüklerin devamlı ve sürekli olması bakımından bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmelidir.

13. Garanti sözleşmesinin unsurları; riskin yüklenilmesi, garanti alanın belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik edilmesi veya bir alacağını temin etmek amacı, taahhüdün asli ve bağımsız niteliği ve kural olarak ivazsız olmasıdır.

14. Risk, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden belli olmayan ve gerçekleşmesi halinde garanti alanın zarara uğramasına neden olacak bir tehlikenin meydana gelmesi, beklenen yararın elde edilememesi veya istenmeyen olayın meydana gelmesi ile zarara uğranılması olasılığıdır. Yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından risk, yatırımcının asgari sayıdaki müşteriye, yolcuya, araç sayısına veya beklenen asgari gelire ulaşamaması olarak ortaya çıkmaktadır.

Teminat altına alınan risk (tehlike), söz konusu teşebbüsün doğal seyri içerisinde olağan olarak teşebbüsün mahiyet ve amacına uygun şekilde artmış ise bunu garanti sözleşmesinin kapsamı içerisinde değerlendirmek gerekir.

15. Garanti alanın teşvik edilmek istendiği hareket tarzı, kesin olmamak ve neticesi muhtemel olmak kaydı ile, “belirli bir eylemde bulunma” şeklinde olabileceği gibi “eylemsiz kalma”, “kaçınma” şeklinde de gerçekleşebilir. Saf garanti taahhütlerinde garanti alanın belirli bir davranışa sevk ve teşvik edilmesi (yöneltilmesi) amacının bulunması bu sözleşmeler bakımından aranması gereken zorunlu bir unsurdur. Yapım sözleşmelerinde verilen asgari ekonomik menfaat taahhütleri yatırımcıyı, yüksek maliyet gerektiren köprü, otoyol, havalimanı, enerji santralleri gibi yapım sözleşmelerinde yatırım yapmaya sevk ve teşvik etmek amacı ile verilmektedir. Bu amaç, aynı zamanda taahhütlerinde varlık sebebidir.

16. Garanti taahhüdünün bağımsızlığı, garanti sözleşmesi ile doğan yükümlülüğün herhangi bir sözleşmenin veya borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı olmamasını ifade etmektedir. Garanti taahhüdü bir başka sözleşmenin içerisinde yer alan bir hüküm olsa dahi, bu taahhütler bağımsızlık vasfını korur.

Garanti taahhütlerinin yapım sözleşmeleri içinde yer almaları durumunda bağlantılı garanti sözleşmelerinden bahsedilir. Bağlantılı garanti sözleşmeleri bakımından garanti taahhüdünün bağımsızlığı, “belirli bir neticenin asıl sözleşmeden bağımsız olarak taahhüt edilmesi” olarak anlaşılmalıdır. Bunun anlamı, bağlantılı garanti taahhütlerinde de garantiler asıl sözleşmeden ayrı yaşamakta, asıl sözleşmedeki ilişki ve durumlardan etkilenmemekte, taahhüt edilen netice ile yani riskle bağımsız bir ilişki kurmaktadır. Böylece garanti veren, taahhüdün bağımsız olması nedeni ile asıl sözleşmeden doğan def’i ve itirazları kullanamamakta, fer’i teminatların aksine asıl borçtan daha fazla bir miktar için taahhüt verebilmekte, asıl borcun miktarında meydana gelen değişiklikler doğrudan garanti sözleşmesini etkilememekte ve asıl sözleşmeden bağımsız olarak riskten sorumlu olmaktadır.

Bununla birlikte, garanti hükümlerinin asıl sözleşme hükümlerinden bağımsız olması, asıl sözleşmenin son bulmasından bu hükümlerin hiçbir zaman etkilenmeyeceği anlamına da gelmemelidir.

Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin garanti niteliğinde olanlar, yapım sözleşmesi ile bağlantılı olsalar da garanti sözleşmesinin bağımsızlık unsurunu taşımaktadır.

17. Garanti sözleşmesi kural olarak ivazsızdır. Ancak ivazlı olarak nadir de olsa yapıldığında önemli olan garanti verenin riski ne için aldığıdır. Yap-İşlet-Devret gibi yapım sözleşmelerinde ivaz gibi değerlendirilebilecek bir kısım hükümler yer alsa da bu sözleşmelerde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin genel karakteristiğinin sevk ve teşvik etmek amacı taşıması halinde bu taahhütler garanti sözleşmesi kapsamında kabul edilebilecektir.

18. Teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti sözleşmeleri ile yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmeleri bakımından şu farkların mevcut olduğu görülmektedir: (i) İlk fark, borç ilişkisi bakımındandır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde edimi garanti edilen ile garanti alan arasında bir temel borç ilişkisi varken saf garanti taahhütlerinde böyle bir temel borç ilişkisi yoktur. (ii) İkinci fark, amaç bakımındandır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde amaç garanti alana teminat sağlamaktır. Buna karşın saf garanti taahhütlerinde amaç, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etmektir. (iii) Bir diğer fark, üçüncü kişiler bakımındandır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde her zaman bir üçüncü kişi bulunmakta olup, bu üçüncü kişinin edimi garanti edilmekteyken saf garanti sözleşmelerinde her zaman üçüncü bir kişinin edimi temin edilmediği gibi, temin edilen durumlarda dahi bu üçüncü kişiler önceden belirli değildir. Ayrıca garanti verenin borcu, üçüncü kişiler ile olan ilişkilerle de alakasızdır.

19. Saf garanti taahhütleri kar payı ve faiz garantileri, gelir garantileri, değer kazanma garantileri, zararı karşılama garantileri şeklinde değişik tiplerde ortaya çıkabilir.

20. Maliyeti yüksek olan köprü, otoyol, tünel gibi projeler Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılırken diğer yandan işletme süresinde yatırımcının belirli bir geliri elde edeceği taahhüt edilmektedir. Bu bakımdan garanti niteliğinde olan bağımsız taahhütler bakımından bir gelir garantisi söz konusu olmaktadır.

21. Garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden daha geniş bir kavramdır. Garanti sözleşmesi bakımından üstlenilen risk, üçüncü kişinin fiili olabileceği gibi bunun dışında “herhangi bir korkulan olayın sonucu” da olabilir.

Saf garanti sözleşmelerinin aksine üçüncü kişinin fiilini üstlenmede bu üçüncü kişiyi belirli bir davranışa sevk ve teşvik etmek amacı bulunabileceği gibi böyle bir amaç bulunmayabilir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme (TBK m. 128) hükmünü genel bir düzenleme, garanti sözleşmesini ise kendine özgü (sui generis) kabul etmek gerekir. Garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasında ortak noktalar olduğu gibi farklı unsurlarda bulunmaktadır. O halde garanti sözleşmesini kanunda düzenlenmemiş kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olarak kabul etmek gerekir.

22. Yapım sözleşmelerindeki asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiğini ifade etmeye imkan bulunmamaktadır. Zira, bir otoyoldan belirli sayıda bir aracın geçişi için taahhüt verildiğinde, belirli sürücülerin fiilleri taahhüt edilmemekte, bu geçiş miktarına tekabül eden asgari gelir taahhüt edilmektedir.

23. Kefalet sözleşmesinin sıkı şekil şartlarına tabi tutulmasına rağmen, ondan daha ağır sonuçlar doğuran garanti sözleşmesinin yasa ile düzenlenmemesi büyük bir eksikliktir.

24. Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesini birbirinden ayırma için her şeyden önce, taahhüdün yer aldığı metnin genel yorum kurallarına göre yorumlanması, ondan sonra aslilik-ferilik kıstası, menfaat kıstası, aynen ifa yükümlülüğü-tazminat yükümlülüğü kıstası, ivaz kıstası, kişiye yönelik ilgi kıstası, kullanılan deyimler ile kefalet karinesi kıstaslarına başvurulmalıdır.

25. TBK m. 603 kapsamında gerçek kişilerin garanti veren olarak imzaladığı teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmelerinde kefaletin şekline ilişkin TBK m. 583 ve eşin rızasının alınmasına ilişkin TBK m. 584 hükümlerine uyulması aranacaktır.

TBK m. 603 hükmü yalnızca gerçek kişilerin verdiği teminat amaçlı garantilerde kefaletin şekil şartlarına uyulmasını ve eşin rızasını aradığından, örneğin bankaların verdiği garanti niteliğinde teminat mektuplarında bu şartlar aranmayacaktır. Bununla birlikte, banka kredi sözleşmeleri için gerçek kişilerin vermiş olduğu garantilerde TBK m. 603 hükümlerinin uygulanması gerekir.

Saf garanti sözleşmelerinde TBK m. 603 uygulanamaz. Zira, saf garanti sözleşmeleri, kişisel güvence verilmesi amacı değil, yöneltme ve teşvik etme amacı taşır.

26. Borca katılma, borçlunun yükümlülüğü devam edecek şekilde mevcut olan bir borca borçlu yanında bir başka kimsenin de borçlu sıfatıyla katılması konusunda üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan bir anlaşmadır. Garanti sözleşmelerinde ise borç sebebi, üçüncü şahsın borç sebebi ile aynı olmadığı gibi, garanti sözleşmesinin doğması bakımından başkaca hiçbir borcun varlığına da ihtiyaç yoktur. Borca katılanın aksine, garanti veren ne asıl borcun borçlusu olma arzusundadır ne de bir başka edayı ifa ile yükümlü olmak istemektedir. Garanti veren, bir borçlunun edasını ifa etmeyi değil, verdiği garanti kapsamında riskin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak zarar ve ziyanı gidermeyi üstlenmektedir.

27. Müteselsil borçlular aynı sebebe dayanan bir borcun yükümlüsü ve her biri borç ilişkisinde borçlu durumdadır. Garanti sözleşmesinde ise eylemi garanti edilen kimsenin borçlu olmasına dahi gerek yoktur. Müteselsil borçlular borcun sebebi aynı olduğundan aynı defileri kullanma imkanına sahip iken, garanti veren asıl borcun geçersizliğini dahi ileri sürme imkanına sahip değildir.

28. Bağımsız bir borç doğuran saf garanti taahhütlerinin aksine ceza koşulu, asıl borcun ihlali ile doğabilecek fer'i bir edim olup asıl borcun ifasını kolaylaştırmak amacı taşır. Aynı zamanda ceza koşulu, şahsi nitelikte bir teminat taahhüdüdür. Ceza koşulu asıl borcun ifasını sağlamayı amaçlarken, garanti taahhütleri ifa etmemeden veya riskin gerçekleşmesinden doğacak zararın tazminini amaçlar.

29. Koşulda işlemin geçerliliği gelecekteki belirsiz bir olaya bağlı iken, garanti

sözleşmesinde diğer tarafı bir davranışa sevk etmek veya bir edimi temin etmek amacı bulunmaktadır. Garanti sözleşmesi bağlantılı olsa bile bir borç ilişkisi olup, risk de bunun esaslı unsurları içinde yer alır. Koşul ise, tek başına bir borç ilişkisini ifade etmez. Koşul olmadan sözleşme kurulabilirken, risk olmadan garanti sözleşmesinden söz etmeye imkan yoktur. Koşula bağlı sözleşme ile garanti sözleşmesini birbirinden ayırmak için en önemli kıstaslardan birisi hukuki işlemi yapanların iradesidir. Garanti verenin karşılık beklemeden diğer tarafı zenginleştirme gibi bir irade ve amacından söz edilemez. Garanti veren her ne kadar ivazsız olarak garanti veriyor ise de garanti alanı bir işi yapmaya sevk ve teşvik etme amacındadır.

30. Asgari ekonomik menfaat taahhütleri ile idare, bu taahhütleri kendi edim yükümlülüğünün teyidi için vermemektedir. Her şeyden önce örneğin bir otoyolda geçecek araçların sayısı iş sahibinin kendi iradesine de bağlı değildir. Kim olduğu dahi bilinmeyen ve tamamen tesadüfi olacak şekilde bu yatırımı kullanacak kişilerin sayısının taahhütte belirlenen sayıya ulaşmaması ile birlikte bunun hukuki sonucu iş sahibi idarenin aradaki farkı yatırımcıya tazmin etmesi olacaktır.

31. Bir teminat taahhüdünün kanuni ayıp sorumluluğu, bağımsız olmayan teminat hükmü veya saf garanti taahhütlerinden hangisine girdiğinin ayrımı da önem taşır.

Bağımsız olmayan teminat hükümleri, ayrı bir sözleşme niteliğinde olmayıp, kanuni sorumluluğu genişleten ve ağırlaştıran nitelikte içinde bulunduğu sözleşmenin bir hükmü mahiyetindedir. Buna karşılık garanti sözleşmesi bağımsız olup, içinde bulunduğu sözleşmenin hükümleri değil garanti sözleşmesine tabi olur.

Kanuni ayıp sorumluluğu, zaten kanun hükümleri ile sabit olan bir sorumluluktur. Niteliğe aykırı durumlar ayıptan sorumluluğu doğurur. Bağımsız olmayan teminat hükümleri ise, kanuni ayıp sorumluluğunun taraflarca düzenlenmiş akdi sorumluluk halidir. Bir sözleşmede taraflardan biri kanunen sorumlu olmadığı bir riski sözleşmedeki düzenleme ile kendi üzerine aldığı takdirde bağımsız olmayan bir teminat hükmü söz konusu olabilecektir. Rizikonun malın özelliklerine ilişkin olarak satıcının kontrol edebileceği şekilde olduğu ve dış etkenlerin varlığına bağlı olunmadığı hallerde

bağımsız olmayan teminat hükmü bulunduğu kabul edilecek, ayıptan doğan kanuni sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

Bağımsız teminat hükümleri ile saf garanti taahhütlerini birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Bu ayrım bakımından teminat altına alınan riskin nitelik ve kapsamı belirleyici olacaktır. Bir işletmenin gelecek yıllarda belirli bir kazançla sahip olacağına ilişkin bir taahhüt verilirse, böyle bir durumda bu vaad, hasarın geçmesinden sonraki bir dönemle ilgili olacaktır. Böyle bir durumda, teminat altına alınan risk o derece geniştir ki satış konusu işletmenin kendi özelliklerinin dışında, satıcının kontrol edemeyeceği çok geniş ve sınırsız bir risk alanını kapsamaktadır. Bu risk, asıl sözleşme içerisinde yer alan başkaca bir durumla olan ilişkiden de bağımsız olarak teminat altına alınmış olup, böyle bir halde bağımsız olan saf garanti taahhüdü bulunmaktadır. Yapım sözleşmelerinde verilen taahhütlerin bir kısmı da bu özelliklerin bulunması nedeni ile saf garanti taahhüdü niteliğindedir.

32. Garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmese de isimsiz bir sözleşme tipini oluşturur. Buna karşın üçüncü kişinin yararına sözleşme, bağımsız bir sözleşme türünü ifade etmez. Bir garanti sözleşmesinin de üçüncü kişi yararına yapılması mümkündür.

33. Bir taahhüdün üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadi mi yoksa teminat sözleşmesinin başka bir türü niteliğinde mi olduğunu tespit etmek için taahhüdün içeriğine ve kapsamına bakılmalıdır. Şayet içerik ve kapsamda üçüncü kişinin söz konusu fiili yerine getirmemesi hali için öngörülen bir ödeme yükümlülüğü yok ise bu taahhütleri üçüncü kişinin belli bir fiili yapmasına çalışmak vaadi olarak kabul etmek gerekecektir.

34. Garanti sözleşmesinin aksine sigorta sözleşmesinde sigorta eden kişinin sigortalıyı belirli bir davranışta bulunmaya teşvik etmek amacı olmadığı gibi sigortalının teşebbüsü ile ilgili bir menfaati de yoktur. Yapım sözleşmelerinde asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ise iş sahibinin ne prim toplama amacı bulunmaktadır ne de toplanan bu primler bir tazminata karşılık olarak ayrılmaktadır. İş sahibinin bu taahhütleri vermesindeki amaç yatırımcıyı bu yatırımı yapmaya sevk ve teşvik etmektir.

35. Yapım sözleşmelerinde ortaya çıkan risklerin başında proje riski gelmektedir. Proje riski, projenin toplam değerinin belirsizliğini ifade eder. Geniş anlamda proje riski ise, genel olarak bir projenin içerdiği tamamlama riski, operasyon riski, tedarik riski, kur riski, politik risk başta olmak üzere tüm riskleri ifade eden bir terimdir.

36. Kınalı – Tekirdağ – Çanakkale – Savaştepe Otoyolu Projesi, Malkara Çanakkale (1915 Çanakkale Köprüsü Dahil) Kesimi İşi (1915 Çanakkale Köprüsü ve Otoyolu), Kuzey Marmara Otoyolu Odayeri-Paşaköy (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Kesimi, Kuzey Marmara Otoyolu (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Projesi Kurtköy-Akyazı (Bağlantı Yolları Dahil) Kesimi, Kuzey Marmara Otoyolu (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Projesi Kınalı-Odayeri (Bağlantı Yolları Dahil) Kesimi, Avrasya Tüneli, Gebze-Orhangazi-İzmir (İzmit Geçişi ve Bağlantı Yolları dahil) Otoyolu, Ankara-Niğde Otoyolu, Aydın-Denizli Otoyolu, Menemen-Aliaga-Çandarlı Otoyolu Projelerinde idare, belirli bir araç geçiş sayısını taahhüt etmiş, bu sayıya ulaşılmadığı takdirde aradaki farkı ödeme taahhüdü vermiştir. Bu taahhüt, belirli bir gelirin elde edileceğine yönelik saf garanti taahhüdü niteliğindedir.

37. İstanbul Havalimanı’nda da DHMİ tarafından dış hat yolcu servis ücreti ve dış hatlardan İstanbul Havalimanına gelip, terminal binasını kullanarak dış hatlara devam eden yolcular için ise servis ücreti olarak yolcu başına belirlenen tutar ile 25 yıllık işletme süresinin (potansiyel süre uzatım halleri hariç) ilk 12 yılı ile sınırlı olmak kaydıyla, Görevli Şirket’e saf garanti taahhüdü niteliğinde gelir garantisi verildiği anlaşılmaktadır.

38. KÖİ projelerinin son yıllarda en çok uygulandığı durumlardan biri de şehir hastaneleri olup, bu model 6428 sayılı kanun ile getirilmiştir.

Yatırımcıya, sadece inşa etmiş olduğu tesiste kiracı olunacağı ve belirli bir süre kira ödeneceğine ilişkin taahhüt verildi ise, bu taahhüt ileride kira sözleşmesi yapılacağına ilişkin olması nedeniyle TBK m. 29 kapsamında kira sözleşmesine ilişkin yapılmış bir ön sözleşme niteliğinde olacaktır. Ön sözleşme niteliğinde olan böyle bir taahhüt, taraflara kira sözleşmesini kurma borcu yükler.

Yatırımcıya belirli konularda hizmet alınacağı, tesisin bakımı ve onarımının yaptırılacağı ve bunlar karşılığında belirli bir bedel ödeneceğine dair taahhüt verilmesi halinde bunlar da garanti sözleşmesi niteliğinde olmayacaktır. Burada da hizmet alımı, bakım ve onarım işlerinin bir araya geldiği karma bir sözleşmenin ileride kurulacağına yönelik bir ön sözleşme niteliği bulunmaktadır. Yatırımcıya tesisin belirli yerlerini kendi nam ve hesabına işletme hakkı tanıma taahhüdünde de garanti niteliği bulunmamaktadır. Burada da imtiyaz benzeri sözleşmesel bir edim taahhüdü bulunmakta olup, yatırımcının yapmış olduğu yapıya karşılık belirli bir süre gelir elde edebileceği bir kısım yerlerin işletme hakları tanınmaktadır.

Sadece tesisin kiralanması bir teminat sözleşmesi niteliğinde olmasa da, yapım sözleşmesi içinde yatırımcıyı sevk ve teşvik etmek amacı ile bağımsız bir garanti taahhüdü de verilmiş olabilir. Bunun için her bir somut sözleşmeye bakmak gerekecektir. Örneğin, yatırımcıya her halde sözleşmenin diğer hükümlerinden etkilenmeksizin mutlaka belirli bir miktarda kira gelirine veya hizmet bedeline sahip olacağı taahhüt edildi ise garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir.

39. Enerji projelerinde, üretilen enerjiyi satın alma taahhüdü bakımından, bu sözleşmeler sadece menkul satış sözleşmesi niteliğinde ise, bulunması gereken esaslı unsurlardan biri de satış bedeli (semen) olduğundan belirlenen bedeller döviz üzerinden belirli bir süreliğine sabitlenmiş menkul satış sözleşmesi hükmünde olup, üretilecek miktar en baştan belirli olmasa da garanti sözleşmesi niteliğinde olmayacaktır. Bu sözleşmelerde verilen ileride üretilecek elektriğin tamamını satın alma taahhütleri, ümit veya şans satımı olarak isimlendirilen satış sözleşmelerinin özelliklerini taşımaktadır. Sözleşme, üretilecek elektriğin miktarına bağlı olmaksızın koşulsuz olarak kurulmakta, satışın kapsamı ve konusu ise üretimin gerçekleşmesi ile ileride belirli hale gelmektedir.

Proje şirketinin planlanan aylık üretim miktarlarına ulaşamaması halinde eksik olan miktarı temin edip, satışa sunma taahhüdü vermesinde de garanti sözleşmesinin unsurları bulunmamaktadır. Burada sözleşmesel bir edim taahhüdü bulunmakta olup, sözleşmenin bu hükmü de menkul satış sözleşmesine tabi olacak niteliktedir.

Buna karşılık proje şirketince üretilecek elektriğin belirli bir süre için belirli bir miktardan TETAŞ (sonradan EÜAŞ) tarafından satın alınacağı taahhüdünü veren tüm üçüncü şahıslar için saf garanti sözleşmesi söz konusu olabilecektir.

40. Garanti veren, borca aykırı davranması ile birlikte meydana gelen zararı tazmin etmemekte, riskin gerçekleşmesi ile meydana gelen zarar için önceden sözleşme ile taahhüt ettiği borcunu ifa etmektedir. Garanti sözleşmesinde var olan borç tazminat olarak adlandırılrsa da burada gerçekte tazminat değil, garanti verenin sözleşme ile yükümlendiği ödeme borcu (asıl borç) bulunmaktadır.

41. Garanti niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından borcun kapsamı riskin gerçekleşmesi ile oluşan zarar tutarı olup, olumlu zararlardır. Bu nitelikteki asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde zararın giderimi genel olarak önceden belirlenen miktardaki paranın ödenmesi suretiyle ifa edilir.

42. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin garanti niteliğinde olanlar için ödeme borcunun doğum anı riskin gerçekleşme anıdır. O halde yol, köprü, tünel, havalimanı projelerinde hesaplamaya ve taahhüde esas alınan belirlenmiş olan periyotun bitme tarihinde taahhüt edilen araç ve yolcu sayısına ulaşamadığı anda risk de gerçekleşmiş olur ve ödeme borcu da o anda doğar. Bununla birlikte tazmin borcunun muacceliyeti vadeye bağlanmış olabileceği gibi riskin gerçekleşmesi süreye bağlanmış da olabilir.

43. Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından alacağın devrine esas olacak temel ilişki en baştan belirli olup, taahhütler nedeni ile ileride doğacak alacak, alacağın devrine konu edilebilir.

44. Riskin gerçekleşmesi, garanti konusu borcun doğumu bakımından yeterli ise de ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğünün bulunmaması halinde, garanti alanın ödemeyi talep edebilmesi için riskin gerçekleştiğini ve zarara uğradığını ispat etmesi gerekmektedir.

45. Garanti alanın kusurlu hareketi neticesinde riskin gerçekleşmesi ile ilgili

olarak ilk bakılacak olan taraflar arasındaki sözleşmedir.

Sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması halinde, konuyu garanti kurumunun amacı (ratio legis) kapsamında değerlendirmek gerekir. Saf garanti taahhütlerinde amaç, riskin sonuçlarının üstlenilmesi suretiyle garanti alanı belirli bir hareket tarzına sevk ve teşvik etmektir. Ancak bu amaç, garanti alanın kendi sebep olduğu risklerin karşılanması değildir. Bir başka ifade ile, garanti sözleşmesi garanti alanı kendisinden doğan risklere karşı korumayı amaçlamamaktadır. Garanti alan, kendisi dışındaki unsurlardan doğan risklere karşı korunduğuna göre kurumun varlık sebebi ve şart kavramından yola çıkarak değerlendirme yapılmalıdır. Henüz sorumluluk aşamasına geçilmemişken, garanti verenin ödeme borcunun kapsamı TBK m. 114 f. 2 atfı ile TBK m. 52 f. 1 hükmü dikkate alınarak tespit edilemez.

Garanti alanın riskin gerçekleşmesine kendi kusuru ile sebep olduğu durumlar, koşulda taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı olarak koşulun gerçekleşmesini sağladığı veya koşulun gerçekleşmesine engel olduğu durumlara benzetilmektedir. TBK m. 175 f. 2 hükmü garanti sözleşmesinde riskin gerçekleşmesi bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Bu hükme göre, böyle bir durumda koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır. Hayatın olağan akışında risk gerçekleşmeyecek iken, garanti alanın haksız bir menfaat elde etmek için kendi kusuru ile riski gerçekleştirmesi hali, hakkın kötüye kullanılması olup, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.

Riskin gerçekleşmesi bakımından yalnızca garanti alanın ağır kusurunun dikkate alınmasını savunan görüşün hukuki dayanağı bulunmamaktadır. TBK m. 114 f. 1 hükmünün ilk cümlesine göre “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur.*” Sorumluluğun daraltılması ve kusurun yalnızca ağır derecesinden sorumluluk ya kanun nedeni ile ya da sözleşme nedeni ile ortaya çıkabilir. Öte yandan garanti verenin ödeme borcunu tespit etmek, borca aykırılık ve haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun sınırlarını tespit etmekten farklıdır. Buradaki mesele kusurlu bir şekilde borca aykırılık nedeni ile sorumsuzluğun sınırlandırılması değil, kusurlu bir şekilde riskin gerçekleşmesi nedeni ile garanti sözleşmesi kapsamında ödeme borcunun sınırını tespit etme

meselesidir. Bu nedenle garanti alanın kusuru ile riskin gerçekleşmesi hali için kusurun tüm dereceleri dikkate alınarak açıkladığımız esaslara göre koşul hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir.

Garanti alanın kusurlu davranışının riske matematiksel olarak hangi oranda etki ettiği tespit edilebilmekte ise, yukarıda belirttiğimiz şartların da varlığı halinde, ödemenin tamamı değil, riskin gerçekleşmesine yaptığı etki oranında kaybı söz konusu olmalıdır.

46. Saf garanti taahhütlerinde, garanti konusu riskin mücbir sebepler veya kaza ve beklenmeyen haller sonucu gerçekleşmesinin bir öneminin olmaması gerekir. Garanti veren, bir sonucun gerçekleşmesi, bir diğer ifade ile bir riskin gerçekleşmemesi için garanti verdiğine göre her halde riskin gerçekleşmesinden sorumlu olmalıdır.

47. Saf garanti sözleşmeleri bakımından başlangıçtaki imkansızlığın iki şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Birinci imkansızlık hali “davranışın (teşebbüsün) imkansızlığı”, ikinci imkansızlık hali ise “sonucun imkansızlığı”dır.

Garanti alanın sevk ve teşvik edilmek istenen davranışta bulunması baştan itibaren objektif olarak imkansız ise, garanti sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Zira, böyle bir halde riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği garanti alanın davranışı sonucu görülecektir. Buna göre yapım sözleşmesine konu projelerin gerçekleştirilmesi daha en baştan imkansız ise, bu kapsamda verilen garanti taahhütleri de hükümsüz olacaktır. Ancak, imkansızlık sadece projenin bir kısmına mahsus ise her zaman garanti taahhütlerinin de azalması sonucu doğmamalıdır.

İkinci imkansızlık hali, sonucun imkansızlığıdır. Bu halde, objektif olarak sonucun gerçekleşmesinin imkansız olması tek başına garanti sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Taraflar sonucun imkansız olduğunu bilmiyorlarsa sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmek gerekir. Zira, sübjektif de olsa taraflar bakımından bir riskin varlığından söz edilmelidir.

Objektif imkansızlık, daha en baştan hem garanti alan hem de garanti veren tarafından biliniyor ise, garanti sözleşmesinden de bahsedilemeyecektir. Garanti veren

imkansızlığı biliyor ancak garanti alan bilmiyorsa sözleşmeyi geçerli saymak gerekir. Garanti veren imkansızlığı bilmiyor, ancak garanti alan biliyor ise, sözleşme yine geçerli kabul edilir. Ancak böyle bir halde garanti veren hile hükümlerine dayanabilir.

48. Özellikle sonradan ortaya çıkan hukuki imkansızlıklarda, kamu tarafından gelen bir hukuki engelin bu taahhütlere etkisi hususunda dikkatli bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira bu taahhütler zaten yatırımcıyı bu tür risklerden korumak için getirilmiştir.

49. Saf garanti taahhütleri bakımından uyarılama meselesi bu sözleşmelerin en önemli unsuru olan riskle yakından ilgilidir. Uyarılama, teminat sözleşmelerinde ve bu arada garanti taahhütlerinde de söz konusu olabilir. Teminat sözleşmelerinde uyarılama bakımından en önemli husus, ileride ortaya çıkan durum değişikliğinin sözleşmenin kapsamına girip girmediğinin tespittir. Bu tespit, tarafların sözleşme ile üstlendikleri riskin sözleşmenin niteliği ve somut olayın özellikleri de dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılır.

Risk teşebbüsün amacına ve mahiyetine uygun olarak artmış ise sözleşmede değişiklik olmayacaktır. Yapım sözleşmelerinin ve asgari ekonomik menfaat taahhütlerinin özellikleri, tarafların nitelikleri ve sözleşmenin süresi dikkate alındığında saf garanti taahhüdü niteliğinde olan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinde ödeme borcu ile ilgili bir uyarılama söz konusu olamaz.

6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan şehir hastaneleri ve sağlık tesisleri ile ilgili olarak verilen taahhütler garanti niteliğinde değil ise bir risk değerlendirmesi yapmak gerekir. Yatırımcı, sadece yatırım konusu sağlık tesisini yapacak ve bunun karşılığında kira alacak ise, daha önceden de ifade ettiğimiz üzere burada bir garanti sözleşmesi unsuru yoktur. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde kira hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak, böyle bir halde kira hükümlerinin bu sözleşmeler bakımından aynen uygulanması mümkün değildir. Bu sözleşmelerin büyük maliyet gerektiren ve özel bir kanuna dayalı olarak belirli haklar kapsamında yerine getirilmesi ve bu hakların projenin kendisinden doğan bir kısım risklerin karşılığı olarak yatırımcıya

tanınmış olması, kira bedelinin normal bir kira sözleşmesi gibi uyarlanmasına engel olmalıdır. Aynı şekilde, garanti niteliğinde olmayan enerji alım taahhütleri ile ilgili uyarlama konusunda da sıkı bir inceleme yapılmalıdır.

50. Saf garanti taahhütlerinde genel olarak üçüncü kişilerin doğrudan doğruya bir yükümlülük üstlendiklerine rastlanmaz. Örneğin, bir sergiyi yüz bin kişinin ziyaret edeceği garanti edildi ise ancak elli bin kişi ziyaret etti ise garanti veren bakımından bir rücu hakkı doğmayacaktır.

Yapım sözleşmelerinde yer alan asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden saf garanti taahhüdü niteliğinde olanlar da yol, köprü, tünel projelerinde verilen araç geçiş garantilerinde de havalimanı projelerinde verilen yolcu garantilerinde de, ne belirli bir üçüncü şahsın varlığından ne de bu üçüncü şahısların garanti alan yükleniciye karşı bir edim yükümlülüğü içerisine girdiğinden bahsetmeye imkan bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 61 kapsamında bir zararla ilgili garanti veren garanti sözleşmesi kapsamında sorumlu iken, garanti alana karşı aynı zarar nedeni ile üçüncü bir şahıs haksız fiil vb. başka bir sebeple sorumlu olabilir.

51. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden saf garanti niteliğinde olanlar bakımından garanti verenin önceden belirlenmiş olan götürü bedeli isteyebilmesi için zarara uğraması dahi gerekmemekte ve yalnızca riskin gerçekleşmesi yeterli olmaktadır. Bu bakımdan garanti taahhüdünün zarardan bağımsız bir talep hakkı doğurduğunu kabulde zaruret bulunmaktadır. Bu nedenle garanti sözleşmesinde götürü bedel belirlenmesi halinde artık garanti verenin yükümlülüğünün kapsamını gerçek zarar miktarı az olsa da tarafların belirlediği götürü miktarda kabul etmek, gerçek zarar miktarı çok da olsa, tarafların önceden belirlediği götürü miktarla sınırlı kabul etmek gerekmektedir.

52. Asgari ekonomik menfaat taahhütlerinden doğan borçlar da TBK m. 131 vd. hükümlerine göre ifa, ibra, yenileme, birleşme, imkansızlık, takas gibi nedenlerle sona erecektir.

53. Yapım sözleşmeleri bakımından idarenin yükleniciden başka alacağı olması halinde, sözleşmede aksi düzenlenmedi ise, idare garanti konusu ödeme borcu için takas hakkını kullanabilmelidir.

54. Garanti niteliğinde olmayan taahhütler aksine bir düzenleme de yok ise yapım sözleşmesinin sona ermesi ile bitecektir. Garanti niteliğindeki taahhütler bakımından ise, riskin gerçekleşip gerçekleşmediği her bir dönem için (aylık veya yıllık olarak) bakılacak olup, risk gerçekleşmeden (belirlenen sayıya ulaşılması halinde) bir dönemin sona ermesi ile birlikte, o dönem için garanti verenin yükümlülüğü de sona erecektir.

55. Garanti niteliğinde asgari ekonomik menfaat taahhütleri bakımından doğacak alacaklar kanunda bu konuda başkaca bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olduğundan TBK m. 146 kapsamında genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

56. Yapım sözleşmelerinin herhangi bir sebeple sona ermesi, garanti niteliğinde olmayan sözleşmesel taahhütlerin de sona ermesi sonucunu doğurur. Garanti niteliğindeki taahhütler ise kural olarak aksi düzenlenmedi ise, garantinin bağımsız niteliği nedeni ile yapım sözleşmesinin sona ermesinden doğrudan doğruya etkilenmez.

57. Yapım süresi içerisindeki fesih de genel olarak riskin ortaya çıkma imkanı bulunmadığından yapım sözleşmesinin feshedilmesi ile garanti sözleşmesi ile ilgili hükümler de sona erecektir. Ancak, bu sona erme, yapım sözleşmesine olan bağımlılıktan değil, garanti sözleşmesinin kendi niteliğindeki risk unsuru ile ilgili olan eksiklikten kaynaklanmaktadır.

58. Yapım sözleşmesi işletme döneminde feshedildi ise, bu durumda rizikonun fesih ile birlikte imkansızlaşmasında garanti veren iş sahibi idarenin kusuru yok ise garanti sözleşmesi, TBK m. 136 kapsamında sona ermelidir. Buna karşın, iş sahibi, söz konusu fesihden kusuru nedeni ile sorumlu ise, garanti taahhütleri kapsamındaki sorumluluğu devam etmelidir.

59. Yüklenici (garanti alan) haksız veya keyfi olarak yapım sözleşmesini feshetmekte ise garanti sözleşmesinin geçerli olarak varlığını sürdürmemesi gerekir. Bu durumda da TBK m. 136 uygulanmalı, borçlunun (garanti veren idarenin) sorumlu tutulamayacağı sebeplerle rizikonun gerçekleşmesinin imkansız hale geldiğı kabul edilmelidir.

Buna karşılık, yüklenici sözleşmeyi idarenin kusuru nedeni ile haklı olarak feshetmekte ise, sözleşmede açık hüküm bulunmadığı sürece kanaatimizce TBK m. 136 kapsamında borçlunun sorumlu tutulabileceğı sebepler nedeni ile garanti sözleşmesinin geçerliliğini koruduğunu kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Acar, Faruk, **Kira Hukuku Şerhi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Acar, Faruk, **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Acar, Faruk, “Sözleşmelerin Uyarlanmasında Öngörülmez Olgı”, Murat Topuz (Ed.), **Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, ss. 15-19.

Acar, Özlem, **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Akkuş, Turan, “Legal Challenges of Financing New Build Nuclear Power Plants and Role of Government Supports to Deal with These Challenges in Different Electricity Market Structures”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. The Dickson Poon School of Law, King’s College London, 2019.

Akyol, Şener, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, II. Fasikül**, İstanbul, Afa Matbaacılık, 1997.

Akyol, Şener **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2006.

Akyol, Şener, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Akyol, Şener, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Akyol, Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Altay, Sabah, “Borca Katılma”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Marmara Üniversitesi SBE, 2010.

Altunkaya, Mehmet, “Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Selçuk Üniversitesi SBE, 2004.

Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015.

Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015.

Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015.

Antalya, O. Gökhan, **Hukuk Teorisi**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.

Antalya, O. Gökhan ve Topuz, Murat, **Medeni Hukuk**, İstanbul, Legal Yayınları, 2016.

Altaş, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.

Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Arat, Ayşe, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Atalay, Oğuz, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.

Ayan, Serkan, “TBK m. 583-588 Kefalet Sözleşmesi”, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu** içinde, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 4173-4280.

Aydın, Eyüp Vural, Yerel Yönetimlerde Altyapı Yatırımlarının Finansmanı: Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Marmara Üniversitesi SBE, 2014.

Barlas, Nami, **Makalelerim, C. 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

Baysal, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü**, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Baysal, Başak, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 138 Hükmü Uyarınca Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması”, Emrehan İnal (Ed.), **Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı** içinde, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 135-154.

Bingöl, F. İtır, **Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Bunni, Nael, **The FIDIC Forms of Contract**, Third Edition, Blackwell Publishing, 2005

Buz, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin

Yayınları, 1998.

Buz, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Canbolat, Ferhat, **Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Canbolat, Ferhat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Cevlan, Durmuş, “Elektrik Tedarik Sözleşmelerinde Bedel”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi SBE, 2012.

Çakır, Hüseyin Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.

Çakır, Mehmet Kadir, **6428 Sayılı Kanununa Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model: Yap Kirala Devret**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Çakırca, Seda İrem, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Çetiner, Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

Çifçi, Hasan Basri, **Devlet Garantileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

Dayınlarlı, Kemal, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri **(Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381) ss.221-232.**

Dayınlarlı, Kemal, **İnşaat Sektöründe Müşavirlik Mühendislik Sözleşmesi**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1998.

Dayınlarlı, Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 2003.

Dayınlarlı, Kemal, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Devri**, 5. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 2019.

Delmon, Jeffrey, **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure**, Cambridge University Press, Second Edition, 2017.

Delmon, Jeffrey, **Public-Private Partnership Programs**, Wolters Kluwer, 2014.

Demirboğa, Dursun Ali, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları,

2013.

Develioğlu, Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Develioğlu, Hüseyin Murat, **Takas**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Develioğlu, Hüseyin Murat, “TBK m. 128 Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme”, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, ve Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu** içinde, C. 2-3, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 1515-1556

Dewar, John, **International Project Finance**, New York, Oxford University Press, 2011.

Doğan, Vahit, **Teminat Mektupları**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.

Duman, İ. Hasan, **İnşaat Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Ekşi, Nuray, “FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 181-217.

Erdem, Mehmet, “TBK m. 177-182 Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu”, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, ve Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, C. 2-3, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 2249-2338.

Eren, Fikret, “Borçlar Hukuku Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 3.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:457) ss.49-61.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Eren, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, AÜHF Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.

Erekmekçi, Müge, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Ergün, Çağdaş Evrim, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010.

Ergüne, Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.

Erlüle, Fulya, **Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

Erman, Hasan, “İnşaat Hukukunun Genel Esasları”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.1-8.

Evren, Çınar Can, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Gökyurt, Fatih, **İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Gönen, Doruk, **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, 3. Baskı, Ankara, Kazancı Yayınları, 1977.

Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I**, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut, **İdare Hukuku İdari Yargılama Hukuku, C. II**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Gümüş, Mustafa Alper, **Türk İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınları, 2015.

Gür, Necip Taha, **İdarenin Özendirme Ve Destekleme Faaliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.

Güran, Sait, **Kamu Hizmeti Uygulama Sözleşmelerinde Gündeme Gelen İdare Hukuku Meseleleri**, Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

Gürzumar, Osman Berat, **Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 1998.

Gürzumar, Osman Berat, **Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Hatemi, Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997.

Irwin, Timothy C., **Government Guarantees, Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects**, The World Bank, 2007, ss. 1.

İnal, Emrehan, **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

İnanç, Mehmet, **Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

İnceoğlu, Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

İpek, Eyüp, **Edime Uygun İfa Kuralı Ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Kahraman, Zafer, **Saf Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Kahyaoğlu, Emin Cem, **Banka Garantileri**, İstanbul, Beta Yayınları, 1996.

Kanar, Mehmet, **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, İstanbul, Say Yayınları, 2011.

Kapancı, Kadir Berk, “Satım Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2009.

Kaplan, İbrahim, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Kaplan, İbrahim, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Kaplan, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996**, 3.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:457) ss.119-171.

Karabulut, Güzin Pekgüçlü, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi**. Ankara Üniversitesi SBE, 2005.

Karaca, Mehmet, **Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009.

Karagöz, Dilek, “Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2019.

- Karahanoğulları, Onur, **Kamu Hizmeti**, 3.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Karahasan, M. Reşit, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Üç Cilt, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- Karayalçın, Yaşar, **Avrupa, Cenevre, New York ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1991.
- Karayalçın, Yaşar, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, IV**, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.
- Kayak, Sevgi, **Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Kender, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, C. I**, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.
- Keskin, Bayram, **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Keşli, Ahmet, **PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**, İstanbul, Group Law Publishing Yayıncılık, 2016.
- Kocağa, Köksal, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, C.1**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Konuralp, Ayşen Çilenti, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kuntalp, Erden, Yargıtay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmesini Ele Alış Biçimine Eleştirel Bir Bakış, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 753-764.
- Kuntalp, Erden, **“Karışık Muhtevalı Akit”**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1971.
- Kuntalp, Erden “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1995, ss. 263-299.
- Kurşat, Zekeriya, “İhale İle İnşaat Sözleşmesi Arasındaki İlişki”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 431-439.
- Kurşat, Zekeriya, **İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri**, Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004.
- Kurşat, Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2017.

Kuru, Baki, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I**, 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1999.

Malbeği, Nida, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik”**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

Cangiano, M / Anderson, Barry / Alie, Max / Petrie, Murray ve Hemming, Richard (ed.). **Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk**, Washington, International Monetary Fund, 2006.

Moroğlu, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Nomer, Haluk Nami ve Ergüne, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami, **Medeni Hukuk**, 25. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Oğuzman, Kemal M. / Seliçi, Özer ve Oktay- Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Bası İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Oktay Özdemir, Saibe, “İsimsiz Sözleşmeler”, Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Hüseyin Murat Develioğlu (Ed.), **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4-5**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 2533-2588.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I**, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III**, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Öz, Turgut, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 441-469.

Öz, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

- Özay, İl Han, **Günüşğinde Yönetim**, 3.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Özçelik, Şemsi Barış, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları”, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**. Ankara Üniversitesi SBE, 2009.
- Özen, Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Paket, Sabure, **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Pınar, Yunus Akşin, **Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Pulaşlı, Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1989.
- Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Reisoğlu, Seza, **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, 4. Baskı, Ankara, 2003.
- Reisoğlu, Seza, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963.
- Reisoğlu, Seza, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 2013.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Elbir, Halid Kemal, **Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I/1**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Elbir, Halid Kemal, **Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. II**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958.
- Seçer, Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Serozan, Rona, **Eşya Hukuku, C. I, 3. Bası**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Serozan, Rona, **Medeni Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Serozan, Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Sezginer, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Sirmen, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992.

Stammler, Rudolf, **Der Garantievertrag**, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 69, H. 1, 1886.

Şahin, Hale, **Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Şener, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tandoğan, Haluk, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959.

Tandoğan, Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, 1961 yılı baskısından tıpkı bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tekinalp, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Tekinay, Sulhi Selahattin/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tekinsoy, Ayhan, “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**. Ankara Üniversitesi SBE, 2002.

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal ve Develioğlu, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Topuz, Murat, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Tuhr, Andreas von, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, (Çeviren: Cevat Edege), C. 1-2, Ankara, Yargıtay Yayını No:15, 1983.

Türegün, Necip, “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici İşletmeci Mühendisler ve Hukukçular İçin Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 3.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:457), ss.253-285.

Ulusoy, Ali, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Uygur, Turgut, **Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1993.

Uz, Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, 1.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Ünan, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. III**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Yasin, Melikşah, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2007.

Yavuz, Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1989.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk ve Özen, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.

Yazıcıoğlu, Emine ve Öğüz, Zehra Şeker, **Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

Yeniocak, Umut, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.

Yelmen, Adem, **Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, 1.Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Yerlikaya, Gökhan Kürşat, **Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Kaman, Nur / Özdemir, Eyüp / Üstün, Gül ve Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6.Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Yılmaz, Alper Çağrı, **Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Yılmaz, Halil, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Yüce, Melek Bilgin, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Yüce, Melek Bilgin, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Sürekli Yayınlar

Acar, Faruk, “İpotekte Güvence Altına Alınacak Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 6, S. 62, 2008, ss.475-492.

Acartürk, Ertuğrul ve Keskin, Sabiha, “Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, 2012, ss. 25-51.

Akgül, Şerife Yıldız, “Covid-19 Salgınının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Etkisi”, **İÜHFM**, C. 78, S. 2, 2020, ss. 961-981.

Akıntürk, Turgut, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, **AÜHFD**, 1970, C. 27, S. 3, ss. 219-147.

Akyılmaz, Bahtiyar, “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **GÜHFD**, C. XI, S. 1-2, 2007, ss. 449-469.

Alniak, M. İlhan, “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, **İÜHFM**, C. 35, S. 1-4, 1970, ss. 320-351.

Alperen, Altan, “Bağdat Demiryolu: Siyasal Sonuçları Olan Bir Türk-Alman Demiryolu Projesi”, **21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum**, C. 7, S. 19, 2018, ss.1-22.

Antalya, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, **MÜHF-HAD**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 1. Cilt Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, ss. 231.

Aral, Fahrettin, “Topyekün Temlik”, **AÜHFD**, C. 42, S. 1, 1992, ss. 93-140.

Arık, K. Fikret, “Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 1955, ss. 45-75.

Arkan, Sabih, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 16, S. 4, 1992, ss.59-86.

Avcı, Ali, “Kamu Yapım Sözleşmelerinde Geçici Hakediş Raporlarına İhtirazi Kayıt ve Hukuka Aykırılık Sorunu”, ss.172-192, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155576>> (Erişim Tarihi: 03.01.2020).

Avşar, Melis, “ICSID Konvansiyonuna göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 37 (2), ss.95-140 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/34702/383583>> (Erişim Tarihi 23.06.2020).

Aybay, Mehmet Erdem, “Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, Prof. Dr.

Cevdet Yavuz'a Armağan, **MÜHF-HAD**, Özel Sayı C. I, Y. 2016, C.22, ss. 323-347.

Azrak, A. Ülkü, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti”, **İÜHF**, C. 28, S. 2, 1962, ss. 367-381.

Boz, Selman Sacit, “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, **İnÜHFD**, Cilt:4, Sayı:2, 2013, ss. 278-332.

Cass, Ronald A., “Government Contract Bid Protest: Judicial Review and The Role Of The Court Of Claims”, **The University of Chicago Law Review**, 39 ss.814-835 <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3744&context=uclr>> (Erişim Tarihi: 28.04.2020).

Canbolat, Ferhat / Topuz, Seçkin, “Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi Ve Ayırımda Uygulanacak Kıstaslar”, **TBB Dergisi**, S. 78, Y. 2008, ss. 56-57.

Demirbaş, Harun, “Usulüne Uygun Yapılmayan İhalenin İdare Mahkemesi Kararı ile İptalinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (1), Bahar 2017, s. 103-121

Duran, Lütfi, “İdari Yargı Adlileşti”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y. 1982, C. 3, S. 1-3, ss. 54-83

Duran, Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, **AÜSBFD**, Y. 1991, C. 46, ss. 147-170

Esirgen, Seda Örsen, “II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyyeye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”un Kabulü”, **AÜHFD**, C. 60, S. 4, 2011, ss. 935-962.

Kapancı, Kadir Berk, “Satıcının Satış Konusu İle İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri”, **İnÜHFD**, C. 6. S. 2, 2015, ss. 319-368.

Kapancı, Kadir Berk, “Dönme Cezası Ve Cayma Parası Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 2, ss. 247-270.

Karahanogulları, Onur, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)”, **AÜSBFD**, C. 66, N. 3, 2011, ss. 177-215.

Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 1998, ss. 4. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48138/608875>> (Erişim Tarihi: 13.05.2020).

Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, **İÜHF**, C. 55, S. 1-2, 1996, ss. 263-296.

Özçelik, Şemsi Barış, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve

Sonuçları”, **AÜHFD**, 63 (3) 2014, ss. 569-622.

Özel, Çağlar / Özcan Büyüktanır, Burcu G. ve Özel, Fatma, **Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler**, ss. 2075-2125, <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/27-%C3%96ZEL-B%C3%9CY%C3%9CKTANIR-%C3%96ZEL.pdf>> (Erişim Tarihi: 21.03.2020).

Paslı, Ali ve Veziroğlu, Cem, “Hedef Anonim Ortaklığın Kar Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını (TTK380/1) İhlal Eder Mi?”, **İÜHFM**, 76/1, 2018, ss. 257-275.

Rostow, W.W., “Sanayi Devrimi Nasıl Başladı”, **İÜİFM**, C. 30, S. 1-4, 1970, ss. 255-278.

Sarı, Suat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, **İÜHFM**, C. LXIV, S. 2, 2006, ss. 273-299.

Sayın, Feyza Eren ve Koyuncu, Berk Kenan, “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış”, **İÜHFM**, C. LXX, S. 1, 2012, ss. 319-356.

Saymen, Ferit Hakkı, “Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?”, **İÜHFM**, C. 6, S. 1, 1940, ss. 126-145.

Tan, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, **AÜSBFD**, C. 47, S. 3-4, 1992, ss.307-235.

Tan, Turgut, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C. 22, S. 2, 1967, ss. 285-326.

Tatlı, Burçak, “Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı”, **İnÜHFD**, C. 9, S. 1, Y. 2018, ss. 77-104.

Toprak, Eren, “Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme”, **TBB Dergisi**, 145, 2019, ss. 370-395.

Ünlütepe, Mustafa, “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, **TBB Dergisi**, 102, 2012, ss.173-21.

Yavuz, Cevdet, “Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri”, **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 12, S. 1-2, 2004, ss. 17-61.

Yayla, Ahmet, “Fiili veya Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, **DEÜHFD**, C. 17, S. 2, 2005, ss. 233-271.

Zehreddin Arslan ve Nilay Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 4, S. 8, Güz, 2005, ss. 14 vd.

Elektronik Kaynaklar

Kamu İhale Kurumu. 2018.

<https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_2018_alt%C4%B1_ay_rev3.pdf> (Erişim Tarihi: 02.01.2019)

Kamu İhale Kurumu. 2017.

<http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2017_kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_rev3.pdf> (Erişim Tarihi: 02.01.2019)

Mihaly International Corporation V. Sri Lanka, ICSID Case No. Arb/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Separate Concurring Opinion. 2002.

<<https://arbitrationlaw.com/library/mihaly-international-corporation-v-sri-lanka-icsid-case-no-arb002-united-states-sri-lanka-bit>> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı, Temel AB Terimleri,

<https://www.ab.gov.tr/files/rehber/10_rehber.pdf> (Erişim Tarihi: 01.05.2020)

European Commission, Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, 2004. <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en>> (Erişim Tarihi: 01.05.2020)

World Bank, PPP Reference Guide 3.0,

<https://library.pppknowledge.org/documents/4699/download>; (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu-Özel İşbirliğine İlişkin Gelişmeler Raporu-2018. 2019 <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/05/Kamu-Ozel_Isbirligi_Raporu-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 03.05.2020)

European Commission, PPP, <<https://ec.europa.eu/inea/en/ten-t/ten-t-projects/projects-by-transport-mode/ppp>> (Erişim Tarihi:18.03.2020)

<<http://www.kgm.gov.tr/Sayfalar/KGM/SiteTr/Kurumsal/Tarihce.aspx>> (t.y) (Erişim Tarihi: 03.02.2019)

Adapazarı ve Gebze Elektrik Santralleri. (t.y) <http://www.enkapower.com/adapazari-elektrik-uretim-ltd-sti/> (Erişim Tarihi:22.05.2019)

T.C Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü.2019

<<https://sygm.saglik.gov.tr/TR,33960/sehir-hastaneleri.html>> (Erişim Tarihi:09.05.2019)

21.06.2020)

Çevresel ve Sosyal Etki Değerlendirme Raporu. 2018
<<http://www.1915canakkale.com/cmsfiles/Galleries/6796/cevresel-ve-sosyal-etki-degerlendirmesi.pdf>>(Erişim Tarihi:21.06.2020)

T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı. 1915 Çanakkale Köprüsü yapımı ihalesi sonuçlandı. 2017. <<https://www.uab.gov.tr/haberler/1915-canakkale-koprusu-yapimi-ihalesi-sonuclandi>> (Erişim Tarihi: 21.06.2020)

Munyar, Vahap. “Çanakkale Köprüsü 16 milyar dolarlık ekonomi yaratacak”. 21.03.2018. <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/vahap-munyar/canakkale-koprusu-16-milyar-dolarlik-ekonomi-yaratacak-40779021?utm_source=t.co&utm_medium=post&utm_campaign=canakkale-koprusu-16-milyar-dolarlik-ekonomi-yaratacak-40779021&utm_term=post> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

İşte Köprü Gerçekleri. 02.07.2017. <<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/iste-kopru-gercekleri-40507240>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

3.Köprü’de Kazanan Belli Oldu. 30.05.2012 <<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/3-koprude-kazanan-belli-oldu-20645235>>(Erişim Tarihi:21.06.2020)

3.Köprü Bağlantı Yolları İçin İhale Yapıldı. 22.10.2016
<<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/3-kopru-baglanti-yollari-icin-ihale-yapildi-40105282>>(Erişim Tarihi: 21.06.2020)

Kuzey Marmara Otoyolu İhalesi Sonuçlandı. 17.05.2016.
<<https://www.haberturk.com/ekonomi/emlak/haber/1240919-kuzey-marmara-otoyolu-ihalesi-sonuclandi>>(Erişim Tarihi:21.06.2020)

Çevresel ve Sosyal Etki Değerlendirme Raporu. 2018.
<http://www.kuzeymarmaraotoyolu.com/Content/files/raporlar/MOAO_KMO_Asyas_Nihai_CSED_Bolumler-compressed.pdf>(Erişim Tarihi:21.06.2020)

Çevresel ve Sosyal Etki Değerlendirme Raporu. 2018.
<http://www.kuzeymarmaraotoyolu.com/Content/files/raporlar/MOAO_KMO_Avrupa_Nihai_CSED_Bolumler.pdf>(Erişim Tarihi:21.06.2020)

Avrasya Tüneli, <<https://yapimerkezi.com.tr/PdfDosyaları/c5e0e4ba-9440-45d6-acfd-eaa18dedc929.pdf>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

Ekinci, İbrahim. “Avrasya Tüneli, bu yıl taahhüt rakamı 68 bin 500 geçişe ulaşacak”. 29.01.2018. <<https://www.dunya.com/ekonomi/avrasya-tuneli-bu-yil-taahhut-rakami-68-bin-500-gecise-ulasacak-haberi-400613>>(Erişim Tarihi:21.06.2020)

Sözleşme Bilgileri. <https://yapim.otoyolas.com.tr/?page_id=4604#> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

Karayolları Genel Müdürlüğü, Ulaştırma Ve Altyapı Bakanımız M.Cahit Turhan' ın "Aydın-Denizli Otoyol İhalesi" ne İlişkin Basın Açıklaması.
<<https://www.kgm.gov.tr/Sayfalar/KGM/SiteTr/Duyurular/DuyuruDetay.aspx?Parameter=601>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı,
<<https://www.uab.gov.tr/uploads/cities/izmir/35-izmir.pdf>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

Yel, Şafak. “Menemen-Aliğa-Çandarlı Otoyolu’nun Bazı Kesimleri Trafiğe Açıldı”. 30.10.2019. <<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/menemen-aliaga-candarli-otoyolunun-bazi-kesimleri-trafige-acildi/1630271>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

İstanbul Yeni Havalimanı (t.y) <<https://www.cengizholding.com.tr/istanbul-yeni-havalimani-projesi/>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

Şimşek, Guntay. “İstanbul Havalimanı’nda kira ve yolcu garantisi ne zaman başlayacak?”. 27.12.2018. <<https://www.haberturk.com/yazarlar/guntay-simsek-1019/2273728-istanbul-havalimaninda-kira-ve-yolcu-garantisi-ne-zaman-baslayacak>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

3.Havalimanı projesi için hangi garantiler verildi. 29.10.2018.
<<https://www.yenicaggazetesi.com.tr/3-havalimani-projesi-icin-hangi-garantiler-verildi-210451h.htm>> (Erişim Tarihi:21.06.2020)

İlk İşletme Yılında Yolcu Hedefini Aşan İstanbul Havalimanı’ndan DHMİ’ye Ek Ödeme. (t.y) <<https://www.igairport.com/tr/basin-bultenleri/ilk-isletme-yilinda-yolcu-hedefini-asan-istanbul-havalimanindan-dhmiye-ek-odeme>, (Erişim Tarihi; 20.03.2020)

Reported Cases and Deaths by Country, Territory, or Conveyance
<<https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>> 2020 (Erişim Tarihi: 21.06.2020)

T.C İçişleri Bakanlığı, <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>> 2020 (Erişim Tarihi: 01.04.2020)

<<https://www.turkishairlines.com/tr-int/duyurular/coronavirus-salgini/seyahat-kisitlamalari/>>(Erişim Tarihi: 21.04.2020)

<<https://h2o.law.harvard.edu/collages/45210>> (Erişim Tarihi: 11.04.2020).

<<http://www.kazanci.com>>

<<https://www.resmigazete.gov.tr/>>