

ANAHTAR TESLİMİ GÖTÜRÜ BEDELLE AKDEDİLEN YAPIM İŞİ İHALE SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI*

Arş. Gör. Dr. Efe Bilke*

Öz

İdareler ihtiyaç duydukları yapım işleri için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ihaleye çıkmakta ve ihaleyi kazanan istekliyle sözleşme akdetmektedirler. Kural olarak yüklenicinin ihalede teklif ettiği bedelle sözleşmeyi yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak sonradan gerçekleşen değişiklikler belirlenen bedelle işin tamamlanmasını hakkaniyete aykırı hâle getirebilmektedirler. Böyle durumlarda sözleşmelerin uyarlanması gündeme gelmektedir. Götürü bedelle akdedilen eser sözleşmelerinin uyarlanması 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 480/II'de düzenlenmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinin ifa ve sona erme rejimini düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'ndaysa konuya ilişkin bir hüküm yoktur. 4735 sayılı Kanun madde 36 uyarınca Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde TBK'ye gidilecektir. Dolayısıyla mesele, TBK madde 480/II çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır. Ancak kamu ihale mevzuatında uyarlamaya dair doğrudan hüküm bulunmamasıyla beraber, uyarlama yapılırken göz önünde

* Bu makalede yazarın Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırladığı “İdarenin Sözleşmelerinde Mali Dengenin Korunması” isimli doktora tezinden yararlanılmıştır.

* Araştırma Görevlisi. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Res. Asst., University of Eskişehir, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Eskişehir, Türkiye.

✉efe.bilke@ogu.edu.tr • ORCID 0000-0002-8585-7526

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** BİLKE, Efe: “Anahtar Teslimi Götürü Bedelle Akdedilen Yapım İş İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması” SÜHFD, C. 33, S. 4, 2167-2218.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

bulundurulması gereken düzenlemeler mevcuttur. İşbu nedenle mesele kamu ihale mevzuatı da dikkate alınarak bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Aksi hâlde konunun kamu hukuku boyutu ve kendine has hususiyetleri göz ardı edilmiş olacaktır.

Anahtar Kelimeler

• Kamu İhale Sözleşmesi • Anahtar Teslimi Götürü Bedel • Eser Sözleşmesi • Malî Dengenin Bozulması • Uyarılama

ADAPTATION OF TURNKEY LUMP SUM PUBLIC PROCUREMENT CONTRATS REGARDING CONSTRUCTION WORKS

Abstract

Administrations go out to tender for the construction works they need in accordance with the Public Procurement Law No. 4734 and conclude a contract with the tenderer who wins the auction. As a rule, the contractor is obliged to fulfill the contract at the price offered in the auction. However, subsequent changes may make it unfair to complete the work at the price determined. In such cases, the adaptation of contracts is brought to the agenda. The adaptation of construction contracts concluded with a lump sum price is stipulated in Article 480/II of the Turkish Code of Obligations No. 6098. The Public Procurement Contracts Law No. 4735, which regulates the performance and termination regime of public procurement contracts, does not have a provision on the subject. Pursuant to Article 36 of Law No. 4735, in cases where there is no provision in the Law, the TCO shall be applied. Therefore, the issue will be resolved within the framework of Article 480/II of the TCO. However, although there is no direct provision on adaptation in the public procurement legislation, there are some provisions that should be taken into consideration when making adaptation. Thus, the issue should be addressed from a holistic perspective, taking into account the public procurement legislation. Otherwise, the public law dimension and the unique characteristics of the issue will be disregarded.

Keywords

• Public Procurement Contract • Turnkey Lump Sum Price • Construction Contract • Disruption of Financial Balance • Adaptation

GİRİŞ

İdare, üzerine düşen kamu hizmetlerini yerine getirirken özel hukuk kişilerinin işbirliğine sıklıkla başvurmaktadır. Bu işbirliği, bazen kamu hizmetinin devrine kadar giderken bazen de yalnızca kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan mal, hizmet ve yapım işlerinin tedariki ile yetinilir.

İdare; mal, hizmet ve yapım işlerinin tedarikini kamu ihale sözleşmeleri aracılığıyla yapmaktadır. Bu sözleşmeler, Türk hukukunda kaynak Fransız hukukunun aksine özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedirler.¹ Fakat kamu ihale sözleşmelerinin salt bir borçlar hukuku sözleşmesi olmadığını, kamu hukuku boyutunun da bulunduğunu belirtmek gerekir.

Uygulamada ikili bir ayrıma gidilmektedir. Sözleşmelerin akdedilmesine kadar olan süreç idarî yargının, sonraki süreç ise kural olarak adlî yargının görev alanına girmektedir.² Ancak belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığın çözüm yerinin adlî yargı olduğu hâllerde dahi mesele yalnızca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri çerçevesinde ele alınmaz. Bunun yanında başta 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) gelmek üzere kamu ihale mevzuatı da dikkate alınmalıdır. Zira mevzuatta kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması ve sona erdirilmesine yönelik ayrıntılı hükümler getirilmiştir. İşbu nedenle yetkili mahkemelerin TBK hükümlerini olduğu kadar kamu ihale mevzuatını da iyi bilmesi gerekir.

Bu durumun en güzel örneklerden bir tanesi inceleme konumuz olan anahtar teslimi götürü bedelle akdedilen yapım işi ihale sözleşmelerinin uyarlanmasıdır. KİSK, bu sözleşmelerin uygulanması ve sona erdirilmesine ilişkin bir rejim ortaya koymasına karşın malî dengenin bozulmasına yönelik bir hüküm getirmemiştir. KİSK madde 36 gereği ise kanunda hüküm bulunmayan durumlarda TBK'ye başvurulacaktır. Bundan dolayı da mesele, TBK madde 480/II temelinde çözüme kavuşturulacaktır. Fakat kamu ihale mevzuatı, sözleşmelerin uyarlanmasını doğrudan düzenlememekle beraber, uyarlama hakkında karar verilirken dikkate alınması gereken pek çok hüküm içermektedir. Bu nedenle de TBK

¹ **RICHER**, Laurent/**LIChÈRE**, François: Droit des contrats administratifs, 11. Baskı, Paris 2019, 107-8.

² UYM, 05.07.2021, E. 2021/342, K. 2021/391; UYM, 23.12.2019, E. 2019/606, K. 2019/811, (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 25.02.2024).

madde 480/II hükmünü anahtar teslimi götürü bedelle akdedilen yapım işi ihale sözleşmeleri özelinde incelemek faydalı olacaktır.

Diğer yandan son yıllarda ülkemizde sert fiyat hareketleri yaşanmakta ve kamuya iş yapan yükleniciler, başlangıçta anlaşılan bedelin artık işin gerçek karşılığı olmadığından sıklıkla yakınmaktadırlar. Bunun neticesinde de yüklenici ile işsahibi idare pek çok defa karşı karşıya gelmektedir. Dolayısıyla mesele güncellik arz ettiğinden böyle bir çalışma uygulamacılara da ışıktır.

Çalışmada öncelikle götürü bedelin ne olduğu üzerinde durulacak, sonrasında uygulanacak hükümlerin tespitindeki önemi nedeniyle kamu ihale sözleşmelerinin hukukî niteliği irdelenecektir. Sonrasında KİSK madde 4'de düzenlenen sözleşmenin değişmezliği ilkesi ve bu ilkenin sözleşmenin taraflarca uyarlanmasına engel olup olmadığı incelenecektir.

Devamında uyarlamanın şartları ele alınacaktır. Bu çerçevede öngörülemesizliğin takdir edileceği anın kamu ihale sözleşmelerindeki özgün durumu, hakedişlere esas teşkil eden hakediş raporlarının ihtirazî kayıtsız imzalanması ve sözleşmelerde yer alan fiyat farkı ödenmeyeceğine yönelik hükümlerin hukukî sonuçları üzerinde ayrıca durulacaktır.

En son olarak da uyarlamanın hüküm ve sonuçları anlatılacaktır. Uygulamada sözleşme değişikliği talebine olumlu yanıt alamayan yüklenicilerin tek taraflı biçimde sözleşmeyi feshederek ya da böyle bir beyanda bulunmaksızın iş bıraktığı görülmektedir. Bu başlık altında yüklenicilerin bu tutumlarına karşı KİSK'de nasıl bir yaptırım öngörüldüğü, Yargıtay ve Danıştay içtihatlarının ne yönde olduğu da ayrıca ele alınacaktır.

I.GÖTÜRÜ BEDELLİ ESER SÖZLEŞMELERİ

Gerçekleştirilecek yapım işi karşılığında yükleniciye ödenecek ücret, önceden ve kesin olarak belirlenmişse ortada götürü bedelli bir sözleşme var demektir.³ Öğretide götürü bedel, çeşitli alt başlıklara ayrılmıştır. Anahtar teslimi (yalın, toptan) götürü bedel denen ilk tipinde, mey-

³ **ERMAN**, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), 1. Baskı, İstanbul 1979, 63; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021, 427; **ZEVLİLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020, 567.

dana getirilecek eser için önceden tespit edilen sabit, tek bir meblağ ödenmektedir.⁴ Örneğin 100.000 Türk Lirası karşılığında 20 derslikli bir okulun boyanması işi, anahtar teslimi götürü bedelli bir iştir. Burada ücret, işin toplamı için verilmiş olup bu kapsamda kalan astar çekme, sıva yapma, zımparalama ve boyama gibi işlerin hepsi fiyata dâhildir.

Götürü bedelin ikinci tipi, değişken (global) götürü bedel olarak adlandırılmaktadır. Anahtar teslimi götürü bedelden tek farkı, kararlaştırılan ücretin belirli esaslar doğrultusunda güncellenmesidir. Bundan dolayı da ayrı bir başlık altında ele alınmasına rağmen anahtar teslimi götürü bedelin bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir.⁵

Fiyat farkı ödemesi öngörülen götürü bedelli yapım işi sözleşmeleri, değişken götürü bedelin en bilinen örneklerindendir. Okul örneğinden devam edecek olursak, burada da okulun 100.000 Türk Lirası karşılığında boyanması kararlaştırılmaktadır. Ancak yükleniciye hakedişleri verilirken sözleşmede saptanan esaslar çerçevesinde hesaplanan fiyat farkı da ödenmekte, böylece maliyetlerdeki artış fiyata yansıtılmaktadır. Dolayısıyla götürü bedelin sabit niteliği, bizzat sözleşme hükmüyle yumuşatılmaktadır.⁶

Götürü bedelin son türü ise birim fiyatlı götürü bedeldir. Bu yöntemde yapılacak iş birimlere ayrılmakta ve imâlatların her bir tanesi için ne kadar ödeme yapılacağı ayrı ayrı hesaplanmaktadır.⁷ Okulun boyanması işinde astar çekme, sıva yapma, badana gibi her bir iş için ayrı birim fiyat belirlenmektedir. Yapılacak işler ilgili birim fiyatla çarpılmakta, çıkan miktarların toplanmasıyla da ödenecek toplam bedel bulunmaktadır.

⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2021, 670-71; ÖZ, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 4. Baskı, İstanbul 2021, 64; KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2019, 182; ÖZER, Tolga: "Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması", Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 1, S. 2, 2019, 189-90; BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2019, 166.

⁵ KAPLAN, 185; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 1. Baskı, İstanbul 2018, 43-44.

⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 570.

⁷ EREN, 671; ÖZ, 64-65; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, C. 1, İstanbul 2022, 1145.

Anahtar teslimi götürü bedelde tüm iş için yuvarlak⁸ bir fiyat verilmekteyken burada parçalardan bütüne gidilmektedir. Fakat fiyat önceden belirlendiğinden burada da götürü bedel olduğu ifade edilmektedir.⁹

Buna karşın KİSK'in sözleşme türleri başlıklı 6. maddesi, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ve idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için isteklinin teklif ettiği birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme imzalanmasından bahsetmiştir.

Görüldüğü üzere KİSK, birim fiyat üzerinden akdedilen sözleşmeler için götürü bedel terimini kullanmamıştır. Buradan hareketle götürü bedelle akdedilen yapım işi ihale sözleşmelerinin uyarlanmasında özel düzenleme niteliğindeki TBK madde 480/II hükmüne başvurulacakken birim fiyatlı sözleşmelerin uyarlanmasında genel hüküm olan madde 138'e başvurulacağı söylenebilir.

Nitekim güncel tarihli bir kararında Yargıtay, birim fiyat üzerinden akdedilen yapım işi ihale sözleşmelerine genel hüküm niteliğindeki madde 138'in uygulanacağını hükme bağlamıştır.¹⁰

TBK madde 138 ve 480/II arasında şartları ve sonuçları bakımından elle tutulur bir fark bulunmadığı için bu ayrımın uygulamada ciddi bir sonucu olmayacaktır.¹¹ Bununla birlikte hukukî açıdan birim fiyatlı sözleşmelere de TBK madde 480/II hükmünün uygulanması daha isabetli olurdu. Zira KİSK'de her ne kadar bu sözleşmeler için götürü bedel ifadesi kullanılmasa da onlar, bünyelerinde götürü bedelin bütün özellikle-

⁸ Yuvarlak toplam fiyat "lump sump price" dendiğine dair bkz. **KAPLAN**, 182.

⁹ **KAPLAN**, 185-86; **ÖZDEMİR**, 46.

¹⁰ "Az yukarıda belirtildiği gibi TBK'nın 480/II. maddesindeki uyarlamaya ilişkin düzenleme ve hükmün götürü bedelli işlerde uygulanması mümkün olup, taraflar arasındaki sözleşmenin 6. maddesindeki düzenlemeden sözleşmenin birim fiyatlı sözleşme olduğu anlaşıldığından TBK'nın 480/II. maddesine göre bu sözleşmede uyarlama yapılması mümkün değildir. Birim fiyatlı eser sözleşmelerinde koşulları mevcut olduğu takdirde TBK'nın 138. maddesindeki düzenlemeye göre uyarlama talep edilmesi ve mahkemece uyarlama kararı verilmesi mümkün olabilir." Y. 15. HD, 02.06.2020, E. 2019/3771, K. 2020/1216, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 29.11.2024).

¹¹ Nitekim Öz, iki hüküm arasında ne şartları ne de sonuçları bakımından kayda değer bir fark bulunmadığını ifade etmektedir. **ÖZ**, 77.

rini barındırmaktadırlar. Bundan dolayı götürü bedel olarak değerlendirilmeli ve özel düzenleme olan TBK madde 480/II hükmüne başvurulmalıdır.

TBK, götürü bedelli eser sözleşmelerini madde 480’de düzenlemiştir. Buna göre yüklenici, eseri sözleşmede kararlaştırılan bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. O, öngörülenden fazla emek ve masraf gerektirmiş olsa dahi yüklenici bedelin artırılmasını talep edemeyecektir. Aynı şekilde işsahibi de eser öngörülenden az emek ve masrafla tamamlanmış olsa bile bedelin tamamını ödemekle mükelleftir.

Fakat öyle hâller olabilir ki, taraflarca başlangıçta yapılan bütün hesaplar boşa çıkabilir, edimler arasındaki denge yükleniciden katlanmasını beklenmeyecek raddede bozulabilir. Bu ihtimali düşünen kanun koyucu 480. maddenin 2. fıkrasında yüklenicinin lehine bir uyarılama imkânı getirmiştir. Benzeri bir düzenleme mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (EBK) 365. maddesinin 2. fıkrasında da bulunmaktaydı. Fakat EBK’de TBK’den farklı olarak uyarlamaya ilişkin genel bir hüküm yoktu. TBK’de konuya ilişkin hem genel bir düzenleme (madde 138) getirilmiş hem de götürü bedelli eser sözleşmeleri hakkındaki özel düzenleme korunmuştur. Öğretide ise madde 138’in bulunduğu bir denklemde eser sözleşmelerine yönelik özel hükmün korunması eleştirilmiştir.¹² Gerçekten de uyarlamaya ilişkin genel bir hükmün yokluğunda getirilen özel hükmün bir amacı ve işlevi vardır. Fakat ortada sözleşmeyi uyarılama noktasında başvurulabilecek genel bir düzenleme bulunmaktayken özel bir düzenlemeye ne derece ihtiyacın olduğu tartışmaya açıktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, 480. madde yüklenici lehine bir uyarılama imkânı getirmiş, işsahibinden bahsetmemiştir. Gönen, işsahibinden bahsedilmemesini bilinçli bir susma olarak değerlendirmiş ve işsahibinin ne madde 480’e kıyasen ne de genel hüküm niteliğindeki madde 138’e istinaden uyarılama talep edemeyeceğini ifade etmiştir.¹³

¹² **ATAMER**, Yeşim: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na ilişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, 2006, 37.

¹³ **GÖNEN**, Doruk: İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması İlişkin Sorunlar, İnal, Emrehan/ Baysal, Başak (Editörler), İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, 349-51.

Buna karşın öğretideki hakim ve bizim de katıldığımız görüş, işsahibinin de uyarılama talep edebileceği yönündedir.¹⁴ Kanun koyucunun yükleniciden bahsederken işsahibini zikretmemesi bilinçli bir susma değildir. Yaşam deneyimlerine göre edimler arasındaki dengesizliğin maliyet artışlarından kaynaklanması ve bundan da yüklenicinin mağdur olmasından hareketle yüklenici merkezinde bir düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar çok düşük bir ihtimal de olsa edimler arasındaki dengesizlik maliyetlerdeki ciddi azalmadan kaynaklanıyorsa işsahibi uyarılama talep edebilmelidir.¹⁵ Bu yorum, çıkış noktası ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumu gidermek olan uyarılama kurumu ve onun dayanağı niteliğindeki dürüstlük ilkesiyle de uyum içerisindedir.

Bazı yazarlar işsahibinin buradaki talebini genel hüküm niteliğindeki TBK madde 138'e dayandırırken¹⁶ bazı yazarlar da TBK madde 480/II hükmüne kıyasen¹⁷ uyarılama talep edileceği görüşündedirler. Yukarıda ifade edildiği üzere, iki hükmün şartları ve sonuçları arasında ciddi bir fark bulunmadığından bu görüş ayrımı daha çok kâğıt üstündedir. Uygulamada bir farklılık doğurmayacaktır.

II. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA ANAHTAR TESLİMİ GÖTÜRÜ BEDELLE AKDEDİLEN YAPIM İŞİ İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) yürürlüğe girmeden önce yapım işi ihaleleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) çerçevesinde yürütülmekteydi. DİK, tıpkı selefi 1934 tarih 2940 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu gibi akdedilen sözleşmelerin idarî sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu noktasında bir hüküm getirmemişti. Öğretide, yapım işlerine yönelik akdedilen sözleşmelerin bünyesinde

¹⁴ GÜRPINAR, Damla: Eser Sözleşmelerinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, 1. Baskı, İzmir 2006, 154-55; BAYSAL, Başak: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011: 482; ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi, içinde Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, 323-24; ÖZER, 193; ÖZ, 77; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2020, 403; BÜYÜKAY, 176.

¹⁵ GÜRPINAR, 155; ERGÜNE, 323-24.

¹⁶ BAYSAL, Değerlendirme, 482; ÖZER, 193; ÖZ, 77; GÜMÜŞ, 403.

¹⁷ GÜRPINAR, 154-55; BÜYÜKAY, 176; Yazar, TBK madde 480/II hükmünün yanı sıra TBK madde 138'den de kıyasen yararlanılabileceği görüşündedir. ERGÜNE, 323-24.

özel hukuku aşkın hükümler içermesi nedeniyle idarî sözleşme sayılmaları gerektiği ifade edilmişti.¹⁸ Buna karşın içtihatlar ise aksi istikamette, ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde seyretilmişti.¹⁹

KİK, yalnızca kendi kapsamında kalan işlerin ihale sürecini düzenlemiştir. Sözleşmenin yürütülmesi ve sona ermesi evreleri KİSK'e bırakılmıştır. KİSK ise 36. maddesinde Kanun'da düzenleme bulunmayan hâllerde TBK'nin uygulanacağını açık bir biçimde hükme bağlamıştır.

Burada kanun koyucu KİK kapsamında akdedilen sözleşmeleri açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak nitelememekle beraber çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku tespit etmek suretiyle farklı bir yoldan aynı sonuca varmıştır.²⁰

Buna karşın Gözler aksi kanaattedir. Yazara göre, KİSK'de düzenleme bulunmayan hâllerde TBK hükümlerinin uygulanacak olması bu sözleşmeleri kategorik biçimde özel hukuk sözleşmesi saymak için yeterli değildir. Zira idarî sözleşmelerde her zaman için TBK'nin genel hüküm olarak uygulanma ihtimali vardır.²¹ Burada yapılması gereken, bu sözleşmelerin içtihadî ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi ve şartları sağlıyorsa idarî sözleşme kabul edilmeleridir.²² Böylece malî dengesi bozulan kamu ihale sözleşmeleri için öngörülemezlik kuramı (la théorie de l'imprévision) ve öngörülmemiş güçlükler kuramının (la théorie des sujétions imprévues) uygulanmasının önü de açılacaktır.²³

Kanaatimizce de idarî sözleşmeler için ihtiyaç hâlinde TBK hükümlerine başvurulabilir. Hukuken bunun önünde bir engel yoktur. Fakat TBK hükümlerinden yararlanma imkânının varlığı ile onun tatbiki zorunluluğunu birbirinden ayırmak gerekir. İlki, idarî sözleşmelerin sözleşme

¹⁸ FEYZİOĞLU, Turhan: İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, 1. Baskı, Ankara 1947, 70; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, 1. Baskı, Ankara 1977, 165.

¹⁹ Bu yönde kararlar için bkz. FEYZİOĞLU, 68-70.

²⁰ Bir uyuşmazlıkta uygulanacak kuralların görevli yargı merciini de belirlediğine dair bkz. BİLGİN, Pertev: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İctihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, 1. Baskı, İstanbul 1970, 132.

²¹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 3. Baskı, C. 2, Bursa 2019, 142.

²² GÖZLER, 54.

²³ GÖZLER, 54 ve 195.

hukukunun bir parçası olmasının sonucudur. İkincisi ise kanun koyucu tarafından yapılan ve sözleşmenin tâbi bulunduğu rejimi işaret eden bir tercihtir. Bundan dolayı KİK kapsamında akdedilen sözleşmeleri KİSK madde 36'ya istinaden özel hukuk sözleşmesi kabul etmek gerekir. Niteleme doğrudan kanun koyucu tarafından yapıldığından içtihadî ölçütlere başvurmak mümkün değildir.

Diğer yandan bir an için bu sözleşmelerin idarî sözleşme sayılabilecekleri varsayımında dahi mezkûr kuramların uygulama alanı bulamayacağı düşüncesindeyiz. Zira bu kuramlar malî dengesi bozulan sözleşmeleri konu almaktadır. Malî dengenin bozulması hâline ilişkinse gerek KİK gerekse KİSK bir düzenleme getirmemiştir. Ortada bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluk, KİSK madde 36'da yer alan emredici düzenleme çerçevesinde TBK hükümlerince doldurulacaktır. TBK'de ise madde 138 ve madde 480/II bozulan malî denge nedeniyle sözleşmelerin uyarlanmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla ortada konuya doğrudan uygulanabilir açık hükümler bulunduğu için mesele bu maddeler doğrultusunda bir çözüme kavuşturulacak, mezkûr kuramlara başvurulamayacaktır.

III. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN SÖZLEŞMENİN DEĞİŞMEZLİĞİ İLKESİ VE UYARLAMA

Kamu ihale sözleşmeleri ile idare, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetler ile yapım işlerini ödeyeceği ücret karşılığında özel hukuk kişilerinden temin etmektedir. Bir kamu kaynağının kullanılması söz konusu olduğundan mümkün mertebe maliyet etkin bir şekilde ihtiyaç duyulan işlerin gördürülmesi gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi içinse sadece ihale sürecinin rekabet esasları doğrultusunda tamamlanması yeterli değildir. Sözleşmenin yürütülmesi ve sona ermesi evreleri de bu amaca uygun düzenlenmelidir.

Bu noktada belki de en sorunlu alan, ihale sözleşmelerinde sonradan gerçekleştirilecek değişikliklerdir. Zira bu değişikliklerle ihale sürecinin kazanımları kamunun hilafına terk edilebilir, yüklenici sözleşmenin ilk hâline kıyasla daha avantajlı bir konuma getirilebilir. Bu özelliğinden dolayı sözleşme değişiklikleri, ihale mevzuatlarında bir çerçeve içerisine

sokulmak istenir.²⁴ Ancak çeşitli nedenlerle sonradan ortaya çıkan değişiklik ihtiyacı ile kamu menfaatinin koruma endişesi arasında da bir denge kurmak gerekir. Aksi hâlde sözleşme, ortaya çıkan ihtiyaç ve gerçekleşen değişikliklere yanıt veremeyecektir. Bunun neticesinde işin teslimi yapılırsa da idarenin ihtiyacı tam olarak karşılanamayacak, yeni bir ihale sürecine girilerek iş daha maliyetli bir hâl alacaktır.

DİK döneminde başta iş artışları gelmek üzere sözleşme değişikliklerinin uygulamada kötüye kullanılması, KİSK'de sözleşmenin değişmezliği ilkesinin benimsenmesine neden olmuştur. Kanun'un 4. maddesinde Kanun'da öngörülen hâller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.²⁵

Normal şartlarda sözleşmeyi akdetmeye yetkili idare, onu değiştirme yetkisini de haizdir. O, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de hükme bağlanan değişiklik usulünü işleterek âkitle anlaşmak suretiyle sözleşmeyi değiştirebilecektir.²⁶ Fakat KİSK madde 4, bu yolu işletmenin önünü kapatmış, idarenin yetkisini sadece KİSK'de öngörülen değişikliklerle sınırlamıştır.²⁷

²⁴ Bkz. 2014/24 sayılı Kamu Tedariklerine Yönelik AB Direktifi madde 72, Fransız hukukunda idarî sözleşmelere yönelik genel düzenleme niteliğindeki Kamu Tedarik Kodu (Code de la Commande Publique) L2194-1 ve L3135-1.

²⁵ **DEMİRBOĞA**, Dursun Ali: Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, 1. Baskı, Ankara 2013, 56.

²⁶ Adli uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli, uzlaşma ve vazgeçme yetkileri

Madde 11- "(1) İdarelerin;

a) Kendi aralarında ortaya çıkan her türlü hukuki uyuşmazlığın sulh yoluyla hallinde, dava açılmasında, bunlardan yargı veya icra mercilerine intikal etmiş olanların takiplerinden veya davalarda verilen kararlara karşı kanun yollarına gidilmesinden vazgeçilmesinde, sözleşmelerin değiştirilmesinde veya sona erdirilmesinde,

b) Gerçek veya tüzel kişilerle aralarındaki sözleşmelerde belirtilen sebeplerle yapılan her türlü sözleşme değişikliklerinin yapılmasında, bu hususlarla ilgili olarak çıkabilecek uyuşmazlıkların sözleşme hükümleri çerçevesinde sulh yoluyla hallinde, hukuk birimlerinin uyuşmazlığın bu şekilde sonlandırılmasında maddi ve hukuki sebeplerle kamu menfaati bulunduğu yönündeki görüşü üzerine, buna dair onay ve anlaşmaları imzalamaya bakanlıklarda bakan, diğer idarelerde üst yönetici yetkilidir. Bakan ya da üst yönetici bu yetkisini sınırlarını açıkça belirlemek suretiyle alt kademelere devredebilir."

²⁷ "Yukarıda belirtilen hükümlerin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilen işlere ilişkin sözleşmelerde, 4735 sayılı Kanunun 15 inci maddesinde öngörülen söz-

KİSK'in sözleşmede değişiklik yapılması başlıklı 15. maddesinde ise sözleşme bedelinin aşılmasıyla kaydıyla, ifa yeri ve zamanının değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre ifa zamanı sadece erkene çekilebilmekte, ileri bir tarihe ertelenememektedir. Değişikliğin sadece ifa yeri ve zamanıyla kısıtlı olması ve bedelde artışa gidilememesi dikkate alındığında tarafların bu hükme istinaden bir değişiklik yaparak bozulan malî dengeyi yeniden tesis etmesi mümkün gözükmemektedir.

Bunun dışında bir de 24. maddede iş artış ve eksilişi düzenlenmiştir. KİSK'in ilk hâlinde DİK döneminde iş artış hükümlerinin kötüye kullanılması dolayısıyla iş artışı men edilmiştir.²⁸ Fakat uygulamada, özellikle de yapım işlerinde ilave imâatlara duyulan ihtiyaç kanun koyucuya geri adım attırarak, iş artışı ilgili maddedeki şartların sağlanması kaydıyla mümkün hâle gelmiştir. Buna göre, öngörülemez durumlar nedeniyle bir iş artışı zorunlu olmalı, ayrıca bu iş, sözleşmeye esas proje içinde kalmalı ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılması da teknik ve ekonomik nedenlerle mümkün olmamalıdır. Bu şartlar sağlandığı takdirde idare, tek taraflı olarak iş artışına gidebilmektedir. Bu artış için âkidin rızası aranmamaktadır.

İş artışı, başlangıçta sözleşmede öngörülmemiş ek bir imâlata ihtiyaç duyulması ya da sözleşmede öngörülen imalatın yerine başka bir imalatın konması durumlarında gündeme gelmektedir. İnceleme konumuz olan malî dengenin bozulmasında ise ek veya ikâme bir imâlat söz konusu değildir. Sözleşmede yer alan imâlatların mevcut bedelle ifası noktasında bir sorun bulunmaktadır. Dolayısıyla ifa güçlüğüne madde 24 kapsamında çözüme kavuşturulması mümkün gözükmemektedir.

leşme bedelinin aşılması ve tarafların karşılıklı anlaşması kaydıyla sözleşmenin, işin yapılma veya teslim yeri ve işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, bunların dışında sözleşmelerde değişiklik yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla sözleşmelerde 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11 inci maddesinin uygulanmasına imkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” Dn. 1. D, 23.06.2015, E. 2015/1007, K. 2015/1028, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2022).

²⁸ Öngörülemez durumlar nedeniyle işin tasfiyesi (Maddenin ilk hâli)
Madde 24

“Hizmet veya yapım sözleşmelerinde, öngörülemez durumlar nedeniyle işin, sözleşme bedelinin üzerinde bir artış ile tamamlanabileceğinin tespit edilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokumam ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.”

Özetle, KİSK’de sözleşme değişikliğine ilişkin öngörülen rejim, tarafların malî dengesi bozulan sözleşmeleri anlaşılarak değiştirmesine ve bu yolla ayakta tutmasına imkân vermemektedir. Mukayeseli hukuka bakıldığında öngörülemeyen hadiselerin vukuunda taraflara sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren hükümlerin mevzuata yerleştirildiği görülmektedir.²⁹

Türk kamu ihale mevzuatında bu yönde bir hükmün bulunmaması bir eksikliktir. Sözleşmenin değişmezliği ilkesi arkasındaki endişe ne kadar haklı olsa da malî dengesi bozulan sözleşmeler için taraflara uzlaşi ile sorunu çözme imkânı tanınması gerekirdi. Değişikliğin önünü kapatmak yerine değişiklik şartlarının sağlanıp sağlanmadığı ve taraflarca benimsenen çözüm yönteminin yükleniciyi sözleşmenin ilk hâline nazaran daha avantajlı bir konuma getirip getirmediğinin Danıştayca denetimden geçirildiği bir mekanizma daha yerinde olurdu.

Kaldı ki 1927 tarih 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu’ndan 2011 tarih 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin yürürlüğe girmesine kadar belirli bir meblağın üzerindeki sözleşme değişiklikleri için Danıştayın görüşüne başvurulmaktaydı.³⁰ Dolayısıyla yüksek mahkeme, konuya ilişkin büyük bir tecrübeye sahiptir. Ayrıca onun idarî hiyerarşi dışında bulunması herhangi bir tesir altında kalmadan meseleyi ele almasına da imkân tanıyacaktır.

Bu noktada KİSK’de düzenlenen sözleşmenin değişmezliği ilkesinin mahkemelerce yapılacak uyarlamayı dışlayıp dışlamadığını da değerlendirmek gerekir. İlgili maddede “Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez” denmektedir. Maddenin lafzında değişiklik yasaklanmakla beraber bu değişikliklerin öznesinin kim olduğu ifade edilmemektedir. Buradan hareketle yasağın mahkemeleri de kapsadığını, dolayısıyla malî dengesi bozulan sözleşmelerin mahkemelerce uyarlanamayacağı söylenebilir.

²⁹ Kamu Tedarik Kodu R2194-5 ve R3135-5.

³⁰ Bu KHK ile birlikte sözleşme değişikliğinin mümkün olduğu sözleşmelerde Danıştay devreden çıkarılmıştır. Yapılması düşünülen değişiklikle vazgeçilen veya tanınan hak ve menfaatin değerine göre sırasıyla kurumdaki üst yönetici, bakan ve Cumhurbaşkanının görüşüne başvurulmaktadır.

Nitekim güncel tarihli bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, kamu ihale sözleşmelerinde gerçekleştirilebilecek değişikliklerin KİSK madde 15’de hükme bağlandığını, bu hükmün sözleşmeye de konulduğunu, bu nedenle genel hükümlere gidilemeyeceğini belirterek uyarlama talebini reddetmiştir. Bu karar Yargıtayca da onanmıştır.³¹

Kanaatimizce KİSK madde 4’de getirilen değişiklik yasağını yorumlarken getiriliş amacına da bakılmalı ve hükmün kapsamı bu şekilde belirlenmelidir. Bu yasağın, sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme şartlarını yükleniciyi daha çok kâr edecek ve kamu kaynaklarının lüzumsuz sarf edilmesine yol açacak değişikliklerin önünü kesmek için getirilmiştir. Mahkemece yapılacak uyarlama ise gerçekleşen rizikonun taraflar arasında hakkaniyetli bir biçimde dağıtılmasını amaçlamaktadır. Yüklenicinin daha avantajlı bir konuma gelmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bu yasağın taraflarca gerçekleştirilecek değişikliklere yönelik getirildiğini, mahkemece yapılacak uyarlamaların yasağın kapsamında olmadığını kabul etmek daha yerinde olacaktır. Nitekim yukarıda zikredilen ayırık karara rağmen Yargıtayın yerleşik uygulaması da bu yöndedir.³²

IV. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 480/II HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI VE SONUÇLARI

Bir sözleşmede esas, onun imzalandığı hâliyle uygulanmasıdır. Uyarlama ancak istisnâî şartlar bir araya geldiği takdirde başvurulabilecek bir yoldur. Zira uyarlamanın sıkı şartlara bağlanmadığı bir hukuk düzeninde ahde vefa ilkesi aşınacak, sözleşme ilişkilerinde hukukî güvenlik ve istikrar zedeleneyecektir. Nitekim TBK’de hem madde 138’de hem de madde 480/II’de uyarlama sıkı şartlara bağlanmıştır.

İnceleme konumuz anahtar teslimi götürü bedelle akdedilen yapım işi ihale sözleşmeleri olduğu için başvurulacak hüküm TBK madde 480/II’dir. Aşağıda öncelikle bu madde çerçevesinde gerçekleştirilecek uyarlamanın şartları ele alınacak, sonrasında da hüküm ve sonuçları incelenecektir.

³¹ Y. 13. HD, 20.02.2020, E. 2017/8902, K. 2020/2463, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2022).

³² Y. HGK, 15.02.2023, E. 2021/972, K. 2023/67, (Legalbank, Erişim Tarihi: 06.01.2024); Y. 6. HD, 11.01.2024, E. 2022/3243, K. 2024/114, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

A. Şartları

1. Öngörülemeyen veya Öngörülebilmesine Rağmen Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Durumların Gerçekleşmesi

Madde metninde başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların gerçekleşmesinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla sadece öngörülemeyen hadiseler değil, öngörülebilir ama gerçekleşmeyeceği düşünülen hadiseler de uyarlamayı haklı kılabilir. Bu başlık altında önce öngörülemeyen durumlar, sonrasında da öngörülebilir ama göz önünde tutulmayan durumlar ele alınacaktır.

İlk olarak keyfiyetin kim ya da kimler tarafından öngörülememesi gerektiği üzerinde durulmalıdır. Maddede taraflarca öngörülemeden bahsedilmiştir. Fakat öğretilde durumun yüklenici bakımından değerlendirileceği, onun öngörülememesinin yeterli sayılacağı ifade edilmektedir.³³ Dolayısıyla iş sahibinin öngördüğü ama yüklenici tarafından öngörülemeyen değişiklikler diğer şartlar da varsa uyarlama hakkı tanıyacaktır.

Ancak Öz, farklı görüştedir. Yazar ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, güven kuramı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Değişikliği öngören iş sahibi, güven kuramı çerçevesinde yüklenicinin bu durumu öngörmediğini anlayacak vaziyette olmalıdır. Bu hâlde diğer şartlar da varsa yüklenici uyarlama talep edebilecektir. Fakat iş sahibi, değişikliği öngörmüş ve güven kuramına göre yüklenicinin de bu değişikliği öngörerek sözleşme yaptığına inanmakta haklı ise yüklenici somut olayda böyle bir öngörüde bulunmamış olsa bile uyarlama talep edemeyecektir.³⁴

Kanaatimizce ilk görüş daha isabetlidir. Zira uyarlama, ummadığı bir biçimde malî denge aleyhine bozulan kişiyi içine düştüğü hakkaniyete aykırı durumdan çıkarmayı amaçlamaktadır. Çıkış noktası dürüstlük ilkesi olan bu müdahalede önemli olan mağdur tarafın durumudur. Bu nedenle değişen şartlar, kimin için hakkaniyete aykırı bir hâl doğurmuşsa öngörülemezlik de onun açısından değerlendirilmelidir.³⁵

³³ ARAL/AYRANCI, 429; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 577; ÖZER, 193.

³⁴ ÖZ, 78.

³⁵ Bu noktada ifade etmek gerekir ki, uyarlamayı gerektirecek derecede malî dengede bozukluğa yol açan değişiklikler çoğu zaman iki taraf için de öngörülemez nitelikte olacaktır. Bir tarafın öngörüp diğerinin öngörmediği bir olayla karşılaşma ihtimali

Diğer yandan maddede öngörmemeden değil, öngörülememeden bahsedilmiştir. Bundan dolayı da yüklenicinin değişikliği öngörmemesi tek başına yeterli gelmeyecektir. Somut olayda nesnel bir değerlendirme yapılacak, aynı iş çevresindeki bir yükleniciden mevcut durumu öngörmesinin beklenip beklenmediği incelenecektir.³⁶ Hatta öğretilerde bu değerlendirme yapılırken uyarılama talep eden yüklenicinin sahip olduğu ek bilgi, tecrübe ve yeteneklerin de hesaba katılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷

Yargıtay kararlarında yapım işi ihale sözleşmelerine taraf yüklenicilerin işinin ehli basiretli bir tacir gibi hareket etmeleri gerektiği sıklıkla vurgulanmakta ve pek çok başvuru, mevcut durumun işinin ehli basiretli bir tacir tarafından öngörülebileceği gerekçesiyle reddedilmektedir.³⁸ Özellikle ülkedeki iktisadî dalgalanmaların bilinen bir durum olduğu ve %25-30 bandında gerçekleşen maliyet artışlarının basiretli yükleniciler tarafından öngörülebilecekleri ifade edilmektedir.³⁹

son derece düşüktür. Özellikle yapım işi ihale sözleşmelerinde yükleniciden deneyim ve teknik imkânlarını, diğer bir deyişle uzmanlığını kanıtlar belgeler istenmektedir. Dolayısıyla alanında uzman bir yüklenicinin öngöremeyip böyle bir uzmanlığı bulunmayan idarenin öngördüğü bir durumla karşılaşmak pek mümkün gözükmemektedir. Benzer değerlendirmeler için bkz. **ÖZ**, 78.

³⁶ **TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 1977, 1059; **TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, C. 2, İstanbul 1989, 240; **ARAL/AYRANCI**, 429; **EREN**, 675; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, 577; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, 1147; **ÖZ**, 77; **ÖZER**, 195; **ÖZDEMİR**, 56.

³⁷ **ARAL/AYRANCI**, 429; **ÖZER**, 195; **EREN**, 675; **GÜRPINAR**, 138.

³⁸ “Talebe dayanak teşkil eden sebeplerin sözleşmenin yapıldığı sırada işinin ehli olup basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken yüklenici tarafından öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum niteliğinde olmadığına anlaşılmışna göre usul ve kanuna uygun olup davacı yüklenici vekili tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.” Y. 6. HD, 20.12.2023, E. 2022/3245, K. 2023/4372, (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.11.2024).

³⁹ “Bu açıdan somut olaya bakıldığında; gerek davacı yanın başvurusu üzerine idarece yapılan araştırmalar neticesi, gerekse dosyada yaptırılan bilirkişi incelemesi ile sözleşmenin imzalanmasından sonra imalat girdi fiyatlarında %25-30 arası bir artış olduğu belirlenmiştir. Ancak imalat girdi fiyatlarındaki artış tek başına sözleşmenin feshine gerekçe yapılamaz. Ayrıca bu artışın öngörülemeyecek derecede afaki nitelikte olması gerekir. Davacı TTK hükümlerine göre kurulmuş limited şirket, yani ‘tacirdir... Tacir olan davacının imatlar girdi maliyetlerinde %25-30 civarında olabilecek artışı öngörmesi ve idarece açılan ihaleye teklif verirken buna göre teklif vermesi gerekir. Hal böyle olunca sözleşmenin TBK’nın 138 ve 480. maddesine dayalı olarak feshi de mümkün değildir.” Samsun BAM, 1. HD, 16.11.2020, E. 2020/1403, K. 2020/1769, (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.12.2024); “Sözleşmenin imzalandığı tarihten

Bu başlık altında ele alınması gereken diğer bir husus, öngörülemezliğin hangi ana göre takdir edileceğidir. Madde metninde başlangıçta taraflarca öngörülemeyen denmiştir. Öğretide de buna paralel olarak sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınacağı söylenmektedir.⁴⁰ Fakat ihale sözleşmeleri için keyfiyet bu kadar basit değildir. Zira sözleşmenin imzalanması uzun bir ihale süreci sonrasında gerçekleşmektedir. Yüklenici teklifini vererek icapta bulunmakta, bunu ise tekliflerin açılarak değerlendirilmesi, ihale komisyonunca ihale kararının alınması, ihale yetkilisince kararın onaylanması, ihale sonucunun teklif veren isteklilere bildirilmesi, ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi ve sözleşmenin imzalanması aşamaları takip etmektedir.

Sözleşmenin kurulduğu an, imza aşaması olduğu için öngörülemezliğin o zamanki şartlara göre değerlendirileceği söylenebilirse de kanaatimizce değerlendirmenin imza tarihine göre yapılması isabetli değildir. Bizce teklif tarihi esas alınmalıdır. Çünkü KİK'e göre istekli teklifi verdiği andan itibaren onunla bağlıdır. Bu tekliflerin geçerlilik süresi ihale dokümanında ayrıca belirtilir. Uygulamada genellikle 90 ile 120 gün arasında bir süre belirlenmektedir. Bu süreler dâhilinde ihale kendisinde kalan istekli, KİK madde 44 ve 58 uyarınca mücbir sebep hâli dışında sözleşmeyi imzalamakla yükümlüdür. Aksi takdirde geçici teminatı gelir kaydedilecek ve 6 aydan az olmamak üzere 1 yıla kadar hakkında ihaleden yasaklama kararı verilecektir.

KİK madde 10 mücbir sebebi ifayı engelleyen bir durum olarak düzenlemiştir. Ortaya çıkan malî güçlükler ifayı imkânsız kılmadığı, yalnızca zorlaştırdığı için KİK kapsamında mücbir sebep olarak görülmemektedir.⁴¹ Bu nedenle de yükleniciler, girdi maliyetlerindeki artışı gerekçe göstererek imzadan imtina edememekte, yaptırım tehdidi altında

davanın açıldığı 31.05.2018 tarihine kadar 13 ay 15 gün süre geçtiği, ek raporda tespit edilen ortalama %31 artış oranının, ülkenin öteden beri gelen ekonomik dalgalanmaları hesaplayabilecek basiretli bir iş adamı olarak hareket etmek zorunda olan davacı açısından ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi halinin varlığını ispatlamaya yeterli bulunmadığı" Y. 6. HD, 11.01.2024, E. 2022/3243, K. 2024/114 Karar, (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.11.2024).

⁴⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 577; GÜMÜŞ, 401; BAYGIN, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 1999, 65 ve 70.

⁴¹ "Sözleşmenin yürütülmesi aşamasında hangi durumların mücbir sebep olarak kabul edilebileceğine ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde; asgari ücret değişikliği sebebiyle ortaya çı-

sözleşmeyi imzalamaktadırlar. İşbu nedenle öngörülemezliğin takdirini imza tarihine göre değil, teklif tarihindeki şartlara göre yapmak daha isabetli olacaktır.⁴² Bu yorum, imza tarihi yerine “başlangıçta” ifadesini kullanan TBK madde 480/II hükmüyle de uyum içerisindedir.

Fakat burada yüklenicinin sözleşmeyi imzalarken ihtirazî kayıt koyması ya da noter kanalıyla çekeceği bir ihtarnameyle haklarını saklı tuttuğunu bildirmesi faydalı olacaktır. Böylece ileride açılacak davada kendisine karşı ileri sürülmesi ihtimali bulunan keyfiyeti bilerek sözleşme ilişkisine girdiği ve riski üstlendiği iddialarına fırsat vermemiş olacaktır.

Bu noktada teklif geçerlilik süresinin dolması ihtimalini de değerlendirmekte fayda vardır. İdareler, teklif geçerlilik sürelerini belirlerken tekliflerin verilmesiyle sözleşmenin imzalanması arasında ortalama ne kadar zaman gerekeceğini dikkate almaktadırlar. Bu çerçevede süreci neticeye kavuşturmaya imkân verir bir süre belirlemeye çalışmaktadırlar. Ancak her zaman için ihale sürecinin uzaması ve tekliflerin geçerlilik sürelerinin dolması mümkündür. Normal şartlarda böyle bir durumda yeniden bir ihale sürecinin başlatılması gerekecektir. Fakat kanun koyucu bu ihtimali düşünerek bir düzenleme getirmiştir.

KİK madde 32’ye göre, teklif geçerlilik süresi içerisinde ihale sürecini sonlandıramayan idare, bu süreyi isteklinin kabul etmesi şartıyla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatabilir. Böyle bir durumda istekliler, talebi kabul edip etmemekte serbesttirler.⁴³ Kabul etmedikleri takdirde geçici teminatları iade edilecek ve haklarında herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır. Somut olayda bu şekilde bir süre uzatımı yapılmışsa öngörülemezlik ilk teklifin yapıldığı ana göre değil, idarenin süre uzatım talebine onay verildiği tarihe göre yapılmalıdır. Zira artık yüklenicinin herhangi bir yaptırım tehdidinde maruz kalmadan

kan mali güçlüklerin, yukarıda belirtilen şartları taşımaması sebebiyle, başvuruya konu hususun 4735 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.” 28.01.2016, 2016/DK.D-11 Karar sayılı Kamu İhale Kurumu kararı. Aktaran DOĞANYİĞİT, Sadettin: Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 20. Baskı, Ankara 2023, 1252.

⁴² Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. LAUBADÈRE, André de/FRANCK, Moderne/DELVOLVÉ, Pierre: *Traité des contrats administratifs*, C. 2, Paris 1984, 586.

⁴³ Dn. 13. D, 13.11.2023, E. 2023/3165, K. 2023/4716, (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.12.2024).

sözleşmeyi imzalamamak gibi bir imkânı vardır. Bu imkânı değerlendir-meyip süre uzatımına onay veriyorsa sonuçlarına katlanması gerekir.

Diğer yandan öngörülemezlik şartının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini incelerken yalnızca ortaya çıkan değişikliğe değil, de-ğişikliğin doğurduğu neticelere de bakılmalıdır.⁴⁴ Zira öngörülebilir bir hadisenin öngörülemez sonuçlar doğurması her zaman için mümkündür. Öyle ki Danıştay, tüm tahminleri aşar derecede fiyat artışlarının vuku bulduğundan bahisle, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen öncesinde ve hatta savaş sırasında akdedilen ihale sözleşmelerinin taraflarca uyarlanmasını dahi kabul etmiştir.⁴⁵ Fransız Danıştay'ı da öngörülebilir hadiselerin so-nuçları itibariyle sözleşmeye müdahaleyi haklı kılabileceğini kabul et-mektedir.⁴⁶ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da güncel tarihli bir uyuşmazlıkta aynı yönde karar vermiştir.⁴⁷

Son olarak malî dengeyi bozan değişikliğin ya da yukarıdaki gibi bir durum söz konusuysa değişikliğin sonuçlarının ne zaman ortaya çık-ması gerektiğini de incelemek gerekir. Öğretide sözleşmenin kurulduğu sırada hâli hazırda gerçekleşmiş bulunan durumların uyarlamayı haklı kılmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁸ Zira burada ilgili taraf, keyfiyeti biliyor ve serbestçe imzadan imtina edebilecekken bunu yapmıyorsa riski üstlen-miş sayılacaktır. Keyfiyeti henüz öğrenmeden sözleşmeyi imzalamışsa da temel hatası hükümlerine başvurup sözleşmeyi iptal ettirmesi gündeme gelecektir.⁴⁹

⁴⁴ TANDOĞAN, 241; ERMAN, 79; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 1147; ÖZ, 79; EREN, 675; ÖZER, 195; ÖZDEMİR, 57.

⁴⁵ Bu dönemde verilen kararlar için bkz. FEYZİOĞLU, 40-41.

⁴⁶ LAUBADÈRE/FANCK/DELVOLVÉ, 587.

⁴⁷ "Ayrıca öngörülemezliğin tespiti yapılırken yalnızca değişen şartların ortaya çıkma ihtimali göz önüne alınmamalı, değişen şartlar öngörülebilir olsa da bu durumun kapsamı, şekli ve sonuçları tahmin edilemez bir nitelik taşımaktadır. Başka bir deyişle taraflar sözleşmenin ku-rulmasından sonra değişen şartları öngörmüş olsalar da bu durumun sonuçları açısından bir öngörülemezlik söz konusuysa bu hâlde diğer şartların varlığı hâlinde öngörülemeden husus-lar için uyarılma talep edilebilmelidir." Y. HGK, 15.02.2023, E. 2021/972, K. 2023/67, (Le-galbank, Erişim Tarihi: 06.01.2024).

⁴⁸ Kural olarak değişikliğin sonradan ortaya çıkması gerektiğine dair bkz. EREN, , 674; GÖNEN, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, 1. Baskı, İstanbul 2016, 70; ÖZER, 195; ÖZ, 79.

⁴⁹ ÖZ, 79.

Bu görüşü ileri sürenler yüklenicinin serbestçe imzadan imtina edebileceği bir özel hukuk sözleşmesinden hareket etmektedirler. Bu nedenle de sözleşmenin kurulduğu andan bahsetmektedirler. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bir kamu ihalesinde öngörülemezlik teklif tarihine göre değerlendirilmelidir. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinde değişikliğin imza tarihinden değil, teklif tarihinden önce mi sonra mı çıktığına bakmak gerekmektedir. Zira teklif tarihinden sonra ama imzadan önce öngörülemez bir değişikliğin yaşanması hâlinde yüklenicinin yapabileceği bir şey yoktur. Yaptırım tehdidi altında sözleşmeyi imzalamak zorunda kalacaktır.

İdarenin yurt dışından tedarik edilmesi gerekecek bir ürün için ihaleye çıktığını varsayalım. Tedarikçi ülke ilgili malın ihracını yasaklamış ya da ek vergi getirmiş olabilir. Bu durumda yüklenici, ek vergiyi ödeyerek ya da diğer tedarikçi ülkelerden daha yüksek bir fiyatla malı satın almak zorunda kalacaktır. İşte bu değişiklik, teklif tarihinde mevcutsa ve yüklenici tarafından biliniyorsa hiçbir hak talep edememesi gerekir. Tekliften sonra öğrenilmişse de temel hatası hükümlerine başvurulmalıdır. Uyarlama talep edilebilmesi, bu değişikliğin teklif tarihinden sonra ortaya çıkmasına bağlıdır. Meselenin özgün yanı atlanarak sözleşmenin kurulmasından/imzalanmasından önce gerçekleşen bir değişiklik olduğundan bahisle uyarlama talebi reddedilmemelidir.

Diğer yandan kural, değişikliğin sonradan gerçekleşmesiye de bazen en baştan itibaren var olan durumlar da uyarlamayı haklı kılabilir. Bunun en tipik örneği zemin yapısının öngörülenden farklı çıkmasıdır.⁵⁰ Bu ihtimalde zemin yapısında sonradan bir değişiklik yaşanmamıştır. İnşaata maliyetini artıracak durum en başından itibaren mevcuttur. Fakat inşa faaliyetine başlayıp kazılar yapılmadan bu durum bilinememekte, keyfiyet kendisini sonradan göstermektedir. Yargıtay da zemin yapısının ihale dokümanında belirtilenden farklı olduğunun inşa sırasında ortaya çıktığı durumlarda öngörülemezlik şartının gerçekleştiğini kabul etmektedir.⁵¹

Son olarak madde 480/II hükmüne göre taraflar, öngörebilmelerine rağmen göz önünde tutmadıkları durumlar nedeniyle de uyarlama talep

⁵⁰ ÖZER, 195; GÜMÜŞ, 401-2; EREN, 674; ÖZ, 79.

⁵¹ Y. 6. HD, E. 2022/5251, K. 2023/343, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

edebilecektir. Tarafların öngördükleri ama gerçekleşmeyeceğini varsaydıkları⁵² ya da sözleşme üzerinde bir etkisinin bulunmayacağını düşündükleri⁵³ değişikliklerin bu düzenleme kapsamında kaldığı kabul edilmektedir.

Uyarlamaya ilişkin genel hüküm olan TBK madde 138’de öngörülebilir hadiselerden hiç söz edilmemiş, öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen değişikliklerden bahsedilmiştir. Buradan hareketle öngörülebilir hadiselerin uyarlamaya sebebiyet vermeyeceği, iki düzenleme arasında ciddi bir fark bulunduğu söylenebilir. Fakat Yargıtay, öngörülebilir hadiselerin öngörülemeyen neticeleri sebebiyle uyarlamaya yol açabileceğini madde 138 kapsamında kabul etmektedir.⁵⁴ Bundan dolayı da lafızdaki zıtlığa karşın iki hükmün uygulamasında ciddi bir farklılık ortaya çıkmamıştır.

2. Şartlardaki Değişiklik Eserin Kararlaştırılan Bedel ile Yapılmasına Engel Olmalı ya da Aşırı Derecede Güçleştirmeli

Yüklenici, idareyle akdettiği sözleşmeyle bir inşaat işini üstüne alırken günün sonunda kendisini tatmin eden bir kâr elde etmeyi ummaktadır. Buna karşın işlerin yolunda gitmemesi ticaret hayatında her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu bağlamda umulan kâr elde edilemeyebileceği gibi sözleşme zararlar dahi sonuçlanabilir. Yüklenicinin sözleşme ilişkisine bunu hesaba katarak girmesi gerekmektedir. Dolayısıyla öngörülebilir ama gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir durum söz konusudur. Her zaman masada olan ama yüklenici tarafından arzulanmayan geleceğe dair bu belirsizlik, olağan risk olarak adlandırılmaktadır. Öngörülebilir bu riske yüklenicinin katlanması gerekeceğinden bu sınırlarda kalan fiyat artışları yükleniciye hiçbir talep hakkı tanımayacaktır. Girdi maliyetlerinin artması nedeniyle yüklenicinin uyarlama talep edebilmesi,

⁵² ERMAN, 79; ARAL/AYRANCI, 430; ÖZDEMİR, 57-58; BÜYÜKAY, 176; GÖNEN, Bedel, 71; ÖZER, 196; “Sözleşmenin temelini oluşturan konularda önceden öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen gerçekleşeceğine ihtimal verilmeyen önemli değişiklikler sonucu edimler arasındaki dengenin aşırı bozulması halinde iyiniyet kurallarını da gözönünde tutarak, hakim tarafından sözleşme değişen koşullara uyarlanabilecektir.” Y. 15. HD, E. 2016/442 K. 2016/2507, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁵³ GÜMÜŞ, 402; ÖZER, 196.

⁵⁴ Y. HGK, 15.02.2023, E. 2021/972, K. 2023/67, (Legalbank, Erişim Tarihi: 06.01.2024).

artışın öngörülemez olarak nitelendirilmesine ve sözleşme üzerinde ciddi etkiler doğurmasına bağlıdır.⁵⁵

Nitekim TBK madde 480/II’de de gerçekleşen değişikliklerin belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olması veya son derece güçleştirmesi gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.⁵⁶ Somut olaydaki artışın bu şartı karşılayıp karşılamadığını mahkeme takdir edecektir. Öğretilde bazı yazarlarca, mahkemenin yüklenicinin malî durumunu da dikkate alacağı, öznel (sübjektif) bir değerlendirme yapacağı ifade edilmiştir.⁵⁷ Bu çerçevede, beklenmedik değişiklikler malî durumu güçlü bir yüklenici için ciddi bir ekonomik sarsıntı doğurmuyorsa uyarlama talep edilemeyecektir. Aynı mantıkla sözleşmenin yüklenici için kârlılığını yitirmedeği ama azalan kâr marjının yüklenicinin işletmesini ciddi bir tehlikeye soktuğu hâllerde uyarlama talep edilebilecektir.⁵⁸

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira uyarlama, yüklenicinin bozulan malî durumu üzerine değil, “sözleşmenin” bozulan malî dengesi üzerine yapılan bir müdahaledir. Önemli olan edim-karşı edim arasında meydana gelen nesnel ve açık orantısızlıktır.⁵⁹ Bu orantısızlık hakkaniyete aykırı bir durum teşkil ettiğinden dolayıdır ki, dürüstlük ilkesi uyarınca sözleşmeye müdahale edilmekte, hakkaniyete aykırı durum düzeltilmektedir. Yüklenicinin malî imkânlarının güçlü olmasının bozulan dengenin hakkaniyete aykırılık teşkil etmesi üzerinde bir etkisi yoktur. Dolayısıyla yükleniciye ödenen bedelin onun ediminin gerçek karşılığı olmaktan çıktığı hâllerde sırf malî açıdan güçlü olduğu ve vaziyeti idare edebileceği gerekçesiyle yüklenicinin mevcut duruma katlanmasını istemek isabetli bir yaklaşım değildir.⁶⁰

⁵⁵ Benzer değerlendirmeler için bkz. EREN, 676-77; BAYGIN, 81; “Öngörülemeyen haller karşısında bulunulup bulunulmadığına hükmetmek için, yetkili ve basiretli bir müteahhit açısından ve sert bir biçimde durum takdir edilmelidir, zira her eserin götürü ve sabit birim fiyatlarla ifası, bir risk olarak gözönüne alınması gereken spekülasyon bir unsur taşıır.” TAN-DOĞAN, 242.

⁵⁶ Kanaatimizce belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasının son derece güçleşmesi ifadesi tek başına yeterli olurdu. Zira engel olma durumu, son derece güçleşmenin altında bir zorluk değildir. Aksine onun özel bir görünümü olup üst sınırdır. Dolayısıyla kanun koyucu abesle iştiğal etmiş gözükmetedir.

⁵⁷ ÖZ, 80-81; ÖZER, 196.

⁵⁸ ÖZ, 81; ÖZER, 196.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. KAPLAN, 218; ÖZDEMİR, 62; ARAL/AYRANCI, 430.

⁶⁰ Benzer yönde bkz. BAYGIN, 85.

Aynı şekilde sözleşme kendisi için kârlılığını korumasına karşın kâr marjındaki azalmanın yüklenicinin işletmesini tehlikeye attığı durumlarda da uyarılama yoluna gidilememesi gerekir.⁶¹ Zira sözleşme kârlılığını korumasına rağmen yüklenicinin işletmesi risk içerisindeyse bunun sebebi şartlardaki değişiklik değil, yüklenicinin malî yapısının kırılabilirliği. Hem ortada kendisine atfedilebilir bir durum bulunduğundan hem de dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecek derecede edimler arasında bir dengesizlik gerçekleşmediğinden dolayı uyarılama talep edememesi gerekir.

Toparlamak gerekirse, malî dengesizlikte bozukluk şartı değişen şartların yükleniciye etkisi değil, sözleşmeye etkisi özelinde değerlendirilmelidir. Edim-karşı edim temelinde nesnel bir muhakemeye gidilerek benzer durumlar için farklı sonuçlar doğuracak öznel muhakemelerden kaçınılmalıdır.

Bu noktada değerlendirmeyi nesnel düzlemde öznel düzlemde çekeğinden dolayı yüklenicinin iflas etmesi, mahva uğraması gibi kıstasların da isabetli olmadığını belirtmek gerekir.⁶² Önemli olan olağan risk sınırlarının aşılmasıyla öngörülemez alana girilip girilmediğidir.

Uygulamada mahkemeler, ifanın aşırı derecede güçleşip güçleşmediğini takdir ederken kimi zaman girdi maliyetlerindeki artış oranına⁶³ kimi zaman da artan maliyetin sözleşme bedeli karşısındaki oranına bakmaktadır.⁶⁴ İkinci yola zemin yapısının ihale dokümanında öngörülen-

⁶¹ Kârdaki azalmanın uyarılama hakkı tanımayacağına dair bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 580; TANDOĞAN, 245.

⁶² Bu ölçütün öznel ve adalete aykırı olduğuna dair bkz. ERMAN, 84; BAYGIN, 84; Yazarlar gerekçe olarak değerlendirmeyi öznel düzlemde taşıyacağını söylememekle beraber, iflas etme ve mahva uğramanın bir şart olarak aranmayacağı görüşündedirler. KAPLAN, 218; TANDOĞAN, 245; TUNÇOMAĞ, 2:1060; ÖZ, 81; ARAL/AYRANCI, 430; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 580; EREN, 677; ÖZDEMİR, 62.

⁶³ Y. 6. HD, 11.01.2024, E. 2022/3243, K. 2024/114,; Samsun BAM, 1. HD, 16.11.2020, E. 2020/1403, K. 2020/1769,; Ankara BAM, 31. HD, 22.12.2022, E. 2022/163, K. 2022/1232, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁶⁴ "Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; itiraz edilen hak edişlerdeki fiyat farkı (sözleşmeye göre kazı yapılması için ödenecek bedel ile zeminin sözleşme sırasında verilen zemin raporlarına uygun olmadığına anlaşılmaması sebebiyle kazının bir bölümünün dinamit patlatılarak yapılmak zorunda kalınması sonucu hesaplanacak bedel arasındaki fark) hesaplatılır, bu farkın tüm götürü bedele kıyaslandığında tarafların önceden tahmin etmedikleri veya

den farklı çıkması hâlinde başvurulmaktadır. Bunun dışında ise girdi maliyetlerindeki artış oranından hareketle bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Mukayeseli hukukta ise Fransız Danıştay, artan maliyetin sözleşme bedeli karşısındaki oranına bakmaktadır.⁶⁵ Ancak aşıldığı zaman malî denge şartının sağlanmış sayıldığı sabit bir eşik yüksek mahkeme tarafından belirlenmiş değildir. Mahkemeler her olay özelinde bilirkişilerden de yararlanarak bir muhakeme yürütmektedirler.⁶⁶ Bize göre de girdi maliyetlerinde yaşanan artış üzerinden bir değerlendirme yapmaktansa bu artışın sözleşme bedeli karşısındaki durumundan hareket etmek daha yerindedir.

İlaveten uyarılama, somut olayın şartlarında değerlendirilmesi gereken bir hakkaniyet sorunu olduğundan her hâl ve şartta geçerli bir eşğin belirlenmesi mümkün değildir.⁶⁷ Ülkenin şartları değiştikçe eşğin de buna koşut biçimde ayarlanması gerekecektir. Örneğin ekonomik istikrarın bulunduğu tek haneli enflasyon ortamında akdedilen bir sözleşmede malî dengenin bozulması şartı için yeterli olacak artış oranı, yüksek enflasyon beklentisinin bulunduğu bir ortamda akdedilen sözleşme için yetersiz gelecektir.

öngördükleri halde meydana gelmesine ihtimal vermedikleri olağanüstü şart niteliğinde olup uyarılama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin artırılmasının gerekip gerekmediği ile uyarılama gerekiyorsa bunun miktarı hususlarında yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınıp... Y. 15. HD, 21.10.2015, E. 2015/1640, K. 2015/5241; Aynı yönde bkz. Y. 15. HD, 17.02.2014, E.2013/3824, K. 2014/1030, Y. 15. HD, 02.05.2016, E. 2016/442, K. 2016/2507;; Y. 15. HD, 14.01.2020, E. 2019/2492, K. 2020/71;; Y. 6. HD, E. 2022/5251, K. 2023/343, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.11.2024); Kararda götürü bedele kıyaslandığında %3,84'e tekabül eden artışın uyarlamayı haklı kılmayacağı ifade edilmiştir. Ancak kararın içeriğinden artışın neden kaynaklandığı anlaşılamamaktadır. Y. 15. HD, 13.02.2020, E. 2019/1372, K. 2020/450, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁶⁵ HOEPFFNER, Hélène: Droit des contrats administratifs, 3. Baskı, Paris 2022, 689; CE, 2 Temmuz 1982, N° 23653, <https://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim Tarihi: 06.01.2025).

⁶⁶ LICHÈRE, François: Droit des contrats publics, 3. Baskı, Paris 2020, 120; LAUBADÈRE/FRANCK/DELVOLVÉ, 597.

⁶⁷ PICHONNAZ, Pascal, La modification des circonstances et l'adaptation du contrat, Pichonnaz, Pascal/Werro, Franz (Editörler), La pratique contractuelle 2 Symposium en droit des contrats, Zurich: 2011, 28.

Sözleşmenin akdedildiği dönemdeki iktisadî vaziyet dikkate alınmaksızın soyut eşikler üzerinden bir muhakeme yürütülmemelidir. Yaşanan fiyat artışlarının sözleşme üzerindeki gerçek tesirini ve öngörülebilirliğini (olağan risk kapsamında kalıp kalmadığını) değerlendirebilmek için teklif tarihinde resmî makamlarca beklenen enflasyon, gerçekleşen enflasyon, girdi maliyetlerinin artmasına yol açabilecek güncel bir gelişmenin teklif tarihi itibarıyla bulunup bulunmadığı, inşaat sektörü özelinde diğer sektörlerden ayrışan bir artışın yaşanıp yaşanmadığı gibi hususların mutlaka göz önüne alınması gerekir. Bu tür kapsamlı bir değerlendirme uzmanlık istediğinden dolayı mahkemelerin bilirkişilere başvurmaları faydalı olacaktır.

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi verdiği bir kararında, sözleşmenin imzalanmasından sonra imalat girdi fiyatlarında %25-30 arasında bir artış yaşandığı ve tacir olan davacının bu oranlarda bir artışı öngörmesi gerektiği gerekçesiyle uyarılama talebini kabul etmemiştir.⁶⁸ Yine Yargıtayın güncel tarihli bir kararında, bilirkişi raporunda tespit edilen ortalama %31 artış oranının ifa güçlüğü teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, Türkiye’de sürekli yaşanan bu tür ekonomik dalgalanmalar tacir sıfatını haiz yüklenici tarafından öngörülemez nitelikte değildir.⁶⁹

Mahkemelerin %30 civarındaki artışları neye göre olağan risk kapsamında değerlendirdikleri belirli değildir. Hiçbir somut veriye atıfta bulunulmamış, sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar irdelenmemiştir. Bu yönüyle kararlar ikna edicilikten uzak gözükmektedirler. Kanaatimizce yukarıda ifade edildiği üzere, somut veriler üzerinden bir değerlendirilmeye gidilmelidir.

Zemin yapısının ihale dokümanında belirtilenden farklı çıkması ve maliyeti arttırması yapım işi ihale sözleşmelerinde sık karşılaşılan bir durumdur. İşbu nedenle üzerinde ayrıca durmakta fayda vardır. Yargıtayın yerleşik uygulaması, sözleşmeye uygun kazı yapılması neticesinde ödenecek bedel ile zeminin ihale dokümanında belirtilenden farklı çıkması hâlinde ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın hesaplanarak götürü bedele oranlanmasıdır.⁷⁰ Yüksek mahkeme, güncel tarihli bir kararında

⁶⁸ Samsun BAM, 1. HD, 16.11.2020, E. 2020/1403, K. 2020/1769, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁶⁹ Y. 6. HD, 11.01.2024, E. 2022/3243, K. 2024/114, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁷⁰ Y. 15. HD, 21.10.2015, E. 2015/1640, K. 2015/5241,; Aynı yönde bkz. Y. 15. HD, 17.02.2014, E. 2013/3824, K. 2014/1030, Y. 15. HD, 02.05.2016, E. 2016/442, K.

%2,2 oranında gerçekleşen artışı malî dengenin bozulması şartı için yeterli görmüştür.⁷¹

Benzer tarihlerde daha yüksek oranlarda meydana gelen artışları uyarılma için yeterli kabul etmeyen mahkemenin bu tutumu, ilk bakışta çelişkili gözükmemektedir. Ancak burada idarenin ihale dokümanında verdiği bilgilerin dışında bir zemin yapısıyla karşılaşıldığı ve dolayısıyla ortada idareye isnat edilebilen bir durumun bulunduğu atlanmamalıdır.⁷² Yargıtay, bu hâllerde meseleye dair genel tutumundan farklı bir yol tutmuş ve görece düşük denebilecek oranlardaki maliyet artışlarını dahi uyarılma için yeterli kabul etmiş gözükmemektedir.

3. Şartlardaki Değişiklik Yükleniciden Kaynaklanmamalıdır

Genel hüküm niteliğindeki TBK madde 138'de şartlardaki değişikliğin borçludan kaynaklanmaması gerektiği açık bir biçimde ifade edilmiştir. Buna karşın TBK madde 480/II'de böyle bir şart yer almamaktadır. Ancak kimsenin kendi kusurundan kaynaklı bir hak talep edemeyeceği ilkesinden hareketle madde metninde açıkça yer almıyorsa da öğreti bu şartın varlığı noktasında hem fikirdir.⁷³

Ancak bazı yazarlar kusurun bulunmaması ifadesini kullanırken⁷⁴ bazı yazarlar borçluya isnat edilememesi⁷⁵, yüklenememesi⁷⁶ ifadelerini tercih etmektedirler. Isnat edilememesi, kusurdan daha geniş bir kavramdır. Dolayısıyla yüklenicinin kusurunun bulunmadığı ama değişikliğin ona

2016/2507,; Y. 15. HD, 14.01.2020, E. 2019/2492, K. 2020/71,; Y. 6. HD, E. 2022/5251 K. 2023/343, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁷¹ Y. 6. HD, 11.10.2023, E. 2022/2374, K. 2023/3247, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁷² Nitekim zemin yapısı nedeniyle iksalı kazı yerine şevli kazı yoluna gitmek zorunda kalan yüklenici, ek maliyet nedeniyle uyarılma talep etmiştir. Ancak ihale dokümanları arasında yer alan jeoloji raporunda dava konusu bölüme ilişkin olarak sıvılaşma riskinin bulunduğu ve şevli kazının gerekebileceği belirtilmiştir. Mahkeme, hem riskin yüklenici tarafından bilinerek sözleşme ilişkisine girilmesine hem de hak edişlere ihtirazî kayıt koymadan ifanın yapılmasına dayanarak açılan davayı reddetmiştir. Y. 6. HD, 16.11.2023, E. 2022/4033, K.2023/3899, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

⁷³ KAPLAN, 218; ÖZDEMİR, 64-65; ÖZ, 82; ARAL/AYRANCI, 430; GÜMÜŞ, 403; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 580-81; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 1148.

⁷⁴ KAPLAN, 218; ÖZDEMİR, 64-65; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2018, 495; ÖZ, 82.

⁷⁵ TANDOĞAN, 246; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 1148; ARAL/AYRANCI, 430.

⁷⁶ GÜMÜŞ, 403.

isnat edildiği hâllerde madde 480/II hükmünden yararlanamaması söz konusudur.⁷⁷

TBK madde 138’de geçen borçludan kaynaklanmama ifadesinin de kusuru değil, isnat edilememeyi işaret ettiği savunulmaktadır.⁷⁸ Oğuzman/Öz’e göre ise TBK madde 138 metni, borçluya isnat edilebilecek durumlarda uyarlamayı dışlar gözükmeye karşın hüküm amacına uygun yorumlanmalı ve kusursuzluğunu ispatlayan borçluya uyarlama imkânı tanınmalıdır.⁷⁹

Borçlunun/yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra değişen şartlar nedeniyle girdi maliyetlerinin ciddi ölçüde arttığını varsayalım. İlk görüş çerçevesinde borçlu temerrüde düşmekte ister kusurlu ister kusursuz olsun uyarlama talep edemeyecektir. Zira ifa zamanında gerçekleşeydi sözleşme sona ereceği için değişen şartlar da sözleşmeyi etkilemeyecek, malî denge bozulmayacaktı. Ancak borçlunun edimini zamanında ifa etmemesi değişen şartların sözleşmeyi etkilemesine yol açmıştır. Dolayısıyla borçlu da kendisine isnat edilen bu durumdan dolayı uyarlama isteyemeyecektir.⁸⁰

İkinci görüşe göre ise temerrüde düşen borçlunun kusuru araştırılacaktır. Temerrüde düşmekte kusuru yok ve diğer şartlar da sağlanmışsa uyarlama talep edebilecektir. Kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda

⁷⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 1148; TANDOĞAN, 247.

⁷⁸ BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 3. Baskı, İstanbul 2019, 288-89; Yazar isnat edilememe yerine sorumlu olmama ifadesini kullanmaktadır. TİLE, Latif: Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, 1. Baskı, Ankara 2021, 137.

⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, 213.

⁸⁰ TİLE, 143; “İsnat edilebilirlik ile yakın ilişki içindeki bir başka şart ise, temerrüdün uyarlamayı dışlamasıdır. Baskın görüşe göre sözleşme tarafı temerrüt halinde ise uyarlama talebinde bulunamayacaktır... Bununla birlikte temerrüde düşmede kusuru yoksa temerrüde düşen tarafın yine de uyarlama hakkına sahip olduğu öğretide belirtilmiştir.” Baysal’ın kusurun bulunmadığı durumlarda uyarlama talep edilebileceğini mi savunduğu yoksa öğretideki görüşü mü aktardığı tam anlaşılamamaktadır. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, isnat edilememenin uyarlamanın şartı olarak görüldüğü bir denklemde temerrüt söz konusu olduğunda kusur yönünden bir ayrıma gitmek çelişki teşkil edecektir. BAYSAL, Uyarlama, 292; Yazar, temerrüt hâlinde TBK 480/II hükmünden yararlanılamayacağını ifade etmiş, kusur yönünden bir ayrıma gitmemiştir. ARAL/AYRANCI, 450.

ise uyarlama yolu kapanacaktır.⁸¹ Baygın'a göre burada aranan kusur, ilgilerin dürüst bir insan gibi hareket edip etmediğidir.⁸² İnceleme konumuz açısından yüklenicinin tacir sıfatını haiz olduğu düşünüldüğünde, somut olayda dürüst basiretli bir tacir gibi hareket edip etmediğine bakılacak, kusurun varlığı bu çerçevede tespit edilecektir.

Bu noktada başlangıçta öngörülemeyen bir değişikliğin sözleşmenin ifası sırasında öngörülebilir hâle gelmesi de ayrıca değerlendirilmelidir. Zira değişikliğin öngörülebildiği andan itibaren yüklenici gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğundan kusurla doğrudan bağlantılı bir durum söz konusudur.

Örneğin demir fiyatlarında bir artış beklentisi söz konusuysa yüklenici stoklarını artırarak yaşanacak fiyat artışından mümkün mertebe korunmalıdır. Gerekli stok ayarlamaları yapılmadığı takdirde bu ihmalin maliyet artışı üzerindeki etkisine göre ya uyarlama talebi reddedilecek ya da artışın yüklenicinin kusurundan kaynaklı kısmı onun uhdesinde bırakılarak kalan kısım için uyarlamaya gidilecektir.⁸³

Önüne gelen bir uyuşmazlıkta Alman Federal Mahkemesi, petrol krizi belirlemeyi başladığında stoklarını doldurmayan petrol tedarikçisinin kusurlu olduğuna hükmetmiş ve uyarlama talebini reddetmiştir.⁸⁴

⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, 213; KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, 495; BAYGIN, 88; GÖNEN, Bedel, 88.

⁸² “Burada söz konusu olan kusur, haksız fiilde olduğu gibi fiilin subjektif cephesini teşkil eden, failin hukuk düzenince beğenilmeyen (kınanan) bir zihin ve ruh hali içinde bulunmasından ibaret olmadığı gibi, teknik anlamda akdi bir kusur da değildir. Keza buradaki kusur, borçlunun sadece zarar doğurabilecek mahiyette olan, bir fiil ve hareketinden ibaret de değildir. Kasettiğimiz kusur, somut olayda müteahhidin iyi ve dürüst bir adam gibi hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi suretiyle varılacak yargıyı ifade eder.” BAYGIN, 87.

⁸³ Ayrıca bkz. “Mağdur tarafın katkıda bulunduğu durum değişikliği söz konusu olduğunda, aynen haksız fiilde tazminatın indirilmesinde hesaba katılan zarar görenin kusur ögesinin değerlendirilmesinde olduğu gibi, durumun özellikleri dikkate alınmalıdır.” BAYSAL, Uyarlama, 293; Yazara göre, yüklenicinin fiili olağanüstü durum ile ifanın aşırı derecede güçleşmesi arasındaki illiyet bağını kesmişse uyarlama talep edilemeyecektir. Illiyet bağının tamamen ortadan kalkmadığı hâllerde ise uyarlama talep edilebilecektir. ÖZER, 198.

⁸⁴ Ayrıca mahkeme, sözleşmenin sabit fiyat üzerinden yapılması sebebiyle tarafların fiyat değişim riskini üstüne aldığını da ifade etmiştir. RÖSLER, Hannes, “Hardship in German Codified Private Law-In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, European Review of Private Law, C. 15, S. 4, 2007, 493.

4. Yüklenici Edimini İfa Etmemiş Olmalı ya da İhtirazî Kayıtlı İfa Etmelidir

TBK madde 138’de edimin ifa edilmemiş olması yahut ihtirazî kayıtlı edilmesi açık bir biçimde uyarılmanın şartları arasında sayılmıştır. Ancak TBK madde 480/II’de bu yönde bir ifade geçmemektedir. Mülga 818 sayılı BK madde 365/II’de de böyle bir şart bulunmamaktadır.

Buna karşın mahkemeler, mülga Kanun döneminde edimin ifa edilmemesini ya da ihtirazî kayıtlı edilmesini uyarılmanın bir şartı olarak görmüştür. Bu noktada madde 365/II kapsamında mahkemeye yöneltilen taleplerle uyarlamaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığı için dürüstlük ilkesi uyarınca yöneltilen talepler arasında bir fark yoktur.⁸⁵

Nitekim TBK madde 138 bu içtihat doğrultusunda kaleme alınmış, ancak madde 480/II’de bu yönde bir değişikliğe gidilmemiştir. Bununla birlikte mahkemeler, TBK madde 480/II hükmüne istinaden yapılan uyar-

⁸⁵ “818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu şekilde bir hüküm bulunmamakla birlikte Yargıtay içtihatlarında edim ihtirazi kayıt konulmaksızın ifa edilmiş ise, ifada bulunmakla onu yerine getirme güç ve imkanına sahip olunduğu ve değişen şartlara rağmen edimin ifa edilebileceği kabul edilmiş olduğundan sözleşmenin uyarlanmasının istenemeyeceği kabul edilmiştir.” Y. 15. HD, 16.09.2019, E. 2018/3543, K. 2019/3495, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.11.2024); “Davacının temel kazısında önceden öngörülme-yen büyük miktarda yer altı sularının ortaya çıkmış olmasının yol açtığı iş ve maliyet artışından kaynaklanan fiyat farkı talebi 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 365/II. maddesine göre sözleşmenin uyarlanması istemi niteliğindedir...Somut olayda davacı tarafca iş tamamlanarak davalı iş sahibine geçici kabul tutanağı yapılarak teslim edildiği ve teslim sırasında (geçici kabul tutanağında) uyarlama ile ilgili ihtirazi kayıt da bulunmadığından uyarlama istenmesi mümkün değildir.” Y. 15. HD, 13.11.2015, E. 2015/1637, K. 2015/5752, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 16.11.2023); Y. 15. HD, 10.04.2017, E. 2016/2989, K. 2017/1630, (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025); Y. 13. HD, 24.01.2002, E. 2001/11582, K. 2002/583, (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.11.2023).

lama taleplerinde bu şartı aramaya devam etmekte, ihtirazî kayıt konmadan ifa gerçekleşmişse davayı reddetmektedirler.⁸⁶ Öğretinin görüşü de bu yöndedir.⁸⁷

Bu noktada ara (geçici) hakediş raporlarının durumunu da ayrıca ele almak gerekir. Yükleniciye yaptığı işin bedeli, eseri teslim etmesiyle birlikte tek seferde verilmemektedir. Tamamladığı işler için belirli aralıklarla hakedişler ödenmektedir. Bu ödemelerden önce hakediş raporları hazırlanmakta ve iki tarafça da imzalanmaktadır.⁸⁸

Bu raporlarda, ilgili hakediş döneminde tamamlanan iş miktarı ve karşılığında ödenecek ücret yer almaktadır. Esasında yüklenici, ara hakediş raporlarının imzalanmasıyla, yaptığı işin karşılığında kendisine ödenecek bedeli kabul etmiş olmaktadır. Sonrasında bu raporlardaki bedelin yaptığı işin gerçek karşılığı olmadığına dair bir iddiada bulunması, irade fesadı hâllerinden bir tanesi yoksa mümkün olmamalıdır.

KİSK gereği sözleşme eki sayılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGS) madde 39/4-e, ara hakediş raporlarına itirazı belirli bir usule bağlamıştır. Buna göre, yüklenici ara hakedişe itirazını hakediş raporuna eklenecek bir dilekçeyle açıklayacak, hakediş raporunu da “idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı” yazarak imzalayacaktır.

Aynı bentte bu usule uygun itiraz gerçekleştirilmediği takdirde yüklenicinin hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı da düzenlenmiştir. Yargıtaya göre, maddede düzenlenen itiraz usulü münhasır delil sözleşmesi niteliğindedir.⁸⁹ Dolayısıyla yüklenicinin saptanan yönetime riayet etmeden gerçekleştirdiği itirazları mahkemece dikkate alınmayacaktır.

⁸⁶ “Sözleşme kapsamında yüklenilen işin yapımı esnasında davalı kuruma uyarılama talebinin de iletilmediği, dava tarihi itibarıyla de yüklenilen işin yapılarak teslim edilmiş olması sebebiyle, davaya konu talebin uyarılama talebi olarak değerlendirilmesinin de mümkün olmadığı, davacı şirketlerin hak edişleri ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin imza ettiklerinin de dosyadaki evraklardan anlaşıldığı...” Y. 6. HD, 16.11.2023, E. 2022/4033, K. 2023/3899, (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.11.2024).

⁸⁷ KAPLAN, 219; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, 580; BAYGIN, 92-93; GÜRPINAR, 150; ÖZDEMİR, 72; GÖNEN, Bedel, 90; BÜYÜKAY, 177.

⁸⁸ Yüklenici tarafından ilgili rapor imzalanmazsa ödeme gerçekleşmemekte ve bu gecikmeden dolayı yüklenici Yapım İşleri Genel Şartnamesi madde 39/4-e gereğince hiçbir talepte bulunamamaktadır.

⁸⁹ Y. 6. HD, 13.12.2023, E. 2022/3581, K. 2023/4220, (Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2025).

Uygulamada mahkemeler, zemin yapısının öngörülenden farklı çıkması sebebiyle ileri sürülen fiyat farkı taleplerini sözleşmenin uyarlanması niteliğinde görmektedirler. Yüklenicinin böyle bir talepte bulunabilmesi içinse ilgili imâlatların (kazıların) girdiği hakedişlere usulüne uygun itiraz edilmesini aramaktadırlar. Bu şekilde bir itiraz yoksa uyarlama taleplerini reddetmektedirler.⁹⁰

Yine idareden kaynaklı nedenlerle süre uzatımına gidilmişse yüklenicinin fiyat farkı talep etme hakkı vardır. Bu talep de uyarlama niteliğinde görülmektedir. Ancak süre uzatımı kapsamındaki hakedişlere usulüne uygun itiraz edilmemişse bu talepler de reddedilmektedir.⁹¹

Fakat Danıştay 13. Dairesi, YİGS’de hakedişe itiraz usulünü hükme bağlayan düzenlemeyi iptal etmiştir.⁹² İptalin gerekçesi ise ilgili düzenlemenin KİK’de yer alan tarafların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği, hak arama hürriyetini kısıtladığı ve kanunî bir dayanağının bulunmadığıdır.

Bu iptal kararı sonrasında Yargıtayın içtihadında nasıl bir değişiklik olacağı merak konusudur. Yüksek mahkeme, henüz vermiş olduğu bir kararla meseleyi açıklığa kavuşturmuş değildir.⁹³

⁹⁰ Y. 15. HD, 10.06.2010, E. 2009/209, K. 2010/3337;; Y. 15. HD, E. 2016/6293, K. 2017/619; Ankara BAM, 27. HD, 30.05.2018, E. 2017/200, K. 2018/604, (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁹¹ “Ne var ki, taraflar arasında imzalanan sözleşme götürü bedel ile imzalanmış olduğundan davacının fiyat farkı talebi aynı zamanda sözleşmenin uyarlanması niteliğinde olduğundan TBK’nın 480. maddesi ve 138. maddesine de dayanmaktadır. Bu nedenle süre uzatımı sonucu yapılan tüm işlere ilişkin düzenlenen hak edişlere usulüne uygun itirazı kayıt konulmuş olması gerekir. Somut olayda, davacı tarafça, sadece 15 no.lu son hak edişe ihtirazı kayıt konulduğu sabittir. Bu durumda, mahkemece, davacının işin bitim süresinin uzatımı nedeniyle talep ettiği fiyat farkına ilişkin olarak, itiraz ettiği 15 no.lu hak edişe konu olan işle ilgili fiyat farkı talebinin kabulü ile yetinilmesi gerekirken, yanlıgılı gerekçeye dayalı olarak ihtirazı kayıt aranmaksızın bu alacak kaleminin tamamen kabulü doğru olmamıştır.” Y. 6. HD, 07.11.2023, E. 2022/432, K. 2023/3734, (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.11.2024).

⁹² Dn. 13. D, 06.06.2023, E. 2023/403, K. 2023/2899, (<https://karararama.danistay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 22.01.2025).

⁹³ Yargıtay, iptal kararından önce imzalanan sözleşmeler açısından ilgili bendin varlığını koruduğuna hükmetmiştir. Zira yüksek mahkemeye göre, Yapım İşleri Genel Şartnamesi ihale dokümanı içindeki belgelerden olup imza ile birlikte sözleşmenin eki hâline gelmektedir. Dolayısıyla imza sonrasında akdî bir nitelik kazanmış, taraflar açısından düzenleyici işlem formundan çıkmıştır. İşbu sebeple de iptal kararı, yalnızca düzenleyici işlem niteliğindeki Yapım İşleri Genel Şartnamesi üzerinde bir et-

İptal edilen hüküm, hakedişe itiraz için katı bir usul öngörmüştür. Hem bir itiraz dilekçesi verilecek hem de rapor imzalanırken bu dilekçeye şartnamede öngörüldüğü şekilde atıfta bulunulacaktır. İlâveten aynı düzenlemeye göre, idarenin ara hak ediş raporunda düzeltme yapması ve ödemeyi bu raporu esas alarak gerçekleştirmesi mümkündür. Bu durumda yüklenici, ödeme tarihinden itibaren 10 gün içinde itiraz etmek durumundadır. Aksi takdirde yine ara hak edişi kabul etmiş sayılacaktır.

Kanaatimizce iptalle birlikte ortadan kalkan yalnızca katı usul uygulaması olmuştur. Sözelimi ara hakediş raporunda sonradan bir düzeltme yapılır ve ödeme buna göre gerçekleştirilirse itiraz süresi artık 10 gün ile sınırla kalmayacaktır. Mahkemenin takdir edeceği makul bir süre içinde gerçekleştirilen itirazlar geçerli kabul edilecektir. Yine ara hakediş raporuna konacak “TBK madde 480/II hükmünden doğan haklarımız saklıdır” gibi genel bir kayıt yeterli gelecektir. Ayrıca bir dilekçe verilmesi gerekmeyecektir.

Fakat uyarılama isteyen yüklenici, ilgili hakedişlere mutlaka ihtirazî kayıt koymalıdır. Zira hakediş raporlarında yapılan işler ve karşılığında alınacak ücret yer almaktadır. Yüklenici tarafından bu raporlara atılacak imza, yaptığı iş karşılığında hesaplanan bedelin doğru ve kabulünde olduğu anlamını taşıyacaktır. Bu raporlara imza attıktan sonra bunlar esas alınarak kendisine yapılan ödemelerin yaptığı işin karşılığı olmadığını, irade fesadı hâli müstesna⁹⁴, söyleyememelidir.⁹⁵ Bu, YİGŞ’deki iptal edilen bendin değil, genel hukuk mantığının bir sonucudur.

Dolayısıyla, yalnızca zemin yapısının öngörülenden farklı çıkması ya da süre uzatımı verilmesi hâllerıyla sınırlı değil, tüm uyarılama taleplerinde ara hakediş raporlarına bakılmalıdır. YİGŞ’deki itiraz usulüne yönelik düzenlemenin iptal edilmesinin bu durum üzerinde bir etkisi yoktur.

kiye sahip olacak, sözleşme eki hâline gelen akdî nitelikteki Yapım İşleri Genel Şartnameleri aynen uygulanmaya devam edecektir. Y. 6. HD, 26.10.2023, E. 2022/31, K. 2023/3489, (Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2025).

⁹⁴ Hata özelinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, yüklenicilerin hesaplamada hata yaptıklarına dair savunmalarının mahkemelerce kabul görmeyeceği söylenebilir. Zira yükleniciler tacir sıfatını haiz olup basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlüdürler.

⁹⁵ Buna karşın yazara göre, ihtirazî kayıt konmaması bir karine teşkil eder. Aksi her türlü delille ispat edilebilir. **ERMAN**, 139.

5. Yüklenicinin Gerçekleşen Değişikliği İşsahibi İdareye İhbar Etmesi

TBK madde 480/II hükmünde gerçekleşen değişikliğin işsahibine ihbar edilmesi bir şart olarak yer almamaktadır. Fakat öğretide yüklenicinin bu şekilde bir bildirimde bulunması gerektiği, bu bildirimin de külfet niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.⁹⁶ Bu külfeti yerine getirmeyen yüklenici, uyarlama imkânından faydalanamayacaktır. İhbar, vakit geçirmeksizin yapılmalıdır. Bir gecikme söz konusuysa ihbar tarihine kadar yaşanan fiyat artışına dair uyarlama hakkının kaybedileceği savunulmaktadır.⁹⁷

Bir üst başlıkta yüklenicinin ara hakedişlere ihtirazî kayıt koymasının gerektiği, ihtirazî kayıtsız imzalanan ara hakediş raporları sonucunda o tutanaklara girmiş iş ve karşılığında yapılan ödemeler için uyarlama talep edilemeyeceği ele alınmıştı. Kanaatimizce bu hakedişlere koyulan ihtirazî kayıtlar yeterli açıklamayı içeriyorlarsa aynı zamanda ihbar işlevini de göreceklerdir.

6. Sözleşmede Olumsuz Uyarlama Kaydının Bulunmaması

TBK madde 480/II hükmü, emredici nitelikte değildir. O, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu nedenle tarafların farklı bir çözüm tarzı benimseyerek uyarlama şartlarını yüklenicinin leh veya aleyhinde olacak şekilde değiştirmeleri ve hatta uyarlama yolunu kapatmaları mümkündür.⁹⁸

Örneğin taraflar, sözleşmenin uyarlanmasını haklı kılacak artışın mahkemenin takdirine bırakmayıp kendileri bir oran belirleyebilirler. Toplam bedele oranla %30'un altında kalan artışların yükleniciye uyar-

⁹⁶ ERMAN, 89; TANDOĞAN, 253; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 580 ve 583; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 1148; GÜRPINAR, 149; GÜMÜŞ, 403; ÖZER, 199; ERGÜNE, 315.

⁹⁷ GÜMÜŞ, 403; ÖZER, 200.

⁹⁸ TBK madde 480/II hükmünün emredici nitelikte olmadığına dair bkz. ARAL/AYRANCI, 431; ERMAN, 126; GÜRPINAR, 155; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 581; GÖNEN, Bedel, 91; ÖZER, 201; TANDOĞAN, 247; ERGÜNE, 316.

lama hakkı tanımayacağı, onun risk alanında kalacağı açıkça hükme bağlanabilir. Nitekim Fransa’da idarî sözleşmelere bu yönde hükümler konmakta ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde geçerli kabul edilmektedir.⁹⁹

Bununla birlikte bu tür kayıtlar nihayetinde bir sözleşme hükmü oldukları için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 23’deki sınırlamalara tâbidirler.¹⁰⁰ Bu sınırları aşan uyarlama kayıtları geçersiz sayılacaktır. Yine bu kayıtlara dayanarak sözleşmenin mevcut hâliyle ifasında ısrar etmek hakkın kötüye kullanılması olarak da değerlendirilebilir.¹⁰¹ Örneğin, iş sahibinin kusuru neticesinde işler gecikebilir ve ifa, kararlaştırılandan daha ileri bir tarihe sarkabilir. Sözleşme kararlaştırılan tarihte sona erseydi sözleşme üzerinde bir etkisi bulunmayacak hammadde fiyatlarındaki artışlar, bu gecikmeden dolayı sözleşmenin malî dengesini ciddi ölçüde bozabilir. İşte böyle bir durumda, iş sahibinin uyarlama kaydına dayanması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır.¹⁰²

KİSK, uygulamada birliğin sağlanması adına Kamu İhale Kurumu tarafından tip sözleşmelerin hazırlanacağını ve idarelerce yapılacak sözleşmelerde de bu tip sözleşmelerin esas alınacağını madde 5 ve geçici madde 1’de hükme bağlamıştır. Kamu İhale Kurumu da KİSK madde 7’de düzenlenen sözleşmelerde yer alması zorunlu hususlar çerçevesinde tip sözleşmeleri hazırlamıştır. Bu sözleşmelerde fiyat farkı ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse ne şekilde hesaplanacağı ayrı bir madde olarak yer almaktadır. Dolayısıyla her ihale sözleşmesinde olumlu veya olumsuz bir uyarlama kaydı bulunmaktadır.

⁹⁹ SUBRA, David/TESSIER, Emmanuel: Le droit des contrats administratifs, 1. Baskı, Paris 2019, 62; GUETTIER, Christophe, Droit des contrats administratifs, 2. Baskı, Paris 2008, 426.

¹⁰⁰ ARAL/AYRANCI, 431; EREN, 678-79; KAPLAN, 219; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, 581.

¹⁰¹ “Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlarla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. Md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nisbetsizlik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır.” Y. HGK, 11.02.1998, E. 1998/13-4, K. 1998/87;; Y. HGK, 01.07.1992, E. 1992/13-360, K. 1992/425;; Y. 3. HD, 20.02.2019, E. 2017/5992, K. 2019/1363, (Legalbank, Erişim Tarihi: 30.01.2025); İş sahibinin olumsuz uyarlama kayıtlarına ancak TMK madde 2’deki sınırlar dahilinde dayanabileceğine dair bkz. TUNÇOMAĞ, 2:1062; TANDOĞAN, 250; ERMAN, 126.

¹⁰² TANDOĞAN, 250; BAYGIN, 99 ve 101; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, 582.

Tip sözleşmeye göre fiyat farkının düzenlendiği maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: “Yüklenici, gerek sözleşme süresi gerekse uzatılan süre içinde, sözleşmenin tamamen ifasına kadar, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde artışa gidilmesi veya yeni mali yükümlülüklerin ihdası gibi nedenlerle fiyat farkı verilmesi talebinde bulunamaz.”

İkinci fıkra ise ara hakedişler için fiyat farkı ödenip ödenmeyeceğine göre değişmektedir. Fiyat farkı ödenecekse ikinci fıkroda “fiyat farkı hesaplanacaktır” yazacak, devamında da bu hesabın nasıl yapılacağı açıklanacaktır. Bu hesaplamanın nasıl yapılacağı 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar’da düzenlenmiştir.

Fiyat farkı ödenmeyecek ise ikinci fıkra şu şekilde kaleme alınacaktır: “Fiyat farkı hesaplanmayacaktır. Ancak, mücbir sebepler veya idareten kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esaslar dikkate alınarak fiyat farkı hesaplanacaktır.”

Görüldüğü üzere ilk fıkra sabittir. O; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerde bir artışa gidilmesi yahut yeni bir malî yükümlülük ihdas edilmesi hâllerinde yüklenicinin ek bir ödeme talep edemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla bu türden bir artışın rizikosu yüklenicinin üstünde bırakılmış gözükmektedir.

İkinci fıkroda ise başka bir husus düzenlenmiştir. Yapım işlerine yönelik ihale sözleşmelerinde yüklenici, ücretini peşin almadığı gibi eserin tamamlanarak teslim edilmesini de beklememektedir. Kendisine tamamladığı işler için ara hakedişler ödenmektedir. İşte bu hakedişler hesaplanırken maliyet artışlarının çeşitli endeksler temel alınarak ödemeye yansıtılması mümkündür. Yüklenici bu imkândan yararlanacaksa ikinci fıkroda fiyat farkı hesaplanacaktır yazacak ve hesaplanma yöntemi de devamında belirtilecektir.

Bu ödeme sayesinde maliyet artışları bir dereceye kadar fiyata yansıtacağı için sözleşmenin uyarlanmasına yönelik bir ihtiyacın doğması engellenebilir. Fakat fiyat farkı ödemesine karşın malî dengedeki bozulmanın giderilmemesi de her zaman için ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda yüklenici, TBK madde 480/II hükmünün sunduğu imkânlardan yararlanabilecektir.

Burada asıl sorun, ikinci fıkrada fiyat farkı hesaplanmayacağı öngörülen sözleşmelerdir. Bu düzenlemeyle birlikte tarafların uyarlama davası yolunu kapattıkları düşünülebilir.

Öğretide, tamamlayıcı hukuk kuralının aksini öngören anlaşmaların dar yorumlanacağı, şüphe hâlinde tamamlayıcı hukuk kuralı lehine yorum yapılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰³ Buradan hareketle “kararlaştırılan bedel kesindir”, “belirlenen bedel değiştirilemez” gibi ifadelerin TBK madde 480/II hükmü saklı kalmak kaydıyla yapılan feragatler olarak yorumlanabileceği savunulmuştur.¹⁰⁴ Bize göre de bu tür ifadelerin ilkece olağan sınırlarda kalan fiyat hareketlerine yönelik getirildiğini, TBK madde 480/II hükmünün uygulanmasını gerektirecek fiyat artışlarını kapsamadığını kabul etmek gerekir.

Kanaatimizce benzer bir durum fiyat farkı hesaplanmayacağı öngörülen sözleşmeler için de geçerlidir. Bu ifade, kamu ihale hukukunda yüklenici lehine getirilmiş bir imkân olan fiyat farkı uygulamasının ilgili sözleşmede tatbik edilmeyeceğinden başka bir anlam taşımamaktadır. Kendisine maksadını aşar biçimde TBK madde 480/II hükmünü de kapsayacak bir feragat anlamı yüklenmemelidir.

Yargıtay ise ulaşabildiğimiz hiçbir kararında fiyat farkı verilmeyecektir hükmüne istinaden kategorik biçimde uyarlama talebini reddetmemiştir. Yüksek mahkeme, somut olayda uyarlama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmekte, burada vardığı sonuca göre bir hüküm kurmaktadır.¹⁰⁵ Ancak bazı kararlarında yaşanan artışın uyarlamayı haklı kılmadığını belirttikten sonra ikinci bir gerekçe olarak fiyat farkı verilmeyeceğinin sözleşmede hükme bağlandığını da belirtmektedir.¹⁰⁶ Bu kararlarda asıl ret sebebi ortada uyarlamayı haklı kılacak bir değişikliğin bulunmaması gibi görünmektedir. Fiyat farkı verilmeyeceği

¹⁰³ EREN, 679; Hakları sınırlayan kayıtların dar yorumlanacağına dair bkz. ÖZER, 201.

¹⁰⁴ EREN, 679; Benzer yönde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 581; TANDOĞAN, 249-50; GÖNEN, Bedel, 97; ÖZER, 201.

¹⁰⁵ Somut olayda fiyat farkı ödenmeyeceği hükme bağlanmasına karşın mahkeme uyarlama talebini kategorik biçimde reddetmemiş, uyarlama şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirerek bir karara varmıştır. Y. 15. HD, 02.06.2020, E. 2019/3771, K. 2020/1216, (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.02.2025); Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Ankara BAM, 4. HD, 05.03.2020, E. 2018/1345, K. 2020/433, (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.02.2025).

¹⁰⁶ Y. 6. HD, 25.09.2024, E. 2023/428, K. 2024/2944; Y. 6. HD, 28.11.2023, E. 2022/4668, K. 2023/3968, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.02.2025).

hükmünden bahsedilmesi, kararı kuvvetlendiren ek bir gerekçe izlenimi vermektedir.

Güncel tarihli başka bir kararda ise ilk derece mahkemesi, sözleşmede yer alan fiyat farkı verilmeyeceğine dair düzenlemenin TBK madde 27 gereği hükümsüz olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁷ Mahkemeye göre, ortada emredici hukuk kurallarına aykırı bir durum bulunmaktadır. Somut olayda uyarlama şartları gerçekleştiği için dava kabul edilmiş, istinaf ve temyiz incelemesinden geçen karar ise kesinleşmiştir.

Mahkemenin yorumu isabetli gözükmemektedir. Zira kamu ihale sözleşmelerinde yer alan fiyat farkı verilmeyeceğine dair hükmün dayanağı, KİSK'dir. Mahkeme, kanunî dayanağı atlamış gözükmektedir. İlgili hükmü ortada hiçbir kanunî dayanak bulunmaksızın idarenin üstün konumundan istifade sözleşmeye koyduğu bir düzenleme gibi değerlendirmektedir. Hâlbuki hem kanunî bir dayanak bulunmakta hem de ihale ilânında bu durum açıkça yazmaktadır. Dolayısıyla yüklenici, keyfiyeti bilerek ihaleye teklif vermekte, bu durum sözleşme görüşmeleri sırasında kendisine dayatılmamaktadır. İşbu nedenle sözleşmede yer alan fiyat farkı verilmeyeceğine dair düzenlemenin hükümsüz olduğu söylenemez.

KİSK'de yer alan fiyat farkı verilmemesine gerekçe olan düzenleme; TMK madde 2, TBK 27-138-480/II hükümleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Bunun sonucunda ise fiyat farkı verilemez hükmü, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, uyarlama hakkından bir feragat olarak anlaşılmamalıdır. Bu hüküm yalnızca ihale hukukunda yüklenici lehine tanınmış bir imkân olan fiyat farkından yüklenicinin yararlanmayacağını düzenlemektedir. Hükmün kapsamına olağan sınırları aşan fiyat hareketleri girmemektedir. Dolayısıyla bu tarz bir fiyat hareketiyle karşılaşan yüklenicilerin her zaman için mahkemeden uyarlama talep etmeleri mümkündür.

Son olarak tarafların uyarlamayı haklı kılacak artış eşiğini belirlemek gibi çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilecek uyarlama kayıtlarını tip sözleşmede öngörülmemesine rağmen kendi sözleşmelerinde yer verip veremeyecekleri de değerlendirilmelidir. İlk bakışta, tip sözleşmenin esas alınacağı ve orada öngörülmeyen bir uyarlama kaydının sözleşmeye yerleştirilemeyeceği söylenebilir. Ancak uygulamada tarafların tip sözleşmeyi esas almakla beraber ilgili maddelere bazı fıkralar ekledikleri görülmektedir. Dolayısıyla uyarlama kayıtları için de bu yola gidilebilir. Aynı

¹⁰⁷ Y. 6. HD, 29.04.2024, E. 2023/1757, K. 2024/1147, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.02.2025).

şekilde sözleşmede yer almasa bile sözleşme eki sayılan idarî şartname-
lere bu yönde hükümler eklenebilir.

Kanaatimizce buradaki sınır, KİSK'dir. Sözleşmeye eklenecek kay-
dın KİSK ile çelişmemesi gerekir. Aksi hâlde geçersiz kabul edilecektir.
Örneğin, taraflar %30'u aşan maliyet artışlarının TBK madde 480/II'deki
ifa güçlüğü şartını sağlayacağı yönünde bir hüküm koyabilirler. Bu başlı-
ğın giriş kısmında anlatılan sınırlar dâhilinde kalıyorsa bu kayıt geçerli
kabul edilmeli ve mahkemece dikkate alınmalıdır. Ancak taraflar, sözleş-
meye koyacakları bir kayıtlı %30'u aşan maliyet artışlarında sözleşme de-
ğişikliğine gideceklerini öngöremezler. Zira KİSK ile sözleşmenin de-
ğişmezliği ilkesi benimsenmiş olup taraflarca yapılacak değişikliğin sınırları
katı biçimde çizilmiştir. Onların bu hükme aykırı biçimde sözleşmeye ko-
yacakları kayıtlar geçersiz olacaktır.

Dolayısıyla ortada her ne kadar bir özel hukuk sözleşmesi olsa da
adlî mahkemeler bu kayıtları değerlendirirken onların kamu hukuku bo-
yutunu göz ardı etmemeli, meseleye salt borçlar hukuku bakış açısıyla
yaklaşmamalıdır.

B. Hüküm ve Sonuçları

Yukarıda ele alınan şartlar sağlandığında TBK madde 480/II hük-
müne göre "yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanma-
sını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği tak-
dirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının ge-
rektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir".

Bu düzenlemeden çıkan ilk sonuç, yüklenicinin bir seçme hakkına
sahip olmadığıdır. O, uyarlama ya da sözleşmeyi sona erdirmeye yolların-
dan bir tanesini tercih etmekte serbest değildir. Kanun koyucu önceliği
sözleşmenin ayakta tutulmasına vermiştir. Dolayısıyla uyarlama yapıla-
rak sözleşmenin ayakta tutulması mümkün ve menfaatler dengesine de
uygunsa sözleşmeden dönülemeyecektir.¹⁰⁸

Peki, uyarlamanın somut olayda bir seçenek olmadığını kim takdir
edecektir? Uyarlamaya gidilemeyeceği yönünde verilmiş bir mahkeme
kararı olmadan yüklenici doğrudan sözleşmeyi sona erdirmeye yoluna gi-
debilecek midir?

Bu soruya yanıt vermeden önce uyarlama ve sözleşmeden dönme (dürüstlük ilkesinin gerektirdiği durumlarda fesih) haklarının hukukî niteliği üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır. Hem sözleşmenin uyarlanması hem de sona erdirilmesi yenilik doğurucu haktır. Kural, yenilik doğurucu hakların tek taraflı karşı tarafa varması yeterli bir irade beyanıyla kullanılmasıdır. Fakat kanunda bu hakların dava yoluyla kullanılacağı da öngörülebilir. Bu durumda hak sahibinin tek taraflı irade beyanı yeterli gelmeyecek, yenilik doğurucu (inşai) dava açmak zorunda kalacaktır.¹⁰⁹

TBK madde 480/II'de de yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden isteme, bu mümkün değilse sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle uyarlama yetkisinin mahkemede olduğu, yüklenicinin dava yoluna gitmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dönme hakkı ise tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilir. ¹¹⁰

İlaveten bu görüşü savunan bazı yazarlar, uyarlama yetkisi mahkemede bulunduğundan yüklenicinin sözleşmeden dönebilmesi için somut olayda uyarlamaya gidilemeyeceğine dair verilmiş bir mahkeme hükmü aramaktadırlar. Bu yönde bir karar yoksa yüklenici tek taraflı bir irade beyanıyla dönme hakkını kullanamayacaktır.¹¹¹

Öğretide diğer bir görüş ise uyarlama ve sözleşmeyi sona erdirmeye arasında böyle bir ayrıma gitmenin tutarsız olduğunu, bu ayrımı haklı kılacak bir sebebin bulunmadığını savunmaktadır. Buna göre, sözleşmeyi sona erdirmek de bir tür uyarlamadır ve hatta uyarlamanın en ağır şeklidir. Bundan dolayı ona sıfıra uyarlama denmektedir. Daha ağır sonuca mahkeme kararı gerekmezken ulaşabilirken daha hafifine ulaşmak için dava açmak zorunda kalmak bu görüşü savunan yazarlarca tezat olarak görülmüştür.¹¹²

¹⁰⁹ DEMİRBAŞ, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, 1. Baskı, İstanbul 2007, 80-81; DURMUŞ, Rukiye Feray: Yenilik Doğuran Davalar, 1. Baskı, İstanbul 2021, 19-20.

¹¹⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 582; ÖZDEMİR, 74; EREN, 680-82; ÖZER, 202-3; GÜMÜŞ, 403-4; BÜYÜKAY, 180.

¹¹¹ EREN, 682; GÜMÜŞ, 404; ÖZER, 203.

¹¹² BAYSAL, Uyarlama, 373; KULP, Zehra Betül: Aşırı İfa Güçlüğü (TBK. md. 138), Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, 148-9; Bu şekilde bir ayrımın tezat oluşturduğuna dair bkz. ATAMER, 16;

Ayrıca TBK madde 480/II hükmünün gerekçesi de madde lafzıyla çelişir biçimde yüklenicinin haklarını dava yoluna gitmeden kullanabileceğine işaret etmektedir.¹¹³ Baysal’a göre, bu gerekçe tartışmalara son noktayı koymuş, uyarlama hakkının dava yoluna gitmeden kullanılabilceği açıklık kazanmıştır.¹¹⁴

İkinci görüşün haklı olduğu noktalar bulunmakla birlikte madde lafzı açıktır. Uyarlamanın hâkimden isteneceği şüpheye yer bırakmayacak biçimde ifade edilmiştir.

Kamu ihale sözleşmeleri özelinde ise uyarlamanın yalnızca hâkim tarafından yapılabileceğine dair ek bir gerekçe daha bulunmaktadır. KİSK madde 4 ile bu sözleşmeler açısından sözleşmenin değişmezliği ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, KİSK’de öngörülen hâller dışında tarafların sözleşmede değişikliğe gitmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu yasak karşısında taraflar ortak karar alarak dahi sözleşmeyi değiştiremezken yüklenicinin tek taraflı bir irade beyanıyla bunu yapabileceği söylenemez.

Uygulamada uyarlama veya sözleşmeyi sona erdirmeye taleplerine idareden olumlu yanıt alamayan yüklenicilerin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshederek yahut böyle bir bildirimde bulunmaksızın ifayı bıraktıkları görülmektedir. Bunun üzerine ise idareler, KİSK’in 20. maddesi¹¹⁵

Baygın da mülga 818 sayılı BK döneminde kaleme aldığı eserinde yüklenicinin haklarını dava yoluna gitmeksizin kullanabileceğini savunmuştur. **BAYGIN**, 108.

¹¹³ “818 sayılı Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, Tasarıda yükleniciye tanınan uyarlama hakkı çerçevesinde hâkimin takdir yetkisinden söz edilmesi yerine, bu hakkın mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik doğurucu haklar içerdiği göz önünde tutularak, yüklenicinin hangi seçimlik haklarını ve hangi sıraya uyarak kullanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, yüklenici, fıkra da öngörülen koşullar gerçekleşmişse, önce sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkını kullanabilecektir” <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.11.2023).

¹¹⁴ **BAYSAL**, Uyarlama, 389-90; Ergüne de madde gerekçesinden hareketle uyarlama hakkının dava yoluna gitmeksizin kullanılabilceğini ileri sürmektedir. **ERGÜNE**, 318.

¹¹⁵ Madde 20: “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi...

Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

hükmüne dayanarak sözleşmeleri feshetmekte ve yine aynı Kanun'un 25¹¹⁶ ve 26.¹¹⁷ maddeleri uyarınca yükleniciler hakkında ihaleden yasaklama kararı alarak onların teminatlarını da gelir kaydetmektedirler. Böylece somut olayda sözleşmeyi haklı sebeple feshettikleri ya da haklı sebeple ifadan kaçındıkları inancındaki yükleniciler hiç beklemedikleri bir netice ile karşılaşmaktadırlar.

Danıştayın önüne gelen uyuşmazlıkta yüklenici, ihale konusu malları idareye teslim borcu altına girmiştir. Ancak malların bir kısmı teslim edildikten sonra Covid-19 salgını ve döviz kurundaki artışlar gerekçe gösterilerek geri kalan malların teslim edilemeyeceği idareye bildirilmiştir. İdare de sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde sözleşmenin feshedileceğini davacı şirkete ihtar etmiştir. Bunun üzerine yüklenici tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetmiştir. Devamında idare de yükümlülüklerin yerine getirilmemesine istinaden KİSK'in 20. maddesi uyarınca fesih kararı almıştır. Fesih kararı sonrasında da yüklenici şirket ve şirket sermayesinin tamamına sahip olan şahsın 1 yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir. İhaleden yasaklama kararına karşı açılan iptal davasını mahkeme aşağıdaki gerekçeyle reddetmiştir:

“Davacı şirketin mücbir sebep iddiasıyla sözleşmeyi feshinin, bu iradenin idareye intikali ile sonuç doğurmadığı, ancak idarenin bu talep hakkındaki değerlendirmeleri sonucu talebin haklı görülmesi hâlinde karşılıklı olarak edimin ifasından vazgeçilmesinin söz konusu olacağı, davacının talebinin davalı idarece uygun görülmemesi hâlinde hizmeti sunmaya devam etmesi ve adli yargıda dava açabilmesi söz konusu iken, yasayla idareye tanınan yaptırım kullanma yetkisini işlevsiz bırakacak ve yasanın bir kamu ihtiya-

¹¹⁶ Madde 25: “Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

¹¹⁷ Madde 26: “25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.”

cının karşılanması için idareye tanıdığı yetkileri ortadan kaldırıp yüklenicileri idareden de üstün konuma getirecek, dolayısıyla yasa sistematikliğini tersine çevirecek bir yorumun kabulüne olanak bulunmadığı”¹¹⁸

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yüklenicinin somut olayı mücbir sebep olarak nitelendirmesi hatalıdır. Zira ortaya çıkan durumun mücbir sebep sayılması için ifayı imkânsız kılması gerekir. Burada ise ifa imkânsız değil, yalnızca daha maliyetli bir hâle gelmiştir. KİSK’in 10. maddesinde de mücbir sebep düzenlenmiş olup orada da açıkça ifaya engel bir durumun meydana gelmesinden bahsedilmiştir. Maddede genel salgın hastalığın mücbir sebep sayılabileceği belirtilmiş ancak bunun ön şartının ifa engeli teşkil etmesi olduğu da hükme bağlanmıştır. Yüklenici bu durumu kaçırması gözükmemektedir.

Mahkeme ise yüklenicinin fesih beyanının tek başına sonuç doğurmadığını, ancak idarenin bu talebi olumlu karşılaması durumunda sözleşmenin sona ereceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre yüklenicinin yapması gereken ifaya devam etmek ve adli yargıda dava açmaktır. Bu noktada yüklenicinin yanlış hukukî tavsifi yanıltıcı olmamalıdır. Açılması icap eden dava, uyarlama davasıdır.

Başka bir uyuşmazlıkta da yüklenici, artan fiyatlar nedeniyle uyarlama talep etmiş, idare de talebin ilgili mercie iletilmesini ve ifaya devam edilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir. Bunun üzerine yüklenici, artan fiyatları gerekçe göstererek ifayı durdurmuştur. İdare ise üstlenilen edimin mücbir sebep hâli bulunmaksızın ifa edilmemesinden dolayı KİSK’in 20. maddesi uyarınca sözleşmeyi feshetmiş, yüklenici hakkında ihaleden yasaklama kararı almış, teminatını da gelir kaydetmiştir. İhaleden yasaklama kararının iptali talebiyle açılan dava ise reddedilmiştir.¹¹⁹

Reddin gerekçesi, fiyat artışlarının mücbir sebep teşkil etmediği, ortada sözleşmenin uyarlanması için açılmış bir davanın bulunmadığı ve

¹¹⁸ Karardaki uyarlama talebi TBK madde 138’e dayanmaktadır. Fakat TBK madde 138’de hakların nasıl kullanılacağına yönelik düzenleme, TBK madde 480/II hükmüne paralel olarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bu kararların örnek olarak gösterilmesinde bir beis yoktur. Dn. 13. D, 02.02.2024, E. 2022/4758, K. 2024/497, (UYAP, Erişim Tarihi: 03.07.2024).

¹¹⁹ Dn. 13. D, 07.03.2024, E. 2024/451, K. 2024/1185; Aynı yönde bkz. Dn. 13. D, 07.03.2024, E. 2024/407, K. 2024/1180, (UYAP, Erişim Tarihi: 03.07.2024).

sözleşmenin feshi işleminin hâlen hukuk âleminde varlığını sürdürdüğüdür. Dolayısıyla sözleşmenin feshi işlemi varlığını sürdürürken buna bağlanmış bir sonuç olan ihaleden yasaklama kararı da iptal edilemeyecektir.

Bu noktada son olarak Yargıtayın güncel tarihli bir kararına değinerek iki yüksek mahkeme arasında bir görüş farkının bulunup bulunmadığını değerlendirmek faydalı olacaktır. Uyuşmazlık konusu olayda yüklenici; Ulaştırma, Personel Okulu ve Eğitim Merkezi Komutanlığı hazır yemek hizmeti işini üstlenmiştir.¹²⁰ Ancak işin devamı sırasında Covid-19 salgını nedeniyle Kara Harp Okullarında 16.03.2020 tarihinden itibaren eğitime 3 hafta ara verilmiş, sonrasında da bu süre dönem sonuna kadar uzatılmıştır. Kara Harp Okullarında öğrenci kalmaması sebebiyle de yüklenicinin geliri ciddi ölçüde azalmıştır.

Bunun üzerine yüklenici, salgının mücbir sebep olduğunu ifade ederek sözleşmenin feshi için idareye başvurmuştur. İdare bu talebi kabul etmeyerek işe devam edilmesini istemiştir. Sonrasında yüklenici tek taraflı olarak sözleşmeyi feshettiğini bildirmiştir. Fesih bildiriminde, sözleşmede salgın hastalığın mücbir sebep sayıldığı ve yapılan iş karşılığında ödenen bedelin maliyetin çok altında kaldığı gerekçe gösterilmiştir.

İdare ise bu fesih bildirimini kabul etmeyerek tıpkı yukarıdaki olaydaki gibi işin sözleşme hükümlerine uygun yerine getirilmemesi sebebiyle sözleşmeyi feshetmiştir. Fesih kararına ilaveten yüklenicinin verdiği teminatı da (1.037,610 TL) gelir kaydetmiştir. Bunun üzerine yüklenici dava yoluna gitmiş, kendisince gerçekleştirilen feshin haklılığının tespiti ile teminat mektubunun nakde çevrildiği tarihten itibaren işleyecek faiziyle birlikte kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Yüksek mahkeme, sözleşmede salgın hastalıkların mücbir sebep sayılması nedeniyle Covid-19 salgınının doğrudan mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceğini, sözleşme üzerinde ifayı engelleyici bir etkisinin bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda ise salgın ifa engeli teşkil etmediği için imkânsızlık hükümlerine başvurulamayacaktır. Kaldı ki davacının iddiası değişen şartlar nedeniyle malî dengenin ciddi ölçüde bozulduğudur. Bundan dolayı da uyuşmazlık TBK madde 136 hükmünün değil, TBK madde 138 hükmünün kapsamında kalmaktadır.

Yüklenici, TBK madde 138 çerçevesinde mahkemeden uyarılama talep edebilecekken bu yola gitmeden doğrudan sözleşmeyi feshetmiştir.

¹²⁰ Y. 6. HD, 01.07.2024, E. 2023/4039, K. 2024/2375, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.02.2025).

Dolayısıyla o, haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi feshetmiş ve edimlerini yerine getirmemiştir. Bu nedenle de idarece sözleşmenin feshedilmesi sözleşme hükümlerine uygun olup davanın reddi gerekmektedir.

Burada Yargıtay, yüklenicinin ileri sürdüğü sebeplerin TBK madde 138 kapsamında kaldığını ifade ettikten sonra somut olayda uyarlama veya fesih şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirmemiştir. Hâlbuki bu yönde bir değerlendirme yaptıktan sonra uyarlama şartlarının sağlandığına, ancak uyarlama mümkün olmadığından yüklenicinin sözleşmeyi feshinin haklı sayılması gerektiğine karar verebilirdi. Yargıtay ise böyle bir değerlendirmeyi hiç yapmamış, mahkemeden uyarlama istenmeden yapılan feshin haksız olduğuna karar vermiştir.

Buradan hareketle Yargıtayın uyarlama davası açılmadan gerçekleştirilen fesihleri geçerli kabul etmediği söylenebilir. Yine Yargıtayın bu tutumu, fesih beyanı idarece kabul edilmeyen yüklenicinin adlî yargıda davası açması gerektiğini ve mahkemece verilmiş bir karar olmadan edimin ifası terk edilirse idarenin sözleşmeyi fesih hakkının olduğunu belirten Danıştay içtihatıyla da uyum içerisindedir.

Toparlamak gerekirse, somut olayda TBK madde 480/II'deki şartların sağlandığını düşünen yüklenici, idareye yaptığı başvurudan bir netice alamamışsa adlî yargıda uyarlama davası açacaktır. Ortada verilmiş bir mahkeme kararı bulunmaksızın ifayı durdurması durumunda sözleşme idarece feshedilecek ve yüklenici hakkında çeşitli idarî yaptırımlar uygulanacaktır. Bu noktada ifayı durdurmadan önce yüklenici tarafından tek taraflı bir fesih beyanında bulunulması da sonucu değiştirmemektedir. İki yüksek mahkeme de bu fesih beyanını geçerli saymamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, uyarlama davasının açılması tek başına ifadan imtina edilmesi için yeterli değildir. Ortada verilmiş bir tedbir kararı olmaksızın ifa bırakılırsa yine sözleşme idarece feshedilecek ve yüklenici hakkında yaptırımlar uygulanacaktır.¹²¹

Görüldüğü üzere mevcut denklemde yüklenicinin hareket alanı son derece kısıtlıdır. Kamu ile iş yapan yüklenici, sıradan bir özel hukuk ilişkisinin aksine hak ettiği ücrete kavuşma noktasında bir endişe taşımamaktadır. Hatta işin ilerleme durumuna göre ara hakedişleri kendisine muntazam ödenmektedir. Bununla beraber kamunun bir ihtiyacını karşılamasından dolayı da kanun ve ikincil mevzuat tarafından sıkı şartlara

¹²¹ Dn. 13. D., 30.01.2014, E. 2009/7321, K. 2014/187, (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.02.2025).

tâbi tutulmaktadır. İfayı aksatması yalnızca mücbir sebep hâli için mazur görülmüştür. Bunun dışında fesih, teminatın gelir kaydedilmesi ve ihalelerden yasaklanma yaptırımlarıyla karşılaşmaktadır. Dolayısıyla o, bu yaptırımların hakkında uygulanmasını istemiyorsa bozulan malî dengeye rağmen ifaya devam edecek, mahkemenin sonucunu bekleyecektir. Burada mahkemece verilecek bir ihtiyatî tedbir kararı, yüklenici için büyük önem arz etmektedir. Böylece uzun zaman alacak yargılama sürecinin sonuçlanmasını beklemeden erken bir tarihte giderim imkânına kavuşacaktır.

Bu başlık altındaki açıklamalara son vermeden önce mahkemenin uyarlamanın mümkün olup olmadığını nasıl değerlendireceği, uyarlamaya karar verirken nelere dikkat etmesi gerektiği ve yüklenicinin talep ettiğinden farklı bir biçimde sözleşmeyi uyarlama yetkisinin bulunup bulunmadığı üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

Mahkeme uyarlama biçimine karar verirken menfaatler dengesine dikkat etmelidir. Sözleşme yüklenici için makul bir zemine çekilirken iş-sahibinin menfaatleri de göz ardı edilmemeli, sözleşme onun bakımından kabul edilemez bir hâle getirilmemelidir.¹²² Mevcut seçenekler arasında iki tarafın da menfaatlerini gözeten, hakkaniyete uygun bir yol yoksa uyarlama yapılmamalı, sözleşme sona erdirilmelidir.

Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, açılan davada yalnızca uyarlama talep edilmiş, terditli biçimde sona erdirmeye istenmemişse mahkeme bu yönde bir hüküm vermeyecek, uyarlama talebini reddetmekle yetinecektir.¹²³ Ancak ortada uyarlama yapılamayacağına dair bir mahkeme hükmü bulunduğundan artık mahkemeye gitmeksizin dönme (dürüstlük ilkesinin gerektirdiği hâllerde fesih) hakkı kullanılabilir.

Diğer yandan mahkeme, yüklenicinin talep ettiğinin dışında bir uyarlama yöntemini tercih edebilir.¹²⁴ Örneğin yüklenici, artan maliyetin fiyat farkı adı altında kendisine ödenmesini talep etmişken mahkeme, ödemelerin erken bir tarihe çekilmesi, daha uygun fiyatlı malzemelerin kullanılması gibi çözümler benimseyebilir. Uygulamada ise yüklenicilerin fiyat farkı talep ettikleri, mahkemelerin de bu çerçevenin dışına çıkmadığı görülmektedir.

¹²² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 583; ÖZ, 84; GÜRPINAR, 151.

¹²³ ÖZ, 84-85.

¹²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 214-15.

Peki, ortaya çıkan maliyet artışı yapılacak uyarlamada tamamen iş-sahibinin üstüne mi bırakılacaktır, yoksa bir paylaşıma gidilecek midir? Sözleşmenin uyarlanması, bir risk paylaşım sorunudur. Umulanın ötesine geçen riske tek başına yüklenicinin/borçlunun katlanması hakkaniyete aykırı görüldüğünden sözleşmeye müdahale edilmektedir. Dolayısıyla bu müdahale yapılırken bütün riskin işsahibine aktarılması da isabetli olmayacaktır. Nihayetinde işsahibinin dışında ve onun öngörülerini de aşan bir durum gerçekleşmiştir. Bu sebeple ortaya çıkan artışın taraflar arasında paylaşılması daha isabetlidir.¹²⁵

Kanaatimizce maliyetteki artışın bütünüyle işsahibi idareye yüklenmesinin tek haklı gerekçesi, artışa kendi davranışıyla sebep olmasıdır. Eserin inşa edileceği yerin süresinde ve gerektiği gibi teslim edilmemesi nedeniyle bir maliyet artışı gerçekleşmişse yahut zemin yapısı ihale dokümanındakinden farklı çıkmış ve işin yükleniciye olan maliyeti artmışsa bu durumda bütün artış idareye yüklenebilir. Ancak böyle bir durum yoksa hakça bir paylaşıma gidilmelidir.

Bu paylaşım yapılırken unutulmamalıdır ki, yükleniciye kâr elde edeceği yönünde bir güvence verilmemiştir. O, kendi hesabını yaparak bir fiyat vermekte, işler istediği gibi giderse sözleşme ilişkisinden kendisini tatmin eden bir kârla ayrılmayı planlamaktadır. Ancak sözleşme, geleceğe yönelik bir tasarruf olduğundan her zaman bünyesinde bir risk barındırmaktadır. Bu risk neticesinde kâr elde etmemek ve hatta bir miktar zarar etmek de ihtimal dâhilindedir. İşte bu ihtimal dairesinde kalan ve bundan dolayı da yüklenicinin sorumluluğunda bırakılması gereken zararlar, yapılacak uyarlama ile onun üzerinden alınmamalıdır. Başka bir deyişle, olağan risk bir miktar zarar edilmesini de kapsadığı için yapılacak uyarlama neticesinde yüklenici kâr elde eder hâle gelmemelidir. Olağan sayılan risk, her ihtimalde yüklenicinin üstünde bırakılmalıdır.¹²⁶

SONUÇ

Kamu ihale sözleşmeleri için ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre, sözleşmenin akdedilmesinden önceki süreç idare hukuku ve idarî yargının kapsamında kalmaktadır. Sözleşmenin ifası ve sona ermesi ise

¹²⁵ ARAL/AYRANCI, 431; ÖZ, 85; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 583; EREN, 681; ÖZDEMİR, 76; ÖZER, 203.

¹²⁶ Benzer değerlendirmeler için bkz. ARAL/AYRANCI, 431; ÖZ, 85; ERGÜNE, 320-21; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 583; EREN, 681; ÖZDEMİR, 76.

ilkece adlî yargının görev alanına girmektedir. Zira bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedirler.

KİSK, kamu ihale sözleşmelerinin ifası ve sona ermesine ilişkin dönemi düzenlemektedir. Ancak KİSK madde 36, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde TBK hükümlerine başvurulacağını düzenlemiştir. KİSK’de malî dengesi bozulan ihale sözleşmelerinin uyarlanmasına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. İşbu nedenle TBK hükümleri çerçevesinde mesele çözüme kavuşturulacaktır.

Ancak burada atlanmaması gereken husus, kamu ihale sözleşmelerinin sıradan bir özel hukuk sözleşmesi olmadığıdır. Bu sözleşmelerin genel rejimi KİSK ve ikincil mevzuatta düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK hükümleri ile kamu ihale sözleşmelerine ilişkin mevzuat birlikte değerlendirilmeli, ikincisi atlanarak salt TBK hükümleri doğrultusunda hareket edilmemelidir.

İşbu nedenle götürü bedelle akdedilen yapım işi ihale sözleşmeleri uyarlanırken başta TBK madde 480/II gelmek üzere, yalnızca TBK hükümleri çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme, bu sözleşmelerin kamu hukuku yönünün göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Sıradan bir eser sözleşmesinin uyarlanmasına kıyasla, inceleme konumuz olan ihale sözleşmelerinin uyarlanması çeşitli hususiyetler içermektedir.

Bu hususiyetlerin başında KİSK madde 4’de düzenlenen sözleşmenin değişmezliği ilkesi gelmektedir. Bu ilke uyarınca, idare ve yüklenici sözleşmeyi değiştirerek meseleyi dava yoluna gitmeden çözüme kavuşturamamaktadırlar. Mukayeseli hukukta öngörülemez hadiselerin vukuunda idare ve yüklenicinin sözleşmede değişikliğe gidebileceğine yönelik çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. KİSK’e de bu şekilde bir hüküm konarak değişmezlik ilkesine bir istisna tanınması yerinde olacaktır. Böylece dava yoluyla tarafların arasında husumet girmeden sorunun dostane biçimde ve kısa sürede hâlinin önü açılacaktır.

Meselenin hususiyet arz eden diğer bir noktası, öngörülemezliğin takdir edileceği andır. Öğretide sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınacağı söylenmektedir. Fakat bir kamu ihale sözleşmesinde sözleşmenin kurulduğu anın, diğer bir deyişle imza tarihinin temel alınması, yüklenici açısından adil bir çözüm tarzı değildir.

Zira yüklenici, teklifini idareye verdiği tarihten itibaren onunla bağlıdır. Teklifin geçerlilik süresi, yapılacak ihaleye ilişkin ilanda ayrıca belirtilmektedir. Bu süre genellikle, 90-120 gün arasında olmaktadır. Bu süre

içerisinde ihale üzerinde kalan yüklenici, sözleşmeyi imzalamazsa geçici teminatının gelir kaydedilmekte ve 6 aydan 1 yıla kadar ihalelerden yasaklanmaktadır. İhalelerden yasaklandığı süre kısa gibi gözükse de bu yasaklama kararının yüklenicinin siciline işlendiği ve sonradan katılacağı ihalelerde idareler nezdinde bir güvensizlik uyandıracak unutulmamalıdır.

Dolayısıyla yüklenicinin sözleşmeyi imzalama noktasında gerçek manada bir idare serbestisine sahip olduğu söylenemez. İşbu nedenle de öngörülemezlik, imza tarihine göre değil, teklif tarihine göre değerlendirilmelidir.

Diğer bir husus ara hakedişlerin ihtirazî kayıtsız kabul edilmesidir. YİĞS’de aksi kararlaştırılmamışsa aylık olarak ara hakedişlerin düzenleneceği öngörülmüştür. Ara hakedişlerde, o dönemde yapılan işler ve bu işlerin yüz üzerinden kaçlık bir ilerlemeye tekabül ettiği gösterilir. O ay için çıkan ilerleme yüzdesine göre de hakediş ödemesi yapılır. Kanaatimizce yüklenici ihtirazî kayıt koymadığı hakediş raporlarına istinaden yapılan ödemeleri doğru kabul edilmiş sayılır. Sonradan bu ödemenin işin gerçek karşılığı olmadığını, uyarlama yapılması gerektiğini ileri sürmemelidir.

Ayrıca öğretide, öngörülemez durum ortaya çıktığında keyfiyetin gecikmeksizin iş sahibine bildirilmesi gerektiği söylenmektedir. Bu bildirim, külfet niteliğindedir. Bildirimde gecikme söz konusuysa yüklenici geciktiği dönem için uyarlama hakkını kaybedecek, ancak bildirimden sonrası için bir talepte bulunabilecektir. Hakediş raporlarına yapılan yahut yapılmayan itiraz, bu açıdan da değerlendirilmelidir. Konacak ihtirazî kayıt, yeterli açıklamayı içeriyorsa yüklenici bildirim külfetini yerine getirmiş sayılacaktır. İmkân varken bir kayıt konmamışsa da gerekli bildirimin yapılmadığı, külfetin yüklenici tarafından yerine getirilmediği sonucuna varılacaktır.

Son olarak KİSK’e göre, ifanın yerine getirilmemesine tek mazeret ortada bir mücbir sebebin bulunmasıdır. Mücbir sebep olmaksızın ifadan imtina etmek, idare açısından haklı fesih sebebi teşkil etmektedir. Bu feshi, yüklenicinin idareye teslim ettiği teminatın gelir kaydedilmesi ve yüklenicinin 1 yıldan 2 yıla kadar ihalelerden yasaklanması takip etmektedir.

Dolayısıyla yüklenici, malî dengedeki bozukluğu öne sürerek ifadan kaçınırsa sözleşme idarece feshedilerek sayılan yaptırımlar uygulan-

maktadır. Aynı durum, malî dengedeki bozukluk sebebiyle yüklenici tarafından tek taraflı bir fesih beyanı verilmesi ve devamında ifanın durdurulmasında da geçerlidir. Danıştay, bu hâllerde dava yoluna gidilerek ifaya devam edilmesi gerektiği, tek taraflı fesih beyanının sonuç doğurmayacağı düşüncesindedir. Bu nedenle de idarenin gerçekleştirdiği feshi ve uyguladığı yaptırımları hukuka uygun kabul etmektedir. Yargıtay da önüne gelen bir davada, uyarılama davası açmadan tek taraflı fesih beyanında bulunan yüklenicinin feshini haklı görmemiştir. İdarenin bunun üzerine gerçekleştirdiği feshi ise sözleşme hükümlerine uygun kabul etmiştir.

KAYNAKÇA

- ARAL**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021.
- ATAMER**, Yeşim: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na ilişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, 2006, 8-37.
- BAYGIN**, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- BAYSAL**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 3. Baskı, İstanbul 2019. (Uyarlama)
- BAYSAL**, Başak: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011. (Değerlendirme)
- BİLGİN**, Pertev: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, 1. Baskı, İstanbul 1970.
- BÜYÜKAY**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2019.
- DEMİRBAŞ**, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- DEMİRBOĞA**, Dursun Ali: Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, 1.Baskı, Ankara 2013.
- DOĞANYİĞİT**, Sadettin: Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 20. Baskı, Ankara 2023.
- DURMUŞ**, Rukiye Feray: Yenilik Doğuran Davalar, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2021.
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan: “Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi”, içinde Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015.
- ERMAN**, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), 1. Baskı, İstanbul 1979.
- FEYZİOĞLU**, Turhan: İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, 1. Baskı, Ankara 1947.

- GÖNEN**, Doruk: İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar, İnal, Emrehan/ Baysal, Başak (Editörler), İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, 349-51. (Uyarlama)
- GÖNEN**, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, 1. Baskı, İstanbul 2016. (Bedel)
- GÖZLER**, Kemal, İdare Hukuku, 3. Baskı, C. 2, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat: Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, 1. Baskı, Ankara 1977.
- GUETTIER**, Christophe, Droit des contrats administratifs, 2. Baskı, Paris 2008.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2020.
- GÜRPINAR**, Damla: Eser Sözleşmelerinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, 1. Baskı, İzmir 2006.
- HOEPFFNER**, Hélène: Droit des contrats administratifs, 3. Baskı, Paris 2022.
- KAPLAN**, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2018.
- KULP**, Zehra Betül: Aşırı İfa Güçlüğü (TBK. md. 138), Yayımlanmamış Yüksel Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- LAUBADÈRE**, André de/**FRANCK**, Moderne/**DELVOLVÉ**, Pierre: Traité des contrats administratifs, C. 2, Paris 1984.
- LICHÈRE**, François: Droit des contrats publics, 3. Baskı, Paris 2020.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı 2020.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 1. Baskı, İstanbul 2018.

ÖZER, Tolga: “Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 1, S. 2, 2019, 185-212.

PICHONNAZ, Pascal, *La modification des circonstances et l’adaptation du contrat*, Pichonnaz, Pascal/Werro, Franz (Editörler), *La pratique contractuelle 2 Symposium en droit des contrats*, Zurich: 2011, 21-54.

RICHER, Laurent/**LICHÈRE**, François: *Droit des contrats administratifs*, 11. Baskı, Paris 2019.

RÖSLER, Hannes, “Hardship in German Codified Private Law-In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *European Review of Private Law*, C. 15, S. 4, 2007, 483-513.

SUBRA, David/**TESSIER**, Emmanuel: *Le droit des contrats administratifs*, 1. Baskı, Paris 2019.

TANDOĞAN, Halûk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, C. 2, İstanbul 1989.

TİLE, Latif: *Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü*, 1. Baskı, Ankara 2021.

TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, İstanbul 1977.

YAVUZ, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, C. 1, İstanbul 2022.

ZEVKLİLER, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Baskı, İstanbul 2020.