

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

İDARENİN SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME
ÖNCESİ DÖNEM
(İDARE HUKUKU'NDA CULPA IN
CONTRAHENDO,
VARLIĞI-ETKİSİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER)

Tuba YÜKSEL

2502080200

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İSTANBUL – 2023

ÖZ

İDARENİN SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM (İDARE HUKUKU'NDA CULPA IN CONTRAHENDO, VARLIĞI- ETKİSİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER)

TUBA YÜKSEL

Çalışmamız kapsamında, idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle ortaya çıkan zararın bir özel hukuk kavramı olan culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı incelenmiştir. Bu çerçevede, idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemin karakteri ve sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları idarenin imza aşamasını tamamlayamamış sözleşmeleri ile imzalanıp da sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmeleri bakımından ele alınmıştır.

Özellikle sözleşmenin ifası aşamasında idari yargı tarafından verilen iptal kararının sözleşmeye etkisi, sözleşmenin geçersizliği nedeniyle ortaya çıkan zararın kapsamı ve bu zararın culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmininin hakkaniyet açısından değerlendirilmesi üzerinde durduğumuz konu ve kavramlardan bazılarıdır.

Anahtar Kelimeler: Culpa in contrahendo sorumluluğu, idarenin sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmesi, idari sözleşme, sözleşme öncesi sorumluluk, güven sorumluluğu, güven zararı, menfi zarar, müspet zarar, sözleşme öncesi uyuşmazlık, imkânsızlık , sebepsiz zenginleşme, hakkaniyet, hakkın kötüye kullanılması, idarenin sorumluluğu, hizmet kusuru, idarenin sözleşmesel sorumluluğu, sözleşme davası, estoppel, haklı beklenti, kazanılmış hak, ayrılabilir işlem, iptal kararının sözleşmeye etkisi.

ABSTRACT

PRE-CONTRACT PERIOD IN CONTRACTS OF THE ADMINISTRATION (CULPA IN CONTRAHENDO IN ADMINISTRATIVE LAW- OPINIONS ABOUT ITS EXISTENCE & EFFECT)

TUBA YÜKSEL

In our study, it has been examined whether the damage caused by the disputes arising in the pre-contractual period in the contracts of the administration can be handled within the scope of culpa in contrahendo liability, which is a private law concept. In this context, the character of the pre-contractual period in the contracts of the administration and the disputes in the pre-contractual period are handled on contracts that have not completed the signing phase of the administration and contracts signed and subsequently voided.

In particular, the effect of the annulment decision given by the administrative jurisdiction during the performance of the contract, the scope of the damage caused by the invalidity of the contract, and equitable assessment of compensation for this damage under the culpa in contrahendo liability, are some of the topics and concepts that we focus on.

Keywords: Culpa in contrahendo responsibility, contracts of the administration, private law contract of the administration, administrative contract, pre-contractual liability, trust liability, trust damage, negative damage, positive damage, pre-contractual dispute, initial impossibility, unjust enrichment, equity, abuse of right, responsibility of the administration, service defect, contractual responsibility of the administration, contract litigation, estoppel, justified expectation, vested interest, separable transaction, the effect of the cancellation decision on the contract.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırladığımız, *İdarenin Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Dönem (İdare Hukuku'nda Culpa in Contrahendo, Varlığı-Etkisi Hakkında Düşünceler)* başlığını taşıyan Tez çalışmamızın amacı; idarenin yapmış olduğu sözleşmelerde sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir özel hukuk kavramı olan culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında ele alınıp alınamayacağına irdelenmesidir.

Konunun önemini kısaca şu şekilde ifade edebiliriz: İdarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan uyuşmazlık olarak nitelediğimiz sözleşmenin hiç kurulmadığı ya da kurulup da baştaki bir sebebe bağlı olarak hükümsüz hale geldiği durumlarda, taraflardan birinin uğradığı gerçek zarar ile tazmin edilen zarar arasındaki fark hakkaniyeti zedeleyecek boyuta ulaşabilmektedir. Özellikle idare hukukunda tipik örneği sözleşme öncesi (ayrılabilir) idari işlemin mahkeme kararı ile iptal edilmesi sonucu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz hale geldiği durumlarda ortaya çıkan gerçek zarar ile karşılanan (menfi) zarar arasındaki fark konunun önemini ortaya koymaktadır. Böyle bir ihtimalde sözleşmesel (müspet) zarara başvurma gerekliliği kaçınılmaz olmaktadır. Ayrıca taraflardan birinin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi ya da hukuka aykırı şekilde sözleşme yapma vaadinde bulunması halleri sözleşme öncesi dönemde karşılaşılan uyuşmazlıkların başında gelmektedir. Bu durumlarda sözleşme imzalanmamış olsa dahi sözleşmecinin karşı tarafa güvenden ötürü sözleşme hazırlığına ve erken ifaya ilişkin zararlarının ortaya çıkması söz konusu olabilir. Tez konumuz kapsamındaki bu durumlar idarenin sözleşmesel sorumluluğunun kapsamını ve hizmet kusuru anlayışının tekrar gözden geçirilmesini gerekli kılmakta; mevcut adaletsizliği gidermek için culpa in contrahendo sorumluluğunun idarenin sözleşmelerinde uygulanmasının sorunu gidermede yeterli olup olmayacağı incelenmelidir.

Çözülmesi gerekli temel sorunlar ortaya konulup, alt sorunlar ele alınırken konunun incelenmesinde birtakım zorluklarla karşılaşmıştır. Bunlardan ilki, hiç kuşkusuz Tez konumuzu oluşturan idarenin sözleşmeleri kavramının idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak ikiye ayrılıyor olmasıdır.

İdarenin iki tür sözleşmesinin olması ve bu sözleşmelerde sözleşme öncesinin ve bu döneme ilişkin uyuşmazlıkların farklı yargı kolları tarafından farklı şekilde çözülmesi bizi henüz yolun başındayken bir ayrıma götürmektedir. Şöyle ki, idarenin her iki tür sözleşmesinde sözleşme öncesi dönemin idari nitelikli olduğu kabul edilmesine karşın, Yargıtay sözleşme öncesinin sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmeye dahil olduğunu kabul etmekte, Danıştay ise bu dönemi sözleşme ile bağlantısı olsa dahi salt bir idari işlem olarak ele almaktadır. Danıştay'ın bu yaklaşımı sonucu sözleşme öncesi dönemde gerçekleşen idari işlem ya da eylemden kaynaklanan zarar tam yargı davası kapsamında haksız fiil hükümleri doğrultusunda hukuki sebebi haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmakta; sözleşmesel sorumluluğun hayata geçirilmesi tam yargı davasında işlevsel olarak kullanılmamaktadır.

Tezimiz kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğu idarenin sözleşmelerinde yeni bir dava tipi olarak ele alınmayıp, sözleşme öncesi ile sözleşmeyi birbirine bağlayacak bir hukuki sebep olarak değerlendirilmektedir. Bu sayede mevcut uyuşmazlıkların çözümlenmesinde sözleşmesel sorumluluğun sözleşme dışına uzanarak sözleşme öncesi dönemi de kapsayacak şekilde uygulanması ve idari sözleşmeler bakımından sözleşme davasının işletilebilir hale getirilmesi ihtimali inceleyeceğimiz konular arasında yer almaktadır.

Oysa özel hukukta sözleşme öncesi dönemde başta koruma yükümlülüklerinin ihlali olmak üzere esasen sözleşme dışında gerçekleşen zararın tazminini sağlayan bir müessese olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun bugün en önemli fonksiyonu hiç kuşkusuz sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin bir bütün olarak sözleşmesel sorumluluğa tabi olmasını sağlamaktır. Bugün ayrıca mukayeseli hukukta culpa in contrahendo sorumluluğunda menfi zararın karşılanması somut olaylar bakımından yetersiz kalması karşısında, ifa çıkarının talep edilebileceği yönünde yeni fikirler yaygın şekilde kabul edilmektedir. Türk Hukuku açısından son on yılda adli yargı alanında culpa in contrahendo sorumluluğuna dayalı olarak menfi zarara ve menfi zararı aşan durumlar için müspet zarara yönelik kararlar verildiği görülmektedir. Özel hukuk ve idare hukukunda sözleşmesel sorumluluğun uzantısı olarak uygulama alanı bulabileceğini düşündüğümüz culpa in contrahendo sorumluluğunun işlerliği önündeki engellere de Tezimiz kapsamında yer verilecektir.

Bugün engellerin başında Yargıtay'ın sözleşme öncesi dönemdeki kusurun belirlenmesinde salt özel hukuk sözleşmeleri ile idarenin özel hukuk sözleşmelerindeki görüşünün farklı olmasıdır. En önemlisi Yargıtay'ın sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesine dayanılarak yürürlükteki sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle geçersiz hale geleceğine ilişkin görüşünde, kusur tespitini yapmaktan kaçınarak imkânsızlığı kanaatimizce isabetli değerlendirmemesidir. Bu nitelendirme, sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmenin sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında tasfiyesi sonucunda sakıncalı sonuçlara neden olmaktadır. Bu nedenle Tezimiz kapsamında sebepsiz zenginleşme kuralları doğrultusunda tasfiyesinin ortaya çıkardığı sorunlar da ele alınacaktır.

İdarenin sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğunun etkin şekilde kullanılabilmesi için idarenin kusur anlayışı, hukuka aykırılık ve hizmet kusuru kavramları beraber ele alınarak, aralarındaki bağlantılar kurulacaktır. İdarenin sözleşmeci kimliğinden ayrılarak yaptığı tek taraflı işlemler ile sözleşmeyi uygulanamaz hale getirdiği hallerde Danıştay'ın idarenin kusurlu hareketini dolaylı şekilde onayladığı kararlara da yer verilecektir. Bu bağlamda Danıştay'ın hizmet kusuru anlayışını idare lehine daraltıp, şartlarını zorlaştırmasının sakıncaları sözleşmesel sorumluluğun önündeki engellerden biri olarak değinilecektir.

Karşılaştığımız sorunlardan biri de Tez konusunun idare hukuku ve özel hukuk kesişiminde yer alması sebebiyle her iki hukuk dalından beslenmesi gerekmesine karşılık; yerleşik kabul sebebiyle birbirinden keskin sınırlarla ayrımına tabi tutularak idarenin sözleşmeleri gibi ortak konuların yargı kolu ayrımı düzeyine indirgenmesi ve özel hukuk kavramlarının idare hukukunda uygulanabilirliğine yönelik önyargıların varlığı; konunun gelişimi önündeki engeller olarak belirtilebilir. Özel hukuk tarafında konunun incelendiği sınırlı sayıda eserde ise, idare hukuku perspektifinin idare hukukçuları tarafından doldurulması gerektiği vurgulanmış, ancak henüz birbirini destekleyen, tamamlayan ya da irdeleyen görüşler ortaya çıkmamıştır.

Bu dışsal etkiler haricinde Tezin incelenmesinde yaşanan en büyük içsel sorun, sorunun temeline inildikçe gerek culpa in contrahendo sorumluluğunun özel hukuk bağlamında kendi içinde güncellenmeye muhtaç ve sürekli gelişen bir

müessese olması, gerekse konunun birden fazla idare hukuku konusunu aynı anda ilgilendirmesi odağın kayma riskini arttırmakta; konunun sınırlanmasını zorlaştırmakta ve bölümlerde ele alınma ihtiyacı duyulan konuların Tez hacmini arttırmasıdır. Bahsettiğimiz zorluklarına karşın Tez çalışmamız ele alınan konulardaki boşluğu doldurma amacı içerisindedir.

Son olarak, Tezimiz kapsamında yukarıda sıraladığımız gereklilikler çerçevesinde amacımızın konu hakkında akla gelebilecek tüm sorunlara çözüm bulmak olmadığını belirtmek isteriz. Tez çalışmamız ile gerçekleştirmek istediğimiz husus, idarenin sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarından kaynaklanan mevcut sorunları görünür kılmak ve konuyu idare hukuku perspektifi ile değerlendirerek, idare hukuku sınırları dışından bir bakış açısı getirmek, böylece mevcut uygulamadan farklı bir sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı konusunda sorgulama yaparak, konuya ilgi duyan araştırmacı ve uygulamacılara bir nebze ışık tutmak olacaktır.

İSTANBUL, 2023
TUBA YÜKSEL

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	II
ABSTRACT	II
ÖNSÖZ.....	IV
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

I. İDARE VE KAMU TÜZEL KİŞİSİ KAVRAMI	6
A. Farklı Anlamalarda İdare Kavramı	6
B. İdare ve Kamu Kesiminde Yer Alan Tüzel Kişiler	8
1. Genel Olarak Kişi ve Tüzel Kişi Kavramı	8
2. Kamu Tüzel Kişisi veya Özel Hukuk Tüzel Kişisi Ayrımının Önemi.....	10
3. Kamu Tüzel Kişisi.....	10
4. Kamu Kesiminde Özel Hukuk Kurallarına Göre Kurulmuş ve Faaliyet Gösteren Tüzel Kişiler	13
II. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI.....	16
A. Özel Hukuk'ta Sözleşme Kavramı, Tanımı ve Unsurları	16
1. Sözleşmenin Tanımı.....	16
2. Sözleşmenin Unsurları	17
3. Sözleşme Özgürlüğü	18
B. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler.....	19
1. Genel Olarak	19
2. İdari Sözleşme- Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı	22
a. Ayrımın Önemi ve Eleştiriler.....	22
b. Kanun ile Belirleme- İçtihat ile Belirleme.....	24
3. İdari Sözleşmenin Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler	27

III. SÖZLEŞME ÖNCESİ KAVRAMI..... 32

IV. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU KAVRAMI..... 37

- A. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Kavramının Tanımı 37
- B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun İşlevi 39
- C. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları 41
 - 1. Sorumluluğun Genel Şartları 41
 - 2. Sözleşme Öncesi Yükümlülüğün İhlali..... 42
 - a. Sözleşme Öncesi Dönemde Koruma Yükümlülerinin İhlal Edilmesi.....45
 - b. Sözleşme Görüşmeleri Esnasında Karşı Tarafa Kusurlu Olarak Yanlış Bilgi Verilmesi veya Gerekli Açıklamalarda Bulunulmaması (Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali).....47
 - c. Bir Kimsenin Yapmayı Asla Düşünmediği Bir Sözleşme Hakkında Kötüniyetli ve Aldatıcı Hareketlerle Diğer Bir Kimsede Sözleşme Yapma Ümidi Uyandırması.....49

İKİNCİ BÖLÜM

**İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE, SÖZLEŞME ÖNCESİ
DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI VE CULPA IN CONTRAHENDO
SORUMLULUĞU**

I. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM..... 52

- A. İdarenin Kamu Hukukuna Tabi Sözleşmeleri (İdari Sözleşmeler) 52
- B. İdarenin Özel Hukuka Tabi Sözleşmeleri..... 56
- C. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşme Öncesi Dönemi Belirleyen Yasal Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Sözleşme Öncesi Döneme Etkisi..... 63

**II. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ
DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI..... 71**

- A. Sözleşmenin Kurulamaması (Taraflardan Birinin Sözleşmeyi İmzalamaması) 74
 - 1. İdarenin veya Sözleşmeci Adayının Sözleşme Yapmaktan Vazgeçme Serbestisi Olup Olmadığı 76

2. İdarenin Sözleşme Yapmaktan Vazgeçmesinin Estoppel, Haklı Beklenti ve Kazanılmış Hak Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi	87
B. Sözleşmenin Hükümsüzlüğüne Yol Açan Nedenler	104
1. Taraflardan Birinin Yetkisizliği	104
2. Taraflardan Birinin İradesinin Yanılma, Yanıltma veya Zorlama Yoluyla Sakatlanması	109
3. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı	113
III. SÖZLEŞME SONRASI ÇIKAN “SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM” UYUŞMAZLIKLARI	128
A. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Sonuçlanan ve Sözleşmeyi Etkileyen Mahkeme (İptal) Kararları	129
1. Ayrılabilir İşlem Kuramının Sözleşmelere Etkisi	129
2. Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi.....	135
a. Mukayeseli Hukuktaki Durum.....	135
(1). Fransız Hukuku	135
(2). Alman Hukuku	138
b. Doktrinin Görüşü.....	141
c. Yargı Kararları.....	147
(1). Danıştay Kararları	147
(2). Yargıtay Kararları.....	158
(3). Tahkim Kararları	171
3. Sözleşmeden Önce Tesis Edilen Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi Hakkındaki Görüşümüz.....	179
IV. BU UYUŞMAZLIKLARIN TARTIŞILACAĞI HUKUKİ ZEMİN OLARAK BİR ÖZEL HUKUK KAVRAMININ ANLAM VE ETKİSİ: CULPA IN CONTRAHENDO	190
A. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Özel Hukuktaki Anlam ve Etkisi-Gelişimi	191

B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler ve Sonuçları.....	197
1. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler	197
a. Sözleşme Sorumluluğuna Dayanan Görüş.....	197
b. Haksız Fiil Sorumluluğuna Dayanan Görüş.....	200
c. Diğer Sorumluluk Görüşleri.....	201
2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Dayanağının Önemi	205
C. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun İdare Hukukunda Uygulanabilirliği	207

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEMDEN SORUMLULUĞU VE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN BU DÖNEME ETKİSİ

I. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ	223
A. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu	223
B. İdarenin Sözleşmesel Sorumluluğunun İdarenin Hukuki Sorumluluğu İçerisindeki Yeri.....	225
C. İdarenin Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Dönemin Yargısal Denetimi.....	229
D. İdarenin Sözleşmelerinin Yargısal Denetimine İlişkin Bazı Konular.....	231
1. İdarenin Sözleşmelerinin Yargısal Denetiminde “Sözleşme Davası” Olmaması	231
2. İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tam Yargı Davası Kapsamında Olması	235
3. Tam Yargı Davasının İdari Sözleşmelerin Denetimi Bakımından Yeterliliğinin Sorgulanması	237
II. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA KUSUR ANLAYIŞI VE HİZMET KUSURU İLİŞKİSİ.....	240
A. Kusur, Hukuka Aykırılık ve Hizmet Kusuru Kavramlarının İlişkisi	240
B. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Kusur ve Kusurun Belirlenmesinin Önemi	249

**III. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA
ORTAYA ÇIKABİLECEK ZARAR VE BU ZARARIN TAZMİNİNDE
CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ETKİSİ..... 255**

A. İdare Hukukunda Genel Olarak Zarar Kavramı..... 255

B. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Ortaya Çıkabilecek Zarar ve
Culpa in Contrahendo Sorumluluğu'nun Sözleşme Öncesi Dönem
Uyuşmazlıklarına Etkisi..... 259

1. Ortaya Çıkan Zararın Menfi Zarar- Müspet Zarar Kapsamında
Değerlendirilmesi..... 259

2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Karşılanan Zararın Sözleşme Öncesi
Dönem Uyuşmazlıklarında Yeterliliğinin Sorgulanması..... 270

3. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve
Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi..... 279

a. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinin İmkânsızlık Kapsamında
Değerlendirilmesi.....280

b. İmkânsızlık Tespitinin Hukuki Sonuçlarının Önemi.....283

c. Edimin İmkânsızlığında (Alacaklı) İdarenin Sorumluluğu- Hizmet Kusuru
İlişkisi.....285

d. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) İmkânsızlık Düzenlemesinin Genel
Çerçevesi.....297

e. Sonradan Hükümsüz Hale Gelen Sözleşmelerin Tasfiyesinde Sebepsiz
Zenginleşmeye Dayanmanın Sakıncaları.....299

f. Türk Borçlar Kanunu'nun 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının Yaratığı
Sakıncaların Giderilmesinde Bir Yöntem Olarak Türk Borçlar Kanunu'nun
485'inci Maddesi Örneği.....304

SONUÇ..... 312

KAYNAKLAR 331

ELEKTRONİK KAYNAKLAR 348

ÖZGEÇMİŞ..... 350

KISALTMALAR LİSTESİ

Abs.	: Absatz
a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
ATGV	: Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidung
Bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
bs.	: Baskı
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht
C.	: Cilt
ÇİTOSAN	: Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi T.A.Ş.
CISG	: The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods
DCFR	: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference
Dp.	: Dipnot
E.	: Esas
EHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzican Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İHD	: İşletme Hakkı Devri
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu

K.	: Karar
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
MK	: Medeni Kanun
S:	: Sayı
s.	: sayfa
OR	: Obligationen Recht
OYAK	: Ordu Yardımlaşma Kurumu
p.	: Page
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: Principles of International Commercial Contracts
R.G.	: Resmi Gazete
SchRModG	: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SEKA	: Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş.
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SYDV	: Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TEİAŞ	: Türkiye Elektrik İletim A.Ş.
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TÜPRAŞ	: Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
VwGO	: Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	: Verwaltungsverfahrensgesetz
Yİ	: Yap İşlet
YİD	: Yap İşlet Devret
ZGB	: Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Tezimizin konusunu oluşturan idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönem ve bu dönemden kaynaklanan uyuşmazlıklar esas olarak kamu hukuku kurallarının hakimiyetinde olan bir alandır. Bir özel hukuk ilkesi olarak ortaya çıkıp gelişen “culpa in contrahendo sorumluluğu”nun kamu hukuku kuralları ile şekillenen idari sözleşmeler ve yine kamu hukuku kuralları etkisi altında uygulanan idarenin özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönem için de geçerli olup olamayacağı konusu Tezimiz kapsamında üç aşamada ele alınıp incelenecektir.

Tezin Birinci Bölümü’nde, tezimiz kapsamında ele alınacak konulara dayanak teşkil edecek temel kavramlara yer verilecektir. Bu kavramlardan ilki, kuşkusuz yapılacak sözleşmenin taraflarından birini teşkil edecek olan idaredir. İdare kavramının maddi ve organik anlamda farklı kullanım anlamları ele alınarak, kamu tüzel kişisi olmanın nitelikleri ve özel hukuk tüzel kişisinden farkları incelenecektir. Bu inceleme kapsamında, idare kavramı içerisinde yer alan kamu tüzel kişileri kadar günümüzde idare hukuku içerisinde kendisine henüz tam bir yer bulamamış atipik yapılara; kamu kesiminde özel hukuk kurallarına göre kurularak faaliyet gösteren tüzel kişilere de yer verilecektir.

Tezimizde idarenin sözleşmeleri kavramı, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeleri kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılacaktır. Bu kısımda öncelikle özel hukuk sözleşmesine kısaca yer verilerek, özellikle bir özel hukuk sözleşmesinin sözleşme özgürlüğü bağlamında sağladığı serbesti idare hukuku çerçevesinde değerlendirilip, idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesinin ayrımı, bu ayrımın önemi ve idari sözleşmenin belirlenmesinde kullanılan ölçütlere kısaca yer verilecektir. İdarenin günümüzde artan ihtiyaçlar nedeniyle birtakım mal ve hizmetleri özel kişilerden temin etme ihtiyacı sonucu, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin alanının genişlemesinin idari sözleşme- idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımının kanun ya da içtihat ile belirlenmesindeki sonuçları değerlendirilecektir. Ayrıca idarenin işlemlerini idari işlem yerine sözleşme yapma

yoluna giderek gerçekleştirmesinin idarenin kural üretme aracı bakımından sözleşmelere yeni bir boyut kazandırması üzerinde de durulacaktır.

Temel Kavramlar çerçevesinde son olarak, özel hukuk kavramları olarak sözleşme öncesi ve culpa in contrahendo kavramlarının anlamı ve ortaya çıkış nedenleri ortaya konularak; culpa in contrahendo sorumluluğunun ihlali sayılan durumlar özel hukuk kapsamında olduğu gibi ele alınacaktır.

Tezin İkinci Bölümü'nde idarenin taraf olduğu sözleşme tiplerinin zaman içerisinde dönüşerek yeni türlerin ortaya çıkması, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin alanının genişlemesi ve idarenin sözleşmeleri bakımından özel hukuk ile idare hukukunun birlikte ele alınması gerekliliği üzerinde durulacaktır. Ayrıca idarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme öncesi dönemi belirleyen yasal düzenlemeler; bu düzenlemelerin sözleşme öncesi döneme etkisi belirlenmeye çalışılarak; sözleşmelerin idari sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak ayrılmasının sözleşme öncesi dönem bakımından farklılık arz edip etmediği ele alınacaktır. İdarenin sözleşmelerinde, sözleşme öncesi dönemi düzenleyen metinlerin ana çerçevesi ve sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıkların çözümünde, karşı tarafın seçimi ve tarafların birbirinden olan tazminat taleplerinin karşılanması konusunda yeterli düzenlemeyi içerip içermediği gibi hususlara dikkat çekilecektir. İdarenin tüm sözleşmeleri için sözleşme öncesi dönemin idari karakterde olmasının anlamı ve sözleşme öncesi dönemde yarattığı sıkıntılara Tez konusunu teşkil eden temel soruna giriş mahiyetinde ele alınacaktır.

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları incelenirken öncelikle taraflardan birinin sözleşmeyi imzalamaması konusu ele alınacak; idarenin veya sözleşmeci adayının sözleşme yapmaktan vazgeçme serbestisi olup olmadığı; mevcut yasalar çerçevesinde sözleşme yapmaktan vazgeçmenin haklı neden oluşturabilecek idare hukuku özelindeki durumlara yer verilerek; kavramsal çerçevede idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesinin estoppel, haklı beklenti ve kazanılmış hak kavramları bakımından değerlendirilerek; sözleşme yapmaktan vazgeçilmesi karşısında idare ve sözleşmeci adayının başvurabileceği yasal yollar üzerinde durulacaktır.

Yine sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları kapsamında, sözleşmenin kuruluşundaki bir sebepten dolayı sözleşmenin sonradan hükümsüz hale gelmesi

nedenleri ele alınacaktır. Yetkiye ilişkin ihlaller, iradeyi sakatlayan haller ve esasen borçlar hukukunda sözleşmeyi hükümsüz kılan sözleşmenin emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine aykırı olması ve imkânsızlık durumları idare hukukunun kendine özgü kuralları çerçevesinde farklı uygulaması olup olmayacağı gözönünde tutularak incelenecektir.

Bu konu esas olarak sonraki kısımda sözleşme sonrası çıkan “sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları” olarak adlandırdığımız idare hukukunda sıklıkla rastlanan sözleşme öncesi tesis edilmiş idari işlemin iptalinin kurulmuş sözleşmeye etkisinin hukuki nitelendirmesi yapılacaktır, idare hukukunun ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde detaylı olarak ele alınacaktır. Özellikle sözleşmeden önce yapılmış ayrılabilir işlemin iptalinin kurulmamış ve kurulmuş sözleşmelere etkisi ayrı ayrı değerlendirilecektir. İdare mahkemesinin sözleşme öncesindeki idari işlemin iptal kararının kurulmuş sözleşmelere etkisi mukayeseli hukuk ve Türk Doktrini’ndeki farklı fikirler çerçevesinde ele alınacak; konunun gelişimine yön veren Yargıtay, Danıştay ve Tahkim kararlarına yer verilecektir.

Yüksek yargının dikkat çeken ve konuya yön veren görüşleri değerlendirilecek; Danıştay’ın sözleşme öncesi dönemi sözleşmeden bütünüyle ayrı olarak ele alarak, sözleşme öncesi işlemin iptaliyle sözleşmenin dayanaksız kalacağı görüşü; idarenin kamu gücünü kullanarak sözleşme dışı idari işlemler ile sözleşmeyi sona erdirmesi ya da sözleşmenin ifasını engelleyen işlemlerde bulunmasına ilişkin durumlar detaylıca ele alınacaktır. Yargıtay’ın sözleşmeden önceki dönemin sözleşmenin imzalanması ile artık sözleşme içerisinde sayılarak, bu işlemin iptalinin sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz hale getirmeyeceği görüşüne karşın, imkânsızlık hakkında kanaatimizce isabetli nitelendirmeyi yapamaması ve sözleşme içerisinde kalan dönemdeki idari işlemin iptalinde idarenin kusur tespitini ortaya koyamamasının sakıncalı sonuçları üzerinde durulacaktır.

Nihayetinde, sözleşmenin hazırlık aşamasında hukuka aykırı idari işlemin iptaline ilişkin mahkeme kararının sözleşme üzerindeki etkisi; sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz hale getirip getirmeyeceği hakkındaki kendi görüşlerimize ve yüksek yargı organlarının görüşlerine ilişkin eleştirilerimize yer verilecektir.

İkinci Bölüm’de son olarak, culpa in contrahendo sorumluluğunun özel hukuktaki anlam ve etkisine yer verilecek; kavramın ortaya çıkmasındaki temel

etkenler, Alman Medeni Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlenmeler ele alınacaktır. Kavramın hukuki dayanağı üzerine mevcut görüşler değerlendirilerek, culpa in contrahendo kavramının sözleşmesel sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmasının pratik anlamı değerlendirilecektir. Bir özel hukuk kavramının idare hukukunda uygulanabilirliğinde kamu hukukunun özel hukuk kavramlarına yaklaşımı ve kamu hukuku- özel hukuk ayrımının günümüzdeki anlamı araştırılacaktır. Culpa in contrahendo sorumluluğunun özel hukukta işgal ettiği alan ve fonksiyonu üzerinde incelemelerden sonra, kavramın idare hukukunda hangi gereklilikleri karşılayacağı konusu üzerinde durulacaktır.

Tezin Üçüncü Bölümü 'nde ise, idarenin sözleşmesel sorumluluğunun idarenin hukuki sorumluluğu içerisindeki yeri belirlenerek; idarenin sözleşmelerinin sorumluluk alanının sadece idari sözleşmeler için dar bir alanda değerlendirilmesinin sakıncaları üzerinde durulacaktır. Ayrıca sözleşme öncesi dönemin hukuki karakterine değinilerek, sözleşme öncesi dönemin sözleşmeden bağımsız salt idari işlem olarak algılanmasının ve sözleşmenin bir parçası olarak görülmemesinin sakıncaları üzerinde durulacaktır. İdari sözleşmelerin yargısal denetiminin tam yargı davası kapsamında haksız fiil sorumluluğuna dayanan tazminat davaları şeklinde uygulanmasının idarenin sözleşmesel sorumluluğu müessesesine verdiği zararlar ele alınacaktır. Bu sorunlara farklı bir bakış açısı olarak idare hukukunda sözleşme davasının varlığı araştırılarak; mevcut sistemimizde sözleşme davasının uygulanmasının sağlayabileceği katkılar değerlendirilecektir.

İdarenin sözleşmesel sorumluluğunun etkin şekilde kullanılabilmesi için idarenin kusur anlayışı, hukuka aykırılık ve hizmet kusuru kavramları yakından incelenip aralarındaki bağlantılar kurulacaktır. İdarenin bu bağlamda Danıştay'ın hizmet kusuru anlayışını idare lehine daraltıp, şartlarını zorlaştırmasının sakıncalarına değinilecektir. Nihayet son kısımda sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklar bakımından tarafların kusurlu davranışlarına örnekler verilerek, bu durumların sözleşmesel sorumluluk bağlamında sonuçlarına ve yüksek yargının kanaatimizce isabetli olmayan yaklaşımına değinilecektir.

Son olarak, sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarında ortaya çıkabilecek zarar ve bu zararın tazminine culpa in contrahendo sorumluluğunun etkisinin değerlendirilmesi üç aşamada ele alınacaktır. Öncelikle *idare hukukunda sözleşme*

öncesi dönemde ortaya çıkan zararın menfi zarar- müspet zarar kapsamında değerlendirilmesi ele alınacak olup, hiç kurulmamış ya da kurulduktan bir süre sonra baştan itibaren hükümsüz hale gelen sözleşmelerde culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan güven zararının kapsamı ve yargı kararlarına yansımış zarar kalemlerine yer verilecektir. Sonrasında *culpa in contrahendo sorumluluğunda karşılanan zararın sözleşme öncesi dönem uyumsuzluklarına etkisi ele alınarak*, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında kurulmamış sözleşmeler ve kurulmuş sözleşmelerde ödenen menfi zararın gerçek zararı tazmin etmede yeterli olup olmadığı ve menfi zararın müspet zarara kadar varması ihtimalleri incelenecektir. Nihai olarak, *idarenin hükümsüz sayılan sözleşmelerinde müspet zarar talebinin ve tasfiye sürecinin ve değerlendirilmesi* kısmında; idare hukukuna özgü bir durum olan, sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesine dayanılarak yürürlükteki sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle geçersiz hale gelmesinin sözleşmenin ifasına ilişkin bir problem olarak değerlendirilip müspet zarar talebinin mümkün olup olmadığı incelenecek; aksi durumun kabulü halinde sözleşmelerin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme sorumluluğuna dayanılmasının sonuçlarına ve sakıncalarına yer verilecektir.

Tezimizin *Sonuç Kısmı*'nda ortaya atılan soruna ilişkin mevcut tespitlerimiz ve çözüm önerilerimiz yer alacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. İDARE VE KAMU TÜZEL KİŞİSİ KAVRAMI

A. Farklı Anlamalarda İdare Kavramı

Bu bölümde Tez konumuzun zeminini teşkil eden temel kavramlara yer verilecektir. Bu kavramların başında, kurulan sözleşmenin tarafı olması nedeniyle “*idare*” kavramına yer verilecektir.

Kelime anlamı olarak “*idare*”, yönetme, yönetim, çekip çevirme başta olmak üzere farklı anlamlara gelmektedir.¹ İdare hukukunda ise “*idare kavramı*”, hem bir faaliyet (idare etmek), hem de bu faaliyeti yerine getiren kuruluşları anlatmak için iki farklı şekilde kullanılmaktadır.² İlk olarak organik (yapısal) anlamda idare; yasama ve yargı organları dışında yürütme organında tüm devlet kuruluşları ya da kamu makamları olarak tanımlanmıştır.³ Anayasa’da yürütme erkini oluşturan cumhurbaşkanı ve idareye ilişkin düzenlemeler yer almakla birlikte, organik anlamda “*idare*”nin tanımı yapılmamaktadır.⁴

¹ “**idare** a. (ida:re) 1. Yönetme, yönetim, çekip çevirme. 2. Ülke işlerinin yürütülmesi, kamuya ilişkin hizmetlerin bütünü. 3. Bir kurum veya kuruluşun yönetildiği yer veya makam: 4. Bir kurumun işlerini yürüten kurul: 5. Tutum: 6. İdare kandi veya lambası. 7. Hoş görme, göz yumma. 8. Yetinme”, **Büyük Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu web sitesi, (Çevrimiçi, Ağustos 2014), <https://sozluk.gov.tr>

² “**idare**; Yönetim; idarenin hem kuruluş hem de faaliyet yönü anlamındadır. Esas itibarıyla hükümetçe belirlenen siyasal amaçlar ve yasalar doğrultusunda, tarafsızlık ilkesi çerçevesinde, gerekli kararları alan ve uygulayan kamu kuruluşları”, Sözlük için Bkz: Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1992, s. 376.

³ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku Dersleri**, Yayın No: 391, İstanbul, Der Yayınları, 2006, s. 8, Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları web kitap, s. 45. (Çevrimiçi, Aralık 2014), <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 20, Tahsin Bekir Balta, **a.g.e.**, s. 4.

⁴ Anayasa’da cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilen (md. 101); devletin başı olan ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti’nin ve Millet’in birliğini temsil eden; Anayasa’nın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eden (md. 104) kişi olarak tanımlanmıştır. Anayasa’nın 123-137’nci maddeleri arasında idare organına ilişkin bazı temel düzenlemeler yapılmış, fakat idarenin somut olarak bir tanımı yapılmamıştır. Tezimizin hazırlandığı dönem içerisinde 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Anayasa değişikliği yapıldı ve 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandı.

İkinci olarak ise, devletin belli tür faaliyetlerini ifade etmek için fonksiyonel (maddi veya işlevsel) anlamda kullanılmaktadır.⁵ Bu, devlet veya başka kamusal topluluklar hesabına kamusal ajanlar tarafından yapılan bütün şart - tasarruflar ve subjektif tasarruflardır. Maddi bakımdan bu çeşitli tasarruflar, hangi organlar ve ajanlar tarafından yapılmış olursa olsun, idari tasarruflardır.⁶ İdari fonksiyon, üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanılarak yerine getirilir.⁷ Bir başka ifade ile fonksiyonel anlamda idare, Devletin yasama ve yargı fonksiyonları dışında kalan fonksiyonudur ve devletin yasama ve yargı faaliyetleri dışında olup da topluma karşı üstlendiği tüm faaliyetleri idari fonksiyona dahil sayılmaktadır. Bu iki anlamından başka idare, bazı yazarlar tarafından hem kuruluş hem de faaliyet yönleri birlikte ifade edilecek şekilde bütüncül anlamıyla ortaya konulmaktadır.⁸

Fonksiyonel anlamda idarenin belirlenmesi için idare fonksiyonunun bir yandan özel kişilerin etkinliklerinden, diğer yandan da yasama ve yargı gibi öteki kamusal etkinliklerden ayrılmasını gerektirmektedir.⁹ Ancak bu ölçüt her zaman idari fonksiyonunu yasama ve yargı fonksiyonundan ayırmaya yetmez.¹⁰ ÖZYÖRÜK'ün ifadesi ile “*Ne idarenin istisnasız her faaliyeti ‘idari’dir, ne de ‘idari faaliyet’ sadece idareye mahsustur*”.¹¹ Örneğin, idare (yürütme) tarafından yapılan kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi maddi anlamda yasama faaliyeti sayılmakla beraber idare tarafından yerine getirilebilir. Yasama ve idare arasındaki ayrımı tam olarak yapabilmek için hem organik hem de maddi ölçütleri birlikte kullanarak değerlendirmek gerekmektedir.¹²

⁵ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar**, 2 c., 7. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 19.

⁶ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Ders Notları**, Çeviren: Süheyye Derbil, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 88, Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayıncılık, Ekim 2013, s. 14, Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 377.

⁷ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, 3 c., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1441 vd.

⁸ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970/72, s. 4.

⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, 3 c., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 11.

¹⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 229.

¹¹ Mukbil Özyörük, **a.g.e.**, s. 40.

¹² İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 6, Yürütme erki içerisinde idari fonksiyon, siyasi otoritenin çizmiş olduğu direktifler çerçevesinde alınan kararları somutlaştıran, teknik ve

Anayasa’da idare sözcüğünün her üç anlamda da kullanıldığını görüyoruz: Birincisi, Anayasa’nın 125’inci maddesinde “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” ifadesinde yer alan “idare” ifadesi organ anlamında kullanılmıştır. İkinci olarak, Anayasa’nın 126’ncı maddesindeki “*İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır*” ifadesindeki idare ile belirtilmek istenen idari faaliyettir. Son olarak, her iki anlamı da içine alacak şekilde kullanılan şekli ise Anayasa’nın 123’ncü maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hükümde “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” ifadesinde “idare” ise hem örgütsel hem de faaliyet anlamında kullanılmıştır.

İdare kavramı, organik ve fonksiyonel anlamıyla sadece kamu hukukunda karşımıza çıkmaz, aynı zamanda şirket, dernek, sendika gibi özel hukuk alanında da kullanılır. Ancak kamu hukukunda söz konusu olan “kamusal idare”dir. Ülkemiz dahil Kıta Avrupası Hukuku’ndan etkilenen hukuklarda “*idare*” kavramı kullanılırken, Anglosakson Hukuk sisteminde idare (administration) yerine daha çok “*kamu idaresi*” (public authority, public administration) kavramı kullanılmaktadır.¹³ Kamu hukukunda idare kavramı sadece “idare” olarak kullanılabileceği gibi “devlet idaresi”, “belediye idaresi”, “üniversite idaresi” gibi kullanılırken; özel hukukta “dernek idaresi”, “şirket idaresi” şeklinde kullanılmaktadır.¹⁴

B. İdare ve Kamu Kesiminde Yer Alan Tüzel Kişiler

1. Genel Olarak Kişi ve Tüzel Kişi Kavramı

Kişi kavramı öncelikle gerçek kişileri ifade etmek üzere kullanılırken bugün artık “hak öznese” olabilmeyi ifade eden, genel bir kavram olarak hukuk süjesi olma durumu için kullanılmaktadır.¹⁵ Bu nedenle, insan olmayan hak öznese (hukuk süjesi)

günlük ihtiyaçları yerine getiren bir görev yapar. Edoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, Mart 1991, s. 348.

¹³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2012, s. 33.

¹⁴ Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, Eylül 2013, s. 2.

¹⁵ “Kişi”, hak ve borçlara sahip olabilme anlamına gelen hak ehliyetine sahip varlığa denir. Aydın Zevkliler, **Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1981, s. 3 ve Jale Akipek, Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C.I, 5. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004, s. 242. Kişi (şahıs) kavramının Latince karşılığı “persona”dır ve rol anlamına gelmektedir. Belgin Erdoğmuş, **Şahısın Hukuku Hakiki Şahıslar**, 6. bs., Ankara,

için de bir kavram bulunması gerekmiştir ve “tüzel kişilik” kavramı ortaya çıkmıştır.¹⁶ Tüzel kişi bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş insan ya da mal topluluklarıdır.¹⁷

Tüzel kişilik kavramı hem özel hukukta hem de kamu hukukunda karşımıza çıkar. İdare hukukunda merkezi idare dışındaki idare teşkilatı tüzel kişiler topluluğundan oluşmaktadır.¹⁸ İdare hukuku sükûti bu hukukun öngördüğü hak, borç, görev, ödev ve yetki gibi düzenleyici hukuki durumları gerçekleştirmeye ehil olanları ifade eder. Kamu hukuku tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında bünyeleri arasında fark olmamakla beraber; ortaya çıkmaları, işleyiş biçimleri, faaliyet konuları, denetlenmeleri ve sona erişleri bakımından farklılıklar söz konusudur.¹⁹

Türk Medeni Kanunu’nda 47-55’inci maddelerde tüzel kişilere ilişkin genel düzenlemeye yer verilmiş; kamu tüzel kişileri hakkındaki kanun hükümleri saklı tutulmuştur (TMK md. 55). Kamu hukukunda tüzel kişiliği düzenleyen genel bir yasal düzenleme bulunmamakta, Anayasa’da kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulacağı belirtilmiştir (md. 123/3). Bir hukuk düzeninde hangi varlıkların kişi sayılacağı esasen hukuk politikası sorunudur.²⁰

Turhan Kitapevi, 1994, s. 5. Hukuki kişilik ister gerçek ister tüzel olsun devletçe verilmiş bir hukuki rol, devletçe takılmış bir hukuki maskedir. Rona Serozan, **Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 14. Kişilik kavramı ise, hak ve borçlara sahip olabilen kişi kavramını kapsayacak şekilde, hak ve borçlara neden olabilecek hukuki eylemler ve işlemler yapabilme yeteneğini ifade eder. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 14. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 2, Aydın Zevkliler, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁶ Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, 2. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 7.

¹⁷ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 4. bs, İstanbul, Legal Yayıncılık, Ocak 2012, s. 20-21, M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 246, Teoman Akunal, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2. bs, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995, s. 10, M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, 3. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 110, Jale Akipek - Turgut Akıntürk, **a.g.e.**, s.524.

¹⁸ Turan Yıldırım, Nur Karan, **İdare Hukuku I**, s. 6, Tahsin Bekir Balta, **a.g.e.**, s. 197-199, İl Han Özyay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 120.

¹⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, **a.g.e.**, s. 535.

²⁰ Aydın Zevkliler, **a.g.e.**, s. 6.

2. Kamu Tüzel Kişisi veya Özel Hukuk Tüzel Kişisi Ayırımının Önemi

Kamu hukuku- özel hukuk tüzel kişileri ayrımı, kamu hukuku özel hukuk ayrımına paraleldir. Bu nedenle, kurucu işlemin tek yanlılığı, kamu yararı, kamu erki ve tabiiyet kriterleri özel veya kamu tüzel kişilerinin ayrımında da geçerli sayıldığı kabul edilmektedir.²¹ Bu ayrımın pratik önemi yargı yollarının ayrılığı kadar, maddi hukuk açısından uygulanacak maddi hukuk kurallarının ve ilkelerinin ayrılığına da dayanır.²² Örneğin, kamu tüzel kişinin sorumluluğu söz konusu olduğunda, “hizmet kusuru ilkesi” uygulanırken, özel hukuk tüzel kişinin sorumluluğu söz konusu olduğunda ise Medeni Kanun hükümleri uyarınca gerçeklik ve organ kuramı işletilir.²³

Kamu hukuku ile özel hukuku mutlak olarak birbirinden ayırmanın doğru olmayacağı, bu ayrımı ileri sürmenin devletin kendi taahhütleriyle borçlu tutulamayacağını savunmak için bir hukuki dayanak arama çabası olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur.²⁴ Ayrıca, kamu-özel ayrımının artık eski anlamını yitirdiği de ileri sürülmüştür.²⁵

3. Kamu Tüzel Kişisi

Kamu tüzel kişisi denilince ilk olarak “Devlet” tüzel kişisi akla gelmektedir. Devlet, en üst düzeyde kamu gücünü kullanma yetkisine sahip en büyük kamu tüzel

²¹ Kamu- özel hukuk ayrımında klasik görüş, kamu hukukunun konusunu kamunun, toplumun, devletin menfaatleriyle ilgili olduğunu, devletin toplumun temsilcisi sıfatıyla hareket etmesi nedeniyle bireyler karşısında üstün durumda bulunması gerektiğini, buna karşılık özel hukuk kurallarının kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar olduğunu ve bireylerin kendi menfaatlerine en uygun çözüm şeklini seçme yetkisi olduğunu savunmaktadır. Klasik görüşün eleştirildiği nokta, özel hukuk kuralının düzenlenme amacında dolaylı da olsa toplum menfaatinin bulunmasıdır. Bunun üzerine modern görüş taraftarları ise, devletin hukuki bir ilişkiye duruma göre, kamu gücünün temsilcisi olarak mı yoksa herhangi bir kişi gibi ve diğer kişilerle eşit olarak mı katıldığının sübjektif bir kıstastan geçirerek değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Nitekim, kamu tüzel kişileri kamulaştırma gibi kamu gücünden kaynaklanan tek taraflı işlemler yapabileceği gibi, tarafları eşit sayılan özel hukuk ilişkisine de girebilir. Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 79, Jale Akipek, Turgut Akıntürk, **a.g.e.**, s. 15-18.

²² Rona Serozan, **Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, s. 26.

²³ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, 2008, s. 45.

²⁴ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Ders Notları**, s. 16-34.

²⁵ Walter Jellinek, **Verwaltungsrecht**, Diritte Auflage, Lehrmittel-Verlag G.M.B.H., Offenburg, 1950, s. 8.

kişisidir²⁶. İdare bünyesinde sözleşme yapabilme kabiliyeti ancak kamu tüzel kişiliğini haiz olmayı gerektirir. Bu nedenle kamu tüzel kişilerinin belirlenmesi Tez konumuz bakımından önem arz eder.

Kamu tüzel kişileri, tek yanlı kamu hukuku tasarruflarıyla kurulup sona eren, yönetimi ve denetimi kamu güçleri tarafından sağlanan, idari faaliyette bulunup kamu hizmeti gören kamu yararına çalışan ve kamu erkine sahip kılınan tüzel kişilerdir²⁷ ve kamu idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarından oluşurlar.²⁸

Kamu tüzel kişiliğinin idarenin bütünlüğü içerisinde merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulacağı anayasal madde olarak düzenlenmiştir (Anayasa md. 123). Söz konusu kurulma işleminde, özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak, devlet tarafından ve idari işlem ile kurulma kastedilmektedir.²⁹ Anayasa’da kamu tüzel kişilerinin nasıl kurulacağı belirtilmiş fakat niteliklerini gösterir bir tanımlı yapılmamıştır, bu yüzden kamu tüzel kişilerini belirlemek için doktrin ve yargı kararları ile bazı ölçütler geliştirilmiştir.³⁰

İdari birimlerin kuruluş kanunlarında tüzel kişiliği olup olmadığı düzenlenir; düzenleme yer almaması halinde söz konusu idari birimin sahip olduğu yetkiler incelenerek kamu tüzel kişiliği olup olmadığı tespit edilir. Kamusal işlevi bulunan bir birim veya organın tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı belirsizliklere neden olabilir. Örneğin fakültelerin ve bakanlıkların tüzel kişiliği olmaması gibi.³¹ Yapısal olarak idari teşkilat içinde tüzel kişiliğe sahip olmayan kuruluşlar bulunsada dahi, bunlar da

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 226.

²⁷ Rona Serozan, **Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, s. 26, Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 54.

²⁸ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 251.

²⁹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 78.

³⁰ Kamu tüzel kişisinin -kamulaştırma gibi- üstün ayrıcalıklı yetkiler kullanabilmesi, etkinliğin bazen kendisine bir “tekel” şeklinde özgülenmesi, işlemlerine kanunilik ilkesinin uygulanması, faaliyetlerinin kanun ile düzenlenmiş olması, işlem ve eylemlerinin genellikle kamu hukuku kurallarına tabi olması ve kamu tüzel kişisinin mal, gelir ve personelinin farklı bir hukuki statüsünün bulunması, kamu bütçesinden pay alması, gelirlerinin Devlet geliri sayılıp özel tahsil kurallarına tabi olması, vergi istisna ve vergi muafiyetinden yararlanması, kendi başına taşınmaz mal edinmesi, kendi hesabına sözleşme yapabilmesi gibi kendi bağlı olduğu üst birimden bağımsız olarak hukukken kendini bağlayıcı birtakım kararlar alma yetkisini haiz olması kamu tüzel kişisinin özellikleri olarak sıralanabilir. Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 45, Turan Yıldırım, Nur Karan, **a.g.e.**, s. 9, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 228, İlhan Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 122.

³¹ Turan Yıldırım, Nur Karan, **a.g.e.**, s. 16

tüzel kişiliğe sahip olanlardan birine bağlı ya da onunla ilgilendirilmiş bir konumda yer alırlar.³²

Devlet haricinde kamu kesiminde tüzel kişiliği bulunan kurum ve kuruluşlara “idare kamu tüzel kişileri” de denilmektedir.³³ Kamu tüzel kişileri “idarenin tüzel kişileri”³⁴ veya “idare hukukunun süjeleri”³⁵ olarak da ifade edilmektedir.

Doktrinde idarenin klasik yapılanmasında, idari teşkilat “merkezden yönetim” ve “yerinden yönetim” olmak üzere iki bölümde ele alınmakta ve merkez idare kuruluşları, başkent ve taşra teşkilatı olarak tüzel kişiliği bulunmadığı vurgulanmaktadır. Nihayet yerinden yönetim kuruluşları olarak; yer bakımından ve hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının kamu tüzel kişisi oldukları genel olarak kabul görmektedir. Yerinden yönetim sisteminin uygulanması devlet tüzel kişiliği yanında başkaca tüzel kişilerin de ortaya çıkmasına neden olur.³⁶ Bütçe esasına göre yapılan idare yapılanmasında ise “genel idare” devlet tüzel kişiliğine dahil idareler (kamu kuruluşları) ile müstakil kişiliğe sahip idareler (kamu kurumları)’ndan oluşur.³⁷ Anayasa’da yer alan düzenlemelere göre kamu tüzel kişileri “*kamu idareleri*”, “*kamu kurumları*” ve “*kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları*” olarak ayrılmaktadır.³⁸

³² İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 121.

³³ Tahsin Bekir Balta, **a.g.e.**, s. 200.

³⁴ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 126.

³⁵ Yazara göre idare hukuku da her hukuk dalı gibi kendi süjelerini belirler. İdare hukukunun süjeleri “kamu tüzel kişileri”, “organ süjeliği”, “özel hukuk tüzel kişilikleri” ve “gerçek kişiler” olarak ayrılmaktadır. Tahsin Bekir Balta, **a.g.e.**, s. 197.

³⁶ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 78, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 190.

³⁷ Aynı sınıflandırma dahilinde kamu tüzel kişileri genel idareden başka “iktisadi kamu kurumları”, “atipik kamu tüzel kişileri” ve “kısmen kamusal nitelik taşıyan kurumlar” yer almaktadır. Ali D. Ulusoy, **İdare Hukuku Ders Planı**, (Çevrimiçi, Ocak 2015) www.law.ankara.edu.tr/files/2014/09/İDARE-HUKUKU-dersplanı.docx ve Ali D. Ulusoy, **Yeni İdare Hukuku**, s. 262 vd.

³⁸ Buna göre, Devlet ve mahalli idareler (il özel idaresi, belediye, köy gibi yer bakımından yerinden yönetim idareleri) “*kamu idareleri*”dir (Anayasa md. 127). *Kamu idaresi*, genellikle teknik anlamları ile söylenen şeyler değildir, yerel yönetimleri de kapsayacak şekilde genel bir ifade olarak kullanılmaktadır. Kamu idareleri şahıslar, fertler topluluğu olup, aynı anda birden fazla kamu hizmetini yerine getirirken, kamu kurumları genellikle teknik ve belli bir kamu hizmetini yerine getirmek üzere kurulurlar. *Kamu kurumları*, tüzel kişiliğe sahip kamu hizmetleri ya da kişiselleştirilmiş kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır. Başta bağımsız idari otoriteler olmak üzere üniversiteler, RTÜK, TRT, SGK ve KİT’ler hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları “*kamu kurumları*”na dahildir (Anayasa md. 130-134). Son olarak, odalar, borsalar ve barolar ise “*kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları*” olarak adlandırılırlar (Anayasa md. 135). Kamu kurumları kamu hizmetinin doğurduğu tüzel kişiler oldukları için Anayasa’da sayılan haricinde de

4. Kamu Kesiminde Özel Hukuk Kurallarına Göre Kurulmuş ve Faaliyet Gösteren Tüzel Kişiler³⁹

Son yıllarda, kamu kesiminde özel hukuk kurallarına göre kurularak faaliyet gösteren tüzel kişilerin yanı sıra tamamen özel hukuk kurallarına tabi olmalarına rağmen kamusal yanları ağır basan hukuki statüsü tartışmalı tüzel kişilere de rastlanmaktadır. Tüm bu tüzel kişiler özel hukuk ile kamu hukukunun kesiştiği alanda varlıklarını sürdürmektedirler. Söz konusu özel hukuk kişilerinin bir kısmı kamu hizmeti yürüten, kamu gücü kullanmak suretiyle tek yanlı irade açıklamaları ile hukuk düzeninde değişiklik yapan idare kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.⁴⁰ Bunlar kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki gri alanda yer alıp, kamu tüzel kişisinin kamusal gücünden; özel hukuk tüzel kişisinin esnekliğinden faydalanmaktadır.⁴¹

Farklı kavramlarla ifade edilen bu tüzel kişilerin en önemli özelliği, birer özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmalarına, işletilmelerine veya doğrudan idarenin içinde yer almamalarına rağmen, faaliyetlerini yerine getirirken kamusal özellikler taşımaları veya kamu ile güçlü bağlarının olmasıdır. Bu kuruluşlar doktrinde “*kamu kesiminde yer alan özel hukuk tüzel kişileri*”⁴², “*kamu kesiminde bulunan özel tüzel*

pek çok kamu tüzel kişisine rastlamak mümkündür. İsmet Giritli, **Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli**, 5. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2104, Hukuk Fakültesi No: 466, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 197, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 229, Teoman Akünal, **a.g.e.**, s. 7, Kamu Teşkilatı Bilgi Bankası’nda tüzel kişiliği olan kuruluşlara ilişkin güncel listesi sıralanmıştır. Kamu Teşkilatı Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2015) <http://euygulama.dpb.gov.tr/devletteskilati/kontrollu/TuzelKurum.aspx>

³⁹ Başlıkta yer alan “kamu kesiminde özel hukuk kurallarına göre kurulmuş ve faaliyet gösteren tüzel kişiler” ifadesi için Bkz: Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İstanbul Üniversitesi, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 54.

⁴⁰ Cemil Kaya, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişiler Ayrımında Temel Kriterler”, **I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu**, Ankara, 3 Eylül 2013, s. 107, T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu web sayfası, (Çevrimiçi, Ocak 2016), http://www.ombudsman.gov.tr/content_detail-322-713-turk-akademisyenler-sempozyumda-kamu-denetciligi-hakkinda-birer-sunum-yapti.html

⁴¹ Tüzel kişiler konusunda kamu güvenliğinin korunması amacıyla “*numerus clausus ilkesi*” (sınırlı sayıda ve tipe bağlılık ilkesi) mevcut olmasına rağmen, belirli tüzel kişi tiplerinin dışına çıkılarak “*atipik*”, “*karmaşık*”, “*devekuşu*” şeklinde tabir edilen ve hukuki statüleri tartışmalı birtakım tüzel kişiler ortaya çıkmıştır. Bu tüzel kişilerin hukuki statülerinin belirlenmesi sözleşme öncesi ve sözleşmenin hukuki rejiminin belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir. Rona Serozan, **Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, s. 31, Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, s. 34.

⁴² Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, s. 54.

kişiler”, “kısmen kamusal nitelik taşıyan kurumlar”, “atipik kamu tüzel kişileri”⁴³, “yeni ve kendine özgü”⁴⁴ yapılanmalar olarak da ifade edilmektedirler. Yargı kararlarında ise, bu tüzel kişiler için “kamu kurumuna benzer”, “kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müesseseler” olarak söz edilmektedir.⁴⁵ Kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin kanunlarda idare kavramı içerisinde yer aldığını görüyoruz.⁴⁶

Kamu hizmetlerinin görülmesinde kamu kurumu modeli yerine sözleşme yöntemi tercih edilmektedir.⁴⁷ Kamu hizmetlerinin gerek sözleşme gerekse kamu idaresi içerisinde iktisadi teşekküllerce özel hukuk kurallarıyla gördürülmesinin temel nedenleri; personel rejiminin esnek olması ve gelir ve giderlerin kamu denetiminden uzak olmasıdır. Sağladığı avantajlar nedeniyle kamu tüzel kişisi yerine özel hukuk tüzel kişisi tercih edilmekte, fakat etkinlikleri yerine getirilirken tek yanlı irade ile hukuki sonuçlar doğurma, yükümlülük altına sokma, kararların re’sen ve gerektiğinde cebren icra edilmesi gibi kamu tüzel kişisine tanınan bazı ayrıcalıklardan yararlanabilmektedir. Her iki tüzel kişi tipinin farklı yönlerini alarak ortaya çıkarılan bu kendine özgü hukuksal yapı, yargı kararlarının da birbirinden farklı sonuçlara varmasına neden olmaktadır.⁴⁸

Kamu kesiminde özel hukuk kurallarına göre kurularak faaliyet gösteren tüzel kişiler olarak kısaltabileceğimiz bu tüzel kişilerin⁴⁹ Tez konumuz bakımından önem

⁴³ Ali D. Ulusoy, **İdare Hukuku Ders Planı**, www.law.ankara.edu.tr/files/2014/09/İDARE-HUKUKU-dersplanı.docx, (Çevrimiçi, Ocak 2015)

⁴⁴ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 409.

⁴⁵ Turan Yıldırım, Nur Karan, **a.g.e.**, s. 11.

⁴⁶ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Tanımlar başlıklı 3’üncü maddesinin (e) bendinde “İdare: ... kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini” ... ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Kanunda, idare kavramı içinde yer alan alan “kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri” kavramı yerine “kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişileri” kavramına yer verilmesinin daha isabetli olacağı; yargı içtihatları ile kabul edildiği üzere, hem özel hem de kamu yani karma tüzel kişiliğe sahip olmaları ve kamu hizmeti ifa etmeleri dolayısıyla SYDV, ATGV ve Türkiye Diyanet Vakfı gibi kamu kesiminde yer alan özel hukuk tüzel kişilerinin Kurumun görev alanı içinde yer alacağına ilişkin Bkz: Cemil Kaya, “**Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişiler Ayırımında Temel Kriterler**”, s. 102 - 113,

⁴⁷ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 314.

⁴⁸ Turan Yıldırım, Nur Karan, **a.g.e.**, s. 14-18.

⁴⁹ Nitekim bu tüzel kişiler kapsamında Devlet’in iktisadi alandaki kamu hizmetlerini yerine getirmek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsleri, spor federasyonları, Türkiye Jokey Kulübü, vakıf yüksek öğretim kurumları, gibi idarenin organizasyon şemasında yer verilen tüzel kişiler olduğu gibi; kamu çalışanlarınca kurulan güçlendirme vakıfları (Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı, Türk Polisini Güçlendirme Vakfı, Nüfus Hizmetlerini

arz eden yönü sözleşme ve sözleşme öncesi dönemdeki işlemlerinin niteliğinin belirlenmesidir. Doktrinde bu tüzel kişilerin sınıflandırılması için gerek kuruluş iradeleri ve faaliyet konuları gerekse mali yapıları dikkate alınarak incelemeler yapılmakta olup konuya farklı yaklaşımlar getirilmektedir,⁵⁰ ancak konunun yargı kararları ve doktrin boyutuyla henüz yeknesak bir düzeye varamamış olması nedeniyle kamu kesiminde yer alan özel hukuk tüzel kişilerinin sözleşmelerinin hukuki rejimini belirlenmesi Tezimizin sınırları kapsamında mümkün görünmemektedir.

Öte yandan idari teşkilat içerisinde yerleri belirlenmiş olan, örneğin devletin ekonomik faaliyetlerinin yürütülmesi gibi hususlarda kamusal bir irade tarafından kurulan özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyet konularına ilişkin yaptığı sözleşmelerin özel hukuk kurallarına bağlı olacağı tespitinde bulunulabilir. Yine bu teşkilatlarda sözleşmeli personel olarak çalıştırılan kişiler ile imzalanan hizmet sözleşmelerinin kamusal hükümler içermesi özelliği dikkate alınarak idare hukuku kapsamında olacağı yıllardan bu yana kabul görmüş konulardır. Bu sözleşmelerin sözleşme öncesi dönemindeki bir işleme idare hukuku uygulanacağı kabul edilmelidir.

Son olarak, atipik tüzel kişilerle ilgili en belirsiz ve kanımızca sorun teşkil edebilecek husus, özel hukuk alanında özel hukuk kuralları ile kurulmasına rağmen, faaliyet alanlarında kamusal gücü elinde tutmak isteyen tüzel kişilerdir. Kanaatimizce özellikle idari teşkilat içerisinde konumlandırılamayan bu tüzel kişilerle ilgili karmaşayı ortadan kaldırmak adına, doktrinin konu üzerindeki çalışmaları da dikkate alınarak bir mevzuat çalışması yapılması;⁵¹ mevcut belirsizlik

Güçlendirme Vakfı, Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı vb.), Türk Diyanet Vakfı, İstanbul Trafik Vakfı, Ankara Trafik Vakfı gibi sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, kamudaki yardımlaşma sandıkları, Kızılay, Yeşilay, İhracat ve İthalatçılar Birlikleri, OYAK ve kalkınma ajansları gibi kamu kesiminde yer alan ve atipik özerk idare olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişileri de sayılabilir.

⁵⁰ Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemlerin Kimliği**, Danıştay Yayınlar No:51, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990, s. 65, Meral Yıldırım, **İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu**, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), İstanbul Üniversitesi, 2018, s. 23- 42, Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s. 262 – 275.

⁵¹ Yazarın kamusal alanda faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişilerini belirleyecek mevzuat düzenlemesi yapılması ve faaliyetlerinde derecelendirilmiş kamu gücünün kullanımı önerisi için Bkz: Meral Yıldırım, **a.g.e.**, s. 115, 119.

giderilene kadar tamamen özel hukuk alanında yer aldıkları kabul edilmeleri uygun olacağı kanaatindeyiz.

II. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI

Tez konumuzun alanı sözleşme öncesi dönem olmasına rağmen, bu dönem idarenin sözleşmelerinden ayrı düşünölemeyeceğı için öncelikle idarenin sözleşmeleri ele alınacaktır. İdarenin sözleşmeleri Tezimiz kapsamında idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmelerini kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.

Öte yandan idarenin tüm sözleşmeleri öncesindeki dönem idari nitelikli olduğunu en baştan ortaya koyabilmemize rağmen, idarenin sözleşmeleri için hukuki inceleme yapmak istememizin amacı, öncelikle özel hukuk kavramı olarak doğup gelişen sözleşme ve culpa in contrahendo kavramlarının idare hukukundaki sözleşmelerde yararlanıp yararlanılamayacağını anlamaya çalışmaktır.

Bu kapsamda idarenin sözleşmeleri ortaya konulurken özel hukukta sözleşme kavramı, unsurları ve karakteri; idarenin sözleşmelerinin nitelenmesi, idarenin sözleşmelerinin belirlenmesindeki ölçütler incelenecektir. Bu alandaki kavramların belirsizliği ve ortaya konan tartışmalar idarenin sözleşmeleri konusunun Tez sınırlarımızın ötesinde ayrı bir çalışma olarak ele alınması gereken kapsamda bir konu olduğunu göstermektedir.

A. Özel Hukuk'ta Sözleşme Kavramı, Tanımı ve Unsurları

1. Sözleşmenin Tanımı

İdarenin sözleşmeleri kapsamında özel hukuk sözleşmeleri de yer aldığından borçlar hukuku anlamında sözleşme kavramına değinmekte fayda görüyoruz.

Sözleşme; özel hukuk kaynaklı bir kavram olup, kaynağı Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Roma kaynaklarında rastlanan ve bugün birçok yabancı dilde “*akit*” (sözleşme) kelimesinin kaynağını oluşturan “*contractus*” sözcüğüdür.⁵² Sözleşme,

⁵² Ancak bu kavram bugün kullandığımız sözleşme kavramının içeriğini tam karşılamaz. Çünkü Roma Hukuku'nda *ius civile* sadece belli hukuki sonuçlara yönelik, bazı sözleşme tiplerini geçerli

bir borcun doğumuna neden olan en önemli borç kaynaklarından biridir.⁵³ Hukuki işlem ise, istenen hukuki sonuca varabilmek için yapılan bir ya da birden fazla irade beyanından oluşan durumdur. Hukuki işlemin çekirdeğini oluşturan en önemli nokta ise irade beyanıdır.⁵⁴

İdare hukukunda sözleşme, günümüzde yaygın olarak kullanılmasına rağmen, idarenin faaliyetlerini yürütürken kullandığı hukuki işlem asıl olarak idari işlemidir.

2. Sözleşmenin Unsurları

Türk Borçlar Kanunu'nun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında da “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir*” hükmü yer almaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, sözleşmenin üç kurucu unsuru vardır. Bunlar; “*irade beyanları*”, “*karşılıklılık*” ve “*birbirine uygunluk*”tur.

Sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan ilk şart, en az iki tarafa ait irade beyanları olmasıdır. Sözleşmede en az iki taraf olmasından kasıt ileri sürülen irade beyanı sayısidir, yoksa sözleşmenin bir tarafı olarak birden fazla kişi olabilir, önemli olan bu birden fazla kişinin tek ve üzerinde mutabık kalınan tek bir irade ileri sürmeleridir.⁵⁵

saymakta ve bu sözleşmelerden doğan hakları korumak için dava olanakları sağlamaktaydı. Ius civile bunlar haricinde kalan diğer sözleşmeler için *pactum* ifadesi kullanılmaktaydı. “Ius civile: Romalılara ait özel hukuk.” Bkz: Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s.450, Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, 4. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:490, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: 9, 1989, s.194.

⁵³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 35, Theo Guhl, **a.g.e.**, s. 98, Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1988, s. 97.

⁵⁴ Eugen Klunzinger, **Einführung in das Bürgerliche Recht**, 15. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen München, 2011, s. 77. Hukuki işlem, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi gerekçelendirme (“Begründung”), değiştirme veya sona erdirmeye gibi hukuki sonuca yöneltilmiş, bir veya birden fazla tarafın irade beyanıdır. Hukuki işlemin “*irade beyanı*” ve “*hukuki sonuç*” doğurma olmak üzere başlıca iki unsuru bulunmaktadır. Hukuki işlemi yapan kişi, bu işlemin bağlandığı hukuki sonuçları sağlamak isteği ile irade beyanında bulunmakta ve bu iradeye uygun olarak hukuk düzeni bu işleme birtakım sonuçlar bağlamaktadır. Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 1. Band, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974, s. 143, Theo Guhl, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, Neunte Auflage, Schulthess, Zurich, 2000, s. 98, M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 2 c., 17. bs., İstanbul, Vedat Kitabevi, 2019, s. 38, Özcan Karadeniz Çelebican; **a.g.e.**, s. 185-188.

⁵⁵ Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 79.

Diğer bir şart, irade beyanlarının karşılıklı olmasıdır. İrade beyanlarının karşılıklı olması, taraflardan her birinin iradesini diğer tarafa yönelterek beyan etmesi demektir. Böylelikle taraflar irade beyanlarını birbiri ile değiştirmekte, her biri diğerinin irade beyanına muhatap olmaktadır.⁵⁶

Sözleşmenin kurulabilmesi (in'ikad edebilmesi) için gerekli üçüncü şart, irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır. İrade beyanlarının birbirine uygun olması, tarafların aynı hukuki sonucu istemelerini ifade eder.⁵⁷ Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların müzakere ettikleri veya tarafların sözleşmede yer almasını istediği bütün konularda irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir.⁵⁸

3. Sözleşme Özgürlüğü

Özel hukuk sözleşmesinin en önemli özelliği sözleşme özgürlüğüdür. Özel hukuk alanında, borçlar hukuku ilkelerine bağlı kalınarak yapılan sözleşmeler için sözleşme özgürlüğünün tam olduğu varsayılır. İdare hukuku alanında yapılan sözleşmelerin bir kısmında sözleşme özgürlüğünden yararlanılması kabul edilse dahi idare hukukunda bu ilkenin anlamı ve uygulanışı başka bir şekil almaktadır. Özel hukuk alanındaki sözleşmelerde taraflar yasaların öngördüğü sınırlar içinde sözleşmenin konusunu, amacını, şeklini ve bağlantı kuracakları kişileri serbestçe belirleyebilirler. Buna karşın idare hukuku alanında idari sözleşmelerde ve hatta idarenin özel hukuk sözleşmelerinde idarenin hareket serbestisi hukuk kuralları ile sınırlanmıştır.⁵⁹ Bu konuya ileriki bölümlerde değinileceğinden burada sadece özel hukuk kapsamında yapılan sözleşmeler bakımından incelenecektir.

Sözleşme özgürlüğü, bir kimsenin dilediği zaman dilediği kişiyle kendilerinin belirleyeceği şartlarda sözleşme yapma veya yapmama serbestisidir.⁶⁰ Tarafların sözleşmeyi yaparken sözleşmenin şekil ve içeriği konusunda iradelerini serbestçe ortaya koyabilmesi ise “*sözleşme serbestisi*” olarak ifade edilmektedir.

⁵⁶ Lale Sirmen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, 1997, s. 58.

⁵⁷ Lale Sirmen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, s. 69.

⁵⁸ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 75.

⁵⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 556.

⁶⁰ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts**, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2012, s. 414.

Şekil serbestisi konusunu Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesi düzenlemektedir. Buna göre; *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”* demektedir.⁶¹

Taraflar sözleşmenin içeriğini karşılıklı iradeleri uyarınca serbestçe düzenleyebilirler, ancak taraflara tanınan serbestinin de bir sınırı vardır. Bu sınırlar kanunla belirlenir. Bu husus “I. Sözleşme özgürlüğü” kenar başlığı ile düzenlenen Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesinde, *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”* şeklinde ifade edilmektedir. Bu hususlar Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu sınırlar; *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler”* olarak belirlenmiş olup, sözleşme özgürlüğünü sınırlamış olmaktadır.⁶² Bu sınırlamalara uyulmadan kurulan sözleşmeler, kanunun ilgili maddesi uyarınca kesin olarak hükümsüz sayılmaktadır.

B. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler

1. Genel Olarak

“İdarenin sözleşmeleri”, Tezimiz kapsamında, idarenin taraf olduğu tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde bir üst başlık oluşturmaktadır. *“İdari sözleşme”* en geniş tanımı ile kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmelere verilen isimdir.⁶³ İdarenin yapmış olduğu ve idari sözleşme sayılmayan diğer sözleşmeler ise *“idarenin özel hukuk sözleşmeleri”* olarak adlandırılırlar.⁶⁴

⁶¹ Örneğin, taşınır mal satış sözleşmelerinde tarafların anlaşması yanında zilyetliğin devri gibi unsurlar kurucu şekil şartı olarak sayılmakta, yerine getirilmemesi halinde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Beta, 2010, s. 187.

⁶² Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008, s. 149.

⁶³ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 555.

⁶⁴ Özel kesimle rekabete açık alanda yaptığı ve idarenin tamamen özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği sözleşmeler ile idarenin belli ve farklı usullere göre yaptığı *“idarenin idari olmayan sözleşmeleri”*

İdare, özel hukuk kişilerinden farklı olarak işlemlerini kural olarak kamu gücünün yansıması olan tek taraflılık prensibine uygun olarak idari işlemler ile gerçekleştirilir.⁶⁵ Özel hukuk alanında ortaya çıkmış olan “hukuki işlem”, “hukuki ilişki” ve “sözleşme” kavramları idare hukuku alanında da sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak bu kavramlar idare hukukuna hakim olan ilke ve kurallardan etkilenmekte ve idare hukukuna özgü kurallar çerçevesinde yeniden şekillenmektedirler. İdare hukukunun kendine özgü yapısı nedeniyle, idarenin gerçekleştirdiği hukuki işlemler medeni hukuktakinden farklı olup, “mürekkep” (bağlı) olma özelliğini haizdir.⁶⁶

Yine idare hukukunun özelliği gereği, idarenin karşı taraf ile gerçekleştirdiği her irade buluşması, uzlaşması sözleşmeyi oluşturmaz; memuriyete atanma ve teşvikten yararlanma işlemleri idarenin karşılıklı uyuşma olmasına rağmen tek taraflı işlemle gerçekleşen işlemlere örnektir.⁶⁷ Bu anlamda idarenin sözleşme yapması ikincil derecede başvurduğu bir yöntem olduğu kabul edilmesine karşın, özel hukuk ilişkilerinde sözleşme asıl ve yaygın usuldür.

İdare hukukunda idari sözleşmelerin bazı özelliklerinden dolayı, idari sözleşmelerin bir sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışma konusu olmasına rağmen, günümüz ihtiyaçları içerisinde idarenin sözleşme imzalamasının önemli bir karşılığı vardır.⁶⁸ Kamu hizmeti kavramındaki dönüşüm, ekonomik alandaki liberal politikalar, özel kesimin kamu kesimi karşısında genişlemesi, etkinlik, verimlilik gibi prensiplerin dikkate alınması ve idare hukukunun kendi içindeki dönüşümü idarenin tek taraflı idari işlemler yerine sözleşme yapmayı seçmesinde etkili olmaktadır.⁶⁹

ve “idarenin idari sözleşmeleri” olarak gruplandıran yazarlar da bulunmaktadır. Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, s. 164.

⁶⁵ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 457, Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay, **İdare Hukuku II**, C. II, 2 c., İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 4-6. GÜNDAY’a göre; idarenin kamu gücünü kullanarak değil de tüzel kişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak yaptığı işlemler idarenin işlemleri olmalarına karşın idari işlem sayılmazlar. İdare’nin özel hukuka tabi sözleşmeleri idari işlem olarak sayılmamaktadır. Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 121.

⁶⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I**, s. 274 vd.

⁶⁷ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 177.

⁶⁸ Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara, **GÜHFD**, C. II, S: 1-2, 1998 s.141-169, Elektronik kaynak için Bkz: (Çevrimiçi, Mart 2013) webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf

⁶⁹ Özellikle neo-liberal dalgaların da etkisiyle devletin özel hukuk alanındaki faaliyetlerinin sayısı ve hacmindeki artış, devletin serbest piyasaya önemli bir aktör olarak girmesi sözleşmeler konusunda borçlar hukuku ve idare hukukunu karşı karşıya getirmektedir. Aynı zamanda yabancı yatırımcının

Ayrıca, idarenin bugün dünyada ve ülkemizde idari işlem ile düzenleyeceği bir alanı sözleşme yapma yoluyla şekillendirdiği görülmektedir.⁷⁰ İdarenin sözleşme yapmasının kural üretme aracı bakımından yeni bir boyut kazandırdığını söyleyebiliriz. Şöyle ki; devletin müdahalelerini idare edilenler ve yerel idareler tarafından daha kolay kabul edilebilir kılmak için, birçok alanda tek yanlı işlemler yerine sözleşme tekniğine başvurulduğu; yeni sözleşme türlerinin ortaya çıktığı, ayrıca kamu tüzel kişileri arasında sözleşme kuramı geliştirilmeye başlandığı kabul edilmektedir.⁷¹ Aynı zamanda idare, bireylerin etkinliğini bireysel sebeplere bağlı kurallar yayımlayarak gerçekleştirirken, bireyler de idarenin yayımladığı sebeplere göre davranarak kendileri ile ilgili sebeplerin daha yetkin bir şekilde gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁷²

Doktrinde yaygın olarak idari sözleşmelerin hukuki rejiminin tümüyle özerk bir düzen olduğu kabul edilmektedir.⁷³ ONAR bu durumu “...diğer müesseselerde olduğu gibi bu müessese de medeni hukuktaki mahiyetini değiştirerek amme hizmetlerinin ve idare hukukun bünyesine uygun bir şekil” aldığını bunun sebebinin de “... İdari mukaveleler de idari usullerin temelini teşkil eden idare kudretinin icrai karar, re’sen hareket etme gibi unsurları ile idari rejimin esasını teşkil eden adliye karşısında idarenin istiklal prensibine dayanmakta” olduğunu ifade etmektedir.”⁷⁴

gittiği ülkede iki taraflı yatırım anlaşmaları yapması ve yapılan sözleşmelerde tahkim şartı gibi güvenceler araması idarenin sözleşmeler alanında yeni bir sürece girdiğini işaret etmektedir. Halit Uyanık, “İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelenirilmesi Sorunu”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S: 1-2, 2011, s. 1162, Nahit Töre, “Dünyada Yabancı Sermaye Akımları”, **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü, Eğitim Müdürlüğü**, Ankara, Şubat 2001, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/kitap2monu.html>, (Çevrimiçi, Haziran 2014), Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 7, Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, s. 163, İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s.472 vd, Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.183.

⁷⁰ Alman İdari Usul Kanunu’nda (Verwaltungsverfahrensgesetz) Kamu Hukuku Sözleşmeler Bölümü’nde (md. 54-62). “Kamu Hukuku Sözleşmeleri’nin Uygunluğu” başlıklı 54’üncü maddesi uyarınca; “Yasalar aksi şekilde düzenlemediği sürece, Kamu Hukuku alanındaki bir hukuki ilişki sözleşme (kamu hukuku sözleşmesi) yapılmak suretiyle kurulabilir, değiştirilebilir veya sona erdirilebilir. Özellikle idare, idari işlem tesis etmek yerine, idari işlemin yöneltileceği kişi ile kamu hukuku sözleşmesi imzalayabilir.” Alman İdari Usul Kanunu (Verwaltungsverfahrensgesetz) orijinal metin için Bkz: **Verwaltungsgerichtsordnung**; 37. Auflage, Beck-Texte im dtv, München, 2012, s. 29.

⁷¹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 553.

⁷² Halit Uyanık, **a.g.m.**, s. 1162.

⁷³ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 472 vd.

⁷⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1591.

Kısaca özetleyecek olursak, idare iradesini idari işlemler vasıtasıyla gerçekleştirmesine rağmen, genişleyen ve farklılaşan ihtiyaçlar nedeniyle sözleşme yapma ihtiyacı içerisinde. Sözleşme kurumu da özel hukuktan idare hukukuna geçmiş ve idare hukukunun kamu gücü, kamu yararı, idari işlemin özellikleri ve bağlılık gibi kendine özgü kuralları ve kamu hizmeti kavramının gereklilikleri doğrultusunda şekillenmiş ve gelişimini sürdürmektedir.

2. İdari Sözleşme- Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımı

a. Ayrımın Önemi ve Eleştiriler

İdarenin taraf olduğu sözleşmeleri “idari sözleşme” ve “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” olarak ayırmanın birkaç bakımdan önemi vardır. Birincisi; bu ayrım sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Buna göre, idarenin özel hukuk sözleşmeleri borçlar hukuku kurallarına tabi olurlar; idari sözleşmelerin ise bir bölümü kanunlardaki gönderme, diğer kısmı mahkeme kararları ile sonucu idare hukuku kurallarına tabi olurlar. İkinci olarak; bu ayrım sözleşme nedeniyle taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yerini belirlemek bakımından önemlidir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar adli yargının; idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar ise idari yargının görev alanına girerler.⁷⁵

Ayrıca idari sözleşmelerde idare, özel hukuktaki sözleşmelerde taraflara tanınmayan birtakım üstün yetkilere sahiptir. Örneğin, sözleşmenin tarafı olarak idare karşı taraf hakkında kamu gücünden kaynaklanan “kamu gücü ayrıcalıkları”na⁷⁶ dayanarak tek yanlı işlemler yapabilir, sözleşmenin konusu olan hizmetin sürdürülmesi ve yeni ihtiyaçlara cevap verecek şekilde değişiklikler yapabilir, sözleşme sona ermeden sözleşme ile yürütülen hizmeti satın alabilir (rachat), sözleşmede öngörülmemiş olsa bile diğer taraf hakkında re’sen zorlayıcı tedbirler uygulayabilir.⁷⁷

⁷⁵ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 473.

⁷⁶ Sezin Öztoprak, **İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 41, 45.

⁷⁷ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, s. 167, 173.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde her iki tarafın eşit haklara sahip olacağı ve borçlar hukukuna tabi olacağı kural olarak kabul edilse dahi, taraflardan birinin idare olması dolayısıyla sözleşme tamamen özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olamaz. Bunda idarenin kendine özgü kurallara sahip olmasının büyük payı vardır. İdarenin ne türden olursa olsun sözleşmelerini yaparken uymak zorunda olduğu ilke ve kurallar birçok yasal metinde yer almaktadır.⁷⁸ İdare gerçek kişilerce yönetildiği; gerçek kişiler de kendi malvarlıklarına ve yararına değil idarenin yani kamunun mal ve yararına uygun hareket etmek zorunda oldukları için dikkatlice sınırlanırlar. Bu sınırlanma, en başta karşı tarafın serbestçe seçimine engeldir. İdare sözleşmenin rekabet, yarışma, açıklık ve nesnellik esaslarını gözeterek karşı tarafı seçmek zorundadır.⁷⁹ Öte yandan, konusu bir kamu hizmetinin dağıtılmasına ilişkin olan ve idarenin özel hukuk sözleşmelerinden sayılan abonman sözleşmeleri dahi idareye, gerekli koşulları yerine getiren ve söz konusu kamu hizmetinden yararlanmak isteyen her kişi ile sözleşme imzalama yükümlülüğü verir.⁸⁰ Bu anlamda idarenin özel hukuka tabi sözleşmelerinde büyük çoğunluğunda dahi sözleşme özgürlüğü bulunduğu söylenemez⁸¹. İdarenin özel hukuk anlamında sözleşme özgürlüğünden söz edilebilmesi için öncelikle idarenin bir alanı tek taraflı idari işlem yerine sözleşme ile düzenleme konusunda bir irade serbestisine sahip olması ve tıpkı özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme imkânına ve sözleşmenin konusu ve içeriğini belirleme özgürlüğüne sahip olması gerekir.

Doktrinde sözleşmelerin idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi şeklindeki ayrım genel olarak kabul görmektedir. ÖZAY’a göre, bir sözleşmenin “idari” olması kamu yararını gerçekleştirmek ve gözetmek amacı olan idare bakımından birçok yarar sağlamakta; bu konudaki uyuşmazlıkların idare mahkemeleri önünde çözümlenmesinin, kişisel hakların korunması yanında kamu yararının zarar

⁷⁸ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 510.

⁷⁹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, s. 167, 173.

⁸⁰ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 556.

⁸¹ Nida Malbeği, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (ve Sözleşme Değişikliğinin Özel Bir Türü Olarak “Uyarılama”)*, İstanbul, Oniki Levha yayıncılık, Eylül 2020, s. 215.

görmemesinin sağlanması bakımından bu alanda hakkaniyetin daha etkili biçimde gerçekleşmesinin tek ve en güvenceli yolu olduğunu ileri sürülmektedir.⁸²

Buna karşın aksi görüşü kabul eden yazarlar da vardır. BUZ'a göre idare hukuku ile borçlar hukuku arasında bir "alan hakimiyeti" mücadelesi olduğundan, idarenin sözleşmelerin idari yargı alanında kalmasının bireyi değil bilhassa üstün yetkiler ile donatılmış idareyi korumak anlamına geleceği, ayrıca adli-idari yargı arasında yapılan bu ayrılığın özel hukuka ve adli yargıya haksızlık olacağı, idari yargı önünde çözümlense dahi idari sözleşmelere ilişkin ihtilafın yine özel hukuktaki sözleşme kuramına ilişkin ilkeler ile çözüleceğini ileri sürmektedir.⁸³ Kamu hukuku - özel hukuk ayrımının meşruluğunu, fiili varlığını kabul etmeyen yazarlar da vardır. DUGUIT'e göre sözleşme belli bir hukuki kategoridir ve kurucu öğeleri bir araya geldiği zaman daima aynı karaktere sahip olup, aynı sonuçları doğurur. Bu yüzden özel hukuk ve kamu hukuku sözleşmelerinden söz etmek var olmayan şeylerden söz etmek anlamına gelir. Yazara göre, devlet tarafından akdedilmiş sözleşme ve sözleşme olmayan işlemler vardır ve bir sözleşmeye idari karakterini veren ve idare mahkemelerinin görevliliğini belirleyen yapılmış oldukları kamu hizmeti amacıdır.⁸⁴ Bu konuya ilişkin ayrıntılı görüşlerimize ayrıca yer verilecektir.⁸⁵

b. Kanun ile Belirleme- İçtihat ile Belirleme

İdarenin yapmış olduğu sözleşmenin nitelenmesinin önemi yukarıda incelendikten sonra burada bu nitelemenin nasıl yapılacağı üzerinde durulacaktır.

İdarenin yapmış olduğu bir sözleşmenin hukuki niteliğinin *kanunla belirlenmesi* kanunda sözleşmenin niteliğine ilişkin bir düzenleme olması anlamına gelmektedir. Bu belirleme açık veya örtülü bir şekilde gerçekleşebilir. Kanunun idarenin yapacağı sözleşmenin "idari sözleşme" veya "özel hukuk sözleşmesi"

⁸² İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 511.

⁸³ Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 61-63.

⁸⁴ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, Paris 1927, s. 699-700, Tome II, Paris 1923, s. 41 ve 403. (Aktaran: Pertev Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihadlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, İstanbul, Kurtulmuş Matbaası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 3.)

⁸⁵ Bkz: Tez II. Bölüm / D / 3. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun İdare Hukukunda Uygulanabilirliği

olduğunu öngördüğü durumlarda açık belirleme söz konusudur.⁸⁶ Kanun koyucunun idari sözleşme olarak belirlediği bir sözleşmeye “kanun gereği idari sözleşme” denir.⁸⁷

Kanun koyucu bu şekilde açık bir niteleme yapabileceği gibi, bazı hallerde idarenin yapacağı sözleşmeye “özel hukuk kurallarının uygulanacağı” şeklinde sözleşmeye uygulanacak hukuki rejimi de belirleyebilir, bazı hallerde ise sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların idari veya adli yargıda çözüme kavuşturulacağına ilişkin bir düzenleme yapabilir.⁸⁸ Kanunun yargı yerini düzenlemek suretiyle nitelediği durumlarda yine de yargı yerlerinin sözleşmenin içeriğine bakması gerektiğini savunan yazarlar da vardır.⁸⁹ İdari sözleşmelerde aranan niteliklerin bir sözleşmede bulunmaması halinde kanun gereği veya yargı kararlarının nitelemesi nedeniyle idari sözleşme sayılan sözleşmeler bazı yazarlarca “ölçüt dışı idari sözleşme” olarak ifade edilmektedir.⁹⁰

1999 tarihli Anayasa değişikliğinden sonra kanun ile belirleme sıklıkla görülmeye başlanmıştır. Anayasa’nın 47’nci maddesine yapılan değişiklik ile idarenin imzalayacağı yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi olacağına kanun koyucu karar verecek, buna ilişkin düzenlemeleri kanun ile yapacaktır.⁹¹ Anayasanın anılan maddesi kanun koyucuya kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürülmesi konusunda açık bir takdir hakkı tanımaktadır.⁹² Kanuni belirleme sonucu özel hukuk sözleşmesi

⁸⁶ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 51.

⁸⁷ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s. 13.

⁸⁸ Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 353 vd.

⁸⁹ Yazara göre, “... kanun koyucunun doğacak uyuşmazlıklarda idari yargı mercilerini görevli kıldığı bir sözleşme tipinde uyuşmazlık konusu olan her olayda sözleşmenin konusu ve ihtiva ettiği şartlar değerlendirilerek mahkeme içtihatlarının kriterlerine göre sözleşme idari ya da özel hukuk sözleşmesi olabilir.” Pertev Bilgen, **a.g.e.**, s. 13-19, Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara, **AÜSBFD**, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, C. L, S: 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 307.

⁹⁰ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s. 13.

⁹¹ 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan bir değişiklikle 4’üncü fıkra olarak “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü eklenmiştir. 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun için Bkz:14.8.1999 tarih ve 23786 sayılı Resmi Gazete.

⁹² Ali D. Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk- Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali D. Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, Ekim 2001, s.12.

sayılan sözleşmelerin kamu hizmeti ile ilişkisinin idari sözleşmeden farklı olmadığı, bu nedenle idarenin özel hukuk sözleşmelerinde tek taraflı yetki kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmaktadır.⁹³

Anayasa'nın 47'nci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki yenilik sonrası çeşitli kanunlarda değişiklik yapılarak kanun maddelerinde sözleşmenin niteliğine ilişkin açık veya kapalı belirlemeler yapılmıştır.⁹⁴ Kanun koyucu bazı kanunlarda yapılacak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olacağını düzenlemişse de idare hukukunun ana mevzuatını oluşturan İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Danıştay Kanunu'nda idari sözleşmeleri tanımlayan ya da genel olarak idari sözleşmenin belirlenmesine ölçüt teşkil edecek bir maddeye yer verilmemiştir. Ayrıca Anayasa'da yapılan değişiklik ile tahkim şartı belirtilmeyen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bakımından uyuşmazlıkların idari yargıda görüleceğini düzenleyerek örtülü bir belirleme yapıldığı söylenebilir,⁹⁵ ne var ki bu düzenleme idari sözleşmenin nitelikleri konusunda bir ölçüt içermemektedir.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin anlaşılabilmesi için tek tek sözleşmelerin özel hukuk veya kamu hukukuna tabi olduğunu belirtmekten öte idari usul yasasında "idari sözleşme"nin ölçütlerinin yer aldığı bir düzenlemenin yer almasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Nitekim, Avusturya'da 1925 tarihli Genel İdari Usul Kanunu (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz), Macaristan'da 1957 tarihli İdari Usul

⁹³ Yazar, kamu hizmeti görülmesine katkı sunan özel hukuk sözleşmelerinin kamu hizmetinin değişkenliği ve uyarlanması ilkesi gereği uyarlanma talep edilebileceği kanaatinde. Nida Malbeği, **a.g.e.**, s. 141.

⁹⁴ Örneğin, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'un 3'üncü maddesinde yapılan değişiklik ile imzalanacak sözleşmelerin **özel hukuk hükümlerine tabi** olacağı düzenlenmiştir. Yine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına, sözleşme taraflarının sözleşmenin uygulanmasında **eşit hak ve yükümlülüklerle sahip** olacakları eklenmiş, aynı Kanun'da düzenleme bulunmayan hallerde **Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı** düzenlenmiştir. Benzer düzenlemeler için **Bkz:** 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkındaki Kanunu, 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkındaki Kanun'da, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunu.

⁹⁵ Anayasa'nın 125'inci maddesinin 1'inci fıkrasına eklenen "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*" düzenlemesi ile özel hukukta uyuşmazlık usulü olarak uygulanan tahkim yolunu yabancılık unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde de uygulanması olanaklı hale getirilmiştir.

Kanunu (İdari Usul Hakkında Kanun No. IV, 1957), Amerikan İdari Usul Kanunu (Administrative Procedure Act), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 1977 tarih ve 31 sayılı “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı tavsiye kararı ve 1976 tarihli Alman İdari Usul Kanunu (Verwaltungsverfahrensgesetz) gibi⁹⁶ idari usul yasalarında idari sözleşmelere ilişkin kapsamlı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.⁹⁷

Öte yandan bu ölçütlerin belirlenmesinde ve uygulanmasında yargı kararları ve doktrindeki görüşler önemli bir yere sahiptir. Bazı sözleşmelerin türü mahkeme içtihatları ile belirlenir; bunlara “*niteliği gereği idari sözleşme*” denir.⁹⁸ Yargı kararları ile getirilen, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun devamlı bir kamu hizmetinin yürütülmesi ve sözleşmenin amacının kamu yararı olması ve sözleşme ile idareye, karşı tarafa tanınmamış olan, ayrıcalık ve üstün yetkiler vermiş olması ve özel hukuku aşan bir rejim gibi ölçütler aşağıda incelenecektir.

3. İdari Sözleşmenin Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

İdari sözleşmeler, idare hukuku kurallarına dayanarak, idarenin özel kişiler veya diğer kamu kuruluşları ile yapılan sözleşmelerdir.⁹⁹ Bu sözleşmelerin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırmanın ilk bakışta kolay olduğu düşünülse dahi, bu mesele zannedildiğinden zordur. Bu zorluğa sebep olan temel anlayış; Türk Hukuku’nda idari sözleşme sorunu büyük ölçüde idari sözleşme ölçütlerinin belirlenmesi sorununa indirgenmiş ve idari sözleşmelere uygulanacak idari rejimin

⁹⁶ Ayrıca, diğer ülkelerdeki idari usul kanunu örnekleri için Bkz: Yücel Oğurlu, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S: 1-2, 2005, s. 73-77. Elektronik kaynak; www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_4.pdf

⁹⁷ Alman İdari Usul Kanunu (Verwaltungsverfahrensgesetz)’de idari sözleşmeler 4. Bölümde md. 54-62’de düzenlenmektedir. Alman İdari Usul Kanunu’nun 1976 tarihli metninin İngilizce’den çevirisi için Bkz: Mehmet Semih Gemalmaz, Osman Doğru, “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof. Dr. Lütü Duran’a Armağan, C. IX, S: 1-3, 1988, s. 138-140. Elektronik kaynak; www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/download/.../1023002182, (Çevrimiçi, Temmuz 2014).

⁹⁸ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s. 13.

⁹⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 555.

olduğunun varsayılmış olmasıdır.¹⁰⁰ Ayrıca özelleştirme uygulamaları sonucunda, idari sözleşmeler özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi yöntemi olarak yeniden gözden geçirilme ihtiyacı oluşmuştur.¹⁰¹

İdari sözleşmelerin hukuki rejimi büyük ölçüde yargı kararları ile şekillenmekte ve gelişimi ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Örneğin, Fransa’da bayındırlık işi sözleşmeleri ile kamu malının işgali sözleşmeleri idari sözleşme sayılırken; ülkemizde özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Öte yandan Fransa’da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi bizde olduğu gibi idari sözleşme sayılırken Almanya’da özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görev alanında kabul edilmektedir.¹⁰² Alman Hukuku’nda bir sözleşmenin niteliğini sözleşmenin konusu belirlemektedir, sözleşmenin konusunun yarattığı, değiştirdiği veya sona erdirdiği hukuki ilişki kamu hukuku alanında ise idari sözleşme, özel hukuk alanında ise özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır.¹⁰³

Ülkemizde de Danıştay’ın “İstanbul Tramvay Şirketi Davası”nda, 26.02.1936 tarihinde vermiş olduğu kararda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini açıkça tanımlamakta ve unsurlarını belirtmektedir. Danıştay 1936 tarihli bu kararı ile ilk kez “idari sözleşme” adında bir sözleşme olduğunu ve bu sözleşmenin kamu gücüne dayandığını ve idari usullerden birini teşkil ettiğini ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin de bu türün en kuvvetli ve karakteristik çeşidi olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁴

İdari sözleşmeleri belirlemede kullanılan ölçütler büyük ölçüde yargı kararları ile belirlenmiştir. Yargı kararlarında idari sözleşmeler için ölçüt olarak; sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun devamlı bir kamu hizmetinin yürütülmesi ve sözleşmenin amacının kamu yararı olması (sözleşme ile

¹⁰⁰ Ayhan Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, (Yayımlanmamış) Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2002, s. 2.

¹⁰¹ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, s. 291.

¹⁰² Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, s. 292.

¹⁰³ Mahendra P. Singh, **German Administrative Law in Common Law**, 2. bs., Berlin, Springer, 2001, s. 94.

¹⁰⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1592.

idareye karşı tarafa tanınmamış olan, ayrıcalık ve üstün yetkiler vermiş olması) şeklinde sıralanabilir.¹⁰⁵

İlk olarak, *sözleşmenin taraflardan en az birinin idare olması* halinde imzalanan sözleşme idari sözleşmedir, denebilir; ancak bu şart sözleşmeyi mutlak surette idari sözleşme yapmaya yetmez. Örneğin, idare, idarenin özel emlakının idaresi için medeni ve ticari sözleşmeler imzalanabileceği gibi kamu hizmetinin bir kısmında dahi medeni ve ticari sözleşmeler imzalayabilir.¹⁰⁶ Taraflardan birinin idare olması gerekli ancak sözleşmeyi idari sözleşme yapma noktasından yeterli bir şart değildir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için gerekli olduğu kabul edilen diğer bir şart da *sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkili* olmasıdır. Bu ölçütün temel dayanağı kamu hizmetine dayanmakta ve kamu hizmeti kavramında genel bir uzlaşmaya varmak ve unsurlarını belirlemek yargı kararları ve doktrin açısından kolay olmamaktadır.¹⁰⁷ Tüm bu zorluğa karşın kamu hizmeti, “*toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyet*” olarak tanımlanabilir.¹⁰⁸ Bir ölçüt olarak sözleşmenin kamu hizmeti ile bağlantısı belli bir yoğunluk ve tarzda olmalıdır. Konusunun kamu hizmeti ile bağlantılı olması demek; konusunun kamu hizmetinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesi veya yürütülmesine katılması anlamına gelmektedir.¹⁰⁹

Türk Hukuku’nda birçok yargı kararında kamu hizmeti kavramı bir başka belirsiz kavram olan kamu yararı ile açıklanmıştır. Bu anlamda kamu yararı kavramı bir faaliyete “devlet ya da kamu faaliyeti” niteliğini kazandırır ve devletin doğrulamasını yapmak için kullanılır.¹¹⁰ Doktrinde ise, kamu hizmeti kavramı

¹⁰⁵ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, s. 292.

¹⁰⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III*, s. 1594.

¹⁰⁷ Turgut Tan, “Kamu Hizmeti Kriz ve Yeniden Tanımlama”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Yayınlar No: 53, Ankara, Danıştay Matbaası, 1991, s. 331.

¹⁰⁸ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. IX, S: 1-3, 1998, s. 148.

¹⁰⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *a.g.e.*, s. 453.

¹¹⁰ Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan, C. IX, S: 1-3, 1988, s. 11-18. Elektronik kaynak; (Çevrimiçi, Temmuz 2014) www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/download/.../1023002182

açıklanırken “kamu yararı” gibi bir başka soyut kavram katılmasından kaçınılmıştır.¹¹¹

Günümüzde kamu hizmeti ölçütü idare hukukunun görev alanını ve idari yargının görev alanını tespit etmek bakımından yetersiz görülmekle eleştirilmektedir.¹¹² En önemli eleştirilerden birisi iktisadi ve ticari kamu hizmetlerinin ortaya çıkmasıyla ortaya çıkmıştır ; nitekim idarenin bu alanlarda, örneğin kamu iktisadi teşebbüsleri gibi iktisadi alanda, idarenin üçüncü kişilerle olan ilişkilerine özel hukuk kuralları uygulanmaktadır.¹¹³ Yine Anayasa değişikliği neticesinde kamu hizmeti ile idari sözleşme kavramlarının mutlak birlikteliği sona ermiştir.¹¹⁴

Kanaatimizce, kamu hizmeti kavramının belirsizliği ve yenilenen sözleşme anlayışı nedeniyle ölçüt olmaktan giderek uzaklaşmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmeti ölçütü ile birlikte kamu gücü veya kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılıp yapılmadığının araştırılması da gerekli hale gelmiştir.¹¹⁵ Kamu gücü ölçütünün kamu hizmetinin bir ölçütü değil onun bir sonucu olduğu da savunulmaktadır.¹¹⁶

Bir başka kriter ise sözleşme kamu hizmetlerinin ihtiyaçlarının tatmini amacı ile yapılmış fakat sözleşmenin konusu kamu hizmetinin icrası değilse, sözleşmenin idari karakteri *sözleşmede özel hukuku aşan şartların varlığına* bağlanmıştır.¹¹⁷ Ancak bu kriter idari sözleşmenin ayırıcı özelliği için yeterli görülmemektedir, nitekim idarenin özel hukuk sözleşmesi doğrudan ya da dolaylı olarak de kamu hizmetinin görülmesine yönelik yapılmasına rağmen üstün yetkilerden yararlanamamaktadır.¹¹⁸ Özel hukuku aşan şartların gerçekten özel hukuku aşması,

¹¹¹ Aydın Gülan, “**Kamu Hizmeti Kavramı**”, s. 149.

¹¹² Nida Malbeleş, **a.g.e.**, s. 214.

¹¹³ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 15. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, Ağustos 2014, s. 42.

¹¹⁴ Sezin Öztoprak, **a.g.e.**, s.223

¹¹⁵ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku**, 3.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.181.

¹¹⁶ Aydın Gülan, “**Kamu Hizmeti Kavramı**”, s. 153.

¹¹⁷ Pertev Bilgen, **a.g.e.**, s. 66 vd., Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1630.

¹¹⁸ Nida Malbeleş, **a.g.e.**, s. 130. İdarenin tek taraflı değişiklik yetkisinin dayanağının sorgulanması ve idarenin özel hukuk sözleşmesinde idarenin tek taraflı olarak uyarlamanın yapılmasının eleştirisi için Bkz: Nida Malbeleş, **a.g.e.**, s. 141.

özel kişilerin sözleşmelerine koyamayacakları şartlar olması, kamu gücünün kullanılmasını yani icrai karar ve re'sen hareket yetkisini içeren şartlar olması gerekir.¹¹⁹ Öte yandan özel hukuku aşan şartlar olarak sıralanan şartların (Eski Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddelerine¹²⁰ aykırı olmamaları kaydıyla özel hukuk sözleşmelerinde de yer alabileceği ve sözleşme hükümlerinde idareye bir takım ayrıcalıklar tanınmış olması sözleşmeyi tamamen idari sözleşme olarak nitelermeye yetmeyeceği görüşleri mevcuttur.¹²¹

Ancak bu özelliklerin idari sözleşmenin niteliğini belirlemede kullanılması akla yatkın değildir, çünkü bu üstün yetkiler sözleşme “idari” nitelikli olduğu için mi konuluyor, yoksa bu şartlar var diye mi sözleşme idari sözleşme olmaktadır. Bu ilişkide sebep-sonuç ilişkisi birbirinin içine geçmiş durumdadır. Kanaatimizce bu konunun hangi yönde şekilleneceği herşeyden önce bir hukuk politikası konusudur ve belli tercihler neticesinde şekillenebilir. Öte yandan idari sözleşme teorisinin gelişmesinde yaşanan sorunun kaynağı, idari kavram ve usullerin belirlendiği temel kanunlardaki yetersizlik; sözleşmenin kriterlerine ilişkin ölçütlerin Fransız içtihadı çerçevesinde gelişmesinden ve soyut kavramlara dayalı kriterlere ilişkin Türk Doktrin ve Yargı'sında günün koşullarına uygun şekilde uygulayacak özgün fikirlerin azlığı bugün yaşanan sorunların başında gelmektedir.

¹¹⁹ Pertev Bilgen, **a.g.e.**, s. 131.

¹²⁰ TBK md. 26 ve 27.

¹²¹ Yazara göre, “İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de, idarenin, karşı tarafın zararını tazmin etmek kaydıyla, kamu hizmetlerinin ve kamu yararının gerektirdiği bu tek yanlı yetkileri kendisinde tutmasının, özel hukuk ilkelerini ihlal edici bir yanı bulunmamaktadır.” Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 56 vd.

Sonraki aşamada Fransız Hukuku'nda Conseil d'État'ın kararı ile “özel hukuku aşan şartlar” bir başka şekle dönüşmüş; bu kez “özel hukuku aşan rejim” şeklini almıştır. 31.07.1912 tarihli “*Granits des Vosges*” kararı ve 19.01.1973 tarihli “*Rivière du Sant*” kararı için Bkz: Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFD**, C. LV, S: 2, 2006, s. 201-202. Bir başka karara konu olan sözleşme, Fransız elektrik idaresinin özel bir elektrik üreticisinden elektrik alımına ilişkindir. Bahsi geçen sözleşme ne kamu hizmeti ile ilgilidir ne de özel hukuku aşan şartlar içermektedir; Fransız elektrik idaresinin özel bir elektrik üreticisinden elektrik almasını zorunlu kılan bir kararname bulunması ve uyumsuzlukların zorunlu olarak ilgili bakana sorularak Elektrik ve Gaz Üst Kurulunun görüşü alındıktan sonra bakan tarafından karara bağlanması dolayısıyla sözleşmenin “özel hukuku aşan bir rejim”e tabi olduğu kabul edilmiştir. Ayhan Tekinsoy, “**İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**”, s. 201-205, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 455-456. Özel hukuku aşan rejim, sözleşmenin içeriğinden ve hükümlerinden değil sözleşmenin içinde bulunduğu ve etkilendiği hukuki rejimin dikkate alınarak belirlenmesi olarak tanımlanabilir.

III. SÖZLEŞME ÖNCESİ KAVRAMI

Tez konumuzun alanının belirlenmesinde sözleşme öncesi kavramının açıklanması önem arz etmektedir. Kavram burada sadece ortaya çıktığı özel hukuk anlamında ele alınacak olup, idare hukuku anlamında sözleşme öncesi dönem Tezimizin İkinci Bölümü’nde incelenecektir.

Borçlar hukukunda borç ilişkisinin başlangıcı sözleşmenin kurulması ile değil, sözleşme kurulmadan önceki dönemde sözleşmenin hazırlık safhasında başladığı kabul edilmektedir.¹²² “Sözleşme öncesi” ise sözleşmenin kurulabilmesi için geçirilen bir dönemdir. Türk Borçlar Kanunu’nun 1’nci maddesinin ilk fıkrasında, sözleşmenin “ *tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları*” ile kurulacağı düzenlenmiştir ancak, “Sözleşme Öncesi” kavramına Kanun’da yer verilmemiştir. Oysa sözleşmenin kurulması icap ve kabulün anlık ve karşılıklı değişim sırasını takip etmemekte; çoğu kez kısa veya uzun bir müzakere ve pazarlık döneminden geçilmektedir.¹²³

Genel olarak hem borçlar hukuku hem de idare hukukunda sözleşme öncesi dönem, tarafların derhal sözleşmesel bir bağ kurmak yerine, karşı tarafın durumunu ve kendi çıkarlarını değerlendirdikleri; serbest iradeleri ile sözleşmenin kurulmasına özgürce karar verdikleri bir dönemi ifade eder.¹²⁴ Sözleşme müzakere sürecinin teknik olarak, taraflardan birinin diğerine belli bir sözleşmeyi kurmaya yönelik görüşmelere başlamayı teklif etmesi ile başlayacağı kabul eden görüşe göre, önemli olan teklifte bulunan kişinin karşı tarafla bir iş ilişkisi içine girme niyetini ve bunun için gereken görüşmelerde bulunma arzusunu ortaya koymuş olmasıdır ve herhangi bir şekle tabi değildir.¹²⁵ Aksi yöndeki bir görüşe göre, sözleşme görüşmelerinin başlamış olması için taraf iradelerinin uyumlanmış olması gerekir; bu anlamda tek taraflı irade beyanının sözleşme görüşmelerinin başlaması için yeterli olmayacağı

¹²² Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, s. 20.

¹²³ Theo Guhl, **a.g.e.**, s. 103, Lale Sirmen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, s. 63.

¹²⁴ İlhan Uluhan, “Culpa in Contrahendo Üzerine”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan** C. I, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2848, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayın No: 1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 287.

¹²⁵ Pelin Işıntan, **Sözleşme Müzakereleri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, Şubat 2009, s. 12.

belirtilmektedir.¹²⁶ Sözleşme öncesi dönemin başlaması ve sözleşme öncesi sorumluluğun doğması için taraflardan birinin sözleşmenin yapılması için ciddi bir eylemde bulunmasını yeterli gören görüşler de mevcuttur.¹²⁷ Örneğin, bir kişinin yağmurdan korunmak için mağazaya girmesi sözleşmeye hazırlık olarak değerlendirilmezken; mağazaya alışveriş yapmak için girmesi, alışverişini gerçekleştirmese dahi, sözleşmeye hazırlık olarak değerlendirilmektedir.¹²⁸ Müzakere sürecince hukuki nitelikleri birbirinden farklı birçok hukuki metine rastlanabilir.¹²⁹

Bu dönem, sözleşme tarafının seçilmesine ve sözleşme içeriğinin belirlenmesine hizmet etmekte ve bu nedenle sözleşmenin hazırlık safhası ya da sözleşme müzakeresi kavramı ile eş anlamda kullanılmaktadır.¹³⁰ Bu anlamda “ön sözleşme” sözleşme öncesi kavramı ile eş anlamlı değildir, nitekim ön sözleşme esas sözleşmeden önce yapılan ve sözleşmenin unsurlarını taşıyan başlı başına bir sözleşmedir.¹³¹ Sözleşme müzakeresi ise mutlaka bir sözleşmenin kurulması ile sonuçlanmasını gerektirmez, mutabık kalınan ön sözleşmede ise sonradan ana sözleşmenin imzalanacağı taahhüt edilir.¹³²

Sözleşme öncesi dönemin kaynağı sözleşme özgürlüğüne (akit serbestisine) dayanmaktadır. Özel hukuk düzeni hukuk öznelerine norm koyma yetkisi tanımaktadır. İşte tarafların bir hukuki işleme ilişkin norm koyma yetkisi *sözleşme*

¹²⁶ Hamdi Yılmaz, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa in Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, C. XI, S: 3, Temmuz 1985, s. 238. Ayrıca aynı kaynağın elektronik ortamdan ulaşmak için *Bkz:* Yargıtay Dergisi (Çevrimiçi, Nisan 2015), <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Temmuz1985/Temmuz1985/assets/basic-html/page46.html>

¹²⁷ Erhan Adal, **Culpa in Contrahendo, Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi, (Yayımlanmamış) Doçentlik Tezi, 1970, s. 27.

¹²⁸ Hans Römer, **Privatrecht: Intensivkurs**, 5. Auflage, R. Oldenbourg Verlag, München, 2002, s. 203.

¹²⁹ Niyet mektubu, ifaya yönelik talimatlar, müzakere sözleşmesi, sözleşme tasarısı, toplantı tutanakları, centilmen anlaşmaları gibi müzakere sürecinde hazırlanan çeşitli metinler için *Bkz:* Pelin Işıntan, **a.g.e.**, s. 69-95.

¹³⁰ Alfred Koller, **schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, Band I, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1996, s. 406.

¹³¹ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 408-409.

¹³² Peter Gauch, Walter R. Schulep, Jörg Schmid, Heinz Rey, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band I**, s. 234.

özgürlüğü (*Privatautonomie*) olarak anılır.¹³³ Sözleşme özgürlüğü yukarıda da incelediğimiz üzere, esas itibarı ile sözleşmeyi yapıp yapmama ve kiminle yapacağına karar verme özgürlüğü (inikad serbestisi), sözleşmenin içeriğini ve şeklini belirleme özgürlüğünden (düzenleme serbestisinden) oluşmaktadır.¹³⁴ Sözleşme yapma özgürlüğü uyarınca; bir hukuk süjesi kural olarak bir sözleşmeyi yapmak veya yapmamak hususunda serbesttir ve bu her iki serbesti de belli kurallarla sınırlanabilir.¹³⁵ Sözleşme özgürlüğü, bir taraftan iradenin serbestisi prensibine¹³⁶, diğer taraftan liberal hukuk görüşüne dayanır.¹³⁷ Sözleşme öncesi dönemin ve ticari kontaktın sözleşme ile sonuçlandırılması yükümlülüğü yoktur. Taraflardan her biri kural olarak sözleşme görüşmelerini özel bir neden olmaksızın yarıda kesebilir ve sözleşme yapıp yapmayacağı konusunda serbestçe karar verebilir.¹³⁸

Sözleşme özgürlüğünün hakkaniyete uygun şekilde kullanılması yüz yılı aşkın süredir üzerinde tartışılan bir konudur.¹³⁹ Şöyle ki, sözleşme öncesi dönemde meydana gelen sözleşme müzakeresi, taraflar arasında hukuki anlamda özel bir güven ilişkisi kurar¹⁴⁰ ve bu dönemde taraflar birbirlerine karşı dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlü olurlar.¹⁴¹ Özen ve koruma yükümleri, müzakerelerin bir sözleşme ile sonuçlanmış olmasına bakılmaksızın, sözleşmeden bağımsız olarak, sözleşme müzakeresine girişmekle doğduğu kabul edilmektedir.¹⁴² Sözleşme öncesi

¹³³ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 92.

¹³⁴ Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 89, Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 83, Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414, Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006, s. 324, Max Keller, Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der außervertraglichen Haftungen gemäß Spezialgesetzen Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Auflage, Helbig&Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1988, s. 92, Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, s. 22 vd., Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. md. 1-40)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 246, 1969, s. 191-201.

¹³⁵ Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 34-35.

¹³⁶ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 160.

¹³⁷ Sözleşme özgürlüğünün temel prensibi olarak “*kendi kaderini belirleme hakkı*” (*Privatautonomie*) geçerlidir. *Bkz:* Peter Gauch, Walter R. Schulep, Jörg Schmid, Heinz Rey, Susan Emmenegger, **a.g.e.**, **Band I**, s. 120.

¹³⁸ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414, Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku I. Cild Genel Hükümler**, 5. bs., İstanbul Üniversitesi Yayın No: 1737 Hukuk Fakültesi Yayın No: 381, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 147.

¹³⁹ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁴⁰ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 407.

¹⁴¹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 80 vd.

¹⁴² Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 147, Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414.

dönemde, sözleşme müzakerelerini adil yürütme genel kuralı yanında, koruma yükümlülüğü, bilgi verme yükümlülüğü, müzakere yükümlülüğü, kaçınma yükümlülüğü gibi bazı esaslı yükümlülükler vardır.¹⁴³ Bu yükümlülükler sözleşme partnerinin beden ve malvarlığına özen gösterme, sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasını sağlama amacına yönelik olarak sözleşme görüşmelerinde yapılması ve kaçınılması gereken durumları düzenler. Bu yükümlülükler genel olarak sözleşmenin karşı tarafının güveninin sarsılmasını engelleme amacına yöneliktir.¹⁴⁴

Sözleşmenin müzakeresi safhasında bu yükümlülüklerle aykırı davranılması bazen aktin iptalini bazen ise karşı tarafa verilen zararın tazminini gerektirir.¹⁴⁵ Sözleşme öncesi dönemde bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi suretiyle işlenen kusurlu davranış anlamına gelen “*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*” ifadesi kullanılmakta¹⁴⁶ ve bu kavram “*culpa in contrahendo*” olarak ifade edilmektedir.¹⁴⁷ Bu nedenle, sözleşme öncesi dönemdeki kusurlu davranış borcun kaynağı olarak sayılmaktadır.

Sözleşme öncesi dönem Türk Borçlar Kanunu’nda genel bir madde ile düzenlenmemiştir. Ancak bilindiği üzere, tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasından itibaren temelinde dürüstlük kuralı (TMK md. 2) yatan bir güven ilişkisi doğar ve bu ilişkiden de karşılıklı koruma yükümlülükleri ortaya çıkar.¹⁴⁸ Bu temel prensip dahilinde Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nun muhtelif maddelerinde tarafların sözleşme öncesi dönemde dürüstlük kuralına dayanan bazı sorumlulukları ihlal etmeleri nedeniye karşı tarafın uğradığı zararın tazminine yönelik bazı maddeler yer almaktadır. Culpa in contrahendo kavramının çıkış yeri olan Almanya’da ise, sözleşme öncesi dönem ve bundan kaynaklanan sorumluluklar 1 Ocak 2002’de Borçlar Kanunu’nda gerçekleşen köklü değişiklikler sonrası açık olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁹ İsviçre Borçlar Kanunu’nda da aynen Türk Borçlar

¹⁴³ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414.

¹⁴⁴ Dieter Medicus, **a.g.e.**, s. 185-189.

¹⁴⁵ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 82.

¹⁴⁶ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 324 ve Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 408.

¹⁴⁷ Turhan Esener, **a.g.e.**, s. 64, İbrahim Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001, s. 59.

¹⁴⁸ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2005, s. 197.

¹⁴⁹ § 241 f. 2 (Borç ilişkisinden kaynaklanan Yükümlülükler) ve § 311 (Hukuki İşlem Niteliğinde veya Hukuki İşlem Benzeri Borç İlişkileri) düzenlenmiştir.

Kanunu'nda olduğu gibi sözleşme öncesi sorumlulukla ilgili genel bir düzenleme bulunmayıp, bu sorumluluğa ilişkin bazı özel hükümlere yer verilmiştir.¹⁵⁰

Son olarak sözleşme öncesi döneme ilişkin yargı kararlarında sözleşmenin bir süreç olduğu, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem olmadığı, sözleşme kurulmadan önce de tarafların sözleşmenin kapsamı, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde kısa veya uzun süren görüşmeler yaptığı; bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi kurulduğu, bu güven ilişkisinin bir gereği olarak da birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülüklerinin doğduğu belirtilmekte ve sözleşme imzalanmadan önceki dönemdeki sorumluluğa vurgu yapılmaktadır.¹⁵¹

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, sözleşme öncesi döneme ilişkin olarak, davacının alışveriş yapmak amacıyla davalıya ait mağazanın rafları arasında dolaştığı sırada, raftan kafasına koli düşmesi sonucu yaralanması olayında, temas kuramına değinerek, sorumluluğu vurgulamıştır.¹⁵²

Yargıtay bir başka kararında, koruma yükümlülüğü ile ilgili olarak, “*sosyal temas ve akitle taraflar arasında kurulan özel ilişki etkisini akitten önce ve akitten sonra da gösterebilir diyerek hakkaniyet, güven ilişkisi, dürüstlük kuralları gibi Borçlar Hukukuna hakim olan temel prensipler de gözetileceğini, bu tür yükümlülüklerin ihlalinde akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının, menfaatler dengesi yönünden daha adil sonuç doğuracağını*” bu nedenle davacının davalıya ait park yerinde park ettiği aracının içinde bulunan dizüstü bilgisayarının araç camları

¹⁵⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.2.2013 tarih ve 2012/13-1220 E. ve 2013/239 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 1.12.2005 tarih ve 2005/2865 E., 2005/11959 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2004 tarih ve 2004/4912 E., 2004/11803 K. sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.3.1997 tarih ve 1996/13-850 E., 1997/186 K. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2016), <http://www.kazanci.com>

¹⁵² Genel Kurul “*bir kimsenin, sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce de, “işlemsel ilişkiler hazırlığına girişmesi” durumunda güven ilişkisinden, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolunda davranış yükümleri doğacağı ve bu hazırlığın bir kimsenin ‘olası müşteri’ olarak kesin bir satın alma amacı olmasa bile bir mağazaya girmesi ya da bir lokantada yer araması durumunda olduğu gibi henüz gerçek bir sözleşmenin görüşülmesi aşamasına varmamış olsa dahi gerçekleşebileceği...*” hususu üzerinde durmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.2.2013 tarih ve 2012/13-1220 E. ve 2013/239 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2016), <http://www.kazanci.com>

kırılarak çalındığı olayda, “davacının davalıya ait otoparka girdiği andan itibaren taraflar arasında sözleşmenin yan edimi yükümlülüklerinden olan koruma yükümlülüğünün başladığı kuşkusuzdur. Bu halde davalı taraf, gelen müşterinin güvenliğini korumakla yükümlü olup, gerekli güvenlik tedbirlerini almak zorundadır” demektedir.¹⁵³

Özel hukuk sözleşmelerinin sözleşme öncesi döneme ilişkin uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin yargı kararlarında yer verilen ve artık borcun kaynağı kabul edilen culpa in contrahendo sorumluluğu kavramı, idari yargı tarafından idarenin sözleşmeleri bakımından henüz kullanılmayan bir hukuki enstrümandır. Bu konu sonraki bölümde idarenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından ayrıca incelenecektir.

IV. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU KAVRAMI

A. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Kavramının Tanımı

Bu kısımda culpa in contrahendo sorumluluğu genişletilmiş tanımı, işlevi ve ihlali ile ortaya çıkaran şartlar incelenecektir. Kavramın idare hukukunda sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarının tartışılacağı hukuki zemin olarak bir özel hukuk kavramı bağlamında ele alınması; culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki dayanağı ve idare hukukunda uygulanabilirliği konuları ileriki bölümlerde ele alınacak olup burada sadece kavramın ortaya çıktığı özel hukuk bağlamında ele alınacaktır.¹⁵⁴

“Culpa” kelimesi latince bir sözcüktür ve kusur, ihmal, taksir anlamına gelmektedir.¹⁵⁵ “Culpa in contrahendo”, sözlük anlamı olarak, taraflardan birinin sözleşmenin hazırlık aşamasında veya görüşülmesi sırasında, karşı tarafa yanlış bilgi

¹⁵³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 29.9.2010 tarih ve 2010/2762 E., 2010/12361 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2016), <http://www.kazanci.com>

¹⁵⁴ Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Ortaya Çıkabilecek Zarar ve Culpa in Contrahendo Sorumluluğu’nun Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarına Etkisi

¹⁵⁵ Belgin Erdoğan, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 74, Ekim 2008, s. 34, Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172.

vermek, bazı konuları açıklamamak gibi hareketlerle sözleşmeyi ihlal etmesi olarak tanımlanmakta¹⁵⁶ ve kısaca “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur” olarak ifade edilmektedir.¹⁵⁷ Sözleşme görüşmelerine girişen taraflar dürüstlük kuralına aykırı olarak, imzalamayı hiç düşünmediği bir sözleşme için müzakereye girer ve müzakereyi sürdürürse, karşı tarafa yanlış, yanıltıcı bilgilendirmede bulunursa, bildirmesi gereken hususları bildirmezse, karşı tarafın beden ve malvarlığına yönelik koruma yükümlerine uygun hareket etmezse sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olur ve culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sorumlu olur.¹⁵⁸

Culpa in contrahendo kavramı ortaya çıktığı Alman Hukuku’nda çoğunlukla “*Verschulden bei Vertragsschluss*” kavramı ile ifade edilmekte olup, sözleşmenin tamamlanmasında kusur; akit yapılırken işlenen kusur; akit öncesi kusur karşılığında kullanılmaktadır.¹⁵⁹ Bazen de culpa in contrahendo kavramı sözleşme müzakeresindeki yükümlülük ihlali olarak tanımlanıp¹⁶⁰, kaynağını sözleşme öncesi koruma yükümlülüğünden aldığı ifade edilerek¹⁶¹, sözleşme görüşmelerindeki kusur anlamına gelen “*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*” ifadesi karşılığı kullanılmaktadır.¹⁶² Culpa in contrahendo kavramı özellikle Alman Medeni Kanunu’nda düzenlenmeden önce, kurulması planlanan sözleşmenin tamamlanması dikkate alınmaksızın, sözleşme görüşmelerine girilmesi sürecinde taraflar arasında oluşan güven ilişkisinin kusurlu ihlali olarak anlaşılmaktaydı.¹⁶³

Türk Hukuku’nda culpa in contrahendo kavramının karşılığı olarak, “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk”, “genel özen yükümlünün yarattığı karşılıklı güven ilişkisinin ihlali”, “aktin müzakeresinde kusurlu davranış”, “müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi”, “müzakereler sırasında veya aktin

¹⁵⁶ Ejder Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁵⁷ Belgin Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁵⁸ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 23. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 308.

¹⁵⁹ Osman Kıyıcı, **Wörterbuch Recht und Wirtschaft, Band 2, Deutsch-Türkisch**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2013, s. 1040.

¹⁶⁰ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 408.

¹⁶¹ Yazara göre, sözleşme görüşmelerindeki kusurun dayanağı sözleşme öncesi koruma yükümlülüğüne (*vorvertragliche Schutzpflichten*) dayanmaktadır. Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁶² Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 324 ve Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 408.

¹⁶³ Carl Creifelds, Klaus Weber, **Rechtswörterbuch**, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011, s. 1313.

in'ikadı zamanında işlenmiş kusur”, “*sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur*” gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır.¹⁶⁴

Culpa in contrahendo sorumluluğu günümüzde edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri kapsamında, sözleşme görüşmelerinde dürüst davranma borcunun ihlal edilmesi halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu ve ileriki bölümlerde detaylı şekilde inceleneceği üzere culpa in contrahendo, Türk Hukuku açısından özel olarak düzenlenmemiş olup, Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan “*dürüstlük kuralı*”na dayanır.¹⁶⁵ Kavram doktrin ve yargı kararları ile gelişim göstermektedir.¹⁶⁶

B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun İşlevi

“*Culpa in contrahendo sorumluluğu*” tarafların sözleşme öncesi yükümlülüklerini kasıtlı ya da ihmali olarak ihlal etmesinden kaynaklanan zarardan sorumlu olmayı ifade eder.¹⁶⁷ Bu sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir ilişki olması gerekmektedir.¹⁶⁸ Sözleşme taraflarının müzakerelere başlaması ile taraflar dürüstlük kuralı çerçevesinde davranma ve kurulacak sözleşmeye ilişkin karşı taraf için önemli bilgileri paylaşma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün ihlali culpa in contrahendoyu oluşturmaktadır.¹⁶⁹ Başka bir ifade ile temelini dürüstlük kuralında bulan genel özen yükümünden kaynaklanan karşılıklı güven ilişkisinin ihlali olarak tanımlanabilir.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Türk Hukuku’nda culpa in contrahendo kavramının karşılığı olarak farklı ifadeler kullanıldığı görülmektedir: “*Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk*” (Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1083), “*genel özen yükümünün yarattığı karşılıklı güven ilişkisinin ihlali*” (İlhan Ulsan, **a.g.m.**, s. 287), “*aktin müzakeresinde kusurlu davranış*” (M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 505), “*müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi*” (Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146), “*müzakereler sırasında veya aktin in'ikadı zamanında işlenmiş kusur*” (Turhan Esener, s. 64), “*Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur*” (Belgin Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 35).

¹⁶⁵ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **a.g.e.**, s. 307-310.

¹⁶⁶ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 80 vd., Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1083, İlhan Ulsan, **a.g.m.**, s. 290, Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 327, Andreas von Tuhr, Peter Hans, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁶⁷ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 39, Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 413, Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 247.

¹⁶⁸ Bu ilişki “*geschäftlicher Kontakt*” ticari temas olarak ifade edilmektedir. Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 326.

¹⁶⁹ Theo Guhl, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁷⁰ İlhan Ulsan, **a.g.m.**, s. 287.

Culpa in contrahendo kavramının ortaya çıkmasında psikolojik, hukuki ve ekonomik nedenler bulunmaktadır. Nitekim, iktisadi ve toplumsal hayattaki değişimler neticesinde sözleşme öncesi dönemin süresi uzamış ve sözleşme öncesi dönemde tarafların birbirine olan güven ihtiyacı dolayısıyla mevcut düzenlemeler yetersiz konuma gelmiştir. Culpa in contrahendo kavramı, geçerli şekilde kurulamamış sözleşmelerde sözleşmenin kurulacağına güvenen tarafın bu güvene dayanarak yaptığı masrafların karşılanmaması sorunu Rudolf von Jhering tarafından ortaya atılmıştır.¹⁷¹ Jhering, “*Culpa in Contrahendo veya Geçersiz ya da Kurulmamış Sözleşmelerde Tazminat*” isimli makalesinde, söz konusu kavramı ortaya koyarken Roma Hukuku kaynaklarından yararlanmıştır.¹⁷²

Başlangıçta Jhering’in ortaya attığı culpa in contrahendo kavramı sadece geçersiz ya da kurulmamış sözleşmeler için ve kusur ilkesi gözetilmeksizin incelenmiş olmasına rağmen, daha sonra Franz Leonard’ın konuya katkısı ile “*sözleşmenin kurulması esnasındaki kusur*”¹⁷³ kavramı culpa in contrahendo sorumluluğuna dahil edilmiştir.¹⁷⁴

Culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması ilk kez mahkeme kararları ile olmuştur. Bu kararlar ile sözleşme öncesi dönemde karşı tarafın sağlık veya malvarlığına ilişkin koruma yükümlülüklerini oluşturmak ve mevcut borç ilişkilerinden kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin ihlaline ilişkin sorumluluk maddelerinin kullanımını olanaklı kılmak amaçlanmıştır.¹⁷⁵ Almanya’da bu konuda verilen ilk karar 7.12.1911 tarihli “*Linoleumrollenfall*” (*Muşamba Rulosu Kararı*) olmuştur. Bu karar, özellikle henüz kurulmamış bir sözleşmede, yardımcı kişinin kusuru ile sözleşme konusu malı sözleşmenin karşı tarafı olacak kişinin üzerine düşürmesi suretiyle zarara uğratmasına ilişkindi.¹⁷⁶

¹⁷¹ Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁷² Rudolf von Jhering, **Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, Jhering-Jahrbücher, 4. Band, 1861, s. 7-91.

¹⁷³ Franz Leonard sözleşmenin kurulması esnasındaki kusur kavramını “*Sözleşmenin Kurulması Esnasındaki Kusurdan Satıcıların Sorumluluğu*” (**Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse**, 1896) ve “*Sözleşmenin Kurulması Esnasındaki Kusur*” (**Verschulden beim Vertragsschlusse**, 1910) eserlerinde incelemiştir.

¹⁷⁴ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1084.

¹⁷⁵ Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁷⁶ 7.12.1911 tarihli Linoleumrollenfall, RGZ 78, 239 VI. Civil Senate (VI 240/11). Karar metni için (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/rgz78.htm>

Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında, taraflardan birinin kendi hakimiyet alanında karşı tarafın beden ve malvarlığını zarardan uzak tutmayı şart koşar. Örneğin, sözleşmenin karşı tarafı, dükkânda yerdeki sebze kabuğuna basıp bacağına kırıdığında veya kirli tezgâha sürünüp paltosunu kirlettiğinde işyeri sahibinin sorumluluğundaki durum böyledir.¹⁷⁷ Ayrıca taraflarının müzakerelere başlaması ile karşı tarafa dürüstlük kuralı çerçevesinde davranma ve karşı taraf için önemli bilgileri bildirme yükümlülüğü vardır.¹⁷⁸ Sözleşme müzakeresine girişmekle karşı tarafta uyandırdığı özel güvene dayanan bir ilişki kurulur ve taraflar arasında özel bir hukuki bağ oluşur. Yukarıda sıralanan bu davranış yükümlülükleri asli edim yükümü olmayıp “*özel davranış borçları*” olarak adlandırılırlar. Burada sorumluluk objektif iyiniyet esasına dayandırılmaktadır.¹⁷⁹ Culpa in contrahendo sorumluluğu bir güven sorumluluğudur¹⁸⁰ ve temeli güven ilişkisine dayanır¹⁸¹.

Sözleşme öncesi borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan tazminat talebine sebebiyet vermektedir.¹⁸² Culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkması için bu yükümlülüğün ihlalinin yanında, zarar ile kusur arasında bir nedenselliğin var olması gerekmektedir.¹⁸³

Tezimiz kapsamında, “*culpa in contrahendo*” sözleşme öncesi dönemde meydana gelen kusur anlamında kullanılacak olup, bu kusurdan kaynaklanan sorumluluk ise “*culpa in contrahendo sorumluluğu*” şeklinde ifade edilecektir.

C. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları

1. Sorumluluğun Genel Şartları

Bütün sorumluluk esaslarında olduğu gibi culpa in contrahendo sorumluluğunda da bu sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için bazı şartların birlikte

¹⁷⁷ Dieter Medicus, **Allgemeiner Teil des BGB**, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, s. 186.

¹⁷⁸ Theo Guhl, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁷⁹ Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁸⁰ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 415.

¹⁸¹ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht**, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 1 - 18, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1986, s. 70.

¹⁸² Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁸³ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 326.

oluşması gerekmektedir. Bu genel şartlar; sözleşme öncesi bir yükümlülüğün ihlali, zarar, kusur, illiyet bağı olarak sıralanabilir. Tezimizin konusu kapsamında, culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkmasına neden olan genel şartlar incelenmeyecek olup, bu sorumluluğun özel şartlarını, “sözleşme öncesi yükümlülüğün ihlaline neden olan şartlar”ı incelenecektir.

2. Sözleşme Öncesi Yükümlülüğün İhlali

Culpa in contrahendo sorumluluğu, daha önce de belirtildiği üzere, pozitif hukuk anlamında İsviçre Hukuku’nda kısmen düzenlenmiştir.¹⁸⁴ İsviçre Borçlar Kanunu’nda culpa in contrahendo sorumluluğu olarak sayılan hata (OR md. 26), yetkisiz temsil (OR md. 36/2 ve 39) ve hukuki işlem ehliyetsizliği (ZGB; md. 411/2) gibi bazı konular yasal olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁵

Türk Hukuku açısından da culpa in contrahendo sorumluluğu genel olarak düzenlenmemiş olup, tıpkı İsviçre’de olduğu gibi bazı maddeler ile kısmen düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kısaca şunlardır: Başlangıçtaki imkânsızlığı bilen veya bilmesi gereken tarafın durumu (Eski BK md. 19), kendi ihmali ile yanılan kimsenin durumu (Eski BK md. 26/1), hile veya ikrah ile yapılmış sözleşmede hile ve ikrahı gerçekleştiren kimsenin durumu (Eski BK md. 31/2), yetkisiz temsilcinin durumu (Eski BK md. 39), temsil yetkisi sona eren kişinin durumu (Eski BK md. 36/2), bozuk bir şeyi satan (Eski BK md. 192/II, 194), bozuk bir şeyi bağışlayan (Eski BK md. 243/I) ve tevdi eden kişinin durumu (Eski BK md. 464/II), gerçeğe aykırı olarak kendini ehil gösteren vesayet altındaki kişinin (TMK md. 452/1) sorumlulukları örnek olarak gösterilebilir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 325.

¹⁸⁵ Andreas von Tuhr, Peter Hans, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁸⁶ Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146, Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1088, Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s. 58, Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım, 2003, s. 236, Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., İstanbul, Beta Basım, 2010, s. 331, Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 39 vd., Ümit Gezder, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 144 vd.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bu durumlara 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda karşılık gelen maddeler; kendi kusuru ile hata eden tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 35); hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali veya iptalinden feragat halinde aldatan veya korkutanın sorumluluğu (TBK md. 36, 37); temsil

Yargıtay ise çeşitli kararlarında Eski Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrası, 36'ncı maddesinin 2'nci fıkrası, Türk Medeni Kanunu'nun 395'inci maddesinin 2'nci fıkrasını culpa in contrahendo halleri olarak nitelendirmiştir.¹⁸⁷

Burada culpa in contrahendoya sebebiyet veren hukuki dayanak, kanunun çeşitli maddelerinde yer alan düzenlemeler yanında Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanan güven ilkesidir.¹⁸⁸

Bu durumları incelemeye geçmeden önce, şu hususu tekrar vurgulamak gerekir ki, sözleşme öncesi dönemde sorumluluğun gerçekleşmesi için sözleşmenin geçerli şekilde kurulması şartı aranmaz. Culpa in contrahendo sorumluluğu salt kişiliği ya da mülkiyeti koruma yolundaki davranış yükümlerine aykırılıklar değildir, aynı zamanda malvarlığını arttırma çıkarının ihlallerini de kapsamaktadır. Sözleşme görüşmelerini haksız yere yarıda kesme, karşı tarafı elverişsiz koşullarda sözleşme yapmaya sevk etme, sözleşmenin geçersizliğine (özellikle şekil butlanına) yol açma¹⁸⁹ veya karşı tarafı şekil zorunluluğu olduğu konusunda bilgilendirmeme, idari bir izin/onay alma konusunda gerekli çabayı harcamama, başlangıçtaki (maddi veya kanuni) imkânsızlığı bilme veya bilebilecek durumda olmasına rağmen sözleşmenin imzalanmasına engel olmama gibi hallerde bu duruma kusuru ile (kasten ya da ihmalen) sebep olan taraf için culpa in contrahendo sorumluluğu meydana gelir.¹⁹⁰ Bu durumlar, sözleşmenin tamamlanmasının gerçekleştiği ve sözleşmenin en az bir taraf bakımından bağlayıcı olmadığı hallerle ilgilidir. Başka bir ifade ile taraflardan

olunanın temsilciye verdiği temsil belgesini geri almamasından dolayı iyi niyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 44); yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK md. 47); başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk (TBK md. 27/I); bozuk bir şeyi satan (TBK md. 217/II, 219), bağışlayan (TBK md. 294) ve tevdi edenin sorumluluğu (TBK md. 562/II); gerçeğe aykırı olarak kendini ehil gösteren vesayetlinin (TMK md. 452/II) sorumluluğu olarak sıralanabilir.

¹⁸⁷ Turhan Esener, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁸⁸ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016, s. 256, Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 148, Zekeriya Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Yayınları No: 168, 2003, s. 125, Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 59, Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁸⁹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 256.

¹⁹⁰ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 327.

biri geçerli bir sözleşme kurulacağına güvenmiş ve bu güvenin boşa çıkarılmış olması durumu içindir.¹⁹¹

Örneğin Yargıtay bir kararında, T isimli kamu kurumu ile S isimli satıcı arasında sözlü olarak gerçekleşen otel devrine ilişkin sözleşme uyarınca satıcı S, T'nin yarattığı güvene dayanarak satacağı otelin tadilatına başlamış ve T'nin vazgeçmesi üzerine de zarara uğradığını iddia ederek, bu zararın tazmini için yargıya başvurmuştur. Bu durumda, henüz ortada bir sözleşme olmadığı için sorumluluğun sözleşmesel sorumluluğa ve aynı zamanda ortada haksız fiile ilişkin bir ihlal olmadığından haksız fiile de dayandırılmayacağı, S'nin zarar tazmininin “sözleşme öncesi sorumluluk” hükümlerine göre çözümleneceği ileri sürülmüştür.¹⁹² Ancak Yargıtay vermiş olduğu karar ile, davalı kurumun her ne kadar yapılan yazışmalar ve düzenlenen raporlar ile davacı yan üzerinde yarattığı güven ve bu nedenle yapılan tadilat ve masraflardan sonra taşınmazın alımından vazgeçilmesi halinin davalı kurum yönünden kusurlu bir hareket olarak kabulünü gerektiriyor olsa da, davacının üzerinde satış yasağı bulunan binanın anılan ilişki sebebiyle satışa konu olabileceğini düşünerek tadilata girişmesi ve satışın davalı kurumun hangi yetkilisi ile gerçekleşeceğini araştırmaması yönünden davacının kusurunun davalı kuruma nazaran daha ağır olduğu, bu nedenle davanın davalı kurum lehine bozulmasına karar vermiştir.¹⁹³

Öte yandan, eğer görüşmeci taraflardan biri görüşmeleri yarıda bırakırsa culpa in contrahendo sorumluluğu yer almaz. Nitekim, görüşmeci taraflardan birinin görüşmeleri yarıda kesmesinde bu hareketine gerekçe sunmak zorunda olmadığı hallerde görüşmeleri yarıda kesmeye hakkı vardır ve bu durumda karşı taraf sözleşmenin kurulacağı beklentisi ile zarara uğrarsa, buna katlanmalıdır; bir başka ifade ile herkes görüşmeler sırasında görüşmelerin yarıda kalabileceğini, bunun kesin olmayan bir hukuki durum olduğunu hesaba katması gerekir. Ancak eğer bir taraf görüşmeleri iptal etmek veya sonuçsuz bırakmak ve karşı tarafı zarara uğratmak

¹⁹¹ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 409.

¹⁹² Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁹³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 1.5.2000 tarih 1999/8290 E., 2000/3358 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2016), <http://www.kazanci.com>

amacıyla ya da yanıltıcı davranmak suretiyle bir güven yaratmasına rağmen yarıda bırakırsa aksi gerçekleşir ve o hareketinden sorumlu olur.¹⁹⁴

Alman Borçlar Kanunu (BGB)'nin 311'inci maddesinin II nci bendi uyarınca *“Hukuki İşlem Niteliğinde veya Hukuki İşlem Benzeri Borç İlişkileri”* başlıklı madde kapsamında değerlendirilmesi için, sözleşme öncesi ilişkiden mağdur olan tarafın herşeyden önce karşı tarafın sahasına girmesi gerekmektedir. Söz konusu potansiyel müşterinin girdiği işyerinden herhangi birşey satın alma (ticari ilişkiye girme) niyeti olmasına gerek yoktur; müşterinin bilgi almak istemesi yeterlidir. Ancak, satış sahasına yağmurdan korunma veya hırsızlık gibi ticari olmayan amaçlarla girilmesi bu ilişkinin kurulması için yeterli değildir.¹⁹⁵

Özet olarak, culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için normatif anlamda korunmaya değer bir güven konusunun varlığı gereklidir.¹⁹⁶ Türk Medeni Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralına dayanan bu durumlar hem özel hukuk hem de idare hukuku için geçerlidir. Sözleşme öncesi sorumluluğa yol açan bu özel durumlar aşağıdaki başlıklar altında incelenebilir:

a. Sözleşme Öncesi Dönemde Koruma Yükümlerinin İhlal Edilmesi¹⁹⁷

Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında, içeriği sadece koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi doğar ve bu borç ilişkisinin sözleşmenin asli ve tali edim yükümlerini yerine getirmekten bağımsız olduğu kabul edilir. Böylece bu kişiler arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi kurulur. Bu ilişki kapsamında taraflardan her biri veya yardımcıları, karşı tarafın veya onun himayesi altındaki kişilerin şahıs ve mal varlıklarına karşı oluşabilecek zararları engellemek için gerekli dikkat ve özeni gösterme, belli bir

¹⁹⁴ Andreas von Tuhr, Peter Hans, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁹⁵ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁹⁶ Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 177 vd.

¹⁹⁷ Başlık yazardan aynen alınmıştır. Bkz: Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1091.

ölçüde karşı tarafın çıkarlarını gözetme, bildirim yapma ve karşı tarafı aydınlatma (boş yere güven vermeme) gibi birtakım özen yükümlerine uymak zorundadırlar.¹⁹⁸

Bu ilişki akdi olmaktan öte, temelini Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralından alan kanuni bir borç ilişkisidir. Bu nedenle, sözleşme geçersiz olsa da sözleşme öncesi borç ilişkisine girmekle koruma yükümlülüklerinin korumasından faydalanılır. Ayrıca genel ahlaka aykırılık sebebiyle batıl olan sözleşmeler bakımından da asli edim yükümünün ihlali söz konusu olmayacak, ancak "*edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi*"ne dayanılabilecektir.¹⁹⁹

Bu nedenle girdiği mağazada henüz alışveriş yapmadan mağazada dolaşırken üzerine düzen muşamba rulosu nedeniyle yaralanan müşteri (07.12.1911 tarihli *Muşamba Rulosu Kararı*) ve yine markette yerdeki sebze kabuğuna basarak yaralanan müşterinin zararının işyeri sahibi tarafından karşılanması gerektiğine ilişkin kararlar, sözleşme öncesi dönemde tarafların mal ve beden bütünlüğünü koruma yükümlülüğünü içine alan koruma yükümlülüklerine dayanan davalara klasik örnekler olarak gösterilebilir.²⁰⁰ Yargıtay'ın da bu konuda vermiş olduğu benzer kararlar mevcuttur.²⁰¹

¹⁹⁸ Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 232, Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 49, Christian Rumpf, "Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa in Contrahendo Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış", **İsviçre Medeni Kanun'u ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, 28 Nisan 2006, İstanbul, Entefre Matbaacılık A.Ş., 2007, s. 173,

¹⁹⁹ Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitapevi, Mart 2007, s. 305.

²⁰⁰ Kararlar için sırasıyla Bkz: 7.12.1911 tarihli Linoleumrollenfall, RGZ 78, 239 VI. Civil Senate (VI 240/11). Karar metni için (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/rgz78.htm>; 28.01.1976 tarihli BGH kararı, Juristenzeitung 1976, Seite: 776-78. Rona Serozan, "Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İçtihatları", **Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi**, Yıl:11, S: 14, 1977, s. 113.

²⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.2.2013 tarihli ve 2012/13-1220 E., 2013/239 K. sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.12.2010 tarihli ve 2010/13-593 E., 2010/623 K. sayılı kararı ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 29.9.2010 tarihli ve 2010/2762 E., 2010/12361 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com> Bkz: Tez II. Bölüm / D / 3. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Kavramının Uygulanabilirliği

b. Sözleşme Görüşmeleri Esnasında Karşı Tarafa Kusurlu Olarak Yanlış Bilgi Verilmesi veya Gerekli Açıklamalarda Bulunulmaması (Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali)²⁰²

Sözleşme taraflarının müzakerelere başlaması ile karşı tarafa dürüstlük kuralı çerçevesinde davranma ve karşı taraf için önemli olan olguları bildirme yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün ihlali culpa in contrahendo sorumluluğunu oluşturur ve sorumluluğun ihlali tazminat alacağına neden olur.²⁰³ Sözleşmenin kurulması aşamasında, karşı tarafı yanıltmaya yönelik yanlış bilgiler ileri sürmek veya gerçek vakıaları ört-bas etmek veya susmak yoluyla bir vakıayı karşı taraftan gizlenmek, sözleşme görüşmeleri esnasında kusurlu olarak karşı tarafa yanlış bilgi vermek anlamına gelir ve aynı zamanda hilenin unsurlarını da oluşturur.²⁰⁴

Tüm bu hareketler ile sözleşme öncesi dönemde ihlal edilen yükümlülük karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğüdür. Aydınlatma yükümlülüğünün karşı tarafın olayı doğru biçimde kolaylıkla öğrenebileceği durumlarda geçerli olmayacağı kabul edilmektedir.²⁰⁵ Yine karşı tarafın bilgi düzeyi de bu sorumluluğun boyutunu etkilemektedir. Örneğin, basiretli tacirin sıradan bir bireye göre bilgilendirilmesinin gerekmemesi gibi.²⁰⁶ Ayrıca, kurulması planlanan sözleşmenin niteliğine göre aydınlatma yükümlülüğü de farklılık gösterir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmenin görüşülmesi sırasındaki aydınlatma yükümünün ölçüsünü “*sözleşmenin mahiyetine, görüşmelerin gelişme biçimine ve tarafların amaç ve bilgilerine*” bağlı olduğunu vurgulamıştır.²⁰⁷

Sözleşmede yazmayan hususlar nedeniyle ortaya çıkan bir hasar ve benzeri uyumsuzluklarda sözleşme öncesi dönemdeki görüşmeler önem kazanır. Bu dönemde

²⁰² Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1090, Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 47.

²⁰³ Theo Guhl, **a.g.e.**, s. 104.

²⁰⁴ Mustafa Fadıl Yıldırım, **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara, Nobel Yayıncılık, Kasım 2002, s. 104.

²⁰⁵ Mustafa Fadıl Yıldırım, **a.g.e.**, s. 106.

²⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.6.2021 tarih ve 201711-2625 E., 2021/766 K. sayılı kararı ve Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 3.3.2014 tarih ve 2013/8839 E., 2014/1525 K. sayılı kararı. **Kararlar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

²⁰⁷ İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 105 II 80 nolu kararı için; Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 237.

dahi kararlaştırılmamış durumlar için ise dürüstlük kuralları çerçevesindeki davranış yükümlülüklerinden faydalanılır. Buna bir örnek olarak aşağıdaki Yargıtay kararına yansıyan olayı örnek verebiliriz: Taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmesi ifa edilirken, davacı idareye ait iş makinasının taşınması sırasında oluşan zararın tazminine ilişkin davada mahkeme, iş makinesinin vagona kimin tarafından yüklenmesi gerektiği ve kimin yüklendiği konusundaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin taşıyıcı ve göndericinin *taşıma sözleşmesi görüşmeleri sırasında kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo sorumluluğu) kapsamında ... tarafların bilgilendirme yükümlülüğü ve alınması gereken tedbirlerin neler olduğu* hususlarının incelenmesinin gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁸

Culpa in contrahendo sorumluluğunun oluşabilmesi için hatalı bilginin sözleşme görüşmeleri sırasında, bu sözleşme ile ilgili olarak verilmesi gerekir ve yine sözleşmenin geçerli şekilde kurulması veya kurulamaması önemli değildir.²⁰⁹ Dürüstlük kuralı, sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek şartlar konusunda karşı tarafı bilgilendirmeyi gerektirir. Buna karşın, tarafların karşı tarafı genel bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır, taraflar daha çok kendi durumları konusunda ve karşı tarafın hataya düşebileceği konularda bilgilendirmelidir.²¹⁰

Yargıtay bir kararında, otel binası olarak kiraya verilen binanın iskanının alınmamış olmasının karşı tarafa sözleşme müzakereleri esnasında söylenmemiş olmasının culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırı olacağını ve tarafların sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorunda olduklarını, yanlış görünüm yaratmanın en azından doğruluk ve güven kurallarına (MK md. 2) aykırı olacağına karar vermiştir.²¹¹

²⁰⁸ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 3.3.2014 tarih ve 2013/8839 E., 2014/1525 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

²⁰⁹ Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir, Sözkese Yayınları, 2006, s. 250.

²¹⁰ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 410-412.

²¹¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.5.1992 tarih ve 1992/2492 E., 1992/4759 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

c. Bir Kimsenin Yapmayı Asla Düşünmediği Bir Sözleşme Hakkında Kötüniyetli ve Aldatıcı Hareketlerle Diğer Bir Kimsede Sözleşme Yapma Ümidi Uyandırması²¹²

Daha önce de belirttiğimiz üzere, sözleşme görüşmeleri sonunda sözleşme meydana gelmeyebilir, bunu taraflar bilmeli ve sözleşmenin meydana geleceğine güvenmemelidir. Sözleşme görüşmelerinin yarıda kalması kural olarak bir sorumluluk oluşturmaz. Ancak bunun istisnası mevcuttur. Taraflardan birinde sözleşmenin meydana geleceğine ilişkin karşı tarafın hareketinden dolayı özel bir güven meydana gelmiş ve sözleşmenin meydana gelmemesinden dolayı malvarlığı zararı meydana gelmişse, sözleşmenin kurulmamasında karşı tarafın bu güveni boşa çıkarmadan dolayı sorumluluğu söz konusu olur.²¹³

Sözleşme görüşmelerine girişen kişi kendisinin edimi ifa edecek durumda olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, sözleşme yapma konusunda karşı tarafta ümit uyandırmamalıdır.²¹⁴ Aynı şekilde kimse haksız biçimde sözleşme görüşmelerini yarıda kesemez.²¹⁵

Esas olarak kimse sözleşme imzalamaya zorlanamaz; ancak sözleşme müzakeresine girişen kişinin sözleşme yapma niyeti olmaksızın hareket etmesi sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.²¹⁶ Ancak kişi dürüst hareket etmek zorundadır. Sözleşme yapma niyeti hiç olmayan veya belli bir süre sonra sözleşme yapma niyeti kalmayan kişi sözleşme müzakeresini devam ettirmemelidir. Sözleşme müzakereleri sırasında sözleşmenin karşı tarafını sözleşmeyi imzalayacağı konusunda kat'î biçimde inandıran (karşı tarafta sözleşme imzalayacağına ilişkin güven uyandırarak)²¹⁷ sözleşmeyi imzalamak niyeti olmadığı halde kasıtlı olarak aksi yönde hareketlerde bulunan kişi culpa in contrahendo sorumluluğunu ihlal etmiş olmaktadır.

²¹² Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1090.

²¹³ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 75.

²¹⁴ Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 148.

²¹⁵ Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 48.

²¹⁶ Huriye Reyhan Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 192.

²¹⁷ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414.

Buna ilişkin yargı kararlarına İsviçre ve Türk Hukuku'nda rastlanmaktadır. Örneğin; İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; evini satmak isteyen V, K ile evin satışı üzerine müzakere yürütmektedir. K, evi incelemek üzere kararlaştırılan tarihte V'nin olduğu şehre gelmekte, ancak V'nin evi bir gün önce B'ye satmış olduğunu öğrenmektedir. Somut olayda mahkeme, V'nin evi başkasına sattığını karşı taraf ile aralarındaki müzakere kapsamında K'ya bildirmek zorunda olduğunu ve bu nedenle K'nın yaptığı yol masraflarını karşılaması gerektiğine hükmetmiştir.²¹⁸ Başka bir örnekte, A sözlü olarak evini B'ye satacağına dair (sözlü) güvence vermiştir, buna rağmen gerçekte evi C'ye satmıştır. B, A'nın sözüne güvenerek kiralık evini bırakmıştır, bu durumda A, vadedinde durmadığı ve evi C'ye sattığı için B'nin uğradığı zararı tazmin etmelidir.²¹⁹

Yargıtay bir kararında, bayilik sözleşmesi imzalanarak bayilik ilişkisi kurulmamış olsa bile sözleşmenin kurulacağına ilişkin uyandırılan güvene dayalı olarak yapılan giderlerin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde talep edilebileceğine karar vermiştir.²²⁰ Bir başka kararda tarafların aralarındaki güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde doğan zarardan sorumlu olacakları, bu bağlamda karşı tarafın akdin kurulacağına olan inanç ve güven duygusuyla yaptığı harcamalar nedeniyle zararı olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar verilmiştir.²²¹

Ayrıca, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan biri tarafından bilinen başlangıçtaki imkânsızlık ve zorunlu şekil şartına uymama, sözleşme öncesi koruma yükümlülüğüne aykırı olacaktır. Sözleşmenin kusurlu şekilde geçersizliğine sebep olan tarafın diğer tarafın zararından sorumlu olup olmayacağı Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi, burada sözleşmenin geçerli şekilde

²¹⁸ BGE 77 II 137, BGE 46 II 372f; kararlar için Bkz: Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 410-412.

²¹⁹ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 410-412, Christian Rumpf, **a.g.m.**, s. 170.

²²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.6.2012 tarih ve 2012/19-184 E., 2012/385 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

²²¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 01.12.2005 tarihli ve 2005/2865 E., 2005/11959 K. sayılı kararı. Benzer yönde karar için Bkz: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 28.4.2005 tarih ve 2005/1932 E., 2005/4790 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

kurulacağı hususundaki güvenin sarsılması nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olacaktır.²²²

Sonuç olarak, yukarıda incelediğimiz üç başlıkta da izah edildiği üzere, kanunda ayrı ayrı düzenleme yer almasa dahi culpa in contrahendo sorumluluğunun ihlali Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilerek hem borçlar hukuku hem de idare hukuku açısından uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

²²² Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 96.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE, SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI VE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

I. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM

“İdarenin sözleşmeleri”, Tezimizde idarenin taraf olduğu tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde bir üst başlık oluşturmaktadır. Önceki bölümde belirtilen bazı unsurları taşıyan sözleşmeler “idari sözleşme” olarak nitelendirilmekte; idarenin yapmış olduğu ve idari sözleşme sayılmayan diğer sözleşmeler ise “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” ya da sadece “özel hukuk sözleşmeleri” olarak adlandırılmaktadır.²²³

Bu kısımda, idari sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri ana hatları ile belirlenmeye çalışılarak, sözleşme öncesi dönemlerinin hukuki niteliği bakımından farklılık arz edip etmediği ve sözleşme öncesi dönemlerin dayandığı mevzuat bakımından incelenecektir.

A. İdarenin Kamu Hukukuna Tabi Sözleşmeleri (İdari Sözleşmeler)

İdari sözleşmenin ne 2577 sayılı İYUK’de ne de diğer idari mevzuat çerçevesinde yapılmış genel bir tanımı bulunmaktadır. Bazı hallerde kanuni bir düzenleme ile idarenin yapacağı sözleşmenin “idari sözleşme” veya “özel hukuk sözleşmesi” olacağına ilişkin açık (doğrudan) belirleme²²⁴ yapılmış, bazı hallerde ise sözleşme hakkında hukuki niteleme yapmaksızın sözleşmeye uygulanacak hukuki rejimi veya uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı yerini düzenlediği yani dolaylı

²²³ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 508-512.

²²⁴ Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s. 51, Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, s. 185.

niteleme yapmakla yetinilmiştir.²²⁵ Hukukumuzda kanunla niteleme yöntemi önceki yıllara göre artmış olsa da yargı kararları ve doktrinin idari sözleşme ölçütleri çerçevesinde geliştirilmiş belirlemeler ile idari sözleşme alanını şekillendirdiği görülmektedir.²²⁶

İdari sözleşmeler genel olarak kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile ya da diğer kamu tüzel kişileri ile kamu hizmetine ilişkin ve idare hukukuna uygun olarak yaptıkları sözleşmelerdir.²²⁷ Danıştay kararlarında bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için “*tarafılardan birinin idare olmasının, konusunun doğrudan veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin bulunmasının ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmasına olanak bulunmayan olağanüstü hüküm ve şartları içermesinin gerektiği*” belirtilmiştir.²²⁸ Danıştay bazı kararlarında ise “*sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler*” olduğu belirtilerek kamu hizmetinin sürekliliğine vurgu yapılmıştır.²²⁹

İdare hukukunda idari sözleşme türleri olarak *iltizam sözleşmesi*²³⁰, *kamu istikraz sözleşmesi*²³¹, *yeraltı ve yerüstü servetlerine ilişkin işletme sözleşmesi*²³²;

²²⁵ Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 353 vd.

²²⁶ Danıştay 11. Dairesi’nin 15.06.2007 tarihli 2006/9345 E. ve 2007/6043 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

²²⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 449, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 555, Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2013, s. 815, İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 473.

²²⁸ Danıştay 5. Dairesi’nin 17/05/2000 tarihli 2000/476 E. ve 2000/1516 K. sayılı kararı. Benzer kararlar için *Bkz:* Danıştay 8. Dairesi’nin 16.01.1985 tarihli 1984/495 E. ve 1985/46 K. sayılı kararı, Danıştay 10. Dairesi’nin 06.02.2002 tarihli 1999/2407 E. ve 2002/347 K. sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi’nin 27.11.2006 tarihli 2005/5304 E. ve 2006/4486 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak Danıştay web sitesi (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

²²⁹ Danıştay 8. Dairesi’nin 13.12.1999 tarihli 1999/2852 E. ve 1999/7533 K. sayılı kararı. Benzer karar; Danıştay 10. Dairesi’nin 11.04.2005 tarihli 2004/12712 E. ve 2005/1612 K. sayılı kararı. Danıştay web sitesi (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

²³⁰ **İltizam sözleşmesi**; idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan ve idarenin ödeyeceği belli bir ücret karşılığı kâr ve zararı özel kişiye ait olarak bir kamu hizmetinin işletilmesi konusunda yapılan sözleşmedir. Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1592 ve 1610 vd. Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, Ocak 2007, s.153. İltizam sözleşmesi mevcut hukuk düzenimizde sık kullanılan bir idari sözleşme tipi değildir. Günümüzde iltizam sözleşmelerine örnek olarak; göl ve nehirler ile deniz kıyısındaki Devlete ait dalyanlardan yararlanılması için yapılan sözleşmeleri verebiliriz. Mali konularda yapılan bir türü olarak iltizam sözleşmesine (Mali İltizam Sözleşmesine)

orman işletme sözleşmesi²³³, idari hizmet sözleşmesi²³⁴, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden söz edebiliriz. İdare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve idari hizmet sözleşmesi idari sözleşmelerin en tipik örneklerini teşkil etmektedir.²³⁵ Öte yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yerini almak üzere kamu hizmetinin görülmesine yönelik yeni sözleşme türleri ortaya çıktığı, idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve idari hizmet sözleşmeleri dışında idari sözleşmelerin uygulama alanının bir hayli daralmış olduğu görülmektedir.

emlak vergisinin tahakkukundan tahsiline kadar her türlü hizmetin yapılması belediyeler tarafından özel kişilere devredilmesi için yapılan sözleşmeler örnek olarak verilmektedir. Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s.141-169.

²³¹ **Kamu istikraz sözleşmesi**, devlet ve bazı kamu tüzel kişileri tarafından tahvil, bono gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan sözleşmelerdir. A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 579. Sözleşmelerin idari sözleşme sayılmasına neden olan özellikleri ise, söz konusu senetlerin haczedilememesi ve bazen para yerine geçmesi gibi kamusal ayrıcalıklar taşımasıdır. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 465, Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1612, Sırrı Düğer, **İdarenin Sözleşmeleri**, s. 33, Yalova Üniversitesi web sayfası (Çevrimiçi, Ekim 2015), http://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/DARE_HUKUKU_09.01.2014.pdf.

²³² **Yeraltı ve Yerüstü Servetlerine İlişkin İşletme Sözleşmesi**; halen yürürlükte olan hukuki düzenlememizin dayanağı olan 3213 sayılı Maden Kanunı ise “*maden imtiyaz*”ından söz etmemekte; maden işletme işlemini ruhsat usulü ile yapılacağı düzenlenmektedir. Söz konusu 3213 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinde, “*arama ruhsatı*”, belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunulabilmesi için verilen yetki belgesi ve “*işletme ruhsatı*” işletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için verilen yetki belgesi olarak tanımlanmıştır. 3213 sayılı Kanun “*maden*”i “*yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde*” olarak tanımlamaktadır. Bu Kanun kapsamı dışında kalan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynaklarının aranması ve işletilmesi konusunda 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu ile düzenleme yapılmıştır. İsmet Girtili, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 490.

²³³ **Orman İşletme Sözleşmesi**; 1982 Anayasası’nın “*Ormanların korunması ve geliştirilmesi*” başlıklı 169’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında, “*Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz*” şeklindeki ifade ile ormanların gözetimi Devlete ait olduğu düzenlenmiştir. Anayasa’nın bu hükmü nedeniyle; orman alanlarının devletçe yönetilip işletileceğinden bahisle devlet ile özel kişiler arasında “orman işletme sözleşmesi” yapılamayacağı kabul edilmektedir. Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, s. 168, Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 192, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 580. Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay’ın aksine, orman işletme sözleşmelerini idari sözleşme saymıştır. Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s. 13.

²³⁴ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.194, Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 894, Lütfi Duran, “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, **İÜHF**, C. XXX, S: 1-2, s. 418-447.

²³⁵ Danıştay 13. Dairesi’nin 23.05.1974 tarihli 1974/243 E. ve 1974/270 K. sayılı kararı. Danıştay web sitesi (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> , İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 510.

*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi*²³⁶, idarenin sözleşmeleri içerisinde önemli bir yere sahip olup, aynı zamanda kamu hizmetinin bir sözleşme ile özel kişiye gördürülme biçimlerinden birini de ifade eder.²³⁷ Kamu hizmeti kavramı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır.²³⁸

Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler olarak tanımlanmaktadır.²³⁹ Kamu hizmetinin birçok tanımı yapılmasına rağmen, hiçbir zamanla değişen bu kavramı açıklamada yeterli olamamıştır.²⁴⁰ Nitekim kamu hizmetinin konusu önceleri savaş, polis ve adalet hizmetlerinin yürütülmesinden ibaretken, modern devletlerin gelişimi ile birlikte kamu hizmetleri gittikçe çoğalmış; demir yolları, elektrik, telefon gibi hayat için gerekli birçok yeni alanlar doğmuştur.²⁴¹ Özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti sayılabilmesi; idare ile sıkı bağının olmasına ve faaliyetin kolluk denetimini aşacak şekilde içten denetimine bağlıdır.²⁴² Ayrıca bu hizmetlerin hepsinin idare tarafından yerine getirilmesi mümkün olmamış, bazıları idare adına özel kişilerce de yerine getirilmeye başlanmasında imtiyaz yolu kullanılmıştır.²⁴³

²³⁶ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yasal dayanağı 10 Haziran 1326 (1910) tarihli “*Menafi Umumiyyeye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*”dur. Söz konusu Kanun halen yürürlükte olup 25.6.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun ile bazı maddeleri kaldırılmıştır, fakat Kanun güncelliğini yitirmiş olduğundan uygulanmamaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin yasal düzenlemeler mevzuatımızda dağınık şekilde yer almaktadır. 1982 Anayasası’nda (md. 155/2) ve Danıştay Kanunu’nda (md. 23/d) yer alan usule ilişkin hükümler dışında, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda (md. 15/3 ve md. 18/j), 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nda (md. 10/i), 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunda (md. 15) hükümler bulunmaktadır. Turgut Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 12-16 Ocak 2000, s. 455, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 460.

²³⁷ Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 829.

²³⁸ Turgut Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, **AÜSBFD**, C. XLVII, S: 3-4, Haziran-Aralık 1992, s. 308-309.

²³⁹ Aydın Gülan, “**Kamu Hizmeti Kavramı**”, s. 147. Kamu hizmetinin başkaca tanımları için *Bkz:* Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I**, s. 13, Pertev Bilgen, **a.g.e.**, s. 113.

²⁴⁰ Turgut Tan, “**Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama**”, s. 331, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 497.

²⁴¹ Turgut Tan, “**Kamu Hizmeti Kriz ve Yeniden Tanımlama**”, s. 330, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 459, Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I**, s. 536.

²⁴² Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, s. 7-13.

²⁴³ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Ders Notları**, s. 70-76, Turgut Tan, “**Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline**”, s. 308-309, Aydın Gülan, “**Kamu Hizmeti Kavramı**”, s. 151.

İmtiyaz sözleşmesinin içeriği, “sözleşme” ve “şartlaşma” (şartname) olmak üzere iki bölümden oluşur. Bunlardan ilki sözleşme bölümü; imtiyazın süresi, imtiyazcıya sağlanacak mali ve diğer yardımlar gibi konuların yer aldığı subjektif nitelikli bir işlemdir ve taraflarca serbestçe düzenlenebilir. İkincisi şartlaşma (şartname) ise sözleşmeye konu olan kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini ve buna ilişkin usul ve kuralların düzenlendiği şart işlemdir.²⁴⁴ Bu bölüm idarenin önceden hazırlayıp karşı tarafa sunduğu ve karşı akidin üzerinde değişiklik yapamayacağı kısım²⁴⁵ olup, imtiyaz sözleşmesi için sözleşme öncesi dönem olarak nitelendirilebilir. Sözleşme kısmında diğer idari sözleşmelerde olduğu gibi üzerinde değişiklik yapma olanağı varken; şartname kısmı idarenin belirleyeceği düzenleyici işlemlerden oluşmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin bu iki yönlü özelliği nedeniyle “karma işlem” olduğu görüşü yaygındır.²⁴⁶

1980’li yıllar ile birlikte liberal ekonomik politikaların hakim olması ve hızlanan özelleştirme faaliyetleri karşısında, yeni sözleşme türleri oluşturma ihtiyacının ortaya çıkması, kamu hizmeti imtiyazına ve imtiyaz sözleşmesine bakışın değişmesi nedeniyle Anayasa değişikliği yapılması sürecine kadar gidilmiştir.²⁴⁷ İdari sözleşmelerin belirgin özelliklerini taşıyan imtiyaz sözleşmeleri Anayasa ve Kanun değişiklikleri sonrası, klasik imtiyaz sözleşmeleri; özel hukuka ve gerekirse tahkime tabi imtiyaz sözleşmeleri olmak üzere bazı türlere ayrılmış olmaktadır.²⁴⁸ İmtiyaz sözleşmelerinin yapılan yasal düzenlemeler ile özel hukukun yetki alanı kapsamındaki sözleşmelere dönüşme sürecine aşağıdaki bölümde yer verilecektir.

B. İdarenin Özel Hukuka Tabi Sözleşmeleri

“İdarenin özel hukuk sözleşmeleri”, idarenin özel kesimle rekabete açık alanda belli ve farklı usullere göre yaptığı ve tamamen özel hukuk kurallarına uygun

²⁴⁴ Metin Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü, Eğitim Müdürlüğü**, Ankara, Şubat 2001, s. 8, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/kitap2monu.html>), (Çevrimiçi, Haziran 2014).

²⁴⁵ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s.141-169.

²⁴⁶ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 584.

²⁴⁷ Bkz: Tez I. Bölüm / B / 2 / b / (2). Kanun ile Belirleme- İçtihat ile Belirleme

²⁴⁸ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2009, s. 171.

olarak özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği; idarenin idari olmayan sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır.²⁴⁹ İdarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin mevzuatımızda genel bir düzenleme yer almamaktadır.

Türk Hukuku'nda idarenin bayındırdık işlerine ilişkin yaptığı sözleşmeler, malzeme satın alma, taşıma işleri gibi konularda yaptığı sözleşmeler, bir kamu hizmetinden üçüncü kişilere yararlandırma amacını konu alan abonman sözleşmeleri, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş mallarına ilişkin sözleşmeler, kamu iktisadi teşebbüslerinde işçi statüsünde çalıştırılan kişiler ile imzalanan hizmet sözleşmeleri²⁵⁰, idarenin taraf olduğu alım-satım, kira, bayilik, vedia, hizmet, yolcu taşıma sözleşmeleri, öğrenciler ile yapılan burs ve kredi sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır.²⁵¹ İdare hukukundaki genel kabule göre; 2886 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılmak suretiyle sözleşmenin karşı tarafının seçildiği, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisine yönelik sözleşmeler ile 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılan mal ve hizmet alımı, danışmanlık ve yapım işlerine yönelik sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında sayılmaktadır.²⁵² Tersinden bir ifade ile idarenin *özel hukuk sözleşmesi* sayılan yukarıda belirtilen sözleşmelere 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.²⁵³

Bazı yazarlarca bu Kanunların sadece ihale usulü neticesinde imzalanan özel hukuk sözleşmelerinin yapılış sürecinde uygulanabileceği; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bu usullere uymak zorunda olmadığı ve diğer idari sözleşmeler için uygulama alanı bulmayacağı belirtmektedirler.²⁵⁴ Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise, kamu ihale süreci sonucunda imzalanan sözleşmelerin mutlaka özel hukuk sözleşmesi sayılmayacağı, söz konusu Kanunlar'da idare lehine üstün yetkiler verilerek, sözleşmenin diğer şartlarını taşıması halinde idari sözleşme de olabileceği,

²⁴⁹ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku, İdare İşlevi - İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı - İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1985, s.164.

²⁵⁰ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s.141-195.

²⁵¹ Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 356.

²⁵² Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 35.

²⁵³ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 195, Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 70.

²⁵⁴ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **a.g.e.**, s. 476, Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 196, Murat Sezginer, **"İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci"**, s. 1091.

ayrıca Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu hükümlerinin idarenin özel hukuk sözleşmesi - idari sözleşme farklılığı olmadan, sözleşmenin oluşum safhasıyla ilgili olarak genel nitelikli hükümler olarak uygulanabileceği kabul edilmektedir.²⁵⁵ Bir başka ifade ile söz konusu Kanunlar'ın kapsamına girebildiği ölçüde, idarenin hem idari hem de özel hukuk sözleşmelerine uygulanabileceği ileri sürülmektedir.²⁵⁶ Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini konu alan idari sözleşmeler de idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de ihale sürecinden geçirilerek oluşturulması gerektiği savunulmakta;²⁵⁷ idareye sözleşmenin karşı tarafını dilediğince belirleyebilme olanağının tanınması,²⁵⁸ idarenin bir girişimci lehine tekel yaratması ve diğer girişimcilerin özgürlüğünü kısıtlayarak kamusal girişim özgürlüğünü yok etme sonucunu doğurabileceği yönünde eleştirilmektedir.²⁵⁹

Kanaatimize göre, bu Kanunlar kapsamında imzalanan sözleşmelerin ise genel olarak özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir, Kanun'un nitelemesi de bu yöndedir. Nitekim, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda, bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerde tarafların sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahip olacağı (md. 4) ve bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerektiği (md. 36) belirtilmektedir. Bu nedenle bu Kanunlar kapsamında kurulmuş sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağı tartışmasızdır. Öte yandan, ihale mevzuatı kapsamındaki bu Kanunların sözleşmenin kurulmasına ilişkin maddelerinin idari sözleşmelere de uygulanmasını yasaklayan bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, idari

²⁵⁵ Melikşah Yasin, **a.g.e.**, s.161, Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 33, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 448, Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 358, Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, 2. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 53 ve 104, Sezin Öztoprak, **a.g.e.**, s. 69, İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 523.

²⁵⁶ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 103.

²⁵⁷ Ahmet Topkaya- Hatice Topkaya, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s. 218, Onur Karahanoğulları, **a.g.m.**, s. 104-109.

²⁵⁸ İdarenin istekliyi seçmede serbestiye sahip olmasından kastedilen husus, imtiyaz sözleşmelerinde ihale sözleşmelerinden farklı olarak idarenin belirlenmiş sıkı şekil kurallarına tabi olmadan imtiyazcı ile müzakere edebilmesi ve takdir yetkisini kullanabilmesidir. İmtiyaz sözleşmelerinde idare için mutlak bir serbesti söz konusu olmayıp, idarenin her zaman kamu yararı amacı çerçevesinde uygun rekabet koşulları ve açıklık sağlaması gerekmektedir. İdarenin sahip olduğu serbesti dolayısıyla ihale sürecine ilişkin şekli kurallara uymamasının doğrudan hukuka aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Murat Sezginer, **"İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci"**, s. 1088 ve 1093.

²⁵⁹ Sedat Çal, **a.g.m.**, s. 72.

sözleşmenin sözleşme usulü başkaca bir yasal düzenleme ile düzenlenmediği ve başkaca bir usul zorunluluğu getirilmediği sürece, ihale mevzuatındaki sözleşme hükümlerinin idarenin diğer sözleşmelerine de uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi; kamu hizmetinin özel kişilerce kurulması ve/veya işletilmesi konularında ortaya çıkan yeni sözleşmeler vesilesi ile imtiyaz sözleşmelerini tekrar gündeme getirmiştir.²⁶⁰ İlerleyen süreçte kamu hizmeti kavramı egemenlik kavramının yerine geçmiş, devletin elinde tuttuğu kuvveti kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için kullanmakla ödevli sayılmış ve böylece kamu hizmeti ölçütüne geçilerek kamu hizmeti kavramı kamu hukukunun temel kavramı olmuştur.²⁶¹ Kamu hizmetinin dönüştürücü etkisi sayesinde idare hukukunda birçok kavram kendisi üzerinden tanımlanır hale gelmiştir.²⁶²

Ekonomi alanındaki bu değişimlerin hukuki yansıması idari sözleşmeler bakımından şu şekilde olmuştur: İmtiyaz sözleşmeleri hukuki alt yapılarının yetersiz olması; imtiyaz sözleşmesinin kanuni idare ilkesine uygun düzenlenmemiş olması, sözleşmelerde idarenin üstün yetkileri gibi belirsiz kavramların kullanılması ve tarafların özel hukuk sözleşmelerini daha güvenli bulmaları gibi nedenlerle idari sözleşmeden özel hukuk sözleşmesi alanına doğru bir yönelim olmuştur.²⁶³ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın ön incelemesine tabi tutulması, "imtiyaz" sözcüğünün kapitülasyonları çağrıştıran olumsuz bir çağrışımı olması²⁶⁴ ve bu sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkacak uyuşmazlıkların Danıştay'da çözülmesi yabancı yatırımcı tarafından tedirginlikle karşılanmış ve kamu hizmetine talip özel

²⁶⁰ Turgut Tan, "**Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**", s. 462, Turgut Tan, "**Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama**", s. 334, Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2009, s. 165, Turgut Tan, "**Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama**", s. 329.

²⁶¹ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Ders Notları**, s.70-76, Uğur Emek, "İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine", **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali D. Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, Ekim 2001, s. 24.

²⁶² Aydın Gülan, "Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği", **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali D. Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, Ekim 2001, s. 144, Ali D. Ulusoy, "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri" adlı makale için Bkz: İl Han Özey, **Günışığında Yönetim**, s. 268-290.

²⁶³ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay, **a.g.e.**, s. 79.

²⁶⁴ İl Han Özey, **Günışığında Yönetim**, s. 258, Metin Günday, "**Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler**", 2001, s. 5.

kişiler yanında kredi sağlayan, yatırımı finanse edecek şirketler için de yatırım için güvence sağlama, çabukluk ve tarafsızlık talebi ve beklentisi oluşmuştur.²⁶⁵

Bir özel hukuk sözleşmesi olarak tasarlanan yap-işlet-devret modelinin²⁶⁶ yasal dayanağını oluşturan düzenlemelerin ilki 3096 sayılı *Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*'dur.²⁶⁷ Bu Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapan düzenlemeler çıkarılarak²⁶⁸, söz konusu Kanun uyarınca imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Bu Kanun değişiklikleri ise her seferinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek²⁶⁹, en son aşamada Anayasa değişikliği yapılması ile bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılmasının engellenmesi yönündeki süreç tamamlanmıştır.²⁷⁰

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın 47'nci, 125'inci ve 155'inci maddelerinde bazı değişiklikler yapılmıştır,²⁷¹ ancak kamu

²⁶⁵ Aydın Gülan, “**Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği**”, s. 141-143, Nahit Töre, “**Dünyada Yabancı Sermaye Akımları**”, s. Kaynakta sayfa numarası belirtilmemiştir.

²⁶⁶ Yap-işlet-devret esasen bir sözleşme tipi değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerde kullanılan bir finansman modelinin adıdır. Lale Sirmen, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19 Haziran 1996, s. 11.

²⁶⁷ (RG: 19.12.1984 tarih ve 18610 sayı). **3096 sayılı** Kanunu takiben çıkarılan **3465 sayılı** Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, **3996 sayılı** Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun, **4283 sayılı** Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunlar yap-işlet-devret modelinin temeline örnek olarak verilebilir.

²⁶⁸ 22.2.1994 tarihli 3974 sayılı Kanun'un EK-5 nolu maddesi ile 3096 sayılı Kanun'a göre yapılacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu ve bu sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceği; 08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun*” ile yap-işlet-devret modeli çerçevesinde imzalanacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı (md. 5) düzenlenmiştir.

²⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 3096 sayılı Kanun'a EK-5 olarak getirilen maddenin iptal kararı; *Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı kararı*. RG: 24.01.1995 tarih ve 22181 sayı ve Anayasa Mahkemesi'nin 3996 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin iptal kararı; *Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih ve 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı*, RG: 20.03.1996 tarih ve 22586 sayı.

²⁷⁰ İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkemenin idari yargı olacağı yolundaki bu anlayışın Anayasa hükümlerinden çok mülki devlet anlayışının egemenlik hakları ile ilgilidir. Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, C. L, S: 3-4, 1995, s. 292, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 554; Yahya Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 495.

²⁷¹ Bu değişiklikler uyarınca; **Anayasa'nın 47'nci maddesinin kenar başlığı**, “E. Devletleştirme ve özelleştirme” şeklinde değiştirilmiş ve **bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere**

hizmeti kavramının tanımı, kriter ve içeriği konusunda bir düzenleme getirilmemiş, sadece kamu hizmetinin görülüş yöntemi konusunda yenilik getirilmiştir.²⁷² Böylece kanun ile yapılan düzenleme ile bir sözleşmenin “idari sözleşme” olma veya “özel hukuk sözleşmesi” olma konusundaki belirleme hakkı kanun koyucuya verilmiştir.²⁷³ Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin görevi sadece “düşüncesini bildirmek” ile sınırlanmıştır.²⁷⁴

Sonuç olarak, kamu hizmetlerinin gördürülmesi için imzalanacak sözleşme neticesinde iki tür sözleşme ve tahkim usulü ortaya çıkmıştır. Birincisi yasal temeli kanunla düzenlenmiş olan özel hukuk sözleşmesi, ikincisi bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmesi.²⁷⁵ Her ikisinde de tahkim usulü geçerli olacaktır.²⁷⁶ İhtilaf çözüm yolunun idari yargı dışına çıkmış olması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir” ve “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir” fıkraları eklenmiştir. Bu düzenleme ile, kamu mal ve hizmetlerinin özelleştirilmesinin yasal temeli Anayasal hüküm haline getirilmiştir. Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından görülmesi şeklinde aslen bir özelleştirme yöntemi olan bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kanun ile belirlenebileceği düzenlenmiştir. **125’inci maddenin birinci fıkrasının sonuna:** “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” hükmü eklenmiştir. Bu düzenleme ile, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların Danıştay’da görülmesi haricinde tahkim usulü getirilmiştir. **Anayasa’nın 155’inci maddesinin ikinci fıkrası;** “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir” şeklinde değiştirilmiştir.

²⁷² Ali D. Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, s. 5.

²⁷³ 4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeliyle Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun’da Degisiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G: 22.12.1999 tarih ve 23914 sayı.

²⁷⁴ Danıştay 1. Dairesi’nin 11.9.2003 tarih ve 2003/110 E., 2003/108 K. sayılı kararı. Buna karşılık Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay’ın Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin idari sözleşme olduğuna ilişkin kararları bir süre çelişkili yorumlara neden olmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 12.6.2000 tarihli 1999/54 E. ve 2000/12 K. sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi’nin 28.11.2008 tarihli 2008/5151 E. ve 2008/6509 K. sayılı kararı. Kararlar için Bkz: Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Ekim 2015), Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com.tr>

²⁷⁵ Metin Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, s. 7.

²⁷⁶ 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası’nın 47’nci, 125’inci ve 155’inci maddelerinde bazı değişiklikler yapılmasının ardından 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Kanun 21.01.2000 tarihinde kabul edilmiştir. R.G: 22.1.2000 tarih ve 23941 sayı.

niteliğini özel hukuk sözleşmesi yapmayacağını, sözleşmenin idari sözleşme olarak kalacağını fakat uyuşmazlıkların özel bir ihtilaf çözüm yolu olan tahkimde çözümlenmesi yolunu açtığı ileri sürülmektedir.²⁷⁷ Bu değişiklikler neticesinde imtiyaz sözleşmeleri de aynen özel hukuk sözleşmeleri gibi milli veya milletlerarası tahkime gidebilmektedir. Böylece konusu aynı olan iki sözleşmeye tahkim şartı eklenip eklenmemesine göre nihai yargı yeri Yargıtay veya Danıştay olarak değişir hale gelmiştir.²⁷⁸ Yapılan yasal değişiklikler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerine yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkı devri, yap-kirala-devret²⁷⁹ gibi örnekler eklenmiştir.²⁸⁰

Son olarak, yapılan bir sözleşmenin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden sayılmasının hüküm ve sonuçlarını değerlendirmek Tez konumuz bakımından uygun olacaktır. İdarenin, özel hukuk sözleşmesi imzalaması birçok bakımdan özel hukuk kişinin sözleşme imzalamasından farklıdır. Örneğin, özel hukuk kişileri tarafından yapılan özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşme özgürlüğü kapsamında, sözleşme yapanın karşı tarafı seçme özgürlüğü olmasına karşın²⁸¹ idarenin, özel hukuk kurallarına tabi bir özel hukuk sözleşmesi imzalarken karşı tarafın seçiminde ihale

²⁷⁷ Zehreddin Aslan- Nilay Arat, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 4, S: 8, Güz 2005/2, s. 21.

²⁷⁸ Metin Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, s. 7.

²⁷⁹ **Yap-işlet** modelinin yasal çerçevesini 16.07.1997 tarih ve 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” teşkil etmektedir. **İşletme hakkı devri** modeline ilişkin düzenlemeler 04.12.1984 tarihli ve “3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, 28.05.1988 tarihli ve 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”da yer almaktadır. **Yap-kirala-devret** modeli daha çok sağlık sektöründe kullanılmakta olup, yasal dayanağı 07.05.1987 tarihli “3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu” ve bu Kanun’da değişiklik yapan 03.07.2005 tarihli “5396 sayılı Kanun”a dayanmaktadır. **T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Dış Ekonomik İlişkiler Genel Müdürlüğü** **web** **sayfası**, <https://www.hazine.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Genel+İçerik/UlkemizdeUygulananKOI%20ModelleriVeYasalAltyapi.pdf>, (Çevrimiçi, Ocak 2016).

²⁸⁰ Kamu yatırım ve hizmetlerinin 1980’li yıllardan sonra hız kazanan “*kamu özel işbirliği*” ile gerçekleşmesinde imtiyaz ve yap-işlet-devret modelinden başka modellere de rastlanmaktadır. Caner Sarcan, “Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı”, **Yatırım Prpgramlama ve İzleme Daire Genel Müdürlüğü**, Mart 2015, T.C. Kalkınma Bakanlığı, (Çevrimiçi, Temmuz 2017), <http://www.kalkinma.gov.tr/Documents/Kamu%20Özel%20İşbirliği%20Mevzuatı-2015.pdf>

²⁸¹ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 93.

mevzuatı uyarınca hareket edilerek serbest iradesi bulunmamakta ya da bu serbesti çok dar ele alınmaktadır.²⁸² Ayrıca, idare özel hukuk kurallarına tabi bir özel hukuk sözleşmesi imzaladığında dahi imzalanan sözleşmenin “idari” nitelikten ya da idare hukuku kurallarından uzak olacağı düşünülemez, bunun nedeni ise idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de kamu parasını kullanıyor ve kamu yararını gözetiyor olmasıdır.²⁸³ Yargı kararlarında ise özel hukuk sözleşmesi imzalayan idarenin durumu, özel hukuk sözleşmeleri kapsamında gerçek ve tüzel kişilerden farklılık göstermemekte; buna karşılık idari sözleşmelerde, taraflara tanınan olağan haklar dışında kamu gücünü kullanan idarelerin ayrıcalıklı üstün hak ve yetkileri bulunduğu kabul edilmektedir.²⁸⁴

İdare hukukumuzda genel kabule göre, idarenin özel hukuk sözleşmelerine özel hukuk kuralları uygulanır ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklar idare hukukuna tabidir ve bu işlemler sırasında yapılan herhangi bir hukuka aykırılık başlı başına sonuç doğurması halinde, “ayrılabilir işlem” kuramı uyarınca sözleşmeden bağımsız olarak idari yargıda yargısal denetimi yapılabilmektedir,²⁸⁵ bu nedenle idarenin özel hukuk sözleşmeleri karma hukuki yapıya sahip olduğu kabul edilmektedir.²⁸⁶

C. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşme Öncesi Dönemi Belirleyen Yasal Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Sözleşme Öncesi Döneme Etkisi

İdare hukuku kurallarına göre, idarenin faaliyetleri önceden belirlenmiş kurallarla düzenlenmektedir.²⁸⁷ Buna rağmen idarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme öncesi dönemi düzenleyen ve idarenin imzaladığı her sözleşmeye

²⁸² Murat Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, **GÜHFD**, C. XI, S:1-2, Yıl 2007, s. 1079-1094.

²⁸³ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 195.

²⁸⁴ Danıştay 10. Dairesi’nin 29.4.1993 tarih ve 1991/1 E., 1993/1752 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2015), www.kazanci.com

²⁸⁵ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 508 vd., Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 33,

²⁸⁶ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, s. 296.

²⁸⁷ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 523, Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 195.

uygulanacak genel bir mevzuat bulunmamaktadır. Sözleşme hazırlığına ilişkin en detaylı düzenleme Türk Kamu İhale Mevzuatı çerçevesinde yer alan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu²⁸⁸, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu²⁸⁹ ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu²⁹⁰’nda yer almaktadır. Bu nedenle, bu kısımda idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi döneme ilişkin hükümler içeren bu Kanunlara sıklıkla yer verilecektir.²⁹¹ Söz konusu Kanunlar’ın sadece idarenin özel hukuk sözleşmeleri için mi çıkarıldığı idari sözleşmeler için kullanılıp kullanılmayacağı hususu bir önceki bölümde incelendiğinden burada tekrar yer verilmeyecektir.²⁹²

İhale mevzuatı kapsamındaki usule tabi olan sözleşme ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme olsun her sözleşme, taraflar arasındaki öneri (icap) ve kabul iradelerinin karşılıklı mutabakatı ile oluşur. Sözleşme öncesi dönem, sözleşmenin kurulmasına yönelik öneri (icap) ve kabul işlemlerinin gerçekleştiği dönemdir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelerde idarenin yapmış olduğu ihale ilanı öneriye (icaba) davet niteliğinde bir hukuki işlemidir.²⁹³ Öneriye (icaba) davetin en önemli özelliği, irade beyanı sahibinin iradesinin güven teorisi çerçevesinde sözleşme kurma iradesini içermemesidir. Bu anlamda ihale sürecinde idarenin ihale ilanı yaparak, isteklileri teklif vermeye davet etmesi icaba davet olarak kabul edilir ve hukuki sonuçları itibari ile öneri (icap)’tan farklıdır.²⁹⁴ İstekliler tarafından idareye verilen teklif ise, sözleşmenin kurulması için asli unsur olan sözleşme ile bağlanma iradesini içerir ve hukuki niteliği itibari ile öneri (icap)’tır. Ancak isteklinin, ihale üzerinde kaldıktan sonra idarenin sözleşme imzalanması davetine gitmediği durumlarda geçici teminatını feda ederek,

²⁸⁸ R.G: 10.09.1983 tarih ve 18161 sayı.

²⁸⁹ R.G: 22.01.2002 tarih ve 24648 sayı.

²⁹⁰ R.G: 22.02.2002 tarih ve 24648 sayı.

²⁹¹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin ihalelerinde uygulanmak üzere çıkarılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ise kamu hukukuna tâbi olan, kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanır. Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çıkarılmıştır.

²⁹² Bkz: Tez II. Bölüm / A / 2. İdarenin Özel Hukuka Tabi Sözleşmeleri

²⁹³ Dursun Ali Demirboğa, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 63, Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 218.

²⁹⁴ Dursun Ali Demirboğa, **a.g.e.**, s. 63.

sözleşmenin kurulmasına engel olma imkânı vardır, bu durum isteklinin sunmuş olduğu teklifin hukuki anlamda öneri (icap) olma durumunu tartışılır hale getirmektedir.²⁹⁵ Çünkü istekli öneri (icap) hareketini yapmasına rağmen sözleşme imzalamaya gitmemekte ve esasen bağlı olmak zorunda olduğu öneriye (icaba) aykırı davranmaktadır. Bu durum hukuki anlamda icaptan vazgeçme olarak yorumlanabilir.

Oysa istekliye yatırılan teminatın yakılması pahasına bir serbesti tanınması, sözleşmenin kurulacağına güvenen idare bakımından bazı zararlar doğuruyor olabilir; örneğin üstlenileceği vaad edilen işin sadece o istekli tarafından yerine getirilebilecek uzmanlık ya da teknik beceride olması halinde idare zarara uğrayabilir. Bu halde idare henüz sözleşme imzalanmamış olsa bile güvenden kaynaklanan zararını talep edebilmelidir. Aynı şekilde idarenin kesinleşen ihale kararını bildirmesi ve ihale üzerinde kalan istekliyi sözleşme imzalamaya davet yazısı göndermesi idarenin sözleşmeyi kabul beyanı sayılmamakta; idarenin kabul beyanı sözleşmenin imzalanması anında ortaya çıkmaktadır.²⁹⁶ Bir başka ifade ile ihale isteklinin üzerinde kaldıktan sonra yasal sebepler haricinde idare sözleşme imzalamaktan vazgeçmemelidir.

Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu kapsamında akdedilen sözleşmeler için sözleşme öncesi *dönem* genel olarak; hazırlık aşaması, ihale aşaması ve ihalenin sözleşmeye bağlanma aşaması olarak sıralanabilir.²⁹⁷ Her bir aşama, bu aşamalarda yapılması gereken farklı işlemlerden oluşmaktadır. *İhaleye hazırlık aşamasında*, idarenin ihaleye çıkacak işi yaptırtmak için bir ödenek ayırması, gerekli olan durumlarda kamulaştırma yapılması, imar işlemlerinin tamamlanması, uygulama projelerinin yaptırılması, ÇED olumlu belgesinin alınması, ihale komisyonunun hazırlanması, idari ve teknik şartnamelerin hazırlanması, ihale işlem dosyasının hazırlanması, ihale ilanının hazırlanması ve ihalenin ilan edilmesi, tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi sonucunda ihalenin iptal edilmesi veya ihale kararının alınması gibi işlemler sıralanabilir.²⁹⁸ *İhale süreci*, ihale onay belgesinin

²⁹⁵ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 214.

²⁹⁶ Dursun Ali Demirboğa, **a.g.e.**, s. 61-80, Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 212, 229.

²⁹⁷ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s.141-195.

²⁹⁸ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 209-214.

hazırlanmasıyla başlayıp kamu ihale sözleşmesinin imzalanması veya ihalenin iptal edilmesi ile sona eren süreçtir. Kamu *ihale sözleşmesinin kurulması* ise, yazılı şekil şartı veya idare tarafından öngörülmüşse başkaca şekil şartının yerine getirilerek sözleşmenin imzalandığı anda gerçekleşmiş olur.²⁹⁹ İmzalanan sözleşme, bu Kanunlar kapsamında kural olarak özel hukuk sözleşmesi sayılır, ancak yukarıda belirttiğimiz üzere ihale mevzuatına tabi olmamasına rağmen sözleşme öncesinde diğer sözleşmeler için de uygulanabileceği kanaatindeyiz.³⁰⁰

İhale mevzuatına göre, ihale sözleşmeleri tek bir metinden oluşmazlar. Sözleşme metnine ilave olarak idari şartname, teknik şartname, gerekli olması halinde özel şartname ve idarenin talep edeceği diğer belgeler eklenir. Şartnamelerin sözleşme öncesi döneme ait bir işlem olduklarını söyleyebiliriz. Şartname, ihale sürecinin temel metnidir ve imzalanacak sözleşmenin yapılmasına ve uygulanmasına ışık tutar.³⁰¹ *Genel şartname* (idari ve teknik) yapılacak iş hakkında hukuki, mali ve teknik hükümler içerir; *özel şartname* ise yapılacak işin mahiyetine göre özel şartlar içeren metindir. Şartnamelerde, mutlaka bulunması gereken hususlar Devlet İhale Kanunu'nun 7'nci maddesinde ve Kamu İhale Kanunu'nun 27'nci maddesinde sıralanmıştır. Şartnameler genel, kişilik dışı ve nesnel özellikleri nedeniyle düzenleyici idari işlemler olup,³⁰² diğer idari işlemler gibi idarenin üstünlüğü ilkesine dayanılarak tek yanlı olarak tesis edilirler.³⁰³ Sözleşmenin karşı tarafı bu hükümler üzerinde bir değişiklik yapma hakkına sahip değildir.³⁰⁴

İhale mevzuatı açısından sözleşme öncesi döneme kısaca değindikten sonra, idari sözleşmeler içinde belli bir ağırlığı olan kamu hizmet imtiyaz sözleşmeleri ve niteliği gereği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine benzetmekle beraber Kanun tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenen sözleşmelerin sözleşme öncesi dönemini incelemek uygun olacaktır.

²⁹⁹ Dursun Ali Demirboğa, **a.g.e.**, s. 60-81.

³⁰⁰ *Bkz:* Tez II. Bölüm / A / 2. İdarenin Özel Hukuka Tabi Sözleşmeleri

³⁰¹ Dilşat Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitabevi, Ekim 2013, s. 262.

³⁰² Dilşat Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, s. 93, Dursun Ali Demirboğa, **a.g.e.**, s. 75.

³⁰³ Sözleşmelerde yer alacak zorunlu hususlar Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5'inci maddesinde sıralanmıştır. Ayrıca uygulama birliğinin sağlanması amacıyla mal ve hizmet alımları ve yapım işlerinde imzalanacak sözleşmelerin "*tip sözleşme*" olarak düzenleneceği ve Resmi Gazete'de yayımlanacağı düzenleme altına alınmıştır. Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 210.

³⁰⁴ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s.141-195.

Öncelikle, idari sözleşme türünün en önemli örneği olarak gösterilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin herhangi bir usul öngörülmemektedir.³⁰⁵ İmtiyaz sözleşmelerinde sözleşme imzalanmadan önceki en önemli aşamalarından biri, Anayasa'nın 155'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, sözleşmenin Danıştay'ın görüşünün alınması gerektiği kuralıdır.³⁰⁶ Sözleşme öncesi döneme ilişkin bir başka husus ise, idarenin sözleşmeyi imzalayacağı sözleşmecinin seçimidir. İdare hukuku doktrininde, imtiyaz sözleşmesi yapılırken idarenin geniş takdir yetkisine dayanarak imtiyazcının seçiminde serbest olduğu ("*intuitu personae*") görüşü kabul görmekte³⁰⁷; imtiyaz sözleşmesi ile kamu hizmetini yürütecek olan kişinin kimliğinin ve yeteneğinin önem kazandığı üzerinde durulmaktadır.³⁰⁸

İmtiyaz sözleşmelerinin bir kısmının şekil değiştirerek dönüştüğü; yaygın adı ile yap-işlet-devret veya yap-işlet modeli olarak bilinen sözleşme modellerinin yasal dayanağı 3096 sayılı, 3465 sayılı ve 3996 sayılı Kanunlar'ın³⁰⁹ oluşturduğu düzenlemelerde de kurulacak sözleşmelerin, sözleşme öncesi dönem dahil sözleşme imzalama sürecini detaylı olarak düzenleyen hükümlere yer verilmemiş; bunun

³⁰⁵ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 606.

³⁰⁶ 1982 Anayasası'nın "Danıştay" başlıklı 155'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, 1999 tarihinde gerçekleşen Anayasa değişikliğinden önce, "*imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek*" olan bu kural, değişiklikten sonra "*...imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek...*" olarak düzenlenmiştir. Aynı husus, Danıştay'ın Birinci Dairesinin ve İdari İşler Kurulu'nun görevlerinin düzenlendiği 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun md. 42/c bendinde ve md. 46/1-b bendinde de yer almaktadır.

³⁰⁷ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 340.

³⁰⁸ Sedat Çal, "*Intuitu Personae*" veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 68/3, 2010, s. 93.

³⁰⁹ 3096 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan *Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik*, R.G:4.9.1985 tarih ve 18858 sayı.

3465 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan *Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği*, R.G: 14.4.1993 tarih ve 21552 sayı.

3996 sayılı Kanun'un uygulaması için çıkarılan *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanun'un Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar*, R.G: 01.10.1994 tarih ve 22068 sayı. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı sonraki yıllarda birçok değişikliğe uğramıştır. Bkz: R.G: 11.6.2011 tarih ve 27961 (Mükerrer) ve R.G: 05.12.2012 tarih ve 28488 sayı.

yerine söz konusu kanunların uygulanması çıkarılan yönetmelik ve kararlara bırakılmıştır.³¹⁰

İdarenin sözleşme imzalayacağı kişiyi seçme konusunda imtiyaz sözleşmelerinde kendisine tanınan serbesti yap-işlet-devret modelinde de mevcuttur. Yap-işlet-devret uygulamalarında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun getirdiği genel usulün dışına çıkılmakta; idarenin karşı tarafı belirleme ve sözleşme öncesini oluşturan hazırlık döneminin bakanlar kurulu kararları ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir ve bu düzenlemelerin açıklık ve rekabeti sağlamak açısından yeterli olduklarını söylemek zordur.³¹¹

Yap-işlet-devret modelinin ilk yasal düzenlemelerinden olan 3096 sayılı Kanun'a dayanılarak Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi yerli ve yabancı sermaye şirketlerine elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesine dair esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla çıkarılan Yönetmelik daha çok yaptırılacak işin niteliklerinin belirlenmesine yönelik olup, sözleşme imzalanmak üzere seçilecek şirkette aranacak özellikler, bu şirketi belirleme yöntemleri detaylı olarak yer almamaktadır.³¹²

Benzer şekilde, 3996 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin Karar'da istekli şirketin "*sağlam bir mali yapıya sahip*" olması, bunu bağımsız denetim firmalarının tasdiklenmiş bilânçosu ile kanıtlanması gerektiği düzenlenmiş olup, istekli şirketlerde aranacak şartlar, talip olunan yatırım veya hizmetlerin özellikleri dikkate alınarak idare tarafından hazırlanan şartnamede belirtileceği düzenlenmişse de şartnameler yatırım veya hizmetin özelliklerini ve işin "nasıl" yapılacağına ilişkin hususları kapsamaktadır.³¹³ Bu düzenleme ile tarafların sözleşme öncesi dönemde

³¹⁰ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 196.

³¹¹ Turgut Tan, "İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi", **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19 Haziran 1996, s. 33.

³¹² Nitekim, *Yönetmelik*'in (R.G: 4.9.1985 tarih ve 18858 sayı) 5'inci maddesinin (d) bendinde birden fazla başvurunun bulunduğu durumlarda tesisin ele alınması, öngörülen tarih ve buna bağlı olarak gerçekleştirme süresi, projenin ekonomisi, elektrik üretim maliyeti ve öngörülen satış fiyatı, firmanın mali yeteneği, tecrübesi, projeyi gerçekleştirmek için öngördüğü organizasyon gibi hususlarla birlikte firmanın seçilmesinde dikkate alınacağı şeklinde bazı kriterler ortaya konmuştur.

³¹³ 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, R.G: 11.6.2011 tarih ve 27961 (Mükerrer) sayı ve 2012/3946 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, R.G: 5.12.2012 tarih ve 28488 sayı.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek başka düzenleme ise 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki

uğrayabilecekleri zararlar ve birbirlerinden taleplerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiş olup, bu hususların uygulama sözleşmesinde düzenleneceği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması halinde mali yükümlülüğü üstlenecek idareler belirlenmiştir.³¹⁴

Yapılan düzenlemeler ile yap-işlet-devret ve türevi modeller ile yapılacak yatırım ve hizmetler için mevzuattaki boşluğun doldurulduğu ileri sürülmekteyse³¹⁵ de, söz konusu düzenlemelerde idarenin bu kurallara uyma zorunluluğuna ve idarenin süreçteki herhangi bir ihlali nedeniyle idare aleyhine herhangi bir müeyyideye rastlanmamıştır. Bu nedenlerle idarenin rekabete yer vermemesi, şeffaflığın sağlanmaması, yolsuzluk, iltimas ve keyfilik başta olmak üzere birçok bakımdan eleştirilmektedir.³¹⁶

Kanaatimize göre, başta imtiyaz olmak üzere diğer idari sözleşmelerde ve idarenin özel hukuk sözleşmelerinde, idarenin sözleşme imzalayacağı istekliyi seçmesi ve sözleşme imzalama yöntem ve usulü şeffaflık, açıklık ve rekabet ilkelerinin sağlıklı uygulanabilmesi için idarenin taktir yetkisi mutlaka sınırları belirlenebilir hale getirilmeli ve farklı kanunlarda yer alan farklı sözleşme usulünün

Kanun'dur (R.G:19.7.1997 tarih ve 23054 sayı). Bu Kanun ve ilgili *Yönetmelik* (R.G: 29.8.1997 tarih ve 23095 sayı) uyarınca, üretim şirketini seçme hususunda kapalı teklif, belli istekliler arasında kapalı teklif veya pazarlık usullerinden işin gereğine uygun olanını idare tarafından belirlenir. Ayrıca üretim tesisi kurmak ve işletmek isteyen üretim şirketlerinin de ilgili idareye başvurması ile harekete geçecek bir usul de düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik ihale işlemleri, teklif alma işlemleri, şartname ve sözleşmede yer alması gereken hususlar, teminatın alınması, ihale usulleri ve tekliflerin değerlendirilmesi, sözleşmenin imzalanması gibi birçok aşamayı detaylı şekilde düzenlemiştir. Bu düzenlemede idarenin taktir yetkisi belirtilen kurallar ile sınırlanmıştır.

Benzer şekilde Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde de ihale ve sözleşme öncesi usul detaylı şekilde düzenlenmiştir. Yönetmeliğe dayanak teşkil eden 3465 sayılı Kanun'un 5/A maddesinde görevlendirmelerde ihale aşamasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ceza ve yasaklama hükümleri; sözleşmenin uygulanması aşamasında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ceza, yasaklama ve sözleşmenin feshi hükümleri uygulanacağı belirtilmektedir.

³¹⁴ 2012/3946 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, R.G: 5.12.2012 tarih ve 28488 sayı.

³¹⁵ Orhan Pirlir, **Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet Devret Modeli**, Çağdaş Yerel. Yönetimler, C. IV, S: 1, Ocak 1995, s. 60.

³¹⁶ Hasan Erdoğan, "Belediye Yatırımlarının Finansmanında Yap-İşlet-Devret Alternatifi: Antalya Sarısu Mesire Alanı Örneği", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. XV, S: 3, 2010, s. 484, Erdem Arıoğlu, Ergin Arıoğlu, "Enerji Sektöründe Yap-İşlet Devret Modelinin İrdelenmesi", **TMMOB 1. Enerji Sempozyumu**, 12-14 Kasım 1996, Ankara, s. 244, Sedat Çal, **a.g.m.**, s. 105.

birbiri ile tutarlı olacak şekilde öngörülebilir hale getirilmesi sağlanmalıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi, idari sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmelerinde özellikle işin verileceği tarafın (kişi/şirketin) belirlenmesi ve sözleşme öncesi usulün düzenlenmemiş olduğu durumlarda, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanun'undan faydalanılabilir; bu şekilde isteklinin seçimi, sözleşmelerin kurulması gibi önem arz eden konularda yeknesak bir uygulama sağlanabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca bu Kanunlarda, sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklar, tarafların birbirinden talep edebilecekleri tazminatın esasları gibi hususlar sistematik olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle ortaya çıkan boşluk genel hükümler çerçevesinde, borçlar hukuku kurallarına uygun olarak tamamlanabilir.

Sonuç olarak, bu Kanuni düzenlemeler üzerinde yaptığımız incelemeler kapsamında idare hukukunun genel yaklaşım ve uygulamasına uygun olarak, idarenin yaptığı sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılıyor olsa dahi, sözleşme öncesi dönem idare hukukuna tabidir. Yukarıda belirtildiği üzere ihale mevzuatı kapsamında yapılan sözleşmelerde “sözleşme öncesi dönem” idarenin ihaleye ve sözleşme imzalamaya hazırlık mahiyetinde tek taraflı olarak gerçekleştirdiği idari işlemlerden oluşmaktadır. İmtiyaz sözleşmesi ve sonradan kamu hizmeti gördürülmesine yönelik ortaya çıkan özel hukuk sözleşmeleri için genel bir usul serbestisi olduğu fikri yaygın olsa dahi, idarenin bu alanda yapacağı işlemler yine “idari işlem” kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıca, imtiyaz sözleşmeleri için önemli usul şartlarından biri hiç kuşkusuz imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçiriliyor olmasıdır ki bu da hukuki anlamda sözleşmeyi yapacak idareden başka bir idare tarafından gerçekleştirilen bir idari işlemdir. Yap-işlet-devret ve benzeri modeller uyarınca imzalanacak özel hukuk sözleşmeleri bakımından, bu sözleşmeleri usul anlamında düzenleyen yönetmelikler ve Bakanlar Kurulu Kararları incelendiğinde, sözleşme öncesi döneme ilişkin ihale mevzuatına benzer düzenlemelerin yapıldığını ya da bu konuda net bir düzenleme yapılmamış olduğunu görüyoruz.

Genel bir düzenlemenin olmadığı tüm bu parçalı yapı incelendiğinde sözleşme öncesi dönem anlamında idari sözleşme ile idarenin özel hukuk sözleşmesi arasında bir fark bulunmamakta; sözleşme öncesi dönem her iki sözleşmede de idari nitelik taşımaktadır. Özellikle idarenin özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme öncesi

dönemdeki uyuşmazlıkların çözümünde, idare hukukunda yaygın şekilde benimsenen fikre göre ayrılabilir işlem teorisi kabul görmektedir. Sözleşme öncesi idari işlemin, idari yargı organı tarafından iptalinin sözleşmenin hukuki geçerliliğine etkisi, yargı kolları arasındaki farklı yaklaşımların sonuca etkisi ileriki bölümde ele alınacaktır.³¹⁷

II. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

Yukarıdaki bölümde, culpa in contrahendo sorumluluğunun özel hukuk kapsamındaki şartlarına yer vermiştik.³¹⁸ Bu kısımda ise culpa in contrahendo sorumluluğunun idare hukukundaki görünümüne yer verilecektir. “Sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları” olarak ifade ettiğimiz hallerden sözleşmenin kurulamama durumu hariç diğer durumlarda hukuki uyuşmazlığa konu işlem sözleşme kurulmadan önce meydana gelmesine rağmen, bunların etki ve sonucu sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Bunlar genel olarak, taraflardan birinin sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi veya sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olabilecek bir harekette bulunmak şeklinde ifade edilebilir. Culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan ve esasen özel hukukta incelenen sorumluluk şartları idarenin sözleşmeleri kapsamında incelenirken idare hukukunun kendine has özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Tezimizin devam eden başlığı altında ise sözleşme öncesi dönemde meydana gelen hukuka aykırılığın etki ve sonucunu sözleşmenin kurulmasından sonra göstermesi durumunu (*sözleşme sonrası “sözleşme öncesi dönem” uyuşmazlıklarının*)³¹⁹ idare hukuku alanındaki yansımalarını inceleyeceğiz.

Sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarının temeli, tarafların sözleşme öncesinde birbirleri ile olan ilişki ve temasına dayanır. Tarafların sözleşme görüşmelerine başlaması ile temeli dürüstlük kuralına (TMK md. 2) dayanan bir

³¹⁷ Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Sonuçlanan ve Sözleşmeyi Etkileyen Mahkeme (İptal) Kararları

³¹⁸ Bkz: Tez I. Bölüm / D / 3. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları

³¹⁹ Bkz: Tezin II. Bölüm / C / 3. SÖZLEŞME SONRASI ÇIKAN “SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM” UYUŞMAZLIKLARI

güven ilişkisi doğar; bu güven ilişkisi taraflara karşılıklı koruma yükümlülükleri yükler.³²⁰ *Sözleşme görüşmelerindeki kusur veya culpa in contrahendo kavramı*³²¹ Türk Hukuku'nda ne borçlar hukuku ne de idare hukukunda genel bir madde ile düzenlenmiştir. Buna karşın, Türk Borçlar Kanunu'nun muhtelif maddelerinde bu sorumluluğa yer verilmiştir.³²² Bir kısım sözleşme öncesi sorumluluk halleri ise kanunda yer almamasına rağmen doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir.³²³

İdare hukukunda da yukarıda belirttiğimiz üzere, idarenin sözleşmelerini ve sözleşme öncesi dönemi düzenleyen genel nitelikli bir düzenleme bulunmamakta, en geniş düzenlemenin yapıldığı Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda ise sözleşme öncesi döneme ilişkin sınırlı şekilde hükümler bulunmaktadır.³²⁴ Bu nedenle idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönem uyumsuzlukları incelenirken öncelikle bu düzenlemeler dikkate alınacak, düzenleme bulunmayan durumlarda özel hukuk kurallarının tamamlayıcı şekilde uygulanması söz konusu olacaktır.³²⁵ Kanaatimizce borçlar hukukunun temel ilkeleri idare hukukunda da geçerli olacağı muhakkak olmakla beraber, söz konusu ilkeler

³²⁰ Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 197.

³²¹ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 324 ve Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 408, Ümit Gezder, **a.g.e.**, s. 12, Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1083.

³²² Özel hukukta sözleşme öncesi dönemin ihlalden kaynaklanan sorumluluk ya da culpa in contrahendo sorumluluğu olarak ifade edilebilecek aşağıdaki Kanun maddelerinden söz edebiliriz: Bunlar, kendi kusuru ile hata eden tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 35); hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali veya iptalinden feragat halinde aldatan veya korkutanın sorumluluğu (TBK md. 36, 37); temsil olunanın temsilciye verdiği temsil belgesini geri almamasından dolayı iyi niyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 44); yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK md. 47); başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk (TBK md. 27/I); bozuk bir şeyi satan (TBK md. 217/II, 219), bağışlayan (TBK md. 294) ve tevdi edenin sorumluluğu (TBK md. 562/II); gerçeğe aykırı olarak kendini ehil gösteren kısıtlının (TMK md. 452/II) sorumluluğu örnek olarak gösterilebilir. Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146, Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 196, Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 58, Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 331, Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1088 vd., Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 39 vd. Bkz: Tez I. Bölüm /D / 3 / b. Sözleşme Öncesi Yükümlülüğün İhlali

³²³ Bunlar; sözleşme görüşmeleri esnasında yanlış bilgi verilmesi veya gerekli açıklamalarda bulunulmaması halinde doğan sorumluluk; bir kimsenin sözleşme yapmayı düşünmediği halde bir sözleşme hakkında kötü niyetli ve aldatıcı davranışlarla diğer tarafta sözleşme yapma ümidi uyandırma ve sözleşme görüşmelerinin haksız biçimde yarıda kesmesi gibi koruma yükümlerinin ihlali şeklinde ortaya çıkan sorumluluk olarak sayılabilir. Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1090 vd., Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 45 vd.

³²⁴ Bkz: Tez II. Bölüm / A / 3. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşme Öncesi Dönemi Belirleyen Yasal Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Sözleşme Öncesi Döneme Etkisi

³²⁵ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 90, Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 102.

uygulanırken, idare hukukunun kendine özgü kurallara sahip bir disiplin olduğu hatırlanmalı ve özel hukuktan farklı yanları her zaman dikkate alınmalıdır.

Örneğin, idare hukukunda, hukuka aykırılıkların denetimi kendine özgü kurallar çerçevesinde gerçekleşmektedir; ister idari sözleşme ister idarenin özel hukuk sözleşmesi olsun sözleşme öncesi dönem idari nitelikli olduğundan bu dönemdeki hukuki işlemler idare hukuku sahasında yer alırlar ve idari yargıya tabi olurlar. Bu işlemlerdeki *hukuka aykırılık* ise idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu veya maksat unsurlarından birinin sakatlanması ve hukuka uygun olmaması halini ifade eder. İdare hukukunda hukuka aykırı bir işlemin iptal edilerek hukuk dünyasında hiç yapılmamış hale geri dönmesi birincil önceliği oluşturur. Sözleşme öncesinde meydana gelen bu sakatlığın sözleşmenin geçerliliğine etki etmesi ve bir zarar meydana gelmesi neticesinde bu zararın tazmini talebi idare hukukunda ikincil bir meseleyi teşkil eder.

Oysa, özel hukukta bir sözleşmeye bakıldığında, idare hukukunun aksine, sözleşmenin tarafı olmayan bir kimsenin sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılığı ileri sürebilmesi 3. kişinin hak ihlali olmadıkça mümkün değildir. Bu anlamda özel hukukta, sözleşme öncesi bir işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilerek ortadan kaldırılması ve bu iptalin geriye yürümesi başlı başına bir amaç teşkil etmez, aksine ahde vefa ilkesi gereği önemli olan sözleşmenin devam ettirilmesidir. Yine özel hukukta sözleşme kurulmadan önceki müzakere süreci, sözleşmenin imzalanması ile sözleşme ile bütünleşerek, sözleşmenin bir parçası haline gelir. Böylece sözleşme öncesindeki hukuka aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine sebep olması halinde bu hukuka aykırılık sözleşmenin içerisinde kalır ve karşı tarafın uğradığı zararın tazmin edilmesi amaçlanır. Bu örnekler, sözleşme öncesi dönemdeki bir işlemin idare hukuku ve özel hukuk tarafından ne şekilde ele alındığını gösterir.

İdarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkabilecek uyumsuzluklar için aşağıdaki durumlar incelenecek olup, idare hukuku ile borçlar hukukunun arasındaki farklar yeri geldikçe vurgulanacaktır.

A. Sözleşmenin Kurulamaması (Taraflardan Birinin Sözleşmeyi İmzalamaması)

Bir akdin müzakeresi taraflar arasında hukuksal bir ilişki kurar ve sözleşmenin müzakeresine girişen taraflar bu ilişkide Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinden kaynaklanan dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlü olurlar. Bu yükümlülük, sözleşmenin yapılması hususunda ciddi bir niyetle müzakereye katılmayı gerekli kılar. Öte yandan daha önceki bölümlerde de vurguladığımız üzere, müzakereye girişilen her sözleşmenin imzalanma zorunluluğu yoktur. Sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri görüşmeleri yarıda bırakma hakkına sahiptir.³²⁶ Taraflardan birinin görüşmeleri yarıda kesmesinde haklı nedeni varsa, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında yer almaz; bu durumda karşı taraf sözleşmenin kurulacağı beklentisi ile zarara uğrarsa buna katlanmalıdır, çünkü sözleşmecinin sözleşmenin imzalanıp imzalanmayacağı hususunda kesin olmayan bu hukuki durumu dikkate alması gerekmektedir.³²⁷ Öte yandan eğer bir taraf görüşmeleri sonuçsuz bırakmak ve karşı tarafı zarara uğratmak amacıyla hareket ederek, görüşmeleri kasıtlı ya da ihmali olarak yarıda keser ya da karşı tarafta sözleşmenin imzalanacağı kanaati uyandırıp sözleşmenin imzalanmasından imtina ederse, yani sözleşme görüşmelerini yarıda kesmede haklı nedeni yoksa, artık sözleşme (imzalamama) serbestisinden söz edilemez.³²⁸ Müzakereler haksız olarak kesintiye uğratılacak olursa bundan zarar gören için culpa in contrahendo kapsamında tazminat talep etme hakkı doğar.³²⁹ Kanuni bir düzenleme (örneğin; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında sözleşme yapma zorunluluğunun düzenlendiği durumlar) veya tarafların sözleşmenin tamamlanmasını şart koştukları durumların (örneğin; sözleşme yapma vaadi sözleşmesinin) var olması hallerinde de, görüşmelerinin yarıda kesilmesinin culpa in contrahendo kapsamında tazminat

³²⁶ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 407. Ayrıca yazar, ön anlaşma, niyet mektubu ve Verhandlungsvertrag gibi işlemleri sözleşmesel işlem olduğunu ve hukuki işlem kapsamında olduğunu belirtmektedir.

³²⁷ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 40.

³²⁸ Andreas von Tuhr, Peter Hans, **a.g.e.**, s. 193, Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 40. Karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğünün ihmalen ihlal edilmesi de bu kapsamdadır. Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 413.

³²⁹ Turhan Esener, **a.g.e.**, s. 65.

yükümlülüğü gerektireceğini düşünen yazarlar da vardır.³³⁰ Sözleşme görüşmelerinin yarıda bırakılması neticesinde, ortada bir sözleşme olmasa dahi culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkacaktır.³³¹

Sözleşme öncesi dönem kapsamında idare ile sözleşmeci aday ilişkisinde sözleşmenin imzalanmayarak hazırlıkların yarıda bırakılmasında zarara uğrayan taraf birey olabileceği gibi idare de olabilir. Bu duruma iyi bir örnek olarak Yargıtay bir kararında “*kira sözleşmesini kurmamaya kararlı olmak üzere müzakereye giren ve teklifte bulunan*” davalının (bireyin) eylemini dürüstlük kuralına aykırı bularak; sözleşmenin yapılmaması yüzünden davacı idarenin uğradığı zararın tazmin ettirilmesi gereğini vurgulamıştır.³³²

Verdiğimiz örnek olasılık dahilinde olsa da, uygulamada (incelediğimiz örneklerde) sözleşme imzalamaktan vazgeçme ya da sözleşme görüşmelerini yarıda kesme olaylarına daha çok idarenin sebep olduğunu görüyoruz. Ayrıca idarenin sözleşmeci kimliğinin yanı sıra kamu gücünü elinde bulunduran “idare” kimliğinin olması ve bu iki kimliğin çoğu zaman iç içe geçtiği gerçeğinin de göz önüne alarak, konunun bu kısmının detaylandırılmasının daha faydalı olacağını düşünüyoruz.

Bu başlık altında ele almak istediğimiz hususlar; *ilk olarak* idarenin veya sözleşmeci adayının sözleşme yapmaktan vazgeçme serbestisinin olup olmadığı ve bu hakkın dayanağı; *ikinci olarak*, idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi halinde karşı tarafın sözleşmenin tamamlanması konusunda haklı beklentisi ya da kazanılmış hakkının olup olmadığı; idarenin sözleşme yapma taahhüdünün estoppel kavramı bakımından değerlendirilmesi ve bu kavramlarından doğacak hakkın ve culpa in contrahendo sorumluluğu ile bağlantısından ya da farkından bahsetmek istiyoruz.

³³⁰ Yazara göre, sözleşmeyi tamamlama değil sadece müzakere yükümlülüğü öngörüldüğü hallerde, taraflardan birinin müzakereyi reddetmesi üzerine tazminat yükümlülüğü türetilenlecektir. Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 408.

³³¹ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 413.

³³² Yargıtay’ın 3. Hukuk Dairesi’nin 15.9.1997 tarih ve 1997/6603 E., 1997/8864 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

1. İdarenin veya Sözleşmeci Adayının Sözleşme Yapmaktan Vazgeçme Serbestisi Olup Olmadığı

Bu kısımda, idarenin ve sözleşmeci adayının sözleşme yapmaktan vazgeçme konusunda hakkı olup olmadığı; idare ve sözleşmeci adayı bakımından kendi özel durumları çerçevesinde, yasal düzenlemeler dikkate alınarak değerlendirilecek; somut olaylar kapsamında hangi durumların sözleşme yapmaktan vazgeçme konusunda haklı nedenleri oluşturabileceği örnekleri üzerinde durulacaktır. Sözleşme yapmaktan vazgeçilmesi karşısında idareye ve sözleşmeci adayının hangi yasal yollara başvurabileceği hususlarına da değinilecektir.

Öncelikle, idarenin sözleşme yapma serbestisinde olduğu gibi, idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçme konusunda da tam bir serbestiye sahip olduğu söylenemez. İdarenin sözleşme yapma usulünün yasal olarak belli kuralları takip ederek tamamlanması gerektiği hallerde, örneğin ihale mevzuatı uyarınca yapılması gereken sözleşmelerde, idare ve sözleşmeci tarafın ancak belli kurallar dahilinde sözleşme yapmaktan vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile, idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi, ister bir takdir yetkisinin kullanılması olsun, ister somut olarak düzenlenmiş olsun belli bir kurala dayanmak zorundadır.³³³ İdareye sözleşmeci tarafı seçme konusunda serbesti tanındığı hallerde (örneğin, imtiyaz sözleşmelerinde) dahi sözleşme yapmaktan vazgeçmesi rasyonel ve haklı bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu sebepler bazen idare hukukunun temel ilkelerinden (örneğin; kamu hizmetinin gerekliliği gibi soyut ve geniş bir kavramdan) bazen ise detaylı olarak düzenlenmiş bir yasa maddesinden (örneğin; karşı tarafın hilesinden³³⁴) kaynaklanabilir. İdarenin sözleşme yapmaktan vazgeçme konusunda tam bir serbestiye sahip olmamasından kastedilen, esasen idarenin işlemlerinin yasal bir dayanağının olması gerekliliğinden bahsedilmekte olup, bu yasal düzenlemelerde (örneğin, ihale mevzuatında) özel hukuk sözleşmesi yapan eşit konumdaki iki özel

³³³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 103, İl Han Özay, **Günüşğinde Yönetim**, s. 523, Metin Günay, **İdare Hukuku**, s. 195.

³³⁴ 4735 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde "Yasak fiil ve davranışlar" başlığı ile detaylı düzenleme yapılmıştır.

hukuk kişisine göre idareye sözleşmeden vazgeçme konusunda daha geniş bir hak tanındığı görülmektedir.

Nitekim bu yasal düzenlemelerde idarenin veya sözleşmecinin, sözleşme yapmaktan vazgeçmesi konusunda idarenin taraf olduğu her sözleşmeye uygulanabilecek ve sözleşme öncesi dönemi düzenleyen genel bir mevzuat bulunmamakta;³³⁵ bu konuda düzenlendiği alana göre birden fazla yasal düzenlemeye rastlanmaktadır.³³⁶ Örneğin, idare hukukunda sözleşme öncesi dönemi en detaylı şekilde düzenlenmiş olan ihale mevzuatı kapsamındaki hükümlerine bakıldığında idareye, ihaleyi iptal ederek sözleşmeden vazgeçmesi konusunda çoğu zaman geniş bazen ise sınırlı bir takdir hakkı tanındığını görüyoruz. Nitekim, Kamu İhale Kanunu'nun 16'ncı maddesinde ihale saatinden önce henüz ihalenin yapılmamış olması durumunda olduğu gibi, idareye sınırlı bir hareket imkânı vererek; *ihale belgelerinde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların tespiti halinde* ihalenin iptal edilebileceği, verilmiş bütün tekliflerin reddedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.³³⁷ Bazı durumlarda ise, Kanunu'nun 39'uncu maddesinde olduğu gibi, idarenin bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu ve bu nedenle de herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği, şeklinde idareye tanınan hak daha geniş bir çerçevede düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin idareye ihaleyi iptal etme hakkı konusunda bir serbesti tanırken istekliye aynı düzeyde bir hak tanınmamaktadır.³³⁸ Bir başka örnek, "*Sözleşme yapılmasında idarenin görev ve sorumluluğu*" başlığı taşıyan 45'inci maddesinde,

³³⁵ Yazara göre, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapmasının yasal temelini teşkil eden kamu ihale mevzuatı veya başkaca bir yasal düzenleme ile idareye belirli bir davranışta bulunma zorunluluğu öngörmediği durumlarda, idareye bir hareket alanı tanındığını ve bu alanda idarenin sözleşme özgürlüğünün var olduğunun düşünülebileceğini belirtmektedir. Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 124.

³³⁶ Bkz: Tez II. Bölüm / A / 3. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşme Öncesi Dönemi Belirleyen Yasal Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Sözleşme Öncesi Döneme Etkisi

³³⁷ Kanun hükmünün buradaki lafzının her ne kadar idarenin mutlaka iptal etmesi gerektiği değil de "ihalenin iptal edilebileceği" şeklinde düzenlenmiş olsa da idareye ihaleyi iptal edebilmesi için gerekli bir sebep düzenlenmiştir. Öte yandan aynı hükmün içinde ve düzenlenen bu sebepten önce "idarenin gerekli gördüğü" hususların tespiti halinde yine idareye ihaleyi iptal etme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanındığını görüyoruz.

³³⁸ İdarenin geçici teminatı irad edebileceği ve ihaleyi iptal edebileceği benzer düzenlemeler Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesi (*İhaleye katılamayacak olanlar*), 16'ncı maddesi (*İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi*) ve 40/6'ncı fıkrası (İhalenin karara bağlanması ve onaylanması) ile Devlet İhale Kanunu'nun 31'inci maddelerinde (*İhale kararlarının onayı veya iptal edilmesinde*) de yer almaktadır.

idare Kanun'un ilgili maddesinde belirtilen düzenlemeler çerçevesinde, sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlü tutulmuş olup, idarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, isteklinin taahhüdünden vazgeçebileceği, isteklinin geçici teminatının geri verileceği ve isteklinin teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanacağı düzenlenmiştir.³³⁹ Buna karşın Kanun, idarenin “yükümlülüğünü yerine getirmemesi”nin hangi hallerde gerçekleşeceği konusuna bir açıklık getirmeyerek, idarenin sözleşmeden vazgeçme konusunda geniş bir takdir yetkisi karşısında, sözleşmeci adayının sadece belgelenmiş giderlerini isteyebileceğini görüyoruz.³⁴⁰

Öte yandan, ihaleye katılan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması durumu “Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu” başlığı ile Kamu İhale Kanunu'nun 44'üncü maddesinde düzenlenmiş olup, ihale üzerinde kalan isteklinin kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorunda olduğu, sözleşmeyi imzalamadığı takdirde, protesto çekmeye gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir. Sözleşmeci adayının haklı bir nedeni olmaksızın sözleşmeyi imzalamamasının sorumluluk doğuracağı muhakkaktır. Bu hükümde düzenlenen “geçici teminatın gelir kaydedilmesi” durumu sözleşmenin imzalanmasından imtina edilmemesi için caydırıcı bir hükümdür; ancak gerçek zararın tazmine yönelik bir düzenleme değildir. İdarenin karşılanmayan zararının nerede ve nasıl talep edeceğine ilişkin ihale mevzuatı kapsamında bir düzenleme yer almasa da idare karşı tarafın sözleşme imzalamaktan vazgeçmesine

³³⁹ Benzer hüküm ihaleye katılan isteklinin sorumlulukları bakımından Devlet İhale Kanunu'nun 57'nci maddesinde (Sözleşme yapılmasında müteahhit veya müşterinin görev ve sorumluluğu) ve idarenin sorumlulukları bakımından 60'ıncı maddesinde (İdarenin görev ve sorumluluğu) düzenlenmiştir. Buna göre; 57'nci md. uyarınca sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşterinin öngörülen zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir; 60'ıncı md. uyarınca ise idare sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmaz ise, müteahhit veya müşteri sürenin bitmesinden itibaren en çok 15 gün içinde, 10 gün müddetli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde teminat geri verilir. Müteahhit veya müşteri, ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hak kazanır.

³⁴⁰ Kamu İhale Kanunu'nun 16 ve 39'uncu maddelerinde sözleşmeci adayının uğradığı zararın tazmini konusunda idarenin sorumluluğu düzenlenmezken yine 45'inci maddenin kıyasen “belgelenmiş masraflar” üzerinden bir tazmin sistemine gidilebileceği düşünülebilir. Oysa bu konuda sözleşmeci adayının fazlaya ilişkin talep hakkının saklı olması ve bu hakkının da tam yargı davası ile hatta sözleşme öncesi dönemin sözleşmenin parçası olarak düşünülmesi gereken hallerde adli mahkemelerde açabileceği tazminat davası ile talep edebileceği kabul edilmelidir.

ilişkin zararını Kanun'un 21'nci maddesinden kıyasen faydalanılarak genel hükümler çerçevesinde adli mahkemede açacağı tazminat davası ile talep edebileceği düşünülmektedir.³⁴¹ İdarenin sözleşme içerisinde kalmak suretiyle yargı yoluna giderek zararını karşılamak yoluna gitmek yerine, tek yanlı işlem tesis ederek zararı talep ya da tahsil yoluna gidebileceği; sözleşmecinin söz konusu idari işlemin iptali için iptal davası açması da düşünülebilir. Ancak maalesef yaygın şekilde kullanılan bu ikinci durumda dava açma yükü sözleşmecinin üzerinde kalacağı muhakkaktır.³⁴²

Özet olarak tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında idareye daha geniş düzeyde ihaleyi iptal etmesi hususunda *haklı nedenler* tanınması doğaldır, çünkü idare kamu hizmetinin gereklerini yerine getirmekle görevlidir; idare bu görevini yerine getirirken kendisine verilen takdir yetkisi çerçevesinde somut olayın gereklerine göre ihaleyi iptal etmesi gerekebilir. Bu idarenin elinde bulundurduğu kamu gücünün bir tezahürüdür. Ancak elbette idare tıpkı diğer işlemlerini yaparken olduğu gibi, sözleşme hazırlığı yaparken de yasallık ilkesine uymak ve kamu yararını gözetmekle mükelleftir. İdareye kanun maddesi ile doğrudan ya da takdir yetkisi kapsamında tanınan sözleşme müzakerelerini sona erdirmeye (sözleşmeyi imzalamama) yetkisi asla keyfi biçimde kullanılamaz.³⁴³ Kanaatimizce, idare bir yandan hukuk güvenliği ve idareye güven ilkelerini sağlamaya yönelik sorumluluğu olan bir devlet aygıtı olmasının yanı sıra, özel hukuk tüzel kişileri gibi Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu uyarınca özel hukuk sözleşmesi yapabilen, basiretli

³⁴¹ Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddede sözleşmenin sona ermesi halinde ***sözleşmenin genel hükümler doğrultusunda tasfiye edileceği*** düzenlenmiştir. Ayrıca, Yargıtay bir kararında "*kira sözleşmesini kurmamaya kararlı olmak üzere müzakereye girişen ve teklifte bulunan*" davalının (bireyin) eylemini dürüstlük kuralına aykırı bularak; sözleşmenin yapılmaması yüzünden davacı idarenin uğradığı zararın tazmin ettirilmesi gereğini vurgulamıştır. Yargıtay'ın 3. Hukuk Dairesi'nin 15.9.1997 tarih ve 1997/6603 E., 1997/8864 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

³⁴² Bu duruma örnek olarak, idarenin sözleşme içerisinde kalarak sözleşme uyarınca hareket etmek yerine, yeni bir idari işlem ile sözleşmenin dayanağı olan bir işlemi geri alması durumlarından bahsedebiliriz. *Bkz:* Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (i). Danıştay Kararları

³⁴³ Keyfi biçimde kullanılan bir hak hiç şüphesiz amaç ya da konu unsuru bakımından hukuka aykırılık taşıyabileceği gibi, Medeni Kanun'un 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş olan hakkın kötüye kullanılması yasağına da aykırı olacağı unutulmamalıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağının kullanımı için *Bkz:* Tez III. Bölüm / C / 2. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Ortaya Çıkabilecek Zarar ve Culp in Contrahendo Sorumluluğu'nun Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarına Etkisi. Ayrıca, idarenin hizmet kusuruna ilişkin sorumluluğu için *Bkz:* Tez III. Bölüm / B. SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA KUSUR ANLAYIŞI VE HİZMET KUSURU İLİŞKİSİ

tacirden de öte uzman ve güvenilir bir kişi olarak, açtığı ihale ile sözleşme yapma niyetinin ciddiyetini ortaya koymuş ve Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı çerçevesinde, karşı tarafta güven uyandırmış kişi olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle idarenin sözleşmeyi imzalamamasını hukuka uygun ve gerekçelendirilmiş geçerli bir neden ileri sürmediği sürece bu fiili nedeniyle sorumlu olması gerekir.

Kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir başka husus, *idarenin sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesinin haklı ve gerekçeli nedeninin varlığı halinde* ise, idarenin sözleşmeyi imzalamamasına neden olan kamu hizmetinden kaynaklanan gerekliliği sözleşme hazırlıklarına girdiğinde biliyor olması ya da bilmesinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekir. İdare en baştan sözleşme imzalamayacağını ya da sözleşmenin imzalanmasına engel olacak nedeni biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa artık idarenin iyiniyetli olduğundan bahsedilemez. Bu durum teknik anlamda bir kusuru işaret eder ve karşı tarafa bu durumu (sözleşme imzalamayacağını) bildirmeyen taraf diğer tarafın uğradığı zararı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında ödemekle sorumlu olur.³⁴⁴ Kamu hizmetinden kaynaklanan gerekliliğin sonradan ortaya çıkıp çıkmadığı, idarenin sorumluluğunu belirlemede önemli bir noktayı teşkil eder, nitekim böyle bir gereklilik ortaya çıkmamışsa ya da en baştan mevcutsa bu durumda artık idarenin haklı nedeninin oluşmadığını söyleyebiliriz. Özetle idarenin haklı bir neden olmaksızın sözleşme imzalamaktan imtina etmesi düşünülemez. İdarenin bu hareketi (sözleşme imzalamaması) karşı tarafı zarara uğratiyorsa, idare bu durumda karşı tarafın zararını ödemelidir. Bu zararın genellikle- Jhering'e göre- sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında sözleşmenin kurulacağına duyulan güven nedeniyle yapılan masrafları (menfi zararı) kapsayacağı kabul edilmektedir³⁴⁵; ancak günümüzde geline nokta söz konusu tazminatın zarar görenin gerçek zararını karşılaması gerekir.

İdarenin sözleşmeyi imzalamamasındaki haklı neden kanunda açık şekilde düzenlenebileceği gibi, çerçevesi çizilerek uygulanması idarenin takdirine de bırakılmış bir düzenleme olabilir. Sözleşmenin imzalanmasını engelleyen kamusal

³⁴⁴ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 247.

³⁴⁵ Rainer Gozenbach, **Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1987, s. 199.

bir nedenin ağır bastığı durumlar ve ayrıca idarenin iradesinin oluşumunda iradeyi sakatlayan durumlar (örneğin; sözleşmeci adayının hile, tehdit, zorlama ve rüşvet gibi hukuka aykırı eylemleri) idarenin sözleşme yapmamasında haklı nedenler olarak sayılabilir. İhaleyi kazanan şirketin ihaleyi hile sonucu almasının anlaşılması durumunda, idarenin sözleşme imzalamayarak ihale kararını iptal etmesi, idarenin haklı nedene dayanmasına örnek olarak verilebilir.³⁴⁶ Ayrıca bu durumda idare de, sözleşmenin kurulacağına duyduğu güvenden dolayı uğradığı zararını (güven zararını) karşı taraftan talep edebilir.³⁴⁷

Haklı neden ister kanunda açık şekilde ister idarenin takdir yetkisi içerisinde düzenlensin idare hükmü doğru uygulamak zorundadır, aksi takdirde haklı nedenin varlığından söz edemeyiz. Burada idarenin haklı nedeninin olmamasından kastımız; *idarenin sözleşme imzalamaması yönündeki takdir yetkisinin geçerli bir hukuk kuralına dayanmaması, hukuk kuralının yanlış uygulanması veya idarenin keyfi uygulamalar içeren hukuka aykırı işlem ve eylemler yapmasıdır.*

Nitekim, idarenin *haklı nedeni olmaksızın sözleşme imzalamaması hakkında* Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; Türk Eczacılar Birliği ile Maliye Bakanlığı arasında imzalanan ve kurumlara eczanelerle sözleşme yapma yükümlülüğü getiren protokole aykırı olarak kamu kurumu niteliğindeki davalı belediyenin, haklı bir nedeni olmaksızın davacı eczacıyla ilaç alma konusunda sözleşme yapmamasının hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırı hareket ettiğine hükmetmiştir.³⁴⁸ Söz konusu kararda, mevcut protokol karşısında davalı belediyenin eczane ile sözleşme yapmamasının haklı bir nedeni olmadığına hükmedilmiştir. Ayrıca, Yargıtay'ın kararında, idarenin sözleşmeyi imzalamama işleminin hukuka uygunluğu denetlenirken özellikle

³⁴⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 7.12.2006 tarih ve 2003/538 E., 2006/2103 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

³⁴⁷ Kamu İhale Kanunu maddde 20 (İdarenin sözleşmeyi feshetmesi) ve 21 (Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih) uyarınca haklı nedenle feshedilen sözleşmenin genel hükümlere göre tasfiye edileceği düzenlenmiştir.

³⁴⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.12.2003 tarih ve 2003/4-693 E., 2003/740 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

“ahlak”, “dürüstlük kuralları”, “hakkın kötüye kullanılması” gibi hukukun temel ilkelerini dayanak gösterilmesi önemlidir.

İdarenin haklı nedenin varlığı ile sözleşme imzalamamasına bir başka örnek, sözleşmenin imzalanması için gerekli olan belgelerin sözleşmeci aday tarafından süresinde sunamadığı duruma ilişkindir. Buna ilişkin bir olayda, sözleşmeci adayının gerekli belgeleri tamamlaması için idare tarafından süre verilmiş, buna rağmen sözleşmeci adayının gerekli belgeleri tamamlayamaması sonucunda idare sözleşmeyi imzalamayarak verilen geçici teminatı irat kaydetmiş ve sözleşmeci adayını altı ay süreyle ihalelere katılmaktan yasaklamıştır. Sözleşmeci adayının kendisine verilen süre içerisinde gerekli belgeleri sunamaması somut olay kapsamında idarenin imzadan imtina etmesi için haklı bir neden teşkil ettiğini ortaya koymaktadır.³⁴⁹

Ancak *sözleşmeci adayının gerekli belgeyi zamanında temin edip idareye sunamaması, idarenin sözleşme imzalamama konusunda her zaman haklı neden oluşturmaz*. Şöyle ki, sözleşmeci adayının gerekli belgeleri zamanında sunamamasında kusurun her zaman sözleşmeci adayından kaynaklandığı söylenemez. Nitekim, bazı durumlarda sözleşmeci adayının başvuru yaptığı idarenin belgeyi vermekte geciktiği veya yanlış belge düzenlediği durumlarıyla da karşılaşılmaktadır. Buna yönelik bir örnek, yenilenebilir enerji projelerine ilişkin olarak verilebilir: Enerji projelerinde projenin ilgili idareye onaylatılması işleminden sonra dağıtım şirketi ile sözleşme yaparak üretime başlanabilmektedir. Buna karşın, bazı durumlarda idarenin gerekli onay ya da izinleri sözleşmeci adayından değil de bilakis sözleşmeyi imzalayacak olan veya başkaca bir idareden kaynaklanan nedenlerle sunulamamasında sözleşme aşamasına hiç gelinemediği bilinmektedir. Benzer bir olayda, idarenin yenilenebilir enerji kaynağına dayalı elektrik üretim lisansı verdiği şirketin, diğer idarelerin işlemlerinin de etkisi ile TEİAŞ ile bir türlü sistem bağlantı kullanım anlaşması imzalanamamış olması üzerine, idare şirketin lisansını iptal etmiştir. Danıştay, kararında sözleşme imzalama aşamasına geçilmesinin uzamasına diğer idarelerin neden olması durumunu “mevzuat

³⁴⁹ Danıştay 13. Dairesi’nin 4.5.2009 tarih ve 2007/11872 E., 2009/4836 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

kapsamındaki mücbir sebepler” kapsamında değerlendirerek lisans iptalini hukuka aykırı bulmuştur.³⁵⁰

Tüm bu açıklama ve örnekler neticesinde, idarenin ruhsat, onay ve benzeri bir cevap vermesi gerektiği hallerde, idarenin hareketsiz kalarak olağan bir sürede cevap vermemesi de idarenin hizmet kusuruna (hukuka aykırılığa) meydan verebilir. Ancak idareye ruhsat talebine yönelik başvurularda cevap vermeme veya geç cevap verme durumlarının ancak kanunda düzenlenmiş olan sürenin geçirilmesi halinde ya da keyfi olarak cevap verilmemesi halinde hukuka aykırılık oluşturabileceği, aksi halde başvuran kişinin idareyi cevap vermeye zorlayamayacağı, idarenin işlerin seyri ve cevap verme konusunda takdir yetkisi olduğu belirtilmektedir.³⁵¹ İdareye takdir yetkisini kullanması konusunda baskı yapılamayacağı konusundaki düşünceye katılmakla birlikte, idarenin kendisine başvurulmuş olan konu hakkında olağan bir sürede cevap vermemesi nedeniyle, kişinin bir zarara uğraması halinde idarenin sözleşmeci veya sözleşmeci adayının uğradığı bu zararı idareden talep edebileceğini düşünüyoruz.

Kanaatimizce, idarenin herhangi bir konu hakkında sözleşme ilişkisine girmeden önce, sözleşmenin konusu ve şartlarına ilişkin araştırmayı iyi yürütmesi; sözleşme öncesi dönemi süruncemede bırakacak, sözleşmenin imzalanmasına ya da yeni imzalanmış sözleşmenin ifasına engel olacak hususları önceden öngörerek sözleşmeci adayı ya da kendisi için doğabilecek zararın önüne geçme yükümlülüğü vardır. Bunlar kamu hizmetinin iyi yürütülmesinin şartlarını oluşturur. Buna rağmen idarenin sözleşme imzalamadan önce söz konusu işin niteliklerini iyi belirlediği her zaman söylenemez. Örneğin, Beyoğlu İlçesi Piyalepaşa Semtinde tarihi cami önünde zemin altı otoparkı ve çevre düzenlemesi için açılan,³⁵² ihaleden kısa bir süre sonra Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu tarafından inşaatın gerçekleşeceği alan,

³⁵⁰ Danıştay 13. Dairesi’nin 15.3.2011 tarih ve 2008/6905 E., 2011/1041 K. sayılı kararı. Benzer karar için Bkz: Danıştay 13. Dairesi’nin 15.3.2011 tarih ve 2008/8245 E., 2011/1039 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

³⁵¹ Tuncay Armağan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 1997, s. 67.

³⁵² “Beyoğlu Piyalepaşa Camii Önü Zemin Altı Otopark ve Çevre Düzenleme İnşaatı” için 02.04.2015 tarihinde ihale açılmıştır. <http://www.ihaleilani.com/ihale/50707-beyoglu-piyalepasa-camii-onu-zeminalti-otopark-ve-cevre-duzenleme-insa.html> (Çevrimiçi, Nisan 2015)

korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil olunarak³⁵³ ihaleye konu proje iptal edilmiştir.³⁵⁴ Oysa bu alanın tarihi özelliği bilinmekte / bilinebilir olmakta ve bu nedenle böyle bir incelemeye tabi tutulması beklenebilecek bir durumdur. İdarenin söz konusu proje öncesi bu süreci başlatması ve oluşacak yeni durumlara uygun bir proje belirlemesi gerekirdi; idare bu şekilde projenin yarım kalmasını ya da en iyi olasılıkla projenin tamamlanma süresinin uzayarak maliyetinin artmasını engellemiş olacaktır. İdare gerçekçi ve duruma uygun proje hazırlama yükümlülüğünü yerine getirerek, söz konusu problemlerin önüne geçebilecektir.³⁵⁵

³⁵³ İstanbul 2 Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun Eylül 2015'te vermiş olduğu karar ile; ihaleye konu alan hakkında daha önce verilmiş olan rekreasyon düzenleme projesine ilişkin 08.10.2013 tarih ve 1711 sayılı Kurul kararının iptaline, Hamam alanında kazı çalışması yapılmasına ve 16. yüzyıldan itibaren Büyük Piyale Paşa Camii ve külliyesinin akarı olarak kullanıldığı anlaşılan, camilerin giderlerini karşılamak için vakıflara gelir sağlayan bostanların günümüze ulaşan son örneği niteliğindeki bostan alanının özgün arazi kullanım biçiminin devamı olması, kültürel ve estetik değeri bulunması, cami-bostan birlikteliğinden geriye kalan örneğini temsil etmesi nedenleriyle Osmanlı tarım teknolojisinin mimari unsuru olan su kuyusu ve havuz ile birlikte bütüncül olarak 2863 sayılı yasanın 7. maddesi gereğince tescil edilmesine karar verilmiştir. İstanbul 2 Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun vermiş olduğu karar; **T.C Kültür ve Turizm Bakanlığı Koruma Kurulları web sitesi**, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <http://www.korumakurullari.gov.tr/Eklenti/42576.3719-beyoglu-14672-3-9-10.pdf?0> ve tüm diğer kararlar için Bkz: (Çevrimiçi, Nisan 2018), <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR,43058/istanbul-2-numarali-kultur-varliklarini-koruma-bolge-ku-.html>

³⁵⁴ Çeşitli yayın organlarında projenin iptal olduğuna ilişkin bilgiler yer almasına karşın İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin web sitesinde projenin %12 tamamlanma oranı ile halen devam ettiği belirtilmektedir. Yüklenici firmanın web sitesinde projenin 2016 tarihinde biteceğine ilişkin bilgi yer almaktadır. Buna karşın bazı haber kaynaklarına göre, koruma kurulunun tescil kararından 3 yıl sonra İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Piyalepaşa Bostanı'nın rehabilitasyonu için proje hazırlamak üzere ihaleye çıktı ve 1.3.2018 tarihinde gerçekleşen ihalede ihaleyi 175 bin liralık teklifi ile HE Mimarlık Müşavirlik Limited Şirketi aldı. Şirket ile 9 Mart 2018'de sözleşme imzalandı. **Kaynaklar**; 24.10.2015 tarihli **Diken Dergisi web sayfası**, (Çevrimiçi, Nisan 2018) <http://www.diken.com.tr/topbasin-otopark-plani-hayal-oldu-piyalepasa-bostani-artik-tescilli-kultur-varligi/>, **İstanbul Büyükşehir Belediyesi**, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <https://ibbqr.ibb.gov.tr/beyoglu-piyalepasa-camii-onu-zeminalti-otopark-ve-cevre-duzenleme-insaati/#fotolar>, **Alp İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. web sitesi**, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <http://www.alpinsaat.net/beyoglu-piyale-pasa-camii-zeminalti-otopark-ve-cevre-duzenlemeinsaati.aspx>, **Sözcü Gazetesi 27.3.2018 tarihli web sayfası**, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <https://www.sozcu.com.tr/2018/gundem/piyalepasa-bostanini-topcu-kislasinin-mimari-rehabiliteedecek-2313871/>

³⁵⁵ Son dönemde idarenin gerçekçi ve duruma uygun proje hazırlamamasına ilişkin yaşanan bir başka örnek de İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin metro inşaatının ihaleleri sözleşmeye bağlandıktan bir yıl sonra "hızlı ve ekonomik olmama" gerekçesi ile sözleşmeleri iptal etmesi, ardından yüklenici şirketler ile yapılan görüşmeler sonucu metro inşaatını yürüten 4 adet projenin hızlanarak devam edeceğine ilişkin ek taahhütler alarak iptal işlemlerini geri almasını gösterebiliriz. Sözleşmeciler şirketlerin ifanın gecikmesi ile ilgili, "kamulaştırmaların hızlı sonuçlanmaması ve Anıtlar Kurulu gibi kuruluşlardan gerekli izinlerin çok çabuk alınmaması" yönünde açıklamaları; yukarıda da belirtildiği üzere, temin edilmesi gereken belge ya da aşılması gereken sürecin sözleşmeciler idare veya diğer idarelerden kaynaklandığını ortaya koymaktadır. **Sabah Gazetesi'nin 19.2.2018 tarihli haberi**, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <https://www.sabah.com.tr/gundem/2018/02/19/metro-projelerinde->

İdarenin bu yükümlülüğe aykırı davranması ise, belirttiğimiz üzere, bir hizmet kusuru teşkil edecektir.

Sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkmış olsa dahi,³⁵⁶ idarenin üzerine düşen araştırma ve sözleşme konusuna ilişkin ön çalışmayı iyi yapmamasına örnek teşkil edebilecek bir başka uyuşmazlık ise, Kağıthane İlçesi Emniyetevler Semtinde zemin altı otopark inşaatı için belediye tarafından yapılan ihale sonrası sözleşmede yaşanmıştır. Söz konusu davanın konusu; sözleşme imzalandıktan sonra davalı belediyenin inşaat ruhsatında parsel numarasının yazılacağı alanın olmaması nedeniyle imar iznini iptal etmesi ve mevcut inşaatın yıkılmasına karar vermesine ilişkindir. Sözleşmeci tarafın inşaatı süresinde tamamlayamaması nedeniyle de idare sözleşmeyi feshetmiştir. Bu olayda da, sözleşme imzalanmadan önce ve esasen sözleşmecinin sorumluluğunda olmayan aşamanın sonradan sözleşmenin ifasını engellemesi ve bu sebebe dayanılarak sözleşmenin fesih edilmesi söz konusudur. Üstelik olayda, sözleşmeyi yapan idare ile ruhsatı veren ve sonra ruhsatı iptal eden idare aynı idaredir. İdarenin daha önceki kamu hizmetindeki (ruhsat verme işlemindeki) hukuka aykırılığa dayanarak, yani kendi hizmet kusuruna dayanarak sözleşmeyi feshetmesinde idarenin iyi niyetinden söz etmek mümkün değildir.³⁵⁷

Yukarıda da belirttiğimiz üzere sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmenin haklı nedene dayanması zorunluluğu sadece idarenin yükümlülüğü değildir. Sözleşmeci adayı da ancak haklı nedenin varlığı halinde sözleşmeyi imzalamaktan imtina

iptal-yok-hizlanma-var, **Diken Dergisi**'nin 20.2.2018 tarihli haberi, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <http://www.diken.com.tr/yapboz-istanbulda-iptal-edilen-alti-metro-hattindan-dordu-ek-protokolle-devam-edecek/>

³⁵⁶ Sözleşme öncesi uyuşmazlığa neden olan yukarıda verilen örneklerin çoğu, sözleşme imzalanmadan önce idarenin karşı tarafa bilgi vermesi ya ön hazırlık yapması gereken durumlardır. Bu nedenle sözleşme imzalanmış olup da sözleşmenin ifasına geçilememesi (örneğin; bölgenin tarihi eser konumunda olması nedeniyle, sözleşme imzalandıktan sonra inşaat ruhsatının alınamaması) esasen sözleşme öncesi dönemdeki kusurdan kaynaklanmaktadır. Sözleşme imzalanmakla artık sözleşme öncesi dönem ile sözleşme bir bütün haline gelir ve sözleşme öncesi dönemdeki kusur sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Bu konuya ileriki bölümde detaylı olarak değineceğiz. *Bkz:* Tez III. Bölüm / B / 2. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Kusur ve Kusurun Belirlenmesinin Önemi

³⁵⁷ Davacı Akfen Gruba bağlı TAV-G Otopark Yapım Yatırım ve İşletme A.Ş. tarafından açılan, zemin altı otoparkının davalı belediyece yıkımı yönünde tesis edilen kararın iptali talebi ile dava açılmış; İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 26.7.2010 tarih ve 2009/1239 Esas, 2010/1276 K. sayılı kararı ile talebin reddine karar verilmiş olup, dava Danıştay'da temyiz aşamasında olduğu bilgisi edinilmiştir. **Akfen Holding Hukukçu Raporu**, (Çevrimiçi, Nisan 2018), <http://www.akfen.com.tr/doc/3-AkfenHolding-2011Yili-TahvilIhraci-Izahname-Ek-Hukukcu-Raporu.pdf>

edebilir. Örneğin opsiyonlu tekliflerde olduğu gibi somut olayın özelliği nedeniyle, ihaleyi alan sözleşme imzalama yükümlülüğünden kurtulabilir.³⁵⁸ Bu hususa ilişkin başka bir örnek olarak, sözleşmenin imzalanmasından önce sözleşmecinin iradesi dışındaki bir konunun yargılamaya konu olması ve bu durumun sözleşme konusu üzerinde belirsizlik yaratması nedeniyle sözleşmeci bakımından haklı nedeni oluşturduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Danıştay satış yöntemiyle özelleştirilmesine karar verilen taşınmazın ihalesi için verilen geçici teminat mektubunun sözleşmecinin sözleşmeyi imzalamaması nedeniyle irat kaydedilmesi işleminin iptaline ilişkin davada; sözleşme imzalanmadan önce sözleşmeye konu taşınmazın imar planının değişikliğine ilişkin davanın devam etmesi nedeniyle *“davacıların sözleşme imzalamaları hususunda zorlanamayacakları açık olup, davacıların sözleşmeyi imzalamadan vazgeçmeleri sebebiyle geçici teminatın davacılara iadesi gerekir”* şeklinde karar vermiştir.³⁵⁹ Böylece sözleşmeci adayının kendisinden kaynaklanmayan durumun sözleşme imzalamama konusunda sorumluluk doğurmayacağını ortaya koymuş olmaktadır.

Özetleyecek olursak ister idare ister sözleşmeci adayı olsun taraflar sözleşme müzakerelerini yürütürken karşı tarafta sözleşme yapma konusunda bir güven oluşturdukları takdirde, artık haklı neden olmaksızın sözleşme yapmaktan vazgeçemezler. Aksi halde sorumlulukları ortaya çıkar. İdarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi konusunda hukuken sınırlanmış bir özgürlüğü olduğu kabul edilir. Kamu ihale mevzuatı kapsamında idarenin sözleşme yapmaktan

³⁵⁸ Örneğin, ihale konusu için idari şartnamesinde "tekliflerin opsiyonu" 30 gün olarak belirtildiği ve davalı şirket tarafından verilen proforma faturada da idari ve teknik şartnamelere uygun imalat ve teslimat yapılacağı; idarenin bu teklifi kabul etmesine rağmen, idarenin 30 günlük opsiyon süresinin bitiminden sonra karşı tarafı sözleşme imzalamaya çağırdığı fakat davalı şirketin sürenin bitiminden sonra yapılan bu kabulde bağlı olmadığını belirttiği davada; mahkeme idari şartname uyarınca davalı şirketin teklifinin opsiyonlu olmasından, bu sürenin geçmesinden sonra davacı idarenin teklifi kabul ettiğini bildirip davalıyı sözleşme yapmaya zorlayamayacağına, idarenin opsiyon işinde teklifleri değerlendirip kabulünü de aynı süre içinde teklif sahibine bildirmesi gerektiğine, aksinin ticari hayatın gerçeklerine ve her gün artan fiyatlar nedeniyle hakkaniyete aykırı olacağına karar vermiştir. Bu şekilde bir karar ile idarenin sözleşmenin bir parçası sayılan şartnamede daha önceden belirlenen 30 günlük süreye ilişkin opsiyona uymaması nedeniyle, ihaleyi alan kişi sözleşme imzalama yükümlülüğünden kurtulmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 3.4.1991 tarih ve 1991/681 E., 1991/1711 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

³⁵⁹ Danıştay 13. Dairesi'nin 13.3.2017 tarih ve 2015/1906 E., 2017/626 K. sayılı kararı. Benzer karar için Bkz: Danıştay 13. Dairesi'nin 27.4.2017 tarih ve 2016/718 E., 2017/1174 K. sayılı kararı.

vazgeçebileceği durumlar kanunda bazen açıkça bazen de bir takdir yetkisi kapsamında düzenlenmiştir. Ancak bu sınırlı özgürlük kapsamında idarenin sözleşmeci adayına göre sözleşme imzalamaktan vazgeçme konusunda, kamu hizmetinin yürüten taraf olması nedeniyle, daha geniş bir hakkı vardır.

İdarenin haklı nedeni olmaksızın sözleşme yapmaktan vazgeçmesi konusunda ihaleye katılan ya da sözleşmeci adayının korunması, ilgili idari işleme karşı (Kamu İhale Kanunu'na tabi işlerde öncelikle idareye itiraz, itirazın şikâyet sonrasında) iptal davası ile yargısal denetimin yapılması; varsa zararın tazmininin tam yargı davası ile talebi ile mümkündür. Öte yandan idare ile sözleşme yapacak sözleşmeci adayının sözleşme yapmaktan vazgeçmesi halinde sorumluluğu öncelikle idare ile yapılacak sözleşmeye dayanak teşkil eden kanunda aranmalı, bu kanunda düzenleme yapılmaması halinde genel hükümler çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'na dayanmalıdır. İdare, sözleşmeci adayının sözleşme imzalamaması nedeniyle uğradığı zararını ihale için yatırılan geçici teminatın irad kaydedilmesi yoluyla gidermek yerine adli mahkemelerde tazminat davası açarak tazmin edebileceği kanaatindeyiz. Ayrıca incelediğimiz yasal düzenlemeler çerçevesinde tarafların haklı olmayan nedenlerle sözleşme yapmaktan vazgeçmesi konusunda, zarara uğrayan tarafın gerçek zararının belirlenip, tazminine yönelik yeterli düzeyde bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçek zararın tazmini konusu ileriki bölümlerde³⁶⁰ incelenecek olup, burada şimdilik sözleşmenin haklı neden olmaksızın imzalanmaktan vazgeçilmesi halinde sorumluluğun oluşacağını belirtmekle yetiniyoruz.

2. İdarenin Sözleşme Yapmaktan Vazgeçmesinin Estoppel, Haklı Beklenti ve Kazanılmış Hak Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi

Sözleşme müzakerelerine girişen taraflardan her biri sözleşmenin imzalanması konusunda bir sorumluluğa sahiptir. Bu hususa yukarıdaki bölümde değindik. Bu kısımda ise özellikle, kamu gücü ile donatılmış idare karşısında daha zayıf konumda olan ve sözleşmenin imzalanacağına güvenen sözleşmeci adayının,

³⁶⁰ Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Ortaya Çıkabilecek Zarar ve Culpa in Contrahendo Sorumluluğu'nun Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarına Etkisi

bu beklentisinin *haklı beklenti* ya da *kazanılmış hak* kapsamında korunmaya değer bir hak olup olmayacağı değerlendirilecek, idarenin sözleşme yapma vaadine ilişkin beyanları *estoppel* kavramı çerçevesinde incelenecek ve bu kavramların bireye sağlayacağı hukuki koruma ele alınacaktır.

Haklı beklenti kavramı hukuka uygun olmak kaydıyla idarenin işlem, eylem, hukuki açıklama, taahhüt ya da süreklilik arz eden uygulamanın yarattığı hukuki güvenlik nedeniyle, bireylerin bu işlemlerin kendilerine de uygulanacağı beklentisi içinde olmaları şeklinde tanımlanabilir.³⁶¹ Haklı beklentiye doğuran tasarrufların sayısı çok geniş olup; idarenin yanıltıcı beyanları, açıkça vermiş olduğu taahhüt, teminat ve sözler ile yapmış olduğu sözleşmeler de bu kapsamda yer almaktadır.³⁶²

Haklı beklenti kavramı kaynağını İngiliz Kamu Hukuku'nda içtihatlar kapsamında ortaya çıkan idarenin taahhüdünden almıştır.³⁶³ Kavramın içeriği usuli ve maddi haklı beklenti olmak üzere iki kategoride incelenmiştir.³⁶⁴ Öte yandan Kıta Avrupası'nda, Alman Hukuku'nda, uzun yıllardan beri idari işlemlerin geri alınması ve kaldırılması konularında haklı beklenti kavramı üzerinden gerçekleşmektedir.³⁶⁵ Haklı beklenti kavramı Alman Anayasası'daki (Art. 20 Abs. 3 GG) temel haklardan hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden “*Güvenin Korunması İlkesi*”ne (“*Vertrauensschutz*”) ve “*Hukuki Güvenlik İlkesine*”ne (“*Rechtssicherheit*”) dayanmaktadır.³⁶⁶

³⁶¹ Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2003, s. 221-222.

³⁶² Selman Sacit Boz, **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 272, 292, 302.

³⁶³ John Cartwright, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, **Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law**, July 2006, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 10.3 (December 2006), s. 6. (Çevrimiçi, Mayıs 2020) <https://www.ejcl.org>

³⁶⁴ Haklı beklenti (legitimate expectation) kavramı içtihat hukuku kaynaklı bir kavram olup, ilk defa İngiltere’de Lord Denning tarafından 1969 tarihli Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs kararında yer verilmiştir. Kararda, vize uzatımı için başvuran öğrencinin sadece hakkının ya da menfaatinin değil, aynı zamanda haklı beklentilerinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Engin Saygın, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 126, 2016, s. 211. Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Mart 2018), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-126-1602>

³⁶⁵ Bu ilkenin somutlaştırılması ise, Alman İdari Yargılama Usul Kanunu’nda (VwVfG) idari işlemin idare tarafından hükümsüz kılınması konusu kapsamında *Hukuka Aykırı İdari İşlemlerin Geri Alınması* (§ 48 Abs. VwVfG) ve *Hukuka Uygun İdari İşlemlerin Kaldırılması* (§ 49 Abs. VwVfG) hükümleri ile düzenlenmiştir.

³⁶⁶ Rolf Schmidt, **Allgemeines Verwaltungsrecht Grundlagen des Verwaltungsverfahrens Staatshaftungsrecht**, 15. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, Bremen, 2011, s. 236. Güvenin korunması

Yargı kararlarında da haklı beklentinin önemli unsurlarından bazıları; “yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerine ümit etmeleri”³⁶⁷ ve idarenin ümit uyandıran bu işleminin “kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek ve makul bir beklenti olması” şeklinde sıralanmıştır.³⁶⁸ Haklı beklentiye ilişkin uyuşmazlığın temelinde, bireyin idarenin olağan işleyişine devam edeceğine olan beklentisinin oluşturduğu güven ile idarenin hizmet gereklilikleri nedeniyle uygulama değişikliğine gitmesi arasındaki çatışma vardır.³⁶⁹ İdarenin düzenleyici işlemler üzerinde gerekli değişiklikleri yapma konusunda takdir yetkisi bulunması karşısında bireyin önceki kuralın devam edeceğine ilişkin istikrar ve güven talep etme hakkı vardır.³⁷⁰

Haklı beklentiye neden olan idarenin mevcut uygulaması bir düzenleyici işlemle olabileceği gibi birel işlem ile de değişebilir. Konumuzla ilgili olarak özellikle ikinci durum üzerinde duracağız. Birel işlemlerdeki haklı beklenti genelde, bir hükmün uygulanmasında idareye tanınan takdir yetkisinin kullanımından kaynaklanır. Bu nedenle idarenin mevcut uygulamasını değiştirmesindeki takdir yetkisi ve bu yetkinin sınırının belirlenmesi haklı beklenti kavramının uygulanması bakımından önem arz eder.

İdari sürece esneklik kazandırması bakımından takdir yetkisi önemli bir özelliktir, ancak bu idarenin önceki uygulamalarını inkâr etmesi ya da keyfi biçimde kullanabileceği anlamına gelmemektedir.³⁷¹ Birçok yargı kararında da vurgulandığı

ilkesi, Alman İdare Hukuku’nda özellikle (imar hukukunda) geriye yürüme yasağı kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Steffen Dettenbeck, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, s. 225.

³⁶⁷ Danıştay 5. Dairesi’nin 14.3.2006 tarih ve 2003/3647 E., 2006/1140 K. sayılı kararı ve Danıştay 10. Dairesi’nin 14.6.2011 tarih ve 2007/5427 E., 2011/2289 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

³⁶⁸ Danıştay 2. Dairesi’nin 16.9.2008 tarih ve 2008/838 E., 2008/3543 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

³⁶⁹ Engin Saygın, **a.g.m.**, s. 231.

³⁷⁰ C. F. Forsyth, ‘“Haklı Beklentiler’in Doğuşu ve Korunması”, Çeviren: Esin Örucü, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. VII, Sayı: 1-3, s. 122. Makalenin elektronik ortamdaki künyesi için Bkz: (Çevrimiçi, Mart 2018), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13727>

³⁷¹ Frank C. Newman, “Should Official Advice Be Reliable? - Proposals as to Estoppel and Related Doctrines in Administrative Law”, Columbia Law Review Association, Inc., **Columbia Law**

üzere, “idareye tanınan takdir yetkisinin idarenin keyfi olarak hareket edebileceği anlamına gelmeyeceği açıktır. Zira, takdir yetkisi ile idareye ancak hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü tanınmış olduğundan, yasa koyucu tarafından idareye tanınan bu yetkinin başta kamu yararı olmak üzere hizmet gereklerine, hukuk devleti, hukuk güvenliği ve kazanılmış haklara riayet ilkelerine uygun olarak kullanılması gerekmektedir.”³⁷² Diğer önemli husus ise, idarenin yaptığı işlemde “üstün kamu yararı”³⁷³, “baskın kamu yararı”³⁷⁴ veya başka bir kullanım ile “kamu yararının ağır bastığı durumlar”ın³⁷⁵ olması halinde artık bireyin haklı beklentisinin korunmayacağıdır. İdarenin işleminde kamu yararının bulunuyor olması bireyin haklı beklentisinin önüne geçmesi için yeterli değildir; bireyin haklı beklentisinin

Review, Vol. 53, No. 3 (Mar., 1953), s. 376, 377, Halil Kalabalık, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, **GÜHFD**, C. I, S: 1, 1999, s.172, 208.

³⁷² Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 12.11.2015 tarih ve 2015/1130 E. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com> Benzer kararlar için Bkz: Danıştay 12. Dairesi’nin 31.1.2017 tarih ve 2016/8868 E., 2017/66 K. sayılı kararı, Danıştay 15. Dairesi’nin 9.3.2016 tarih ve 2016/914 E., 2016/1540 K. sayılı kararı, Danıştay 15. Dairesi’nin 5.4.2017 tarih ve 2016/928 E., 2017/1581 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2018), <http://www.kazanci.com> Ayrıca ÖZAY, hukuk devletinin özelliklerine ilişkin makalesinde idari işlemin hangi unsuruna ilişkin olursa olsun “takdir yetkisinin sınırı”nın yalnız yargı, özellikle yüksek yargı tarafından çizilebileceğini, bu konuda yasal sınırlamanın ise kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. İl Han Özay, “Kendine Özgü Bir ‘Hukuk Devleti’”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, Ankara**, Danıştay Yayınları, 1-4 Mayıs 1990, s. 135.

³⁷³ Danıştay, bireyin haklı beklentisinin korunup korunmadığını incelerken “üstün kamu yararının da bulunmaması”nı bir koşul olarak sıralamıştır. Danıştay bu kararında; “... yeni Yönetmelikte öngörülen boy şartının davaya konu olayda olduğu gibi üstün kamu yararının da bulunmadığı bir durumda, mezun olduğunda itfaiye eri olma konusunda haklı bir beklenti içinde olan davacı hakkında uygulanmak istenmesinin idare hukukunun genel ilkelerinden olan haklı beklenti ve idareye güven ilkesini zedeleyici nitelikte olduğu...” tespitini yapmaktadır. Bkz: Danıştay 12. Dairesi’nin 15.9.2015 tarih ve 2012/7707 E., 2015/4804 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2018), <http://www.kazanci.com>

³⁷⁴ Danıştay, başka bir kararında yine, “Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimi, takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir” diyerek baskın kamu yararının olması halinde haklı beklentinin olmaması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay 5. Dairesi’nin 14.3.2006 tarih ve 2003/3647 E., 2006/1140 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com> Danıştay çeşitli kararlarında, aynı kavramı anlatmak için “baskın kamu yararı” yerine “üstün kamu yararı kavramı”nı kullanmıştır. Danıştay özellikle iki kamu yararının karşılaştığı uyumsuzluklarda birini diğerine göre üstün tutması halinde “üstün kamu yararı” kavramını kullanmaktadır. İbrahim Gül, “Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, 2014, s. 541-542.

³⁷⁵ Danıştay bu kararında, “Haklı beklentinin korunması, idarenin takdir yetkisini kullandığı alanlarda söz konusu olduğundan, kamu yararının ağır bastığı durumlarda haklı beklentiden söz edilemeyeceği”ni belirtmektedir. Danıştay 15. Dairesi’nin 21.11.2017 tarih ve 2016/ 941 E., 2017 / 6819 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mayıs 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

korunmayacağı durum ancak idarenin işleminde baskın bir kamu yararı³⁷⁶ olması durumudur. O halde yargının esas olarak bireyin haklı beklentisinin oluşup oluşmadığının araştırması³⁷⁷ ve bu beklentiyi yaratan merciin istisnai haller dışında bu beklentiyi tatmin etmesi³⁷⁸, yani baskın kamu yararı olmadığı durumlarda haklı beklentilerin zedelenmemesi gerekir.³⁷⁹

Kaynağını idarenin taahhüdünden alarak haklı beklenti oluşmasına neden olan bir başka durum ise idarenin yanıltıcı beyanda bulunarak; açık bir şekilde

³⁷⁶ Baskın kamu yararının değerlendirilmesinde farklı yorumlara rastlanmaktadır; nitekim yargı yerinin idarenin yapmış olduğu işlemdeki kamu yararını değerlendirmesinin idarenin takdir yetkisine müdahale olarak gören yazarlara göre, buradaki baskın kamu yararı *bireyin haklı beklentisinin korunmamasındaki kamu yararının baskın* olması şeklinde yorumlanmaktadır. Soren Schonberg, **Legitimate Expectation in Administrative Law**, New York, Oxford University Press, 2000. (Aktaran; Halil Altındağ, **Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması**, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010, s. 57vd.)

Buna göre, eğer idarenin yaptığı uygulama değişikliğinde bireyin haklı beklentisinin korunmamasındaki kamusal yarar baskın ise, bireyin uygulamanın devam etmesi yönündeki haklı beklentisi; yani kişisel menfaati korunmayacaktır. Bu şekilde bir algılamanın odak noktasında ilgili yazarlardan alıntılandığı gibi “bireyin haklı beklentisinin korunmamasının kamu yararının baskın olması” yer almaktadır ve önerme esasen başka şekilde ifade edildiğinde “bireyin haklı beklentisi korunmuyor olduğunda, idarenin yeni uygulamasının geçerli olacağı” anlamına gelmektedir. Bu durum da yine idarenin yeni uygulamasının kamu yararının baskın olması şeklindeki ifadeye eşit olmaktadır. “*Bireyin haklı beklentisinin korunmamasının kamu yararı*” önermesi ise, olumsuzdan yola çıkarak pratik anlamda hem algılamayı güçleştirmekte, hem de neticede yargı yerlerinin kaçınması gerektiği vurgulanan idarenin takdir yetkisine yerindelik incelemesi yapılmasından kaçınılması vurgusunu boşa çıkarmaktadır. Çünkü, bu şekilde tersten bir önerme ile esasen yargı yerleri idarenin yaptığı yeni işlemin bireyin menfaati üzerinden de olsa dolaylı olarak yine yeni işlemin kamu yararını değerlendirmiş olmaktadır. Bireyin beklentisinin korunmaması için yapılacak değişikliğin ancak “baskın bir kamu yararı” içermesi gerektiği ifadesinin daha anlaşılır olduğunu bu nedenle de algılamayı güçleştirecek ifade tarzını içeren görüşlere katılmadığımızı belirtmek istiyoruz.

İngiliz Hukuku’na hakim olan “bireyin haklı beklentisinin korunmaması için gerekçe bulmanın, bireyin haklı beklentisinin korunmasına gerekçe bulmaktan daha kolay olduğu ifade edilmektedir. Mahkemelerin esas yönünden haklı beklenti kavramının sorgulamasına gösterdikleri direncin sebebi ise, yargının idarenin takdir yetkisini sorgulamak istememelerinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, s. 244.

³⁷⁷ *Haklı beklentinin korunması ilkesi için kısaca*; idareye atfedilebilir bir davranış; haklı beklenti doğuran durumların varlığı olmalı, beklenti hukuken korunmaya değer bir aşamaya gelmiş olmalı, beklenti objektif güven temeline oturmalı, zarar doğması veya bir menfaatin ihlal edilmesi gerekir, beklenti hukuka uygun olmalı, baskın kamu yararı olmamalı, beklentiden dürüstlük ilkesine uygun şekilde yararlanılmalı, beklentide kanuna karşı hile olmamalı, beklenti sahibi iyiniyetli olması gerektiğinden söz edebiliriz.. Selman Sacit Boz, **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, s. 219-332.

³⁷⁸ C.F. Forsyt, **“Haklı Beklentiler’in Doğuşu ve Korunması”**, s. 123.

³⁷⁹ Danıştay 5. Dairesi’nin 14.3.2006 tarih 2003/3647 E., 2006/1140 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mayıs 2020), <http://www.kazanci.com>

verdiği taahhüt, teminat, güvence veya sözü yerine getirmemesidir.³⁸⁰ Birey idarenin tekrarlayan uygulamasına güvenerek konumunu değiştirmesi ya da değiştirmemesi sonucunda zarara uğrayabilir.³⁸¹ Bu durum İngiltere'deki özel hukuk (sözleşme hukuku) kaynaklı *estoppel* kavramını akla getirmektedir. Estoppel bir kimsenin daha önceki beyan veya davranışını inkâr etmesine engel olmayı ifade eder.³⁸²

İngiliz Hukuku'nda; sözleşme hukuku kapsamında estoppel kavramının uygulama alanının geniş olmadığı, kamu hukukunda ise daha çok haklı beklenti ilkesine yer verildiği görülmektedir.³⁸³ İngiliz sözleşme hukukunda estoppel ilkesinin sözleşme öncesi bir yükümlülük doğurması yönünde bir prensip benimsenmemiştir. Sözleşmenin kurulacağına güvenmesi nedeniyle birtakım masraflar yapıldığını bilmesine rağmen diğer taraf sözleşme yapmaktan vazgeçebilir. Sözleşme öncesi yapılan masrafların riski tarafların kendi üzerindedir.³⁸⁴

Amerikan Hukuku'nda ise estoppel kavramı daha geniş şekilde yer bulmaktadır. Özellikle bireyin idareye herhangi bir konu ve uygulama hakkında başvuru yaptığı (danıştığı) hususlarda idarenin verdiği tavsiye ve öneriyi sonradan değiştirmesinin bir anlamda bireyin cezalandırılması anlamına geleceği,³⁸⁵ idareden tavsiye alan kişinin iyiniyetli olarak idarenin bu beyanına güvenmesinin doğal olduğu ve bu konudaki ispat yükünün güvenen kişi üzerinde olduğu vurgulanmaktadır.³⁸⁶ Bu nedenle bireyin idareden yazılı bir belge alması ispat kuvvetini arttıracak muhakkaktır. Öte yandan, idarenin verdiği “resmi tavsiyelerin

³⁸⁰ Sacit Boz, **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 292-310.

³⁸¹ Selman Sacit Boz, “Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği”, **TADD**, Yıl: 9, S: 34, Nisan 2018, s. 231.

³⁸² *Estoppel* kavramı için Bkz: **The Free Dictionary by Farlex / Legal Dictionary**, (Çevrimiçi, Mayıs 2020) <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Estoppel>

³⁸³ John Cartwright, **a.g.m.**, s. 1-6.

³⁸⁴ Yazar, “*Walford v. Miles*” davasında Lord Ackner’in düşüncesini aktarmaktadır. Taraflar karşılıklı iyiniyetle müzakere sürdürmekte iken kendi çıkarlarını kollamak için sözleşme görüşmelerini gerçekten sonlandırabilir ya da daha avantajlı sözleşme şartlarına kavuşmak için karşı tarafa müzakereyi sonlandırabileceği hissini verebilirler. [1992] 2 AC 128 at 138 (*Aktaran*); John Cartwright, **a.g.m.**, s. 8.

³⁸⁵ Frank C. Newman, **a.g.m.**, s. 374.

³⁸⁶ İdareye güven konusundaki iyiniyet subjektif bir konu olmakla beraber Yazar, bir kimsenin idareye güven konusundaki iyiniyetlinin ölçüsünü benzer konularda ihtiyatlı bir kişi gibi davranıp davranmamasına bağlamaktadır. Frank C. Newman, **a.g.m.**, s. 383.

güvenilir hale getirilmesi” konusuna, idareyi sınırlayacağı kaygısı ile sıcak bakılmamaktadır.³⁸⁷

Türk Hukuku’nda idarenin tavsiye, görüş, öneri, değerlendirme, bilgilendirme, yönlendirme gibi işlemleri idarenin icrai olmayan işlemleri arasında yer alırlar.³⁸⁸ İdarenin sözleşme yapma vaadine ilişkin beyanları hem sözlü hem yazılı olarak yapılabileceği düşünülürse her iki durumun da değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle idarenin sözlü beyanı ile sözleşme yapma vaadinde bulunması, kanaatimizce, idarenin icrai olmayan işlemlerine benzemektedirler. Bu işlemlerin icrai olmaması, hukuk dünyasında herhangi bir değişiklik meydana getirmediği, ilgililerin haklarını etkilemediği³⁸⁹ ve bu işlemlere karşı iptal davası açılmayacağı anlamına gelir.³⁹⁰ Kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan bu işlemler henüz usulen tamamlanmadıklarından idarenin ileride bunun aksine işlem yapabileceği ileri sürülmektedir.³⁹¹ Öte yandan idarenin yazılı olarak yaptığı sözleşme yapma taahhüdü, ön sözleşme (protokol) vb. vaad içeren beyanları hukuka aykırı olup olmamasına bakılmaksızın tamamlanmış bir idari işlem görünümündedir.³⁹²

Estoppel’in konumuz bakımından önemi, idarenin beyanı ile sözleşme yapma vaadinde bulunması ve bu vaadini (taahhüdünü) yerine getirmemesi karşısında bireyin bu beyana güveni neticesinde bir zarara uğramasıdır. Estoppel kavramının Türk İdare Hukuku içerisindeki yerine bakacak olursak; birçok alt başlığı olan estoppel kavramının bazı çeşitlerinin (örneğin; promissory estoppel³⁹³) haklı beklenti

³⁸⁷ Frank C. Newman, **a.g.m.**, s. 389.

³⁸⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 368 vd., Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, 2. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 702 vd., A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 443 vd.

³⁸⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 703.

³⁹⁰ Danıştay 15. Dairesi’nin 23.01.2014 2013/ 3732 E., 2014 / 137 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mayıs 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

³⁹¹ Yazar, idarenin yanıltıcı beyanlarının kural olarak idareyi geleceğe yönelik belli bir şekilde davranma yükümlülüğü getirmediğini belirtmekte; idarenin yanıltıcı beyanlarını *resmi beyan* ve *gayriresmi beyan* olarak ikiye ayırmaktadır. Bu iki durumun arasında haklı beklentinin karşılanması bakımından fark olacağını belirtmektedir. Selman Sacit Boz, **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, s. 294.

³⁹² İdarenin işlemleri mahkeme tarafından iptal edilinceye ya da idarenin bir başka işlemi ile geri alınıncaya kadar *hukuka uygunluk karinesinden* yararlanırlar.

³⁹³ *Promissory Estoppel* kavramı için Bkz: **Dictionary by Merriam - Webster**; (Çevrimiçi, Mayıs 2020) <https://www.merriam-webster.com/dictionary/estoppel#legalDictionary>

kavramı ile karşılanabildiği³⁹⁴ bu nedenle idare hukuku açısından farklı bir kavram öne sürerek kavram kargaşasına girilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁹⁵ Bu yöndeki görüşe kısmen katılıyoruz. Nitekim estoppel ilkesi idarenin yazılı veya sözlü davranışı ile açık ve kesin taahhüdünden dönerek karşı tarafın beklentisini zedelemesi anlamına geldiğinden, hem haklı beklenti hem de estoppel ilkesi karşı tarafın güveninin boşa çıkarılması ile ilgilidir.³⁹⁶ Estoppel kavramının uygulanmasını bütünüyle red etmek yerine, kavramlar arasındaki yakın ilişki dolayısıyla özellikle promissory estoppel ilkesini haklı beklenti kavramı içerisinde inceleyerek; bu yöndeki gelişmeleri ve estoppel doktrinin yaklaşımlarının takip edilmesi haklı beklenti kavramının gelişimine olumlu katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan haklı beklenti ve estoppel gibi kavramlarla birlikte anılan ve haklı beklentinin somutlaşmış görünümünü ifade eden *kazanılmış haklara saygı ilkesi* de bu alanda değinilmesi gereken bir kavramdır. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, “*yürürlükteki hukuka uygun olarak doğan ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi durumların varlığına rağmen hukuk düzenince korunması gereken bir hak*” olarak tanımlanmaktadır.³⁹⁷ Kazanılmış hak kavramı yerine “*hak yaratıcı işlemler*” kavramı da kullanılmaktadır.³⁹⁸

Haklı beklenti kavramı ile kazanılmış haklara saygı ilkesi karşılaştırıldığında, haklı beklenti henüz doğmamış ve fakat doğması ümit edilen, henüz hak seviyesine ulaşmayan bir durum olduğundan haklı beklentilerin korunması garanti edilmemektedir.³⁹⁹ Eskiye oranla haklı beklentinin korunmaya değer bir hak olduğu yönünde kararların verildiği görülmekle beraber, bu kavramın hâlâ kazanılmış haklara saygı ilkesine göre daha muğlak ve zayıf bir koruma imkânı sağladığını

³⁹⁴ Selman Sacit Boz, “**Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği**”, s. 231.

³⁹⁵ Halil Altındağ, **a.g.e.**, s. 24.

³⁹⁶ John Cartwright, **a.g.m.**, s. 6.

³⁹⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 12.11.2015 tarih ve 2015/1130 E. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2018), <http://www.kazanci.com>

³⁹⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1128.

³⁹⁹ C.F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, **Cambridge Law Journal and Contributors**, Çeviren: Esin Örüçü, Volume 47, Issue 2 July 1988, s. 238-260. C. F. Forsyth, “Haklı Beklentiler’in Doğuşu ve Korunması”, s. 138.

söyleyebiliriz.⁴⁰⁰ Ayrıca haklı beklenti kavramı yargı kararlarında, bağımsız bir kurum olmaktan çok kazanılmış haklara saygı, hukuk devleti, idareye güven, hukuki istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi kavramlar ile birlikte ele alınmaktadır.⁴⁰¹ Esasen bu konuyla ilgili tüm kavramların birbirleri ile yakın ilişkide olduklarından birbirlerinin yerine kullanıldığı da görülmektedir.⁴⁰²

Yukarıdaki incelemelerimiz ışığında, idarenin sözleşmeyi imzalamaması durumunda sözleşmeci adayı bakımından haklı beklentinin ya da kazanılmış hakkın oluşup oluşmayacağı konusuna geçmeden önce belirtmek gerekir ki, Türk Doktrini'nde idarenin sözleşme görüşmelerini yarıda bırakarak sözleşmeyi imzalamaması (örneğin; ihale işlemini geri alması) karşısında bireyin haklı beklentisi veya kazanılmış hakkının olup olmayacağının irdelendiği özel bir çalışmaya rastlamamakla beraber, OĞURLU'nun kazanılmış hak ve haklı beklentiye incelediği kitabında sadece “Sözleşmelerin Oluşturduğu Haklı Beklentiler” başlığı altında, *imzalanmış sözleşmenin* yarattığı beklentiye yer verilmiştir.⁴⁰³ Bu durum sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin devam edeceği yönündeki güven

⁴⁰⁰ Yazar, haklı beklenti kavramını kazanılmış haklara göre üst seviyede bir koruma öngören bir kurum olarak nitelirmektedir. Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, s. 35.

⁴⁰¹ Örneğin bir kararda Danıştay, eski yönetmeliğe göre itfaiye eri olma şartlarını taşımasına rağmen yeni yönetmeliğin davacıya uygulanmasını “*haklı beklenti ve idareye güven ilkesini*” zedeleyici nitelikte olduğuna karar vermiştir. Danıştay 12. Dairesi'nin 15.9.2015 tarih ve 2012/7707 E., 2015/4804 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com> Bir başka kararda ise Danıştay, idarelerin yetkilerini kullanırken önceki düzenlemeler kapsamında kişilerin *kazanılmış haklarını ve haklı beklentilerini* korumak zorunda olduğu; bu durumun *hukuk güvenliğinin ve hukuki istikrarın sağlanması* açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunun altını çizmiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin 14.6.2011 tarih ve 2007/5427 E., 2011/2289 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁰² Söz konusu davada, mezuniyet alanı sınıf öğretmenliği olan davacının uzun yıllardır zihinsel engelliler sınıf öğretmenliği yapması, Öğretmenlik Kariyer Basamaklarında Yükselmeye İlişkin Değerlendirme Formunda davacının alanının zihinsel engelliler sınıf öğretmenliği olarak yazılması ve özlük haklarının da bu durum üzerinden yürütülmesi karşısında ilk derece mahkemesi idari istikrar ilkesi ve *haklı beklenti* kavramına dayanarak kişinin İLSİS kayıtlarında alan bilgisinin zihinsel engelliler sınıf öğretmeni olarak düzeltilmesi gerektiğine karar vermiş olmasına rağmen Danıştay, mevzuata aykırı olarak söz konusu alanda görev yapmasının ise *kazanılmış hak oluşturmayacağı* gerekçesi ile kararın bozulmasına karar vermiştir. Danıştay 2. Dairesi'nin 12.11.2013 tarih ve 2012/6336 E., 2013/7909 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁰³ Yazar, idare ile sözleşme imzalayan gerçek ya da tüzel kişinin sözleşmenin yerine getirilmesini beklerken, sözleşmenin önceden belirlenmiş fesih nedenleri dışında feshedilmesinin haklı bir beklentiye aykırılık oluşturabileceğini vurgulamaktadır. Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, s. 258.

kapsamında oluşan haklı beklenti olup, sözleşmenin ifasındaki kusur (culpa in solvendo) sebebiyle güvenin kesintiye uğramasını ifade eder. Yazarın vurguladığı husus, şu an bu kısımda incelediğimiz henüz imzalanmamış sözleşmenin imzalanma beklentisinden farklı bir durumdur. Ancak yine de idarenin sözleşmelerinde konuya haklı beklenti ilkesi bakış açısı ile önemli bir katkı sağlaması bakımından anlamlıdır.

Kanaatimize göre, idarenin sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi durumunun birey bakımından *haklı beklenti* oluşturup oluşturmayacağı incelenirken, haklı beklentinin pozisyonel özelliği nedeniyle her olay bazında ayrı değerlendirilmeli; doktrin ve yargı kararları ile tespit edilmiş haklı beklentinin unsurları somut olay bakımından incelenmelidir. Nitekim gerçekleşebilecek olasılıkların fazlalığı da göz önüne alınırsa durum genelleme yapmaya uygun değildir. Bu nedenle burada üzerinde duracağımız olasılıklar sınırlı sayıda olmayıp, muhtemel vakalardır.

Örneğin, bireyin sözleşmenin imzalanacağına duyduğu *beklentinin idare tarafından yaratılmış olması*, yani *idarenin uzun süreden beri uygulamasının* bu yönde olması ve *bireyin bu beklentisinin somut olayın gerçekleri doğrultusunda makul olması* bireyin haklı beklentisinin oluşmasının ilk adımıdır. Somutlaştıracak olursak; ihaleye katılan bir kişinin ihale üzerinde kaldıktan sonra idare tarafından sözleşme yapmaya davet edilmesini beklemesi ya da ihaleye tabi olmayan bir sözleşme hazırlığında, idarenin müzakere sürecinde sözleşme yapma konusunda niyetinin ciddi olduğunu yazılı ya da sözlü olarak karşı tarafa iletmesi ve karşı tarafta bir güven uyandırması halinde bireyin sözleşmenin imzalanacağı konusunda haklı beklentisi oluşması muhtemeldir.⁴⁰⁴ Öte yandan ihale ilanı uyarınca ihaleye teklif sunan ancak henüz ihale sonuçlanmadan ihalenin iptal edildiği bir durumda bireyin sözleşme imzalama konusunda haklı beklentisinin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Çünkü birey ihaleye katılmış olmakla beraber ihaleyi kazanma garantisi elde etmez. Bunun yanı sıra, ihale iptal edilmeseydi ihale üzerinde kalacak katılımcının haklı beklentisi korunmaya değer olacaktır.

İkinci adım olarak, sözleşmenin imzalanması konusunda oluşan bu haklı beklentinin meşru yani hukuki anlamda korunmaya değer bir beklenti olup

⁴⁰⁴ Burada ayrıca sözleşmeci tarafın iyiniyetlinin irdelenmesi gerektiğini vurgulamak gerekir; yani sözleşmeci adayı idarenin sözleşme imzalamama niyetini bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa sözleşme yapılacağına ilişkin haklı beklentisi korunmalıdır.

olmayacağıının incelenmesi gerekir. Örneğin, yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, ihale üzerinde kalan ve sözleşmeye davet edilme haklı beklentisi içerisinde olan kişinin bu beklentisinin meşru yani hukuken korunmaya değer bir hak olmaması için idarenin kendisine verilen yetki kapsamında sözleşme imzalamama konusunda bir haklı nedeninin ortaya çıkması (örneğin baskın kamu yararı); yani ortaya çıkan yeni bir sebep bireyin bu meşru hakkından üstün gelmelidir. Bu haklı neden idareye bir kanun maddesi ile sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmek yönünde açık yetki ya da bir takdir yetkisi düzenlenmiş olabileceği gibi, sonradan ortaya çıkan baskın kamu yararının varlığı da olabilir. Ayrıca idareyi sözleşme imzalamaktan vazgeçiren olayın sonradan mı ortaya çıktığı; yeni bir durum ise şartların idarece önceden öngörülüp öngörülemeyeceği değerlendirilmeli; sözleşmenin imzalanmasının kamu yararının sağlanmasını zedeleyecek boyutta olup olmayacağı, idarenin sözleşme imzalamaktan vazgeçme işleminin *hizmet gereklerine uygun ve kamu yararı* gözetilerek yapılıp yapılmadığı hususları incelenecektir. Kanaatimizce, idarenin takdir yetkisini kullanarak sözleşme yapmaktan vazgeçmesinde ancak baskın kamu yararının bulunması halinde sözleşme kurulamaması kabul edilebilir, ki bu halde dahi sözleşmecinin zararının tazmin edilmesi gerekir.⁴⁰⁵

Öte yandan sözleşmenin imzalanmamasının haklı beklenti değil de somutlaşmış ve doğmuş bir hak; yani *kazanılmış hak* olarak ele alınıp alınamayacağı da değerlendirilmelidir. Verdiğimiz ilk örnekte, ihalenin kesinleşmesi sonucu sözleşme imzalama aşamasına gelinmesine rağmen idarenin sözleşmeci adayını sözleşmeye davet etmek yerine yaptığı bir işlem ile sözleşme yapmaktan vazgeçmesi ya da sözleşmenin imzalanması için ek mükellefiyetler çıkarması⁴⁰⁶ karşısında, sözleşmeci adayı kendisi ile sözleşme yapılması konusunda kazanılmış hakkı

⁴⁰⁵ Yazar, kazanılmış hak ile kamu yararı karşı karşıya kaldığında kamu yararına öncelik tanındığını, bundan zarara uğrayan bireyin zararının kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilebileceğini belirtmektedir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1140.

⁴⁰⁶ Kazanılmış hakkın yargı kararları ile kabul edilen başka bir durumu örnek olarak ; sözleşmeci adayı ile sözleşme imzalanmadan önce sözleşmeci adayında aranan şartların değişmesi ve yeni düzenlemenin ek mükellefiyetler getirmesi halinde, sözleşmeci adayının (eski) yeterlilik şartları incelenerek sözleşme aşamasına gelinmiş olduğundan, artık yasa hükmü bireyselleşerek somut bir hak halini almıştır, bu nedenle sözleşmeci adayının ek mükellefiyetler olmadan sözleşmenin imzalanması konusunda *kazanılmış hakkının* olduğunu söyleyebiliriz.

olduğunu ileri sürülebilir.⁴⁰⁷ Henüz imzalanmamış bir sözleşmenin kazanılmış hak yaratması sözleşmeden beklenen faydanın elde edilmesi anlamında değil, sözleşmenin imzalanma hakkının kazanıldığına ilişkindir. Belirtmek gerekir ki, ancak icrai işlemler kazanılmış hakkın doğması konusunda elverişlidirler. İhale yetkilisi veya ita amirinin ihaleyi kesinleştirmesi işlemi (ihale kararının alınması / ihalenin onaylanması kararı) takdir yetkisinin kullanıldığı icrai bir işlemdir.⁴⁰⁸ Bu karar sonucunda sözleşmeci aday ve idare bakımından sözleşmeyi imzalama yükümlülüğü doğar. Bu nedenle sözleşmeci adayının sözleşmenin imzalanması konusunda kazanılmış hakkının olduğu, yani yukarıda belirtilen idarenin bir haklı nedeninin bulunmadığı durumlarda, hakkının hukuken korunmaya değer aşamaya geldiğini söyleyebiliriz.⁴⁰⁹

Haklı beklentinin oluştuğu bir başka durum da *idarenin sözleşme yapma vaadinde bulunması*dır. Yukarıda estoppel kavramını incelerken belirtildiği üzere bu beyan icrai bir işlem veya icrai olmayan bir işlem ile yapılmış olabilir. İdarenin sözleşme yapma taahhüdü içeren işlemi unsurları bakımından hukuka uygun ise, idare bu vaadi ile bağlıdır ve haklı bir nedeni olmaksızın vaadini gerçekleştirmezse sorumlu olur. Öte yandan idarenin yapmış olduğu sözleşme yapma taahhüdü işlemi hukuka aykırı ise, bu durumda bireyin haklı beklentisinin meşruiyeti tartışmalı hale gelecektir. Nitekim hukuka aykırı işlemler idare tarafından geri alınabilir, kaldırılabilir veya mahkeme tarafından iptal edilebilir. Öte yandan hukuka aykırı yararlandırıcı işlemlerin geri alınmaları ancak süre şartına bağlı olarak ileri sürülebileceğinden konu tartışmalı hale gelmektedir.⁴¹⁰

Bu konuya ilişkin Almanya'daki uygulamadan kısaca değinecek olursak; Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nda (VwVfG) idari işlemin idare tarafından hükümsüz hale getirilmesine ilişkin Kanun maddelerine⁴¹¹ göre, birey *hukuka aykırı*

⁴⁰⁷ İdari sözleşmelerin de inşaat ruhsatı, terfi işlemi, atama işlemi gibi hak yaratıcı işlemler oldukları belirtilmektedir. Chapus, **Droit administratif general, op cit., c. I**, s. 1162 (Aktaran: Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1128.)

⁴⁰⁸ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 213-215.

⁴⁰⁹ Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, s. 96.

⁴¹⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 430.

⁴¹¹ Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari işlemlerin hükümsüzlüğü birey bakımından ele alınarak *yükümlendirici işlem* veya *yararlandırıcı işlem* olmak üzere iki kategoride ele alınmaktadır.

*yararlandırıcı işleme*⁴¹² güvenmiş ve bireyin güveni kamu yararı karşısında korunmaya değerse söz konusu hukuka aykırı işlem geri alınamaz.⁴¹³ Kural olarak, bireyin *güveninin korunmaya değer olması* ilgilinin yapılan harcamalardan dönmesinin mümkün olmaması yani verilen faydanın tüketilmiş olması veya işlemin geri alınması ilgiliye ondan beklenemeyecek dezavantajlar getirmesi halinde mümkündür.⁴¹⁴ Ayrıca, yararlandırıcı hukuka aykırı bir işlemin kamu yararı karşısında korunmaya değer olmasına rağmen hükümsüz kılınması halinde, ilgilinin bu işleme güvenmekten kaynaklı zararı tazmin edilmektedir. Elbette ödenecek tutar ilgilinin zenginleşmesine neden olmayacak şekilde olacaktır.⁴¹⁵ Öte yandan güvenin hiçbir şekilde korunmadığı hallerde⁴¹⁶ işlem geriye etkili olarak ortadan kaldırılabılır.⁴¹⁷ Güvenin korunmadığı durumda işlemde yararlanan lehine herhangi bir tazmin söz konusu olmayacaktır.

Alman Hukuku'nda *hukuka uygun yararlandırıcı idari işlemler* ise, iptal süresi geçtikten sonra dahi, Kanun'da sayılan beş durumun varlığı halinde,⁴¹⁸

Buna göre, hukuka aykırı *yükümlendirici* bir idari işlemin iptal süresi geçtikten sonra dahi kısmen veya tamamen, etkisi geleceğe yönelik veya geçmişe dönük olarak geri alınabileceği düzenlenmiştir. Hukuka aykırı yükümlendirici işlemlerin hükümsüz kılınması birey bakımından yararlandırıcı nitelikte olacağından, işlemde güvenin korunması söz konusu olmayacaktır. Kanun, *yararlandırıcı* işlemlerin ancak bazı sınırlamalar dahilinde geri alınabileceğini vurgulanmıştır (§ 48 I 1). Hukuka aykırı olan yararlandırıcı idari işlemin geri alınmasının daha sıkı koşullara bağlı olması, bu konuda idarenin hukuka uygun davranması ile hukuki güvenlik arasında denge sağlanması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Dilşat Yılmaz, "Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması", **GÜHFD**, C. XV, S: 2, 2011, s. 258-259.

⁴¹² Kanun hükmü uyarınca, söz konusu yararlandırıcı işlem bir kerelik veya sürekli bir para yardımı veya kısımlara ayrılabilir aynı edimler veya bunların için ön koşul olan hukuka aykırı işlemler olarak belirlenmiştir (§ 48 II 1).

⁴¹³ Hartmut Mauer, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, s. 307.

⁴¹⁴ Burada Kanun koyucu özel bir düzenlemeye giderek, hukuka aykırı olmasına rağmen güvenin korunması ilkesi nedeniyle geri tahsil edilemeyen sübvansiyonların, uygun şekilde kullanılmaması karşısında geri almanın yolunu açmıştır. Böylece II. fıkranın ilk cümlesindeki şartları taşımayan sübvansiyonlar için geri alma işlemi yapılabileceği düzenlenmiştir (§ 48 II 2, III 1). Burada da idare işlemi geriye etkili veya ileriye etkili şekilde hükümsüz kılabilir.

⁴¹⁵ Söz konusu ödeme idarenin zararı saptayarak ilgiliye bildirmesinden başlamak üzere 1 yıl içerisinde talep edilebilecektir. Steffen Dettenbeck, **a.g.e.**, s. 236.

⁴¹⁶ Güvenin korunmadığı haller; işlemin hile, ikrah, rüşvet ile yapılması; yanlış ya da eksik bilgi ile yapılması; bireyin işlemdeki hukuka aykırılığı biliyor veya bilmemesinin ağır kusur sayıldığı durumlar olarak düzenlenmiştir (§ 48 II 3).

⁴¹⁷ Bu durumda, kural işlemin geriye yönelik olarak hükümsüz hale getirilmesidir; ancak işlemin geriye etkili veya ileriye etkili olarak hükümsüz kılınması konusunda idarenin takdir yetkisi mevcut olup, idare durumun şartlarına göre karar verecektir.

⁴¹⁸ § 49 II uyarınca; hukuka uygun yararlandırıcı idari işlem iptal süresi geçtikten sonra dahi, sıralanan 5 durumda tamamen veya kısmen geleceğe etkili olarak kaldırılabilir. Buna göre; kaldırmanın

tamamen veya kısmen geleceğe etkili olarak kaldırılabilir.⁴¹⁹ Kaldırmaya sebep teşkil eden durumlar arasında, bireyin *idari işlemin devam edeceğine yönelik güveninden ötürü haklı beklentisinin korunacağı* ve birey lehine tazminata hak kazanılabilecek durumlar genellikle kamu yararının zarar görmesi nedeniyle kaldırmanın uygulanacağı hallerdir.⁴²⁰

Alman Hukuku'nda güvenin korunması (Vertrauensschutz) ilkesi kapsamında idari işlemlerin hükümsüz kılınması ve haklı beklentinin korunması hususu Kanun maddeleri ile düzenlenmiştir. Bu kadar detaylı düzenlemeye rağmen idarenin işlemi geri alma ya da kaldırma konusunda belirgin bir takdir yetkisinin de olduğu görülmektedir. Ancak belki de Türk Hukuku'ndan farklı olarak en dikkat çekici husus, hukuka aykırı ya da hukuka uygun yararlandırıcı bir işlemin geri alınması ya da kaldırılmasında güvenin korunması çerçevesinde haklı beklentinin var olduğunun kabul edildiği durumlarda, bireyin ortaya çıkan zararının tazmin edileceğinin açıkça düzenlenmiş olması ve bu konudaki uygulamanın yeknesaklığa kavuşturulmuş olmasıdır.⁴²¹

İdarenin sözleşme yapma vaadine ilişkin beyanına geri dönecek olursak; bu beyan idarenin ister icrai ister icrai olmayan işlemi kapsamında olsun, bu durum

kanuni bir düzenleme veya idari bir işlem ile öngörülmesi; idari işlemin koşula bağlı olup da, yararlananın bu koşulu yasal süre içinde yerine getirmemesi; sonradan ortaya çıkan sebep ile idarenin işlemi yapmama konusunda yetkili olması ve işlemin kaldırılmaması halinde kamu yararının zarar göreceği olması; bireyin yararlanıcı işleminden henüz faydalanmamış olması koşulu ile, mevzuattaki değişikliğin idari işlemin yapılmasına izin vermediği ve işlemin kaldırılmaması halinde kamu yararının zarar göreceği olması; kamunun menfaatine gelecek ağır dezavantajların ortaya çıkmasına engel olma veya söz konusu dezavantajların yok edilmesi durumları için *Bkz: Dilşat Yılmaz, "Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması"*, s. 265.

⁴¹⁹ Ayrıca § 49 II uyarınca; kullanımı belirli bir amaca yönelik olup da amacı doğrultusunda kullanılmamış edimler veya idari işlemin koşula bağlı olup da ilgisinin bu koşulu yerine getirmemesi durumlarında, bir kerelik veya daimi ödeme ya da bölünebilir nitelikteki edimlere ilişkin işlemler, kesinleşmeden önce veya sonra kısmen ya da tamamen geçmişe ya da geleceğe yönelik olarak hükümsüz kılınabilir.

⁴²⁰ İdarenin kaldırma sebeplerinin ortaya çıkmasından itibaren 1 yıl içerisinde idari işlemi kaldırabilir. İlginin güveninin korunmaya değer olması koşuluyla, idari işlemin varlığına güvenmesi sebebiyle ortaya çıkan zararının ödenmesini isteyebilir. İlgili tazmine yönelik bu talebini idarenin kendisine haber vermesinden itibaren 1 yıl içerisinde yapabilir.

⁴²¹ Bireyin tazminat isteme hakkından başka, § 49 a VwVfG *İade, Faiz* maddesi ile idari işlemin hükümsüz kılınması halinde, idarece yapılan ödemelerin akıbetine ilişkin de düzenleme getirmektedir. Nitekim, idari işlemin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması halinde, idare ilgiliye yapmış olduğu ödemeleri geri alabilmekte; geri alma işlemi faize ilişkin hükümler haricinde sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca ve adli yargıda yapılmaktadır.

idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum değildir. Nitekim, icrai olmayan işlemler de birer idari tasarruf olduğundan, bireyin zarara uğraması halinde tam yargı davası yoluyla zararını talep edebilir.⁴²² Ayrıca idarenin sözleşme yapma vaadi hukuka aykırı olsa da karşı taraftaki iyiniyetli kişide güven oluşturmuşsa yine oluşan zararını talep edebilecektir.

Görüldüğü üzere bu değerlendirmeler yapılırken tarafların iyiniyetli olması, her hukuki işlemin oluşmasında olduğu gibi burada da önem arz eder.⁴²³ İdarenin vaatte bulunduğu karşı tarafın iyiniyetli olmasından kastımız, bireyin idarenin bu vaaadinin icrai olmadığını ya da hukuka aykırı bir işlem olduğunu bilmiyor ya da bilmesinin mümkün olmaması demektir. Bireyin bilgi düzeyi, sosyo-ekonomik durumu ve benzeri unsurlar kişinin değerlendirilmesinde önem arz edecektir.⁴²⁴ Örneğin, idarenin vaatte bulunduğu kişinin bir ticaret şirketi veya bir şahıs şirketi (esnaf faaliyeti) olması dahi durumun değerlendirilmesinde farklılık yaratabilir. Nitekim bir ticaret şirketi içerisinde söz konusu sözleşme vaaadini inceleyebilecek yetkili uzman personel (örneğin bir hukukçu) bulunuyorken, bir şahıs işletmesinde idarenin hukuki işlem ve düzenlemelerinin mutlak suretle hukuka uygun olduğu şeklinde bir algının olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda, idarenin karşısında yer alan kişinin iyiniyeti, “durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni” göstermesi ile ilgilidir.⁴²⁵ Ayrıca, idarenin işlemlerinin karmaşıklığı ve uzmanlık gerektirmesi, idari işlemlerin kanuniliği ilkesi ve idareye güven ilkesi çerçevesinde bireyin idarenin bir beyanının hukuki niteliğini ve hukuki sonuçlarını (örneğin, işlemin icrai olup olmadığını ya da hukuka uygun olup olmadığını) bilmesi beklenemeyeceğinden idarenin bu tür beyanları haklı beklenti çerçevesinde değerlendirmeye açık olmalıdır.

Öte yandan, idarenin iyiniyetli olması durumunu değerlendirecek olursak, idarenin kasıt ve ihmali araştırmaya gerek olmadığını düşünüyoruz; bu konu ileriki

⁴²² Danıştay 15. Dairesi’nin 23.01.2014 2013/ 3732 E., 2014 / 137 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Mayıs 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

⁴²³ Hakların kazanılmasında iyiniyetin var olduğu karinesi yer alır ve aksini iddia edenin ispatlaması gerekir. Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetlin Korunması**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 54, M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **a.g.e.**, s. 258.

⁴²⁴ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **a.g.e.**, s. 260.

⁴²⁵ Halil Akkanat, **a.g.e.**, s. 63.

bölümlerde ayrıca değerlendirilecek olup⁴²⁶, burada idarenin yaptığı işlemlerin her hâlükârda hukuka uygun olması gerektiği ve idarenin hukuka aykırı işlemlerinin hizmet kusuru teşkil ettiğini belirtmekle yetinelim. Bu durumda sözleşme yapma vaadinin hukuka aykırı olması ya da haklı neden olmaksızın sözleşmenin imzalanmaması durumunda, idare hizmet kusuru esasına göre sorumludur. İdarenin kastı ya da ihmalinin bulunması durumunda konu yine hizmet kusuru teşkil edecek; hukuki nitelendirmesi varsa özel düzenlemeler (hile veya gabin vb. hükümleri) çerçevesinde yapılacaktır.

Son olarak; konumuz açısından önemli bir başka nokta da, idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi karşısında bireyin haklı beklenti, kazanılmış hak gibi ilkeler çerçevesinde nasıl korunacağıdır. Bu konu birkaç farklı yöntemle sağlanmaktadır:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “*bireyin haklı beklentisinin korunması*”ndan anlaşılması gereken, bireyin elde etmeyi umduğu hakkı aynen elde etmesidir. Bunu sağlamak için de ilk akla gelen bireyin idareye başvuru yapmasıdır. Bu başvuru neticesinde idare, bireyin talebini kabul edebilir, süresi (30 gün) içerisinde reddedebilir veya cevap vermeyerek talebi zımni olarak reddedebilir. İlk durum (idarenin talebi kabulü) haricindeki ihtimallerde bireyin haklı beklentisi karşılanmış olmaz. Bireyin idareye başvurusu *hakkın usuli (şekli) olarak korunmasına* yöneliktir. Bu yolla bir sonuç elde edilememesi halinde bireysel işlem hakkında iptal davası yoluna gidilmesi ise *hakkın maddi korunması*dır. İptal davası neticesinde yargı yeri somut olay kapsamında, bireyin haklı beklentisinin oluşup oluşmadığına karar verir.

Tekrar etmek gerekirse, haklı beklentinin korunması, bireyin gerçekleşeceğine güvendiği tasarrufun bizzat gerçekleşmesidir. Oysa bazı hallerde bireyin haklı beklentisine yönelik şartlar mevcut olmasına rağmen hukuki ve fiili sebeplerle (örneğin; baskın kamu yararının ortaya çıkması ya da sözleşmenin dayanağını teşkil eden bir işlemin mahkeme kararı ile iptal edilmesi halinde) beklentinin doğrudan korunması mümkün olmaz. Bu durumda “*haklı beklentinin telafi edici korunması*” devreye girerek bireye tam yargı davasında tazminat ödenmesi

⁴²⁶ İdarenin hizmet kusurunun değerlendirilmesi için Bkz: Tez III. Bölüm / B /1. Kusur, Hukuka Aykırılık ve Hizmet Kusuru Kavramlarının İlişkisi

sağlanabilir. Haklı beklentinin korunması esasen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tazminatın ödenmesi değil, bireyin baştaki haklı beklentisinin aynen karşılanmasıdır.⁴²⁷

Sözleşmeci adayının sözleşmenin imzalanması konusundaki haklı beklentisinin korunma şekli uygulamada genellikle, sözleşmenin yapılmaması kararının (idarenin geri alma, kaldırma işleminin) mahkemede iptali ve nadiren de olsa uğranılan zararın tazmini talebi şeklinde olmaktadır. Bir işlem hukuka uygun ise, bu işlemten yararlanan birey lehine daha yararlandırıcı bir düzenleme getirmediği sürece, işlemin geri alınması ya da kaldırılması mümkün olmamalıdır. Örneğin idarenin hukuka uygun olan ihale işlemi ya da sözleşmenin hazırlığında sözleşmenin imzalanmasına dayanak teşkil eden bir işlemi geri alması işlemi hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir işlem karşısında bireyin korunması ancak söz konusu geri alma (sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçme) işlemini mahkeme nezdinde iptalini sağlayacak ve uğranılan zararın tazminini talep etmekle sağlanabilecektir. Ayrıca idarenin sözleşme imzalamama işleminde baskın kamu yararı olması nedeniyle işlem (sözleşmenin imzalanmaması kararı) iptal edilmezse dahi bireyin bu sözleşmenin imzalanacağına duyduğu güven nedeniyle yapmış olduğu masrafların tazmin edilmesi gerekir. Kanaatimizce baskın kamu yararının olması iyiniyetli bireyin uğradığı zararın tazminine engel olmamalıdır.

Özetleyecek olursak, haklı beklenti ve kazanılmış hak ilkelerinin bireyi koruma kapsamı idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesine ilişkin işlem ve eyleminin yargısal denetimi ile gerçekleşmektedir. Bu anlamda haklı beklenti (haklı beklenti içerisinde yer alacak şekilde estoppel) ve kazanılmış haklara saygı ilkeleri hukuki güvenliğin sağlanması veya güvenin korunmasına yönelik ilkesel ve soyut bazda katkı sağlamaktadır.⁴²⁸ Bu ilkeler hukuk devleti ilkesinin sağlanmasını amaçlayarak hem yönetilenlere hem idareye hem de yargıya yol gösterirler. Ayrıca bu ilkelerin varlığı “*hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem*

⁴²⁷ Yazar’a göre iptal davasında haklı beklentinin maddi açıdan korunmasının sağlanmadığı hallerde, mahkeme davayı tam yargı davasına tahvil edilerek haklı beklentinin telafi edici koruması sağlanmalıdır. Burada karşılanacak zarar bireyin haklı beklentisi gerçekleşseydi içinde bulunacağı durumdaki maddi çıkarı değil de beklentinin korunmaması nedeniyle oluşmuş olan zarardır. Selman Sacit Boz, **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, s. 526.

⁴²⁸ Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, s. 35.

ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.”⁴²⁹ Güvenin korunması ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini korumaya yönelik bu kavramlar esasen idareyi hukuk içerisinde kalmaya ve orada işlem yapmaya zorlarlar.⁴³⁰ Bu nedenle idare önceki uygulamalarına bağlı kalarak kişilerin kazanılmış haklarını ve haklı beklentilerini korumak zorundadır.

B. Sözleşmenin Hükümsüzlüğüne Yol Açan Nedenler

Sözleşme öncesi dönem hukuka aykırılıkları sözleşme öncesinde meydana gelmesine rağmen, bazılarının sözleşme üzerindeki etkisi sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkarak sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılmasına yol açar. Bu etki ve sonuçlara bir sonraki bölümde detaylı olarak yer verilecek olup, bu kısımda sadece sözleşmenin hazırlık döneminde gerçekleşerek sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olabilecek bazı hukuka aykırı durumlar üzerinde durulacaktır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecek bu durumlar kısaca; taraflardan birinin yetkisizliği ya da iradesinin sakatlanması, sözleşmenin emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine aykırı olması veya sözleşmenin konusunun imkânsız olması şeklinde sıralanabilir. Bu durumların idare hukuku ve özel hukuk alanında nasıl değerlendirildiği örneklerle karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

1. Taraflardan Birinin Yetkisizliği

Yetki konusu idare hukuku ve özel hukukta farklı şekilde ele alınmaktadır. İdare hukukunda “yetki”, Anayasa ve kanunlar tarafından bazı idari organ ve makamlarına tanınan karar alabilme, işlem yapabilme güç ve yeteneği anlamına gelmektedir.⁴³¹ İdare adına sözleşme yapabilmek için her şeyden önce kamu tüzel

⁴²⁹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun 12.06.2019 tarih ve 2018/ 1103 E., 2019 / 374 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mayıs 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=4081#>

⁴³⁰ Rolf Schmidt, **a.g.e.**, s. 236. Güvenin korunması ilkesi, Alman İdare Hukuku’nda özellikle (imar hukukunda) geriye yürüme yasağı kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Steffen Dettenbeck, **a.g.e.**, s. 225.

⁴³¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 134 vd.

kişiliğini haiz olmak ve idare adına irade açıklamaya yetkili olmak gerekir.⁴³² İdarenin sözleşmelerinin yetkisiz (idare adına irade açıklamaya yetkili olmayan) makam tarafından imzalanması veya yetkili makam tarafından imzalanmakla birlikte kanunun öngördüğü yetki verilme işlemi tamamlanmadan akdedilmesi idare bakımından *yetki unsurunda hukuka aykırılığı* ifade eder. Borçlar hukukunda ise kanunda herhangi başkaca bir şart öngörülmediği hallerde, bir (gerçek) kişinin sözleşme imzalayabilmesi için fiil ehliyetini haiz olması gerekmektedir. Bu anlamda ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti olduğu ve bu kişinin sözleşme imzalamaya ehil olduğu kabul edilir.⁴³³ Tüzel kişiler açısından hukuki işlem ehliyeti, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla kazanılır (Türk Medeni Kanunu md. 49).

Yetki unsurundaki sakatlığın sözleşme üzerindeki etkisine bakacak olursak; Türk Borçlar Kanunu’nun 40-48’inci maddelerinde yer alan yetkiye ilişkin düzenlemeler uyarınca, yetki unsuru sakat olmasına rağmen bir sözleşme kurulabilir; fakat sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Bu şekilde kurulan sözleşmelerde söz konusu olabilecek yaptırım türü “*eksiklik (noksanlık)*”tır. Noksanlıkta, başlangıçta mevcut olmayan bu unsurun sonradan tamamlanması halinde sözleşme en baştan itibaren geçerli şekilde kurulmuş sayılır.⁴³⁴ Şöyle ki; iki özel hukuk kişisi arasında imzalanan bir özel hukuk sözleşmesinde sözleşmeyi imzalayan taraflardan birinin kısıtlı olması halinde, kendisini borç altına sokan sözleşmenin geçerli olabilmesi için kanuni temsilcinin (veli veya vasi) önceden izin veya sözleşme kurulduktan sonra icazet vermesi gerekmektedir.⁴³⁵ Benzer durum yetkisiz temsilcinin kurduğu sözleşme için de geçerlidir. Temsilcinin yetkisiz olduğu hallerde sözleşme temsil olunanı bağlamayacak, ancak temsil olunan sözleşmeye icazet (onama) vermesi halinde sözleşme baştan itibaren yetki varmış gibi hüküm ifade edecektir.⁴³⁶ Bu durumda, icazet verilinceye kadar sözleşmenin geçerliliği askıdadır.

⁴³² Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 100-101.

⁴³³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 84.

⁴³⁴ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 284.

⁴³⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 204-205.

⁴³⁶ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 181-192.

İdare hukukunda ise idari bir işlemin *yetki yönünden hukuka aykırı olması*; idare adına irade beyanında bulunabilme ve icrai karar alabilme yetkisini haiz olmayan idari bir makamın kendi yetkisinin dışına çıkarak almasıdır.⁴³⁷ İdare hukukunda her türlü yetki kamu düzeni ile yakından ilgili olduğundan idarenin almış olduğu kararın yetki kurallarına aykırı olduğu iddiası uyuşmazlığın her aşamasında ileri sürülebilir; ayrıca bu husus yargı mercii tarafından da re'sen dikkate alınır. Yetki kurallarına aykırılık, yapılan işlemin hukuka aykırılığı sonucunu doğurur, ancak bu aykırılık her zaman aynı sonucu vermez. Örneğin; *yetki gaspı*, *fonksiyon gaspı* veya *açık ve bariz yetki tecavüzü* halinde idari işlem “*yokluk*” ile malulken⁴³⁸; bu ihlal hallerinden daha hafif olarak nitelendirilebilecek “*yetki tecavüzü*” halinde idari karar, belirli süre içerisinde mahkeme kararı ile *iptal* edilmediği veya idari makam tarafından *geri alınmadığı* sürece hukuka uygunluk karinesinden yararlanır.⁴³⁹

Yetkiye ilişkin bu genel açıklamalar kapsamında, idare adına sözleşme imzalama yetkisinin sözleşmeyi imzalayacak kişiye (idarenin ajanına) daha önceden verilmiş olması gerekmektedir. Bu yetkilendirme birçok idarenin birbirini takip eden kararı neticesinde oluşması halinde, bu aşamaların herhangi birinde ve son olarak yetkili kılınan kişinin (yetkilinin) yetkisini kullanırken oluşacak bir hukuka aykırılık yetki sorununu ifade eder.⁴⁴⁰ Yetkiyi belirlemek kapsamlı ve karmaşık bir süreçtir. Örneğin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 46’ncı ve Devlet İhale Kanunu’nun

⁴³⁷ Danıştay’ın 1. Dairesi’nin 18.5.2011 tarih ve 2011/456 E., 2011/737 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴³⁸ Örneğin, görev süresi sona ermiş bulunan bir rektörün senatoyu toplantıya çağırma ve senatoya başkanlık etme yetkisi bulunmadığından, kanunda belirlenen usul kurallarına uyulmaksızın toplanan senatoca alınan kararların “*ağır ve açık yetki gaspı*” ile malul olacağını; bu şekilde alınmış olan kararların “*yok hükmünde sayılmasına*” karar vermiştir. Danıştay 8. Dairesi’nin 7.7.2006 tarih ve 2006/970 E., 2006/2893 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴³⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 490 vd., Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 809 vd., Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 142. Danıştay’ın yetki yönünden hukuka aykırılık (yetkisizlik veya yetki tecavüzü), yetki gaspı, ağır yetki gaspı ve fonksiyon gaspı tanımları için Bkz: Danıştay’ın 1. Dairesi’nin 18.5.2011 tarih ve 2011/456 E., 2011/737 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁴⁰ Ahmet Ziya Çalışkan, **İdari Sözleşmelerin Geçersizliği**, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2005, s. 11.

53'üncü maddesinde idare adına sözleşmeyi imzalayacak kişinin "*ihale yetkilisi*" olduğu belirtilmiş ve fakat bu kişinin kim olduğu Kanun'da düzenlenmemiştir.⁴⁴¹

Yetki konusuna idare hukuku ve borçlar hukukunun farklı yaklaştığını yukarıda belirtmiştik. Nitekim ihale sonucunda sözleşmesi imzalandıktan sonra sözleşme özel hukuk kurallarına tabi olmasına rağmen yetki konusunda idare, kamu hukuku ilke ve kurallarında bağlı kalmaya devam etmektedir.⁴⁴² Böyle bir durumda sözleşmeyi idare adına yetkili olmayan birinin imzalaması halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 46'ncı maddesi kıyasen uygulanarak yetkili kişinin sözleşmeyi sonradan onaması suretiyle sözleşme geçerli hale getirilemeyecektir. Bu husus Danıştay'ın farklı kararlarında, "*İdari işlemlerin yetkili kişilerce tesis edilmesi zorunludur*"⁴⁴³, "*Yetkili kişi ise işlemin tesis edildiği anda yetkili olandır. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme yetkili kişice sonradan verilen muvafakat (icazet) geçerli olamaz*"⁴⁴⁴ şeklinde ifade edilmiştir.

İdare karşısında sözleşme tarafı olarak yer alan gerçek veya tüzel kişinin de temsil yetkisi kanuna ve sözleşmeye uygun olması gerekmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında davacının şirkete yönetim kurulu üyesi olarak atanmasına ilişkin kararının "*yoklukla malul*" olduğunu tespit etmiş, bu durumda davacının bu şirketin kanuni temsilcisi olmadığından sözü edilen şirketin vergi borcunun tahsili amacıyla davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinde, hukuka uyarlık bulunmadığına karar

⁴⁴¹ 4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde ihale yetkilisinin "*İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevliler*" olduğu belirtilmiştir. Fakat "*ihale yetkisi*"nin kim olduğu ne 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ne de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Bu Kanunlarda bahsi geçen ihale yetkilisinin (harcama yetkilisi) kim olduğu sorusunun cevabı 31.12.2005 tarihli Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ (Seri No:1) ve 28.04.2006 tarihli Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ (Seri No:2) ile düzenlenmiştir. Devlet İhale Kanunu'nda bahsi geçen ihale yetkisi bakımında ise bu cevabı İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün 24.2.2006 tarihli Genelgesinde bulmaktayız. Belediyelerde harcama yetkilisi ve ihale yetkilisi sıfatının belediye başkanında birleşmesine ilişkin Danıştay kararı için Bkz: Danıştay'ın 1. Dairesi'nin 18.5.2011 tarih ve 2011/456 E., 2011/737 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁴² İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 532.

⁴⁴³ Danıştay 5. Dairesi'nin 6.6.1990 tarih ve 1990/1941 E., 1990/1274 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁴⁴ Danıştay 5. Dairesi'nin 13.12.1989 tarih ve 1989/2735 E., 1989/2286 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

verilmiştir.⁴⁴⁵ İdare hukukunda, kurucu öğelerinde derhal fark edilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler, "yok hükmünde" işlemler olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴⁶

İdare ile sözleşme imzalayacak sözleşmecinin özel hukuktaki fiil ehliyetinden başka nitelik ve yeterlilik kuralları çoğunlukla önceden belirlenmiştir. Örneğin; ihale mevzuatı kapsamında bir kişinin ihaleye katılabilmesi ve sözleşmeci olabilmesi için kendisinden beklenen birtakım gereklilikleri yerine getirmesi ve yasaklanan bazı durumlardan kaçınması gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁴⁷

Bu kuralı ihlal eden yetkisiz kişinin ihaleye katılması halinde, istekli ihale dışı bırakılarak geçici teminatı gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir (Kamu İhale Kanunu md. 11/son). Ancak burada idarenin uğramış olduğu gerçek zararın belirlenmesine yönelik bir düzenleme yapılmamıştır.

Sonuç olarak, sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılık nedenlerinden biri olan "yetkisizlik" idare hukuku ve özel hukuk kapsamında farklı şekilde ele alınmakta, özel hukukta bazı durumlarda yetkisizlik sonradan ikame edilebiliyorken idare hukukunda yetkisizliğe ilişkin hukuka aykırılıklar kamu düzeninden sayılarak sonradan tamamlanamamaktadır.

⁴⁴⁵ Danıştay 4. Dairesi'nin 9.5.2008 tarih ve 2007/5482 E., 2008/1748 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁴⁶ Danıştay, yok hükmünde olma haline örnek olarak şu durumlardan bahsetmektedir: "...Herhangi bir özel hukuk tüzel kişinin kamu kurumu yerine geçerek kamulaştırma kararı alması veya görev süresi sona eren bir kamu görevlisinin görevden ayrıldıktan sonra işlem tesis etmesi "yetki gasbı"na; belediye meclisine yasayla açıkça verilen bir yetkinin doğrudan belediye başkanınca kullanılması ise "fonksiyon gasbı"na örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda, işlemin varlık koşulları oluşmamış olduğundan bizzat işlemin yokluğu sonucu doğmakta, işlem hiç doğmamış, var olmamış sayılmakta, bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermektedir" Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 4.10.2007 2007/265 E., 2007/1819 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁴⁷ Kamu İhale Kanunu'nun 10 uncu maddesinde "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" ve 11'inci maddesinde "İhaleye katılamayacak olanlar" hükümleri düzenlenmiştir.

2. Taraflardan Birinin İradesinin Yanılma, Yanıltma veya Zorlama Yoluyla Sakatlanması

Sözleşme öncesi ortaya çıkabilecek bir başka hukuka aykırılık ise, taraflardan birisinin iradesinin sakatlanmasıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun *İrade Bozuklukları* başlığı ile 30-39’uncu maddeleri arasında düzenlenen iradenin sakatlıkları halinde sözleşmeler kurulmuş sayılırlar; fakat hüküm ve sonuç doğurmazlar. İradenin sakatlanması suretiyle kurulmuş olan sözleşmeler askıda geçerli olarak kabul edilerek; kanunun öngördüğü süreler içerisinde iptal edilmedikleri sürece hukuk dünyasında geçerli olarak kalmaya devam ederler. İrade sakatlığının yaptırımı belirttiğimiz üzere “*iptal edilebilirlik*”tir; buna göre iradesi sakatlanan taraf söz konusu sözleşmeyi kanunun öngördüğü süreler içerisinde mahkeme önünde hükümsüzlüğünü talep edebilir ve bu yolla sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur.⁴⁴⁸

İdare hukukunda taraflardan birinin iradesinin sakatlanması idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu veya maksat unsurundan birinin sakatlanmasına neden olur. İdari işlemlerin hukuka aykırılığının müeyyidesi söz konusu işlemin “*iptal*” edilmesidir.⁴⁴⁹

Öte yandan idare hukukunda bir işlemin geçerli olabilmesi için asli ve tamamlayıcı öğeleri taşıması gerekir. Bu öğelerden birisinin bulunmaması işlemi sakat duruma getirir. Bir işlemin tamamlayıcı öğelerindeki eksiklikler de bu işlemi değişik derecelerde sakatlar. Tamamlayıcı öğelerdeki eksiklikler nedeniyle sakat olan idari işlemler usulüne uygun biçimde *idarece geri alınıncaya* veya aleyhine açılan bir dava sonucu *iptal edilinceye kadar* hukuk alanında geçerliliğini sürdürürler. Ancak bir idari işlemin asli öğelerinde eksiklik varsa, bu durum işlemin iptal edilmesine ya da sakatlığın ağırlığına göre “yok” sayılmasına neden olur.⁴⁵⁰

İdari Yargılama Usulü Kanunu’muzda idarenin yapmış olduğu sözleşmelerde idarenin veya idare ile sözleşme imzalayacak tarafın iradesini sakatlayan haller ve bu

⁴⁴⁸ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 94 vd., Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 340 vd., Lale Sirmen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, s. 105.

⁴⁴⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 1002.

⁴⁵⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 4.10.2007 2007/265 E., 2007/1819 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

durumun sözleşmenin geçerliliğine etkisini düzenleyen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan idarenin sözleşmelerine ilişkin en detaylı düzenlemenin yapıldığı kamu ihale mevzuatı kapsamında yer alan hataya ilişkin düzenlemeler genel olmaktan çok belli durumlara yönelik ve hatanın sözleşmenin imzalanmasından önce genellikle ihale şartnamesinin düzenlenmesindeki hataya ilişkindir.⁴⁵¹

Kanaatimizce, işbu çalışmamızda ele aldığımız ve gerekçelerini izah ettiğimiz çerçevede⁴⁵² idare hukukunda düzenleme olmayan konularda borçlar kanununa başvurulabilir. Örneğin, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'u kapsamında yapılan kamu ihale sözleşmesi taraflarının sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip olacağı (md. 4) ve Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir (md. 36). Bu nedenle idare hukuku mevzuatında düzenleme bulunmayan diğer durumlar gibi sözleşmenin geçerliliğini etkileyen irade bozukluklarında da TBK'nin 30'uncu maddesi vd. hükümleri geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Hukuku'nda iradeyi sakatlayan hata durumu iradenin beyanında olabileceği gibi, iradenin oluşumunda yani saikte de olabilir; ancak her hâlükârda hatanın kabul edilebilmesi için esaslı olması gerekir (TBK md. 31).⁴⁵³ Saikte yanılma kural olarak esaslı hata sayılmaz ancak, hata ettiğini iddia eden tarafın hata ettiği saiki sözleşmenin temeli sayması, bunun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına

⁴⁵¹ Kamu İhale Kanunu'nda hükümler daha çok sözleşmenin imzalanmasından önce ihale şartnamesinde yer alan teknik ve maddi hatalara yöneliktir. Bkz: Kamu İhale Kanunu'nun "*Belli İstekliler Arasında İhale Usulü*" başlıklı 20'nci maddesinin 4'üncü fıkrası; "*İlanın Uygun Olmaması*" başlıklı 26'ncı maddesi, "*İhale dokümanında değişiklik veya açıklama yapılması*" başlıklı 29'uncu maddenin ikinci fıkrası, "*Tekliflerin değerlendirilmesi*"ne ilişkin 37'nci maddesi; "*İhaleye davet*" başlıklı 50'nci maddenin son fıkrası; "*İdareye şikayet başvurusu*" başlıklı 55'inci maddenin 2'nci fıkrası.

⁴⁵² Özel hukuk ilkelerinin idare hukukunda uygulanmasına ilişkin incelemelerimiz için Bkz: Tez II. Bölüm / D / 3. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Uygulanabilirliği ve Tez III. Bölüm / C / 2 / b. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Karşılanan Zararın Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Yeterliliğinin Sorgulanması

⁴⁵³ TBK md. 31'de esaslı hata halleri sıralanmıştır. Madde uyarınca esaslı yanılma halleri şöyledir: "1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa. 2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa. 3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa. 4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa. 5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa."

uygun olması ve bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması durumunda saikte hata da esaslı hale gelir. Sözleşme kurulurken esaslı hataya düşen taraf o sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir. Kendi kusuru ile düştüğü hata nedeniyle sözleşmeyi iptal eden taraf, karşı tarafın sözleşmeye güvenden ötürü oluşan zararını karşılamalıdır. Bu zarar çoğunlukla sözleşme yapma masrafları ile varsa başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılması yüzünden uğranılan (menfi) zararı kapsar.⁴⁵⁴

Yargıtay'ın saikte hataya ilişkin bir kararında; kendisine ait teklif mektubunda yazılı miktarlar ile diğer teklif verenler arasında rekabet gereklerine uygun düşmeyen ölçüde büyük farklar bulunduğunu ileri süren ve ihale üzerinde kalan davacı, Türk Borçlar Kanunu'nun hata hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptalini talep etmiştir. Mahkeme irade sahibinin söz konusu *“yanılgı noktasını bilmiş olması halinde sözleşmeyi yapmayacağını kabul edilebilmesi”* (sübjektif unsur) ve *“iş yaşamındaki objektif iyi niyet kuralları ve ticari dürüstlük ilkelerine göre bu yanılığın sözleşmenin iptalini haklı kılıcı önemi taşıması”* (objektif unsur) hususlarında ayrıntılı ve kapsamlı rapor alınarak değerlendirdikten sonra⁴⁵⁵ sözleşmenin iptalinin TBK'nin 31'inci maddesinin 5'inci bendi uyarınca hata kapsamında olup olmayacağına karar verileceğini belirtmiştir.

İrade sakatlıklarının idare hukukundaki görünümüne gelirsek; tarafların iradenin hata ile sakatlanması durumunun veya gabin durumunun idare hukukunda özellikle ihale mevzuatı kapsamındaki şekil şartı içeren düzenlemeler karşısında gerçekleşme ihtimalinin zor olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁵⁶ Ancak şekil şartlarının varlığı bu ihtimali daraltsa dahi, bu ihtimallerin hiç gerçekleşmediği veya gerçekleşmeyeceğini söyleyemeyiz. Ayrıca idarenin sözleşmede karşı tarafı seçmede

⁴⁵⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 112.

⁴⁵⁵ “Davacı vekili, davalı kurumun 25.7.1997 tarihinde yaptığı Muş-Bulanık ve Malazgirt arası şeker pancarı nakliye işine ait ihaleyi en düşük bedelli teklif mektubu veren müvekkilinin kazandığını, ihale saatinde davacı şirket yetkililerinin bir cenaze haberi nedeniyle o yerden ayrılmak durumunda kalmaları üzerine (17) yaşında olan bir yakınlarının ihale işlemlerine devam ettiğini, bu arada davalı yetkililerince teklif mektubunun davacı aleyhine alacak biçimde değiştirilmesinin sağlandığını, sonradan öğrenilen bu duruma itiraz edildiğini, ancak sonuç alınamayınca sözleşmenin imzalanmadığını ve dava şirketçe önceden yatırılan (5) milyar lira teminatın haksız biçimde irat kaydedildiğini ileri sürerek, anılan meblağın reeskont faiziyle birlikte davalıdan istirdadını talep etmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.9.1999 tarih ve 1999/2255 E., 1999/7015 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁵⁶ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 297-304.

takdir yetkisinin mevcut olduğu ve sıkı şekil şartları ile bağlı olmadığı durumlar için hataya düşme veya gabin olasılığının evleviyetle olabileceğini söyleyebiliriz.

İdare hukukunda irade sakatlıklarına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kamu ihale mevzuatında, hatanın (yanılmanın) aksine hile (aldatma) ve ikrah (zorlama) durumlarının sözleşmenin geçerliliğini etkileyen durumlar kapsamında düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25'inci maddesinde “*Yasak fiil ve davranışlar*” başlıklı ile düzenlenen hükümler uyarınca, sözleşmecinin hile ve ikrah da dahil bazı eylem ve durumlar sıralanmış; bu durumların idare bakımından sözleşmenin feshi nedeni oluşturacağına yer verilmiştir (md. 20 ve 21).⁴⁵⁷

İrade sakatlığının sözleşmenin kurulmasına (ya da ifasına) engel olduğu örneklerle bakacak olursak; Danıştay bir kararında ihaleyi alan davacı şirketin yeterlilik belgesi konusunda gerçek dışı beyanda bulunmak suretiyle idareyi yanıltarak ihaleyi hile sonucu aldığının tespit edildiği ve idarenin sözleşme imzalamayarak ihale kararını iptal etmiştir.⁴⁵⁸ Danıştay'ın konuya ilişkin bir başka kararında, sahte teminat mektubu ile ihaleye katılan şirket ortağının ceza davasında (delil yetersizliği nedeniyle) beraat etmiş olsa dahi şirketin idareye verdiği teminat mektubunun sahteliğinin sabit olduğu, idarenin anılan işlemin tesisinde sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağı şeklindedir.⁴⁵⁹

Yukarıda sayılan irade sakatlığını da kapsayan bu maddeler idarenin iptal hakkını kullanmasına yöneliktir⁴⁶⁰, buna karşın ihaleye katılan isteklinin sözleşmeyi

⁴⁵⁷ Yüklenicinin, “sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi” (md. 20) ve yine yüklenicinin “ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi” (md. 21) halinde idarenin kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedip, sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edeceği düzenlenmiştir Burada bahsedilen genel hükümlerin Borçlar Kanunu olduğuna şüphe yoktur.

⁴⁵⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 7.12.2006 tarih ve 2003/538 E., 2006/2103 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁵⁹ Danıştay 6. Dairesi'nin 17.6.1997 tarih ve 1996/3618 E., 1997/3048 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁶⁰ Sözleşmenin idare tarafından sona erdirilmesini ifade etmek üzere, iptal yerine fesih kavramının Kanun'un genelinde yanlış kullanıldığına ilişkin eleştiriler için Bkz: Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 342 vd., Yunus Pınar Akşin, **Kamu İhale**

iptal hakkının doğduğu durumlar için bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁶¹; bu durumda Türk Borçlar Kanunu kapsamında genel hükümlerden faydalanılabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim Kamu İhale Kanunu’nun 21’inci maddesindeki düzenleme de bu yöndedir.

Örneğin, idarenin de karşısındaki sözleşmecinin iradesini sakatlamaya yönelik eylemlerine rastlanmak mümkündür. Nitekim, belediyenin kamulaştırma kararı neticesinde davalı idarenin davacıları hileye düşürmek suretiyle işlem yaptığı olayda, Yargıtay kararında hileye maruz kalan tarafın *“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 36’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir”* şeklinde karar vererek idare karşısındaki tarafın genel maddelere dayanarak hukuki ilişkiyi sona erdirebileceğini ortaya koymuştur.⁴⁶²

3. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı

Sözleşmeler kurulurken sözleşmenin geçerliliği için tarafların uymak zorunda olduğu bazı genel ilkeler mevcuttur. Bu ilkelerden biri Türk Borçlar Kanunu’nun 26’ncı maddesinde yer almaktadır. Buna göre, *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilirler.”* Bu hüküm, sözleşme özgürlüğünün çerçevesini çizer. Diğer bir ilke Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinin 1’inci fıkrasında *“Kesin hükümsüzlük”* maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak*

Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2019, s. 94 vd.

⁴⁶¹ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 19’uncu maddesinde “Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı maddede sadece yüklenicinin mücbir sebep halleri dışında mali aciz halinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceği nedeni ile sözleşmeyi feshetmesi düzenlenmiştir.

⁴⁶² Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 28.4.2015 tarih ve 2014/17468 E., 2015/6271 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com>

*hükümsüzdür.*⁴⁶³ Bu iki hüküm sözleşmelerin geçerli şekilde kurulabilmesi için gerekli şartları ortaya koyar.⁴⁶⁴ Bu hükümlere uyulmadan kurulan sözleşmenin yaptırımı borçlar hukukuna göre *kesin hükümsüzlüktür*; yani yaptırımı yokluk veya butlandır. Butlan, hakim tarafından re'sen dikkate alınır ve taraflardan her biri her aşamada sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir.⁴⁶⁵ Ancak geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde bu hak korunmaz. Hükümsüz olan sözleşmelerden doğan talepler, kural olarak sözleşme hükümlerine göre değil sebepsiz zenginleşme (TBK md. 77-82) hükümlerine dayanılarak talep edilebilir⁴⁶⁶; hükümsüzlük geriye etkili şekilde etki eder.⁴⁶⁷ Ancak geçersizliği iddia eden taraf, sözleşmenin geçersizliğini karşı tarafın sözleşme öncesi kusuruna dayandırıyorsa, culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca sözleşmenin ihlali maddelerine dayanabilecektir.

İdare hukukunda sözleşme öncesi dönemde taraflardan birinin yukarıda bahsedilen hükümleri ihlal etmesi veya sözleşmenin bu şekilde bir hukuka aykırılık içeriyor olması halinde, sözleşmenin akıbetini düzenleyen genel bir kurala rastlanmamaktadır. Buna karşın konu özelinde sözleşmenin geçersizliğine etki eden Türk Borçlar Kanunu'ndaki kesin hükümsüzlük maddesi ile örtüşen düzenlemelerin yapıldığı durumlar da mevcuttur. Örneğin, yukarıdaki bölümde de incelediğimiz üzere, Devlet İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinde ve Kamu İhale Kanunu'nun 25'inci maddesinde "*Yasak fiil ve davranışlar*" ile aynı Kanun'un 21'inci maddesinde "*Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih*"; 22'nci maddesinde "*Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler*" başlıklı hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemelerde yer alan eylemlerden bir kısmı Türk Borçlar

⁴⁶³ Söz konusu maddeler 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 19/2 ve 20/1'inci fıkralarında yer almaktaydı. Borçlar Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrası şu şekildeydi: "*Kanunun kat 'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.*" Söz konusu fıkra, "*birinci fıkra öngörülen sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını açıklamaktan ibaret olan bir hüküm niteliği taşıması*" gerekçesi ile metinden çıkarılmıştır. Mutlu Dinç, **Türk Borçlar Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 69, Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 243.

⁴⁶⁴ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 215, 217.

⁴⁶⁵ Erhan Adal, **Hukukun Temel İlkeleri**, İstanbul, Fatih Yayınevi Matbaası, Marmara Üniversitesi Yayın No: 428, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayın No: 372, 1985, s. 247.

⁴⁶⁶ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 301.

⁴⁶⁷ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 243.

Kanunu'nun 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasında sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne neden olacak eylemlerden olduğuna şüphe yoktur.⁴⁶⁸ Diğer yandan bu düzenlemeler sadece ihaleye katılan ya da ihale üzerinde kalan tarafın hukuka aykırı davranışta bulunma ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiş; idarenin bu tür eylemlerde bulunabileceği ihtimaline yer verilmemiştir. Kamu ihale mevzuatında düzenleme olmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulanabileceğini belirttik.⁴⁶⁹ İdari mevzuat kapsamında Türk Borçlar Kanunu'na atıf yapılmasına gerek olmaksızın Kanunu'nun ilgili hükümlerinden kıyasen yararlanılabilir. Örneğin idarenin geçerli bir sözleşme kurabilmesi için sözleşmenin kuruluşuna ilişkin temel ilkelere; Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesi ve 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasına uymak zorundadır. Bu durumda idare hukukunda özel düzenleme varsa, tıpkı kamu ihale mevzuatında olduğu gibi, öncelikle özel düzenleme dikkate alınacak (*lex specialis derogat legi generali*), özel düzenlemenin olmadığı hallerde borçlar hukukunun genel düzenlemeleri çerçevesinde hareket edilecektir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Devlet İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinde ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25'inci maddesinde “*Yasak fiil ve davranışlar*”dan bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz: “Hile”, “vaat”, “tehdit”, “nüfuz kullanma”, “çıkar sağlama”, “anlaşma”, “irtikap”, “rüşvet”, “ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak”, “isteklileri tereddüde düşürmek”, “katılımı engellemek”, “isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak”, “rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak”, “sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek”, “alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek”, “ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak”, “sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak”, “fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak”, “taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek”, “bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak”

⁴⁶⁹ Örneğin; Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun “*Hüküm bulunmayan haller*” başlıklı 36'ncı maddesinde, Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, bazı durumlarda ilgili Kanun özel olarak Borçlar Kanunu'nun belli bir konudaki maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Örneğin; Kamu İhale Kanunu'nun “*Sürelerin hesabı*” başlıklı 64'üncü maddesinde; Devlet İhale Kanunu'nun “*Hileli İnşaat ve Onarım*” başlıklı 56'ncı maddesinde, “*Sürelerin hesabı*” başlıklı 92'nci maddesinde olduğu gibi. Bazı hallerde ise, doğrudan Borçlar Kanunu'nu işaret edilmemiş, Borçlar Kanunu'nu da kapsayacak şekilde daha geniş bir düzenleme alanı yaratılarak “özel hukuk”a gönderme yapılmıştır. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde ve 4283 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında yapılacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir.

⁴⁷⁰ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 239.

Sözleşmenin çerçevesini çizen söz konusu maddeler idare hukuku açısından da bağlayıcı olduğundan, TBK’de kesin hükümsüzlüğe ilişkin düzenlemeyi daha yakından incelemek uygun olur.

Öncelikle, idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi **kamu düzenine aykırı** hüküm içermemesi gerekir. Kamu düzeni kavramı son derece soyuttur ve birden fazla tarifi mümkündür. Kamu düzeni öncelikle idare hukukundaki klasik anlayışta, kolluk faaliyetinin amacını belirlerken kullanılır ve bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumu olarak tanımlanır.⁴⁷¹ Yargıtay’ın 10.2.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında ise kamu düzeni daha genel bir ifade ile; “*toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü*” olarak ifade edilmiştir. Kamu düzeni niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor ve her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır.⁴⁷² Kamu düzeni kurallarının uygulanmasında kamunun mutlak yararı vardır. Bu mutlak yarar, genel düzenin veya genel ahlakın gerekli kıldığı bir zorunluluktan kaynaklanır; toplumdan topluma ve hatta zaman içerisinde aynı toplumda da değişiklik gösterir.⁴⁷³

Kamu düzenini koruyan bir hüküm aynı zamanda emredici bir hukuk kuralı kapsamına girer. Öte yandan sözleşmede yer alan bir hüküm kamu düzeninin ihlaline yönelikse o halde ortada emredici bir hukuk kuralı olmasa dahi sözleşme hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşır.⁴⁷⁴ Bir başka ifade ile, kamu düzeni kavramının en geniş anlamını kamu yararı oluşturduğundan yargı kararlarında kamu düzeni çoğunlukla geniş anlamı ile kullanılmaktadır. Örneğin; Yargıtay doğalgaz abonman sözleşmelerine ilişkin verdiği bir kararda, sözleşmede doğalgaz satış bedelinin davalı kurum tarafından belirlenen tarifeler uyarınca tahakkuk ettirileceği maddesini, ilgili

⁴⁷¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 472.

⁴⁷² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 10.2.2012 tarih ve 2010/1 E., 2012/1 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁷³ Erhan Adal, **Hukukun Temel İlkeleri**, s. 126.

⁴⁷⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 87.

yasa hükmüne ve kamu düzenine aykırı bularak, sözleşmenin bu maddesinin tüketicii bağlamayacağına karar vermiştir.⁴⁷⁵

Bu yönde olmak üzere Yargıtay'ın başka bir kararında, inşaat izni alma talebi ile davalı belediyeye başvuran davacıdan, inşaat izni verilmesi karşılığında bir taahhütname alınarak, açılacak yol nedeniyle başkasına ait taşınmazların kamulaştırma bedellerinin davacı şirket tarafından idareye ödenmesi kararlaştırılmıştır. Yargıtay'ın sözleşme niteliğindeki bu taahhüt işleminin iptali talebine ilişkin verdiği kararda, belediyelerin görevlerinin kamu düzeni kurallarından olduğu; kamulaştırma bedelini ödemeyi kabul etmeyen kişilerin taşınmazlarının bulunduğu kısımlara belediye hizmetlerinin gitmemesi sonucu doğuracağı; bunun da kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği; bu nedenle davacının imzaladığı taahhütnamenin Türk Borçlar Kanunu'nun kesin hükümsüzlüğü düzenleyen (o tarihte meri olan) 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrası ve 20'nci maddesinin 2'nci fıkraları gereği kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁷⁶

Kamu düzeninin sağlanması için bireyin hakları zaman zaman emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Emredici hukuk kurallarının kamu düzenini ilgilendiren kurallarla yakın ilişkisi bulunmaktadır. **Emredici hukuk kuralları**, uyulması zorunlu ve tarafların aksini kararlaştıramayacağı kurallardır.⁴⁷⁷ Emredici hukuk kuralı kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanabilir; bu hükümler aksi kararlaştırılamayan düzenlemelerdir.⁴⁷⁸ Emredici hukuk kuralına aykırı yapılan hukuki işlemler hüküm ifade etmez, sözleşme baştan itibaren geçersizdir.⁴⁷⁹ Öte yandan kamu hukuku kuralını ihlal eden sözleşme her durumda hükümsüz

⁴⁷⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.3.1996 tarih ve 1996/1734 E., 1996/2495 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁷⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2.7.2004 tarih ve 2003/17247 E., 2004/10624 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁷⁷ Erhan Adal, **Hukukun Temel İlkeleri**, s. 126.

⁴⁷⁸ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 217.

⁴⁷⁹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 6.3.2002 tarih ve 2001/10578 E., 2002/2892 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

değildir.⁴⁸⁰ Türk Borçlar Kanunu herhangi bir hukuka aykırılığın değil emredici hukuk kurallarına aykırılığın geçersizliğe yol açacağından bahsetmektedir.⁴⁸¹

Emredici hukuk kurallarının tespiti konusunda tereddütler yaşanabilir. Örneğin, davacı avukat ile davalı İl Özel İdaresi arasında yapılan Avukatlık Hizmet Sözleşmesi uyarınca; 3. kişilere yüklenen vekalet ücretinin bir kısmının avukata ait olacağı, ancak avukata ödenecek bu vekalet ücretinin yıllık tutarının sözleşmede atıf yapılan Kanun maddesi uyarınca hesaplanacak miktarı geçemeyeceğine ilişkin sözleşme maddesi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinin son fıkrası⁴⁸² kapsamında Yargıtay tarafından incelenmiş; söz konusu Kanun maddesinin emredici hukuk normu olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Yargıtay, hükmün yasaklayıcı bir anlatım içermediği, *"bu hükmün genel ahlak, kamu düzeni kişilik hakları ve zayıfın korunması haklarına ilişkin olmadığı"*, bu nedenle aksine bir düzenleme yapılabileceği; yani sözleşme maddesindeki düzenlemenin emredici hüküm olmadığı yönünde karar vermiştir.⁴⁸³ Başka bir kararda Yargıtay, müzayedeye fesat karıştırıldığı belirlenen olayda, kanuna veya ahlaka aykırı şekilde davranılarak emredici hükümlere aykırı davranıldığından bahisle ihalenin butlanına karar vermiştir.⁴⁸⁴ Son olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda emredici hukuk kurallarına yer verilmiş olup; 4735 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesindeki *"Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde ihale*

⁴⁸⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre bir sözleşme kamu hukukunun emredici hukuk kuralını ihlal edip hükümsüz sayılması için, bu sonucun kanunda düzeltilmiş olması ya da kanunun anlam ve amacından bu sonucun çıkıyor olması gerekir (BGE 102 II 404, 111 II 52 ff., BGE 60 II 213 ff.) Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s.146, Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e.**, **Band I**, s. 139.

⁴⁸¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2016, s. 105.

⁴⁸² *Avukatlık ücreti Madde 164 – (Değişik : 2/5/2001 - 4667/77 md.) "... Dava sonunda, kararlar tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez."*

⁴⁸³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 14.7.2005 tarih ve 2005/7644 E., 2005/7978 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁸⁴ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 27.11.2006 tarih ve 2006/11268 E., 2006/13846 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

*dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez” düzenlemesi bu yönde bir hükümdür.*⁴⁸⁵

Sözleşmenin geçerli olması için sözleşme hükümleri **kişilik haklarına aykırı olamayacağı**⁴⁸⁶ gibi, sözleşmenin konusu ahlaka ve adaba aykırı da olamaz. Ahlaka aykırılık özellikle yasaklayıcı hükümlerde (örneğin ceza kurallarında) sıklıkla rastlanır.⁴⁸⁷ **Ahlaka ve adaba aykırılığa** örnek olarak, “*Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek*” olmasını verebiliriz. Yargıtay, bu şekilde bir sözleşme düzenlenmesinin “*adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekeceğine*” karar vermiştir.⁴⁸⁸ Bir başka Yargıtay kararında ise, dürüst ve doğru insanların ortalama görüşlerine göre belirlenmesi gereken ahlak ve adaba aykırılığın sosyal ve ekonomik ahlak olduğunu belirterek, “... ahlak ve adaba aykırı sonuç doğuran ya da kolaylaştıran borçlandırıcı akitlerde batıl sayılmalıdır. Ayrıca kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çöktürücü bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir...” gerekçesiyle fahiş faiz oranı ile borç para verilmesini ahlaka ve adaba aykırı bularak sözleşmenin ilgili şartının batıl olmasına karar vermiştir.⁴⁸⁹

Son olarak hükümsüzlük konusu kapsamında, **sözleşme konusunun imkânsız olmasını** ele alacağız. İdare hukuku uygulamasında da sıklıkla rastlanan ve Tez konumuz bakımından özellikle önem arz eden durum; sözleşme öncesi dönemde gerçekleşen bir işlem, meydana gelen bir olay ya da hukuki bir neden ile sözleşme

⁴⁸⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 106.

⁴⁸⁶ Örneğin, sonsuza kadar süren sözleşme düzenlenmesi kişilik haklarına aykırıdır. Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 221.

⁴⁸⁷ Örneğin, konusu insan öldürmeye, cinsel ilişkiye ya da rüşvet vermeye ilişkin sözleşme içeriği düzenlenemez. Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 235-237.

⁴⁸⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 17.2.2003 tarih ve 2002/14711 E., 2003/1355 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁴⁸⁹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 6.3.2002 tarih ve 2001/10578 E., 2002/2892 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

konusunun imkânsız olması ya da sonradan imkânsız hale gelmesidir. İdare hukukunda bunun en tipik örneği sözleşme öncesi idari işlemin iptali nedeniyle sözleşmenin konusunun imkânsızlığının ileri sürülmesidir.

İmkânsızlığın hangi aşamada gerçekleştiği konusundaki ayrım günümüz doktrini ve uygulama açısından önemlidir, çünkü idarenin konusu baştan imkânsız bir sözleşme yapması ile sözleşmenin konusunun sonradan imkânsız hale gelmesi birbirinden çok farklı hukuki sonuçlar doğurur; bu nedenle her iki durumun birbirinden ayrılması ve incelenmesi önem arz etmektedir. Ayrıca imkânsızlık konusunun son derece kapsamlı ve karışık oluşu, uygulamada farklı nitelendirmeler yapılması, yeknesak ve hakkaniyete uygun sonuçların ortaya çıkmasını engellemektedir. Bu nedenle imkânsızlık konusu üzerinde durulacak ve konunun temel ayrımlarına bu kısımda yer verilecektir. İmkânsızlığın sözleşmenin tasfiyesini etkileyen hukuki sonuçları ise Tezimizin ilerleyen bölümlerinde irdelenecektir.⁴⁹⁰

Bu noktada bir başka konuyu daha vurgulamak gerekir; idare hukukunda *iptal kararlarının uygulanmasındaki imkânsızlık* konusu ile *sözleşmelerin kuruluşundaki imkânsızlık* konusu birbirinden farklıdır. Ancak bu iki konunun zaman zaman kesiştiği de görülmektedir. Bu konuya da ileriki bölümlerde yer verileceğinden,⁴⁹¹ bu kısımda sadece butlana neden olan *baştaki imkânsızlık* ve bu kavram ile yakın ilişkide olan *sonraki imkânsızlık* ve diğer kavramlar genel hatları değerlendirilecektir.

İmkânsızlık kavramı, borçlanılan edimin sözleşme kurulmadan önce ya da kurulduktan sonra borçlu ya da başka bir kişi tarafından objektif ve kesin olarak fiili veya hukuki sebeplerle yerine getirilmesinin engellenmesi olarak tanımlanabilir.⁴⁹² Esasen imkânsızlık borçlunun edimi aynen ifaya zorlanamadığı hallerde ortaya

⁴⁹⁰ Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / b. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Karşılanan Zararın Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Yeterliliğinin Sorgulanması

⁴⁹¹ Mahkeme kararlarının uygulanmasının imkânsızlığı hakkında Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (i). Danıştay Kararları

⁴⁹² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.9.2013 tarih ve 2013/10595 E., 2013/12801/ K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Temmuz 2020), <https://www.sinerjias.com.tr> Benzer bir tanımda imkânsızlık, “*borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim*” olarak tarif edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu’nun 29.09.2010 tarihli 2010/14-386 E., 2010/427 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak için Bkz: Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

çıkılmaktadır.⁴⁹³ İmkânsızlık sözleşmenin konusunu maddi olarak ilgilendiren fiili imkânsızlık olabileceği gibi, hukuki bir konudan da kaynaklanabilir.⁴⁹⁴ **Fiili imkânsızlığa** örnek olarak, satılan şeyin sözleşmenin kurulmasından önce patlaması⁴⁹⁵, sözleşme kurulmadan önceki akşam kiralanan deponun yanması,⁴⁹⁶ sözleşmenin konusunu teşkil eden ve restorasyonu yapılacak bir taşınmazın yıkılması, elbise dikilecek kumaşın zayi olması, teslim edilecek arabanın kullanılmaz hale gelmesi durumlarını gösterebiliriz. **Hukuki imkânsızlık** ise sözleşmenin konusunu teşkil eden edimin hukuki bir nedenden dolayı imkânsız hale gelmesidir. Örnek olarak, bir malın alım-satımının ya da ihracat-ihtalatının idari bir kararla yasaklanması ya da sözleşmenin konusunu imkânsız kılacak yasal bir düzenleme ya da mahkeme kararı ile yasaklanmasında hukuki imkânsızlık ortaya çıkmaktadır.⁴⁹⁷

İdare hukuku alanında tespit edilmiş hukuki imkânsızlık olarak, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir taşınmazın üçüncü kişilere satılmasını,⁴⁹⁸ imar mevzuatı uyarınca 200 metrekare altında satışın mümkün olmaması 100 metrekarelik arsanın satışı için vaadde bulunulması halinde, yıkılan bina yerine yeni

⁴⁹³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.9.2013 tarih ve 2013/10595 E., 2013/12801/ K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Temmuz 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>.

⁴⁹⁴ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 204, Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 146, Hermann Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183**, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1941, s. 106.

⁴⁹⁵ Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 277, 279.

⁴⁹⁶ Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 277.

⁴⁹⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1249, Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 204.

⁴⁹⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 8.11.1996 tarih ve 1996/7545 E., 1996/9737 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2016), <http://www.kazanci.com> Bu hususa ilişkin bir başka olayda, sözleşmenin konusunu teşkil eden ve kamu malı niteliğindeki taşınmazın davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından davacıya satılmasındaki satış sözleşmesinin yine hukuken imkânsız olması dolayısıyla kanuna aykırı bulunarak batıl olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.6.2003 tarih ve 2003/13-414 E., 2003/410 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com> Buna karşılık, bir başka olayda aksi bir kararla, esasen kamuya ait bir taşınmazı davacının tapuda resmi şekilde düzenlenen satım sözleşmesiyle satın aldığı, kayden satın aldığı tarihte tapuda satımı engelleyen bir kayıt da bulunmadığından ortada şekil bakımından geçerli bir sözleşme bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu kararda Yargıtay, davacı alıcı ile davalı satıcı arasında tapuda yapılan gayrimenkul satım sözleşmesinin başlangıçta geçerli olarak kurulmasına ve taşınmazın davacıya teslim edilmesine rağmen daha sonra üçüncü kişinin (Hazine) satım anında ve öncesinde mevcut olan, alıcı ve satıcının da bilmediği, bir aynı hakka dayanarak taşınmazın mahkeme kararı ile davacının elinden alınmasında zapta karşı tekeffül hükümlerinin geçerli olacağına karar verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih ve 2010/13-618 E., 2010/668 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

bina yapılmasına ilişkin sözleşme konusu taşınmazın Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında olmasını,⁴⁹⁹ üzerine inşaat yapılacak arsanın tek başına imara uygun olmaması ya da söz konusu arsanın sözleşmenin kurulmasından önce kamulaştırılmasına karar verilmiş olmasını; taşınmaz üzerinde sadece oturma hakkına sahip olan kişinin taşınmazın satışını taahhüt eden sözleşme yapmasını⁵⁰⁰ örnek olarak verebiliriz.

Doktrindeki klasik ayrıma göre, sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimin imkânsız olması **baştaki imkânsızlık** olarak ifade edilir. Bir başka ifade ile sözleşme yapıldığında konusu hukuki veya fiili sebeplerden dolayı objektif olarak imkânsız ise sözleşme TBK md. 27 uyarınca butlan yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren (hükümsüzdür) geçersizdir.⁵⁰¹ Gerek Türk gerekse İsviçre Doktrini'ndeki baskın görüşe göre, bir sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle hükümsüz olabilmesi için imkânsızlığın sözleşme kurulmadan önce (yani başlangıçta), borçludan bağımsız olarak (objektif nitelikte) ve kalıcı olması gerekir.⁵⁰² “İmkânsızlığın önceden var olması” ile anlaşılması gereken sözleşme imzalanmadan önce sözleşme konusunu imkânsız hale getiren işlem, eylem ya da olayın gerçekleşip ifanın imkânsız hale gelmiş olmasıdır; başlangıçtaki bir imkânsızlığın sonradan öğrenilmesi ya da fark edilmesi sonraki imkânsızlık sayılmaz.⁵⁰³ Sözleşmenin kurulma anı ile ifa anı her zaman aynı değildir, bu bakımdan imkânsızlığın tespitinde sözleşme kurulduğu anda edimin ifası mümkünse ayrıca ifa zamanında mümkün olup olmayacağı araştırılmaz.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111-113.

⁵⁰⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 692.

⁵⁰¹ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 92, M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 91. Ayrıca Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih ve 2010/13-618 E., 2010/668 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016), <http://www.kazanci.com>

⁵⁰² Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 200, Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 145, Hermann Becker, **a.g.e.**, s. 106, Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 247, Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 92, M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, s. 91, Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008, s. 85.

⁵⁰³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, s. 92.

⁵⁰⁴ L. Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 165.

Kanaatimizce, idare hukukunda sözleşme öncesi idari işlemin iptaline yönelik idare mahkemesinin verdiği kararın imzalanmış sözleşme üzerindeki etkisi *başlangıçtaki imkânsızlık* olarak değerlendirilemez,⁵⁰⁵ çünkü sözleşmenin konusunu oluşturan edim üzerindeki imkânsızlık sözleşme imzalanmadan önce değil sonra gerçekleşmiştir. Burada tereddüt yaratabilecek husus, imkânsızlığa neden olan işlemin sözleşmenin imzalanmasından önce yapılmasına rağmen henüz imkânsızlığın oluşmamasıdır. Bir başka ifade ile imkânsızlığa dayanak olacak olay (idari işlem ya da eylem) sözleşmenin imzalanmasından önce tesis edilmesine rağmen henüz imkânsızlık (mahkemenin iptal kararı) gerçekleşmemiştir. Bir başka ifade ile idarenin sözleşme öncesi işlemi mahkemenin iptal kararı ile sonradan imkânsızlığa dönüşmektedir. Esasen burada imkânsızlığı oluşturan olgu mahkemenin verdiği iptal kararıdır, çünkü mahkemenin iptal kararının bozucu yenilik doğuran niteliği ile karşılaşmadığı sürece hukuka aykırı da olsa sözleşmenin kuruluşundaki idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak geçerliliğini koruyacaktır. İdari işlem mahkemenin iptal kararı ile hukuk dünyasından silinir ve ancak bu şekilde yokluğu ile sözleşmenin edimini imkânsız hale getirebilir. Şunu da belirtmek gerekir ki, sözleşme öncesi tesis edilmiş her hukuka aykırı işlemin iptali sözleşmeyi dayanaktan yoksun bırakmayacağı gibi, her mahkeme kararı da sözleşmenin konusunu imkânsız hale getirmeyeceği muhakkaktır.⁵⁰⁶

Tekraren belirtecek olursak, *sözleşme öncesinde tesis edilmesine rağmen idari işlemin sözleşme imzalandıktan sonra mahkeme kararı ile iptal edilmesi sözleşmenin konusu bakımından ancak sonraki imkânsızlık teşkil edebilir*. Örneğin, sözleşme öncesinde tesis edilmiş olan yetkilendirme, görevlendirme kararı ya da tahsis kararı gibi işlemlerin iptaline ilişkin mahkeme kararlarının sözleşmenin imzalanmasından sonra verilmesi sözleşme üzerinde sonraki imkânsızlık teşkil eder. Burada imkânsızlığı oluşturan olgu esasen mahkeme kararının verilmesidir; çünkü

⁵⁰⁵ Sözleşmenin kuruluşundan önce sözleşmenin hazırlık aşamasında gerçekleştirilen idari işlemin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesinin sözleşme üzerindeki etkisinin baştaki imkânsızlık sayılarak sözleşmenin butlanına karar verilmesine ilişkin Yargıtay'ın katılmadığımız görüşü için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3). / (ii). Yargıtay Kararları ve bu konuya ilişkin detaylı görüşümüz Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / c. Sözleşmeden Önce Tesis Edilen Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi Hakkındaki Görüşümüz

⁵⁰⁶ Bu konu daha önce belirttiğimiz üzere ayrılabilir işlem ile sözleşme arasında sıkı bağlantı olmasına bağlıdır. Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / a. Ayrılabilir İşlem Kuramının Sözleşmelere Etkisi

mahkeme kararı ile işlemin hukuka aykırılığı tespit edilerek, işlemin tesis edildiği ana geriye yönelik etki ederek hukuk dünyasından silinmekte ve ifa imkânsız hale gelmektedir. Mahkemenin iptal kararının geriye yürüyerek idari işlemi yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırıyor olması, imkânsızlık olgusunun sonradan ortaya çıktığı gerçeğini yani “sonraki imkânsızlığın varlığını” değiştirmez. İşlem yapıldığı andan iptal edilip hukuk dünyasından silinene kadar hukukilik karinesinden faydalanmaktadır.

Öte yandan idarenin sözleşmeleri bakımından mahkeme kararına bağlı olmaksızın başlangıçtaki imkânsızlık da gerçekleşebilir. Bunun için edimi imkânsız hale getiren olayın sözleşme imzalandıktan sonra farkedilse bile, bu olayın sözleşme kurulmadan önce oluşması ve imkânsızlığın sonuçları ile beraber en baştan beri mevcut olması gerekir. *Örneğin*, yanarak tamamen zayi olmuş bir taşınmazın restorasyonu ya da tamamen yok olan bir taşınmazın satışı için sözleşme yapılması durumlarında *başlangıçtaki imkânsızlık* vardır. Nitekim bu durumlarda edim sözleşme imzalanmadan önce imkânsızlaşmıştır. Bu durumlarda imkânsızlık sözleşme kurulduğunda hâlihazırda imkânsızlık oluşmuş ve sözleşme fiilen ifa edilemez olduğundan imkânsızlık ileri sürülebilir niteliktedir. Ancak bazı durumlarda imkânsızlığın ortaya çıkması, yani mahkeme idari işlemi iptal etmeseydi imkânsızlık ileri sürülmeyecek olduğu durumlarda bu durumların tespiti karışıklık yaratabilir. Öte yandan imkânsızlık birden fazla olayın ard arda gelip birbirini bütünlemesi sonucunda oluşmuş olabilir, böyle bir durumda ifayı imkânsız hale getiren son olayın tespit edilmesi gerekir.⁵⁰⁷

Baştaki imkânsızlığın yaptırımını sözleşmenin butlan ile hükümsüz hale gelmesidir.⁵⁰⁸ Bu durumda borçlu edimi ifa borcundan kurtulur. Karşı taraf da edim borcundan kurtulur, ifa edilen edimler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep

⁵⁰⁷ Hans Rudolf Barth, **Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung**, Diss. , Zurich, 1957, s. 33 ve Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. 117)**, (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1976, s. 75. (Aktaran; L. Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**). KURT ayrıca şu örneği vermektedir: Kiraya verilecek taşınmaza yıldırım isabet edip çatlaması ve sözleşme kurulduktan sonra binanın yıkılmasında *sonraki imkânsızlık* olduğu kabul edilir.

⁵⁰⁸ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 243, Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 145.

edilir.⁵⁰⁹ Sözleşme henüz kurulmamış sayıldığından sözleşmesel sorumluluk çatısı altında zamanaşımı, tasfiye rejimi ve ispat yükü bakımından daha avantajlı hükümlerden faydalanmak mümkün olmaz. Bu hukuki sonuç son derece ağır olduğundan imkânsızlık ancak objektif (nesnel), yani ifanın borçlu dahil herkes için imkânsız olması halinde geçerli olur (*başlangıçtaki objektif imkânsızlık*).⁵¹⁰

Subjektif imkânsızlıkta ise, borçlunun genellikle kendisinden kaynaklanan bir nedenle edim ifa edilemiyor, ancak edim başkaları tarafından gerçekleştirilebiliyordur.⁵¹¹ Subjektif imkânsızlıkta nesnel bir durumdan çok borçlu açısından edimin yerine getirilmesinde bir ifa güçsüzlüğü ya da borçlunun edimin yerine getirilmesi için aşırı gayret etmesi gerekliliği söz konusudur. Bu anlamda edimin ifası gerçek anlamda imkânsız olmayıp, borçlu bakımından imkânsızdır.⁵¹² İdare hukukunda da yaşanabilecek bazı örnekler bakacak olursak; *örneğin* borçlunun lisansı olmamasına rağmen mimari bir projeyi gerçekleştirmeyi taahhüt etmesi, idarenin kendi mülkiyetinde olmayan *örneğin* hazineye ait bir taşınmazı satmayı vaad etmesi, borçlunun satmayı vaad ettiği eşyanın (kolaylıkla çıkarılamayacak şekilde) denize düşmüş olması,⁵¹³ borçlunun daha önce başka birine satıp devrettiği malı tekrar satması,⁵¹⁴ borçlunun kendisine ait olmayan ya da çalınmış bir malı satmayı vaad etmesi, dansçının ayağında sahneye çıkmasına engel olacak nitelikteki sakatlığa rağmen temsil teklifini kabul etmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneklerden de anlaşılabileceği üzere *başlangıçtaki subjektif imkânsızlık*, başlangıçtaki objektif imkânsızlık ile temerrüt arasındaki alanda hatta işlem temelinin çökmesi (aşırı ifa güçlüğü) kavramından önceki basamakta yer alan

⁵⁰⁹ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 148.

⁵¹⁰ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, s. 93, Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 80.

⁵¹¹ Objektif- subjektif imkânsızlık ayrımında “imkânsızlığın kaynağı”nın esas alındığı başkaca yaklaşımlar için *Bkz:* Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, “Türk- İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, **AÜHFD**, C. LVII, S: 3, 2008, s. 677.

⁵¹² Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 200. Öte yandan subjektif imkânsızlıkta Temerrüt Hükümlerinin kullanılması İsviçre’de tartışma konusu olmaktadır. Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 80.

⁵¹³ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 168.

⁵¹⁴ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 201.

son derece belirsiz bir kavramdır.⁵¹⁵ Subjektif imkânsızlık durumu butlana yol açmaz, çünkü edimin ifası aslında mümkündür ancak borçlunun ifa güçsüzlüğü ifaya engel olur.⁵¹⁶ Bu durumda asli edim yükümü imkânsızlık nedeniyle sona erse dahi, onun yerine tazminat ödeme borcu (ikincil edim yükümü) geçer, böylece subjektif imkânsızlığın sonuçları sözleşmesel sorumluluk kapsamına kaydırılarak sözleşmeye devam edilir; sözleşme sözleşmesel sorumluluk hükümleri kapsamında tasfiye edilir.⁵¹⁷

İmkânsızlık, yukarıda da izah edildiği üzere, sözleşmenin kurulmasından önce oluşabileceği gibi (*başlangıçtaki imkânsızlık*), sözleşmenin imzalanmasından sonra ifa aşamasında da gerçekleşebilir (*sonraki imkânsızlık*).⁵¹⁸ Sonraki imkânsızlık için edimin ifasının imkânsızlığının objektif veya subjektif nitelikte olmasının bir önemi bulunmamaktadır, önemli olan imkânsızlığın borçlunun sorumluluğuna yol açacak şekilde gerçekleşmiş olmasıdır.⁵¹⁹ Sonraki imkânsızlık TBK md. 27 ile ilgili olmayıp edimin sonradan imkânsız hale gelmesiyle ve sözleşmelerdeki ifa engellerinden temerrütle (TBK md. 112 ve md. 136) ilgilidir.⁵²⁰ Günümüzde imkânsızlığın meydana çıktığı zaman temel alınarak; baştaki imkânsızlık veya sonraki imkânsızlık olarak farklı sonuçlara tabi tutulması eleştirilere yol açmaktadır.⁵²¹ Nitekim imkânsızlık baştan mevcut ise butlana (TBK md. 27/1) ve sebepsiz zenginleşmeye dayalı sözleşme dışı tasfiyeye (TBK md. 77); imkânsızlık sonradan ortaya çıktığında sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde borçlunun kusurlu olması halinde TBK md. 112 hükümlerine, borçlunun kusursuz olması halinde TBK md. 136 hükümlerinin uygulanmasına yol açmaktadır.⁵²² Daha yalın bir ifade ile,

⁵¹⁵ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 169, 171.

⁵¹⁶ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 145, Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 248.

⁵¹⁷ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 201.

⁵¹⁸ Nurcihan Dalcı Özdoğan, “İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması”, **İÜHFD**, C. IX, S: 2, 2018, s. 285.

⁵¹⁹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, s. 475.

⁵²⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111, Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 89.

⁵²¹ Yazar, sözleşme konusu bir tablonun sözleşmenin kurulmasından önce yanmasında sözleşmenin geçersiz sayılarak butlana tabi olmasına karşın sözleşme kurulduktan sonra sözleşme konusunun zayi olmasında sözleşmenin geçerli sayılmasını eleştirmektedir. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 165, 172.

⁵²² Hermann Becker, **a.g.e.**, s. 106.

başlangıçtaki imkânsızlık borçlunun sorumluluğu dahilinde gerçekleşerek sözleşme konusu zayi olsa dahi, borçlu en fazla culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında menfi zarar ile sorumlu oluyorken, aynı durumun sözleşmenin kurulmasından hem sonra meydana gelmesinde sözleşmesel sorumluluk kapsamında temerrüt maddeleri kapsamında müspet zarar talep edilebilmektedir. Buna ilişkin detaylı incelemelerimizi ileriki bölümde yapacağımız için burada daha fazla değinmiyoruz.⁵²³

Sonuç olarak İsviçre ve Türk Hukuku'nda başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sorumluluğuna bağlanan sonuçların sert olması, bu alanın yumuşatılması gayretine sebebiyet vermiştir. Bu amaca yönelik olmak üzere, borçlunun başlangıçta edimin imkânsız olduğunu biliyor olması ve bilmesi gerektiği durumlarda, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkilerindeki güvene dayalı culpa in contrahendo sorumluluğu ya da satıcının (borçlunun) garanti sorumluluğu kapsamında sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Yine başlangıçtaki subjektif imkânsızlığın sonuçları ancak sonraki imkânsızlığın sonuçlarına kaydırılarak (TBK md. 112) yumuşatılabilmektedir.⁵²⁴

Kıyasa dayalı bu dolaylı çözüm arayışları bir tarafa, dünyada imkânsızlık kavramına ilişkin karmaşık uygulamaların artık terk edilmeye başladığı görülmektedir.⁵²⁵ İmkânsızlığın İsviçre ve Türk Hukuku'nda en önemli ifa engeli olduğu kabul edilir; buna karşın imkânsızlık söz konusu düzenlemelerde farklı maddelerde dağınık üstelik yetersiz şekilde düzenlenmiştir.⁵²⁶ Özellikle imkânsızlığın da dahil olduğu ifa engelleri hukuku uluslararası hukuk metinlerinde tek sonuca bağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.⁵²⁷ Bu düzenlemelerde

⁵²³ Tez III. Bölüm / C / 2 / c. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi

⁵²⁴ Yazar, Art. 171 ve 173 OR hükümlerinde yer alan satıcının garanti yükümlülüğünün aslı edim yükümü imkânsız hale gelmiş satıcının sorumluluğunun devam etmesinde kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir. Ayrıca Art 192 ff. ve Art 197 ff. Hükümlerini de örnek olarak göstermektedir. Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 202.

⁵²⁵ Rona Serozan, “Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHFİM**, C. LVIII, S: 1-2, 2000, s. 232-233.

⁵²⁶ Yeşim Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, 1. bs., İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Eylül 2010, s. 319.

⁵²⁷ **PICC** (Principles of International Commercial Contracts - Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler), **PECL** (Principles of European Contract Law - Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri), **DCFR**

imkânsızlığın ortaya çıktığı ana göre yapılan tasnif terk edilerek, imkânsızlığa neden olan sözleşme tarafı üzerinden sorumluluk değerlendirmesi yapılmaya başlanmıştır. Nitekim 2002 yılında Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) uluslararası ilkelerin ışığında yapılan değişiklikler sonucunda, BGB § 311a/ b. I hükmü uyarınca başlangıçtaki imkânsızlık butlan sebebi olmaktan çıkarılmış, başlangıçtaki objektif imkânsızlık ile subjektif imkânsızlık ayrımı sona erdirilerek, imkânsızlığın sonuçları BGB § 275 (Ausschluss der Leistungspflicht) kapsamında aynı madde ile düzenleme altına alınmıştır. Böylece sözleşmenin kuruluşundaki (başlangıçtaki) imkânsızlıkta kusurlu olan tarafın karşı tarafın uğradığı zararı tazmin edeceği düzenlenmiş,⁵²⁸ bu anlamda edimin objektif veya subjektif olarak imkânsızlaşmasının pratik bir değeri de kalmamıştır. Bu konuya ileriki bölümlerde değineceğimiz için burada daha fazla ayrıntıya girmiyoruz.⁵²⁹

III. SÖZLEŞME SONRASI ÇIKAN “SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM” UYUŞMAZLIKLARI

Bundan önceki bölümde⁵³⁰ idare henüz sözleşmeye hazırlık aşamasındayken ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzluk nedenleri ile sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan nedenlere değindik. Bu kısımda ise bu sebeplerin sözleşmenin imzalandıktan sonra ortaya çıkması durumunu inceleyeceğiz. *Sözleşme sonrası çıkan “sözleşme öncesi dönem” uyumsuzluk* kavramını esasen sözleşme öncesinde oluşan ve fakat sözleşme üzerindeki etkilerini sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana getiren hukuka aykırılık durumlarını ifade etmek için kullandık. Bir başka ifade ile ortaya çıkan uyumsuzlığın nedeni bir önceki bölümde incelediğimiz sebepler kapsamında,

(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference - Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları - Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak) gibi genel kuralların düzenlendiği ve uluslararası hukuka yön veren “soft law” metinlerde farklı ifa engelleri “ifa etmeme” kavramı çerçevesinde ele alınarak, borçlunun garanti sorumluluğu vurgulanmıştır. Bu durumda borçlu ancak mücbir sebebin varlığı halinde tazminat ödeme borcundan kurtulabilmektedir. Yeşim Atamer, **a.g.m.**, s. 332.

⁵²⁸ Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 279.

⁵²⁹ Alman Medeni Kanun'u (BGB)'de imkânsızlık kapsamında yapılan değişiklikler için *Bkz:* Tez III. Bölüm / C / 2 / c / (4). Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) İmkânsızlık Düzenlemesinin Genel Çerçevesi

⁵³⁰ *Bkz:* Tez II. Bölüm / B. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

(yani sözleşme öncesi dönemde) meydana gelmesine rağmen bu hukuka aykırılığın sözleşmeyi etkilemesi sözleşmenin imzalanmasından sonra yani sözleşmenin icra aşamasına denk gelmektedir. Geçerli olarak kurulduğuna inanılan bir sözleşmenin baştaki bir nedenle geçersiz hale gelmesinde tarafların uğradığı zarar daha fazla olmaktadır.

İdare hukukunda sözleşme öncesi hukuka aykırı bir işlemin sözleşmenin icrası sırasında iptal edilmesi ve işlemin iptalinin hukuki sonucu olarak geriye doğru etki ederek işlemin hiç tesis edilmemiş duruma dönmesinin sağlanması aslında sözleşmenin ifasına ilişkin bir sorun olmasına rağmen konu sözleşme öncesi dönem ile de bağlantılıdır. Nitekim, idari işlemin iptalinin geriye yürümesi özel hukukta mutlak olarak uygulanan bir özellik değildir. İdare hukukunun kendine özgü kuralları nedeniyle ortaya çıkan bu durum sözleşmenin uygulanmasını daha karmaşık hale getirmektedir.

Bu bölümde idare hukukunda sözleşmenin uygulanması sırasında sonuçlanan ve sözleşmeyi etkileyen idare mahkemesinin (iptal) kararlarının uygulanmasına ilişkin sorunlar en başta mevcut sözleşmenin akıbetine etkisi ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde mukayeseli hukuk, doktrin ve yargı kararları dikkate alınarak incelenecektir.

A. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Sonuçlanan ve Sözleşmeyi Etkileyen Mahkeme (İptal) Kararları

1. Ayrılabilir İşlem Kuramının Sözleşmelere Etkisi

Ayrılabilir işlem, tamamlanabilmesi birden çok işlemin yapılmasını gerektiren idari işlemlerde, karar alma sürecince yer alan çeşitli işlemlerden birinin, ait olduğu işlemten ayrı olarak başlı başına yürütülebilirlik (icrailik) niteliği kazanıp, idari yargı yeri önünde bir uyuşmazlığa konu olabilmesi şeklinde tanımlanabilir.⁵³¹

⁵³¹ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 508-546.

Bir idari işlem ancak *kesin ve tek başına icra edilebilir (yürütülebilir)* olması durumunda ayrılabilir işlem olarak idari davaya konu olabilir.⁵³² Ayrılabilir işlem sözleşme öncesi döneme ait olabileceği gibi aynı zamanda sözleşmenin uygulanma ve sona erme aşamasında da bir idari işlem kesin ve icra edilebilir ise sözleşmeden ayrı olarak ele alınabilir, bu işleme karşı idari yargıya gidilebilir.⁵³³

İdari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için aranacak şartlardan biri olan bu özellik 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Dilekçeler üzerine ilk inceleme*" başlığı altında 14'üncü maddesinin 3/d bendinde "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*" hükmü ile düzenlenmiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda ayrılabilir işlemin "*birden çok işlemde oluşan bir süreçte, işlemlerden her birinin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilen*" işlem olduğu vurgulanmıştır.⁵³⁴

Ayrılabilir işlem kuramının ortaya çıkışı, Fransa'da idare hukukuna tabi sözleşmelere karşı iptal davası açılmayıp, sadece tam yargı davasına konu edilebilmesi kuralının yarattığı sakıncaları bertaraf etmek amacıyla olmuştur. Fransız İdare Hukukun'da bir süre "blok teorisi" hakim olmuştur. Bu teoriye göre, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin kurulmasından önceki tek yanlı idari işlemler sözleşme ile

⁵³² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s.368. İdari işlemin bu özelliğini anlatmak için doktrinde "icrai işlem", "etkili işlem", "idare edilenlerin hukuki durumunu etkileyen işlem", "kesin ve yürütülmesi gerekli işlem" gibi farklı kavramlar kullanılmıştır. Celal Erkut, **a.g.e.**, s.119, Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s.44, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s.367.

⁵³³ Örneğin, 3096 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca yap-işlet-devret modeli çerçevesinde özel hukuk hükümlerine tabi olarak Bakanlık ile şirket arasında imzalanan ve özel hukuk sözleşmesinin Bakanlık tarafından feshedilmesine ilişkin Danıştay'ın 1. Dairesi tarafından verilen istişari görüşte, söz konusu fesih işleminin bağımsız bir işlem olduğu; eğer sözleşmede buna izin veren bir hüküm olsaydı, bu fesih yetkisinin sözleşmenin bir parçası ve sözleşme kapsamında bir konu olarak özel hukuk alanına giren bir konu olarak değerlendirilebilecekse de böyle bir durum söz konusu olmadığı için, Bakanlığın tek yanlı fesih işleminin tipik bir idari karar niteliğinde kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Bu yönde bir görüş ile, idarenin sözleşmeden bağımsız olarak, sözleşmenin herhangi bir aşamasında, yapmış olduğu bir işlemin ayrı ve bağımsız niteliğini haiz olduğu sürece ayrılabilir işlem olacağını ortaya koymuştur. Karar için Bkz: Danıştay 1. Dairesi'nin 27.2.2003 tarih 2003/19 E., 2003/26 K. sayılı kararı, Elektronik kaynak, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mayıs 2016).

⁵³⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 22.6.2004 tarihli ve 2004/8257 E., 2004/7618 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Nisan 2016) <http://www.kazanci.com>

bir bütün oluşturur, işlemin iptalini talep eden tarafın menfaati ihlal edilmiş olsa dahi iptal edilemezdi. İşte ayrılabilir işlem teorisi sistemdeki menfaat ihlallerinin ihlalini ortadan kaldırmak için ortaya çıkmıştır.⁵³⁵

BİLGİN'e göre, bir işlemin sözleşmeden ayrılabilen işlem olduğunu kabul edebilmek için söz konusu işlemin idarenin sözleşme dışı yetkilerini kullanarak almış olması yetmez; aynı zamanda bu yetkinin sözleşmenin icrası ile ilgisinin olmaması gerekir. Bu kriter neticesinde, eğer işlem idarenin sözleşme dışı yetkisini kullanarak ve sözleşmenin icrası ile ilgili olmayan bir işlem ise, işleme karşı iptal davası açılacaktır; aksine işlem sözleşme yapıldıktan sonra sözleşmenin icrası ile ilgili ise o halde tam yargı davasının konusu olacaktır.⁵³⁶ Yazar, bu kriteri sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin icrasında ortaya çıkan uyumsuzluklar için belirtmiş olsa da, idarenin sözleşme öncesi dönemde yapmış olduğu işlemler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı irdelenebileceği kanaatindeyiz.

Öncelikle sözleşme öncesi dönemde sözleşmenin hazırlığı aşamasında idarenin genel olarak kamu gücünden kaynaklanan sözleşme dışı yetkilerini kullandığı ve bu işlemlerin çoğunun sözleşmenin icrasına ilişkin hükümler içerdiği de muhakkaktır. Bu nedenle Yazar'ın getirdiği kriter karşılanmış olmaktadır. Nitekim hazırlık işlemlerinin dayanağı bizzat sözleşmenin yapılacak olmasıdır, bir başka ifade ile söz konusu sözleşme imzalanmayacak ise iptali talep edilen işlem de yapılmayacaktı. Bu bağlantı bize sözleşme ile sözleşme öncesi ayrılabilir işlemin sıkı biçimde bağlılığını göstermektedir. Bu bütünlük esası içerisinde sözleşme öncesi işlemlerin de sözleşmeye dahil olması ve ayrı biçimde iptal davasına konu olamaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ne var ki, bu durum gelinen aşamada, bütünlük teorisinin geçerliliğini yitirmiş olması, hukuk devleti ilkesi uyarınca menfaat ihlali kapsamında idari işlemlerin denetiminin yapılması zorunluluğu ile karşılaşacağından günümüzde fazlaca benimsenmemektedir.

Ayrılabilir işlem kuramının tezimiz bakımından önemi, sözleşme öncesi döneminin yasal denetiminin yapılarak, mahkemenin işlemin iptali kararının sözleşme üzerindeki etkisinde kendisini göstermektedir. Sözleşme öncesi dönemdeki

⁵³⁵ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s.78, Celal Erkut, **a.g.e.**, s.40.

⁵³⁶ Pertev Bilgen, **a.g.e.**, s. 82.

uyuşmazlıklar sözleşmeye hazırlık aşamasında sözleşme için izin verme, imtiyaz sözleşmeleri için ilgili şirketi yetkilendirme kararı, sözleşmeyi imzalama yetkisi verme, şartnamenin hazırlanması; ihale uygulaması içinde ihalenin ilanı ve ihalenin yapılması ve sözleşmenin imzalanması aşamasında sözleşmenin imzalanması işlemi olarak ortaya çıkabilir.⁵³⁷ Yargı kararlarında, idarenin sözleşmeleri bakımından sözleşme öncesi dönemde *sözleşmeden bağımsız olarak yargısal denetimi yapılabilecek ayrılabilir işlemlere örnek olarak*; ihalenin ilanının usulüne uygun yapılmaması, teklif mektubu ve dış zarfının usul ve şekle uygun olmaması, ihale kararının yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olması⁵³⁸; ihale aşamasında ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali, geçici teminatın iade edilmemesi kararı ve benzeri gibi tüm hazırlıklar ve yasanın verdiği yetkiye dayanılarak idarenin gerçekleştirdiği kesin ve icrai nitelikteki işlemler sayılabilir.⁵³⁹ Mevcut uygulamamızda bu kısım sözleşmenin hazırlık safhasını oluşturduğu için sözleşme dışı safha olarak kabul edilmekte ve tamamen idari tasarruf ve eylemleri içerdiği için uyuşmazlıklar idari davalara konu olmaktadır.⁵⁴⁰ Söz konusu işlemler sözleşmeye dahil edilmemektedir.

Bu idari işlemler kural olarak, idare ile sözleşme yapacak kişi tarafından idareye karşı idari yargıda dava konusu edilebilirler. Buna karşılık sözleşmecinin sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan tasarruflarına ilişkin uyuşmazlıklar idare tarafından adli yargıda görülebilir. Ayrıca idari işlemler aleyhine menfaat şartını sağlamaları halinde 3. kişiler tarafından da iptal davası açılabilir. Burada 3. kişi doğrudan sözleşmenin iptalini talep etmeyip, sözleşmeden önce bir işlemin iptalini talep ettiği hallerde dahi, çoğu durumda işlemle ilgili verilen iptal kararı sözleşmenin

⁵³⁷ Yazar, şartnamelerin genel kişilik dışı özellik içeren kurallar yanında, sözleşme taraflarınca karşılıklı irade beyanı ile oluşturulan ve özellikle mali konulara ilişkin sözleşme niteliğindeki kısmına vurgu yapmaktadır. Celal Erkut, **a.g.e.**, s. 42-44, İl Han Özey, **Günüşünde Yönetim**, s. 527, Güven Dinçer, “İdarenin Yaptığı Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, S. 8, 1973, s.19-20.

⁵³⁸ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 218.

⁵³⁹ Geçici teminat mektubunun davacıya iade edilip edilmeyeceğine ilişkin karar için *Bkz:* Danıştay 10.Dairesi’nin 20.4.2005 tarih ve 2003/2683 E., 2005/1981 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mayıs 2016).

⁵⁴⁰ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1622.

geçerliliğini etkilemektedir. Böylelikle “*sözleşmeler iptal davasına konu olmaz*” kuralı bertaraf edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin iki tarafın iradesine dayalı bir hukuki işlem olması nedeniyle iptal davası yerine ancak sözleşmenin taraflarınca tam yargı davasına konu olabilmesi Kanun’dan kaynaklanmayan bir kuraldır.⁵⁴¹ Nitekim Danıştay’ın uzun yıllardır vermiş olduğu kararlar ile sözleşmeler iptal davasına konu olabilmektedir.⁵⁴² Fransız Hukuku’ndan farklı olarak, Türk Hukuku’nda idari sözleşmelerin iptali için iptal davasının açılabiliyor olması bazı yazarlarca idare hukukumuzun bir ileriliği olarak nitelendirilirken⁵⁴³ bazı yazarlar ise bu görüşü “hukuk teorisi ve muhakeme hukuku bakımından yanlış, liberal demokratik mantık açısından tehlikeli” bulmaktadır.⁵⁴⁴ 3. kişiler tarafından iptal davasının açılabilmesinin en önemli sakıncası ise, idare ile sözleşme yapan tarafın, kendi iradesi dışında sözleşmenin iptali ile karşılaşabilme tehdidi altında olması yeni bir güvencesizlik durumudur.

Ayrılabilir işlemin esas olarak idarenin özel hukuk sözleşmeleri bakımından önemli olduğu ve ayrılabilir işlem ile sözleşmeden bağımsız olarak yargı önüne götürülebilen işlemin her hâlükârda idare hukuku kapsamı içinde kalacağı ve buna ilişkin uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülecek olmasını idari yargının adli yargı

⁵⁴¹ İdare hukuku literatürüne “Aktaş” davası olarak geçen davada, Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. ile Türkiye Elektrik Kurumu arasındaki İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptali için sözleşmenin tarafı olmayan 3. kişi tarafından dava konusu edilmiş; davanın sonucunda da sözleşmenin Danıştay’ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir. Karar için Bkz: Danıştay 10. Dairesi’nin 29.4.1993 tarih ve 1991/1 E., K. 1993/1752 sayılı kararı, Elektronik kaynak, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2018).

⁵⁴² Bu konuda verilen ilk karar Gemlik Belediyesi kararı olarak anılan Danıştay 12. Dairesi’nin 02.11.1976 tarih ve 1974/1958 E., 1976/2141 K. sayılı kararı ile üçüncü kişilerin sözleşmenin iptalini talep edemeyeceğine ilişkin davanın red kararını bozan Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun 13.05.1977 tarih ve 1976/456 E., 1977/254 K. sayılı kararı ile verilmiştir. Buna göre, mahkeme imtiyaz sözleşmelerinin üçüncü kişiler tarafından da iptalinin istenebileceğini kabul etmiştir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 236 vd.

⁵⁴³ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 346.

⁵⁴⁴ Yazar, idari sözleşmeye karşı 3. kişiler tarafından iptal davasına konu olabileceği görüşünü eleştirmekte ve idari sözleşmeyi idarenin tek taraflı işlemi olmadığı için iptal davasına konu olmayacağını bunun hukuk teorisi bakımından yanlış; iptal davasının objektif nitelikli bir dava olduğunu ve taraflar arasında subjektif haklar ve ödevler doğuran bir işlem olan idari sözleşmeye karşı 3. kişilerin iptal davası açmasının muhakeme hukuku bakımından yanlış; özel kişinin iradesinin iptal davası yoluyla denetlenmesinin ise liberal demokratik mantık açısından tehlikeli bulmaktadır. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 239.

karşısında genişlemesi olarak ortaya konulmaktadır.⁵⁴⁵ Ayrılabilir işlem kuramının bu şekli ile anlamı, özellikle sözleşmeden önceki işlemlerin her zaman idare hukuku alanında kaldığından bu işlemlerin yargısal denetiminin, kendisinden sonraki işlemle bağımsız olarak daima idari yargıya tabi olduğunun ve verilecek iptal kararı ile özel hukuk sözleşmesinin ortadan kaldırılabileceğinin kabul ediliyor olmasıdır.

Kanaatimizce bu bakış açısıyla konu yargı kolları arasındaki çekişmeyi ifade etmektedir. Oysa konumuz bakımından ayrılabilir işlemin önemi, iptal edilen işlemin imzalanan sözleşme üzerindeki etkisinin araştırılmasıdır; bu da ayrılabilir işlemin iptalinin kurulmuş ve kurulmamış sözleşmeye etkisi olarak ele alınmalıdır.

Öncelikle, *ayrılabilir işlemin iptalinin kurulmamış sözleşmeye etkisine* ilişkin Kamu İhale Kanunu'nun 54'üncü maddesi vd. maddelerinde kısmen düzenlenmiştir. Sözleşme öncesi bir idari işlemin sözleşmenin kurulmasından önce idari yoldan şikâyet ya da daha sonra Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikâyet yoluyla denetlenip hukuka aykırı bulunması halinde, somut olayın durumuna göre düzeltici işlem yapılmasına veya ihalenin iptaline karar verilebilir. İhaleyi düzenleyen idarenin bu işlem yerine hukuka uygun işlemler tesis ederek işlemlere devam edeceği muhakkaktır. Şikâyet ve itirazen şikâyet yolları dava açılmadan tüketilmesi gereken idari yollarıdır.⁵⁴⁶ Burada önemli olan söz konusu idari yolların sözleşmenin imzalanmasından önce neticelenerek sorunun sözleşmenin kurulmasından önce halledilmesinin sağlanmasıdır. Ancak uygulamada, idari aşama birçok durumda sözleşmenin imzalanmasından sonra neticelenmekte ya da Kurul kararına karşı da dava yoluna gidilerek sözleşmenin imzalanmasından sonra da sorunun devam etmesine neden olmaktadır.

Sözleşme yapılmadan önceki aşamalarındaki usul sakatlıklarının giderilmesi, örneğin rekabet ve açıklık ilkelerine uyulmasının sağlanması ve mevcut sakatlığın üzerine bir sözleşme kurulmasının önlenmesi önem taşımaktadır. Fransa'da bu sebeple 1993 yılında kamusal usullerin ve ekonomik yaşamın şeffaflığı ve

⁵⁴⁵ Murat Sezginer, "İdari İşlem- İcraîlik- Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim", **İÜHFM**, C. LXIX, S: 1-2, 2011, s. 245, İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 520, Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 46.

⁵⁴⁶ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.219.

yolsuzlukların önlenmesi hakkında kanun çıkarılmıştır.⁵⁴⁷ Sözleşme yapılmadan önceki aşamadaki işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenerek sözleşmenin hazırlık işlemlerine devam edilmesi, sözleşmenin kurulmasını geciktirmesi pahasına önemli bir aşama olacaktır. Nitekim, sözleşme öncesi yapılan işlemlerin sözleşmenin imzalanmasından sonra uyuşmazlık haline gelmesi veya uyuşmazlığın (işlemin iptal edilerek) neticelenmesi halinde, söz konusu mahkeme kararının sözleşmenin geçerliliğine etkisi, çözülmesi karmaşık bir konudur. Kurulmuş olan sözleşmenin niteliği ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme olsun, kendisinden önceki ayrılabilir işlemin iptali sözleşmeyi etkileyeceği muhakkaktır. Ancak soru, buradaki etkinin mutlak bir kural olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

2. Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi

Bu bölümde, sözleşme öncesinde yapılan ve ayrılabilir işlem niteliğindeki idari işlemin bir mahkeme kararı ile iptalinin kurulmuş olan sözleşmeye etkisi; farklı ülke hukuk sistemleri ve Türk Doktrini'ndeki yaklaşımlar ile yargı kararlarındaki değerlendirmeler ve son olarak kendi görüşümüze yer verilecektir.

a. Mukayeseli Hukuktaki Durum

(1). Fransız Hukuku

Fransız İdare Hukuku'nda, 19. Yüzyılda sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçte sözleşmeye hazırlık ve destek işlemlerinin sözleşmenin içine ilhak ettiği kabul ediliyor ve bu işlemlere karşı ne sözleşmenin imzalanmasından önce ne de sözleşmenin imzalanmasından sonra iptal davası açılıyordu. Bahsi geçen ilhak *kuramına* göre, sözleşme öncesi işlemler sözleşmeyle bir bütünlük oluşturmakta ve sadece nihai işleme yani sözleşmenin imzalanmasına hukuki değer atfediyordu. Bir hazırlık işlemi aleyhine dava açmak için, sözleşmenin durumuna göre belirlenecek

⁵⁴⁷ “İdare mahkemesi başkanı sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, açıklık ve rekabet ilkelerine uyulmasını “emretmekte”, sözleşmenin imzalanmasını ve buna ilişkin işlemleri askıya alabilmektedir”; Turgut Tan, “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, s. 34.

adli ya da idari yargı önünde sözleşmeye karşı dava açmak gerekiyordu.⁵⁴⁸ Üçüncü kişiler bakımından ise, (özel hukuk sözleşmesi ise) ön mesele incelemesi yapılması için adli yargı hakimine başvuruluyor, adli yargı hakimi sözleşme öncesi idari işlemin incelenmesi için iptal davası hakimine başvuruyordu, idari hakimden gelecek neticeye göre tekrar davanın esasına bakan yargıç önünde yargısal denetimine devam ediliyordu.⁵⁴⁹

1905 tarihli Martin Kararı'nın verilmesi sözleşmeler alanında ayrılabilir işlem kuramının uygulanabilmesi konusunda bir dönüm noktası oluşturarak, sözleşmeden önce yapılan işlemin iptal davasına konu olabilmesi ve iptal edilmesine rağmen, bu iptal kararının sözleşmeyi ve sözleşmeden doğan hakları etkilemeyeceği kabul edilmiştir.⁵⁵⁰

Fransa'da uzun tartışmalardan sonra, ayrılabilir işlem ile sözleşme arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınarak sözleşmenin akıbetinin belirlenmesi gerektiği şeklinde çözüm getirilmiştir. Ayrılabilir işlem eğer sözleşmede yer alan hukuka aykırı bir hükmün nedeniyle iptal edilmişse sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açacak; ancak ayrılabilir işlemin kendisindeki bir hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmiş ise sözleşme ile arasındaki hukuki ilişki incelenip ayrılabilir işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturuyor ise sözleşmenin hükümsüzlüğü söz konusu olabilecektir.⁵⁵¹ Bu anlamda, iptal edilen işlemin sözleşmeye etkisi her somut olay bazında değerlendirilmesi gerekecektir.

Fransız Danıştay'ın (Conseil d'État), ayrılabilir işlemin iptalinin kamu ihale sözleşmelerinin geçerliliği üzerindeki etkisine ilişkin olarak 2004 yılında vermiş olduğu kararlarda; idarenin ihale işlemlerinde aleniyet veya rekabetin sağlanması ilkelerine aykırı işlem tesis etmesi durumunda mağdur olan isteklilerin idare

⁵⁴⁸ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 136-137.

⁵⁴⁹ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 140.

⁵⁵⁰ Conseil d'État, 4 août 1905, Martin, requête numéro 14220, rec. p. 768. Kararda hükümet komiseri (Romieu) iptal kararının verilmesinden sonra gerçekleşebilecek ihtimali şu şekilde ifade etmiştir: "... Taraflardan biri, bir fesih ya da tazminat talebiyle sözleşme yargıcına başvurmadığı sürece birbirlerine bağlı kalacaklardır. Sözleşme yargıcına başvurulduğunda ise, idari işlemdeki hukuka aykırılığın sözleşme ilişkileri üzerindeki etkilerini değerlendirecektir." Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 143.

⁵⁵¹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 643.

mahkemesi başkanına başvurabileceği ve mahkemenin idarenin ihlal ettiği yükümlülükleri yerine getirmesine, sözleşmenin imzalanması işlemi veya ihaleye ilişkin her türlü idari işlemlerin iptal edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu başvuru imkânı sadece kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önce mevcuttur; sözleşme bir kez imzalandıktan sonra iptal kararı verilememektedir.⁵⁵²

Fransız uygulaması 2007'den başlayarak 2014 yılında verilen kararlar büyük değişikliğe uğramıştır. Conseil d'État 2014 yılında vermiş olduğu kararda, hem sözleşme ile ilgisi olmayan (yerel vergi yükümlüsü, çevre koruma derneği gibi) üçüncü kişilerin hem de sözleşme kuramayan diğer sözleşmeciler adaylarının sözleşmenin tümünün iptali veya sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idari işlem için dava açabileceğini; ancak dava açabilmek için davacının *“dava konusu sözleşme veya hükümlerinin kendi haklarını ihlal ettiğini açık ve kesin bir şekilde ortaya koymaları ve sözleşmenin ciddi yahut ağır bir hukuka aykırılıkla malul olduğunu”* ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁵³ Bu karar, *“Martin”* kararından itibaren uygulanan çözüm tarzı yerini alarak, üçüncü kişilerin kişisel olarak hak ihlalinin olup olmadığı araştırılacaktır. Böylelikle, iptal davasında aranan menfaat ihlali üçüncü kişiler bakımından ister sözleşmenin bütünü ister bir hükmünün iptali için açılacak dava için geçerli olmayacaktır. Hakim üçüncü kişinin bu talebi üzerine açılan tam yargı davasında, hukuka aykırılığın ağırlığına göre farklı kararlar verebilecektir. Sözleşme hakimine hukuka aykırılık iddiası ile yapılan her başvurunun sözleşmenin iptali ile sonuçlanmayacağı, hakim hukuka aykırılığı tespit ettikten sonra hukuka aykırılığı gidermek veya sözleşmeyi yaşatmak için düzeltici önlemler alınmasını emredebilecektir.⁵⁵⁴

Özet olarak Fransız uygulaması açısından, ayrılabilir işlemin iptal edilmesinin sözleşmenin otomatik olarak iptal edilmesi sonucunu doğurmayacaktır.

⁵⁵² Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s.79.

⁵⁵³ Conseil d'État'ın 2007 ve 2014 tarihlerinde vermiş olduğu karar için Bkz: CE (Ass.), 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation Gaudeloupe, RFDA 2007, p. 696 (Chrétien/Chiffot/Tourbe, s. 518) ve CE (Ass.), 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne c/M. Bonhomme, no: 358994, RFDA 2014, p. 425 et 438 (Chrétien/Chiffot/Tourbe, s. 519). Aktaran; Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, 1. bs., Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Eylül 2016, s. 155.

⁵⁵⁴ Buna ilişkin Conseil d'État'ın 2009 tarihinde vermiş olduğu karar için Bkz: CE (Ass.), 28 décembre 2009, Commune de Béziers, RFDA 2010, p. 506 (Chrétien/Chiffot/Tourbe, s. 519). Aktaran; Gürsel Kaplan, **a.g.e.**, s. 156.

Bunun nedeni ise, sözleşmelerin tarafların ortak iradesi ile kurulmuş olmasıdır. Sözleşme tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşumu veya taraflardan birinin sözleşme hakiminden sözleşmenin iptal edilmesini talep etmesi üzerine hakimın vereceği iptal kararı ile sona erdirilebilir. Oysa üçüncü kişilerin talebi ile açılmış iptal davasına bakan hakimın tarafların iradesi ile oluşmuş sözleşmeyi iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Böylece, ayrılabilir işlemin iptalinden sonra üç ihtimalden söz edilebilir; idare, ayrılabilir işlem yerine hukuka uygun yeni bir işlem yapabilir; idare sözleşmeyi tek taraflı feshederek iyiniyetli sözleşmecinin zararını tazmin edebilir veya sözleşmenin taraflarından biri sözleşme hakimine başvurarak sözleşmenin feshedilmesini isteyebilir. Bu durumda ayrılabilir işlemin iptali nedeniyle sözleşmeyi fesheden sözleşme hakimi, zarara uğrayan tarafın zararını diğer taraftan tazmin edilmesine karar verebilir.⁵⁵⁵

(2). Alman Hukuku

Alman Hukuku'nda, iki aşama (veya iki basamak) kuramı (*Zwei-Stufen-Theorie*⁵⁵⁶) idarenin kısmen özel hukuk kapsamındaki faaliyetlerini açıklamak için uygulanan bir yaklaşım olarak ortaya çıkmıştır.⁵⁵⁷ İki aşama kuramı, Almanya'da özellikle devlet teşviklerinin verilmesi ve bireyin yerel idarelerin bazı hizmetlerinden yararlanması sürecinde kullanılmaktadır.⁵⁵⁸

Buna göre, işlem iki basamaktan oluşmaktadır; ilk aşamada idarenin işlemin yapılıp yapılmayacağını içeren ("*Ob*") idare hukuku kapsamındaki bir kararı ve ikinci aşamada idarenin bu kararı nasıl ("*Wie*") uygulanacağını içeren ve genellikle özel hukuk kapsamındaki uygulama işlemi yer alır.⁵⁵⁹ İlk basamakta idarenin olumlu veya olumsuz kararını içeren bir idari işlem vardır. İkinci basamak ise idarenin

⁵⁵⁵ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 225.

⁵⁵⁶ Carl Creifelds, **a.g.e.**, s. 1168.

⁵⁵⁷ Wolfgang Durner, **Vorlesung: Allgemeines Verwaltungsrecht**, WS 2012/13, Universität Trier, 10. Januar 2013, s. 8-14. Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Kasım 2017) https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF002/WS_2012_13/Allgemeines_Verwaltungsrecht/Folien_Durner.pdf

⁵⁵⁸ Steffen Detterbeck, **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 11. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2013, s. 341-350.

⁵⁵⁹ İlk kısmın yerine getirilmesine ilişkin hak arama daima § 40 I S: 1 VwGO (İdare Mahkemeleri Kanunu md. 40) uyarınca idare mahkemelerinde gerçekleşmektedir. Rolf Schmidt, **a.g.e.**, s. 352.

kararının çoğunlukla icrası bir sözleşme ile özel hukuka bırakılan alandır.⁵⁶⁰ Örneğin, bir kişiye devlet teşvikinin verilmesine veya bir kişinin yerel idarenin bir hizmetinden yararlanması ya da bir malını kullanılmasına izin verilmesine yönelik olumlu veya olumsuz bir idari kararın verilip verilmeyeceğine ilişkin işlemler idare hukukuna; özel banka ya da kurum ile birey arasında idarenin ilk basamaktaki kararının (örneğin teşvik verilmesi kararının) uygulanmasını içeren borç sözleşmesinin özel hukuka tabi olacağı kabul edilmektedir.⁵⁶¹

İdarenin ilk aşamada gerçekleştirdiği idari işleminin ardından, ikinci aşamada sözleşme kurulmaz ise, başvuru sahibinin sözleşmenin tamamlanmasına yönelik talep ile dava açma hakkı vardır. Başka bir ifade ile ikinci aşamada karşı taraf için sözleşme yapma zorunluluğu olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶² Sözleşmenin kurulmasını beklemede bireyin haklı beklentisi korunmaktadır.

Konumuz bakımından önem arz eden bir diğer problem, iki aşamalı bu işlemin ilk basamağındaki idari işlemin yoklukla malul olması ya da iptal edilmesi halinde, ardından kurulan sözleşmenin geçerliliğinin ne olacağı konusudur. Baştaki idari işlem sözleşmenin geçerlilik şartı, sözleşmenin kurulma nedeni ya da işlem temeli teşkil ediyorsa bu durumda sözleşmenin çökeceği, geçersiz hale geleceği kabul edilmektedir.⁵⁶³ Yine ilk aşamadaki idari işlemin iptal edilmesi sonucunda sözleşmenin de geçersiz hale geleceği ve ikinci aşamadaki sözleşmenin tasfiyesinin özel hukuk kuralları doğrultusunda yapılacağına ilişkin yargı kararları da vardır.⁵⁶⁴ İlk aşamadaki idari işlemin geçersizliği sonucunda, geçersiz hale gelen ikinci aşamadaki sözleşmedeki edim yerine getirilmiş ise, söz konusu edimin iadesi idari işlemlerin geri alınmasının maddi yönünü düzenleyen (Alman) İdari Usul Kanunu'nun 49a maddesi (§ 49a VwVfG) uyarınca olmayacak; buradaki tasfiye

⁵⁶⁰ Buradaki amaç, saf şekilde özel hukuka tabi olabilecek bir teşvik işleminin, birinci aşamadaki idari kısım ile ikinci aşamadaki özel hukuk kısmı arasında bir bağ kurulması yolu ile anayasal düzeyde korunan temel haklar ve idare mahkemesinin kontrolüne sokabilmektir. Bu bir yandan hukuk devleti korumasını sağlarken diğer yandan özel hukukun esnekliğinden yararlanan bir yöntem olarak anılmaktadır. Hartmut Mauer, **a.g.e.**, s. 453-460.

⁵⁶¹ Yazar, idare ile özel banka arasındaki kefalet sözleşmesini de ikinci basamak kapsamında değerlendirmektedir. Rolf Schmidt, **a.g.e.**, s. 353.

⁵⁶² Hartmut Mauer, **a.g.e.**, s. 461.

⁵⁶³ Hartmut Mauer, **a.g.e.**, s. 462.

⁵⁶⁴ Mahkeme kararı için Bkz: BVerwG, NJW 2006, 536 ff. Aktaran: Wolfgang Durner, **a.g.m.**, s. 12.

ilişkisi tamamen özel hukuk çerçevesindeki kurallara tabi olacaktır.⁵⁶⁵ Sözleşmenin idari işleme dayanıyor olması ancak sözleşmenin tamamlanmasını (imzalanmasını) idari dava ile talep hakkı vermektedir. İkinci aşamadaki sözleşmenin tasfiyesi ve tazminat hakları ise özel hukuk kapsamında talep edilebilecektir.⁵⁶⁶

Alman Hukuku'nda idarenin saf mali işlemlerinden sayılan ve idarenin özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettiği kabul edilen ihale hukuku kapsamında iki aşama kuramı kabul edilmemektedir.⁵⁶⁷ İhale hukuku kapsamında idarenin ihale hukuku kuralları doğrultusunda kurulan ihale sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır ve sözleşme öncesi dönemde hukuka aykırı işlemin iptali halinde ise hakim anlayışa göre, sözleşme kendiliğinden geçersiz sayılmamaktadır. Sözleşmenin ancak sözleşmede var olan sakatlıklar nedeniyle ortadan kaldırılabilmesi kabul edilmektedir; nihayet pacta sunt servanda ilkesi uyarınca ve kendisi ile sözleşme yapılan isteklinin sözleşmenin geçerli olacağına ilişkin güveninin korunması ilkeleri uyarınca sözleşmenin devam etmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır.⁵⁶⁸

Almanya'da kabul edilen iki aşama kuramı ile ayrılabilir işlem kuramı esasen benzemekle birlikte aralarında birtakım farklılıklar mevcuttur. İki aşama kuramı, Alman Hukuku'nda sadece teşvik (subvansiyon) hukuku ve yerel idareler hukuku alanında kullanılmakta; buna karşın özel hukuk ve idare hukuku arasında sınırın

⁵⁶⁵ Alpmann Schmidt, **Verwaltungsrecht AT mit Staatshaftungsrecht**, 12. Auflage, Verlag Alpmann und Schmidt, 2010, Münster, s. 21, Steffen Detterbeck, **a.g.e.**, s. 198.

⁵⁶⁶ Rolf Schmidt, **a.g.e.**, s. 355.

⁵⁶⁷ Kamu ihalesi “idari özel hukuk” (*Verwaltungsprivatrecht*) kapsamında değil; “mali yardım ve ihtiyaçların karşılanması işlemleri” (*fiskalischen Hilfs- oder Bedarfsdeckungsgeschäften*) kapsamında yer almaktadır. İdari özel hukuk kapsamındaki işlemler (örneğin; teşvik, kamu alanlarından yararlanma, yakın mesafe personel taşımacılığı) iki aşama kuramı kapsamında değerlendirilirken, idarenin mali işlemleri kapsamındaki işlemler özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedirler. Steffen Detterbeck, **a.g.e.**, s. 356.

⁵⁶⁸ Mağdur edilen diğer isteklinin tazminat hakkı saklı kalmakla beraber, ihale sözleşmesinin geçersiz olacağını bilmeden sözleşme imzalayan isteklinin güveni mağdur olan diğer isteklinin menfaatinden üstün tutulmaktadır. İhale kurallarına aykırılığın, yapılan ihale sözleşmesinin geçerliliğine neden olabilmesi, örneğin idare ile ihaleyi kazanan isteklinin birlikte hareket ederek diğer isteklileri ve kamuyu zarara uğratma amacıyla hareket etmeleri gibi ahlaka aykırılık gibi bir butlan sebebinin, kanun koyucunun ihale mevzuatında geçersizlik sonucu olarak açıkça öngördüğü durumlarda söz konusu olabilir. Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 95.

Yazar, bu nedenle Türk Hukuku'ndaki kamu ihale sözleşmesinin sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılıktan dolayı geçerliliğinin tartışılmasını Alman Hukuku'ndaki iki aşama kuramında benzetmektedir. Zira kamu ihale sözleşmeleri Alman Hukuku'nda salt özel hukuk sözleşmesiysen Türk Hukuku'nda bunun aksine karma yapıdır.

belirlenmesine yönelik bir kuram olmadığı ifade edilmektedir.⁵⁶⁹ Bu anlamda iki aşama kuramı idarenin özel hukuka ilişkin işlemlerinde belirtilen genişlikte bir kullanım alanına sahiptir. Ayrılabilir işlem kuramı ise, kurulan sözleşme ister idari sözleşme isterse özel hukuk sözleşmesi ya da birçok idari işlemde oluşan zincir işlem olsun, eğer işlem kesin ve tek başına icra edilebiliyorsa artık bütünden ayrılıp tek başına hukuki denetime tabi olabilmektedir. Bu bakımdan ayrılabilir işlem kuramı sadece idarenin özel hukuk sözleşmelerinde değil idari sözleşmede de uygulanabilir. Ancak Alman Hukuku'ndaki iki aşama teorisi ile Fransız Hukuku'ndaki ayrılabilir işlem kuramının etkili oldukları sözleşmeler üzerindeki sonuçlarının benzer olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bazı yazarlara göre, Türk Hukuku'nda da esas itibari ile iki aşama teorisinin geçerli olduğu savunulmakta; ancak iki aşama teorisinin ne yargı kararlarında ne de doktrinde adının geçmesini Türk Hukuku'nun Alman Hukuku'ndan ziyade Fransız Hukuku'na yakın olması ile açıklanabileceğini ileri sürülmektedir.⁵⁷⁰

b. Doktrinin Görüşü

Sözleşme öncesi bir işlemin ayrılabilir işlem kuramı doğrultusunda mahkeme tarafından iptal edilmesi ve iptal kararının sözleşmeyi ne yönde etkileyeceği konusu Türk Doktrini'nde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

ÖZAY, ayrılabilir işlem kuramını fonksiyonel ve hukuk sisteminin bütünlüğü içinde ele alınması gerektiğini belirtir ve ayrılabilir işlemin varlık nedenini idarenin özel hukuk (veya idari) sözleşmeleri ile, öncesindeki ayrılabilir işlemler arasındaki sebep - sonuç ilişkisini koparmak olmayıp, sözleşme kurma iradesini gösteren kamu gücünün sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak idari yargı denetimine tabi tutabilmek; böylece kamu gücünün hukuka aykırı kullanımına karşı hukuk sistemini korumak olduğunu ifade etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da bu denetimin yapılmasına izin veren hukuk sisteminde "iptal" kararının sözleşmeye "sirayet" etmesinin istenmemesi varsaymanın da tutarsızlık olacağını vurgulamaktadır. Nitekim, ÖZAY, ayrılabilir işlem kuramının anlam, kapsam ve doğurduğu sonuç bakımından bir

⁵⁶⁹ Steffen Detterbeck, **a.g.e.**, s. 537.

⁵⁷⁰ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 83.

benzetmede bulunarak, ayrılabilir işlemi iskambilden bir şatoya benzetir; iskambilden istenildiği kadar büyük bir şato yapılsın ama en alttakini çekince ortada hiçbir şeyin kalmayacağını ifade eder.⁵⁷¹ Nitekim ONAR, iptale konu olan idari işlemin iptal kararı sonucunda geriye yürür şekilde ortadan kalkacağını “*iptal hükümlerinin davanın tevcih edildiği idari kararın ittihaz edildiği tarihe kadar tesirde bulunması idare hukukunda maruf bir kaidesidir*” kararına dayandığını vurgulamaktadır.⁵⁷²

KARAHANOGULLARI, ayrılabilir işlemin iptal edilmesi halinde sözleşme üzerindeki etkisinin tartışmalı olduğunu kabul etmekle birlikte, sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı şekilde olduğu mahkeme kararı ile saptanan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁷³ Benzer bir sonuca farklı bir yoldan ulaşan ULER’e göre ise, birbirini takip eden ve biri diğerinin sebebini oluşturan işlemler bağlamında temel işlem - sonuç işlem ayrımını yapmakta ve temel işlemin sakatlığının anlaşılarak iptal edilmesi halinde sonuç işlemin ne olacağı konusunda Danıştay’ın uygulamasının tek yönlü olmadığını; bazen temel işlem ortadan kalkınca sonuç işlemin de dayanağı kalmadığından ortadan kaldırılması gerektiği bazen ise temel işlemdeki sakatlığın sonuç işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği şeklinde farklı görüşlere vardığını belirtmektedir. Yazar, kendi görüşünü, “*Sanyorum ki, bir işlemdeki sakatlığın, ona dayanılarak yapılan işlemlere de bulaşacağını kabul etmek gerekir. Dayanağı sakat olan işlemler de sakat doğmuş olacaklardır. Temel işlem iptal olunca sonuç işlemler sırf dayanakları sakat olduğu için iptal olunmalıdırlar*” şekilde ifade etmektedir.⁵⁷⁴ YASİN, ise hukuka aykırı işlemlere dayanarak imzalanan idari sözleşmelerin varlığını sürdürmesinin hukukun üstünlüğü ilkesine uymayacağını; ihale işleminin hukuka aykırı olarak tesis edildiğinin yargı yeri tarafından tespit

⁵⁷¹ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 529- 541. Yazar, Güney Ege Davası olarak bilinen dava hakkında geniş yer verdiği kitabında, görevlendirme kararının iptali üzerine aradaki kurucu iradelerinden birinin iptal kararının geriye yürüme özelliği sonucunda ortadan kalkması ile o işlem hiç yapılmamış gibi fiktif bir sonuç doğuracağını ve ona dayalı sözleşmenin de baştan itibaren geçersiz hale geleceğini belirtmektedir.

⁵⁷² Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III**, s. 1791.

⁵⁷³ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 348.

⁵⁷⁴ Yıldırım Uler, **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 58.

edildiği durumlarda sözleşmenin de hukuki dayanağı kalmayacağından sözleşmenin de feshinin gerekeceğini belirtmektedir. Ancak Yazar, bu durumda idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle özel hukuk kişinin uğradığı zararın tazmininin gerekeceğini de belirtmektedir.⁵⁷⁵

Burada, konuya aynı anda birçok açıdan bakmak zorunluluğu vardır. Nitekim, konu bir yandan idarenin mahkeme kararlarını uygulaması ile ilgili iken, diğer yanda iptal kararının neticesinde sözleşmenin iptal edilmesinde idareye güven ilkesi ve idari işlemlerin hukuka uygunluğu karinesine dayanarak iyiniyetli şekilde sözleşme imzalayan karşı tarafın iyiniyetinin korunması konusudur. Her iki temel ilke de idare hukukunun varlık amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla olay incelenirken bu iki ilke arasında bir denge kurma ihtiyacı kaçınılmaz görünmektedir.

KARAYALÇIN, sözleşmeden ayrılabilen idari işlemin iptalinin kendiliğinden sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olmayacağı kanaatindedir.⁵⁷⁶ Aynı şekilde GÖZÜBÜYÜK / TAN da işlemin iptalinin otomatik olarak sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olmayacağı, sözleşme ile iptal edilen işlem arasındaki ilişkiye göre farklı sonuçlara varılacağını ifade etmektedir. GÖZÜBÜYÜK / TAN, Fransız Hukuku'ndan örnekler vererek, ayrılabilir işlemin iptali sözleşme maddesinin hukuka aykırılığı nedeniyle gerçekleşmişse, sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açacağını; ayrılabilir işlemin kendisindeki bir bozukluk nedeniyle iptal edilmişse, o halde sözleşme ile işlem arasındaki bağlantının incelenmesi gerektiğini ve işlemin sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturacak nitelikte olması halinde ise işlemin iptalinin sözleşmenin iptaline yol açacağını belirtmektedirler.⁵⁷⁷

GÖZÜBÜYÜK / TAN, iptal davası dayanağı olan idari işlemin geriye yürür şekilde ortadan kaldırılarak sözleşmeyi dayanıksız bırakacağından, iptal kararının sonucunda sözleşmenin de geçersiz kalacağını belirtmektedir. Ancak bu her durumda uygun bir çözüm olmayacağından, bu sorunun çözümünün bir yolunun da ayrılabilir işlemin iptaline karar veren yargı organının kararının nasıl yerine getirileceği

⁵⁷⁵ Melikşah Yasin, **a.g.e.**, s. 230.

⁵⁷⁶ Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar (1988 - 1991) IV**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ocak 1992, s. 140-146.

⁵⁷⁷ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 641-643.

konusunda idareyi zorlama olanağına sahip kılınması gerektiğini belirtmektedir. Fransa örneğini veren Yazarlar, mahkemenin sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sakatlık saptadığında bunun sonuçlarını da belirlediğini; hukuka aykırılığın niteliğini dikkate alarak, ya sözleşmenin feshine veya bazı hükümlerinin değiştirilmesine ya da uygulanmasının devamına karar verebileceğini söylemektedir. Fransa örneğinde, bu durumda ayrılabilir işlemin iptaline karar veren yargı organının iptal kararını nasıl yerine getirileceği konusunda idareyi zorlama olanağına sahip olabileceği belirtilmektedir.⁵⁷⁸

Sözleşme öncesi döneme ait düzenleyici işlemlerden şartnameleri inceleyen YILMAZ'a göre, şartnamelere dayanan hukuka aykırılıklar her zaman sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkmaktadır ve şartname kurallarına dayanılarak akdedilen ve idare hukuku ve özel hukuk kesişiminde yer alan bu sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı bugüne kadar tam olarak çözülememiştir. Yazar, genel kabulün sözleşmenin varlığını devam ettireceğini, soruna idare hukuku ya da özel hukuk zemininde zararların tazmini çerçevesinde çözüm aranması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵⁷⁹

SEZGİNER; özellikle birleşme sözleşme olarak ifade ettiği, sözleşmenin imzalanmasından sonra özel hukuka tabi olan sözleşmelerin sözleşme imzalanana kadar olan ve idari işlem niteliğindeki hükümlerinin iptali halinde, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılması nedeniyle idari yargının iptal kararının sözleşmeye etki etmeyeceğini iddia etmenin doğru olmayacağını; iptal edilen işlemin aynı zamanda sözleşmenin de bir hükmü sayılacağını; idare hukuku ile özel hukukun birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, idarenin kamu gücü kullanarak oluşturduğu iradesinin diğer tarafın iradesi yanında sözleşmenin kurucu unsurunu

⁵⁷⁸ Fransa'da 1995 yılında yapılan yasal bir değişik sonrası öğrenci servisi işini il genel meclisinin kendi belirlediği koşullara uygun olmayan bir şirkete vermesi kararını rakip firmanın açtığı dava üzerine iptal edilmesi sonrası, mahkeme idareye yaptığı sözleşmeyi sona erdirmesi için iptal kararının tebliğinden itibaren altı ay süre tanıyıp, bu süre sonunda sözleşme sona erdirilmemişse, sona erdirilinceye kadar her gün için para cezasına hükmetmesini örnek olarak göstermektedir. Böyle bir yaklaşımla, sözleşmeye dayanak olan idari işlemin iptali ile sözleşmenin de ortadan kaldırılması amaçlanmakta ve mahkeme sözleşmenin iptal edilmediği her gün için idari para cezası vermek suretiyle idareyi bu şekilde hareket etme konusunda yönlendirmiş olmaktadır. Bu husus konumuz dışı olmakla beraber, Fransız uygulamasının yargı yerinin idare yerine geçiş işlem yapma yasağına aykırı olacağına ilişkin tartışmalara neden olacağı açıktır. A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar**, s. 645-647.

⁵⁷⁹ Dilşat Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, s. 264.

oluşturduğunu ve bu tür sözleşmelerin bileşik iradeli, birleşme sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.⁵⁸⁰ Yazar'ın söz konusu eserinde ülkemiz bakımından değerlendirmesinde, ayrılabilir işlemin esas itibari ile özel hukuk sözleşmelerinde önem arz edeceği, bunun idari yargının koruma alanının genişlemesi anlamına geleceğini ifade etmektedir; buna karşın Yazar ayrılabilir işlemin iptalinin hangi şartlarda sözleşmenin geçersizliğine neden olacağına ilişkin bir görüşe yer vermemiştir.⁵⁸¹

BUZ, konuyu ihale sözleşmeleri açısından detaylı şekilde ele aldığı eserinde, iptale konu olan işlemdeki hukuka aykırılığın Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddeleri anlamında butlan sebebi oluşturup oluşturmadığına göre karar verilmesi gerektiği düşüncesindedir. İdari işlemin iptal edilmesi ve iptal kararlarının geriye etkili olması sonucu özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersiz hale gelmesinin, idari yargının özel hukuka dayanan bir sözleşmenin geleceği hakkında karar vermesi anlamına geleceği ve bunun da kamu- özel hukuk ayrımı ile bağdaşmayacağı hususlarında eleştirmektedir. Yazar aynı şekilde, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin geçerliliğinin, özel hukuk kuralları ile değerlendirilmesine karşı çıkan görüş tarafından açıkça söylenmese dahi, özel hukuka kuşku ile bakılmasından kaynaklandığını düşünmektedir.⁵⁸² Bu anlamda, idare mahkemesinin verdiği iptal kararının kurulmuş olan özel hukuk sözleşmesini otomatik olarak geçersiz hale getirmeyeceğini savunmaktadır. Bir özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğinin özel hukuk kurallarına göre belirleneceği; kamu ihale sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesinin o sözleşmeye özel hukukun uygulanacağı kuralını da içerecek şekilde kabul edilmesi gerektiğini, bu anlamda sözleşmenin kurulması, geçerlilik koşulları, ifası, ifa edilmemesinin sonuçları ve sona ermesi gibi aşamaların da özel hukuka tabi olması gerekeceği sonucuna

⁵⁸⁰ Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 939, 953.

⁵⁸¹ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 182.

⁵⁸²“ Kamu hukukçuları, ne şekilde hareket edeceği önceden kestirilemeyen idarenin kamu hukuku kuralları ile daha iyi dizginlenebileceği, özel hukuk kurallarının bu alanda yetersiz kalacağı endişesini taşırlar.” Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 107.

varmaktadır.⁵⁸³ Aksi bir kabulün varlığı halinde söz konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olamayacağını; sözleşmeyi bir yandan özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyip diğer yandan “idare hukukunun kontrolünde”, “idari yargının vesayeti altında”⁵⁸⁴ bir özel hukuk sözleşmesinin olamayacağını vurgulamaktadır. İptal kararı ile sözleşmenin otomatik olarak iptal edilmeyeceğine gerekçe olarak, Kamu İhale Kanunu’nda düzenlenmiş olan Kamu İhale Kurumu’nun sözleşme imzalanmasından sonra ihale işlemini denetleme yetkisi olmamasını ve Kanun uyarınca sözleşmenin feshi sebebi teşkil etmesine rağmen bazı hallerde idareye sözleşmeyi fesih etmeyerek işe devam etme imkânı sağlamış olmasını göstermektedir.⁵⁸⁵ Yazarın gerekçe olarak ileri sürdüğü bu iki argümanı ikna edici bulmakla beraber,⁵⁸⁶ idarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesinin, taraflardan birinin idare olması ve idarenin uymak zorunda olduğu bazı kurallar olması göz önünde tutulması gerekecektir.⁵⁸⁷

GÖZLER, ayrılabilir işlemin iptalinin otomatik olarak sözleşmenin iptal edilmesi sonucunu doğurmamasını, sözleşmenin tarafların ortak iradesi ile oluşuyor olmasına bağlamaktadır. Yazar, ayrılabilir işlemin iptalinden sonra üç ihtimalden söz etmektedir; birincisi idare ayrılabilir işlem yerine hukuka uygun yeni bir işlem yapabilir; ikinci olarak idare sözleşmeyi tek taraflı feshederek iyiniyetli sözleşmecinin zararını tazmin edebilir veya son olarak sözleşmenin taraflarından biri sözleşme hakimine başvurarak sözleşmenin feshedilmesini isteyebilir. Bu durumda ayrılabilir işlemin iptali nedeniyle sözleşmeyi fesheden sözleşme hakimi, zarara uğrayan tarafın zararını diğer taraftan tazmin edilmesine karar verebilir.⁵⁸⁸

⁵⁸³ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 104 vd.

⁵⁸⁴ Vurgular tarafıma aittir. Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 107.

⁵⁸⁵ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 104-114.

⁵⁸⁶ Nitekim, Kamu İhale Kanunu’nun 56’ncı maddesi uyarınca; imzalanmış sözleşmenin artık Kamu İhale Kurumu tarafından denetlenemeyeceği kuralı, bu işlemlerin yargısal denetimlerinin hiç yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Söz konusu işlemler yasal süreleri içerisindeyseler iptal davasına konu edilebilmektedirler. Bu nedenle söz konusu madde, kurulmuş sözleşmenin korunmasına yönelik olduğu düşünülmektedir. Aynı şekilde, Kamu İhale Kanunu’nun 21’inci maddesi uyarınca, yüklenicinin sözleşme öncesi dönemde bazı yasak fiil ve davranışlarda bulunmuş olmasına rağmen idarenin sözleşmeyi feshetmeyip işin icrasının devamını isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu kural da idareye bazı özel durumlar için takdir yetkisi verdiğini söyleyebiliriz; yoksa sözleşmenin iptal işlemi sonrası otomatik olarak iptal edilmemesine gerekçe niteliği taşıyabileceğini düşünmüyoruz.

⁵⁸⁷ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 113.

⁵⁸⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 225.

Tüm bu görüşler incelendiğinde, iptal edilen işlemin kurulmuş olan sözleşmenin de otomatik olarak iptali sonucunu doğurmayacağı şeklinde bir yaklaşımın ağırlıklı olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. İptal kararına konu olan işlemin sözleşme ile bağının irdelenmesi neticesinde sözleşmenin akıbetini belirleyeceği çeşitli şekillerde ifade edilmiştir. İncelenen görüşler neticesinde, sözleşme öncesi gerçekleştirilen idari işlem ile sözleşmenin yakınlığının fazla olduğu görülmektedir. Bir başka ifade ile sözleşme öncesinde tesis edilen ve yargı kararı ile iptal edilen (örneğin, yetkilendirme işlemi ya da irade fesadı hallerine ilişkin) işlemin sözleşmenin geçerliliğine etki edeceği muhakkaktır. Ancak bu etki sözleşmenin de iptal edilmesinin kaçınılmaz olduğu hallerde gerçekleşecekse, iyiniyetli sözleşmecinin sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğuna ve sözleşmenin devam edeceğine ilişkin güveninin de korunması gerekir. Nitekim, idari işlemler kanunilik ilkesinden yararlanırlar ve iptal edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilirler. Başlangıçta hukuka uygun olduğuna güvenilerek sözleşmeye adım atan sözleşme tarafının sözleşmeye güvenden kaynaklanan zararı tazmin edilmesi gerekir. Bu kısımda, incelediğimiz bu yöndeki görüşlere de katıldığımızı söyleyerek, konuya ilişkin detaylı görüşümüze aşağıda ayrıca yer ver vereceğimizi belirtmek isteriz.

c. Yargı Kararları

Sözleşme öncesi bir idari işlemin ayrılabilir işlem kuramı ile iptal edilmesi sonucunda, bu iptal kararının sözleşmeyi çeşitli boyutlarda etkileme ve hatta sözleşmeyi geçersiz hale getirme olasılığına ilişkin doktrindeki farklı görüşlere yukarıdaki kısmında yer verdik. Bu kısımda ise, çeşitli yargı kararları ele alınarak Danıştay, Yargıtay ve Tahkim kararlarının iptal edilen ayrılabilir işlemin sözleşmenin geçerliliği konusundaki yaklaşımları ve vardığı sonuçlar incelenecektir.

(1). Danıştay Kararları

Danıştay uzun süredir verdiği kararlarda iptal edilen idari işlem ile *“doğrudan doğruya ilgili işlemler ve hukuki durumların da”* iptal edilen tasarrufla birlikte ortadan kalkmış sayılacağını kabul etmektedir. Buna ilişkin Danıştay 12. Dairesi’nin idari işlemin iptalinin sonuçlarını ele aldığı 28.12.1968 tarihli bir kararında; *“İptal davaları sonunda verilen iptal kararı, idari tasarrufların tesisleri*

*anından itibaren yok hükmünde telâkkilerini gerektirdiği cihetle, makabline şamil tesir icra ederler. Yani iptal kararı, idari işlemlerin doğum anında sakat ve hukuki hüküm doğuracak nitelikten yoksun olduklarını tesbit etmiş olur. İptal kararıyla iptal konusu teşkil eden işarî tasarruf esasen doğmamış, hukuk âleminde herhangi bir değişiklik husule getirmemiş olduğundan, bu idari tasarrufla doğrudan doğruya ilgili işlemler ve hukuki durumlarda, iptal edilen tasarrufla birlikte ortadan kalkmış olur”*demektedir.⁵⁸⁹ Bu yaklaşıma paralel olarak ayrılabilir işlemin iptal edilmesi ile bu işlemle ilgili olan sözleşmenin de bu iptalden etkileneceği kabul edilir.

Nitekim, Danıştay birçok kararında sözleşme öncesi gerçekleşen ayrılabilir işlem niteliğindeki idari işlemin kendisinden sonraki *sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı* yönünde kararlar vermiştir. Bu konuda en bilinen örnek,⁵⁹⁰ literatüre “*Güney Ege Davası*” olarak geçen ve Güney Ege Enerji İşletmeleri Ltd. Şti.’nin ilgili Bakanlık ile iki imtiyaz sözleşmesi⁵⁹¹ imzalanmasına yetki veren Bakanlar Kurulu Kararı aleyhine açılan iptal davası⁵⁹² ve bu dava sürerken 4501 sayılı Kanun’un geçici 1’inci maddesi uyarınca mevcut imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesine çevrilmesi doğrultusunda, özel hukuk sözleşmelerin imzalanmasına yetki veren Bakanlar Kurulu Kararları aleyhine⁵⁹³ açılan iptal davaları neticesinde, yetkilendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararları’nın iptallerine karar verdiği

⁵⁸⁹ Danıştay 12. Dairesi’nin 28.12.1968 tarih ve E. 320, K. 2512 sayılı kararı. *Aktaran*: Yıldırım Uler, **a.g.e.**, s. 30. Yazar, işlemin hiç yapılmamış sayılması kavramı ile yokluk kavramının birbirine karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

⁵⁹⁰ Davanın detayları için *Bkz*: İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 525-546.

⁵⁹¹ 04.05.1998 tarih ve 98/11074 sayılı Bakanlar Kurulu uyarınca “Yatağan Termik Santrali’nin Rehabilitasyonu ve İşletilmesi İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi” ve “Yeniköy ve Kemerköy Termik Santrallerinin Rehabilitasyonu ve İşletilmesi İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi” imzalanmıştır (R.G. 28.05.1998 tarih ve 23355 sayı).

⁵⁹² Danıştay’ın 10. Dairesi’nin 02.05.2000 tarih ve 1998/4506 E., 2000/2157 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 23.02.2001 tarih ve 2000/726 E., 2001/232 K. sayılı kararı ile Daire kararı eksik inceleme nedeniyle bozulmuştur.

⁵⁹³ 09.08.2000 tarih ve 24135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 08.07.2000 tarih ve 2000/1022 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve 08.07.2000 tarih ve 2000/1023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın iptaline yönelik açılan davalar öncelikle bir önceki Bakanlar Kurulu Kararının iptali nedeniyle açılan dava ile bağlantısı göz önünde tutularak ilk dava sonuçlanıncaya kadar bekletici mesele yapılmıştır. İlk davada verilen iptal kararı üzerine Danıştay 10 Dairesi’nin 09.01.2003 tarih ve 2000/5093 E., 2003/21 K. sayılı ve 2000/5101 E., 2003/32 K. sayılı kararı ile 2000/1022 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 2000/1023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları’nın da iptaline karar verilmiştir. İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 527.

davalardır.⁵⁹⁴ Yetkilendirme işlemlerinin mahkeme kararı ile iptal edilmesinden sonra imzalanan sözleşmelerin akıbeti hakkında ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi için Bakanlık, Danıştay 1. Dairesi'nden istişarî görüş istemiş,⁵⁹⁵ Danıştay görüşünde özetle; yetkilendirmeyi içeren Bakanlar Kurulu kararlarını sözleşmenin hukuki dayanağı olduğunu ve sözleşmelerin bu Bakanlar Kurulu kararlarının bir uygulaması olduğunu vurgulamıştır.⁵⁹⁶ Danıştay'ın bu görüşü doğrultusunda iptal edilen sözleşmeler nedeniyle sonradan gerçekleşen tahkim yargılamasında ICC-Tahkim Heyeti idari yargıda verilmiş iptal kararlarının özel hukuk sözleşmesini kendiliğinden geçersiz hale getirmeyeceğini kabul ederek davacı şirket lehine (davalı Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine) tazminata hükmetmiştir.⁵⁹⁷ İptal edilen işlemle doğrudan bağlantılı durumların tespiti; bu tespitin dar veya geniş yorumlanması iptal edilen işlemden sonraki sözleşmenin hukuki geçerliliğini etkileyeceği için önem arz etmektedir.⁵⁹⁸

Sözleşmeden önceki dönemde ayrılabilir işlem niteliğindeki işlemin mahkeme kararı ile iptaline başkaca örnek olarak; ihale işlemlerinin hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi ve bu işleme bağlı olarak yapılan sözleşmenin

⁵⁹⁴ Bakanlar Kurulu'nun ilk kararına karşı açılan dava, Danıştay'ın 10. Dairesi'nin 27.11.2002 tarih ve 2002/429 E., 2002/4518 K. sayılı kararı ile Bakanlar Kurulu Kararının iptali şeklinde sonuçlanmıştır. Söz konusu karar, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 06.06.2003 tarih ve 2003/153 E., 2003/373 K. sayılı kararı ile onanmıştır.

⁵⁹⁵ Danıştay 1. Dairesi görüşünde; "... akdedilen sözleşmelerin hukuki dayanaklarını Bakanlar Kurulu kararları oluşturmaktadır. ... 3096 ve 3996 sayılı kanunlara dayanılarak alınan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştayca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, Bakanlar Kurulu kararları uyarınca yapılan sözleşmeleri hukuki dayanaktan yoksun bırakmıştır. Dolayısıyla, iptal davasına konu olan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştayca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi nedeniyle Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağı kalmadığından" sözleşmelerin idarece uygulanma olanağı bulunmadığını bildirmiştir. Danıştay 1. Dairesi'nin 27.2.2003 tarih ve 2003/14 E., 2003/25 K. sayılı kararı. Karar için Bkz: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1d-2003-14.htm&kw=E.+2003/#fm>

⁵⁹⁶ Danıştay 1. Dairesi'nin benzer yöndeki kararı için Bkz: Danıştay 1. Dairesi'nin 12.7.2001 tarih ve 2001/88 E., 2001/96 K. sayılı kararı. Ali Altay, "Özelleştirme İşlemlerinin İptali ve Bu İşlemlere Dayalı Olarak Tesis Edilen Özel Hukuk İşlemlerinin Akıbeti (Gri Alan)", s. 1-3, **Ankara Barosu Dergisi**, (Çevrimiçi, Kasım 2017), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Dosyalar/yie/OZELLESTI2.pdf>

⁵⁹⁷ Güneş Ege Enerji İşletmeleri Elektrik Ltd. Şti.- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (21.10.2004 ICC Arbitration No. 12815/MS) davası için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (iii). Tahkim Kararları

⁵⁹⁸ Yazar, işlemin hiç yapılmamış sayılması kavramı ile yokluk kavramının birbirine karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Yıldırım Uler, **a.g.e.**, s. 30.

fesih edildiği durumlar⁵⁹⁹ ile bir sözleşmenin dayanağının kendinden önceki bir başka sözleşmenin teşkil ettiği ve dayanak olan sözleşmenin mahkeme kararı ile iptal edilip ikinci sözleşmenin dayanaktan yoksun kalması sebebiyle hükümsüz hale geldiği durumlardan⁶⁰⁰ bahsedebiliriz. Danıştay benzeri durumlarda “*ihalenin iptalinden sonra doğal bir sonuç olarak varsa imzalanmış kamu ihale sözleşmesinin feshi*”nin gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰¹

Öte yandan idarenin sözleşme öncesi ayrılabilir işlemin mahkeme kararı ile iptal edilmesinde *sözleşme dışına çıkarak hareket etmesi* son derece yaygın bir durumdur. Örneğin idarenin birçok durumda sözleşmeyi fesih sürecinde ilerletmek yerine, *sözleşmenin dayanağı sayılan idari işlemi tek taraflı işlemi ile geri alarak sözleşmeyi dayanaksız bıraktığı* görülmektedir. Bu konuya idarenin kira ilişkisinde idare tarafından “*tahsis işleminin geri alınması*”nda ya da “*ihale işleminin geri alınması*”nda sıklıkla rastlanmaktadır. Bu örnekler esasen sözleşmenin uygulanmasına ilişkin problemler olmasına rağmen, idarenin sözleşme öncesi işlem ile sözleşme arasındaki bağlantıyı ele alış şeklini göstermesi bakımından önemlidir. İdare kimi zaman sözleşme öncesi yaptığı ve sonradan sözleşmenin dayanağı olacak idari işlemi sözleşme imzalamadan önce geri almaktadır; örneğin, ihale yüklenicisinin üzerinde kaldıktan sonra ihalenin iptal edilmesi (idari işlemin geri alınması) durumu böyledir.⁶⁰² İdarenin sözleşmenin akıbetine ilişkin yaptığı bu yeni işleme karşı bireyin iptal davası açmaktan başka bir şansı yoktur.

Nitekim idare sözleşmenin dayanağını teşkil eden, örneğin tahsis işlemini geri almak yerine sözleşmesel sorumluluk kapsamında fesih ya da dönme hakkını

⁵⁹⁹ Danıştay 13. Dairesi’nin 10.04.2009 tarih ve 2007/1838 E., 2009/4051 K. sayılı kararı. Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Eylül 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶⁰⁰ Danıştay 13. Dairesi’nin 31.05.2005 tarih ve 2005/5919 E., 2005/2897 K. sayılı kararı ile iptali reddedilen “9.3.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinin fesih kararı”na dayanılarak iptal edilen “29.5.1998 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptaline” ilişkin karar; Danıştay 10. Dairesi’nin 31.05.2006 tarih ve 2003/2373 E., 2006/3669 K. tarihli kararı. Kararlar için Bkz: Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Eylül 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶⁰¹ Danıştay 13. Dairesi’nin 28.05.2019 tarih ve 2018/3945 E., 2019/1880 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶⁰² Danıştay 8. Dairesi’nin 10.4.2017 tarih ve 2016/11286 E. Ve 2017/ 2653 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İhtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

kullanarak sözleşmenin çözülme sürecini işletmesi tarafların hakları bakımından daha uygun olur. Bu şekilde bir yola gidilmeyerek tahsis işlemini sözleşme yürürlükteyken idare tarafından geri alınması artık “*idarenin tek taraflı yetkisine dayanarak sözleşmeyi değiştirmesi*” ya da “*sona erdirmesi*” anlamına gelmektedir. Bu geri alma işleminin yargıya taşınmaması ya da yargıya başvurup da mahkeme tarafından iptal edilmemesi halinde idare sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirmiş olur. Bu durumda, sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin geçersizliğine ilişkin zararına katlanmak zorunda kalabilir, meğer ki idare geri alma işlemini daha önce öngörülemeyen ve kamu yararına bir gerekçeye dayanarak yapmış olsun.

Danıştay’ın idarenin sözleşme dışında hareket ederek tahsis işlemini geri almasına ilişkin bir kararında; idarenin kiralayan sıfatıyla yapmış olduğu kira sözleşmesinde sözleşmeden önce gerçekleşen tahsis işlemini sözleşme esnasında geri alınmasını söz konusu alanın boşaltılması sonucu doğuracağını belirterek, hukuki ilişkinin kira sözleşmesine dayansa da, tahsis işleminin kamu gücüne dayanılarak iptal edilmesi ve tahliyenin temelde tahsisin geri alınması işlemi olduğunu; tahsis işlemi geri alınmakla kira sözleşmesinin böylece geçersiz kılındığına karar vermiştir.⁶⁰³ Benzer yönde bir kararda da, tahsis işleminin geri alınmasının tahliye anlamına geleceğinden, hukuki ilişkinin kira sözleşmesine dayanmasına rağmen “adli yargı yerinde tahliye davası açılması gerektiği” yolundaki ilk derece mahkeme kararını bozmuştur.⁶⁰⁴ Benzer yöndeki kararları ile Danıştay sözleşmenin idare tarafından sözleşme dışı yolla sona erdirilmesine cevaz vermektedir. Örneğin yine başka bir olayda, ihale sonucu sözleşmeye bağlanan bir kira ilişkisinde idarenin ihale

⁶⁰³ Danıştay 8. Dairesi’nin 9.4.1997 tarih ve 1997/39 E., 1997/1240 K. sayılı kararı. Karar için *Bkz:* Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017), www.kazanci.com **Benzer kararlar için;** Danıştay 8. Dairesi’nin 21.10.1996 tarih ve 1995/1127 E., 1996/2737 K. sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi’nin 15.3.1996 tarih ve 1995/2383 E., 1996/715 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017) **Ayrıca Bkz:** Danıştay 8. Dairesi’nin 15.3.1996 tarih ve 1995/1503 E., 1996/716 K. sayılı kararı için *Bkz:* A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 643

⁶⁰⁴ İlk derece mahkemesinin “... dava konusu büfenin kira sözleşmesi karşılığında kira alınarak kullanılması ve boşaltılmasına ilişkin uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine dahil olup bunun da adli yargıda açılacak bir tahliye davası ile çözümlenmesi gerekirken dayanağı olmadan kamu gücü kullanılarak oluşturulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı” yönündeki kararı Danıştay tarafından bozulmuştur. Danıştay 8. Dairesi’nin 21.10.1996 tarih ve 1996/1127 E., 1996/2737 K. sayılı kararı. **Benzer yönde bir karar için Bkz:** Danıştay 8. Dairesi’nin 19.6.1995 tarih ve 1995/2074 E., 1995/228 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

sürecinde yaptığı açık hatası (olduğunu düşündüğü) işlemi tek taraflı olarak geri alarak, “ihalenin iptali”ne karar vermiştir. İlk derece mahkemesi idarenin sözleşmeyi feshetmesi gerekirken, ihalenin iptali işlemi iptal etmesini hukuka aykırı bularak geri alma işlemi iptal etmiş; ancak Danıştay bu kararı “*idarenin belirtilen açık hata hali nedeniyle ihale işlemlerini her zaman geri alabileceği*” ve ilgili Kanun maddesini “... lafız olarak yorumlamak suretiyle, yapılmış sözleşme bulunmasından dolayı sadece sözleşmenin feshi ile yetinilmesi gerektiği sonucuna varan ve geçersiz ilana dayanarak yapılmış ihale işleminin geri alınmasına ilişkin dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararı”nı hukuka uygun bulmayarak bozmuştur.⁶⁰⁵

Kanaatimizce sözleşmenin imzalanması ile sözleşme öncesi dönem ile sözleşme artık bir bütün hale gelerek, hukuka aykırı işlem sözleşme içerisinde kalmakta, bunun doğal sonucu olarak da artık işlem sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca idarenin sözleşme dışına çıkarak sözleşmeyi etkileyecek idari işlem yapmasında, Danıştay idarenin kamu gücüne dayanarak işlemlerinin içeriğini sorgulamamaktadır; oysa idare sözleşme gibi iki taraflı işlemlerde karşı tarafın sözleşmeci kimliğine dikkat etmesi gerekir. Danıştay’ın bu irdelemede en azından idarenin kamu gücüne dayanan işleminin gerekçesini değerlendirmesi gerekir.

Öte yandan Danıştay’ın aksi yönde kararına da rastlamak mümkündür. Nitekim Danıştay, davacı ile davalı (organize sanayi bölgesi) arasındaki satış vaadi ile taksitli arsa satış sözleşmesine aykırılık sonucu, idarenin sözleşme harici yaptığı “*tahsisin iptali işlemi*”ni değerlendirirken söz konusu idari işlemin; “*idare hukuku ilke ve kurallarına göre tesis edilen bir idari işlem niteliğini taşımadığını*”, “*uyuşmazlığın davacı ile davalı arasındaki sözleşmeden kaynaklandığını*” ve “ *taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargının görevinde*” olduğu yönünde karar vermiştir.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Danıştay 10. Dairesi’nin 13.03.1991 tarih ve 1988/2571 E., 1991/922 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶⁰⁶ Danıştay 10. Dairesi’nin 17.9.2015 tarih ve 2015/1770 E., 2015/3832 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

Sonuç olarak denilebilir ki, idare geri alma işlemi ile sözleşme ilişkisi dışında kamusal gücünü kullanarak dolaylı da olsa sözleşmeyi sona erdirmekte,⁶⁰⁷ Danıştay da idarenin sözleşme ilişkisi dışında çıkarak tahsis işleminin iptaline yönelik işlemi hukuka uygun bulmaktadır.⁶⁰⁸ Ayrıca bir başka açıdan değerlendirildiğinde idare hukuka aykırı bir işlemi her zaman geri alabilirse de, idari işlemin geri alma süresi tıpkı idari işlemlerin iptalinde olduğu gibi hukuki güvenliğin sağlanması için süreye bağlıdır ve işlemin iptali için dava açma süresinin geçmemiş olması gerekir; bu süre geçmiş ise işlemin müesses işlem olarak devam edeceğine dair görüş dahi savunulabilir. Bu nedenle zincirin herhangi bir halkasındaki hukuka aykırılık, mahkeme kararı ile iptal edilmediyse ve yeni bir işlemde kamu yararı olmadıkça⁶⁰⁹, sonraki işlemlerin geçerliliğini etkilememelidir.⁶¹⁰

Danıştay'ın “sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılığın” sözleşme ile bağlantısını incelediği karardaki görüşleri de dikkat çekicidir: Sözleşme öncesinde şartnameye aykırı beyanda bulunan sözleşmeci adayının bu beyanının şartnameye aykırı olduğunun sözleşmenin imzalanmasından sonra anlaşıldığı bir olayda Danıştay “... ihalenin iptaline neden olan durumun ... sözleşmenin uygulanmasından

⁶⁰⁷ Sözleşmenin sona ermesinin sonucunda bazı durumlarda teminatın irat kaydedildiği bazı hallerde ise sözleşmecinin kısmi zararı ödendiği kararlar mevcuttur. Danıştay 13. Dairesi'nin 24.06.2020 tarih ve 2016/4663 E., 2020/1574 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶⁰⁸ Danıştay ilk derece mahkemesinin “özel hukuk tüzel kişisi olan organize sanayi bölgeleri yönetim kurulunca tesis edilmesi nedeniyle idari işlem niteliği taşımayan dava konusu işleme ilişkin uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği” yönündeki kararını bozmuştur. Danıştay 10. Dairesi'nin 16.12.2009 tarih ve 2009/5590 E., 2009/10533 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶⁰⁹ Danıştay kira sözleşmesine konu olan bir büfenin tahliye davası açılmaksızın doğrudan kamu gücüne dayanılarak iptal edilmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta; sözleşme öncesi gerçekleşen tahsis işleminin sözleşme kurulduktan sonra bir başka idari işlem ile geri alınarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ancak kamu yararına ve haklı nedene dayanılarak yapılabileceğini vurgulayarak, kira sözleşmesine konu büfenin sakınca yaratıp yaratmadığı ve bu konuda yapılan şikayetlerin değerlendirilerek; bir başka ifade ile kamu yararına ilişkin bir nedene dayanıp dayanmadığı araştırılmadan eksik şekilde gerçekleştirilen incelemenin tamamlanmasına karar vermiştir. Danıştay 8. Dairesi'nin 9.4.1997 tarih ve 1997/39 E., 1997/1240 K. sayılı kararı. Karar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017), www.kazanci.com

⁶¹⁰ Öte yandan Danıştay, zincir işlemdeki bir işlemin hukuka aykırı olup da iptal süresinin geçmiş olması, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi nedeniyle “... içerdiği tüm hukuka aykırılıklara karşın, işlem hukuka uygun kabul edilip, zincirin sonraki halkasını oluşturan işleme dayanak alınabilir” şeklinde karar vermiştir. Danıştay 7. Dairesi'nin 12.10.2005 tarih ve 2002/3560 E., 2005/2414 K. sayılı kararı. Karar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Aralık 2017), www.kazanci.com

kaynaklanan bir durum olmayıp, henüz ihale gerçekleşmeden, ihale şartnamesi gereği yapılması gereken bildirimin usulüne uygun yapılmamasından kaynakladığı, ihalenin sözleşmeye bağlanmasından önce idarenin tek yanlı irade beyanı ile ortaya çıkan ve idari bir işlem olarak nitelendirilecek ihale şartnamesinde yer verilen kurallara uygun bir bildirimde bulunulmadığı, ihalenin kesinleşmeden önceki aşamasını sakatlayan davacı bildiriminin sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkmış olması, bu eylemi gerçekleştiren davacı hakkında işlem tesisine engel oluşturmayacağından” idarenin ihalenin iptaline yönelik sözleşme dışı işlem ile sözleşmenin sona erdirilebileceği yönünde karar vermiştir.⁶¹¹ Danıştay, ihale işlemleri ile sözleşmenin bir bütün oluşturduğunu dikkate almayarak ihale işlemini ayrı olarak değerlendirmekte, bu şekilde bir yaklaşımla hukuka aykırı işlemlerin sonuçları dava açma süresi ile sınırlanmış olarak, idare de çareyi geriye yönelik olarak sözleşme dışı ancak sözleşmeye etki edecek şekilde idari işlem tesis ederek bu hukuka aykırılığı bertaraf etmeye çalışmaktadır. Oysa sözleşmesel anlamda, sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılıklar taraflara sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirmeye hakkı vermektedir. Bu sözleşmesel sorumluluğun doğal bir sonucudur. İdare sözleşmeyi karşı tarafın kusurlu hareketleri nedeniyle (haklı nedenle) feshettiğinde, varsa uğradığı zararları da talep edebilir. Sözleşme öncesinde, idari aşamada gerçekleşen hukuka aykırılığın idari bir işlemle ve dolaylı olarak çözülmesi yerine sözleşme içerisinde ve sözleşmesel sorumluluk kapsamında çözülmesi gerekir. Çünkü sözleşme öncesi gerçekleşen ancak sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan hukuka aykırılık sözleşmesel sorumluluk alanı içinde kalmaktadır.⁶¹²

⁶¹¹ Danıştay 13. Dairesi’nin 12.01.2009 tarih ve 2007/10723 E., 2009/124 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Eylül 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶¹² Niteim, karara “karşı oy” şerhi ile katılmayan üyenin de belirttiği gibi, “... Bir ihalenin idarece iptal edilmesi, sözleşmenin imzalanmasına kadar mümkün olup, ihaleyi kazanan istekli ile idare arasında sözleşme imzalanmakla, ihale aşaması sona ermekte ve yüklenici ile idare arasında sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu yeni bir süreç başlamaktadır. Sözleşme yapıldıktan sonra, ihale sürecindeki bir sakatlık nedeniyle, hukuken olanak bulunduğu takdirde sözleşmenin feshi söz konusu olacağından, bu yola gidilmeksizin ihalenin iptali suretiyle yeni bir ihale yapılmasına olanak bulunmamaktadır.” Öte yandan sözleşme öncesi gerçekleşen hukuka aykırı bir işlem ancak iptal süresi içerisinde yargıya taşınabilir ve geri alma işlemine konu olabilir. Kararda geri alma işlemine karşı bu süreye de uyulmadığı anlaşılmakla beraber, hileye dayanan işlemlerde bu süreye uyulması beklenemez, ancak karardan buradaki eylemin hata ya da hile olduğu konusunda yeterli bilgiye sahip değiliz.

Ayrıca idarenin sözleşme içinde kalarak sözleşmeyi feshetmesi ya da sözleşme dışı bir şekilde işlemle sözleşmeyi işlevsiz (hükümsüz) hale getirmesinde her iki durumda da sözleşme sona ermekte, fakat sona ermenin hukuki sonuçları bakımından farklılıklara yol açmaktadır. Sözleşme, sözleşme dışı şekilde alınan idari kararlar sonlandığında, örneğin idarenin ihale aşamasındaki kendi hukuka aykırı işlemleri nedeniyle ihaleyi iptal ettiğinde, durum sözleşmeciyi aleyhine gelişmektedir.

Son olarak, sözleşme öncesi gerçekleştirilen ayrılabilir işlemin sözleşmeyi etkilemesine ilişkin tartışmaların bir başka boyutunda, *fiili imkânsızlığın* ileri sürülerek iptal edilen işlemin sözleşmeyi etkilemeyeceği iddiası yer alır. *Burada bahsi geçen imkânsızlık mahkeme kararlarının uygulanmasındaki fiili imkânsızlıktır.* Sözleşme öncesi işlemin iptal kararının sözleşmeyi etkilemesinin araştırıldığı Tez konumuzda, sözleşmenin mahkeme kararından etkilenmediğinin iddia edildiği hallerde, doğrudan konumuzla ilgili olmasa da, konuyu bütünler nitelikte olduğundan konuya bu boyutu ile de değinmeyi uygun buluyoruz.

Sözleşme öncesi idari işlemin iptalinin fiili imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğine ilişkin örneklerle özellikle 90'lı yılların sonunda hız kazanan özelleştirme sürecinde sıklıkla rastlanmaktadır. Nitekim Özelleştirme Yüksek Kurulu, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı vb. yetkili kurumların özelleştirme uygulamalarına ilişkin kesin ve icrai nitelikteki⁶¹³ özelleştirme işlemlerinin iptallerine ilişkin kararların mevcut satış sözleşmesi üzerindeki etkilerinde çeşitli tereddütlere yol açmıştır. Nitekim, idari işlemlerin iptal edilmesinin sözleşmeleri geçersiz kılacağı yönünde mahkeme kararlarına karşın idare tarafından *fiili imkânsızlığın* ileri sürülerek, yani bahsi geçen kurumların özelleştirme işlemlerinin tamamlanmış olması gerekçesi ile uygulanmamıştır.

⁶¹³ Bu işlemlerin başında, özelleştirme kapsam ve programa alma, özelleştirme yöntemini belirleme, değer tespiti, ihale, hazırlık sürecinde kuruluşların malvarlıkları, hukuki statüleri ve personeline ilişkin kesin ve icrai nitelikteki işlemleri sayabiliriz. Melikşah Yasin, **a.g.e.**, s. 228. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.6.2004 tarih ve 2004/8257 E., 2004/7618 K. sayılı kararı ile “*özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemten ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir bir işlem*” olduğuna karar vermiştir. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Aralık 2017), www.kazanci.com

Örneğin Yüksek Planlama Kurulu kararı uyarınca, USAŞ⁶¹⁴ ve ÇİTOSAN'ın blok satışına ilişkin kararın mahkeme tarafından iptal edilmesi, gerçekleşen satış sözleşmelerinin hukuki geçerliliğini tartışmalı hale getirmiştir.⁶¹⁵ Aynı şekilde TÜPRAŞ'ın,⁶¹⁶ KARDEMİR'in özelleştirilmesi sürecinde⁶¹⁷ ve sonraki aşamalarda Eti Alüminyum A.Ş.'nin satış yöntemiyle özelleştirilmesi, Türkiye Denizcilik İşletmesi'nin, Kuşadası ve Çeşme Limanları'nın işletme hakkı verilerek özelleştirilmesi, SEKA Balıkesir İşletmesi'nin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi ile Türkiye Petrol Rafineleri A.Ş.'nin borsada satılmasını içeren özelleştirme uygulamalarında da benzer durumlar yaşanmıştır.⁶¹⁸

Genel olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere mahkemenin iptal kararlarının geriye etkili olduğu ve bu karardan sonra tesis edilen işlemlerin hukuki dayanaktan yoksun kalacağı kabul edilmekle beraber, bazı durumlarda (örneğin; somut olayda borsada halka arz yoluyla yapılan satışta olduğu gibi) gerçekleştirilen işlemin eski hale getirilmesinin iptal kararlarının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlığın

⁶¹⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 25.11.1991 tarih ve 1990/2308 E., 1991/3355 K. sayılı kararı. Karar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017), www.kazanci.com

⁶¹⁵ Özellikle 27.4.1992 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete'de yayımlanmayan) prensip kararı adı altında, hisselerin yabancı şirketlere satılması nedeniyle satışın iptal edilmesinin uluslararası sorunlara yol açabileceği, ahde vefa ilkesinin milletlerarası sözleşmelerin yerine getirilmesi anlamına geldiği ve bu nedenle milletler arası sözleşmelerin anayasanın üstünde yer aldığı; özetle iptal kararını içeren söz konusu mahkeme kararlarının yerine getirilmesine yönelik ileriye ve geriye yönelik işlem yapılmasına hukuken imkân olmadığından kararların uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu Bakanlar Kurulu kararı, Danıştay 10. Dairesi'nin 28.5.2004 tarih ve 2002/4046 E., 2004/5219 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Söz konusu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 8.6.2006 tarih ve 2005/161 E., 2006/554 K. sayılı kararı ile onanmıştır. Kararlar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017), www.kazanci.com Aynı dönemde, Özelleştirme Yüksek Kurulu 6.12.1997 tarih ve 97/66 sayılı karar ile; kuruluşları devir almış olan 3. kişi konumundaki kişilere karşı yürütmenin durdurulması ve iptal kararının geriye veya ileriye yönelik işlem tesis edilemeyeceği bu nedenle özelleştirmelere ilişkin yargı kararlarının uygulanmasının fiili imkânsızlık oluşturacağına karar vermiştir. A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 670.

⁶¹⁶ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **a.e.**, s. 672.

⁶¹⁷ Zonguldak İdare Mahkemesi'nin 29.5.1998 tarih ve 1998/350 E., 1998/381 K. sayılı dosyası ile Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun KARDEMİR'i özelleştirme listesine aldığı kararını iptal ettiği kararı, Danıştay 10. Dairesi'nin 8.11.2000 tarih ve 1998/E., 2000/5581 K. sayılı kararı ile onamıştır. Ali Altay, **a.g.m.**, s. 5.

⁶¹⁸ Bakanlar Kurulu'nun 11.6.2012 tarihli kararı ile, “Özelleştirme İdaresi'nce devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında çıkan fiili imkânsızlık” ileri sürülerek idarenin mahkeme kararlarına uymama konusundaki tutumu devam etmiştir. Hürriyet Gazetesi (Çevrimiçi, Kasım 2017) <http://www.hurriyet.com.tr/danistaydan-ozelleştirme-kararina-yurutmeyi-durdurma-25445962> Ayrıca, özelleştirme işlemlerinde sorun yaşanan diğer örnekler için Bkz: Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 104.

söz konusu olabileceği; bu nedenle özelleştirmesi tamamlanmış kuruluşların idareye iade edilmesinde ve özelleştirmenin tekrarlanmasında kamu yararının bulunmayacağı ileri sürülmektedir.⁶¹⁹ Buna karşılık, yargı kararlarının koşulsuz şekilde yerine getirilmesinin hukuk devleti ilkesinin bir aracı olduğunu ortaya koyan görüşlere göre,⁶²⁰ sözleşme öncesi bir işlemin iptal edilmesi halinde, idarenin yargı kararını uygulayarak iptal edilen işlem hukuk dünyasında var olmadan önceki hukuki durumu sağlaması gerekecektir. İptal edilen işleme bağlı olarak, sözleşmenin de hukuka aykırı hale geleceği durumlarda, idare bu hukuka aykırılığı gidermek için sözleşmenin diğer tarafı ile anlaşma yolu ile karşı tarafın zararını tazmin ederek sattığı şeyi geri alması ya da satış sözleşmesinin feshi için adli yargıda dava açması gerekmektedir.⁶²¹ Bu yolla, yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının gereği olarak devredilen hisselerin tekrar kamuya döndürülmesi sağlanabilir.⁶²² İdare gerçek bir imkânsızlık nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmek zorunda kalıyorsa o halde, kendi tesis ettiği hukuka aykırı işlemi nedeniyle özel hukuk kişinin uğradığı zararı da tazmin etmek zorundadır.⁶²³ Öte yandan idarenin mahkeme kararını uygulamak yerine tazminat ödemesi idareye sunulmuş bir seçimlik hak değildir. Danıştay'ın ifadesi ile “...idarenin, isterse kararı uygulaması istemezse hukuki ve fiili imkânsızlıktan söz ederek tazminat ödeme yolunu seçmesi de kabul edilmemektedir.”⁶²⁴

Kanaatimizce burada mahkeme kararının uygulanmasını engelleyecek gerçek anlamda bir hukuki ya da fiili bir imkânsızlık durumu bulunmamaktadır. Her hukuki işlemin tasfiyesi daha önce belirlenmiş hukuki kurallar çerçevesinde yapılabiliriyken, idarenin mahkemece verilen ve sözleşmenin dayanağını teşkil eden işlemin iptal kararını yok sayarak, bu kararın dönülemez nitelikte olduğu ve

⁶¹⁹ Melikşah Yasin, **a.g.e.**, s. 231-235.

⁶²⁰ Celal Erkut, Selçuk Sorbay, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 336. Evren Altay, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası, 2008, Ankara, s. 113. Elektronik kaynak için Bkz: Danıştay web sayfası (Çevrimiçi, Aralık 2017), http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105217.pdf , Ali Altay, **a.g.m.**, s. 1-5..

⁶²¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 227.

⁶²² A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 672.

⁶²³ Melikşah Yasin, **a.g.e.**, s. 230.

⁶²⁴ Danıştay 1. Dairesi'nin 14.06.1991 tarih ve 1991/ 86 E., 1991/101 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Eylül 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

uygulanamayacağına ilişkin idari tasarruflarda bulunması da hukuka uygun değildir. İdarenin “ilke kararı”, “prensip kararı” adı altında Bakanlar Kurulu kararları ile söz konusu mahkeme kararlarını uygulamama yönünde hukuka aykırı kararlar alması idarenin sorumluluğu ilkesine ters düşecek şekilde keyfi davranması yolunu açmaktadır. Söz konusu satış sözleşmelerinin dayanağını oluşturan özelleştirme kararlarının iptalinde kusur araştırması yapılarak, iptal kararı nedeniyle ifa edilemeyen edimin ya da fesih edilen sözleşme yerine kusurlu tarafça karşılanması gereken para borcu (tazminat) edimin yerini almalıdır.

Sonuç olarak, bu kısımdaki incelemelerimiz sonucunda Danıştay’ın ağırlıklı olarak görüşü; sözleşme öncesi ayrılabilir idari işlemin iptal edilmesinin kurulmuş sözleşmeyi etkileyeceği; iptal edilen işlemin sözleşmenin dayanağını teşkil eden bir işlem olması nedeniyle sözleşmenin de dayanaktan yoksun bırakacağı ve sözleşmenin geçersizliğine sebep olacağı yönündedir. Danıştay sözleşme öncesi dönemde tesis edilen ayrılabilir işlemin sadece mahkeme kararı ile değil, idarenin geri alma işlemi ile de ortadan kaldırılabileceğini; idarenin tek taraflı işlemi ile gerçekleştirilen bu işlemin dolaylı olarak sözleşmenin feshi anlamına geleceğini kabul etmektedir. İdarenin bunu sözleşme dışı ve kamu gücüne dayanan bir işlemle yapması, idarenin sözleşme yapma fikrini tam olarak benimsemediğini göstermekte, Danıştay da verdiği kararlar ile bu fikri desteklemektedir. Danıştay, sözleşme öncesi dönemin idari bir dönem olmakla beraber sözleşmenin imzalanması ile bir bütün teşkil edeceğine ilişkin yaklaşımı kabul etmemekte, aksine sözleşme öncesi dönemi sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirildiği görülmektedir.

(2). Yargıtay Kararları

Yargıtay’ın sözleşme öncesi ayrılabilir işlem ile ilgili görüşünü incelemeye geçmeden önce, sözleşme öncesindeki işlemlerden kaynaklanan ihtilaflara ilişkin görüşüne kısaca değinmek istiyoruz. Yargıtay idarenin *özel hukuk sözleşmesi imzalamasından sonra ortaya çıkacak ihtilafların “sözleşmeden önce veya sonraki bir sebeple yapıp yapılmadığının değerlendirilmesine gerek olmaksızın”* adli

yargının görevli olacağını belirtmektedir.⁶²⁵ Bir başka ifade ile Yargıtay'ın görüşü, sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan ve aslında sözleşme öncesi dönemde gerçekleşen işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklar ve buna dayanan fesihlerin adli yargının görev alanına girdiği yönündedir.

Yargıtay'ın bu görüşüne dayanak olarak aldığı Hukuk Genel Kurulu kararında ise,⁶²⁶ *idarenin önceki aşamalarda gerçekleşen işlemleri idari nitelikte olsa bile, ortada karşı tarafın katılımıyla oluşmuş ve özel hukuk alanında sonuçlarını doğuran bir işlem; bir sözleşme varsa, artık idari işlemde söz edilemeyeceği* vurgulanmaktadır. Hukuk Genel Kurulu kararı, esasen adli ve idari yargı arasındaki görev ayrımına dikkat çekmesine rağmen konumuz açısından da önem arz eden sözleşme öncesi döneme ilişkin önemli bir belirlemeyi de yapmaktadır. Buna göre: Uyuşmazlığın nedeni sözleşmenin imzalanmasından önce idari dönemdeki bir işleme dayansa bile, bu işlemin sonuçları sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkması halinde uyuşmazlık artık, adli yargı kapsamında değerlendirilecektir.⁶²⁷

⁶²⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 28.10.2014 tarih ve 2014/4503 E., 2014/6148 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 19.09.2017 tarih ve 2017/1908 E., 2017/3040 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.11.2014 tarih ve 2014/36563 E., 2014/36225 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

⁶²⁶ Söz konusu uyuşmazlık, davalı idarenin mısır satımına ilişkin yapılan ihalede, davacının teklifinin uygun görülerek sözleşme imzalamaya davet edildiği ancak daha sonra davalı idarenin bilgisayarda fiyat hesabında hata yapıldığı gerekçesi ile davacının teklifinin sıralama dışı bırakılarak sözleşmenin imzalanmaması dolayısıyla, davacının sözleşme uyarınca satış işleminin gerçekleşmesi üzerine menfi ve müspet zararlarının talebine ilişkindir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.3.2001 tarih ve 2001/19-257 E., 2001/285 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

⁶²⁷ Söz konusu HGK kararına ve “*Özel hukuk alanında sonuçlar doğuran bir işlem; bir sözleşme varsa, artık bir idari işlemde söz edilemez*” gerekçesine dayanılarak verilen başkaca kararlar için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.02.2017 tarih ve 2016/4366 E., 2017 /533 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2014 tarih ve 2014/6150 E., 2014 /6978 K. sayılı kararı. Ayrıca, *Sözleşme imzalandıktan sonra uyuşmazlıkların adli yargıda, sözleşme imzalanmadan önceki aşamadaki uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi gerektiğine ilişkin kararlar için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 27.05.2004 tarih ve 2003/4054 E., 2004/2963 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2007 tarih ve 2007/3235 E., 2007/3816 K. sayılı kararı. Bir başka kararda, “Taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine ve sözleşmenin feshinin tek tarafı, karşı tarafa varması gerekli irade beyanı şeklinde bir hukuki işlem olmasına göre, ... davacı talebinin feshin haksızlığının tespit edilerek sözleşmenin devamının sağlanması talebi de bulunduğundan muarazanın menî olarak kabulü gerekir.... sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkacak ihtilaflarda adli yargı görevlidir” gerekçesi için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 28.10.2014 tarih ve 2014/4503 E., 2014/6148 K. sayılı kararı. Aynı yönde karar için Bkz: “Her ne kadar ihale öncesi nedene dayanılarak ihale ve sözleşmenin geçersizliği iddia olunmakta ise de davalı idare cevap dilekçesinde geçerli bir sözleşmenin varlığını kabul etmektedir. O halde ortada, özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmenin bulunduğu kabul edilerek davanın esasının incelenmesi gerekir”*

Yargıtay, sözleşme öncesi dönemdeki bir işlemin iptalinin sözleşmeye etkisini değerlendirirken, esasen sözleşmenin imzalanması ile artık sözleşme öncesi uyumsuzluğun sonuçlarının sözleşme içinde kalacağını; sözleşmenin sözleşme öncesi dönemi de kapsayacağını ortaya koymaktadır.⁶²⁸

Sadece bu belirleme dahi sözleşme öncesi döneme ilişkin her iki yargı kolunun konuya yaklaşımının birbirinden farklı olduğunu göstermektedir. İdare hukukundaki genel kabule göre gerek idari sözleşmelerde gerekse idarenin özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönem idari bir aşama olarak kabul edilmekte; sözleşme öncesi işlemlere karşı sözleşmenin tarafları veya 3. kişiler tarafından iptal davası açılabilmektedir.⁶²⁹ Danıştay, Yargıtay'ın görüşünden farklı olarak sözleşme öncesi dönemi sözleşme ile bir bütün olarak ele almamakta, bu dönemdeki işlemleri ayrılabilir işlem kapsamında hukuken denetimini yapmaktadır. Danıştay bir önceki bölümde incelendiği üzere, sözleşme öncesi ayrılabilir işlemin iptal edilmesinin sözleşme üzerinde etkili olacağını; sözleşme öncesi yapılan ve sözleşmeye dayanak teşkil eden bir işlemin iptalinin sözleşmeyi dayanaksız bırakarak sözleşmenin geçersizliğine neden olacağını belirtmektedir. Ayrıca, Danıştay sözleşme öncesindeki bir işlemten kaynaklanan sözleşmeye aykırılık durumunda, çoğu kararında konuyu sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirmek yerine idarenin sözleşme dışı idari işlem tesis ederek sözleşmeyi dolaylı yoldan sona erdirilmesini uygun bulmaktadır.⁶³⁰ İdare hukuku uygulamasında sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin birbirinden ayrı olarak algılanması “*idari*

gerekeceği için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.12.2012 tarih ve 2012/3972 E., 2012/5831 K. sayılı kararı. Kararlar için; Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁶²⁸ Genel Kurul, “*idarenin önceki aşamalarda gerçekleşen işlemler idari nitelikte olsa bile ortada, karşı tarafın katılımıyla oluşmuş ve özel hukuk alanında sonuçları doğuran bir işlem; bir sözleşme varsa, artık bir idari işlemde söz edilemeyeceği*”ni ortaya koymuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.3.2001 tarih ve 2001/19-257 E., 2001/285 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

⁶²⁹ Danıştay 10. Dairesi'nin 29.4.1993 tarih ve 1999/1 E., 1993/1752 K. sayılı kararı; “*İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyumsuzluk, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir.*” diyerek sözleşmenin yapılmasının da idari yargıda dava konusu olabileceğini kabul etmiştir. Karar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Kasım 2017) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1991-1.htm&kw=29.4.1993#fm>

⁶³⁰ Detaylı bilgi için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (i) Danıştay Kararları

işlemin hukukilik denetimi”nin gereği olduğu düşünülmektedir. İdare mahkemesi, çoğu durumda sözleşme ile iptal edilen işlemin arasındaki bağlantının yoğunluğunu incelemeyen işlemi sözleşmenin dayanağı olarak görmekte; buna rağmen dayanak olan işlemin iptalinden doğan zarar ancak tazmini tam yargı davası ile talep edilmektedir; tam yargı davalarında ise idari işlem veya eylem nedeniyle uğranılan zarar sözleşmesel sorumluluk kapsamında ele alınmamakta; idarenin hizmet kusuru kapsamında haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmaktadır.⁶³¹

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Yargıtay’ın görüşünde belirleyici nokta Danıştay’dan farklı olarak, sözleşmenin imzalanıp imzalanmamasıdır. Yargıtay’a göre sözleşme imzalanmamış ise, sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemlerin denetiminin idari yargı tarafından yapılması gerekmekte; sözleşmenin imzalanmış olması halinde ise sözleşme öncesi dönemde gerçekleştirilen bir idari işlem bile olsa, bu işlemin iptalinin karşı tarafı zarara uğratması veya sözleşmenin feshine neden olup olmayacağı konusu sözleşmenin uygulanması çerçevesinde adli yargı tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Burada sözleşmenin imzalanmış veya imzalanmamış olması sözleşmeden önceki işlemlerin yargısal denetimi bakımından adeta iki yargı kolu arasındaki görev sınırını belirlemektedir. Yargıtay, sözleşmenin kurulması halinde, sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklar nedeniyle verilen iptal kararının sonuçlarını, özellikle fesihe ilişkin durumları sözleşme içerisinde değerlendirmekle birlikte; oluşan zararı bazı zaman sözleşme hukuku içerisinde sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanarak, bazen de sözleşmesel sorumluluk dışında sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda ele alıp karara bağlamaktadır. Bu hususlar son bölümde detaylı olarak inceleneceğinden burada şimdilik sadece her iki yargı kolunda da zararın hesaplanması yönteminin gerçek zararı belirlemede eksik kaldığını belirtmekle yetiniyoruz.⁶³²

Yargıtay’ın sözleşme öncesi ayrılabilir işlemle ilgili görüşüne gelirse; Yargıtay bir kısım kararlarında idarenin özel hukuk sözleşmesine dayanak oluşturan

⁶³¹ Detaylı bilgi için Bkz: Tez III. Bölüm / A / 4 / b. İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tam Yargı Davası Kapsamında Olması ve c. Tam Yargı Davasının İdari Sözleşmelerin Denetimi Bakımından Yeterliliğinin Sorgulanması

⁶³² Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi

idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptalinin sözleşmenin *doğrudan* yani *kendiliğinden* (otomatik olarak) geçersizliği sonucunu yaratmayacağını belirtmektedir. Bir başka ifade ile sözleşme öncesi idari işlemin mahkeme kararı ile iptalinde sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecek, idarenin sözleşmenin geçersizliğini sağlamak için fesih beyanında bulunması ya da tarafların karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri gerekecektir. Nitekim, Yargıtay bir kararında kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanak teşkil eden belediye encümeni ve belediye meclisi kararlarının iptali sonrasında, mahkemenin sözleşmeye ilişkin bir iptal kararı olmadığından sözleşmenin feshi isteniyorsa tüm taraf iradelerinin sözleşmenin feshi konusunda uyuşması gerektiğini belirtmiş; yani mahkeme kararlarının sözleşmeyi otomatik olarak geçersiz kılmayacağını ortaya koymuştur.⁶³³

Buna karşılık Yargıtay aksi yöndeki kararlarında ise sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin uygulandığı dönemi bir bütün olarak gördüğünü belirten görüşünün aksine idarenin özel hukuk sözleşmesinin dayanağını oluşturan idari işlemin iptalinin sözleşmeyi etkileceğini ve sözleşmenin dolaylı da olsa geçersizliğine neden olacağı görüşündedir. Bu doğrultuda Yargıtay, idare mahkemesinin sözleşme öncesi dönemde alınan ihale kararı⁶³⁴, tahsis kararı⁶³⁵ ya da Kamu İhale Kurumu'nun ihaleye yönelik icrai nitelikteki kararı⁶³⁶ gibi işlemlerin sözleşmenin imzalanmasından sonra iptal edilmesine dayalı, sözleşmenin idarenin tek taraflı bir işlemi ile feshedilmesini mahkeme kararının yerine getirilmesi niteliğinde doğal bir sonuç olarak görmektedir. Ancak tıpkı Danıştay'ın görüşünde olduğu gibi Yargıtay kararlarında da sözleşme öncesi işlemin hangi durumlarda sözleşmenin geçersizliğine neden olacağı kriterlerinden bahsedilmemektedir.

⁶³³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 5.4.2010 tarih ve 2010/722 E., 2010/1908 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

⁶³⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

⁶³⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 19.1.2004 tarih ve 2003/11064 E., 2004/182 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

⁶³⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.5.2017 tarih ve 2017/313 E., 2017/2183 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

Yargıtay'ın konuya yön veren ve Tezimizde de detaylıca inceleyeceğimiz önemli bir görüşü ise, sözleşmeye dayanak teşkil eden işlemin idare mahkemesi tarafından iptali ve iptal kararının uygulanması nedeniyle sözleşmenin ifasının imkânsızlaşacağı ve sözleşmenin bu nedenle sona ermesinde idareye kusur atfedilemeyeceğidir. İmkânsızlık nedeniyle hükümsüz hale gelen sözleşme ise, uygulamada genellikle sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda tasfiye edilmekte; taraflar sözleşmesel sorumluluğun sağladığı avantajlardan yararlanamamaktadır. Yargıtay'ın idare mahkemesinin iptal kararı nedeniyle sözleşmenin ifasının imkânsızlaştığına karar verdiği kararlar birbirinden farklı hukuki nitelendirmelere (imkânsızlık türlerine) dayandığından, kanaatimizce tutarsız ve isabetli olmayan hukuki sonuçlara varılmaktadır.

*Örneğin Yargıtay bir davada; “Taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı ihale kararının ... iptal edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelip, ortada hukuki imkânsızlık doğduğunu; sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyumsuzluğun sonuçlandırılarak, davacının ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebileceğini, kâr kaybı (müspet zarar) isteyemeyeceğine” karar vermiştir.”⁶³⁷ Benzer olarak Yargıtay yüklenicinin (davacının) sözleşmenin ifa olunacağına güvenerek yaptığı masraflar ile mahrum bırakıldığı kâr kaybı zararını talep ettiği bir davada, davacının zararının karşılanabilmesi için davalı idarenin fesihte kusurlu bulunması gerektiğini; oysa sözleşmenin idare tarafından feshinin *subjektif imkânsızlık* nedeniyle gerçekleştiğini davalı idarenin imkânsızlığa dayanarak kusursuz olduğunu ve borcundan kurtulduğunu, sonuçta davalı idarenin almış olduğu şeyleri sebepsiz zenginleşme kuralları doğrultusunda geri vermekle yükümlü olduğunu; davacının kâr kaybı ve müspet zararını isteyemeyeceği sadece sözleşme nedeniyle yaptığı masrafları isteyebileceğine karar vermiştir.⁶³⁸*

⁶³⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

⁶³⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.5.2017 tarih ve 2017/313 E., 2017/2183 K. sayılı kararı. Benzer bir karar; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2017 tarih ve 2016/2470 E., 2017/2523 K. sayılı kararı. Kararlar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

Yargıtay'ın idare mahkemesinin iptal kararının sözleşme üzerindeki etkisini imkânsızlık kapsamında değerlendirirken hukuki vasıflandırmalarda isabetli olmadığını görüyoruz. Nitekim, sözleşme öncesindeki idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin sözleşme üzerindeki etkisini kimi zaman sözleşmenin butlanına yol açacak şekilde “*başlangıçtaki objektif imkânsızlık*” kimi zaman ise “*sonraki objektif imkânsızlık*” ya da “*sonraki subjektif imkânsızlık*” olarak nitelediği görülmektedir, ki sonraki imkânsızlığın objektif veya subketif olarak ayrıma tabi tutulmasına zaten gerek yoktur. İmkânsızlık konusunda yukarıdaki ilgili bölümde⁶³⁹ de belirttiğimiz üzere, imkânsızlığın ortaya çıktığı ana göre imkânsızlığın çeşidi ve buna bağlı olarak da bağlanan hukuki sonuçlar değişmektedir.

Buradaki ilk sorun, *idare mahkemesinin iptal kararının sözleşmenin ifasını imkânsızlaştıran bir etkisi olup olmayacağıdır*. Bu durum mutlak olmamakla beraber, soruya olumlu cevap verebiliriz; yani idare mahkemesi sözleşme öncesi dönemde sözleşmenin dayanağını oluşturan idari işlemi iptal ederek sözleşmenin ifası imkânsızlaşmış ve dolayısıyla da sözleşme dayanaksız kalmış olabilir. Nitekim yukarıda (ihale kararının, tahsis kararının iptalinde olduğu gibi) birçok durumda sözleşme öncesindeki işlemle sözleşmenin bağlantılı olduğunu ve sözleşme öncesi dönemdeki işlemin sözleşmeyi etkilediğini gördük. Şunu da hemen belirtmek gerekir ki, ayrılabilir işlemin iptalinin her durumda sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı gibi, idare mahkemesinin sözleşme öncesi döneme ilişkin her iptal kararı da “hukuki imkânsızlık” sayılamaz. İptal kararından sözleşmenin etkilenmesi konusu ayrı bir meseledir ancak burada sorunun özü, *idare mahkemesinin iptal kararının imkânsızlık teşkil ettiği durumlarda, bu imkânsızlığın türünün ne olacağına* ilişkindir.

Kanaatimizce sözleşme öncesinde tesis edilmiş idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptalinin sözleşmenin imzalanmasından sonra yani sözleşmenin ifası sırasında gerçekleşmesi “*sonraki imkânsızlık*” kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Nitekim doktrinde kabul edildiği üzere, baştaki imkânsızlık sözleşme kurulmadan önce var olmalıdır, bir başka ifade ile imkânsızlık sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkıyorsa “*sonraki imkânsızlığın*” varlığı kabul edilir.

⁶³⁹ Bkz: Tez II. Bölüm / B / 2 / c. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı

İmkânsızlık ortaya çıktığı ana göre nitelendirilir. Dolayısıyla idare mahkemesi (iptal) kararının sözleşmenin kurulmasından sonra vermişse sonraki imkânsızlıktan bahsedebiliriz. İmkânsızlığın sözleşmeden önce var olması halinde ise başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilebilir.⁶⁴⁰ Burada soru işareti oluşturabilecek husus, iptale konu olan hukuka aykırı idari işlemin sözleşmenin kurulmasından önce tesis edilmiş olmasının başlangıçtaki imkânsızlık olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir, yani iptal edilen idari işlem sözleşme kurulmadan önce yapılmış olmasına rağmen bir işlemin hukuka aykırılığı ancak mahkeme kararı ile sabit hale geldiğinden; bir idari işlem mahkeme tarafından iptal edilmedikçe hukuka uygunluk karinesinden yararlanacağından henüz imkânsızlık oluşmaz; idari işlem hakkında iptal kararı verdikten sonra sözleşmenin ifası üzerinde imkânsızlık gibi bir etki yaratabilir. Bu etki sözleşmenin imzalanmasından sonra, yani sözleşmenin ifasına geçildiği dönemde ortaya çıktığına göre “sonraki imkânsızlık” olacaktır. Bu konu esasen sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir problem olmasına rağmen, idare hukukunda sözleşme öncesi dönemle de bağdaşlık kurulduğundan Yargıtay kararlarında olduğu gibi birbirinden farklı değerlendirmelere neden olmaktadır.

Öte yandan hukuki imkânsızlığın sözleşme üzerindeki etkisi sadece “sonraki imkânsızlık” şeklinde gerçekleşmez; bir kısım hukuki imkânsızlıklar sözleşme kurulmadan önce “baştaki imkânsızlık” şeklinde de gerçekleşmiş olabilir. Sözleşmenin konusunu teşkil eden edim sözleşmenin kurulmasından önce örneğin, yasal bir düzenleme ya da mahkeme kararı gibi hukuki bir nedenden ötürü imkânsızlaşmış olabilir. Daha önceki bölümde açıkladığımız üzere, imkânsızlığın önceden var olması yani sözleşme imzalanmadan önce sözleşme konusunu imkânsız hale getiren işlemin gerçekleşip imkânsızlıkla sonuçlanmış olmasıdır.⁶⁴¹ Yargıtay bu konuda, idare mahkemesi kararı ile ortaya çıkan imkânsızlık (sonraki imkânsızlık) sonucu hükümsüz hale gelen sözleşmenin aksine, bir mahkeme kararı olmaksızın

⁶⁴⁰ Baştaki ve sonraki imkânsızlık detayları ve örnekler için Bkz: Tez II. Bölüm / B / 2 / c. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı

⁶⁴¹ Baştaki ve sonraki imkânsızlık detayları ve örnekler için Bkz: Tez II. Bölüm / B / 2 / c. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı

ortaya çıkan imkânsızlıkta kusur değerlendirmesi yapmaktadır. Buna ilişkin bir kararda Yargıtay, idare ile harici arsa satış (vaadi) sözleşmesi yaparak, idarenin arsa satış taahhüdü karşılığı arsa bedelini ödeyip sertifikasını alan davacının idarenin taşınmazı devretmemesi karşısında açtığı davada mahkeme, idarenin “kamuya sunduğu bu nitelikteki işlemde güvenilir olmasının asıl olması gerektiği” ve arsaları satışa çıkarmamasının *kendisinden kaynaklanan bir kusur olduğu* ve bunun objektif imkânsızlık olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.⁶⁴² Yargıtay bu sözleşmesel ilişki içerisinde idarenin kusurlu olduğunu tespit etmesine rağmen, idare mahkemesinin iptal kararı vermesine sebep olan tarafın kusurunu tespit etmekten imtina etmektedir.

Sözleşme imzalandıktan sonra idare mahkemesi tarafından verilen iptal kararının sözleşme üzerinde ancak sonraki imkânsızlık etkisi yaratabileceğini tespit ettikten sonra, *sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçlarına ve Yargıtay’ın konuya ilişkin görüşüne kısaca değinmekte fayda vardır*: Yargıtay sözleşme sonrası imkânsızlığı da tıpkı baştaki imkânsızlıkta olduğu gibi objektif ve subjektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayırmaktadır.⁶⁴³ Oysa sözleşme imzalandıktan sonra imkânsızlığın subjektif ya da objektif olarak ayırma tabi olmasına gerek yoktur, bu aşamada artık imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurun belirlenerek, kusur durumuna göre değerlendirme yapılması gerekir. Sonraki imkânsızlıkta önemli olan imkânsızlığın borçlunun sorumluluğuna yol açacak şekilde gerçekleşmiş olmasıdır.⁶⁴⁴

Hukuki sonuçlarına gelecek olursak; baştaki (objektif) imkânsızlık butlan (TBK md. 27) ile ilgili olmasına rağmen, sonraki imkânsızlık sözleşmelerdeki ifa engellerinden temerrütle (TBK md. 112 ve md. 136) ilgilidir.⁶⁴⁵ Sonraki imkânsızlıkta *borçlu edimin imkânsızlaşmasından sorumlu tutulabiliyorsa* TBK md. 112 uyarınca karşı tarafa tazminat öder veya karşı taraf sözleşmeden dönme hakkını kullanır. Buna karşın *borçlu imkânsızlıktan sorumlu tutulamıyorsa*, borçlu edimi ifa

⁶⁴² Yargıtay’ın 13. Hukuk Dairesi’nin 12.06.1997 tarihli 1997/5176 E., 1997/5354 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak için Bkz: Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

⁶⁴³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 12.6.2017 tarih ve 2017/121 E., 2017/2508 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

⁶⁴⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, s. 475.

⁶⁴⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

borcundan kurtulur ve TBK md. 136 md. gereğince sözleşme tasfiye edilir. Sonraki imkânsızlıkta edimin aynen ifasının mümkün olmadığı durumlarda, borca aykırılık nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekir (TBK md. 112).⁶⁴⁶ Burada edimin yerini artık alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alır. Oysa baştaki (objektif) imkânsızlığın sonucu olan butlanın hukuki sonuçları son derece ağırdır; bu durumda borçlu edim borcundan kurtulur ve herkes verdiğini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alır, sözleşme hükümsüz hale gelerek sözleşme dışı şekilde tasfiye edilir. Baştaki imkânsızlık ile sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçları bu denli farklı olduğundan, somut olaya isabetli olmayan nitelendirme yapılması halinde ortaya çıkan sonuç da hakkaniyete aykırı olacaktır. Konunun tasfiyeye ilişkin boyutu Tezimizin ileriki bölümlerinde ele alınacaktır.⁶⁴⁷

İmkânsızlık konusunun devamı olarak ve en az imkânsızlık konusundaki isabetli olmayan değerlendirmeler kadar önemli bir başka husus da, Yargıtay'ın idare mahkemesi kararını sözleşmenin sona ermesine neden olacak şekilde dayanak kabul etmesine karşılık, bu hukuka aykırı işlemin sözleşmenin ortadan kalkmasına neden olmasını sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde kusur bakımından değerlendirmemesidir. Bir başka ifade ile Yargıtay'a göre idare mahkemesinin kararı idarenin hukuka aykırı işleminin iptali sözleşmenin ifasını imkânsızlaştırıyor, buna karşın sözleşmenin imkânsızlığına kimin sebep olduğu araştırılmıyor. Yargıtay bu yönde bir kararında, sözleşmeye dayanak teşkil eden sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesinde *idarenin veya karşı tarafın kusurunu araştırmaksızın* idare mahkemesi kararını imkânsızlık olarak tespit ile yetinip, hukuki ilişkiyi sebepsiz zenginleşme ile çözüleceğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre, *“uyuşmazlığın esasen mahkeme ilamına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olamayacağı noktasında toplandığını belirtmektedir. Her ne kadar iptal kararında, Belediye Meclisince verilen yetkinin aşıldığı ve bu sebeple ihalenin feshi gerektiği açıklanmış ise de sözleşmeyle taşıyıcılar esnafının zarara uğratıldığı da belirtilerek işletme bedelinin yalnızca toplu taşıma esnafından alınmasının hakkaniyete uygun düşmediği hususu da iptal nedeni sayılmıştır. Bu haliyle karşılıklı*

⁶⁴⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111 vd., 694 vd.

⁶⁴⁷ Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi

*edimleri içeren eser sözleşmelerinin de tarafların, sözleşmenin ifayla sonuçlanması için objektif iyiniyet kurallarına uymaları asıldır. (TMK 2. mad.). Kaldı ki, kesinleşen mahkeme ilamına bağlı iptal kararının gerekçesi tartışılarak somut olayda kusur değerlendirmesi yapılması da doğru değildir.*⁶⁴⁸ Yargıtay'ın sözleşmenin geçersizliğine neden olan hukuka aykırı bir işlemin idarenin sözleşmesel kusurunu teşkil ettiğini belirtmekten neden kaçındığı anlaşılamamaktadır. Bu konuya idarenin kusur anlayışının incelendiği kısımda detaylıca yer verilecektir.⁶⁴⁹

Son olarak konu doğrudan ayrılabilir işlem ile ilgili olmamakla beraber, yaygın olarak rastlanan ve sözleşme öncesi dönemi de ilgilendiren *idarenin sözleşme öncesinde kendi hukuka aykırı işlem veya eylemine dayanarak sözleşmeyi feshetmesi* durumuna değinmek istiyoruz. Yargıtay'ın bu duruma ilişkin bir kararında, geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin devamlılığına vurgu yaparak; idarenin sözleşme öncesi dönemde bizzati kendisi tarafından yapılan usulsüzlüklere dayanarak sözleşmeyi feshedemeyeceğini belirtmiştir. Söz konusu kararda Yargıtay, taraflar arasındaki yap - işlet - devret modeline uygun şekilde imzalanan özel hukuk sözleşmesinin davacı idarece tek taraflı olarak fesih edilemeyeceğini; sözleşme düzenlendikten ve üzerinden iki yıla yakın bir süre geçip, işin %35'i tamamlanıp, belirli masraflar yapıldıktan sonra sözleşmeden dönülmesinin Medeni Kanun'un 2'nci maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralına aykırı olacağını, aksi durumun idarenin devamlılığı ilkesini de ihlal niteliğinde olduğunu; sözleşmenin *sözleşme öncesi işlemlerde* bizzat davacı idare tarafından yapıldığı ileri sürülen usulsüzlüklere dayanmak suretiyle, sözleşmenin iptal isteğinde bulunmasının iyiniyet kuralı, ahde vefa ilkesi ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan bahisle sözleşmenin devamına karar vermiştir.⁶⁵⁰

Benzer bir kararda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi; taraflar arasında noterde yapılan sözleşmeden sonra, ihalenin yapılışındaki usulsüzlüğe dayanılarak,

⁶⁴⁸ Alıntıda cümlemin altının çizilmesi tarafıma aittir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

⁶⁴⁹ Detaylı bilgi için Bkz: Tez III. Bölüm / B. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA KUSUR ANLAYIŞI VE HİZMET KUSURU İLİŞKİSİ

⁶⁵⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 9.6.1998 tarih ve 1998/4614 E., 1998/5241 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

Belediyece sözleşmenin feshine karar verilmesi nedeniyle yüklenicinin açtığı davada, yükleniciye izafe olunan bir kusura dayanılmamış olması, davacının temerrüdünün olduğu ileri sürülerek bir ihtarname de çekilmemiş olması nedeniyle akdin bozulmasında davalı Belediyenin kusurlu bulunduğu kabul edilerek, Borçlar Kanunu'nun 325'inci maddesi de gözetilmek suretiyle, davacının kâr mahrumiyeti talebi hakkında karar verilmesine hükmetmiştir.⁶⁵¹ Yargıtay bu kararı ile tarafların sözleşme öncesi ya da sözleşme sonrasında kendi yaptıkları hukuka aykırılığa dayanarak haklı nedenle sözleşmenin fesih edilemeyeceğini; böyle bir fesih yapılması halinde karşı tarafın zararının karşılanması gerekeceğini belirtmiştir. Ayrıca yine yaygın olarak rastlanan bir başka durum olan idarenin hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye yoluna gitmek yerine sözleşme dışı yetkisi ile idari işlem tesis ederek sözleşmeyi geçersiz kılmasında hukuka uyarlık olmadığını belirten kararlar verdiği görülmektedir.⁶⁵²

Yukarıda verilen örneğin devamı olarak, sözleşme öncesinde tesis edilmiş işlemin dava edilmemiş olması ve hukuka aykırılığının sözleşmenin imzalanmasından sonra fark edilmesi halinde karşı sözleşmecinin sözleşmeyi haklı nedenle feshini kanaatimizce engellemeyecektir. Nitekim, sözleşme ilişkisi içerisindeki taraflar sözleşme öncesi tesis edilen işlemi idare mahkemesinde süresi içerisinde iptal ettirmemiş olsalar dahi, sözleşmenin uygulanması esnasında sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bu hukuka aykırılığa dayanarak sözleşmenin feshini talep edebilir. Hukuka aykırılığı bilmesine rağmen, iyiniyet kurallarına aykırı

⁶⁵¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 22.12.1994 tarih ve 1994/2169 E., 1994/7804 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

⁶⁵² Bir olayda, davalı idare tarafından ihalesi yapılan taşınmazın davacı tarafından ihale sonucunda satın alındığı, ihalenin onaylanarak kesinleştiği, satış bedelinin taksitlerinin ödenmemesi üzerine davalı idarenin onanmış encümen kararını, aldığı yeni bir karar ile iptal ettiği; davacının bu kararı iptal ettirmek üzere işbu davayı açtığı görülmektedir. Mahkeme ihalenin sözleşmeye bağlanmamasına rağmen "*borcun ödenmediğinden bahisle ihalenin iptaline karar verildiği, 05.11.1999 tarihli ihalenin 2886 sayılı Kanun hükümleri gereğince sözleşmeye bağlanması gerekirken bu usule uyulmadığı, ancak sözleşme yapılmış olması halinde ihale bedelini süresinde ödememiş olan davacı hakkında anılan Kanun'un 62. maddesine dayanarak sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi gerekirken, ihalenin feshi yolundaki işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.*" Danıştay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bkz: Danıştay 13. Dairesi'nin 06.10.2009 tarih ve 2007/1669 E., 2009/8921 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

olarak hukuka aykırılığa karşı iptal davası açmayıp sonradan adli mahkemede bunu ileri süren davacının bu iddiasını sonradan ileri sürmesiyle ortaya çıkan zararın artmasına neden olma hali ise, tazminat hesabında dikkate alınmalıdır. İptal süresinin geçmiş olması sözleşme öncesi idari işlemin hukuka aykırılığının iyiniyetli sözleşmeci tarafça ileri sürülmesine engel olmayacağı kanaatindeyiz. Şunu da belirtmek gerekir ki, adli mahkeme idari bir işlem hakkında iptal davası gibi bir hüküm kurarak işlemin iptalini elbette karara bağlayamaz. Ancak mahkeme idareyi söz konusu işlem nedeniyle Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin kuruluşuna ilişkin temel maddeleri ve sözleşme hukuku çerçevesinde kusurlu bularak, sözleşmenin feshedilmesine karar verip, karşı tarafın uğradığı zararın tazminini sağlayabilir.⁶⁵³

Sonuç olarak sözleşme öncesi idari işlemin iptalinin sözleşmeye etkisine ilişkin Yargıtay'ın görüşü değerlendirildiğinde, Yargıtay öncelikle sözleşmenin imzalanması ile sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin bir bütün haline geldiğini ortaya koymakta ve idari işlemin iptalinin idarenin özel hukuk sözleşmesini kendiliğinden (otomatik olarak) geçersiz hale getirmeyeceğini kabul etmektedir; buna karşın verdiği kararlar ile idare mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararının sözleşmeyi dolaylı da olsa geçersiz kılabileceğini kabul etmiş olduğunu görüyoruz.

Yargıtay'ın önemli bir başka görüşü, sözleşmeye dayanak teşkil eden işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesine ilişkin mahkeme kararlarının sözleşmenin ifasını *imkânsız* hale getireceğini ortaya koymakta, ancak bu imkânsızlığın çeşidi ve hukuki sonuçları hakkında tutarlı ve yeknesak bir görüşe ulaşmamaktadır. Bununla birlikte iptal kararlarından etkilenen sözleşmelerin sona ermesi nedeniyle oluşan zararın belirlenmesinde Yargıtay, idarenin sözleşme öncesi işlemin iptali neticesinde sözleşmenin geçersiz hale gelmesini hukuki imkânsızlık

⁶⁵³ Sözleşme öncesi döneme ilişkin hukuka aykırılıklar ve idari yargıda verilen iptal kararları hakkında Buz da benzer görüşü kendi ifadesi ile aşağıdaki şekildedir: “Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleşen hukuka aykırılıklar veya idari yargıda verilen yürütmeyi durdurma veya iptal kararları nedeniyle ortaya çıkan durum, özel hukuk kuralları ve özellikle de Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilecektir. Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleşen bir hukuka aykırılık durumunun veya verilen iptal kararlarının özel hukuk sözleşmesinin geçersizliğine yol açabilmesi için, bunların aynı zamanda BK.m.19 ve 20. maddeleri anlamında da bir geçersizlik sebebi olması gerekir... otomatik olarak özel hukuk sözleşmesinin geçersiz hale getireceği kabul edilecek olursa, artık söz konusu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi çok güç olacaktır.” Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 108.

kapsamında değerlendirerek oluşan “sonraki imkânsızlık”ta kusur değerlendirmesi yapmaktan kaçınmakta ya da idareye kusur atfedilemeyeceğini ileri sürmekte, sözleşmenin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerini dikkate almaktadır. Ancak bu yaklaşım somut olaylardaki gerçek zararı karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Sözleşme öncesi döneme ait (ayrılabilir) idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin ardından olması gereken, eğer sözleşme iptal edilen bu işlemin iptali nedeniyle dayanaksız kalacak bağlantıyı taşıyorsa sözleşmesel sorumluluk hükümleri doğrultusunda sözleşmenin sona erdirilerek tasfiye yoluna gidilmesi olacaktır. Söz konusu gerçek zarar, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenmesinden kaynaklanan masrafları içeren zarar (menfi zarar) olabileceği gibi, bazı zaman somut olayın şartları gerektirdiğinde sözleşmeden elde etmeyi umduğu karı (müspet zararı) kapsayacak şekilde olmalıdır.

(3). Tahkim Kararları

Sözleşme öncesi dönemde tesis edilen idari işlemin iptal edilmesinin sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusu tahkim kararlarına da yansımıştır. Bu süreçte tahkimde görülen birtakım uyuşmazlıkların sonuçları sözleşme öncesi dönemin değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, 1999 yılında Anayasa’nın çeşitli maddelerinde yapılan değişiklik ve devamındaki yasal düzenlemelerle yabancı sermayeli şirketleri ülkemizde yatırım yapabilmelerini kolaylaştırmak amacıyla Türk Hukuku’nda tahkim usulünün etkinlik kazanması yolunda düzenlemeler yapılmıştır. Bu doğrultuda yapılan yasal değişiklikler ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin özel hukuka tabi olmasının ve uyuşmazlıkların tahkim yoluna gidebilmesinin yasal dayanağı oluşturulmuş; böylece imtiyaz sözleşmelerinin bir kısmı özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmüştür.⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ 21 Ocak 2000 tarihli 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun”un (RG: 22.01.2000 tarih ve 23941 sayı) ile getirdiği en önemli yenilik; Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler bir ay içinde yapılacak başvuru ile özel hukuk sözleşmelerine dönüştürülmesinin yolu açılmıştır. Böylece, 4501 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ve mevcut imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmesi hakkından yararlanan şirketler ile Bakanlar Kurulu’nun Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı’na vermiş olduğu yetki ile özel hukuka tabi sözleşmeler imzalanmıştır.

Bu geçiş dönemini daha yakından inceleyecek olursak; 1990’lı yılların sonlarında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile özel hukuk tüzel kişileri arasında imzalanan üretim ve dağıtım işletme hakkı devri modeli kapsamındaki sözleşmelerin büyük bir kısmı iptal edilmiş ve uyuşmazlıklar tahkimde neticelenmiştir.⁶⁵⁵ Bakanlar Kurulu’nun idareye imtiyaz sözleşmesi imzalaması ve sonrasında (4501 sayılı Kanun uyarınca) zel hukuk sözleşmesi imzalamasına olanak sağlayan kararlarının (nce görevlendirme/sonra yetkilendirme kararlarının bazen ikisinin bazen birinin) iptali istemiyle Danıştay’da açılan davalar neticesinde Bakanlar Kurulu kararları iptal edilmiş; *görevlendirme ve/veya yetkilendirme kararları iptal edilen sözleşmeleri dayanaktan yoksun kaldığı ileri sürülerek* idare tarafından fesih edilmesi veya fesih edilmeyerek sözleşmeyi sürüncemede bırakarak uygulamaması üzerine çıkan uyuşmazlıklar, sözleşmeye taraf şirketler tarafından sözleşmelerde yer alan tahkim kaydı uyarınca Milletlerarası Ticaret Odası Hakem (International Chamber of Commerce-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları zm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law- UNCITRAL) gibi tahkim merkezleri huzurunda grlmştir.⁶⁵⁶

ICC tahkim heyetinin konuya ilişkin verdiği ilk kararlarda, sözleşme öncesi işlemin sözleşmeyi geçersiz hale getireceği yönünde olmuştur. Nitekim, ICC nezdinde **İsedaş İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.ř** tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’na karşı açılmış olan davada ICC Tahkim Heyeti’nin

⁶⁵⁵ O dönemde, sözleşmeleri imzalanmış 6 adet üretim ve 11 adet dağıtım işletme hakkı devri projesinden, 4 üretim işletme hakkı projesinin Bakanlar Kurulu kararları Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Ayrıca sözleşme aşamasına gelmemiş 4 adet üretim, 11 adet dağıtım işletme hakkı devri projesi ile; ihalesi yapılmış olduğu halde Danıştay tarafından görevlendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararları iptal edilmiş 5 adet dağıtım işletme hakkı devri projesi daha bulunmaktaydı. **TC. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Raporu**, “Elektrik Enerjisi retimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu”, S: 2003/6, Tarih: 21/7/2003. (Aktaran: Mehtap Yıldırım ztrk, ağdaş Evrim Ergün, “Enerji Alanındaki Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kararlarının Hukuki Bir Değerlendirmesi”, **Çakmak Avukatlık Hukuk Bürosu** web sayfası, (Çevrimiçi, Aralık 2017) http://www.cakmak.av.tr/articles/Dispute_Resolution/Enerji%20Alanindaki%20MTO%20Tahkim%20Kararlarinin%20Hukuki.pdf)

⁶⁵⁶ Karar künyeleri için Bkz: Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik şartları**, s. 100-101.

23.12.2003 tarihli kararında⁶⁵⁷, idari yargıda verilmiş iptal kararının özel hukuk sözleşmesinin de geçersizliğine yol açacağı kabul edilmiştir. Bu kararda hakem heyetinin dayanağı, idarenin özel hukuk sözleşmesi imzalama (yetkilendirme) kararının Danıştay tarafından iptal edilmiş olmasıdır. Kararda, davacının müspet zarar talebi reddedilirken menfi zarar talebinin karşılanmasına karar verilmiştir. Hakem heyeti kararında, özel hukuk sözleşmesi imzalama kararı değil de sadece (imtiyaz sözleşmesi öncesinde Bakanlar Kurulu'nun Bakanlığı görevlendirdiği) görevlendirme kararı iptal edilmiş olsaydı, o durumda da projeye ilişkin sözleşme geçersiz hale gelir miydi sorusuna cevap veremediğini açıkça belirtmiştir.⁶⁵⁸

Bu yönde bir başka uyuşmazlıkta, **Kanel Kangal Elektrik Limited Şti.**,⁶⁵⁹ hem imtiyaz sözleşmesinin hem de sonradan özel hukuk sözleşmesine dönüştürülen sözleşmenin imzalanması konusunda Bakanlığa yetki veren iki Bakanlar Kurulu Kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi ve Bakanlığın sözleşmeyi feshetmeyip buna karşın sözleşmeyi uygulamayarak karşı tarafın ifasını da olanaksız hale getirmesi üzerine, karşı taraf mahkûm kaldığı kârın ödenmesini talep ederek, ICC Tahkimine başvurmuştur. Hakem heyeti, davacı şirketin yaptığı masrafları (menfi zararını) talep etmeye hakkı olduğunu belirtmiş ve davacı şayet menfi zararının tazmini talebinde bulunmuş olsaydı bunların ödeneceğine hükmetmiş; ancak davacı sadece kâr mahrumiyetini talep ettiği için davayı reddedilmiştir.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ İsedaş-İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.- Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı (23.12.2003 ICC Arbitration No. 12180/DB/EC).

⁶⁵⁸ Bu uyuşmazlıkta Bakanlar Kurulu'nun hem idarenin imtiyaz sözleşmesini imzalamasına ilişkin görevlendirme kararının hem de özel hukuk sözleşmesi imzalama kararının iptaline yönelik dava açılmış olup; öncelikle açılan görevlendirme kararının iptalinden sonra, Danıştay görevlendirme kararının iptalini gerekçe göstererek, artık özel hukuk sözleşmesi imzalama kararının hukuki dayanağının kalmadığını belirterek söz konusu kararı iptal etmiştir. Bakanlık, projeye ilişkin uygulama sözleşmesini iptal etmeyerek, sözleşmeye devam edilmesinin imkânsız hale geldiğini bildirmiştir. Mehtap Yıldırım Öztürk, Çağdaş Evrim Ergün, **a.g.m.**, s. 3.

⁶⁵⁹ Kanel Kangal Elektrik Limited Şirketi- Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı (16.3.2004 ICC Arbitration No. 12463/MS)

⁶⁶⁰ Hakem heyeti, sözleşmenin imzalanmasına dayanak teşkil eden bakanlar kurulu kararlarının iptal edilmiş olmasına rağmen, özel hukuk perspektifinden bakıldığında Devletin yargı faaliyetlerinden dolayı da sorumlu olduğunu; bir özel hukuk sözleşmesinin idare hukuku kuraları ile geçersiz hale getirilmesinin mümkün olmadığını, sözleşmenin geçerliliğini koruyacağını belirtmiştir. Söz konusu iptal kararlarına rağmen sözleşmenin geçerli olduğuna ve buna rağmen sözleşmenin uygulanmasına devam edilmiyor olmasının sözleşmede düzenlenen risk maddesi kapsamında değerlendirerek davacının yapmış olduğu masrafları talep etme hakkı olduğu yönünde görüş beyan etmiştir. Mehtap Yıldırım Öztürk, Çağdaş Evrim Ergün, **a.g.m.**, s. 3-6.

Ancak ICC - Tahkim Heyeti'nin daha sonraki kararlarında aksi görüşü kabul ederek, *idari yargıda verilmiş iptal kararının özel hukuk sözleşmesini kendiliğinden geçersiz hale getirmeyeceğini*, sözleşmede kendisine düşen edimi bu gerekçe ile yerine getirmekten kaçınan idare aleyhine şirketin müspet zararını tazminle yükümlü olduğuna ilişkin kararlar verdiğini görüyoruz.⁶⁶¹ Nitekim, **Güney Ege Enerji İşletmeleri Elektrik Limited Şirketi**'nin Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı aleyhine açtığı davada⁶⁶² ICC-Tahkim Heyeti 2004 tarihli kararı ile⁶⁶³, idari yargıda verilmiş iptal kararının özel hukuk sözleşmesini kendiliğinden geçersiz hale getirmeyeceğini kabul ederek, şirket lehine tazminata hükmetmiştir.⁶⁶⁴ Söz konusu davaya kitabında detaylı şekilde yer veren ÖZAY'a göre⁶⁶⁵ iptal kararından sonra, hem Bakanlar Kurulu Kararı, hem de imtiyaz ve özel hukuk sözleşmeleri yok hükmündedir; Yazar bu iptalin sözleşmenin geçerliliğine sirayet etmesinin kaçınılmaz olduğu ve bunun aksinin ileri sürülmesinin tek konusu görevlendirme olan Bakanlar Kurulu kararlarının neden iptal edildiği sorusunu cevapsız bırakacağını ileri sürmektedir. Yazar'ın yaptığı değerlendirmelerde, görevlendirme yoksa şirketin yasaklı olacağını, Danıştay'ın iptal kararının da geriye etkili olacağından bahisle gerek imtiyaz ve gerekse uygulama sözleşmesinin de geçersiz hale geldiğini belirtmektedir.⁶⁶⁶

Sözleşme öncesi idari işlemin iptal edilmesinin sözleşmeyi etkilemeyeceği yönünde bir başka ICC Tahkim heyeti kararında, **SBD Sakarya Bolu Elektrik**

⁶⁶¹ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 100.

⁶⁶² Güney Ege Enerji İşletmeleri Ltd. Şti.'nin ilgili Bakanlık ile 04.05.1998 tarih ve 98/11074 sayılı Bakanlar Kurulu uyarınca "Yatağan Termik Santrali'nin Rehabilitasyonu ve İşletilmesi İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi" ve "Yeniköy ve Kemerköy Termik Santrallerinin Rehabilitasyonu ve İşletilmesi İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi" imzalanmıştır. İdarenin sözleşmeleri imzalanmasına yetki veren Bakanlar Kurulu Kararı aleyhine iptal davası açılmış; bu dava sürerken 4501 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesi uyarınca mevcut imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesine çevrilmesi doğrultusunda, özel hukuk sözleşmelerin imzalanmasına yetki veren Bakanlar Kurulu Kararı aleyhine de iptal davası açılmıştır. Açılan iptal davası neticesinde söz konusu Bakanlar Kurulu Kararları'nın iptallerine karar verilmiştir. Sözleşmelerin akıbeti hakkında ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi için Bakanlık Danıştay'ın istişari görüşü istenmiş, Danıştay 1. Dairesi'nin 27.2.2003 tarih ve 2003/14 E., 2003/25 K. sayılı kararı ile Bakanlar Kurulu kararlarının iptal edilmesinin, Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağı kalmadığından sözleşmelerin idarece uygulanma olanağı bulunmadığı şeklinde görüşünü belirtmiştir. İdare sözleşmeleri feshetmiştir. İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 525-546.

⁶⁶³ Güney Ege Enerji İşletmeleri Elektrik Limited Şirketi- Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı (21.10.2004 ICC Arbitration No. 12815/MS)

⁶⁶⁴ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 98-99.

⁶⁶⁵ Davanın detayları için Bkz: İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 525-546.

⁶⁶⁶ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 541-542.

Dağıtım A.Ş.'nin imtiyaz sözleşmesindeki görevlendirme kararının iptal edilmesi sonrası idarenin sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonrası açılan davada⁶⁶⁷; imtiyaz sözleşmesinin dayanağı olan ve Danıştay tarafından iptal edilen Bakanlar Kurulu Kararının sonradan (4501 sayılı Kanun uyarınca) imzalanan özel hukuk sözleşmesinin başlangıçtaki sözleşmenin devamı niteliğinde olmadığını, bunun yeni ve ayrı bir sözleşme olduğu, bu nedenle sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, davacının kâr mahrumiyeti de dahil olmak üzere tazminat talebini kabul etmiştir.⁶⁶⁸

Tahkim heyetinin sözleşme öncesi dönemde sözleşmenin hazırlık aşamasındaki bir idari işlemin iptalinin sözleşmenin ihlali anlamına geleceği ve sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturacağı ancak bu feshin sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına ve icra edileceğine güvenen tarafın haklı güvenin de korunması gerektiğini vurguladığı kararları da mevcuttur. Örneğin; sözleşme öncesindeki idari işlemin iptal edilmesi sonucu, idarenin davacı ile arasındaki sözleşmenin hükümlerini yerine getirmeyerek sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirerek sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesi ile ICC Tahkim heyeti davacı şirketlerin kâr mahrumiyetleri dahil zararlarının tazmin edilmesine karar verilmiştir.⁶⁶⁹

Konya- Ilgın davası sözleşme öncesi işlemin iptal edilmesini konu almamakla beraber; sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşen mevzuat değişikliği, sürecin şeffaflığı, idarenin sorumluluğu ve tazminatın gerçek zararı kapsayacak şekilde hesaplanması konularında ICSID Tahkim heyetinin görüşlerini ortaya koyması bakımından önemlidir. Nitekim Konya'da kurulacak bir termik santrale ilişkin usulüne uygun şekilde imzalanan sözleşmenin henüz icrasına geçilmeden mevzuat değişikliği gerekçe gösterilerek idare tarafından devlet teşvikinin verilmemesinde çıkan uyuşmazlıkta,⁶⁷⁰ davacı **PSEG Global Inc. - Konya Ilgın Elektrik Üretim ve**

⁶⁶⁷ SBD-Sakarya Bolu Elektrik Dağıtım A.Ş.- Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı (20.3.2005 ICC Arbitration No. 12575/MS).

⁶⁶⁸ Mehtap Yıldırım Öztürk, Çağdaş Evrim Ergün, **a.g.m.**, s. 4-5.

⁶⁶⁹ Süsel- Süzer Soma Elektrik Üretim Limited Şti.- Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı (17.03.2005 ICC Arbitration No. 12236/MS) ve Kızılırmak Elektrik Dağıtım ve Ticaret Anonim Şirketi- Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığı (18.7.2006 ICC Arbitration No. 13589/MS).

⁶⁷⁰ ICSID Case No. ARB/02/5; PSEG Global Inc. ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, Award, 19.01.2007, (Çevrimiçi, Aralık 2017), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf>

Ticaret Limited Şti.'nin açtığı davada ICSID tahkim heyeti, projenin ekonomik olarak sürdürülmesinin zor olmasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağını belirterek davacı şirket lehine sözleşme öncesi yapılan masrafların tazminine karar vermiştir.⁶⁷¹ Bu karar, henüz sözleşmenin icrası bilfiil başlamamış olmasına rağmen bir yatırım için yapılan sözleşmeye hazırlık harcamalarının tazmin edilmesine karar verilmesi bakımından önem arz etmektedir.⁶⁷² Hakem heyeti kararında, ev sahibi devletin mevzuat değişikliklerinin “adil ve hakkaniyetli muamele standardına aykırılık” teşkil edebileceği yönünde değerlendirmiştir.⁶⁷³

Tüm bu yatırım projelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların ortak noktası, sözleşme öncesi dönemde sözleşmeye dayanak teşkil eden idari işlemin iptal edilmesi üzerine, idare tarafından sözleşmenin fesih edilmesi veya (fesih edilmese dahi) sözleşmenin icrasının durdurulması; sözleşmenin diğer tarafı açısından sözleşmeden elde etmeyi umduğu menfaati (kârı) elde edememesi sonucunu doğurmuş ve tahkim yargılaması neticesinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine sonuçlanan ve ödenmek zorunda kalınan yüklü tutardaki tazminatlar ile

⁶⁷¹ Konya-İlgın davası olarak bilinen ve 19.01.2007 tarihinde sonuçlanan ICSID tahkiminde; Türkiye, Amerikalı yatırımcı PSEG Global'e 9.061.479.34 ABD dolarını faiziyle beraber ödemeye mahkûm edilmiştir. Ayrıca Türkiye bu davada PSEG'e 4.602.73,70 dolar yargılama gideri ve hakem ücreti ödemekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca, Türkiye avukatlık ücreti ve yargılama gideri olarak 8.950.832.10 ABD doları ödemiştir. Türkiye bu davada 20 milyon dolardan fazla ödeme yapmak zorunda kalmıştır. **ICSID Tahkimi ve Türkiye**, Hukuki Haber Web Sitesi, (Çevrimiçi, Aralık 2017), <http://www.hukukihaber.net/makale/icsid-tahkimi-ve-turkiye-h44046.html>

⁶⁷² Hakem heyeti, esasa ilişkin yargılamada şu hususları vurgulamıştır: (i) projenin ticari koşullarının henüz sonuçlandırılmadığı, (ii) YİD projelerine dair mevzuatta ardı ardına yapılan değişikliklerin uyuşmazlığa neden olduğu, (iii) tarafların şeffaflıktan yoksun ve ihmalkâr davrandığı, (iv) davalı idarenin sorumluluğunu gerektirecek ölçüde eşit ve dürüst muamele ilkesini ihlal ettiği tespitleri ile davacının tazminat talebini kısmen kabul etmiştir. (Aktaran: Ercüment Erdem, “Enerji Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü”, s. Sayfa numarası belirtilmemiştir, **15. Uluslararası Enerji ve Çevre Fuarı ve Konferansı**, 14.05.2009, (Çevrimiçi, Aralık 20017), <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/enerji-projelerine-iliskin-uyusmazliklarin-tahkim-yoluyla-cozumu/>

⁶⁷³ Yazar, Türkiye'nin muhatap olduğu ICSID davalarını incelediği makalesinde Konya-İlgın davasına ilişkin ayrıca şu incelemelerde bulunmuştur: “... her ne kadar ev sahibi devlet yatırım politikalarını zaman içinde değiştirme hakkına sahip olsa da, bu değişikliklerin, PSEG Konya Ilgın davasında yapılan benzetmeyle ifade edilecek olduğunda, âdetâ lunapark trenleri gibi inişli çıkışlı olmaması gerekir. Aksi halde ev sahibi devlet, tutarlılık ve güvene aykırı hareket etmiş olacaktır.” İnci Ataman Figanmeşe; “Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, 22.04.2015, **Türkiye'nin Hukuk Etkinlikleri Sitesi**, (Çevrimiçi, Aralık 2017), <http://www.turkiyehukuk.org/son-on-yil-icinde-turkiyenin-muhatap-oldugu-icsid-davaları/>

karşılaşılmasıdır.⁶⁷⁴ Karşılıklı yatırım anlaşmalarındaki bu uyuşmazlıkların uluslararası platformda tahkim yoluyla çözümünde özellikle ahde vefa ve eşit işlem ilkelerinin ihlal edilmemesi, hakkaniyete aykırı davranılmaması, başlatılan yatırımları etkileyecek nitelikte mevzuat değişikliğinden kaçınılması ilkelerine atıfta bulunulduğu görülmektedir.⁶⁷⁵

Tahkim kararlarından çıkan *önemli bir başka sonuç* ise, sözleşmenin varlığı halinde yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin zorunluluğun arka plana atılabileceğidir. Nitekim, hakem heyeti (Kanel-Kangal) kararında, özel hukuk sözleşmesi imzalama kararı iptal edilmiş olmasına rağmen projeye ilişkin uygulama sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını, buna gerekçe olarak da *devletin yargı faaliyetlerinden doğan sorumluluğunu* göstermektedir. Hakem heyeti, Türk mevzuatından kaynaklanan yargı kararlarının uygulanması gerektiği kuralını bildiğine işaret ederek, özel hukuk sözleşmeleri bakımından konu değerlendirildiğinde bir özel hukuk tüzel kişinin idare hukuku kuralları ile haklarından mahrum edilmesinin mümkün olmayacağına karar vermiştir. Ayrıca, hakem heyeti bu kararı ile yargı kararlarını yok saymadığını, sadece Danıştay'ın iptal kararlarının bir özel hukuk sözleşmesini sona erdiremeyeceğini belirterek, sözleşme öncesi idari işlemin iptalinin özel hukuk sözleşmeleri üzerindeki etkisini açıklamıştır.⁶⁷⁶ Söz konusu kararda ortaya konan argümanlar elbette Türk İdare Hukuku açısından tartışılır niteliktedir. Bu kararda *tahkim heyetinin gerekçesini* değerlendirecek olursak; öncelikle özel hukuk sözleşmesinin imzalanmasına yetki veren işlemin Danıştay tarafından iptaline rağmen, sözleşmenin dayanağını oluşturan işlemin hakem heyetinin sözleşmenin devam edeceğine ilişkin görüşünde özel hukuk sözleşmesinin üstün tutularak sözleşmenin geçerli olacağına karar vermesi, yargı

⁶⁷⁴ Ödenen tazminatlara ilişkin, verilen soru önergesi üzerine dönemin Adalet Bakanı tarafından verilen 14 Ocak 2008 tarihli yanıt uyarınca, Türkiye'nin enerji alanındaki tahkim davaları nedeniyle faiz hariç olmak üzere 193 milyon dolar kaybettiğini gösterdi. Türkiye'nin kaybettiği tahkim davaları ve ödenen tazminat tutarları için Bkz: Banu Salman, "Tahkimde Yeni Senaryolar", **TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Yayını**, (Çevrimiçi, Aralık 2017), http://www.emo.org.tr/ekler/f1ee9cf8ecb6f8f_ek.pdf?dergi=4

⁶⁷⁵ Ercüment Erdem, "Enerji Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü", s. Sayfa numarası belirtilmemiştir, Burak Gemalmaz, "Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi", (Yayınlanma) 17.02.2014 (Güncelleme 07.08.2017), Yazara ait web sitesinden alınmıştır, (Çevrimiçi, Aralık 2017), <https://burakgemalmaz.com/tag/pseg-global-inc-and-konya-ilgin-elektrik-uretim-ve-ticaret-limited-sirketi-v-republic-of-turkey/>

⁶⁷⁶ Mehtap Yıldırım Öztürk, Çağdaş Evrim Ergün, **a.g.m.**, s. 6.

kararının uygulanmaması olarak değerlendirilebilir. Nitekim, doktrin görüşlerini incelediğimiz yukarıdaki bölümde de ortaya koyduğumuz görüşler çerçevesinde, sözleşme öncesi işlemin iptaline ilişkin bir yargı kararının sözleşme üzerinde herhangi bir sonucu olmayacaksa o yargı kararının da bir anlamı kalmayacağına vurgu yapan görüşe göre, yargı kararının yerine getirilmemesinde menfaatin gerçekleştirilmemesi nedeniyle yargısal faaliyetin boşa çıkacağı anlamına gelmektedir.⁶⁷⁷

İkinci olarak konu hakem kararında dayanan “*yargı kararlarından doğan sorumluluk*” esası bakımından da değerlendirilmelidir. *Yargı kararlarından doğan sorumluluk*, yargı organının yargısal faaliyeti neticesinde vermiş olduğu ve sonradan isabetli olmadığı anlaşılan karar nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk olarak tanımlanabilir. Bu sorumluluk hatalı yargısal faaliyet nedeniyle kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesini sağlar.⁶⁷⁸ Sözleşmenin dayanağı olan ve iptal edilen işlemin iptali kararında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmuyorsa, ki idare mahkemesinin iptal kararının sonradan bozulması somut olayda söz konusu olmadığına göre yargılama faaliyetinde bir hukuka aykırılık yoktur, o halde hakem heyetinin sözleşmenin geçerliliğini gerekçe olarak devletin yargı faaliyetlerinden doğan sorumluluğunu göstermesi kanaatimizce uygun değildir. Burada hakem heyetinin *yargı kararlarından doğan sorumluluğa* atıf yaparak ortaya koymak istediği temel fikrin, hukuka aykırılığı nedeniyle hukuk dünyasından iptal edilen bir işlemin ortaya çıkaracağı sonucun sözleşme gibi subjektif sonuçları olan bir işlemin taraflarına olumsuz etkisini önlemeye ve bu zararı dengelemeye yönelik olduğunu düşünüyoruz.

Sonuç olarak, sözleşme öncesi dönemdeki işlemin iptalinin sözleşmeye etkisi konusunda (en azından gerekçelerde) tahkim kararlarının yeknesak olmadığı görülmektedir. İncelenen kararlar kapsamında önceki işlemin iptali nedeniyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesi tahkim heyeti tarafından kabul edildiği hallerde dahi, sözleşmenin geçersizliğine herhangi bir etkisi bulunmayan sözleşmecinin zararının ödetilmesine karar verilmiştir. Öte yandan bazı kararlarda hakem heyetinin

⁶⁷⁷ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 529-541.

⁶⁷⁸ Turan Yıldırım, *İdari Yargı*, Ankara, Beta Yayıncılık, Aralık 2008, s. 250.

görüşü, sözleşmenin önceki işlemten etkilenmeyeceği yönünde olmuştur. Tüm bu değerlendirmelere ilave olarak, Tezimizin konusu bakımından dikkat çekici bir husus da, hakem heyetinin açıkça sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluk) kavramından bahsetmemesine rağmen korunan menfaatin güven ilkesine dayandırıldığını söyleyebiliriz. Nitekim, bazı kararlarda güven ilkesine açıkça atıf yapıldığı gibi, menfi zararın tazmini hatta bazı kararlarında müspet zarara hükmetmesi bunun göstergesidir.

3. Sözleşmeden Önce Tesis Edilen Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi Hakkındaki Görüşümüz

Sözleşmeden önceki ayrılabilir işlemin sözleşmeden ayrı şekilde idari yargıya konu olması ve davanın sonuçlarının sözleşme üzerine etkisi mukayeseli hukuk, Türk Doktrini ve Yargısı çerçevesinde yukarıdaki bölümde incelendi ve yeri geldikçe kendi görüşümüze yer verildi. Bu kısımda ise tüm bu görüşlerden çıkan sonuçların kendi görüşümüz çerçevesinde değerlendirmesi yapılarak, ayrılabilir işlemin iptalinin kurulmuş sözleşme üzerindeki etkisi konusunu değerlendirmek istiyoruz.

Öncelikle sözleşme öncesi işlemin mahkeme tarafından iptalinin sözleşmeyi etkilemesi konusuna girmeden önce irdelenmesi gereken ilk husus, *sözleşmenin feshi sonucuna varabilecek bu etkinin sözleşmenin tarafı olmayan 3. kişi tarafından da yaratılabiliyor* olmasıdır. Nitekim sözleşme öncesi idari işlemin, sözleşmenin imzalanması işlemi ya da doğrudan sözleşmenin iptali 3. kişi tarafından idare mahkemesinden talep edilebilmektedir. Sözleşme iki farklı iradenin karşılıklı anlaşmasına dayanılarak oluşan ve sona ermesi de kural olarak taraf iradelerine dayalı olarak mümkün olan bir hukuki işlem olmasına rağmen, idare hukuku kuralları uyarınca sözleşme öncesinde ayrılabilir idari işlemin iptali menfaat ihlalini haiz 3. kişiler tarafından talep edilebilmektedir. Bu durum, hukuk devleti ilkesi bağlamında idari işlemlerin hukuki denetiminin yapılmasının idare hukukundaki öneminden kaynaklanmaktadır. İdare hukukunda bir idari işlemin hukukilik denetiminin yapılabiliyor olması idarenin hukuka aykırı işlemlerini önlemek bakımından gerekli; bireyin haklarını korumaya yönelik önemli bir güvencedir. Ancak kanaatimizce burada, 3. kişinin talebi ile açılan iptal davası sonucu verilecek

iptal kararı, sözleşmenin taraflarının karşılıklı iradesi olmadan sözleşmenin geçersiz hale gelmesi sonucuna varabilecektir. Sözleşme, özel hukuk bağlamında tarafların anayasası kabul edilirken, tarafların iradeleri dışında sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik girişimlerin sözleşmenin varlık nedenine bütünüyle aykırı olacağı ortadadır.

Öte yandan, iptal davasının amacı hukuka aykırı işlemlerin hukuk dünyasından silinerek gerek davayı açan davacının menfaatinin gerekse daha geniş kapsamda kamusal yararı ve hukuki güvenliği sağlamayı amaçlar. İdare hukukunun dayandığı temel prensipler dikkate alınarak sözleşmenin özel hukuktan farklı ele alınması doğaldır. Ancak her ne kadar kamusal yararın ağır bastığından bahsetsek de sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle sözleşmecinin uğradığı gerçek zararın doğru şekilde hesaplanması ve tazmini şeklinde menfaatlerin dengelenmesi yoluna gidilmesi sağlanmalıdır. Bu kısmın gözden uzak tutulması halinde idarenin varlık nedeninden sapılacağı çok açıktır.

Sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan ve hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı tarafından tespit edilerek iptal edilen işlemin sözleşmeye etkisi konusuna gelirsek; öncelikle Türk Doktrini'nde hakim olarak kabul edilen görüş, ayrılabilir işlemin sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz kılmayacağı, sözleşme ile iptal edilen işlemin arasındaki bağın her somut olay bakımından incelenmesi gerektiği, sözleşmenin kuruluşundaki iradeye saygılı olunması ve sözleşme öncesi yapılan ve iptal edilen işlemin ancak sözleşmenin kurucu unsurlarında bir sakatlık yaratması (örneğin butlanına neden olacak mahiyette olması) halinde geçersiz olacağı şeklindedir. Diğer yandan, konu karşıt görüşteki yazarlarca değerlendirilirken, sözleşme öncesi idari işlemin mahkeme tarafından iptali halinde idarenin sözleşmeyi feshetmesi gerektiği, işlemler arasında sebep - sonuç ilişkisinin bunu gerektirdiğini, ayrıca iptal edilen işlemin ve sözleşmenin tüm sonuçları ile ortadan kaldırılmasının mahkeme kararının uygulanması ilkesinin bir sonucu olacağı, sözleşme geçersiz olmayacaksa mahkeme kararının anlamsız kalacağı ve hukuka aykırı işleme dayanarak imzalanan sözleşmelerin hukukun üstünlüğü ilkesine uymayacağı ileri sürülmektedirler.

Fikrimize göre, kurulmuş sözleşmeden sonra ortaya çıkan idare mahkemesinin iptal kararından etkilenmesi muhtemeldir. Ancak bu etkinin mutlak

olması gerekmez; yani iptal kararı var diye otomatik olarak sözleşmeyi de kendiliğinden geçersiz hale getireceği düşünülemez. Bir başka ifade ile iptal kararını içeren mahkeme kararında sözleşmenin geçersiz kılındığına ilişkin bir hüküm kurulmadığı sürece, iptal kararına bağlı olarak sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale geleceği fikrine katılmak mümkün değildir. İdari işlemin iptali kararı neticesinde, sözleşmenin geçersiz hale getirilmesi ancak idarenin (veya daha az ihtimal olmasına karşın yine de olasılık dahilinde karşı tarafça) sözleşmenin feshedildiğinin karşı tarafa bildirilmesi ya da karşılıklı anlaşarak sözleşmenin sona erdirilmesi ile mümkün olabilir. Bu konudaki en büyük zorluk, yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu ilkesi uyarınca iptal kararının geriye yürüyerek işlemin yapılmadan önceki şartlara dönülmesi sağlanırken sözleşmenin ayakta kalıp kalamayacağı konusudur. Kanaatimizce, iptal edilen işlemin sözleşmeyi geçersiz kılması için, *iptal edilen işlemin sözleşme üzerindeki etkisinin kuvvetli olması* gerekir; örneğin iptal edilen işlemin ortadan kalkmasının sözleşmenin asli ediminin ifasını engelleyecek nitelikte olması gibi. Bir başka kriter, *iptal edilen işlemle sözleşmenin sıkı sıkıya bağlı olması*, yani iptal edilen işlem olmadan sözleşmenin var olamaması ya da sözleşmenin ayakta kalabilmesi için iptal edilen işlemin telafi edilememesi gerekir. Örneğin, idarenin yetkilendirme işlemi, özelleştirme kararı ya da tahsis işlemi ve benzeri sözleşmenin hukuki dayanağını oluşturan işlemlerin iptali sözleşmenin geçersizliğine neden olabilirken, basit hesap hataları ve sonradan düzeltilebilir nitelikteki işlemlerin iptali sözleşmenin geçerliliğini etkilememelidir. Elbette bu durumları önceden belirlemek zordur. Mevcut uygulamada iptal işleminin sözleşme üzerindeki etkisi, iptal edilen işlem ile sözleşme arasındaki bağa ve somut olaya göre değişecektir. Bu nedenle sözleşmenin iptal işleminden hangi şartlarda etkileneceği konusundaki kriterlerin, mümkün olduğunca belirlenebilir olması gerekmektedir. Bu konuda doktrinde geliştirilecek fikirler, mukayeseli hukuktaki farklı uygulamalar ve özellikle yargı kararlarının tutarlılığı önem kazanmaktadır. Yargı kararlarının konuyu sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak üzere “idari işlemin iptali” çerçevesinde değerlendirmesi maalesef sözleşmenin akıbeti konusuna katkı sağlamadığı gibi uygulamadaki güçlükleri de arttırmaktadır.

Öte yandan konu bir başka açıdan değerlendirildiğinde sözleşmeyi devam ettirme amacı mahkeme kararlarını uygulamama anlamına gelmemelidir. İdare

hukuku pratiğimizde özellikle bir dönem sıkça rastladığımız yargı kararının yerine getirilmesinde fiili imkânsızlıktan söz edilemeyeceğini düşünüyoruz. Hukukun öngördüğü bir usulle işlemin geri alınabilme yolu varsa, hukuki ve fiili imkânsızlığın da olmayacağı kanaatindeyiz. Hukuki ve fiili imkânsızlığın iptal kararlarının uygulanmasını engelleyeceği durumlar da elbette söz konusu olabilir, bunların örneğini yukarıda ilgili bölümlerde inceledik, örneğin görevden alınan bir memurun iptal kararı verildiği anda emeklilik yaşını doldurmuş olmasının fiili ikansızlık oluşturması gibi.⁶⁷⁹ Sözleşme öncesi idari işlemin yürütmesinin durdurulması ya da iptal kararı verilmesi özellikle (özelleştirme gibi) birbirini zincirin halkaları gibi takip eden bazı işlemlerde son derece karmaşık ve sıkıntılı süreçlere neden olacağı muhakkaktır. Ancak iptal kararının uygulanması hakkında hukuki ve fiili imkânsızlığın kötüye kullanılmasına neden olacak anlayışlara engel olunması gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde her iki yöndeki görüşün de üzerinde mutabık kaldığı husus ise, geçersiz olan sözleşme nedeniyle sözleşme tarafının uğradığı zararının karşılanması gerektiğidir. Gerçekten de, konu bir yandan idarenin mahkeme kararlarının uygulaması ile ilgili iken, diğer yandan iptal kararının sözleşmenin feshine neden olması sonucu bu fesihle kusuru olmayan tarafın uğradığı zararın tazmini konusu yer almaktadır.

İdare hukukunda mahkeme kararının özellikle özel hukuk sözleşmesine etkisinde yaşanan karmaşanın bir sebebi de özel hukukta hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasında kullanılan yokluk, butlan, iptal edilebilirlik, eksiklik gibi kademeli hükümsüzlük yaptırımları idare hukukunda “hukuka aykırı işlemin iptali” ile tekdüze bir yaptırıma dönüşmektedir. Bir başka ifade ile özel hukukta hukuka aykırı işlemin mutlak suretle hukuk dünyasından kaldırılması şart olmamasına ve taraf iradelerine üstülük tanınmasına karşın, idare hukukunun kamusal yapısı gereği, mahkeme kararı eliyle verilen iptal kararı geri yürüyerek işlemin yapıldığı ana geri dönülmesi hedeflenmektedir. Fikrimize göre, bu durumun sözleşme üzerindeki olumsuz sonuçlarının bertaraf edilebilmesi için idare hukukunda sözleşme öncesi dönem ve sözleşmeler için “sözleşme davası” gibi özel bir alan açılması önem arz etmektedir. Nitekim sözleşme davası sayesinde iptal edilen sözleşme öncesi idari işlemin

⁶⁷⁹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 674.

sözleşmeye etkisi sözleşme hakimi tarafından değerlendirilecek, tarafların üzerinde anlaşılmadığı sözleşmenin feshi, kusurun tespiti ve tazminat hususuları sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde ele alınıp karara bağlanabilecektir.⁶⁸⁰ İkinci olarak, sözleşme imzalanana kadarki sürecin son derece seri, özenli ve hatasız geçirilmesi de sürece katkı sağlayabilir, yine 3. kişilerin yapacağı idareye şikayet ve itirazın şikayet aşamalarının sonuçlarının kesin olup bu kararların yargı yoluna kapatılması düşünülebilir.⁶⁸¹ Elbette hak arama özgürlüğünün kısıtlanması eleştirilere yol açabilir, bu nedenle çok istenen bir yol olmayacaktır. Son olarak, sözleşme öncesi idari işlemin iptali ve bu sonuç bağlamında sözleşmenin geçersizliği kaçınılmaz ise kusuru olmayan sözleşmecinin bu fesih nedeniyle uğradığı zararın karşılanması gerekir. Söz konusu tedbirlerin her biri Tezimizin ilgili bölümlerinde detaylı olarak incelenmiştir.⁶⁸²

Sözleşme öncesi dönemde yapılan bir işlemin iptal edilmesinin sözleşme üzerindeki etkisi hakkında yargı kollarının görüşüne gelecek olursak; bu konuda farklı yargı kollarının farklı yönde görüşleri mevcuttur; hatta aynı yargı kolu içerisinde farklı görüşler de yer almaktadır. İlk olarak *Danıştay'ın görüşüne değinecek olursak;* Danıştay, sözleşme öncesi idari işlemin iptalinin sonra yapılan işlemleri etkileyeceğini ve iptal edilen işleme dayanılarak yapılan işlemlerin de geçersizliğine yol açacağını çok eski tarihlerden bu yana verdiği kararlarında tekrarlamaktadır. Danıştay'ın sözleşme öncesi idari işlemin her durumda ardındaki sözleşmeyi geçersiz kılması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Bu konuda yukarıda da izah edildiği üzere, iptal kararı ile sözleşme arasında sıkı bir bağlantı olması gerekmekte ve bu bağlantının kriterleri üzerine hem doktrin hem de yargı tarafından detaylıca çalışılması ve mümkün olduğunca belirlenebilir hale getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca idare hukukunda sözleşmelere ilişkin davalar için “*sözleşme davası*” gibi özel bir alan açılması ya da tam yargı davalarının sözleşmenin özellikleri kapsamında daha etkin kullanılmasının sağlanması gerekmektedir.

⁶⁸⁰ Sözleşme davasına ilişkin açıklamalarımız için Bkz: Tez III. Bölüm / A / 4 / a. İdarenin Sözleşmelerinin Yargısal Denetimine “Sözleşme Davası” Olmaması

⁶⁸¹ Ayrılabilir işlemin sonuçlarına ilişkin açıklamalarımız için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b. Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi

⁶⁸² Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Ortaya Çıkabilecek Zarar ve Culpa in Contrahendo Sorumluluğu'nun Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarına Etkisi

Danıştay'ın katılmadığımız önemli bir başka görüşü ise, sözleşme öncesi dönemi sözleşmenin dışında tutarak, sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmemesidir. Öyle ki, sözleşme öncesi dönemde sözleşmeci adayının ihale şartnamesine aykırı beyanda bulunduğu sözleşmenin imzalanmasından sonra fark edildiği bir durumda, idare sözleşme içerisindeki haklarını kullanıp sözleşmeyi sona erdirmek yerine, olayın “idari döneme” ilişkin olduğu gerekçesi ile sözleşme öncesi döneme ilişkin ihalenin feshine karar vermiş; Danıştay idarenin “ihalenin feshi”ne yönelik işlemini hukuka aykırı bulmamıştır. Danıştay'ın sözleşme öncesi dönem ile sözleşmeyi bütün olarak ele almaması, sözleşme öncesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara sözleşmesel sorumluluk kurallarının uygulanmasını engellemektedir. Danıştay, sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemin iptali nedeniyle sonraki sözleşmenin dayanaktan yoksun kalacağını ve sözleşmenin geçersizliğine neden olacağını belirterek, idari işlemi sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmekte, ancak bu düşüncesi ile çelişir şekilde, sözleşmenin geçersizliğine neden olan hukuka aykırı işlemi sözleşme içerisinde değerlendirip sözleşmesel sorumluluk kapsamında kusur belirlemesi yapmamaktadır.⁶⁸³

Danıştay'ın kararları üzerinde yaptığımız incelemelerimizde rastladığımız önemli bir konu da, *idarenin uygulamada sıklıkla sözleşme öncesinde sözleşmenin dayanağı olan bir işlemi sözleşmenin icrası sırasında tek taraflı bir tasarruf ile geri alması* hususundaki görüşleridir. İdare sözleşme dışı bir işlemle sözleşmeyi etkileyecek kararlar almaktadır. Bu durum esasen sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir problem olmasına karşın, idarenin ve Danıştay'ın sözleşme öncesi döneme ve sözleşmeye bakışını anlamak bakımından önemli olup kısaca değinmek gerekir. İdarenin çoğunlukla sözleşmenin icrası sırasında, karşı taraf ile sözleşmeye ilişkin bir sorunun çözümünde kendi sözleşmesel hakları kapsamında “sözleşmeci” kimliği ile değil de sözleşme dışında üstün yetkisini kullanarak yaptığı görülmektedir. İdarenin sözleşme dışı işlem ile sözleşmeyi geçersiz hale getirdiği ve söz konusu işlemin

⁶⁸³ Sözleşmenin tasfiyesi sözleşmesel sorumluluk kapsamında ele alınmayıp, sözleşmesel sorumluluk kurallarına dayandırılmamakta bu durum da hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu konuya ilişkin detaylı incelemelerimiz için Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi ve Tez III. Bölüm / C / 2 / c / (5). Sonradan Hükümsüz Hale Gelen Sözleşmelerin Tasfiyesinde Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanmanın Sakıncaları

yargıya taşındığı hallerde, Danıştay'ın çoğunlukla idarenin bu kararlarının dolaylı da olsa sözleşmeyi sona erdirdiğini ortaya koyarak, idarenin kamu gücünü kullanarak sözleşme dışı şekilde sözleşmeyi sona erdirmesine cevaz verdiği görülmektedir. İdare bu şekilde bir yola giderek idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi ayrımı olmaksızın sözleşme hukuku kurallarını yok saymakta, ama temelde hukuki anlamda idareye güvenin zedelenmesine yol açmaktadır.

Yargıtay'ın sözleşmeden önceki idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin kurulmuş sözleşmeye etkisine ilişkin görüşüne ilişkin değerlendirmemizi üç aşamada incelemek mümkündür:

Öncelikle, Yargıtay idarenin özel hukuk sözleşmesi imzalaması ile birlikte artık sözleşme öncesi dönemi de sözleşmeye dahil saymaktadır. Buna göre, sözleşme imzalandığında artık sözleşme ile sözleşme öncesi bir bütün haline getirmekte; sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan bir uyuşmazlık artık sözleşme içerisinde ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir husus olarak değerlendirilmektedir. Bu son derece önemli bir tespit olup, bu noktada idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesinin kaderleri birbirinden ayrılmaktadır. İdari yargıya göre idari sözleşmelerde sözleşme öncesi dönem, sözleşmeden ayrı ve sözleşme ile bağlantısız idari işlemler anlamına gelmekte; özel hukuk sözleşmesinde ise sözleşmenin imzalanmasıyla sözleşme içerisinde değerlendirilmesi gereken ve adli yargının tespit ve denetimine bırakılmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, Yargıtay'ın sözleşme öncesi dönemin sözleşmeye dahil edilip edilmeyeceği konusundaki en önemli kriteri sözleşmenin imzalanıp imzalanmamasıdır. Nitekim Yargıtay uyuşmazlığa konu olan fesih sözleşmeden önce veya sonraki bir aşamada yapılmasını değerlendirilmeye gerek olmadığını, idarenin önceki aşamalarda gerçekleşen işlemleri idari nitelikte olsa bile artık ortada iki tarafın katılımıyla oluşmuş ve özel hukuk anlamında sonuçlanan bir sözleşme olduğuna göre artık idari işlem den söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu anlamda uyuşmazlığın nedeni sözleşmenin imzalanmasından önceki döneme dayansa bile, uyuşmazlığa neden olan işlemin sonuçları sözleşmenin icrası aşamasında ortaya çıktığından uyuşmazlığın artık sözleşme içinde kaldığı kabul edilmektedir. Ayrıca Yargıtay, sözleşme öncesi ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmenin geçersizliğine kendiliğinden neden olmayacağını, sözleşmenin geçersizliğini sağlamak için idarenin veya bazen taraflarca fesih beyanında

bulunması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay'ın buraya kadarki görüşlerine katılmakla beraber, bu görüşü tutarlı şekilde geliştiremediği kanaatindeyiz.

İkinci olarak, Yargıtay sözleşmeye dayanak olan sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin sözleşmeye etkisini hukuki imkânsızlık kapsamında ele almaktadır. Yargıtay'ın sözleşmenin ifasının hukuken imkânsızlaştığını, bundan dolayı idareye kusur atfedilmeyeceğini ve sözleşmenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak çözüleceği yönündeki görüşlerine katılmak mümkün değildir. Şimdi bu konuları ayrı ayrı ele alalım. Gerçekten de idare mahkemesinin iptal kararı ile sözleşmenin dayanağını teşkil eden bir işlemin iptal edilmesi, sözleşmenin ifasını engelleyip, sözleşmenin geçersizliğine neden olabilir; ancak idare mahkemesi tarafından verilen her iptal kararı sözleşmenin ifası üzerinde “hukuki imkânsızlık” oluşturmaz. Ayrıca yukarıdaki bölümde de belirttiğimiz üzere farklı aşamalarda ortaya çıkan imkânsızlığın birbirinden farklı sonuçları olmaktadır.⁶⁸⁴ Yargıtay'ın sözleşme öncesi yapılan bir işlemin idare mahkemesi tarafından iptalinin sözleşme üzerinde yapmış olduğu etkiyi kimi zaman “başlangıçtaki objektif imkânsızlık” kimi zaman ise “sonraki subjektif imkânsızlık” ya da “sonraki objektif imkânsızlık” olarak nitelendirmesi tutarsızlık arz etmektedir. Kanaatimizce, sözleşme kurulduktan sonra idare mahkemesinin sözleşme öncesi dönemdeki bir işlemi iptale yönelik kararı ancak “sonraki imkânsızlık” teşkil edebilir, çünkü imkânsızlık sözleşme kurulduktan sonra mahkemenin verdiği karar ile gerçekleşmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, sözleşmelerde baştaki imkânsızlık da var olabilir, ancak bu durumda örneğin, tahsis kararının sözleşmeden önce mahkeme kararı ile iptal edilmiş olmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş olması hali gibi (ki bu durumda başlangıçtaki subjektif imkânsızlık kapsamında ele alınıp, idarenin tedbirsizliği nedeniyle sözleşmenin kurulamamasından sorumlu olur), sözleşme kurulduğunda imkânsızlığın hâlihazırda mevcut olması gerekir.

Yargıtay'ın imkânsızlık konusunda görüşünde katılmadığımız bir başka husus ise, sonraki imkânsızlığı objektif veya subjektif imkânsızlık olarak ayırma tabi tutmasıdır. Nitekim gerek Türk Hukuku'nda gerek mukayeseli hukukta sonraki

⁶⁸⁴ İmkânsızlığın farklı aşamalarda ortaya çıkması ve sonuçları için Bkz: Tezi II. Bölüm / B / 2 / c. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı kısmında ve C. / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları

imkânsızlık bu şekilde ayrıma tabi tutulmamakta, sorumluluğun saptanabilmesi için imkânsızlığın meydana gelmesinde tarafların (borçlunun ya da alacaklının) kusuruna bakılmaktadır.⁶⁸⁵ Baştaki imkânsızlığın hukuki sonucu son derece sert olan butlan (TBK md. 27) olurken, sonraki imkânsızlık sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Nitekim borçlunun sorumluluğunu gerektiren hukuki sonucu (TBK md. 112) temerrüt hükümleri olurken, borçlu ifanın imkânsızlaşmasında kusursuz ise (TBK md. 136) sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda sorumluluktan kurtulabilmektedir. Burada bahsedilen sebepsiz zenginleşmenin sonuçları butlanın sonucundan farklı olarak, kanunun atfı gereği uygulanan ancak esasen sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilen gerçek olmayan bir sebepsiz zenginleşme halidir. Bir başka ifade ile, sonraki imkânsızlığın hukuki sonucu sözleşmesel sorumluluk kapsamında ele alınmaktadır.⁶⁸⁶ Ayrıca yine imkânsızlıkta sorumluluğun isabetli değerlendirilmesi için alacaklının imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerin dikkate alınmadığı da görülmektedir.

Üçüncü konu, yine imkânsızlık konusu içerisinde de değerlendirebilmesine rağmen, idarenin sorumluluğu konusu ile de bağlantılı olması nedeniyle bağımsız olarak ele almamız gereken idarenin sorumluluğu ve Yargıtay'ın kusur belirlemesi yapmaktan kaçınması konusudur. Şöyle ki; Yargıtay idare mahkemesinin verdiği iptal kararının kurulan sözleşme üzerindeki etkisinin imkânsızlık olarak değerlendirmesine rağmen, bu kararın ortaya çıkmasında tarafların (sözleşmesel) sorumluluğunu incelemekten imtina etmektedir. Yargıtay, idare mahkemesinin iptal kararına mücbir sebep gibi dışsal ve objektif bir neden olarak bakmaktadır. Yargıtay'ın özellikle sözleşmenin geçersiz hale gelmesine neden olan iptal kararına ilişkin idarenin kusuruna yönelik tespit yapılamayacağı yönündeki yaklaşımını kesinlikle yerinde bulmuyoruz. Burada sözleşmenin geçersizliği ile mahkeme kararı arasındaki illiyet bağı, mahkeme kararına sebep olan idari işleme kadar ilerletilmelidir. Bu doğrultuda, adli yargı yerinden beklenen daha önce idare

⁶⁸⁵ Sözleşmenin tasfiyesinde imkânsızlığın sonuçları için Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi

⁶⁸⁶ Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalarımız için Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c / (5). Sonradan Hükümsüz Hale Gelen Sözleşmelerin Tasfiyesinde Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanmanın Sakıncaları

mahkemesi tarafından denetlenmiş olan idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin yeniden yapılması değildir; sanıyoruz ki Yargıtay’ın bu konuya son derece mesafeli davranmasının nedeni idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi olgusunu sözleşmesel bağlamda idarenin kusuru olarak tespitinin “*idari yargının alanına karışmak*” olarak algılanacağı çekincesidir. Yargıtay bu çekincesinin bir ifadesi olarak “iptal kararının gerekçesi tartışılarak olayda kusur değerlendirilmesi yapılması doğru değildir” diyerek bu alandan uzak durmaktadır. Oysa kusur konusunun irdelenmesi sözleşme bakımından yapılması zorunlu bir adım olup, geçmişe dönük idare mahkemesi kararının eleştirisi anlamına gelmemektedir. İdare mahkemesinin verdiği iptal kararı, aynı zamanda iptale konu olan idari işlemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir tespit hükmü de içerir. Bu nedenle belirtilenin aksine adli yargının idari işlemdeki hukuka aykırılıkla ilgili bir değerlendirme yapmasına gerek yoktur, bu konu zaten idare mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır; adli yargının sadece idare mahkemesinin hukuka aykırılığı tespit ederek iptal ettiği hükme atıfta bulunması yeterlidir. Bir başka ifade ile adli yargının kabul etmesi gereken, sözleşme öncesi işlemin unsurlarından en az birindeki hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmesinin idarenin hizmet kusurunu oluşturması nedeniyle bu durumun sözleşmesel sorumluluk anlamında kusur teşkil ettiğidir. İdarenin sözleşme öncesindeki idari işlemin hukuka aykırılık nedeniyle iptal edilmesindeki *hizmet kusuru ile sözleşme öncesi dönemdeki edimini kötü ifası* esasen aynı olgudur. Biri idare hukuku kavram ve anlayışı ile, diğeri özel hukuk kapsamındaki sözleşmesel sorumluluk ile ifade edilmiş halidir.⁶⁸⁷

Oysa konunun bir başka boyutta tartışıldığı görülmektedir. Buradaki asıl sorun Yargıtay’ın “yargı kararlarını uygulamak idarenin sorumluluğunu doğurmaz” düşüncesine dayamasıdır, kanaatimizce bu duruma uygun değildir, çünkü bu düşüncenin dayanağı “devletin yargı faaliyetinden sorumluluğu olmayacağı” ilkesidir ve bu ilke esasen hakimlerin verdikleri (özellikle de hukuka aykırı) kararlardan doğan zararlardan devletin sorumlu olmayacağı anlamına gelmekte ve kanun ile aksi

⁶⁸⁷ İdarenin hizmet kusuru anlayışı için Bkz: Tez III. Bölüm / B. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA KUSUR ANLAYIŞI VE HİZMET KUSURU İLİŞKİSİ

düzenlenmedikçe hakimler bu kişilere karşı kişisel olarak sorumlu olmaktadır.⁶⁸⁸ İlke uyarınca, hukuka uygun yargısal faaliyetlerden doğan zararların talep edilemeyeceği kabul edilmektedir, ancak yargı kararlarının uygulanmasında idarenin sorumluluğu olmaz, demek idarenin hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilmiş işlem ve eylemlerine dayanan zararı karşılamayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü idarenin işlem ve eylemlerinden sorumluluğu Anayasa'nın 125'inci maddesi ile güvence altına alınmıştır. Mahkeme kararı bir hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya yönelik olup, yerine getirilmesi gerekir; ancak bu hukuka aykırılığa sebebiyet verenin de sorumluluğu üstlenmesi gerekir.

Öte yandan konu sözleşmeciler tarafından ele alındığında ise, sözleşme öncesi dönemde kendisinin etki etmediği bir hukuka aykırılıktan ötürü sözleşmenin feshi ile karşılaşan sözleşmeci, sözleşmenin feshine ilişkin zararını sözleşmenin geçersizliğine neden olan idareden tazmin edemeyecek ise ancak hukuka uygun yasama faaliyetlerinde olduğu gibi, hakkaniyet ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerine dayanılarak talep edebileceği düşünülebilir.⁶⁸⁹ Ancak bu kusursuz sorumluluğa dayalı ve dolaylı bir yaklaşımı akla getirir. Oysa sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin kuruluş aşamasından sonraki kısmın bir bütünü oluşturduğu ve sözleşmesel sorumluluğun kabul edilmesi ile bu noktadaki sorumluluğun dolaylı ve zorlama olarak ele alınmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

Sonuç olarak, yargı kararında doğrudan sözleşmenin akıbetinden bahsedilerek sözleşmenin geçersizliğine karar verildiği durumlarda, idarenin mahkeme kararını uygulaması zorunludur, bu hususta bir tereddüt yoktur. Ancak bu durumda dahi sözleşmenin geçersiz hale gelmesinde idare mahkemesi kararını uygulamaktan bahisle idarenin sorumluluğu olmadığı ileri sürülemez. Biraz önce bahsettiğimiz Anayasa'nın 125'inci maddesine uygun olarak, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan zararı karşılamak zorunluluğu karşısında, yani yargı kararına neden olan hukuki işlem idareye ait olduğu ve sözleşmeyi geçersiz hale getirdiği için yargı kararını uygulamak idarenin sorumluluğunu doğurmaz gerekçesi ile zararı karşılamamak akla, mantığa aykırı olduğu gibi hakkaniyete de aykırı olacaktır. Kaldı

⁶⁸⁸ Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Hukuku**, İstanbul, Değişim Yayınları, Eylül 2003, s. 220.

⁶⁸⁹ Turan Yıldırım, **İdari Yargı**, s. 250.

ki dünyanın hiçbir çağdaş hukuk sisteminde kendi kusuru nedeniyle geçersiz hale gelmiş veya getirilmiş sözleşmeden doğan zararı ödememek gibi bir sorumluluk (daha doğrusu sorumsuzluk) anlayışı mevcut değildir. Bu nedenle sözleşmenin iptalinde herhangi bir kusuru olmayan sözleşmecinin gerçek zararının tazmin edebilmesi gerekir. Dolayısıyla somut olaylar değerlendirilirken hukuki ilkeler arasında bir denge kurma ihtiyacı kaçınılmaz görünmektedir. İdare hukukunun sadece mahkeme kararlarının uygulanması ya da idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararlarından sorumluluğu gibi kamu hukuku ile bağlantılı temel ilkeler değil, özellikle sözleşmeler alanında özel hukukta sıklıkla kullanılan ahde vefa, culpa in contrahendo sorumluluğu gibi ilkeleri beraber kullanılması kaçınılmaz bir olgu olarak belirmektedir.⁶⁹⁰

IV. BU UYUŞMAZLIKLARIN TARTIŞILACAĞI HUKUKİ ZEMİN OLARAK BİR ÖZEL HUKUK KAVRAMININ ANLAM VE ETKİSİ: CULPA IN CONTRAHENDO

Bundan önceki bölümde Temel Kavramlar kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğunun tanımı, işlevi ve şartları ele alınmıştı. Bu bölümde ise idare hukukunda sözleşme öncesinde yaşanan uyuşmazlıkların bertaraf edilmesinde culpa in contrahendo sorumluluğunun katkısı incelenecektir. Kavram incelenirken, öncelikle kavramın çıkış noktası olan özel hukuktaki anlam ve etkisine yer verilecek; kavramın farklı hukuki dayanaklar ile değerlendirilmesinin önemi ve bir özel hukuk kavramı olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun idare hukukunda uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

⁶⁹⁰ Özel hukuk ilkelerinin idare hukukunda uygulanmasına ilişkin incelemelerimiz için Bkz: Tez II. Bölüm / D / 3. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Uygulanabilirliği ve Tez III. Bölüm / C / 2 / b. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Karşılanan Zararın Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Yeterliliğinin Sorgulanması

A. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Özel Hukuktaki Anlam ve Etkisi- Gelişimi

Borcun kaynağı olarak kabul edilen sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye dayanan sorumluluk kaynaklarına ilişkin düzenlemeler zamanla toplumsal ve iktisadi değişimler karşısında yetersiz kalarak, sanayi toplumunun giderek karmaşılaşan iş bölümü riskinin adaletli biçimde dağıtılması sosyal devlet ilkesi bakımından da kaçınılmaz olmuştur.⁶⁹¹ Ayrıca, ticari ilişkilerde sözleşme öncesi dönemin uzaması bu dönemde tarafların birbirine olan güven ihtiyacını arttırmıştır. Bu eksiklikleri tamamlamak amacıyla 19. yüzyılın başlarında Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından Roma Hukuku kaynaklarından esinlenerek “*culpa in contrahendo*” kavramını ortaya atarak bu kavramın gelişmesini sağlamıştır.⁶⁹² Jhering’in bu kavramı ortaya atmasındaki çıkış noktası, geçerli şekilde kurulmamış sözleşmelerde karşı tarafın sözleşmeyi ifaya başladığı durumlarda, yaptığı masraflar konusunda Roma Hukuku’nun tatmin edici bir çözüm öngörmemiş olmasıydı.⁶⁹³

Esasen sözleşme öncesi sorumluluk Jhering’den önce 01.06.1794 tarihinde yürürlüğe giren Prusya Medeni Kanunu’nun (Allgemeine Preussische Landrecht) 284 ve 285’inci maddelerinde düzenlenmiş olduğu BUCHER tarafından vurgulanmıştır.⁶⁹⁴ Söz konusu maddelere göre, sözleşme edimlerinin ifa edilmemesindeki kusurlu davranışa ilişkin hükümlerin, sözleşmenin akdedilmesi sırasında kendisine düşen yükümleri kasti veya ihmali olarak yerine getirmemesi

⁶⁹¹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 253.

⁶⁹² Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 21.

⁶⁹³ Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 278. Roma Hukuku döneminde salt hileye dayanan sorumluluk anlayışı, Jhering’in teorisi ile genişleyip “*bona fides*”e aykırı davranışların da sorumluluk doğurması düşüncesi şeklini almıştır. Roma kaynaklarından Corpus iuris Civilis’te, alışverişe elverişli olmayan malların satımı (res extra commercium) ve henüz mevcut bulunmayan bir terekenin satımında (hereditas non existens), satan kişinin alıcıya karşı tazmin yükümü içinde olduğu kabul edilmiş olsa dahi, sözleşme dışı veya sözleşme öncesi sorumlulukta kusurun var olup olmadığı konusu tartışılmamıştır. “bono fides: Dürüstlük; iyi niyet, MK 2, MK 3”; Belgin Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 18, İlhan Uluhan, **a.g.m.**, s. 295.

⁶⁹⁴ Aktaran: Christian Rumpf, **a.g.m.**, s. 164.

halinde de geçerli olacağı, böyle bir durumda karşı tarafın uğrayacağı zararın tazmin edileceği düzenlenmiştir.⁶⁹⁵

JHERING tarafından 1861 tarihinde yazılan “*Culpa in Contrahendo veya Geçersiz ya da Kurulmamış Sözleşmelerde Tazminat*” isimli makalede, culpa in contrahendo sorumluluğunu ve doğuracağı tazmin borcunu tüm sözleşmeler için değil sadece en baştan geçersiz veya hiç kurulamamış sözleşmeler için incelemiştir.⁶⁹⁶ Jhering incelemesinde kusurlu bir davranışa rağmen geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde bu soruna değinmemiştir.⁶⁹⁷ Daha sonra LEONARD, görünüşte geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde “*sözleşmenin kurulması esnasındaki kusur*” kavramının geçerli olabileceğini ortaya atmış; bu hususu “*Sözleşmenin Kurulması Esnasındaki Kusurdan Satıcıların Sorumluluğu*”⁶⁹⁸ ve “*Sözleşmenin Kurulması Esnasındaki Kusur*”⁶⁹⁹ adlı eserlerinde incelemiştir. Zaman içinde birbirini tamamlayan bu iki görüş birleşmiş ve culpa in contrahendo sorumluluğu, hem en baştan itibaren kurulamamış sözleşmeler hem de başlangıçta geçerli olarak kurulduğu sanılıp da geçersizlik nedeni sonradan ortaya çıkan sözleşmeler için geçerli olacağı yaygın şekilde kabul edilmiştir.⁷⁰⁰

Culpa in contrahendo kavramının çıkış yeri olan Almanya’da 2001 yılında Alman Borçlar Hukuku Modernizasyon Kanunu⁷⁰¹ ile Alman Borçlar Kanunu (BGB)’de birçok değişiklik yapılarak culpa in contrahendo sorumluluğu açıkça düzenlenene kadar, söz konusu hukuk kurumu içtihatlar ve doktrin vasıtası ile geliştirilmiştir ve uzun süre örf adet hukuku kapsamında değerlendirilmiştir.⁷⁰²

⁶⁹⁵ Christian Rumpf, **a.g.m.**, s. 164.

⁶⁹⁶ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁹⁷ Rudolf von Jhering, **a.g.e.**, s. 7-91.

⁶⁹⁸ Franz Leonard, **Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse**, Göttingen, Dieterich’sche Verlags-Buchhandlung, 1896.

⁶⁹⁹ Franz Leonard, **Verschulden beim Vertragsschlusse**, Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1910.

⁷⁰⁰ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1084.

⁷⁰¹ Almanya’da Borçlar Hukuku Modernizasyon Kanunu (**Schuldrechtsmodernisierungsgesetz; SchRMdG**) 26.11.2001’de kabul edilerek 1.1.2002’de yürürlüğe girecek şekilde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 413. Tam metnine ulaşmak için **Bkz: Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001 Teil I Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 29. November 2001, elektronik kaynak için Bkz: (Çevrimiçi, Eylül 2015), http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%27%5D_1441711695088**

⁷⁰² Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 71.

Nitekim Almanya’da culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması ilk olarak mahkeme kararları ile olmuştur. Bu kararlar ile sözleşme öncesi dönemde tarafların karşılıklı olarak diğer tarafın sağlık ve malvarlığını koruma yükümlülüklerini oluşturarak, hâlihazırda mevcut borç ilişkilerinden kaynaklanan koruma yükümlülükleri ihlaline ilişkin sorumluluk maddelerinin sözleşme öncesi dönem için de kullanımının olanaklı kılınması amaçlanmıştır.⁷⁰³ Almanya’da bu konuda verilen ilk karar 07.12.1911 tarihli “*Linoleumrollenfall*” (*Muşamba Rulosu Kararı*) olmuştur. Bu karar, henüz kurulmamış bir sözleşmede yardımcı kişinin kusuru ile sözleşme konusu malın, sözleşmenin karşı tarafı olacak kişinin yanında bulunan ve koruması altındaki kişinin (olayda çocuğunun) üzerine düşürülmesi suretiyle zarara uğratılmasına ilişkindi.⁷⁰⁴ Bu karar ile, sözleşmenin görüşülmesinde yalnız bildirim ve aydınlatma yükümlülüklerinin değil, karşı tarafın canını ve malını (kişi ve malvarlığını) koruma yükümlerinin de doğacağı kabul edilmiştir.⁷⁰⁵ Benzer bir örnek, müşterinin girdiği bir işyerinde temizlik personelinin ihmali davranışı nedeniyle bir sebze kabuğuna basıp kayması durumunda⁷⁰⁶ yaşanmıştır. Bu olayda da, dükkan çalışanın dikkatsizliğiyle düşen bir müşamba topu tarafından yaralanması halinde olduğu gibi, işletme ile müşteri arasında satım sözleşmesinin tamamlanması öncesinde haksız fiilden farklı ve kanundan kaynaklı bir borç ilişkisinin olduğu kabul edilmiştir.⁷⁰⁷

Almanya’da, Borçlar Hukuku Modernizasyon Kanunu ile Alman Borçlar Kanunu (BGB)’ye “*Hukuki İşlem Niteliğinde veya Hukuki İşlem Benzeri Borç İlişkileri*” başlıklı 311’inci maddesine II nci bendi eklenmiştir.⁷⁰⁸ Bu maddenin içeriği ise yine aynı Kanun ile yürürlüğe girmiş olan BGB 241 II’ye atıf

⁷⁰³ Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 23.

⁷⁰⁴ 7.12.1911 tarihli Linoleumrollenfall, RGZ 78, 239 VI. Civil Senate (VI 240/11). Karar metni için (Çevrimiçi, Eylül 2015), <http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/rgz78.htm>

⁷⁰⁵ Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar)**, İstanbul, Yasa Yayınları, Haziran 1988, s. 103.

⁷⁰⁶ 28.01.1976 tarihli BGH kararı, Juristenzeitung 1976, Seite: 776-78 için Bkz: Rona Serozan, “**Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İçtihatları**”, s. 113.

⁷⁰⁷ Bu ilişkide BGB 278 uyarınca işletme, dükkan çalışanın yerini alır ve çalışan işletmenin borç ilişkisinden kaynaklı koruma yükümlülüğünü yerine getirmesine hizmet eder. Aynı zamanda BGB md. 280 I 2’nin kullanımı sözleşme öncesi koruma yükümlülüğünün ihlalini BGB md. 311 II, 241 II uyarınca zarar görenin ispat yükü bakımından kolay hale getirir. Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 23.

⁷⁰⁸ Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 21.

yapmaktadır.⁷⁰⁹ BGB 241 II borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükleri açıklamaktadır; buna göre, taraflar borç ilişkisinin içeriğine uygun olarak, karşı tarafın hakkına ve menfaatine özen gösterme yükümlülüğü altındadır.

BGB 311 II ile borç ilişkisi kavramının sınırları genişletilmiştir. Şöyle ki, BGB 311 I'de hukuki işlem vasıtası ile bir borç ilişkisinin kurulabilmesi, içeriğinin değiştirilebilmesi için bir sözleşmenin gerekliliği düzenleniyorken; II. Bente yapılan ilave ile sözleşme öncesi borç ilişkisinin oluşumu için 3 durum eklenmiştir: Bunlar, (i). Sözleşme görüşmelerinin başlaması (görüşmelerin kabul edilmesi), (ii). Sözleşme kurma sürecine girilmesi (sözleşme hazırlığı) ve (iii). Benzer işlem temasları.

Sözleşme öncesi dönem ya sözleşmenin imzalanması ile ya da sözleşme görüşmelerinin sözleşme kurulmaksızın sona ermesi ile sona ermektedir; Kanun'da yapılan değişiklik ile sözleşme öncesi borç ilişkileri sözleşmenin başlamasına kadar genişlemiştir. BGB 311 II (2), sözleşme öncesi borç ilişkisinin “benzer işlem teması”na da dayanabileceğini düzenleyerek sözleşme öncesi dönemin kıyasen başka durumlarla genişleyebileceğini ifade etmiştir. BGB 311 II (3) hükmünde, BGB 241/2'de belirtilen yükümlülükleri içeren borç ilişkisinin sözleşme tarafı olmayacak kişileri de kapsayabileceği; özellikle 3. Kişinin özel olarak güven verdiğinde sözleşme görüşmelerini veya sözleşmenin kurulmasını ciddi şekilde etkilediğinde meydana geleceği düzenlenmiştir.⁷¹⁰ Böyle bir temasın bir sözleşmenin tamamlanmasını hiç hedeflemeyebileceği; örneğin, bankanın müşteri olmayan bir kişiye (yanlış) bilgi vermesi gibi bir durumda da bankacının kusurlu hareketi nedeniyle müşterinin zarara uğraması halinde sorumluluğun doğacağı öngörülmüştür.⁷¹¹ BGB'de yapılan bu değişiklik ile sözleşme öncesi dönemden

⁷⁰⁹ Bu borç ilişkisinin ihlali söz konusu olduğunda ise yükümlülük ihlalindeki tazminat talebinine ilişkin BGB 280 I uygulama alanı bulur. Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 413. Zarar veren BGB 274 vd. maddeleri uyarınca sorumludur ve ispat yükü zarar gören lehinedir ancak BGB 280 I 2'de ispat yükü tersine çevrilir. Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 72.

⁷¹⁰ Alman Borçlar Kanunu'nda yapılan bu değişiklikler ile ortaya çıkan kanuni düzenlemenin sözleşme öncesi alandaki somut yükümlülükleri detaylı olarak düzelemediği, Alman Borçlar Kanunu (BGB)'nin 241'inci maddesinin 2'nci fıkrasına toplu bir atıf yaptığı ve 311'inci maddenin II'inci bendinin havuz madde olduğu ve bu hüküm ile hedeflenenin tam belirgin olmadığı gibi çeşitli yönlerde eleştirilmektedir. Bu belirsizlikler nedeniyle yargı kararları ve doktrinin görüşleri önem kazanmaktadır. Christian Rumpf, **a.g.m.**, s. 166, Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 72.

⁷¹¹ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 73. Ayrıca 2002 yılında Alman Borçlar Kanunu (BGB)'nin bazı maddelerinde yapılan değişiklik ile Alman Borçlar Kanunu (BGB)'nin *Tazminat Ödeme Yükümlülüğü* başlıklı 823. maddesi ve özellikle yardımcı kişinin sorumluluğuna ilişkin 831.

sorumluluk sözleşmesel sorumluluğa dayanılarak, sözleşmesel sorumluluğun sınırları genişletilmiştir.⁷¹²

Ayrıca, BGB 311'inci maddenin III ncü bendi ile 241'inci maddenin 2'nci fıkrasında belirtilen yükümlülükleri içeren bir borç ilişkisinin kendileri sözleşme tarafı olmayan kişileri de kapsayabileceğini; bu tür borç ilişkilerinin özellikle 3. kişinin özel olarak güven verdiği ve böylelikle sözleşme görüşmelerini veya sözleşmenin tamamlanmasını ciddi şekilde etkilediği hallerde meydana geleceğini düzenleme altına almıştır. İsviçre'de bu yönde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Swissair* ve *Grossen* kararları ile iddialı vaatlerle ortaya çıkan ve başkalarının güvenliğini kazanan (acente, antikacı, galerici, bilirkişi, danışman gibi) bazı meslek gruplarının sözleşmesel sorumluluklarının yargısal boyutta kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁷¹³

JHERING'in çalışması Almanya dışındaki hukuk bilimine de etki etmiştir. Culpa in contrahendo kurumunun sorumluluk anlayışının etkisi, iktibas edildiği ülkelerde pozitif hukuk anlamında düzenleme yapılmadan öncelikle teorik- dogmatik anlamda etkili olmuştur.⁷¹⁴ Örneğin; İsviçre Borçlar Kanunu (OR)'de culpa in contrahendo sorumluluğunu açıklayan genel ve tek bir madde yer almamakla birlikte müzakere aşamasındaki kusur maddeleri sayesinde, kısmi düzenlemeler ile de olsa, tazminat talep hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemelerin bir kısmı İsviçre Borçlar Kanunu (OR)'de md. 26, 36/2, 39'da⁷¹⁵ ve İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md.

maddesindeki işyeri sahibinin borçtan kurtulma beyyinesini önleyecek şekilde haksız fiil hukukunun belli maddeleri zayıflatılmıştır.

⁷¹² Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 23.

⁷¹³ Rona Serozan, "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S: 6, Mayıs 2006, s. 45.

⁷¹⁴ Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 21.

⁷¹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu (OR)'de culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin belli başlı maddeler; kendi hatasına dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri süren tarafın sorumluluğunun düzenlendiği 26'ncı madde, vekalet verenin temsil yetkisi sona eren temsilciyi durdurmadığı hallerde iyiniyetli 3. kişinin zararından sorumlu olacağına ilişkin 36'ncı maddenin 2'nci fıkrası ve sözleşmeye icazet verilmemesi halindeki sorumluluğun düzenlendiği 39'uncu madde olarak sıralanabilir. Ayrıca KRAMER ve SCHMIDLIN; genel olarak tek bir madde ile culpa in contrahendo sorumluluğu olarak düzenlenmemiş olsa dahi İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 26, 28, 29, 31 III, 36II, 39, 208, 248, 473 II ve İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) md. 411 II culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandırıldığını belirtmektedir. *Bkz:* Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 70.

411/2'de⁷¹⁶ tek tek düzenlemekte,⁷¹⁷ diğer bir kısmı ise İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md. 2/1'de yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır.⁷¹⁸

İsviçre uygulamasında da tıpkı Almanya'da olduğu gibi culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan zarar tazmininde sözleşmenin geçerli şekilde kurulup kurulmadığı dikkate alınmamaktadır.⁷¹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşme yapma amacıyla gerçeğe uymayan bilgi vermenin bir culpa in contrahendo sorumluluğu olduğunu ve bundan bir sözleşmesel sorumluluk doğduğunu kabul etmiştir, buna karşılık diğer bazı kararlarında ise culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu niteliğinde görmüştür.⁷²⁰

Türk Hukuku'nda İsviçre'de olduğu gibi genel bir madde ile düzenlenmeyerek Türk Borçlar Kanunu kapsamında çeşitli maddelerde yer verilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bunlara, kendi ihmali ile yanılan kimsenin sorumluluğu (Eski BK md. 26/1), hile veya ikrah ile yapılmış sözleşmede hile ve ikrahı gerçekleştiren kimsenin sorumluluğu (Eski BK md. 31/2) ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (Eski BK md. 39), temsil yetkisi sona eren kişinin sorumluluğu (Eski BK md. 36/2,) bozuk bir şeyi satan (Eski BK md. 192/II, 194), bozuk bir şeyi bağışlayan (Eski BK md. 243/I) ve tevdi eden (Eski BK md. 464/III), gerçeğe aykırı olarak kendini ehil gösteren vesayetlinin (MK md. 452/1) sorumluluğu⁷²¹ örnek olarak gösterilebilir.⁷²² Yargıtay da çeşitli kararlarında Eski Borçlar Kanunu md.

⁷¹⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nun 406'ncı madde ve devamında veli/vasiye ilişkin kurallar yer almaktadır.

⁷¹⁷ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 325.

⁷¹⁸ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, 1988, s. 39.

⁷¹⁹ Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 40.

⁷²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi kararları *Aktaran*: Turhan Esener, **a.g.e.**, s. 65. *Bkz*: Yazar'ın kitabının Dp. (66) ve (67).

⁷²¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bu durumlara 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karşılık gelen maddeler; kendi kusuru ile hata eden tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 35); hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali veya iptalinden feragat halinde aldatan veya korkutanın sorumluluğu (TBK md. 36, 37); temsil olunanın temsilciye verdiği temsil belgesini geri almamasından dolayı iyi niyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 44); yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK md. 47); başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk (TBK md. 27/I); bozuk bir şeyi satan (TBK md. 217/II, 219), bağışlayan (TBK md. 294) ve tevdi edenin sorumluluğu (TBK md. 562/II); gerçeğe aykırı olarak kendini ehil gösteren vesayetlinin (TMK md. 452/II) sorumluluğu olarak sıralanabilir.

⁷²² Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146, Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 58.

26/2, 36/2'yi ve Medeni Kanun md. 395/2'yi culpa in contrahendo halleri olarak nitelendirilmiştir.⁷²³

İsviçre ve Türk Hukuku'da sözleşme öncesi sorumluluğun kaynağı genel bir madde ile düzenlenmeyip bazı maddelerde yer alıyor olsa da, yine de sorumluluğun kaynağı kanundan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, kanunda düzenlenmeyen haller için bu sorumluluk sözleşme öncesi tarafların karşılıklı güven, doğruluk ve dürüstlük ilkesine (Medeni Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralına) dayanmaktadır.⁷²⁴ Bu konu aşağıdaki bölümde detaylı olarak ele alınacaktır.

B. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler ve Sonuçları

1. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki dayanağını açıklayan görüşler birbirinden farklı olmakla beraber yaygın olarak kabul edilen iki görüş mevcuttur. Bunlar, *sözleşme sorumluluğuna* dayanan görüş ve *haksız fiil sorumluluğuna* dayanan görüştür, ayıca çok geniş taraftar bulamasa da culpa in contrahendonun farklı bir tür sorumluluk olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur.⁷²⁵

a. Sözleşme Sorumluluğuna Dayanan Görüş

Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan zararın sözleşmesel sorumluluk veya sözleşmesel sorumluluk benzeri bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Nitekim sözleşme görüşmelerinin başlaması ile taraflar arasında tarafların ihlal etmemesi gereken hukuki bir ilişki; "*sözleşme benzeri bir güven ilişkisi*" kurulur.⁷²⁶ Bu ilişki tarafa sözleşmenin tamamlanmasına ihtiyaç duymaksızın karşı tarafı koruma, aydınlatma ve karşı tarafa özen gösterme

⁷²³ Turhan Esener, **a.g.e.**, s. 65.

⁷²⁴ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 58.

⁷²⁵ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 71.

⁷²⁶ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., s. 308.

yükümlülüğü yükler.⁷²⁷ Kurulan bu ilişki yapılması planlanan sözleşmeden bağımsız bir nitelik taşımaz, tam aksine sözleşme ile bir bütün oluşturur ve sözleşme öncesi yaşanan bu dönem sözleşmeye geçit hazırlar.⁷²⁸ Bu nedenle sözleşme kurulmamasına rağmen haksız fiil şartları uyarınca değil, sözleşmenin ihlali maddeleri kıyasen uygulanarak tazminat ödenir.⁷²⁹

İsviçre Hukuku'nda sözleşme öncesi sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmesel sorumluluk olarak açıkça düzenleme altına alınan Alman Borçlar Kanunu'na göre tartışmalı olmuştur.⁷³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan zararların tazmininde sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı fikrini uzun süre korumuştur; ancak Federal Mahkeme sonraki kararlarında zamanaşımı konusundaki görüşünü değiştirerek yeni bir hukuki değerlendirme yaparak, culpa in contrahendo nedeniyle açılacak tazminat davalarında haksız fiiller için öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.⁷³¹ İsviçre Federal Mahkemesi culpa in contrahendo sorumluluğunu her iki sorumluluğun arasında yer aldığını belirterek güven sorumluluğuna dayandırmıştır.⁷³² Ancak mahkeme culpa in contrahendoyu bağımsız bir sorumluluk olarak ikna edici şekilde ortaya koyamamıştır. Bu nedenle İsviçre'de culpa in contrahendo sorumluluğunun tek başına ele alınıp değerlendirilemeyeceği görüşü de yer almaktadır.⁷³³ İsviçre Doktrini'nde culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna dayandıran farklı görüşler mevcuttur.⁷³⁴

TUHR'a göre, bu sorumluluğun kaynağı sözleşme görüşmeleri boyunca taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dayanır ve sözleşme henüz kurulmamış olsa dahi,

⁷²⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1086, Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 235.

⁷²⁸ İlhan Ulsan, **a.g.m.**, s. 305.

⁷²⁹ Andreas von Tuhr, Peter Hans, **a.g.e.**, s. 193.

⁷³⁰ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 71.

⁷³¹ *Aktaran*: Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 332. İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşme yapma amacıyla gerçeğe uymayan bilgi vermenin culpa in contrahendo olduğuna ve sözleşmesel sorumluluk kapsamında olduğuna ilişkin kararları ve culpa in contrahendonun haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirildiği bazı kararları için *Aktaran*: Turhan Esener, **a.g.e.**, s. 65.

⁷³² Ingeborg Schwenger, **a.g.e.**, s. 329.

⁷³³ Theo Guhl, **a.g.e.**, s. 104.

⁷³⁴ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 72.

sözleşmenin ihlali maddeleri kıyasen uygulanabilir.⁷³⁵ Bu nedenle zamanaşımı, ispat yükümlülüğü ve yardımcı kişiler ile ilgili düzenlemeler dikkate alındığında culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk olarak kabul edilmesi daha doğru olmaktadır.⁷³⁶

SEROZAN'a göre, culpa in contrahendo sorumluluğunda sözleşmesel güvenden az ancak, haksız fiil hukukunun raslantısal, yüzeysel ve anonim güveninden yüksek dozda bir güvenin sarsılması söz konusudur, bu nedenle tıpkı sözleşme yükümüne aykırılık edilmişçesine sözleşmesel tazminat ödemelidir. Yazar, bu konuda şu örneği vermektedir; bir kişi sokaktaki muz kabuğuna basıp düşerse, bu kabuğu yere atan kişinin haksız fiil sorumluluğu olur, buna karşın kişi marketteki muz kabuğuna basıp düşerse sorumluluk, market patronunun sözleşmeye aykırılığı kapsamında ele alınır. Bu anlamda “*trafik kazası*” haksız fiil sayılıyorken, “*market kazası*” sözleşme sorumluluğuna sebep olur.⁷³⁷

Türk Hukuku açısından da sözleşme öncesi dönemden sorumluluğun kaynağının sözleşmesel sorumluluğa dayandığını düşünen yazarlar çoğunluktadır.⁷³⁸ Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk esasına tabi tutulunca Türk Borçlar Kanunu'nun borçların ifa edilmemesi hususundaki 112'nci madde vd. kıyasen uygulanacaktır.

Bu görüşün eleştirildiği nokta, kanundaki sözleşmesel sorumluluğun uygulamasının gerçek anlamda bir borç ilişkisi için düzenlenmiş olması ve taraflardan en az biri için bir borcun mevcut olmasıdır. Oysa sözleşme müzakeresi için bunun geçerli olmayacağı, çünkü müzakere ilişkisinin özel bir yararı sağlamaya yönelmiş olmadığı ve hukuki sonuç isteği olmaksızın yürütüldüğü ileri sürülmektedir.⁷³⁹

⁷³⁵ Andreas von Tuhr, Peter Hans, **a.g.e.**, s. 193.

⁷³⁶ Aktaran: Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 330.

⁷³⁷ Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: ‘Sözleşmenin Müspet İhlali’ ve ‘Culpa in Contrahendo’”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 18, İstanbul, 1990, s. 38.

⁷³⁸ Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 196, Zekeriya Kurşat, **a.g.e.**, s. 126.

⁷³⁹ Alfred Koller, **a.g.e.**, Band I, s. 413.

b. Haksız Fiil Sorumluluğuna Dayanan Görüş

Bu görüşe göre, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında henüz sözleşme kurulmamış olduğu için sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kimseye zarar vermeme (*neminem laedere*) ve davranışlarında gerekli özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin genel bir yükümlülüğün ihlali biçiminde belirir.⁷⁴⁰ Karşı tarafın beden bütünlüğü veya malvarlığı hakları ihlal edildiğinde culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklı ilave haklara ihtiyaç duyulmadan haksız fiile dayanmanın yeterli olacağı düşünülmektedir.⁷⁴¹ Oysa, haksız fiile dayanan koruma yükümlülüğünün özellikleri sözleşme müzakereleri olmaksızın herkese karşı ve karşılıklı olarak var olan genel bir yükümlülüğün özelliklerinden ayırd edilemez.

Culpa in contrahendo sorumluluğu ilk etapta haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır, ancak bu haksız fiil sorumluluğu özellikle yardımcı kişinin neden olduğu zararlara karşı kurtuluş beyyinesi getirme imkânı ve sözleşme taraflarının korunmasını garanti altına alamaması nedeniyle tek başına culpa in contrahendo sorumluluğunu açıklamaya yetmemiştir.⁷⁴²

Türk Hukuku'nda bazı yazarlar, görüşmeciler arasında herhangi bir sözleşmesel bağ olmadığından dolayı burada oluşacak zararın TBK md. 49 vd. uyarınca haksız fiil hükümlerine dayandırılması gerektiğini savunmaktadır.⁷⁴³ Tazminatın şartları; zarar, zarar veren tarafın eylemi, davranışla sonuç arasında uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusurdur. Haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü zarara uğradığını iddia eden kişiye aittir.⁷⁴⁴ Nitekim, bazı yazarlar tarafından haksız fiilden doğan sorumluluk kapsamındaki özen yükümlülükleri ile sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamındaki koruma yükümleri arasında temelde bir fark bulunmadığı, hatta "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in contrahendo) kurumunun da, haksız fiil sorumluluğundaki özen yükümlülüklerinin

⁷⁴⁰ İlhan Ulsan, **a.g.m.**, s. 302.

⁷⁴¹ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 328.

⁷⁴² Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 71, aksi görüş için Bkz: Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 328.

⁷⁴³ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 60, Betül Tiryaki, "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması", **EÜHFD**, C. XII, S: 3-4, 2008, s. 276.

⁷⁴⁴ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1085.

sözleşme hukukuna nakledilebilmesi için oluşturulduğu ileri sürülmektedir.⁷⁴⁵ Bu görüşe gerekçe olarak da, haksız fiil olarak değerlendirilen sözleşme öncesi sorumluluk durumlarının, kanunun aksine bir düzenleme yapıp da hakime boşluk doldurma yetkisi verdiği haller haricinde, Türk Borçlar Kanunu'nda 49 nci maddesi vd. hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedirler.⁷⁴⁶

Haksız fiil sorumluluğuna dayanan görüşe göre, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflardan biri kusurlu davranışta bulunsu ve sözleşme sonradan geçerli şekilde kurulsu dahi, sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyecektir zira kusur henüz sözleşme kurulmadan önce gerçekleşmiştir. Hileye ilişkin düzenlemede olduğu gibi, kanunda detaylı olarak düzenlenen culpa in contrahendo sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendiriliyor olması karşıt görüşteki yazarlarca eleştirilmektedir; çünkü sözleşme imzalanmamış olsa dahi culpa in contrahendonun sözleşme imzalamaya yönelmiş sözleşme benzeri bir durumu bulunmaktadır. Böyle bir durumda ortaya çıkacak zararın niteliği ve kapsamı ile yardımcı kişinin sorumluluğu konularının sözleşmesel sorumluluktaki gibi korunmayacağı hususu eleştirilmektedir.⁷⁴⁷ Başka bir ifade ile, sözleşmenin geçersizliğine yol açma, bir malı umut ve söz verdiği halde diğer bir kimseye satma, yanlış bilgi ve öğüt verme gibi malvarlığını arttırıcı alışveriş çıkarı ihlalleri kural olarak haksız fiil sayılmazlar; bu ihlallerin haksız fiil sayılabilmeleri için kanunda düzenlenen (hile, tehdit gibi) bazı özel maddeler kapsamına alınmaları gerekir. Bu durum ise sözleşme öncesinde gerçekleşen bu ihlalleri, sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında kalan gri bir alana “sözleşmesel edim yükümlerinden bağımsız sözleşme benzeri borç ilişkileri” kapsamına sokar.⁷⁴⁸

c. Diğer Sorumluluk Görüşleri

Bazı yazarlar sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ne haksız fiil ne de sözleşmesel sorumluluk sınıfına sokarlar. Bu yazarlar culpa in contrahendo

⁷⁴⁵ Betül Tiryaki, **a.g.m.**, s. 276.

⁷⁴⁶ Erhan Adal, **Culpa in Contrahendo, Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk**, s. 174.

⁷⁴⁷ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 413.

⁷⁴⁸ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 249. Culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğuna dayandırmayan görüş için Bkz: Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 413.

sorumluluğunu, sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu yanında bağımsız bir sorumluluk türü olarak değerlendirirler.⁷⁴⁹ Bu görüşler “*bağımsız görüş*”⁷⁵⁰, “*karma görüş*”⁷⁵¹ veya “*kendine özgü sorumluluk görüşü*”⁷⁵² olarak adlandırılmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu özel bir sorumluluk şekli olarak ele alınmalıdır⁷⁵³ ve bu kendine özgü sorumluluk türü kaynağını dürüstlük kuralından almaktadır.⁷⁵⁴ HILDEBRANDT’a göre sözleşme öncesi dönem kurulacak hukuki işlemten ayrı olup, bu dönem sözleşme benzeri (quasi contractus) bir ilişki olarak nitelenebilir, bu dönemde dürüstlük kuralları gereği “*gerçeği belirtme borcu*” ve “*bildirim borcu*” olmak üzere açıklamada bulunma yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir.⁷⁵⁵ Tarafların sözleşme müzakeresine veya iş temasına girmesi ile taraflar arasında özel bir hukuki bağ ve bir özen borcu meydana gelir; bu bağdan sözleşmeye has hiçbir asli borç doğmayıp özel davranış borçları adı verilen bazı yükümlülükler doğar.⁷⁵⁶

“*Bağımsız işlem kuramı*” görüşünü savunan yazarlara göre, sözleşme öncesi dönem kurulacak sözleşmeden ayrı olup, bu dönem özel bir hukuki işlem sayılmakta ve STOLL’un ifadesi ile “*sözleşme görüşmeleri hukuki ilişki*” olarak nitelendirilmektedir.⁷⁵⁷ Sözleşme geçerli şekilde kurulmasa dahi culpa in contrahendo sorumluluğu geçerli olacaktır, bu nedenle culpa in contrahendo sorumluluğunun temelini “*edim ilişkisi*” dışında aramak uygun olur.⁷⁵⁸ Taraflar arasında asli ve tali edim yükümlerinden ayrı ve bağımsız olarak başkaca birtakım “*davranış yükümlerinin*” (die weiteren Verhaltenspflichten) mevcut olduğunu ve dayanağını TMK md. 2/f. 1’deki dürüstlük kuralından aldığı savunulmaktadır. Buna

⁷⁴⁹ Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 411, 2004, s. 140.

⁷⁵⁰ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 413.

⁷⁵¹ Karma görüşe yapılan atıflar için Bkz: M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 508.

⁷⁵² Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1087.

⁷⁵³ Ümit Gezder, **a.g.e.**, s. 215.

⁷⁵⁴ Eugen Bucher, **a.g.e.** s. 286.

⁷⁵⁵ Aktaran: İlhan Uluslan, **a.g.m.**, s. 310.

⁷⁵⁶ Aktaran: Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146-147.

⁷⁵⁷ İlhan Uluslan, **a.g.m.**, s. 307.

⁷⁵⁸ Rona Serozan, “ ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müspet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi**, S: 3, 1968, s. 111.

göre, asli ve tali edim yükümleri sözleşmenin amacına uygun yerine getirilmesine hizmet ederken; davranış yükümlerinin işlevi ise, hem borçlu hem de alacaklıya TMK md. 2/f. 1 dolayısıyla, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmaktır.

Bazı yazarlar ise culpa in contrahendo sorumluluğunun “*yasadan kaynaklı bir bağlayıcılık*” olduğunu savunmuşlardır.⁷⁵⁹ Bu sorumluluk ticari kontakten kaynaklanan ve asli edim yükümlülüğü olmayan yasal bir bağlayıcılık olarak ifade edilmektedir.⁷⁶⁰ Bu konuda CANARIS’in “*aktin müspet ihlali*”ne ilişkin incelemeleri mevcuttur; söz konusu çalışma esasen sözleşme öncesi dönemle ilgili olmayıp geçersiz sözleşmelere ilişkindir.⁷⁶¹ Canaris’in aktin müspet ihlaline ilişkin görüşü, diğer sorumluluk görüşleri arasında önemli bir yere sahiptir.

SEROZAN’a göre culpa in contrahendo, tıpkı aktin müspet ihlali ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi, “*edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi*” (*davranış yükümleri*) kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak uygulamada bu üç kurum birbirlerinden bağımsız olarak gelişmiş ve aralarındaki sistematik bağlantı gözden kaçırılmıştır. Yazara göre, culpa in contrahendo kavramı varlığını sorumluluk hukukumuzun yetersizliğine borçlu olup,⁷⁶² culpa in contrahendo sorumluluğu, davranış yükümlüne aykırılık tipindeki sözleşmenin müspet ihlalinin (culpa in solvendo’nun) sözleşme öncesi aşamaya çekilmesi anlamına gelir.⁷⁶³

⁷⁵⁹ Schöenberger, W., Jäggi, P., **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht**, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973, Art. 1 N 592.

⁷⁶⁰ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 72.

⁷⁶¹ Claus, Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **JuristenZeitung**, 20. Jahrg., Nr. 15/16 (13. August 1965), s. 475-482.

⁷⁶² Rona Serozan, “**Culpa in Contrahendo**”, ‘**Akdin Müspet İhlali**’ ve ‘**Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s. 109.

⁷⁶³ Rona Serozan, “**Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo**”, s. 35, 39. Örneğin; tamir için gittiği evde yangın çıkaran işçinin, tedavi için geldiği eve bulaşıcı hastalık taşıyan doktorun, evi onarıırken ev eşyasına zarar veren ustanın, benzin doldururken arabayı çizen istasyon görevlisinin eyleminde olduğu gibi davranış yükümlüne aykırılık durumlarını akdin müspet ihlaline örnek olarak gösterebiliriz. Rona Serozan, “**‘Culpa in Contrahendo**’, ‘**Akdin Müspet İhlali**’ ve ‘**Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s. 113.

Aktin müspet ihlali de sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına gerek yoktur. Çünkü bu kavramlar temellerini sözleşmedeki edim yükümünden bağımsız davranış yükümlerinden alırlar.⁷⁶⁴ Davranış yükümlerinin yöneldiği amaç asli ve tali edim yükümlerinden farklıdır ve somut edim ilişkisi kurulmadan önce doğduklarından dolayı davranış yükümleri edim ilişkisinden bağımsızdır.⁷⁶⁵ Özel bağlantının asıl borç ilişkisinden bağımsız ve farklı olduğu, bunun bir ön sözleşme sayılmayacağı ve herhangi bir sözleşme yapma zorunluluğu içermeyeceği kabul edilmektedir.⁷⁶⁶ Sözleşme öncesi dönemde taraflar birbirlerine karşı özel ve somut nitelikli özen ve güven yükümlülükleri ile bağlı olduklarından ve bunun “*özel ilişki bağı*” (Sonderverbindung)⁷⁶⁷ meydana getirdiğini, yasada düzenlenmese dahi culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanabileceği ileri sürülmektedir.⁷⁶⁸

Culpa in contrahendo sorumluluğu incelenirken ele alınması gereken bir kavram da *güven teorisidir*. Güven teorisi de esas itibari ile dürüstlük kuralına dayanır. Sözleşmenin kuruluşunda güven teorisine göre; hal ve şartların özelliklerine bakılarak kendisine yönelen irade beyanında fiilen çıkardığı anlam veya tarafsız bir kişinin objektif olarak vereceği anlam yerine özel durumların göz önünde tutulması esas alınır. Dürüstlük kuralı esasınca, muhatabın bu beyana hangi anlamı vermesi gerekiyorsa o anlamı vermesi gerekir.⁷⁶⁹ Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte ve sözleşmenin kurulması ile birlikte sözleşme sürecini ve sözleşme sonrası koruma yükümlülüklerini de kapsayan bir üst kavramdır.⁷⁷⁰ Culpa in contrahendonun güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi KRAMER tarafından İsviçre Doktrini’ne kazandırılmış ve İsviçre

⁷⁶⁴ Rona Serozan, “‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müspet İhlali ’ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ’Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s. 113.

⁷⁶⁵ Huriye Reyhan Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 287, Rona Serozan, ‘ “Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müspet İhlali ’ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ’Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s. 119.

⁷⁶⁶ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2008, s. 102.

⁷⁶⁷ Bu özel bağlantı “Sonderverbindung” kavramı, hukuki özel bir ilişki “eine rechtliche Sonderverbindung” kavramı ile ifade edilmektedir.

⁷⁶⁸ İlhan Uluhan, **a.g.m.**, s. 310, Dieter Medicus, **a.g.e.**, s. 185, Peter Schlechtriem, Martin Schmidt, Kessel, **a.g.e.**, s. 26.

⁷⁶⁹ İbrahim Kaplan, **a.g.e.**, s. 61.

⁷⁷⁰ Çiğdem Kırca, **a.g.e.**, s. 177, Huriye Reyhan Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 291.

Federal Mahkemesi'nin Swissair kararı ile İsviçre Hukuku'nda uygulanmaya başlanmıştır.⁷⁷¹

Daha pratik gerekçelerden hareket eden KILIÇOĞLU, sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğunun uygulanmayacağı zamanlarda üçüncü bir sorumluluk olarak sözleşme öncesi sorumluluğun uygulanabileceğini belirterek, bu görüşü ile bağımsız bir sorumluluk anlayışına yaklaşırken diğer yandan henüz sözleşmenin kurulmamış olması nedeniyle tarafların birbirine vermiş olduğu zarar haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmasının daha kolay olacağı bu nedenle de haksız fiil sorumluluğunu benimsemenin daha isabetli olduğunu da vurgulanmıştır.⁷⁷²

2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Dayanağının Önemi

Sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkan kusurun, *culpa in contrahendo sorumluluğunun*, dayanağı yukarıda incelediğimiz üzere yaygın olarak sözleşmesel sorumluluğa veya haksız fiil sorumluluğuna dayandırarak açıklayan görüşlerdir. Yargıtay'ın son dönem kararlarında culpa in contrahendo sorumluluğunun niteliklerini detaylı olarak ortaya koyan ve açıkça sözleşmesel sorumluluk olarak nitelediği kararlarına rastlanmaya başlanmıştır.⁷⁷³

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki dayanağını bulmanın pratik nedeni, zamanaşımı ve yardımcı şahısların sorumluluğunda kendisini gösterir.⁷⁷⁴ Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan birinin karşı tarafa zarar vermesi halinde, tazmin borcunun haksız fiile dayandırılması zamanaşımı, yardımcı kişinin eyleminden sorumluluk ve ispat yükü açısından adalete aykırı görülmüştür. Tarafların sözleşme kurulmadan karşılıklı özen gösterme yükümleri kapsamında

⁷⁷¹ BGE 120 II 331 nolu Swissair kararı için Bkz: Çiğdem Kırcı, **a.g.e.**, s. 178.

⁷⁷² Yazar, zamanaşımı konusunda ikili bir ayırım yapmakta; buna göre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sözleşme öncesi sorumluluk maddelerinde 10 yıllık sözleşmesel sorumluluk zamanaşımının uygulanması gerektiğini, buna karşılık başka Kanunlarda düzenlenmiş olan (örneğin MK md. 452/II) veya hiç düzenlenmemiş olan hallerde haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 60.

⁷⁷³ Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 238.

⁷⁷⁴ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **a.g.e.**, s. 71.

“sözleşme benzeri hukuki ilişki” içerisine girdikleri kabul edilerek sözleşme hukuku çerçevesinde tazmin talep edilebileceği kabul edilmiştir.⁷⁷⁵

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu olarak kabul gördüğünde TBK’nin 112’nci maddesi ve devamı maddeleri dikkate alınacaktır ve buna göre TBK’nin 146’ncı maddesi uyarınca, on yıllık genel zamanaşımı içerisinde zarar tazmini talep edilebilecektir.⁷⁷⁶ Oysa culpa in contrahendo sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilirse, tazminat istemi TBK’nin 72’nci maddesi uyarınca, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

Sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan zarar yardımcı kişinin eyleminden kaynaklanmışsa, zarar gören görüşmeci bu zararı hem sözleşmesel sorumluluk gereği hem de haksız fiil sorumluluğu uyarınca talep edebilir, burada talepler yarışır. Bu yarışma sonucunda culpa in contrahendo sorumluluğunda sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması, zarar gördüğünü iddia eden kişi bakımından daha lehedir; çünkü sözleşmesel sorumluluğun ispat yükü, yardımcı kişinin sorumluluğu ve zamanaşımı konularındaki düzenlemeleri haksız fiil sorumluluğuna göre daha ağır hükümler getirmektedir.⁷⁷⁷

Yardımcı kişinin sorumluluğu haksız fiil hukukunda TBK’nin 66’ncı maddesine dayanır, buna göre; “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” Adam çalıştıran, kurtuluş beyyinesi getirebilir; çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Öte yandan culpa in contrahendo sorumluluğunda sözleşmesel sorumluluğa dayandırıldığında adam çalıştıranın sorumluluğu daha ağırdır. Sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan zarar yardımcı kişilerin eyleminden kaynaklanmışsa, görüşmeci taraf yardımcı kişilerin işi

⁷⁷⁵ Rona Serozan, ‘ “Culpa in Contrahendo”, ‘Akдын Müspet İhlali ’ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ’Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s. 111.

⁷⁷⁶ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, s. 509.

⁷⁷⁷ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 261.

yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. TBK'nin 116'ncı maddesi uyarınca, yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Ancak, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmesel sorumluluğa dayanmak ispat külfeti bakımından da daha ağır sonuçlar doğurur. Şöyle ki, sözleşme sorumluluğunda davacı zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olmadığı gibi, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı da yoktur.⁷⁷⁸ Oysa haksız fiil sorumluluğunda herkesin iddiasını ispat etmek zorunda olması nedeniyle, ispat külfeti zararı iddia edene aittir.⁷⁷⁹ Buna karşın, sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılan koruma yükümleri ile haksız fiil hukukundaki özen yükümlülükleri birbirine paralel kavramlar olduğu, bu nedenle bu yükümlülüklerin ihlali halinde farklı kuralların uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği ileri sürülmektedir.⁷⁸⁰

C. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun İdare Hukukunda Uygulanabilirliği

Bu kısım üç aşamada incelenecektir: *Öncelikle*, özel hukuk sahasında doğup gelişmiş olan culpa in contrahendo kavramının idare hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı konusunun temeli kuşkusuz *özel hukuk müesseselerinin kamu hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı* konusunda yatmaktadır. Bu anlamda hukuk sistemi içerisinde özel hukuk ve kamu hukuku alanlarının birbirlerine yaklaşımları önem kazanmaktadır.

İdare, kural olarak kamu tüzel kişisi olarak hareket eder ve işlemlerine de idare hukuku uygulanır. Ancak günümüzde idarenin ekonomik faaliyetlerinin

⁷⁷⁸ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 417.

⁷⁷⁹ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1093.

⁷⁸⁰ Betül Tiryaki, **a.g.m.**, s. 276-277.

çoğalmasi nedeniyle zaman zaman özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettiği ya da faaliyetlerinin bir kısmını özel kişilere gördürerek özel hukuk kurallarına daha sık başvurduğu görölmektedir. Bu alanların gerek düzenlenmesi gerekse ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü salt idare hukuku kuralları ile mümkün olmamakta, idare hukuku ile özel hukuk kurallarının birlikte kullanılması gerekmektedir. İdare hukuku içerisinde enerji hukuku, telekomünikasyon hukuku, sağlık hukuku gibi yeni oluşan alanlarda idare hukuku ile özel hukukun birlikte işlemleri gerektiği gerçeği, kamu hukuku- özel hukuk katı şekilde ayrımının giderek önemini yitirdiği görüşünü güçlendirmektedir.⁷⁸¹

Kamu hukuku - özel hukuk ayrımı Roma Hukuku'ndan bu yana hukuk dünyasında tartışılan bir konu olmuştur.⁷⁸² Kamu hukuku ile özel hukuku mutlak olarak birbirinden ayırmanın isabetli olmayacağı, devlete üstün bir irade tanımının hukukun devlet için daha az bağlayıcı olduğu sonucunu doğuracağını ileri süren görüşler de mevcuttur.⁷⁸³ Ayrıca kamu hukuku - özel hukuk ayrımının artık eski anlamını yitirdiği,⁷⁸⁴ sağlam temellere dayanmayan bu ayrımın bugün salt işbölümü ve pedagoji anlamında korunduğu da ileri sürölmektedir.⁷⁸⁵

ONAR'a göre, idare hukuku ile medeni hukuk arasında esas ve istisna olma ilişkisi bulunmadığı her iki hukuk dalının birbiri karşısında bağımsız şekilde yer aldığı; bu nedenle Medeni Kanun (ve Borçlar Kanunu) hükümlerinin idare hukukuna doğrudan uygulanmasının mümkün olmayacağı, böyle bir durumda hukukun genel prensipleri, temel ilkelere başvurulması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁸⁶ Ancak idare hukukunda sorumluluk, irade beyanı, zarar kuramı gibi konularda medeni hukuk kurallarından yararlanabileceğini, bu yararlanmanın medeni kanun hükmüne mutlak suretle bağılılık şeklinde olmayacağı; idare hukuku müesseselerinin medeni hukuktan farklı olduğu vurgulanmaktadır.⁷⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK - TAN da benzer bir görüşle idare

⁷⁸¹ Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s. 35, Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, 3. bs., Ankara, Kalite Matbaası, 1978, s. 122.

⁷⁸² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **a.g.e.**, s. 25.

⁷⁸³ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Ders Notları**, s. 16-34, Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 13. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ağustos 2016, s. 68.

⁷⁸⁴ Walter Jellinek, **a.g.e.**, s. 8.

⁷⁸⁵ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, s. 69.

⁷⁸⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I**, s. 111.

⁷⁸⁷ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I**, s. 113.

hukukunda boşluk doldurmada özel hukuktaki benzer bir olaya uygulanan medeni hukuktaki kuralın kıyasen uygulanmak zorunda olmadığını ifade etmektedir.⁷⁸⁸ Oysa GÖZLER idare hukukunun istisna, özel hukukun genel olduğunu ileri sürerek idare hukukundaki boşluğun özel hukuka başvurularak giderilebileceğini belirtmektedir.⁷⁸⁹

BALTA, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi idarenin hizmetlerini gören işletmelerin gerek faaliyetlerinde ve gerekse çalışanlarının ilişkilerinde özel hukuktan faydalandığını örnek vererek idarenin özel hukukun çeşitli dalları ile muhatap olan geniş bir alana sahip olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁹⁰ GÖZLER de benzer bir yaklaşımla idare hukukunun içerisinde bulunan birçok kavram ve kurumun özel hukuktan alındığını, bazen idare hukukunun kendi ihtiyaçları çerçevesinde değişime uğradığını bazen de olduğu gibi alındığı ya da kullanıldığını belirtmektedir.⁷⁹¹ ÖZGÜLDÜR, idari sözleşmelere de özel hukukta karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde çıkan uyuşmazlıklara uygulanan borçlar hukuku kurallarını idare hukuku ilke ve kuralları ile bağdaşabildiği ölçüde uygulanması uygun olacağını vurgulamaktadır.⁷⁹²

Özellikle sözleşme alanındaki görüşler bakımından kamu hukuku- özel hukuk ayrımının meşruluğunu, fiili varlığını kabul etmeyen DUGUIT'e göre sözleşme; kurucu öğeleri bir araya geldiği zaman daima aynı karaktere sahip ve aynı sonuçları doğuran, bir hukuki kategoridir; bu yüzden de özel hukuk ve kamu hukuku sözleşmelerinden söz etmenin var olmayan şeylerden söz etmek anlamına gelir. Yazara göre, devlet tarafından akdedilmiş sözleşme ve sözleşme olmayan işlemler vardır ve bir sözleşmeye idari karakterini veren ve idare mahkemelerinin görevliliğini tesis eden yapılmış oldukları kamu hizmeti amacıdır.⁷⁹³

BUZ'a göre idare hukuku ile borçlar hukuku arasında bir "alan hakimiyeti" mücadelesi olduğundan, idarenin sözleşmelerinin idari yargı alanında kalmasının

⁷⁸⁸ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 156.

⁷⁸⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 106.

⁷⁹⁰ Tahsin Bekir Balta, **a.g.e.**, s. 2.

⁷⁹¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 105.

⁷⁹² Serdar Özgüldür, "**İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**", s. 882. (Yazarın makalesi İl Han Özay, **Gümüşünde Yönetim** kitabı içerisinde s. 809-890 sayfaları arasında yer almaktadır.)

⁷⁹³ Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel**, Tome I, Paris 1927, s. 699-700, Tome II, Paris 1923, s.41 ve 403. (Aktaran: Pertev Bilgen, **a.g.e.**, s. 3.)

bireyi değil bilhassa üstün yetkiler ile donatılmış idareyi korumak anlamına geleceği, ayrıca idari yargı önünde çözümlense dahi idari sözleşmelere ilişkin ihtilafın yine özel hukuktaki sözleşme kuramına ilişkin ilkeler ile çözüleceğini ileri sürmektedir.⁷⁹⁴ İdarenin faaliyetlerindeki çeşitlenme dolayısıyla borçlar hukuku, sözleşme hukuku, imar hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukuk dallarına başvurusu gerekliliği giderek artmakta, bu da idare hukuku ile özel hukuk arasındaki etkileşimi arttırmaktadır.⁷⁹⁵ Bu nedenle idarenin sözleşmeleri alanında borçlar hukuku kavramları kullanılmaktadır.⁷⁹⁶

Kanaatimizce, borçlar hukuku kavram ve ilkeleri idare hukukunda uygulanması gerektiği, yukarıda sıralanan ihtiyaçlar kapsamında, kabul edilmesi gereken bir durumdur. Ancak bu durum kayıtsız şartsız bir kabul anlamına da gelmemektedir. Nitekim bu noktada idare hukukunun kamu yararının egemen olduğu, irade serbestisi yerine önceden belirlenmiş kural ya da statülere dayanan, işlemlerinde kamu gücünün kullanıldığı ve uyuşmazlıklarının ayrı bir yargı kolu tarafından (Anayasa md. 155) karara bağlandığı özerk bir alan olduğunu akılda tutmak gerekir. Bu nedenle özel hukuk kavram ve ilkelerinin idare hukukunun yapısına ve kendine özgü kurallarına; ayrıca olaya uygun düştüğü hallerde ve idare hukukunda özel bir düzenleme bulunmayan hallerde uygulanabileceğini düşünüyoruz.

Öte yandan borçlar hukuku kurallarının idare hukukunda uygulanmasına ilişkin dayanabileceğimiz ilk kaynak kuşkusuz Türk Medeni Kanunu'dur. Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesinde, *Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabileceğini* açıkça düzenlemiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu hukuk dalından ziyade uygulanacak ilişkinin niteliğine göre belirleme yapmıştır. Buna göre "özel hukuk ilişkisi"nin yer aldığı hukuk alanı gözetilmeksizin Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulabilir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri haricinde özel borç ilişkilerinin düzenlendiği kısmında genel hüküm niteliği taşıyan hükümlerin de aynı kapsamda değerlendirilmesi

⁷⁹⁴ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 61-63.

⁷⁹⁵ Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s. 36.

⁷⁹⁶ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 106.

gerektiği kanaatindeyiz.⁷⁹⁷ Bu ilkelerin uygulanmasında mevcut durumun hukuki amacına uygun olup olmadığına dikkat edilmelidir.⁷⁹⁸

Tez konumuz bakımından önem arz eden culpa in contrahendo sorumluluğu kavramının dayanağını teşkil eden Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralı ve 2’nci fıkrasında yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı temel ilkeler olması nedeniyle sadece özel hukuk alanında değil, aynı zamanda idare hukuku alanında da zaten dikkate alınmaktadır.⁷⁹⁹ Örneğin, bu ilkenin hayata geçirilmesi anlamında, şekle tabi olan bir sözleşmenin gerekli şekil kurallarına uyulmadan yapılmasına sebep olan sözleşmecinin şekil bakımından sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürmesi, ya da başka bir örnek olarak kendi muvazaasına dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürülmesi,⁸⁰⁰ kısacası kendi kusuru ile sözleşmenin geçersizliğine sebep olan tarafın sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi *hakkın kötüye kullanılması* olarak değerlendirilmektedir.⁸⁰¹ Bu ilkenin uygulanmasında idare hukuku ile özel hukuk arasında bir farklılık bulunmamakta,⁸⁰² idari yargıda da bu ilkeye dayanılarak kararlar verildiği görülmektedir. Ancak idari yargı alanında *hukukun genel ilkeleri* yerine “idare hukukunun temel ilkeleri” ya da “idare hukukunun bilinen ilkeleri” şeklinde genel kavramlar olarak kullandığı görülmektedir.⁸⁰³ Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki borçlar hukukunun temel ilkelerinin çoğu “hukukun genel ilkeleri”ne yani yüzyıllardan bu yana ortak bir mutabakat ile oluşmuş, yazısız ve uluslararası düzeyde kabul gören hukuk kurallarına dayandığı; bu kuralların ise kanuna eşit ya da kanundan üstün olduğu kabul edilir.⁸⁰⁴

Danıştay bir kararında, idarenin yetkisini kullanırken ve kanunu uygularken Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinde ifade edilen dürüstlük (objektif iyiniyet)

⁷⁹⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 15.

⁷⁹⁸ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidin, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band IV, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 1. Teilband Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1986, s. 14.

⁷⁹⁹ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **a.g.e.**, s. 264.

⁸⁰⁰ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **a.g.e.**, s. 278, 279.

⁸⁰¹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 164.

⁸⁰² Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 105.

⁸⁰³ Zuhale Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 210 vd.

⁸⁰⁴ Hamza Eroğlu, **a.g.e.**, s. 124- 125.

kuralına uyması gerektiği belirtmiştir.⁸⁰⁵ Öte yandan idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta Hukuk Genel Kurulu, davalı belediyenin davaya konu alana park olarak ihtiyaç duyduğunu başlangıçta bilebilecek durumda olduğunu, belediyenin davranış biçimini iyi niyetli olarak yorumlanamayacağı ve davranışının Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesine aykırı olacağı; Kanun'un bir hakkın sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanılmasını yasaklamış olduğunu belirterek, *“Tüzel kişilerde iyiniyet, bunun etkili olacağı ilişkide tüzel kişiyi temsil eden yetkili organı oluşturan kişilerde aranır. Öncelikle Kamu Tüzel Kişileri yurttaşlarla olan ilişkilerinde iyiniyet kurallarına uymak zorundadırlar....davalı Belediye Başkanlığı yetkililerinin davranışının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı”* yönünde karar vermiştir.⁸⁰⁶ Bir başka olayda, davacı idare (belediye) ile davalı arasında yapılan kira sözleşmesinde, davacı belediyenin kira bedelini belirlerken kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanmaması gerektiğini; aksi halde bu durumun Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesindeki dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.⁸⁰⁷ İncelediğimiz tüm bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, gerek adli yargı gerekse idari yargı mercii idarenin Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kurallarına tabi olduğunu kabul ederek, kararlarında söz konusu ilkelere rahatlıkla atıf yapmaktadır.

Buraya kadarki tespitlerimizi tekrarlayacak olursak; yıllar içerisinde kamu-özel hukuk ayrımı zayıflayarak, idare hukukunda giderek daha çok özel hukuk ilişkisine yer verilmeye başlanmıştır. Kanaatimizce bu durumun doğal bir sonucu olarak da borçlar hukukunun ilkeleri ya doğrudan ya da idare hukukunun kendine özgü yapısına uygulanabildiği ölçüde idare hukukunda yer verilebileceğini düşünüyoruz. Tezimiz kapsamında incelediğimiz culpa in contrahendo sorumluluğunun dayanağı olan temel ilkeye; TMK'nin 2'nci maddesinin 1'inci

⁸⁰⁵ Danıştay 3. Dairesi'nin 5.6.2008 tarih 2007/696 E., 2008/1865 K. sayılı kararı, Elektronik kaynak Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

⁸⁰⁶ Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.2002 tarih 2002/ 5-338 E., 2002 / 386 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

⁸⁰⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.6.2000 tarih 2000/5859 E., 2000/6051 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İhtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2020), <http://www.kazanci.com>

fıkrasında yer alan “dürüstlük kuralı”na gerek adli gerekse idari yargı kolu tarafından atıflar yapıldığı incelenmiş olup, idare hukuku uyuşmazlıklarında mevcut durumda uygulandığı görülmüştür.

İkinci olarak; Türk Yargısı’nda “culpa in contrahendo sorumluluğu”na ilişkin verilmiş kararlar çerçevesinde, kavramın gelişimine bakmakta fayda görüyoruz. Culpa in contrahendo sorumluluğu dayanağını dürüstlük kuralından almakta olup, Türk Hukuku’nda açık bir madde ile düzenlenmemiş, Kanun’un muhtelif maddelerinde bu sorumluluğa yer verilmiştir.⁸⁰⁸ Bir kısım sözleşme öncesi sorumluluk halleri ise kanunda yer almamasına rağmen doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir.⁸⁰⁹ Culpa in contrahendo sorumluluğunun fonksiyonunu anlamak için Kanun’daki düzenlemeler yanında yargı kararlarındaki kullanımını da incelemek faydalıdır.

Türk Hukuku’nda culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin kararların 2000’li yıllardan sonra sayısının arttığı görülmektedir. Tespit edebildiğimiz ilk kararda, culpa in contrahendo sorumluluğuna dolaylı bir ilke olarak başvurulmuştur. 1992 tarihli Yargıtay kararında, kira sözleşmesi aktedilirken sözleşmeye konu olan otel binasının iskanının bulunmadığı bilgisinin davalı tarafından davacı kiracıya bildirilmesi gerektiği; nitekim tarafların sözleşme kurulurken birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorunda oldukları (sözleşmenin görüşülmesi sırasındaki kusurdan

⁸⁰⁸ Özel hukukta culpa in contrahendo sorumluluğu olarak aşağıdaki Kanun maddelerinden söz edebiliriz: Bunlar, kendi kusuru ile hata eden tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 35); hile veya ikrah altında yapılan sözleşmenin iptali veya iptalinden feragat halinde aldatan veya korkutanın sorumluluğu (TBK md. 36, 37); temsil olunanın temsilciye verdiği temsil belgesini geri almamasından dolayı iyi niyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluğu (TBK md. 44); yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (TBK md. 47); başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk (TBK md. 27/I); bozuk bir şeyi satan (TBK md. 217/II, 219), bağışlayan (TBK md. 294) ve tevdi edenin sorumluluğu (TBK md. 562/II); gerçeğe aykırı olarak kendini ehil gösteren kısıtlının (TMK md. 452/II) sorumluluğu örnek olarak gösterilebilir. Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146, Haluk N. Nomer, **a.g.e.**, s. 196, Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 58, Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 331, Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1088 vd., Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 39 vd.

⁸⁰⁹ Bunlar; sözleşme görüşmeleri esnasında yanlış bilgi verilmesi veya gerekli açıklamalarda bulunulmaması halinde doğan sorumluluk; bir kimsenin sözleşme yapmayı düşünmediği halde bir sözleşme hakkında kötü niyetli ve aldatıcı davranışlarla diğer tarafta sözleşme yapma ümidi uyandırma ve sözleşme görüşmelerinin haksız biçimde yarıda kesmesi gibi koruma yükümlerinin ihlali şeklinde ortaya çıkan sorumluluk olarak sayılabilir. Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1090 vd., Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 45 vd.

dolayı sorumluluk culpa in contrahendo); yanlış görünüm yaratmanın en azından doğruluk ve güven kurallarına (TMK md. 2) aykırı olduğu vurgulanmıştır.⁸¹⁰

Türk Hukuku'nda culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin kararların bir kısmı, sözleşme öncesi dönemde koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ortaya çıkan sorumluluğa dayanmaktadır. Sözleşmenin kurulmadığı dönemde gerçekleşen haksız fiil benzeri bu eylemler sözleşmenin içerisinde kabul edilerek sorumluluk sözleşmesel sorumluluk esasına dayandırılmıştır. Nitekim bu kararlarda “sosyal temas” ya da “işlemsel temas”ın önemi, taraflardan birinin hakimiyet alanında gerçekleşen ve karşı tarafa zarar veren eylemden sorumlu olacağı, çünkü tarafların sözleşme öncesi aşamada dahi birbirlerinin can ve mal güvenliğini sağlamaya yönelik tedbirleri alması gerektiği ortaya konmuştur. Yargıtay’ın verdiği bu kararlar tıpkı Almanya’daki 1911 tarihli muşamba topu kararı, 1961 tarihli “sebze kabuğu kararı ve 1976 tarihli muz kabuğu kararına benzemektedir.⁸¹¹ Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarına örnek olarak, alışveriş yapmak için ilgili mağazanın bulunduğu alışveriş merkezi otoparkına bırakılan arabada hırsızlık olayının gerçekleşmesini verebiliriz. Sorumluluğun doğması için müşterinin alışverişini yapması yani sözleşmenin kurulmuş olması şart değildir.⁸¹² Yine bir başka karar, mağaza rafındaki kolinin alışverişe giden davacının kafasına düşmesi olayında henüz sözleşme görüşmeleri başlamamış olsa bile “işlemsel temas” kuramına göre olası müşteri sıfatıyla mağazada bulunması sözleşme benzeri güven ilişkisi kapsamında koruma yükümlülüklerinden yararlanabileceği yönündedir.⁸¹³

⁸¹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 21.5.1992 tarih ve 1992/2492 E., 1992/4759 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹¹ Alman mahkemelerinin verdiği kararlar örnek olarak gösterilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1.12.2010 tarih ve 2010/13-593 E., 2010/623 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 29.9.2010 tarih ve 2010/2762 E., 2000/12361 K. sayılı kararı ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 15.1.2019 tarih ve 2016/23349 E., 2019/91 K. sayılı kararı. **Kararlar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1.12.2010 tarih ve 2010/13-593 E., 2010/623 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

Tüm bu durumlarda sözleşmesel sorumluluğun işletilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Benzer kararlarda taraflar arasında bir hukuki ilişkinin başlamış olması halinde durumun haksız fiilden farklı olduğunu; haksız fiilde taraflar arasında önceden başlamış hukuki bir ilişki olmadığını bu nedenle sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali halinde kıyasen sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının uygun olacağı belirtilmektedir.⁸¹⁴

Sözleşme öncesi sorumluluğun hukuki dayanağı sadece haksız fiil ile değil, bazen sebepsiz zenginleşme sorumluluğu ile de yarıştirıldığı görülmektedir. Nitekim, sözleşme öncesinde kararlaştırılmasına rağmen gerçekleşmeyen şirket hisse devrine ilişkin ödenen tutarın istirdatına ilişkin davada, kurulamayan sözleşme nedeniyle sebepsiz zenginleşme kurallarına ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yaygın karar örneklerindendir.⁸¹⁵ Kararın karşı oy metninde culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk ile bağı kurularak çoğunluk kararına itiraz edilmiştir.⁸¹⁶

Sözleşme müzakereleri daha önce de belirttiğimiz üzere, bir sözleşme ile sonuçlanmak zorunda değildir. Taraflar özgür iradeleri ile sözleşme kurma konusunda bir serbestiye sahiptirler. Ancak sözleşme müzakerelerinde sözleşmenin kurulacağına ilişkin karşı tarafta objektif anlamda bir güven uyandırılması belirleyici

⁸¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.2.2013 tarih ve 2012/13-1220 E., 2013/239 K. sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.3.2021 tarih ve 2020/4933 E., 2021/2006 K. sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2022 tarih ve 2019/6-435 E., 2022/352 K. Sayılı kararı. **Kararlar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 5.7.2018 tarih ve 2017/1041 E., 2018/5002 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹⁶ Karşı oy metninde; *"Taraflar kusuru olsun olmasın, akid in'ikad etmeden akdin ifasına engel olabilirler. Bu ifa engeli sebebiyle karşı tarafın zarar meydana gelebilir. İşte bu halde sözleşme kurulmuş gibi sorumluluk sözkonusu olacaktır ki sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışı ifade eden bu sorumluluk biçimi doktrin ve bir kısım yargı kararlarında da kabul edildiği üzere "culpa in contrahendo" sorumluluğudur. Bu halde taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında henüz sözleşme kurulmasa da hukuki sorumluluk altına girmiş olup tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde yükümlülükleri vardır. Kusuruyla dürüstlük kuralına aykırı hareket ederek diğer tarafa zarar verenin davranışının sorumluluğu TBK 112 (818 Sayılı B.K 96) maddesinde ifade edilen borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan sorumluluktur. Bu durumda zamanaşımı süresi ise TBK 146 (818 Sayılı B.K 125) maddesinde düzenlenen 10 yıldır"* denilerek culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği sözleşmesel sorumluluğa dayandırılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 5.7.2018 tarih ve 2017/1041 E., 2018/5002 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

bir noktadır. Nitekim, sözleşmenin kurulacağına duyulan inanç ve güvene dayanılarak yapılan harcamaların sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında karşılanması gerektiği yönünde kararlar oldukça yaygındır. Örneğin bir kararda, “... görüşmelerinin başlamasıyla hukuki ilişki kurulmuş sayılır. Bu ilişki dürüstlük kuralına dayandığından, görüşmeler sırasında akdin içeriği ve şartları ile ilgili olarak tarafların birbirlerine bilgi vermesi, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar, bu yükümlülüklerine aykırı davranarak aralarındaki güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde doğan zarardan sorumlu olurlar” denilerek bu durum vurgulanmıştır.⁸¹⁷

Sözleşmenin kurulacağına yönelik güvenin temini somut olayın özelliğine göre farklılık gösterecektir. Bu duruma örnek olabilecek durumlar için sözleşme imzalanmadan önce “... davacıya satış noktalarına teslim edilmek üzere çeşitli malzeme göndermesi ve alt bayi ağı oluşturmaya ve bu ticarethanelere mal satışı yapmasına izin vermesi, bayilik için teminatların alınması”⁸¹⁸ yine sözleşme imzalanmadan davacının “davalı iş yerinde 1,5 ay fiili olarak çalışma yapması”⁸¹⁹; sözleşme görüşmeleri sırasında “işe başlatılacağına beyan edilmesi,... gerekli evrakların hazır edilmesinin söylenmesi”⁸²⁰, sözleşmenin kurulacağına ilişkin güvenin “taraflar arasındaki mail yazışmaları”⁸²¹na dayandırılması sıralanabilir. Ayrıca yine uyandırılan güvene aykırılıkla ilgili başka bir kararda, “taraflar arasında davacının davalı şirkette dış ticaret uzmanı olarak çalışması yönünde sözleşme imzalandığı, bu sözleşme çerçevesinde davalı şirket tarafından Bakanlığa izin için

⁸¹⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 1.12.2005 tarih ve 2005/2865 E., 2005/11959 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.6.2012 tarih ve 2012/19-184 E., 2012/385 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸¹⁹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 24.12.2018 tarih ve 2017/20291 E., 2008/28025 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 28.10.2020 tarih ve 2017/17897 E., 2005/13824 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.3.2021 tarih ve 2020/4933 E., 2021/2006 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

*başvuru yapıldığı, izin belgesi düzenlenmesi için harç yatırılması gerektiğinin davalı şirkete bildirilmesinin ardından davalı şirketin bu harcı yatırmayarak iş sözleşmesinin kurulmasına engel olduğu anlaşılmaktadır. Davacı işçinin bu sözleşmeye güvenerek çalıştığı işyerinden ayrıldığı da sabittir. Bu durumda davalının davacıyı kusurlu olarak sözleşmenin kurulacağı yönünde yanılttığı ve güven ilişkisini ihlal ettiği açıktır” şeklinde tespitle bulunulmuştur.*⁸²²

İncelediğimiz kararlar kapsamında dikkat çeken ve katılmadığımız bir husus iş hukukuna ya da tüketici hukukuna ilişkin sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarda, henüz sözleşme kurulmadığı için uyuşmazlığa ilişkin taleplerin genel mahkemelerde (asliye hukuk) görülmesi gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararları verilmesidir.⁸²³ Oysa, sözleşme hangi hukuk dalına tabi olacaksa sözleşme öncesi dönemin de o hukuk dalı içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Nitekim sözleşme öncesi dönemden sorumluluğun varlığı ve sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tabi olacağı kabul edilmekle zaten sözleşme öncesi dönemin sözleşmenin bir parçası olduğu ve uyandırılan güven nedeniyle sözleşme kurulmasa dahi kurulmuş gibi sorumluluğa neden olacağı kabul edilmiş olmaktadır. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarını usul açısından isabetli bulmadığımızı belirtmek isteriz.

Öte yandan Yargıtay’ın *culpa in contrahendo sorumluluğunun genel şartlarına ilişkin* verdiği kararlara kısaca değinecek olursak; örneğin kusur derecelendirmesi konusunda Yargıtay bir kararında hiç kurulmamış sözleşmelerde olduğu gibi, hükümsüz kalan sözleşmelerde de (örneğin imkânsızlık durumunda) tarafların sözleşme öncesi dönemden sorumluluklarının ve *kusurlarının bulunup bulunmadığının* değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁸²⁴ Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için taraflardan birinin sözleşme öncesi yükümlülüğünü kusurlu şekilde

⁸²² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 17.9.2020 tarih ve 2016/20712 E., 2020/8343 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 28.10.2020 tarih ve 2017/17897 E., 2005/13824 K. sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 17.9.2020 tarih ve 2016/20712 E., 2020/8343 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 15.1.2019 tarih ve 2016/23349 E., 2019/91 K. sayılı kararı. **Kararlar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 30.11.2004 tarih ve 2004/4912 E., 2004/11803 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

ihlal etmesi gerekir. Bazı durumlarda örneğin; karşı tarafın müterafık kusurunun bulunması⁸²⁵ ya da karşı tarafın basiretli tacir⁸²⁶ olup da bilgi sahibi olması gerekliliği karşı tarafın sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.⁸²⁷

Yargıtay’a göre *illiyet bağı kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için; “Sözleşme ilişkisinin hiç kurulmamış olması veya sözleşmenin geçersiz olması bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz... zarar ile güven sorumluluğunun yerine getirilmemesi arasında illiyet bağının bulunması”* gerekir.⁸²⁸

Yargıtay’ın culpa in contrahendo sorumluluğu nedeniyle ortaya çıkan zararın niteliğine ilişkin görüşlerine gelecek olursak; sözleşme öncesi dönemde sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına ilişkin güvene dayalı olarak yapılan masrafların tazmininde kural olarak menfi zararın giderilebileceğine yönelik kararlar çoğunlukta olup, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında müspet zararın talep edilebileceği istisna olarak kabul edilmektedir. Ancak son yıllarda bu yönde kararlar da artış olduğu görülmektedir. Nitekim, Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, henüz kurulmamış kira sözleşmesinde sözleşme öncesi dönemde sözleşmenin kurulacağına duyulan güvenin normatif anlamda korunmaya değer bir güven olduğunu; ihlal edilmesinin kusur şartını oluşturarak zararın tazminini gerektireceğini belirtmiştir. Tazmin edilecek zararın ise kural olarak güven zararı olduğunu ifade ederek, güven zararını “... uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yahut yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan, başka bir deyişle, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarar olarak tanımlanabilecek “menfi zarar” kavramına paralel bir kavram” olarak tanımlamıştır. Yargıtay, bununla birlikte “görüşmelerden doğan zarar sözleşmenin hiç kurulmadığı hâllerde de doğabileceği gibi istisnai de olsa bazı durumlarda

⁸²⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 23.4.2005 tarih ve 2004/10082 E., 2005/4260 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.6.2021 tarih ve 201711-2625 E., 2021/766 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²⁷ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 3.3.2014 tarih ve 2013/8839 E., 2014/1525 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸²⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 3.11.2020 tarih ve 2020/718 E., 2020/4707 K. sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

*müspet zararı dahi aşabileceğinden daha geniş kapsamlıdır. Tazmini gereken zararın kapsamı her somut olayda hakim tarafından olayın özelliklerine göre tayin ve takdir edilecektir” şeklinde konuya açıklık getirmiştir.*⁸²⁹

*Bu kısımda ele alacağımız son hususa; İdare hukuku kapsamında culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığının incelenmesine gelecek olursak; öncelikle Danıştay kararları incelendiğinde culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak verilmiş bir karara rastlanmamıştır. Sözleşmenin niteliği ne olursa olsun sözleşme öncesi dönemde yapılan işlemler idari nitelikte olduğundan bu döneme ilişkin işlemlerden uğranılacak zararlar için tam yargı davası açılmakta, bu davada salt olarak idari işlemin denetimi yapılmakta ve sözleşme ile bağı kurulmamaktadır.*⁸³⁰

İdari Yargılama Usulü Kanunu’muzda sözleşme öncesi döneme ve culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Almanya’da İdari Usul Kanun’nda açıkça idari sözleşmelerde uygun düştüğü sürece Medeni Kanun hükümlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir (§ 62 II VwVfG).⁸³¹ Alman İdare Hukuku’nda da düzenleme olmadığı hallerde, özel hukuktaki düzenleme, özel hukuk hükmü ile atıf yapılmasına gerek olmaksızın idare hukukuna kıyasen uygulanabilir.⁸³²

Türk İdare Hukuku’nda sözleşme öncesi döneme ilişkin birden fazla yasal düzenleme olduğunu; bunlardan en yaygın olarak kullanılanın ve detaylı düzenlemenin kamu ihale mevzuatında yer aldığını daha önceki bölümlerde incelemiştik. Bu mevzuat kapsamında taraf iradelerini sakatlayan durumlar kısmen yer almakla beraber, bu maddeler daha çok ihale şartnameesindeki hataya ya da sözleşmecî tarafın idarenin iradesini sakatlamasına ve idarenin iptal hakkını

⁸²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.3.2022 tarih ve 2019/6-435 E., 2022/352 K. Sayılı kararı. **Karar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ağustos 2022), <http://www.kazanci.com>

⁸³⁰ Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için Bkz: Tez III. Bölüm / A / 4. İdarenin Sözleşmelerinin Yargısal Denetimine İlişkin Bazı Konular

⁸³¹ Heinrich de Wall, **Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Voeschriften im Verwaltungsrecht, dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschaeft und anhand des Allgemeinen Schuldrechts**; Tübingen, Mohr Siebeck, Jus Publicum 46, 1999, s. 422.

⁸³² Heinrich de Wall, **a.g.e.**, s. 537.

kullanmasına yöneliktir, buna karşın ihaleye katılan isteklinin sözleşmeyi iptal hakkının doğduğu durumlar için bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸³³

İdare hukuku mevzuatında düzenleme olmadığı hallerde, özel hukuk ilişkisine Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlerden ya da genel hüküm niteliğindeki hükümlerden kıyasen yararlanılabileceği yönündeki TMK md. 5'e dayanan görüşümüze yukarıda yer verdik. Genel hükümler, hukukun genel ilkeleri ve temel ilkeler düşünülerek kaleme alındığından kamu hukukundaki benzer ilişkileri de kapsamı doğal bir sonuçtur. Örneğin idarenin geçerli bir sözleşme kurabilmesi için sözleşmenin kuruluşuna ilişkin temel ilkelere; Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesi ve 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasına uymak zorunda olması gibi. Bu durumda idare hukukunda özel düzenleme varsa öncelikle özel düzenleme dikkate alınacak (*lex specialis derogat legi generali*), özel düzenlemenin olmadığı hallerde borçlar hukukunun genel düzenlemeleri çerçevesinde hareket edilecektir.⁸³⁴ Örneğin, idari sözleşmelerde özel hukuk sözleşmesinden farklı olarak Danıştay incelemesi, üstün yetkiler, farklı tazminat yöntemleri, rachat gibi idare hukukuna ilişkin özel düzenlemeler vardır. Öte yandan, sözleşmenin çerçevesini çizen söz konusu maddeler idare hukuku açısından da bağlayıcıdır.

Bazı durumlarda idare hukukunda Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağına yönelik açık düzenleme (atıf) bulunmaktadır. Örneğin; Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'u kapsamında yapılan kamu ihale sözleşmesi taraflarının sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olacağı (md. 4) ve Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir (md. 36)⁸³⁵. Bu nedenle idare hukuku

⁸³³ Sözleşme öncesin, düzenleyen mevzuat incelemesi için Bkz: Tez II. Bölüm / A / 3. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşme Öncesi Dönemi Belirleyen Yasal Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Sözleşme Öncesi Döneme Etkisi ve ayrıca Tez II. Bölüm / B / 2 / b. Taraflardan Birinin İradesinin Yanılma, Yanıltma veya Zorlama Yoluyla Sakatlanması

⁸³⁴ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 239.

⁸³⁵ Örneğin; Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Hüküm bulunmayan haller" başlıklı 36'ncı maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, bazı durumlarda ilgili Kanun özel olarak Borçlar Kanunu'nun belli bir konudaki maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Örneğin; Kamu İhale Kanunu'nun "Sürelerin hesabı" başlıklı 64'üncü maddesinde; Devlet İhale Kanunu'nun "Hileli İnşaat ve Onarım" başlıklı 56'ncı maddesinde, "Sürelerin hesabı" başlıklı 92'nci maddesinde olduğu gibi. Bazı hallerde ise, doğrudan Borçlar Kanunu'nu işaret edilmemiş, Borçlar Kanunu'nu da kapsayacak şekilde daha geniş bir düzenleme alanı yaratılarak "özel hukuk"a gönderme yapılmıştır. Nitekim, 3996 sayılı

mevzuatında düzenleme bulunmayan “özel hukuk ilişkileri”nde özel hukuk kapsamında ilgili Kanun’dan yararlanılabileceği kanaatindeyiz. TMK’nin 5’inci maddesi de bu yönde bir düzenleme içermektedir.

“*Culpa in contrahendo sorumluluğu*”nın idare hukukuna etkisi ve hangi ihtiyacı karşılayacağı konusuna bakacak olursak; kanaatimizce, idarenin sözleşmelerinde sözleşme ister kurulmamış ister kurulduktan sonra sözleşme öncesi döneme ilişkin bir sebeple hükümsüz kalmış olsun culpa in contrahendo sorumluluğu tarafların sözleşme öncesi dönemden sorumluluğunu irdelemek bakımından önem arz edecektir. İdarenin her iki tür sözleşmesi için sözleşmeden önceki aşama “idari” nitelikli olduğundan aralarında bir fark yoktur. Her iki durumda da culpa in contrahendonun işlevi sözleşme öncesi dönem ile sözleşneyi birbirine bağlayarak, sözleşme öncesi dönemden kaynaklı zarara uğrayan kişinin taleplerini “sözleşmesel sorumluluk” kapsamında dava edebilmesine yarayacak hukuki müessese olarak kullanılabilecektir. Bu anlamda culpa in contrahendo sorumluluğunun idare hukuku ile özel hukukta aynı işleve sahip olacak; uyuşmazlık idari yargı önünde çözümlense dahi niteliği itibari ile özel hukuka ilişkin bir kavram olan culpa in contrahendo sorumluluğu kavramsal olarak ve tüm sonuçları ile idari sözleşmede de kullanılabilecektir.

Öte yandan şu farklılığı da belirtmek gerekir ki; kurulmamış sözleşmeler bakımından ortaya çıkan zarar kural olarak güven zararına (menfi zarara) isabet etse ve çoğunlukla gerçek zararı karşılama ihtimali olsa da geçerli şekilde kurulduğu düşünüldüğünde de sonradan (baştaki bir sebebe bağlı olarak) hükümsüz hale gelen sözleşmelerde oluşan zarar büyük oranda menfi zarardan fazlaya isabet etmektedir. *İlk durum* için culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında karşılanan menfi zarar, gerçek zararı karşılarsa bile Yargıtay somut olayın gereklilikleri doğrultusunda istisnai olarak müspet zararı açacak şekilde olabileceğini kabul etmektedir. Kısacası bu zarar idarenin aleyhine olacak şekilde sözleşmenin yerine getirilmemesinden kaynaklı ifa çıkarı da olabileceği doktrinde de kabul edilmektedir.⁸³⁶ *İkinci durum* düşünüldüğünde ise, yani sonradan hükümsüz kalan sözleşmelerde, sözleşmenin

Kanun’un 5’inci maddesinde ve 4283 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin 6’ncı fıkrasında yapılacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir.

⁸³⁶ Heinrich de Wall, **a.g.e.**, s. 423.

ifasına başlanması nedeniyle ortaya çıkan zarar çoğunlukla menfi zararın çok üzerinde olacaktır. Bu nedenle özellikle bu tür sözleşmelerde culpa in contrahendo sorumluluğunun müspet zarar ile ilişkilendirilmesinin daha hakkaniyetli bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.⁸³⁷ Nitekim çağdaş hukuklardaki gelişim de bu yöndedir.⁸³⁸

Son olarak mevcut uygulamamızda, sözleşmenin işleyişinde idarenin sözleşme dışına çıkarak kamu gücüne dayanan işlemler yapması; özellikle idari sözleşmelerde sözleşme öncesi ile sözleşmenin bağının kurulmaması ve bu iki durumun tartışılabileceği bir sözleşme davası müessesesinin olmayışı; öte yandan idarenin özel hukuk sözleşmelerinde Yargıtay'ın sözleşme öncesi dönemdeki kusura bakış açısı ve sözleşmenin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşmeye dayandırılması culpa in contrahendo sorumluluğunun idare hukukunda işlerlik kazandırılması önündeki engeller olarak sıralanabilir. Bu durumlara Tezimiz kapsamında yeri geldikçe değinilmektedir.

⁸³⁷ Bu konuyla ilgili detaylı görüşlerimiz için Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c / (5). Sonradan Hükümsüz Hale Gelen Sözleşmelerin Tasfiyesinde Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanmanın Sakıncaları

⁸³⁸ Bu konuyla ilgili detaylı görüşlerimiz için Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / a. Ortaya Çıkan Zararın Menfi Zarar- Müspet Zarar Kapsamında Değerlendirilmesi

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEMDEN SORUMLULUĞU VE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN BU DÖNEME ETKİSİ

I. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

A. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu denilince akla idarenin siyasi, cezai ve mali sorumluluğu olmak üzere üç farklı sorumluluk türü gelse de, bu kısımda sadece “*idarenin mali sorumluluğu*” bir başka ifade ile idarenin hukuki sorumluluğu üzerinde durulacaktır.⁸³⁹ İdarenin mali sorumluluğu kısaca, idarenin idari fonksiyonunu yerine getirirken⁸⁴⁰ bir kişiye verdiği zararın idarenin malvarlığından zarar gören kişinin malvarlığına cebri olarak aktarılması anlamına gelmektedir.⁸⁴¹

1961 Anayasası’nın Yargı Yolu başlıklı 114’üncü maddesinin son fıkrasındaki “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” hükmü ile idarenin sorumluluğu açıkça kabul edilmiştir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme 1982 Anayasası’nın 125’inci maddesinin son fıkrasında tekrarlanarak, maddenin 1’inci fıkrasına “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü eklenerek son şeklini almıştır.

Günümüzde idarenin hukuki sorumluluğunun dayanağını yaygın şekilde “*hukuk devleti*” ilkesine ve onun yansıması olarak kabul edilen Anayasa’nın 125’inci maddesine dayandırılmaktadır.⁸⁴² DURAN, hukuk devleti ilkesinin bir

⁸³⁹ Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, 3. bs., Konya, Sayram Yayınları, 2018, s. 267.

⁸⁴⁰ Yazar, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sadece idari işlevden dolayı sorumluluğuna ilişkin başlıca sorunları incelediği eserinde “*Türkiye İdaresinin sorumluluğu teorisi*”nin “... yasama, yürütme ve yargılama faaliyetleri ile bunları ifa eden organ ve ajanların, yani tüm kamu gücünün ve personelinin mali mesuliyetini” kapsadığını belirtmektedir. Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 4.

⁸⁴¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1015.

⁸⁴² Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 368, Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 494.

temel olabileceğini kabul etmekle beraber, bu ilkenin dolaylı ve uzak bir temel teşkil edebileceğini, idarenin sorumluluğunun temelinin tazmin borçlusu ile tazminat alacaklısı arasındaki genel ilişkide bulunabileceğini bu anlamda sosyal devlet ilkesine dayanan “*imkân ve fırsat eşitliği*”nin dayanak olabileceğini belirtmektedir.⁸⁴³ Bunun yanı sıra bir grup yazar da idari sorumluluğun temelini “*sosyal devlet*” ilkesine dayandırmaktadır.⁸⁴⁴

İdarenin işlem ve eylemleri nedeniyle üçüncü kişilerin zararını tazmin etmeye yönelik sorumluluğu idarenin kusurlu sorumluluğudur. Buradaki kusur, idare hukukunun özellikleri çerçevesinde özel hukuktaki kusur kavramından farklı bir hal alır ve idare hukukunda “*hizmet kusuru*” olarak ifade edilir. İdarenin sorumluluğuna yol açan kusurun nesnel yani işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu ajanının kusuruna bakılmaksızın, kamu hizmetinin kurulması, işlemesindeki aksaklıkları ifade ettiği kabul edilmiştir.⁸⁴⁵

Bir başka husus da, idarenin sunduğu hizmet sayısının zaman içerisinde artmış olması nedeniyle üçüncü kişilere zarar verme olasılığının çoğalmış olmasıdır. İdare bazı faaliyetleri nedeniyle kusurlu bir hizmeti olmasa dahi bireylerin zarara uğraması halinde yine de sorumlu olacağı kabul edilmiş;⁸⁴⁶ böylece özel hukuktaki objektif sorumluluğa benzer bir durum olan *idarenin kusursuz sorumluluğu* ortaya çıkmıştır.

Son olarak, idarenin işlem ve eylemi nedeniyle idarenin bireylere vermiş olduğu zarardan dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için idari davranış, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bir arada olması gerekmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun ve başkaca Danıştay Dairelerinin birçok kararında “... *idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması,*

⁸⁴³ Duran; **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, s. 16.

⁸⁴⁴ Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, s. 271, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 843. Ayrıca YAYLA, Anayasa’nın 125’inci maddesinde idarenin sorumluluğunu düzenlemeseydi dahi sosyal devlet ilkesi bağlamında idarenin sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmektedir. Bkz: Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku, İdare İşlevi-İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı- İdarenin Sorumluluğu**, s.139.

⁸⁴⁵ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 368.

⁸⁴⁶ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 769 vd.

başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir”⁸⁴⁷ diyerek idarenin sorumluluğunun genel çerçevesi çizilmiştir. İdarenin kusursuz sorumluluğu bakımından ise “kusur” şartı aranmasına gerek bulunmamaktadır.

B. İdarenin Sözleşmesel Sorumluluğunun İdarenin Hukuki Sorumluluğu İçerisindeki Yeri

İdarenin hukuki sorumluluğu farklı kriterler göz önünde bulundurularak incelenebilir, ancak genel olarak “idarenin sorumluluğu” denilince haksız fiil sorumluluğuna dayanan, idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklı ve sözleşme dışı sorumluluğu akla gelmektedir.⁸⁴⁸ Ayrıca, idarenin faaliyetleri genel ve yaygın olarak idare hukuku alanında sonuç doğurabileceği gibi, özel hukuk alanında da sonuçlanabilir.⁸⁴⁹ İdarenin özel hukuka tabi işlemleri ve özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan sorumluluğunun özel hukuk kuralları doğrultusunda değerlendirileceği; bu nedenle de idare hukuku kapsamında olmayacağı vurgulanmaktadır.⁸⁵⁰

Bu genel sınıflandırma çerçevesinde idarenin sözleşmesel sorumluluğu konusunda bazı tespit ve eleştirilerde bulunmak yerinde olur:

Öncelikle doktrinde idarenin sözleşmesel sorumluluğu konusu, ki burada kast edilen idarenin idari sözleşmeleridir, idarenin (genel) sorumluluğu başlığı altında değil, idari sözleşmeler kapsamında sınırlı olarak incelenir.⁸⁵¹ Oysa idarenin

⁸⁴⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 24.11.2011 tarih ve 2007/2113 E., 2011/1468 K. sayılı kararı. **Benzer kararlar için Bkz:** ⁸⁴⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 2.12.2013 tarih ve 2010/2741 E., 2013/4312 K. sayılı kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 24.2.2011 tarih ve 2007/1884 E., 2011/88 K. sayılı kararı. **Kararlar için Bkz:** Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Haziran 2018), <http://www.kazanci.com>

⁸⁴⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1023.

⁸⁴⁹ Yazar idarenin adli yargıda karara bağlanacak özel hukuk sorumluluğunu “... idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan zararlar, sınav ve ticari kamu hizmetlerinden doğan zararlar, idarenin özel mallarının işletilmesinden doğan zararlar, fiili yoldan (idarenin haksız fiili) kaynaklanan zararlar, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlar ve ayrıca kanunlarla özel hukuka tabi kılınmış idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararlar” olarak sıralamaktadır. Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, s. 270.

⁸⁵⁰ Gürsel Kaplan, **a.g.e.**, s. 258.

⁸⁵¹ “İdari sözleşmelerde tarafların sorumluluğu, kamu hukuku kurallarına bağlı olmakla beraber, idarenin genel sorumluluk rejiminden farklı bulunduğundan, ayrı bir inceleme konusu yapılmak

sözleşmesel sorumluluğu, idarenin genel sorumluluğu başlığı altında sözleşmenin öncesindeki hazırlık işlemlerinden başlayan ve idarenin hem idari sözleşmeleri hem de özel hukuk sözleşmelerini kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gereken; idarenin genel sorumluluğuna göre özellik gösteren yani sözleşmeye bağlı bir sorumluluk türüdür. Nitekim ortada bir sözleşme olduğu durumlarda sözleşmesel sorumluluk sözleşme dışı sorumluluğu içine alacaktır.⁸⁵² Buna rağmen idare hukukunda çoğu durum sözleşmesel sorumluluk yerine genel sorumluluk kapsamında değerlendirilmekte; örneğin idarenin yaptığı sözleşmeye aykırı davranarak karşı tarafa zarar vermesi durumunda idari sorumluluğa gidileceği, bunun da yine idarenin işlem ve eyleminden yani idarenin sözleşme dışı sorumluluğundan kaynaklandığı ileri sürülmektedir.⁸⁵³

Bu görüş kısmen doğrudur, nitekim idarenin sözleşme içinde ve sözleşme ile ilgili zarara neden olan davranışı yine bir idari işlem veya eylemle gerçekleşeceği yani idarenin sözleşme dahil tüm hareketinin ancak idari işlem veya eylemle vücut bulacağı muhakkaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, idarenin buradaki hareketinden kaynaklı sorumluluğunun bir sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleşmesi nedeniyle idare hukukundaki genel sorumluluk esasından farklı ve özel olarak sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektirir. Bir başka ifade ile idarenin sözleşmesel sorumluluğu idarenin sorumluluğu konusu içerisinde yer alan özel bir alandır ve sözleşme hukukunun da özellikle dikkate alınması gerekir.

İkinci olarak, yukarıda belirttiğimiz üzere idarenin sözleşmeleri tabi oldukları hukuka göre “idari sözleşme” ve “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” olarak iki farklı kategoride değerlendirilmekte ve özel hukuk sözleşmesine ilişkin problemler tamamen idare hukuku alanın dışında tutulmaktadır. Doktrinde, idari sorumluluk ile idarenin özel hukuk sorumluluğunun aynı amaca yönelik olduğu belirtilmekle beraber, bu iki tür sorumluluğun birbirine karıştırılmaması gerektiği belirtilerek, özel

gerekir” demek, fakat Yazar sözleşmesel sorumluluğun genel idari sorumluluktan farklarını ortaya koymamıştır. Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, s. 2, Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 367.

⁸⁵² Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1016.

⁸⁵³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1018.

hukuk sorumluluğuna özel hukuk kuralları uygulanarak adli yargıda, idari sorumluluğun ise idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargıda bakılacağı vurgulanmaktadır.⁸⁵⁴

Bu ayrımın vurgulanmasının birçok nedeni vardır; geçtiğimiz yüzyılda dünyada ve Türkiye’de idare hukukunun temelleri atılıp bu genç hukuk dalının prensipleri sağlamlaştırılırken, idari sorumluluğun özel hukuk karşısında özerk olması⁸⁵⁵, bu anlamda kendi iç dinamikleri doğrultusunda farklı kurallara tabi olması, idari sorumluluğun ilkelerinin yargı kararları ile şekillenmesi gibi idari sorumluluğun özel hukuktaki sorumluluktan farklı yönleri vurgulanarak incelenme konusu olmuştur. Bir başka ifade ile 20. yüzyıl idare hukukunun genişlediği bir yüzyıl olmuştur. Bugün geline nokta ise idarenin sözleşmelerinin aksine bir ivme ile özel hukuk sözleşmelerine doğru kaydığı ve idari sözleşmelerin alanının daraldığı görülmektedir. Üstelik bu sözleşmeler özel hukuk alanında yer alsa dahi, Tezimizin başından bu yana belirttiğimiz üzere, içerisinde idare hukukuna ilişkin öğeler bulundurmakta, karma yapıli sözleşmeler ortaya çıkmaktadır, bu durum da her iki hukuk alanının birbirini dışlamak yerine kavram ve olguları birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.⁸⁵⁶

Kanaatimizce idarenin özel hukuk sözleşmelerinin alanının genişlemesi hem özel hukukta hem de idare hukukunda kusurlu sorumluluğun esasını oluşturan “kusur” kavramının yeniden ele alınması gerektiğine işaret etmektedir. İdare hukukunda yeterli düzenlemenin olmadığı hallerde ise, idare hukuku ilkelerine ters düşmemek kaydıyla, özel hukuktan yararlanılabileceği açıktır. Örneğin, idare hukukundaki kusur teorisinin (hizmet kusurunun) idare hukukunun kendi özellikleri ile birleşmesi sonucu medeni hukuktaki kusur sorumluluğundan farklılaştığını kabul etmekle beraber, kusur sorumluluğunun gelişiminin Roma Hukuku’ndan bu yana medeni hukuk çerçevesinde geliştiğini ve gerek kavramsal, gerekse uygulama

⁸⁵⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1022.

⁸⁵⁵ Bu nedenle idare hukukunun özel hukuk karşısındaki özerkliği açıklanırken 1873 tarihli Blanko kararına dayanılması doğaldır. Söz konusu kararda idari sorumluluğun Medeni Kanun’un hükümlerine tabi olmadığı ve “özel kuralları” olduğu vurgulanmaktadır. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1035.

⁸⁵⁶ Çınar Can Evren, “Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 95, 2011, s. 193.

anlamında daha genç olan idare hukuku alanında olduğundan daha çok tecrübeye sahip olduğunun da kabulü gerekir.⁸⁵⁷

İdarenin ister özel hukuk sözleşmesi olsun ister idari sözleşme olsun her iki sözleşmenin hazırlık aşamaları da dahil olmak üzere idarenin sorumluluğu altında incelenmesi hatta idarenin sözleşmelerinin yargısal denetimi için “sözleşme davası” müessesesinin isabetli olacağını düşünüyoruz. Nitekim, *idarenin hukuki sorumluluğu* idarenin idari işlem ve eylemleri ile üçüncü kişileri zarara uğratması nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmesi anlamına geldiğinden idarenin özel hukuka tabi işlemleri de idarenin sorumluluğu kapsamında ele alınması doğal olur. Her iki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar farklı yargı kolunda incelenecek olsa da, idarenin sorumluluk esası aynı temele dayanmaktadır ve her iki yargı kolunun birbirinden farklı ve birbirine paralel yaklaşımlarını bilerek ve birbirleri ile etkileşim içinde olmaları aynı konuya ilişkin farklı yargı kararlarının ortaya çıkmasını önleyeceğinden, içtihad gelişimi açısından konunun bütün olarak değerlendirilmesi sorunların çözümüne katkı sağlayacaktır. Ayrıca yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin içinde kamusal yetkilerin kullanılmasını gerektiren ve idari özellik gösteren ögeler de bulunmaktadır. Bu anlamda, idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin salt idare hukuku veya özel hukuka tabi olduğunu düşünmek artık mümkün değildir. Bugün artık içerdiği hükümler nedeniyle idarenin sözleşmeleri hem idare hukuku hem de özel hukukun birlikte değerlendirilmesini gerektirecek şekildedir. Şu hususu da eklemek gerekir ki, Danıştay incelemesinden geçen ve idare hukukuna tabi imtiyaz sözleşmesi olduğu gibi, konusu ve amacı aynı olmakla beraber tahkim şartı eklenerek özel hukuka tabi imtiyaz sözleşmesi de mevcuttur. Her iki sözleşmenin konusu ve amacının aynı olması karşısında uyuşmazlık neticesinde farklı yargı kollarında farklı sonuçlara ulaşılması olasıdır; ayrı yargı kolunun birbirinden farklı sonuca ulaşılması hakkaniyet bakımından da uygun olmayacağı muhakkaktır. Bu nedenle *idari sözleşmelerini* idarenin sorumluluğu içerisinde genel sorumluluk prensipleri kapsamında değerlendirmeye tutup, *idarenin özel hukuk sözleşmelerinin* incelenmesini ise bütünüyle özel hukuk alanına bırakarak, “idarenin sözleşmeleri konusu”nun mevcut düzenleme ve

⁸⁵⁷ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II*, s. 272.

uygulamalar ile gelişme göstereceğine inanmak gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle idari sözleşme ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında tabi oldukları hukuk bakımından keskin bir ayrım yapan görüşler yerine hangi yargı koluna tabi olursa olsun, uyuşmazlık konusuna uygulanacak hukukun, örneğin bu bir sözleşme hükmü ise sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi; hatta hukuki ilişkinin tümüne bakmak uygun olacaktır. Burada artık ait olunan alan değil, incelenen olgunun hukuki niteliği önem kazanmaktadır.

C. İdarenin Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Dönemin Yargısal Denetimi

Bu bölümde kısaca, idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemin hukuki karakterine değinilerek, sözleşme öncesi dönemin sözleşmeden ayrı (salt idari işlem olarak) algılanmasının ve sözleşme öncesi dönemin sözleşmeye dahil olarak görülmemesinin sakıncaları üzerinde durulacaktır.

İdarenin hem özel hukuk sözleşmeleri hem de idari sözleşmelerinde, sözleşmeden önceki dönem sözleşme dışı sorumluluk kapsamında idari aşama olarak kabul edilmektedir.⁸⁵⁸ Şöyle ki, sözleşme imzalanmadan önce sözleşmeye hazırlık safhasında idari işlem veya eylemden kaynaklanan uyuşmazlıklar imzalanan sözleşmeden bağımsız olarak iptal davası ya da tam yargı davası olarak idari yargıda denetlenmekte;⁸⁵⁹ sözleşmenin kurulmasından sonra ise sözleşme öncesi döneme ait sözleşmeden ayrılabilen idari işlemler hakkında hukuka aykırı olduğu iddiası ile menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası; kişisel hakları doğrudan zedelenenler tarafından tam yargı davası açılabilmektedir. Sonuç olarak, sözleşmeye hazırlık hareketi olarak yapılan işlem ise sadece bir “idari işlem” ya da “idari eylem” olarak ele alınmakta ardından imzalanan sözleşme ile bağlantısı kurulmamaktadır.

Oysa söz konusu sözleşmenin imzalanması amacı olmasaydı, idare bu işlem ve eylemi yapmayacaktı. Bu anlamda işlem ile sözleşme arasında çoğunlukla sebep-konu bağlantısı olduğu ortadadır. Bu bağlantı ise söz konusu işlemin sözleşmenin hazırlığına yönelik olduğunu göstermektedir. Ancak idarenin sözleşmeye hazırlık

⁸⁵⁸ Gürsel Kaplan, **a.g.e.**, s. 81.

⁸⁵⁹ Zehra Odyakmaz, **a.g.m.**, s. 47.

hareketi olarak bir işlem veya eylemde bulunması tek başına yeterli olmayıp, bu hareketin karşı tarafta sözleşmenin kurulacağına ilişkin bir güven de uyandırması gerekir. Örneğin, idarenin sadece bilgi edinme amacına yönelik olduğunu belirtmediği sürece, ihale açması idarenin sözleşme imzalama niyetini ortaya koyan bir hazırlık işlemidir, ayrıca idarenin ihale neticesinde ihale üzerinde kalan kişiyi sözleşmeye davet edeceği aşamada hukuken korunmaya değer ve geçerli bir neden olmaksızın ihaleyi iptal etmesi ve sözleşmeci adayını imza safhasında imzaya çağırması sözleşmeci adayının güvenini sarsacağı ve hayal kırıklığına uğratacağı ve bireyin bir takım maddi zararlara da uğrayabileceği ortadadır. Aynı şekilde sözleşmenin kurulmasından önceki döneme ait bir idari işlemin sözleşmenin kurulmasından sonra mahkeme tarafından iptal edilmesi, sözleşmenin geçerliliğini sakatlayacak düzeyde ise, sözleşmenin imzalanacağı konusunda idareye güvenmiş kişi bakımından söz konusu idari işleme salt bir idari işlem şeklinde yaklaşılması mümkün gözükmemektedir.

Yukarıda üzerinde durduğumuz her iki durumda da sözleşmeci tarafın sözleşmenin kurulacağına ve geçerli şekilde devam edeceğine duyduğu güven zedelenmiş olacaktır. Bu güven nedeniyle zarara uğraması söz konusu olacaktır. Gerek sözleşmenin hiç kurulmadığı veya kurulup önceki işlemin iptalinden dolayı geçersiz hale geldiği hallerde, idarenin bu alandaki sorumluluğu artık salt idari işlem veya eylemden kaynaklanan genel sorumluluk esasına değil, iptal edilen o işleme zincirleme olarak bağlı olan sözleşmeden kaynaklanan “*sözleşmesel sorumluluk*” esasına dayanılarak uğranılan gerçek zararın ortaya çıkarılması hakkaniyete daha uygun düşmektedir. İdarenin kusuru da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Öte yandan özel hukukun yerleşik sorumluluk kuralları gereği, ortaya çıkan sorumluluk sözleşmesel sorumluluğa veya haksız fiil sorumluluğuna dayanıyorsa artık tali sorumluluk sebebi konumundaki sebepsiz zenginleşme ve sözleşme benzeri sorumluluk sebeplerine başvurulmaz.⁸⁶⁰ Bunun nedeni, sözleşmesel sorumluluğun genel sorumluluk hükümlerine göre daha özel düzenleme teşkil etmesidir. Yine sözleşmesel sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan sorumluluğun aynı anda yarıştığı noktalarda Türk Borçlar Kanunu’nun

⁸⁶⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 532.

60'ıncı maddesi uyarınca, hakim zarar gören aksini istemiş olmadıkça ve kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi tazminat imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir.⁸⁶¹ Ayrıca zarar görenin hakların yarışmasında, ispat yükümlülüğü, zamanaşımı ve yardımcı kişinin sorumluluğuna ilişkin hususlar bakımından sözleşmesel sorumluluğu seçmesi kendi lehine olacaktır.⁸⁶²

Özetleyecek olursak, sözleşme öncesi dönemde tesis edilen işlemler sözleşme kurulmadan önceki “idari dönemde” tesis edildiğinden idare hukukuna tabidir. Fakat bu işlemlerle ilgili hukuki uyumsuzluklarda bu işlemlerin kurulmuş/kurulacak bir sözleşmenin hazırlık işlemi olduğu ve sonraki aşamada kurulan sözleşmenin iki tarafın ortak iradesi ile oluşmuş ve subjektif sonuçları olan bir işlem olduğu gerçeğinin göz önünde tutulması gerekir. Bu doğrultuda yapılan işlem sözleşmenin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir.

D. İdarenin Sözleşmelerinin Yargısal Denetimine İlişkin Bazı Konular

Konumuz esasen sözleşme öncesi dönemin niteliği ve yargısal denetimi olmasına rağmen, idarenin sözleşmelerinin yargısal denetimine ilişkin bazı sorunlara dikkat çekmenin sözleşme öncesi dönem ve bu dönemde yapılan işlemlerin sözleşmenin bir parçası sayılması gerektiğine ilişkin görüşümüz çerçevesinde konumuza katkı sağlayacağını düşünüyoruz. Bu bağlamda aşağıda, idarenin sözleşmelerinin yargısal denetiminin tam yargı davası üzerinden yapılmasının etkisi ve sözleşme davası uygulamasının varsayım ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

1. İdarenin Sözleşmelerinin Yargısal Denetiminde “Sözleşme Davası” Olmaması

Türk İdare Hukuku'nda sözleşmenin hazırlık aşamasından sözleşmenin ifasına kadar, hatta ifa sonrasında kaynaklanan uyumsuzlukların görüleceği ayrı bir “sözleşme davası” bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu kabul, az sonra inceleneceği üzere, kanuni bir zorunluluktan değil tamamen idari teamül haline

⁸⁶¹ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 468.

⁸⁶² Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1093.

gelmiş yargı kararlarından ve doktrin yorumlardan kaynaklanmaktadır. Bu kısımda sadece sözleşme davası mevcut olsaydı idarenin sözleşmelerinin yargısal denetiminde ne gibi farklılıklar olabilirdi, varsayımı üzerinde durulacaktır.

İdari yargıda, sözleşme öncesi dönem içerisinde sözleşmeye hazırlık işlemleri olarak yapılan idari işlemler ile sözleşmenin bağının kurulmuyor olmasının tek nedenini sözleşme davasının olmamasına bağlanması son derece iddialı bir ifade olur. Ancak sözleşme davasının olmayışı sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin bağının kurulmasını zorlaştıran önemli bir neden olduğu da inkâr edilemez bir gerçektir. Bu iddiamızı daha yakından inceleyecek olursak, *sözleşme davası mevcut olsaydı*, sözleşme hakimi sadece sözleşmenin iptali taleplerini değil, sözleşmeden ayrılabilir işlem niteliğindeki işlemlerin de iptali taleplerini de inceleyecek ve bu işlemlerin iptalinin sözleşmenin geçerliliğini etkileyeceğini farkında olarak, sözleşme ile bağlantısını düşünerek değerlendirilmeye alacaktı. Mevcut uygulamada psikolojik unsur dikkatten çoğu zaman kaçmaktadır, oysa hakimin idari işlemin iptaline (ya da reddine) yönelik kararı sözleşmenin devamı konusunda önem teşkil etmektedir.⁸⁶³ Nitekim klasik olarak herhangi bir işlemin iptali davasına bakan hakim, sadece işlemin unsurlarına odaklanıp iptali talep edilen işleme bağlı olarak sonradan yapılmış işlemleri ne şekilde etkileyeceğini hesaba katmaz iken, sözleşme hakimi konuya daha geniş çerçeveden bakmakla görevli olacaktır. Ayrıca, sözleşme davası kabul edilmiş olsaydı bu bakış açısının zorunlu kıldığı bazı hukuki enstrümanlar da geliştirilmiş veya yasal olarak düzenlemeler yapılması gerekli olmuş olabilirdi. Örneğin, Fransız İdare Hukuku'nda⁸⁶⁴, davaya bakan hakim işlemdeki hukuka aykırılığın giderilmesi için idareye veya diğer tarafa süre verebilir, böylece hukuka aykırılığın telafi edilerek sözleşmenin iptali yerine sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayıp, ortaya çıkacak zararı önleyecek tedbirleri alabilmektedir. Bir başka ifade ile, sözleşme öncesi tesis edilen idari işlemin iptali talep edildiğinde idari işlemin

⁸⁶³ Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, s. 168 vd.

⁸⁶⁴ Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, s.79, Gürsel Kaplan, *a.g.e.*, s. 155. Bir başka durum da ayrılabilir işlemin iptaline karar veren yargı yerinin kararın nasıl yerine getireceğine ilişkin idareyi zorlama yetkisine sahip olması halidir, nitekim Fransa'da 1995 tarihinde yasal düzenleme ile bu durum sağlanmıştır. A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 647.

sözleşmenin geçerliliğine etkisi sözleşme davası kapsamında ele alınıp, söz konusu işlemin sözleşme ile ilişkisi bir bütün teşkil edecek şekilde değerlendirilip, sözleşmenin feshi ve tazminat gibi hususlar sözleşmesel sorumluluk kapsamında karara bağlanabilirdi. Bu şekilde sözleşme öncesi idari işlemin iptalindeki kusur ve bunun sözleşmenin feshine etkisi de göz önünde bulundurulabilirdi.

Sözleşme davasının sağlayacağı bir başka avantaj da özellikle üçüncü kişiler tarafından sözleşmeye karşı iptal davası açılabilmesi ve bu dava görülürken verilecek yürütmenin durdurulması kararı veya davanın neticesinde verilecek iptal kararı ile sözleşmenin ortadan kaldırılması ile sözleşmeciler tarafların zarara uğramasının önüne geçilebilecek olmasıdır. Çünkü sözleşme davası ile sözleşmenin iptaline ilişkin dava açma hakkı sadece taraflara tanınacak olup, üçüncü kişilere menfaat ihlali kapsamında dar bir hak arama imkânı vereceğinden sözleşmenin tarafları için büyük avantaj sağlayacağı ortadadır.

Sözleşme davasının önündeki engellerden biri, idarenin ister idari sözleşme isterse özel hukuk sözleşmesi olsun sözleşme hukukuna uygun davranmak yerine tek taraflı buyurma gücünü elinde tutarak hareket etme eğilimde olması ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları yargı yolu ile çözmeye yönelmemesi olduğu söylenebilir. Bu faktör sözleşme davasının oluşmasına ve tarafların karşılıklı yüklenecekleri sözleşmesel sorumluluğun gelişmesine bir engel olarak gösterilebilir. Örneğin, idare sözleşmenin uygulanması sürecinde, sözleşmecinin hukuka aykırı olarak gördüğü bir hareketi karşısında yargıya başvurmak yerine elindeki kamu gücünü idari işlem vasıtası ile harekete geçirerek sözleşmecinin aleyhine idari yaptırım uygulamayı tercih etmektedir.⁸⁶⁵ Sözleşme öncesi idari dönemde tarafların eşitliği söz konusu değilken idarenin idari yaptırım uygulaması, yasallık ilkesine uygun olduğu sürece doğal karşılanabilir. Ancak özellikle sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmenin yürütülmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta idarenin sözleşmeci özel kişi aleyhine yargıda dava açmak yerine tek taraflı buyurma gücünü kullanarak idari

⁸⁶⁵ Sözleşmeci şirketin sözleşmeye aykırılığından bahisle sözleşme feshedilerek şirket malvarlığına idare tarafından tesis edilen idari işlem ile el konulmuştur. Söz konusu idari işlemin iptali için sözleşmeci taraf iptal davası açmıştır. Karar için Bkz: Danıştay 13. Dairesi'nin 31.5.2005 tarih ve 2005/5350 E., 2005/2879 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

işlem tesis etmesi genellikle sözleşmenin mali dengesini bozan bir durum teşkil etmektedir. Nitekim, bu durumda sözleşmeci taraf idarenin bu işlemine karşı iptal istemi ile idare mahkemesinde iptal davası ya da zarar tazmini için tam yargı davası açmak durumunda kalmaktadır. Ayrıca sözleşme davasının idari sözleşmelerden kaynaklan üçüncü bir dava türü olarak kabul edildiği takdirde, idare sözleşmenin uygulanmasını sağlamak üzere tek taraflı idari işlem tesis etmek yerine “*idari sözleşmelerden dolayı idari yargıda görülebilecek tek ihtimal olan idarenin özel kişiye karşı dava açma ihtimali bu davalarda mümkün*” olabilecektir.⁸⁶⁶

İdare hukukunda sözleşme davası sözleşme öncesi dönemin algılanmasını kolaylaştıracağı yönündeki tespitimizi tekrarlamakla beraber, sorunun çözümünde tek başına yeterli olmayacağını da belirtmek isteriz. Nitekim, sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin bağlantısının kurulmasında daha serbest bir yaklaşım içerisinde olan Yargıtay’ın konuya bakışı da sorunu tam olarak çözmeye yetmemektedir. Yargıtay’ın görüşünü tekrar edecek olursak;⁸⁶⁷ Yargıtay sözleşmenin imzalanması ile birlikte sözleşmenin artık hazırlık dönemi için yapılan işlemler ile birlikte bir bütün oluşturduğunu kabul ederek, uyuşmazlığın özel hukuka ait bir problem olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak Yargıtay, bu kabulü ile beraber bu döneme ilişkin bir işlemin önceki bir idari yargı kararı ile iptal edilmiş olmasına ve bu iptal kararının uygulanmasını “yargı kararını uygulamak” kapsamında ele alarak bunun idarenin kusurunu ortadan kaldıran bir husus olduğunu belirtmektedir. Oysa idarenin sözleşme öncesinde sözleşmenin hazırlığı bağlamında tesis ettiği işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi o işlemin hukuka aykırı olduğunu, bunun da ister özel hukuk isterse idare hukukunda işlemi tesis eden tarafın kusurlu olduğunu göstermektedir. Sözleşme davasının hakimi idari işlemin hukuka aykırılığından kusur değerlendirmesi yapacağından, Yargıtay’ın kanaatimizce isabetli olmayan yaklaşımının etkisi de ortadan kalkmış olacaktır. İdare hukukunda kusur kavramının algılanışı üzerinde ileriki bölümde durulacağından burada Yargıtay’ın mevcut

⁸⁶⁶ Aydın Gülan, **İdari Yargılama Hukuku Ders Notları / İdari Yargıda Dava Türleri**, s. 20. (Alıntı için Bkz: Elektronik kaynak; İstanbul Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ders Gereçleri / Derslerdeki Sunumlar/ “**idari-yargıda-dava-turleri**” dosyasından alınmıştır. (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idarehukuku.hukuk.istanbul.edu.tr/wpcontent/uploads/2016/12/idari-yargıda-dava-turleri.pdf>

⁸⁶⁷ Tezin II. Bölüm/ B. SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

durumda konuya yaklaşımının da soruna çözüm getirecek nitelikte olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.⁸⁶⁸

2. İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tam Yargı Davası Kapsamında Olması

Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü *idari sözleşmelerden* dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda idari yargı görevlidir. İdari davalar İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinde “*iptal davası*”, “*tam yargı davası*” ve “*idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” olmak üzere üç tip olarak sayılmıştır. İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir sözleşmeye dayanması ve sözleşmenin de iki tarafın iradesi ile oluşan kişisel ve subjektif özellikte olması nedeniyle, iptal davası gibi menfaat ihlalinin sağlayan herkes tarafından kolayca iptalinin talep edilememesini sözleşmelerin tam yargı davasına dahil olması gerektiğine kanıt olarak gösterilmektedir.⁸⁶⁹ Ayrıca, Kanun’da idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak üçüncü bir madde olarak düzenleme yapılmasının nedenini ayrı bir “*sözleşme davası*” olduğunu belirtmek için değil; idari sözleşmelerden kaynaklanan davaların da idari yargının görev alanı içinde olduğunu belirtmek olduğunu ileri süren görüşler vardır.⁸⁷⁰ Ancak Türk Doktrini’nde ağırlıklı olarak idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların *tam yargı davası* olduğu kabul edilmekle beraber,⁸⁷¹ (c) bendinde belirtilen dava türünün ayrı bir sözleşme davası olabileceğini kabul eden yazarlara da rastlanmaktadır.⁸⁷²

⁸⁶⁸ Tezin III. Bölüm / B / 2. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Kusur ve Kusurun Belirlenmesinin Önemi

⁸⁶⁹ Yazar, Fransa örneğinden yola çıkarak taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi üzerine diğer tarafın tam yargı davası yerine iptal davası açması halinde, hakimin bunu yine de tam yargı davası olarak değerlendirecek, karşı tarafın sözleşmeyi fesih etmesini haksız bulması halinde fesihe ilişkin işlemi iptal edebileceğini belirtmektedir. Gürsel Kaplan, **a.g.e.**, s. 146, 153.

⁸⁷⁰ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 14. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s. 163-164; Aktaran: Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt II**, s. 211.

⁸⁷¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 211, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s. 649.

⁸⁷² Aydın Gülan, **İdari Yargılama Hukuku Ders Notları / İdari Yargıda Dava Türleri**, s. 20.

Kanun'un lafzına bakıldığında, idari davaları üçe ayırarak bunlar arasında idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için açılacak davaları üçüncü bent olarak sayılıyor olması, yukarıda bahsettiğimiz üzere, üçüncü bir idari dava türü olarak yorumlanmaya müsaittir, ancak Kanun'un üçüncü dava türünü bir zorunluluk olarak ortaya koyduğuna yönelik değerlendirme yapmak doğru olmaz. Nitekim, Kanun'un başka kısımlarında ayrıca başka idari kanunlarda ayrı bir sözleşme davası düzenleneceğine ilişkin özel bir hükme rastlanmamaktadır. Bu özel düzenlemelerin yapılmamış olması kanun koyucu tarafından bilinçli bir boşluk olarak bırakılmış olabileceği; kanun koyucunun birçok kavramda olduğu gibi bu alanda da kavramın uygulama ve yargı kararları ile şekillenmesini istemiş olabileceği şeklinde yorumlanabilir.

Kanun'un gerek genel gerekçesi, gerekse madde gerekçesinde dava türlerinin üçe ayrılmasına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş olduğundan tartışmalara son verecek bir yorum getirmek mümkün değildir.⁸⁷³ Öte yandan yetkiye ilişkin düzenleme yapılırken İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 36'ncı maddesinde "*İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davaları*" ifadesine yer verilmiştir. Burada idari sözleşmelerin tam yargı davasına tabi olduğu şeklinde doğrudan bir düzenleme yapılmamış ancak, idari sözleşmeler dışında kalan tam yargı davaları denilerek, idari sözleşmelerin hâlihazırda tam yargı davasına tabi olduğu, bunun haricinde başkaca tam yargı davası olacak davaların olacağı belirtilmiştir. Kanun koyucunun dolaylı şekilde bir düzenleme yaptığı ileri sürülmektedir.⁸⁷⁴

Kanaatimizce, ilgili Kanun'un 36'ncı maddesine rağmen, 2'nci maddesinin (c) bendinde düzenlendiği şekli ile bir sözleşme davasının olduğunu düşünmek mümkündür. Başka bir ifade ile, Kanun'daki düzenlemenin mevcut uygulamamız ve

⁸⁷³ Kanun'un genel gerekçesi, kanun tasarısı ve komisyon raporları incelendiğinde dava türlerinin üç bent şeklinde sıralanmasının ve idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar şeklinde düzenlenen madde metninin gerekçesinin belirtilmediği görülmektedir. Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği İdari Yargılama Usulü Kanun metninde "İdarî Dava Türleri ve İdarî Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2'nci maddesinde idari dava türlerinin yine üç ayrı bent halinde sayıldığı, "iptal davası" ve "tam yargı davası" sayıldıktan sonra c) bendinde "*Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*"ın ayrı şekilde belirtildiği görülmektedir. Bkz: 20.1.1982 gün ve 17580 sayılı Resmi Gazete veya Gelir İdaresi Başkanlığı web sitesi (Çevrimiçi, Haziran 2018), http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/VUK/cilt_4_2577_sayili_kanun.pdf

⁸⁷⁴ Ahmet İstek, **Tam Yargı Davalarında Maddi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, Haziran 2017, s. 384.

yargının aksi görüşlerine rağmen sözleşme davasının üçüncü tip dava türünün yasal zeminini oluşturmamasını engellemediğini söyleyebiliriz. İdare hukukunun birçok müessesesi gibi idari davalara ilişkin de detaylı bir açıklama yapılmamış olup, konu yargı kararları ve doktrindeki görüşler ile şekillenmesi sağlanmış olabilir. Mevcut durumda uygulama ve yargı kararları idari sözleşmeler için ayrı bir idari dava olmadığı yönünde gelişerek sözleşmelerin yargısal denetimi bugünkü halini almıştır. Bu konuda tereddütü ortadan kaldırmak adına, yasal bir düzenleme yapılarak sözleşme davasının düzenlenmesi tartışmaları ortadan kaldıracağı kanaatindeyiz.

3. Tam Yargı Davasının İdari Sözleşmelerin Denetimi Bakımından Yeterliliğinin Sorgulanması

Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar ve tam yargı davası esasen konumuz dışındadır. Ancak tam yargı davasının idari sözleşmelerin denetiminde yetersizliğini incelemenin Tez konumuza katkı sağlayacağını düşündüğümüzden değinme gereği duyduk.

Uygulamamızda, idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda açılacak dava, *tam yargı davasıdır*⁸⁷⁵ ve bilindiği üzere idare hukukunda *tam yargı davası* idarenin bir işlem, eylem veya eylemsizliği sonucu bireyin zarara uğraması karşısında açılan davadır.⁸⁷⁶ İdari sözleşme nedeniyle tam yargı davası açılabilmesi için her şeyden önce sözleşmenin imzalanmış olması ve sözleşmenin uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlığın çıkması gerekmektedir. İdarenin sözleşme imzalanmadan önceki işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar idarenin sorumluluğu kapsamında olmakla beraber, idari sözleşmeden değil idari işlem veya

⁸⁷⁵ Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 212.

⁸⁷⁶ Tam yargı davasının genel olarak dört farklı durum için açılabileceği kabul edilmiştir: İdarenin işlem ve eylemi nedeniyle bireye vermiş olduğu zarar *tazminat davası* ile tazmin edilir; haklı bir neden olmaksızın idarenin malvarlığına geçmiş malın ya da paranın iadesi *istirdat/geri alma davası* ile istenir; *idari sözleşmelerin uygulanmasından doğan davalar* ve fazla/yanlış tahsilattan kaynaklanan *vergi davaları* da yine tam yargı davası kapsamında değerlendirilir. Emel Dal, Uğur Y. Demir, “Tam Yargı Davaları”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, S. 4, 2006, s. 69 vd. Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 207, A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 709.

eylemenden (idarenin genel sorumluluğundan) doğan iptal veya tam yargı davası olarak kabul edilirler.⁸⁷⁷

Tam yargı davası, idari bir işlemin unsurlarının hukukiliğinin değerlendirilerek iptal edilmesinin talep edildiği iptal davasına göre daha geniş alanı kapsamaktadır. Örneğin, davacı tam yargı davası ile kural olarak bir zararın tazmin edilmesini isteyebileceği gibi bir hakkın yerine getirilmesini, bir saldırının durdurulmasını, eski durumunun geri getirilmesini, bir şeyin aynen iadesini de isteyebilir.⁸⁷⁸ Ayrıca tam yargı davası sonucunda, iptal davasında verilen iptal kararında olduğu gibi idarenin önceki işleminin yerine bir karar almasına gerek kalmamaktadır.⁸⁷⁹ Yine tam yargı davası yolu ile sözleşmenin ifasında taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi, sözleşmedeki yükümlülüğüne uymaması gibi durumlar nedeniyle sözleşme tarafının bu hukuka aykırılığı durdurmak, zararını tazmin etmek, karşı tarafı edimini yerine getirmeye zorlamak gibi sözleşmeden doğan haklarını talep ve dava edebileceği kabul edilmektedir. Fransız uygulamasındaki son gelişmeler uyarınca, gerek sözleşme tarafları gerekse hak ihlali şartını sağlayan üçüncü kişiler tarafından idari sözleşmelerdeki hukuka aykırılıklara karşı tam yargı davası açılabilir, hakim hukuka aykırı bulduğu işlemin geçersizliğine karar vererek sözleşmeyi kısmen veya ağır ihlal olan durumlarda tamamen iptal edip veya hukuka aykırılığın giderilmesine yönelik tedbirler alabilmektedir.⁸⁸⁰

Türk Hukuku açısından ise tam yargı davası çok büyük oranda tazminat ödenmesinin talep edildiği bir dava çeşidi olduğu için “tazminat davası” olarak anılmaktadır; buna karşın yukarıda sıralanan diğer taleplerin de karşılanabileceği özel hukuktaki “murazanın men-i” türünde taleplerin yerine getirilebileceği bir eda davası türü olarak işlerlik kazandırması mümkündür.⁸⁸¹ Ancak, Türk Hukuku açısından uygulamada tam yargı davalarında nakdi ödeme ile gerçekleşen zarar tazmini haricinde daha geniş (örneğin aynı) taleplerde bulunulabilmesi ve hakim

⁸⁷⁷ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 738, Emel Dal, Uğur Y. Demir, **a.g.m.**, s. 69 vd.

⁸⁷⁸ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 710.

⁸⁷⁹ Gürsel Kaplan, **a.g.e.**, s. 157.

⁸⁸⁰ Gürsel Kaplan, **a.g.e.**, s. 164.

⁸⁸¹ Aydın Gülan, **İdari Yargılama Hukuku Ders Notları, İdari Yargıda Dava Türleri**, s. 20.

bu yönde hükümde bulunabilmesi büyük çoğunlukla teoride kalmaktadır. Bir başka ifade ile, idarenin para dışında bir tazmin şekline mahkûm edilmesin uygulamada kararın yerine getirilmesini zorlaştıracak gerekçesi ile sadece para ile tazmin şeklinde karar verilmektedir.⁸⁸² Mevcut sistemimizde, tam yargı davasına ilişkin sorumluluk nedenleri düzenlenmiş değildir, bu alan özel hukuktan da yararlanılarak yargı tarafından geliştirilmiştir.⁸⁸³ Tam yargı davası ağırlıklı olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sorumluluk esaslarından haksız fiil sorumluluğuna göre görülmektedir.⁸⁸⁴

İdari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların her ikisinin çözümünde haksız fiil sorumluluğuna ve sözleşmenin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda tali özellik gösteren sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılmaktadır. Oysa idarenin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda sorumluluk esası “sözleşmesel sorumluluğa” dayanmalıdır. Çünkü, idari sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklardan kaynaklanan zararın hesaplanması haksız fiil sorumluluğunun neden olduğu zararın hesaplanmasından daha karmaşık ve kapsamlı süreçleri gerektirmektedir. Nitekim sözleşme sıradan bir idari işlem değil, iki tarafın karşılıklı iradesinin uyuşması ile oluşan işlemlerdir. Sözleşme kurulduktan sonra, her ne kadar idare sözleşmede tek taraflı hak ve yetkilerinin bir kısmını kullanabiliyor ve bu işlemlere karşı ayrılabilir işlem kuramı işletilebiliyor olsa da, özellikle sözleşmenin mali dengesinin bozulmaması adına sözleşme hukuku hakim olmalıdır. İdari sözleşmeler için geliştirilmiş tazminat sisteminde idare sözleşmenin tarafı olarak sözleşmenin mali dengesini bozarak sözleşmeci tarafın sözleşmeden kaynaklanan parasal ve haklı beklentisini boşa çıkaracak veya zayıflatacak hareketlerde bulunursa

⁸⁸² Emel Dal, Uğur Y. Demir, **a.g.m.**, s. 69 vd., Turan Yıldırım, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, **Danıştay’ın 133. Kuruluş Yıldönümü Toplantısı, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi** ISSN: 1303-5134, 2006, s. 8; Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Ekim 2018), <https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/download/57/55>

⁸⁸³ Emel Dal, Uğur Y. Demir, **a.g.m.**, s. 69.

⁸⁸⁴ Ahmet İstek, **a.g.e.**, s. 191. Türk Borçlar Kanunu’nun 55’inci maddesinin 2’nci fıkrası ile bedensel zarar ve destekten yoksun kalma konularında özel hukuktaki kuralların idare hukukunda da uygulanacağı açıkça düzenlenmiş ise de özellikle konumuz bakımından önem arz eden ve çoğunlukla malvarlığına verilen zararın hesaplanması konusunda idare hukukunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

veya sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın feshederse sözleşmeci tarafın uğradığı bu zararı tazmin etmek zorundadır.⁸⁸⁵

Son olarak, sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümü için üçüncü bir dava türü olarak sözleşme davasının kabul edilmeyip, yerine tam yargı davasının tazminat sağlama haricinde diğer nitelikleri ile birlikte işlerlik kazandırılması sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümünde verimli ve etkin olabilir. Nitekim tam yargı davasının sadece aynı ödeme vasıtası olmayıp, tarafların eda niteliği taşıyan birtakım taleplerine de cevap verebilecek bir dava türü olarak işlerlik kazandırılması halinde anlamlı olur.

II. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA KUSUR ANLAYIŞI VE HİZMET KUSURU İLİŞKİSİ

Bu bölümde öncelikle idarenin sorumluluğunun önemli bir adımını oluşturan *kusur kavramı* incelenerek, idare hukukundaki yansıması olan *hizmet kusuru kavramı* ile ilişkisine değinilecektir. Sonrasında Tezimiz bakımından önem arz eden yönü ile, sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin kurulamaması ya da geçerli olarak kurulduğu düşünülen sözleşmenin geçersiz hale gelmesinde sözleşmeci taraf veya idarenin kusuru olup olmadığı ve bu tespitin önemi incelenecektir.

A. Kusur, Hukuka Aykırılık ve Hizmet Kusuru Kavramlarının İlişkisi

İdarenin sorumluluk sebebinin şartlarından biri olan kusura idare hukukunda *hizmet kusuru* denilmektedir. Genel olarak hizmet kusuru idarenin kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde ortaya çıkan kusura dayanan bir sorumluluğu ifade eder.⁸⁸⁶ Kısacası idare organizasyon ve faaliyetlerini baştan iyi düşünüp planlayamadığı, sunması gereken hizmeti geç veya kötü sunduğu ya da hiç yerine

⁸⁸⁵ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku İdare İşlevi- İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı- İdarenin Sorumluluğu*, s. 139.

⁸⁸⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III*, s. 1694.

getiremediği için kusurlu sayılmaktadır.⁸⁸⁷ İdarenin bir hareketi gerçekleştirmesi gibi hareketsizliği de hukuka aykırılığı meydana getirebilir. Ayrıca, takdir yetkisinin kötüye kullanımı ya da bu yetkinin dışına çıkılması da hukuka aykırılık teşkil edebilir.⁸⁸⁸ İdarenin kusuru sayılan tüm bu durumlarda, hareketi fiilen yerine getiren idare ajanının işlemi gerçekleştirmedeki kişisel kusuru hesaba katılmaz, bir başka ifade ile idarenin ajanının görevi nedeniyle yapmış olduğu idari işlem ve eylemdeki kusuru kişiselleştirilmez.⁸⁸⁹ İdare hukukundaki kusur kavramının özel hukukta genel olarak kabul edilen kusurluluk durumundan farklı yanları olduğu,⁸⁹⁰ idarenin çeşitli tüzel kişilerden oluştuğundan ve idarenin işlem ve eylemlerinin idarenin ajanları tarafından yerine getirildiğinden kusur sorumluluğunun özellikle sübjektif niteliği ve gerçek kişilere özgü kasıt, ihmal, dikkatsizlik gibi unsurları idare hukukunda geçerli olmayacağı belirtilmektedir.⁸⁹¹ Bu nedenle kişilik dışı, soyut, objektif özelliği olan ve anonim hale gelmiş bu kusurlu durum idarenin kusuru sayılır ve “*hizmet kusuru*” adını alır.⁸⁹² İdare hizmet kusuru nedeniyle “*doğrudan doğruya ve aslen*” sorumlu olur.⁸⁹³

“*Hizmet kusuru*” kavramının kullanılması bazı hallerde bir takım algı karmaşasına neden olmaktadır. İdare herhangi bir konudaki hizmetini genel olarak

⁸⁸⁷ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, s. 26.

⁸⁸⁸ Yazar, bir ruhsat alınmasını gerektirecek faaliyetler nedeniyle idarenin ruhsat talebine yönelik başvurularda kişiye cevap vermeme veya geç cevap verme durumlarının ancak kanunda düzenlenmiş olan sürenin geçirilmesi halinde ya da keyfi olarak cevap verilmemesi halinde hukuka aykırılığın oluşabileceğini, aksi halde kişinin idareyi cevap vermeye zorlayamayacağını, idarenin işlerin seyri ve cevap verme konusunda takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Yazarın işlerin yürütüşü hakkında idarenin bs. yapılamayacağı konusundaki düşüncesine katılmakla birlikte, idarenin kendisine başvurululan konu hakkında olağanın dışında bir sürede cevap vermemesi sonucu, kişinin bir zarara uğraması söz konusu oluyorsa, o halde idare bu işlemin yapılmaması nedeniyle uğradığı zararı idareden talep edebileceğini düşünüyoruz. Tuncay Armağan, **a.g.e.**, s. 67.

⁸⁸⁹ Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, s. 270. Ancak bu durum bazı Yazarlar tarafından, kamu personelinin zarar doğuran hareketinin görevi ile ilgili olduğunda artık haksız fiili aşacağından ve daha karmaşık bir davranış biçimi haline geleceğinden, basitçe haksız fiil sorumluluğuna indirgenemeyeceği yönünde eleştirilmektedir. Cüneyt Ozansoy, “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları No: 53, Danıştay Matbaası, 1991, s. 80.

⁸⁹⁰ Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, s. 270.

⁸⁹¹ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, s. 12, 24.

⁸⁹² Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 233.

⁸⁹³ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, s. 27.

nasıl yürütüyor olursa olsun⁸⁹⁴, hukuka aykırı bir işlem veya eylem gerçekleştirdiğinde idare hukukundaki karşılığı ile *hizmet kusuru* işlemiş olmaktadır.⁸⁹⁵ İdarenin hizmet kusuru işlemiş olması için hizmet verdiği alanın tümünde hizmeti kötü yürütmesi gerekmez, bilakis o işlem veya eylem bazında bir *hizmet kusuru* oluşmakta, bir başka ifade ile sadece söz konusu işlem veya eylem bazında *hukuka aykırı davranmış* olmaktadır. Yani kusur doğrudan tüm hizmetin yapısında aranamaz;⁸⁹⁶ aksine kusurlu sayılan hareket tek ve olaya özgü olarak değerlendirilmelidir. Bu bu iki algılama arasındaki fark, hayati öneme sahiptir. Nitekim yargı kararlarında idarenin hizmet kusurunu daraltıcı şekilde kararlar verildiğini görmekteyiz. Burada, *hizmet kusuru kavramının kullanılmasının idarenin yürüttüğü hizmetlerin bütününe yönelik bir eksikliği talihsiz biçimde çağrıştırmasının etkisi büyüktür.*

Hizmet kusurunun doğru algılanabilmesi için *hizmet kusuru ile hukuka aykırılık arasındaki ilişkinin* ortaya konulması gerekmektedir. Doktrin ve uygulamada kabul edildiği üzere, kusur daima hukuka aykırı bir davranış ya da fiildir; bir başka ifade ile kusurlu davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir.⁸⁹⁷ Nitekim, biraz önce vermiş olduğumuz örneklerde hizmet kusuru için idarenin hizmetinin bütününde oluşan bir eksiklikten değil de idarenin işlem veya eylemindeki bir hukuka aykırılığın varlığından kaynaklandığına dikkat çekmeye çalıştık. Bu münferit hareket elbette idarenin bir hizmetinin parçasını teşkil eder. Ancak kusur hizmetin bütününe ilişkin sayılamaz. Şu halde, idarenin bir işlemi hukuka aykırı ise bu işlemin aynı zamanda kusurlu da olduğunu söyleyebiliriz.⁸⁹⁸ Tersine bir söylem ile, idarenin bir işlemi ya da eylemi hukuka aykırı değilse o halde

⁸⁹⁴ Örneğin, idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında uyguladığı orantısız güç nedeniyle kişinin beden bütünlüğüne zarar vermesi hukuka aykırı bir eylemdir, hizmetin o an hatta sadece zarar gören kişi bakımından, kötü işlemesinden ötürü hizmet kusuru gerçekleşmiş olur, ancak bu durum örneğimizde idarenin tüm kolluk faaliyetinin kötü işlediği anlamına gelmez. Başka bir örnek; idarenin bayındırlık hizmeti sırasında vincin bir kişiyi yaralaması ya da hukuka aykırı bir işlem ile bir kişi aleyhine idari para cezası verilmesi ya da sözleşmenin idarenin yetkisiz bir ajanı tarafından imzalanması ve benzeri.

⁸⁹⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, s. 373.

⁸⁹⁶ SARICA'ya göre; idarenin sorumluluğunu idarenin kullandığı kamu ajanlarının seçiminde ya da bu kişilerin kendi kusurlarında değil, *doğrudan hizmetin yapısında aramak* gerekmektedir. Ragıp Sarica, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", *İÜHFİM*, C. XV, S. 4, 1949, s. 858 vd.

⁸⁹⁷ Fikret Eren, *a.g.e.*, s. 530.

⁸⁹⁸ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, s. 1062.

idare kusurlu da değildir.⁸⁹⁹ Bu anlamda hukuka aykırılık ile kusur arasında bir paralellik bulunmaktadır.

Doktrinde ve Danıştay kararlarında, idari işlemin yetki ve şekil (usul) unsurlarındaki hukuka aykırılıkların kusur teşkil etmeyeceği, bu unsurlardaki hukuka aykırılıklar nedeniyle iptal edilen işlem nedeniyle tam yargı davası açılmayacağı ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak da, yetki ve şekil (usul) bakımından hukuka aykırılıkların idare tarafından sonradan telafi edilebileceği gösterilmektedir.⁹⁰⁰ Bu görüşe katılmak mümkün değildir, nitekim bir idari işlemin herhangi bir unsurundaki hukuka aykırılık idarenin kusurlu olduğunu göstermektedir. İdari işlemin iptal edilmesi hukuka aykırı olması ile ilgilidir. Tazminat talep edilmesi ise idarenin işlem ya da eyleminden kaynaklı bir zararın oluşmasına bağlıdır. Danıştay bir kararında bu durumu, “...kamu hizmetini yürüten idarenin tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için, idarenin eylem veya işlemi sonucu kişilere zarar verilmiş olması; kişilerin uğradığı zararlar idarenin eylem veya işlemi arasında nedensellik bağı bulunması gereklidir” ifadesi ile sorumluluğun şartlarını özetlemiştir.⁹⁰¹

Bu bağlamda, zarar yoksa kusur (hukuka aykırılık) olsa bile sorumluluk da olmayacaktır.⁹⁰² Hukuka aykırılığın olduğu durumlarda kusur yoktur diyemeyiz, ancak kusur olup zarar oluşmamışsa sorumluluk oluşmayacaktır, bu doğal bir sonuçtur; çünkü kusurun olması tek başına yeterli olmayacaktır. Bu anlamda, idarenin her kusurlu (hukuka aykırı) hareketinin bir zarara neden olup olmayacağı belirsizdir. Dolayısıyla, idari işlemin yetki ve şekil (usul) unsurlarındaki hukuka aykırılıklar dolayısıyla eğer ortaya bir zarar çıkmışsa idare idarenin sorumluluğu kapsamında söz konusu zararı tazmin etmek zorundadır. Çünkü hukuka aykırılığı yargı tarafından tespit edilip de iptal kararı verilen bir işlem yerine idarenin yeni bir işlem yapacağı ve hukuka aykırılığı düzelteceği kesin değildir. Her ne kadar iptal kararları geriye yürüyüp işlemin ilk yapıldığı ana dönülmesi idare tarafından

⁸⁹⁹ İdarenin kusursuz sorumluluğu bu konu dışında olup, idarenin bazı durumlarda hukuka uygun hareketleri dahi sorumluluğunu doğurabilir nitelikte olabilir.

⁹⁰⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1063.

⁹⁰¹ Danıştay 10. Dairesi’nin 6.2.1985 tarih ve 1983/132 E., 1985/173 K. sayılı kararı. Benzer tanım için Bkz: Danıştay 9. Dairesi’nin 20.10.1982 tarih ve 1982/366 E., 1982/4438 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹⁰² Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 499, 547.

sağlanması zorunluluğu olup, idare buna uymak zorunda ise de idarenin bu kurala uyması hâlihazırda ortaya çıkmış zararın tazmini anlamına gelmeyecek ancak zararın artmasını engelleyecek nitelikte olacaktır. Hukuka aykırılık (kusur) teşkil eden bu işlemlerin kusurlu olmadığı ve bu hataların idare tarafından düzeltilerek aynı işlemin tekrar yapılabileceğinden bahisle, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir istisna yaratılması doğru değildir.

Bu konuda yargı kararlarının da maalesef doktrinin çoğunluğu ile benzer yaklaşım içinde olduğunu görüyoruz. Örneğin Danıştay bir kararında “*idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının yetkili makamca yeniden işlem tesisine engel oluşturmayacağı, ... idarenin tazmin borcunu doğuracak bir hukuki sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varıldığı*” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir⁹⁰³ Benzer bir şekilde “*...idare, yetkisizlik nedeniyle iptal edilen bir işlem yerine hemen ve kolaylıkla yenisini yapabilme olanağına sahipse hizmet kusurundan söz edilemez*” şeklinde görüş bildiren Danıştay tetkik hakiminin görüşüne uyarak ilk derece mahkemesinin “*...her ne kadar kapatma ve ruhsat iptaline ilişkin kararlar yargı yerince iptal edilmişse de, iki ayrı ilde genelev işlettiği sabit olan davacının tüzük hükümlerine aykırı hareket ettiğinin açık olduğu, işlemin yetki yönünden iptal edilmiş olmasının davacının hukuka aykırı hareketini haklı göstermeyeceği, genelevin kapalı kaldığı dönemlere ilişkin olarak meşru kabul edilebilir bir zararın meydana geldiğinden söz edilmesinin ve bu zararın tazmininin mümkün olmadığı*” gerekçesiyle davacının tazminat isteminin reddine karar verdiği kararı onamıştır.⁹⁰⁴ Görüşümüze göre, yetki ya da şekil kurallarına

⁹⁰³ Danıştay, yetkisiz makam tarafından da olsa doğru bir karar verildiğini vurgulamaktadır. Oysa, kapatma kararı yetkisiz bir makam tarafından alınmıştır ve bu işlem hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilmiştir. Burada idarenin yetkisiz makamının yaptığı hukuka aykırı işlem idarenin kusurunu oluşturur. Bu işlem nedeniyle bireyin uğramış olduğu zararı tazmin talep etme hakkı vardır. Bireyin eksik belge ile bir işletme işletmesi ise şartlarını taşıması halinde idari para cezası ve kapatma tedbirine konu olabilir. Bu yaptırımı uygulayabilecek makam ise yetkili makamdır. Bireyin yaptığı yanlışlığın yetkisiz bir idare tarafından işleme maruz kalması uygun değildir. Danıştay 10. Dairesi’nin 4.10.1996 tarih ve 1995/964 E., 1996/5781 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>, Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1064-1065.

⁹⁰⁴ Danıştay 10. Dairesi’nin 20.11.1995 tarih ve 1994/5015 E., 1995/5773 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>, Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1064-1065, Ramazan Çağlayan, a.g.e., s. 501.

aykırı olarak tesis edilen bir işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ise, idare yetkisiz mercii tarafından işlem tesis etmesi nedeniyle hukuka aykırı hareket etmiştir ve bu nedenle idare kusurludur, işte bunun adı hizmet kusurudur. İptal edilen bu işlem nedeniyle kişi zarara uğramış ise söz konusu olan hak ihlalidir; kişi zararını idareden isteme hakkına sahiptir. İdarenin sonradan şekil unsurunu düzelterek işlemi tekrar yapması kişinin (işlem ikinciye doğru mercii tarafından yapılınca) kadar uğramış olduğu zararını gidermeye faydası olmayacağı ve zararın artık oluştuğu hatta belki artmakta olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. İşlemin sonradan hukuka uygun şekilde tesisi ancak zararın artmasını engelleyebilir. Bu nedenle Danıştay'ın idarenin sorumluluğuna ilişkin bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. Somut olay bazında Danıştay'ın verdiği kararda, yetkisiz mercii tarafından alınan kararın yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırı olması kadar, kapatma kararına neden olan işyeri belgelerinin tüzüğe aykırı olarak eksik olmasının da önemi vardır. Yanlış idari merciin verdiği doğru bir karar bulunmaktadır.⁹⁰⁵

Danıştay bir başka kararında ise, diğer kararlarının aksine, yetkisizlik veya şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırı biçimde tesis edilen idari işlemin ancak *idari yargı yerince iptal edilmiş bulunan işlem yerine yeniden işlem temsil edilmesinin mümkün olması halinde*, hizmet kusurundan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemeyeceğini; buna karşın hukuka aykırı işlem veya eylemiyle bir hakkın ihlaline neden olan idarenin, hizmeti kusurlu işlettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ve ortaya çıkan hak ihlalini gidermesi, doğan zararı tazmin etmesinin hukuk devleti ilkesi

⁹⁰⁵ Söz konusu kararda yetkisiz bir makam tarafından yapılan bir işlemin iptal edilerek hukuka aykırı olduğunun tespit edilmiş olmasına rağmen, **somut olay bazında** işyeri kapatılan kişinin uğradığı zararı tazmin hakkı olmamasını olaya uygun olabileceğini düşünüyoruz: Şöyle ki, söz konusu kararda işyerinin kapatılmasına neden olan işlem yetki bakımından hukuka aykırı olsa dahi işyeri sahibinin tüzüğe aykırı davranarak işyerinin kapatılmasını gerektiren durum içerisinde olması, işyerinin kapatılması ile yeni ve hukuka uygun kapatma işlemi yapılınca kadar arada geçecek süredeki işyerinin çalışmamasından kaynaklı kazanç kaybını isteyemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü, aradaki kazanç kaybının istenmesi her ne kadar idare hukuku ilkelerine (idarenin sorumluluğu ilkesine), idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle verdiği zararlardan sorumlu olması (AY md. 125) ilkesine uygun olsa da kimse hukuka aykırı olarak elde edeceği bir kazancı talep edemez, hak edilmeyen bir kazancın elde edilmesi *hakkaniyet ile bağdaşmayacaktır*. Burada tam yargı davası hakiminin işlemin iptal unsurlarını (kapatmanın tüzük hükümlerine göre hukuka uygun olup olmadığı hususunu) inceleyip inceleyemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Kanaatimizce, tam yargı davası hakimi zararın kaynağını oluşturan işlemin unsurlarını inceleyemez ancak zararın yani hak ihlali tespitini ve zararın oluşup oluşmadığını denetlemekle görevlidir; meğer ki işlemin iptali ve zarar tazmini aynı anda istenmemiş olsun.

gereği olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁰⁶ Söz konusu durum, kanaatimizce, kişinin iptal davasından sonra tam yargı davası açmadan önce idareye başvurması halinde ortaya çıkabilir, ki bu durumda kişinin mevcut zararının idare tarafından ödenmesi halinde kişinin tam yargı davası açmasında zaten hukuken bir yarar kalmayacaktır.⁹⁰⁷

İdarenin işlem ve eylemlerindeki kusur unsuruna ilişkin bir başka husus ise, idarenin işleyebileceği kusurun belli ağırlıkta olması gerektiği görüşüdür. Yargı ve doktrindeki bazı görüşlere göre⁹⁰⁸ *“Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuru teşkil etmeyeceği”* ve *“bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez... hizmet kusurunun oluşabilmesi için saptanan yanlışlık ve aykırılığın, hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması gerekir”*⁹⁰⁹, ayrıca *“... İdari işlemin iptalini gerektiren nedenlerle hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında tam bir bağıllık ve özdeşlik de yoktur.”*⁹¹⁰ Danıştay esasen ağır kusur kavramını objektif olarak da tanımlayıp belirgin hale getirebilmiş değildir.⁹¹¹ İdarenin kusurunu ortadan kaldırmaya yönelik bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Bu görüşte isabetli algılanmadığını düşündüğümüz şey, yukarıda da uzun uzun yer verdiğimiz üzere; idarenin kusurlu davranışını idarenin hizmetinin bütününe yönelik olarak algılanıp, idarenin hizmetinin bir kusurlu (hukuka aykırı) hareket ile

⁹⁰⁶ Danıştay 10. Dairesi’nin 6.10.1993 tarih ve 1992/1449 E., 1993/3681 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹⁰⁷ Danıştay 10. Dairesi’nin 6.10.1993 tarih ve 1992/1449 E., 1993/3681 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹⁰⁸ Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, s. 270, Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1068.

⁹⁰⁹ Danıştay 8. Dairesi’nin 28.6.1990 tarih ve 1990/981 E., 1990/812 K. sayılı kararı. Danıştay Dergisi, Sayı 81, s. 228.(Aktaran; Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1068.) Hukuki sakatlığın kusur teşkil edebilmesi için ağır ve önemli olması gerektiğine ilişkin benzer yöndeki kararlar için Bkz: Danıştay 8. Dairesi’nin 19.3.1996 tarih ve 1995/4350 E., 1996/768 K. sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi’nin 8.4.1997 tarih ve 1995/3635 E., 1997/1209 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>, Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 242.

⁹¹⁰ Danıştay 8. Dairesi’nin 10.10.1991 tarih ve 1991/785 E., 1991/1587 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹¹¹ Hasan Nuri Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **İÜHFİM**, C. LXVI, S: 1, s. 215. Elektronik kaynak için Bkz: (Çevrimiçi, Eylül 2018), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95680>

hemen zedelenmeyeceğini ispat etmek istercesine hukuka aykırılığın mutlaka ağır ve bariz şekilde belli olmasına bağlanmaya çalışılmasıdır.

Bu bakış açısına göre, kusur ancak ilgili alandaki tüm hizmetin kötü, geç ya da hiç işlememesine sebebiyet verecek şekilde vahim bir durum arz etmedikçe göz ardı edilebilir olmaktadır, bu nedenle de münferit olay bazında idareye kusur atfedilmemeye çalışılmaktadır, çünkü idarenin herhangi bir işlemde ötürü kusurlu bulunması adeta hizmetin bütününün kusurlu olacağı şeklindeki bir yanılsamadan kaynaklanmaktadır. Oysa başta da ifade ettiğimiz gibi *hizmet kusuru* aslında idarenin işlem ya da eylemlerde bulunurken kusurlu hareketini ifade etmekten başka bir şey değildir, yoksa o işlem veya eylemin ait olduğu kamu hizmetinin bütününe hasredilecek şekilde hizmetin iyi kurulmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve belirgin olması gibi sübjektif nitelikler ile ilgisi yoktur. Bu şekilde bir değerlendirme ile idarenin sorumluluğunun kapsamı daralacak, Anayasa'nın 125'inci maddesi işletilemez hale gelecektir. Yargı kararlarına da yansıyan bu algılama biçiminin büyük ölçüde hizmet kusuru teriminin kendisi de sebep olmaktadır; bu nedenle idarenin sorumluluk sebebini belirtmek üzere kullanılan *hizmet kusuru* yerine sadece kusur⁹¹² ya da *idari kusur* ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu.⁹¹³

Danıştay'ın “*ağır hizmet kusuru*”, “*ıçtihat hatası*”, “*takdir hatası*”⁹¹⁴ olarak ifade ettiği ve bir hukuk kuralının uygulanırken farklı yorumlara müsait olması halinde, o idari işlemde kaynaklanan hukuka aykırılıkları idarenin sorumluluğu kapsamında görmemektedir.⁹¹⁵ Danıştay yeni kararlarında ise “*her idarenin*

⁹¹² Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, s. 1060-1061.

⁹¹³ Lütü Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, s. 27.

⁹¹⁴ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 870, Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, s. 1067.

⁹¹⁵ Danıştay, bazı kararlarında açıkça “ıçtihat hatası” kavramını kullanmayarak aynı sonuca varmaktadır. Nitekim, Danıştay mevzuatın yanlış uygulanması nedeniyle daha yüksek oranda vergi tarhiyatı yapılan davacının vergiyi ödemek için almış olduğu kredi masraflarının tazminine ilişkin davada “... Bir eşyanın hangi pozisyona girdiğinin kanundan açık ve belirgin bir biçimde anlaşılabilmesi halinde yasa maddesi kapsamının, idarece yorumlanarak varılan sonuca göre yapılan tarhiyatın, yargı mercileri tarafından terkin edilmesi halinde hizmet kusurundan söz edilemez” diyerek idareye hizmet kusuru atfedilemeyeceği gerekçesi ile tazminat isteminin reddine karar vermiştir. Danıştay 7. Dairesi'nin 28.3.1983 tarih ve 1982/2494 E., 1983/469 K sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesi'nin 6.10.1993 tarih ve 1992/1449 E., 1993/3681 K. sayılı kararı.

işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuku aykırılıklar”ın⁹¹⁶ idarenin sorumluluğuna yol açmayacağına ilişkin kararlar vermektedir.⁹¹⁷ Bu görüşler de yine idarenin kusurunu ortadan kaldırmaya ya da hafifletmeye yönelik görüşlerdir.

Örneğin; Danıştay bir kararında konuya iki kademeli olarak yaklaşarak, işlemin şekil ve yetki bakımından hukuka aykırılığının iptal sebebi olsa da hak ihlalinin oluşturmayacağını; hak ihlali olması halinde ise artık içtihadı hata ve her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık, hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gibi yine idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bazı ölçütlerin geçerli olmayacağına yer vermiştir.⁹¹⁸

Sonuç olarak, idarenin işleminin kusur anlayışına yönelik görüşlerimiz kısaca şu şekilde özetlenebilir: İdarenin kusursuz sorumluluğunun dahi genişlediği bir sorumluluk anlayışının hakim olduğu bir dönemde, hizmet kusurunun derecelendirilerek sadece ağır (önemli, vahim vb.) nitelikteki kusurdan idarenin sorumlu tutulması gerektiği yönündeki düşünce sadece hukuk devleti ilkesi değil aynı zamanda sosyal devlet ilkesi bakımından da uygun olmayacaktır. Kusurun derecesi idarenin sorumluluğunun varlığı için tespit aracı değil ancak ödenecek tazminatın belirlenmesinde bir ölçüt olabilir.⁹¹⁹ SARICA’nın ayırımından esinlenerek, hafif kusur ancak iyi bir idarenin, ağır kusur vasat bir idarenin işlemeyeceği, olağanüstü kusur ise apaçık derecede ağır ve vahim olan kusurdur ve ancak kötü bir

Danıştay aksi yöndeki bir kararında ise, içtihad hatasına ilişkin “... hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemiyle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeye sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamaz” şeklinde karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesi’nin 6.10.1993 tarih ve 1992/1449 E., 1993/3681 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹¹⁶ Örneğin, Danıştay’ın 10. Dairesi’nin 4.3.1998 tarih ve 1997/3567 E., 1998/1000 K. sayılı kararında, “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuru sayılamayacağı, uyumsuzluk konusu olayda davacının apartmanın ortak kullanım yeri olan sığınağa eşya koyma şeklindeki eyleminin 3091 sayılı Yasaya göre engellenemeyeceği, ancak idarenin 3091 sayılı Yasayı uygulayarak yaptığı hukuki hatanın hizmet kusuru teşkil etmeyeceği” şeklinde karar verilerek idarenin hukuka aykırı olarak ilgili Kanun’u işletmesini bir kusur olarak görmemiştir. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹¹⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 1066.

⁹¹⁸ Danıştay’ın 10. Dairesi’nin 11.11.1996 tarih ve 1995/5361 E., 1995/7290 K. sayılı kararında, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://www.kazanci.com>

⁹¹⁹ Ahmet Bozdağ, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, S. 468, Eylül 2010, s. 48.

idarenin işleyebileceği kusuru ifade eder.⁹²⁰ Bu nedenle idarenin sorumluluğu belirlenirken iyi idarenin baz alınması bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak yönünde bir ilerleme sağlayabilir kanaatindeyiz.

B. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Kusur ve Kusurun Belirlenmesinin Önemi

Önceki bölümde idare hukukunda genel olarak kusur kavramı ve hizmet kusuru ilişkisine değindik. Hizmet kusurunun özel hukuktaki kusur kavramının idare hukukunda özelleşmiş görünümü olduğunu ve hukuka aykırılık anlamına geleceği tespitini yaptık. Bu bölümde ise Tez konumuzu yakından ilgilendiren *sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklar* bakımından *kusur, kusurun belirlenmesinin önemi* ve *kusurun sözleşmeye etkisi hususlarında*; yargı kararlarının konuya yaklaşımı ve görüşlerimize yer verilecektir.

Kısa bir hatırlatma yapmak gerekirse, Tezimizin ikinci bölümünde “*Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıkları*”⁹²¹ başlığı ile sözleşme imzalanmadan önce meydana gelen ve uyuşmazlığa neden olan durumları inceledik. Bu uyuşmazlıklardan bir kısmının sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkarak sözleşmenin kurulmasını engellediğini; bir kısmında ise uyuşmazlığa neden olan hukuka aykırılığın sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelmesine rağmen etki ve sonuçlarını sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıktığına değindik; ikinci durum için “*Sözleşme Sonrası Çıkan ‘Sözleşme Öncesi Dönem’ Uyuşmazlıkları*”⁹²² ifadesini kullandık. Her iki durumda da kusurun belirlenmesinin amacı bu uyuşmazlıklardan kaynaklanan zararın tazmininde sorumluluğun türü ve sorumlunun tespit edilmesine yöneliktir.

İdare hukukunda sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklar bakımından bazı kusurlu davranışlara örnek olarak aşağıdaki durumlar gösterilebilir:

⁹²⁰ Ragıp Sarıca; **a.g.m.**, s. 866.

⁹²¹ Bkz: Tez II. Bölüm / B. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

⁹²² Bkz: Tez II. Bölüm / C. SÖZLEŞME SONRASI ÇIKAN “SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM” UYUŞMAZLIKLARI

Taraflardan birinin herhangi bir geçerli sebebe dayanmaksızın sözleşme görüşmelerini yarıda keserek, sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi; ihale mevzuatına aykırı olarak ihalenin idare tarafından iptal edilmesi, ihale kesinleştikten sonra sözleşmecinin sözleşmeye davet edilmemesi veya sözleşmecinin sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesi; sözleşmecinin sözleşme öncesi hazırlaması ve idareye sunması gereken belgeleri zamanında sunmaması veya alması gereken ruhsat, onay gibi mükellefiyetleri kendi kusuruna dayalı olarak zamanında yerine getirmemesi; ihale edilen inşaat alanının sözleşmenin ifasına geçilmeden önce “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı” olarak tescil edilmesi ya da inşaat ruhsatının verilmesine engel önceden öngörülebiyecek durumların ortaya çıkması vb. idarenin sözleşmenin konusuna ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartları iyi araştırıp hazırlamaması; sözleşmenin uygulanması için gerekli olan kamulaştırma işleminin zamanında yapılmaması; sözleşmeyi imzalayacak taraflardan birinin yetkisiz olması⁹²³; taraflardan birinin iradesinin yanılma, aldatma veya zorlama yoluyla sakatlanmış olması; taraflardan birinin kendi hatasına dayanarak sözleşmeyi fesih etmek istemesi; ihaleye katılmak için sahte olarak yeterlilik belgesi düzenlenmesi, sahte teminat mektubu düzenlenmesi, ihaleye katılma yasağı olan birinin ihaleye başvurusunun idare tarafından kabul edilmesi ya da ihaleye katılma yasağı olan birinin bu durumu gizleyecek hareketlerde bulunarak ihaleye katılma yetkisi varmış gibi göstermesi, sözleşme öncesi dönemde ihaleye fesat karıştırmak, rüşvet, tehdit gibi eylemler ile sözleşme yapılmasını sağlamaya çalışması; gabine maruz kalınan haller, idarenin kanuna aykırı şekilde sözleşme yapma vaadinde bulunması; sözleşmenin konusunun başlangıçtaki imkânsızlığı; devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir yerin 3. kişilere satılması, sözleşmenin kuruluşunda sözleşmenin bir ya da birden çok maddesinin kamu düzenine aykırılık teşkil edecek şekilde düzenlenmiş olması; idarenin vereceği inşaat izni karşılığında idarenin 3. kişilere ödeyeceği kamulaştırma tutarının sözleşmeci tarafından ödeneceğine ilişkin sözleşmeci

⁹²³ Borçlar hukuku bakımından yetkisizliğin yaptırımı sonradan tamamlanabilen *eksiklik (askıda geçerlilik)* iken, idare hukukunda yetki yönünden hukuka aykırılık kamu düzeni ile yakından ilişkilidir ve yaptırımı her zaman aynı sonucu vermeyerek bazen *yokluk* (yetki gaspı, fonksiyon gaspı, açık ve bariz yetki tecavüzü durumlarında) bazen *hükümsüzlük (iptal veya geri alma)* olarak farklılık gösterebilir.

adayından taahhütname alınması; sözleşme öncesi dönemde emredici hukuk kurallarının ihlal edilmesi, ihaleye fesad karıştırmak suretiyle kanuna ve ahlaka aykırı davranılarak emredici hükümlere aykırı davranılması; sözleşme şartlarında yer alan ahlak ve adaba aykırılık, sözleşmenin hazırlık aşamasında belirlenen cezai şartın borçlunun ekonomik olarak mahvına neden olacak ağırlıkta olması, sözleşmenin sözleşmeciyi kişisel ve ekonomik bağımsızlığını kabul edilemez şekilde ve olağanüstü derecede sınırlaması, sözleşme hükümlerinin sözleşmeci için katlanılmaz ve çöktürücü bir düzeyde olması, fahiş faiz oranlarında borç verilmesine ilişkin düzenlemeler; sözleşme ilişkisine girilmesinden itibaren taraflardan birinin karşı karşı tarafın malvarlığına veya vücut bütünlüğüne zarar verecek hareketlerde bulunarak zarara uğramasına neden olması gibi haller *sözleşme öncesi uyumsuzluklarda kusurlu davranışlara* örnek olarak gösterilebilir.

Bu durumlar sözleşme kurulmadan önceki dönemde taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı olarak vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasını gerektiren ve sözleşme öncesi borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğün kusurlu olarak ihlal edilmesine; *culpa in contrahendo sorumluluğuna* örnek teşkil ederler. Bu durumlar sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmayıp örnekler çoğaltılabilir. Yukarıda sıraladığımız bu hususlar esas itibarı ile sözleşme öncesi dönemde koruma yükümlerinin ihlal edilmesi, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafa kusurlu olarak yanlış bilgi verilmesi veya gerekli açıklamalarda bulunulmaması (aydınlatma yükümlülüğünün ihlali), bir kimsenin yapmayı asla düşünmediği bir sözleşme hakkında kötü niyetli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırması gibi temelini TMK'nin 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından alan güven sorumluluğuna dayanmaktadır.⁹²⁴

Sonuç olarak *Sözleşme Öncesi Dönem Uyumsuzlukları* kapsamında incelediğimiz *ilk durum* bakımından, sözleşme öncesinde meydana gelen hukuka aykırı işlemler sözleşmenin kurulmasını engelleyebilir ya da bir veya birkaç maddenin geçersiz sayılarak sözleşmenin bir tarafı için daha dezavantajlı şekilde

⁹²⁴ Fikret Eren, *a.g.e.*, s. 1083.

kurulmasına ve karşı tarafın zarara uğraması taraflardan birinin *kusurlu hareketi* nedeniyle meydana gelmektedir.⁹²⁵ Daha önce de ifade edildiği üzere burada *kusur*; kasden veya ihmalen sözleşmenin kurulmasını engelleyen *hukuka aykırı davranıştır*.

İkinci olarak, yukarıda sıralanan sözleşme öncesi uyuşmazlığa neden olan bu hukuka aykırı durumlar etki ve sonucunu sözleşme kurulduktan sonra meydana getirebilirler. *Sözleşme sonrası ortaya çıkan “sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları”*ın idare hukukunda en tipik örneği, sözleşmenin hazırlık aşamasında tesis edilen sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idari işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesinin sözleşmenin ifasına geçildiği safhada, sözleşmenin geçerliliğinin sorgulandığı durumlardır. Konu esasen sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlık olmasına rağmen uygulamadaki yaygınlığı ve Tez konumuzu bütünler niteliği gereği birlikte ele alınmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, ayrılabilir işlemin iptalinin mahkeme kararında (talebe bağlı olarak) belirtilmediği sürece doğrudan sözleşmenin iptali anlamına gelmeyeceği, bu konuda iptal edilen işlem ile sözleşme arasındaki bağlantının incelenerek karar verilmesi gerektiği görüşü, gerek Türk gerekse uluslararası doktrinde ağırlıklı olarak kabul görmesine rağmen idare, sözleşme öncesi tesis edilen hukuka aykırı işlemin iptal edilmesine yönelik mahkeme kararını gerekçe göstererek sözleşmenin dayanaktan yoksun kaldığından bahisle sözleşmeyi feshetmekte ya da sözleşmenin ifasına yönelik eylemsiz kalarak sözleşmeyi fiilen sonlandırabilmektedir.

Sözleşme öncesi dönemdeki bir işlemin iptali nedeniyle, sözleşmenin taraflardan biri (genellikle idare) tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak sona erdirilmesindeki kusur unsurunu inceleyecek olursak: Taraflarca imzalanıp da sözleşme öncesindeki bir uyuşmazlığın ortaya çıkması neticesinde mahkemenin iptal kararı gerekçe gösterilerek sözleşmenin idare tarafından fesih edilmesindeki *kusur* ögesi hiç kuşkusuz *sözleşmenin geçersizliğine neden olan ve idare tarafından tesis edilmiş olan hukuka aykırı işlemdir*. İdarenin fesih gerekçesi her ne kadar mahkemenin kararını uygulamak şeklinde olsa da, çoğu zaman mahkeme kararında sadece sözleşme öncesi işlemin iptaline karar vermekte, sözleşmenin iptaline

⁹²⁵ Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla beraber, bilindiği üzere özel hukukta kusur hem kasden hem de ihmalen işlenebilen bir davranıştır. Bu anlamda, buradaki kusurun cezai anlamdaki kusur (hukuka aykırılığı bilme ve isteme anlamına gelen kasıt) ile karıştırmamak gerekir.

hükmetmemektedir. Öyle olsa dahi, mahkemenin söz konusu iptal kararına neden olan şey, idarenin söz konusu işlemi hukuka aykırı şekilde tesis etmiş olması yani idarenin kusurlu olmasıdır.⁹²⁶ Bu noktada, idarenin sözleşmeyi fesih etmesi karşısında karşı taraf ancak sözleşmenin feshedilmesine ilişkin idari işleme karşı iptal davası ya da zarar tazminine yönelik tazminat davası açabilmektedir.

Sözleşmenin geçersizliğine neden olan sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemin iptaline ilişkin sözleşmesel anlamda kusuru ifade eden bu duruma yargı kollarının yaklaşımına tekrar değinecek olursak; Sözleşmenin henüz imzalanmadığı sözleşme öncesi dönem Danıştay tarafından sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmemekte, bunun yerine salt bir idari işlem olarak ele alınıp idari işlemin hukuka aykırılığı halinde iptal edilmekte, bu işlemde kaynaklanan zarar var ise hizmet kusuru kapsamında tam yargı davasına (haksız fiil sorumluluğuna) konu olabileceği kural olarak kabul edilmektedir. Sözleşme öncesi bir işlemin salt bir idari işlem olarak tam yargı davasına konu olabilmesi ise, *Danıştay*’ın yukarıda incelediğimiz hizmet kusuru anlayışı çerçevesinde içtihat hatası, takdir hatası, hizmet kusurunun ağır, belirgin ve vahim bir kusur olmaması gibi hizmet kusurunu daraltan ve idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran birtakım şartlara bağlı kılınmıştır. Ayrıca *Danıştay*’ın görüşü idari sorumluluğu daraltacak şekilde olduğundan ve sözleşme öncesi ile sözleşme bütün olarak algılanmadığından; sözleşme öncesi işlemin iptali nedeniyle sözleşmenin kurulamamış olmasının idarenin kusuruna işaret ettiği yargı kararlarına rastlayamamış olmamız da doğaldır. *Danıştay*’ın bu yaklaşımı düşünüldüğünde, sözleşme öncesi dönemdeki işlem ile sözleşmenin irtibatı irdelenip en fazla sözleşmenin imzalanmaması nedeniyle sözleşmeden beklenen menfaatin gerçekleşmeyecek olması nedeniyle başkaca sözleşme yapma fırsatının kaçırılması (menfi zarar) ya da sözleşmeye hazırlık kapsamında yapılmış masrafların tazminine karar vermesine şaşırılmamak gerekir.

Danıştay sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme öncesi dönemdeki işlemin ayrılabilir işlem kuramı kapsamında mahkemece iptal edilmesinin sözleşmeyi

⁹²⁶ Bu konuda Yargıtay’ın görüş ve uygulamasını ayrıca kendi görüşümüzü detaylı olarak incelemek için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları ve Tez II. Bölüm / C / 1 / c. Sözleşmeden Önce Tesis Edilen Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi Hakkındaki Görüşümüz

etkileyeceği; iptal edilen işlemin sözleşmenin dayanağını teşkil eden bir işlem olması halinde ise sözleşmeyi dayanaktan yoksun bırakarak sözleşmenin geçersizliğine sebep olacağı görüşündedir.⁹²⁷ Ancak bu belirleme yapılırken, geçersiz olan sözleşme çerçevesinde bir kusur değerlendirmesi yapılmamaktadır.

Yargıtay'ın görüşüne göre; sözleşmenin imzalanması ile artık sözleşme ile sözleşme öncesi dönem bir bütün haline gelip, sözleşme öncesi dönemden kaynaklan bir uyumsuzluk nedeniyle sözleşmenin feshi artık sözleşme içerisinde değerlendirilmesi gereken bir husus olarak ele alınmaktadır. Yargıtay uyumsuzluğa konu olan fesih sözleşmeden önce veya sonraki bir sebeple yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesine gerek olmadığını, idarenin önceki aşamalarda gerçekleşen işlemleri idari nitelikte olsa bile ortada iki tarafın katılımıyla oluşmuş ve özel hukuk anlamında bir sözleşme varsa artık idari işlem den söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu anlamda, Yargıtay'ın dikkate aldığı en önemli kriterin, sözleşmenin imzalanıp imzalanmaması olduğu görülmektedir.

Öte yandan Yargıtay'ın sözleşmeye dayanak teşkil eden işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle sözleşmenin ifasının imkânsızlaştığını, bu durumda idareye kusur atfedilmeyerek sözleşmenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak çözüleceğine ilişkin kararlarına katılmak mümkün değildir. Yargıtay'ın sözleşmenin imkânsızlık hükümlerine dayanılarak idarenin kusursuzluğunu ileri sürdüğü görüşü bir önceki bölümde incelendiğinden⁹²⁸ ve hükümsüz olan bir sözleşmenin tasfiyesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmasının sakıncaları detayları ile bir sonraki bölümde⁹²⁹ ele alınacağından burada sadece *Yargıtay'ın görüşünün sözleşmenin geçersiz hale gelmesinde idareye kusur yüklenemeyeceği yönünde olduğunu ve bu görüşe katılmadığımızı belirtmekle yetiniyoruz.*

⁹²⁷ Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (i). Danıştay Kararları

⁹²⁸ Bu konuda Yargıtay'ın görüşünü detaylı olarak incelemek için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları

⁹²⁹ Hükümsüz olan sözleşmelerin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanmasına ilişkin Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c / (5). Sonradan Hükümsüz Hale Gelen Sözleşmelerin Tasfiyesinde Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanmanın Sakıncaları

III. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK ZARAR VE BU ZARARIN TAZMİNİNDE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ETKİSİ

A. İdare Hukukunda Genel Olarak Zarar Kavramı

Sorumluluk hukukunda tazmin borcunun doğması için zararın oluşması en önemli şartlardan biridir.⁹³⁰ İdare hukuku açısından idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için idareden kaynaklanan (“*nedensellik bağı*”) idari işlem veya eylemin (“*idari davranışın*”) bireye zarar vermesi (“*zarar*”) şartlarının bir arada olması gerekir.⁹³¹ Daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere, idari bir işlem veya eylem ne kadar kusurlu; hukuka aykırı olursa olsun zarar meydana gelmiyorsa sorumluluk da oluşmayacaktır.⁹³²

Zarar kavramı Türk Borçlar Kanunu’nda çeşitli maddelerde kullanılmış olmakla beraber, kavramın tanımı yapılmış değildir.⁹³³ Zarar, Türk Hukuku’nda genel olarak fark teorisi kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre zarar malvarlığının fiili durumunda gerçekleşen azalma ile azalmaya neden olan hareket olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı artışın toplamı olarak tanımlanmaktadır.⁹³⁴ Geniş anlamıyla zarar, maddi zarar yanında manevi zararı da içine alır. Maddi zarar kısaca, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen bir eksilme olarak tanımlanabilir.⁹³⁵

⁹³⁰ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 472.

⁹³¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s. 384.

⁹³² Ramazan Çağlayan, **a.g.e.**, s. 547. Ayrıca hukuka aykırılığın (kusurun) olmasına rağmen zararın olmaması halinde idarenin sorumluluğunun olmayacağına ilişkin Tezimizin ilgili Bölümüne *Bkz:* Tez III. Bölüm / B. İDARENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARINDA KUSUR ANLAYIŞI VE HİZMET KUSURU İLİŞKİSİ

⁹³³ Türk Borçlar Kanun’un haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği ikinci ayırmada (md. 49-55), kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (md. 49/1). Söz konusu maddelerde hem maddi hem manevi zararı kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır.

⁹³⁴ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Şubat 2008, s. 16, Ahmet İstek, **a.g.e.**, s. 382.

⁹³⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 473, Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 311.

Yargı kararlarında zarar “... *malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile, bu olay meydana gelmese idi mevcut olacak durum arasındaki fark*” olarak ifade edilmektedir ve “*hukuk literatüründe ‘fark teorisi’ adı verilen bu kuram gereğince zararın matematiksel olarak ele alınarak ve soyut biçimde tespit ve değerlendirilmesi gerektiği*” vurgulanmaktadır.⁹³⁶

İdare hukuku açısından da idarenin vücut bütünlüğüne ve ölümüne bağlı zararlara ilişkin tam yargı davalarında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden faydalanılacağı, Türk Borçlar Kanunu’nun 55’inci maddesinin 2’nci fıkrasında; “... *her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır*” hükmü ile düzenlenmiştir.⁹³⁷ Bu hüküm ile vücut bütünlüğü ve ölümüne bağlı zararlara ilişkin tazminat davasında idare hukuku ile özel hukuk arasında uygulama farklılıklarının önüne geçilmiştir. Düzenlemenin yer aldığı hükümde (TBK md. 55/ f. 2) idarenin işlem ve eylemlerinden başka “*idarenin sorumlu olduğu diğer sebepler*” ile neyin kastedilmiş olduğu belirsizdir. Kanaatimizce, burada kanun koyucu *idarenin sorumlu olduğu diğer sebepler* ifadesini idarenin tüm işlem ve eylemlerini kapsamına yönelik bir vurgu olarak kullanılmıştır.

İdare hukukunda zararın tazmininde haksız fiil sorumluluğuna dayandırılan konular geniş yer kapsamaktadır.⁹³⁸ Uygulamada idari sözleşmeler dahil, idarenin

⁹³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.3.1990 tarih ve 1990/4-67 E., 1990/197 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ocak 2019), <https://www.sinerjias.com.tr>

⁹³⁷ Söz konusu uyuşmazlıklar bakımından, idare hukuku alanının terk edilerek özel hukuk alanının görevlendirilmesinin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmediği kabul edilmekle beraber çeşitli bakımdan eleştirilmiştir. Makale için Bkz: Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Türk İdare Hukuku Sitesi**, (Çevrimiçi, Ocak, 2019), <http://www.idare.gen.tr/gozler-kaplan-hmk-m3.htm>

⁹³⁸ **Yazar, mala verilen zararlara örnek olarak;** idari işlemi eylem veya olay sonunda araç, eşya veya menkul malların bozulması, kullanılamaması; kırılması, yıpranması; değerinin azalması, kullanılamaz, yararlanılamaz duruma gelmesi; elektrik kesilmesi sonucunda yangın çıkması; gayrimenkul üzerindeki ekili, dikili ağaçların kesilmesi; yapıli meskenlerin vs. bozulması; yıkılması; yok olması, iktisadi değerinin düşmesi, tarımsal arazinin verimini (özellikliğini) kaybetmesi, azalması veya yok olması; iktisadi açıdan kıymetli olan bir haktan faydalanılamaması, zararı doğuran idari işlemin yürürlükte kalması nedeniyle faydalanma imkânının azalması, zararın devam etmesi neticesinde mala gelen zararlar nedeniyle oluşan gelir kaybı yani devam eden, süregelen zarar; işe

işlem ve eylemleri nedeniyle mala verilen zararlar için açılan tam yargı davalarının *haksız fiil* sorumluluğu kapsamında ele alındığı görülmektedir. Oysa idari sözleşmelerden kaynaklanan tam yargı davaları idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan çok, özel hukuktaki iki taraflı borç doğuran sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara benzerler. Bu nedenle bu davalarda özel hukukun sözleşmesel sorumluluk kuralları kapsamında ele alınarak her somut olay bakımından uygulanması uygun olur.⁹³⁹ Örneğin idari sözleşmenin hazırlık aşamasında ve sözleşmenin ifası sırasında gerçekleşen mala karşı ihlaller, vücut bütünlüğü ve ölüme bağlı zararların sözleşmenin taraflarının karşılıklı uymak zorunda oldukları davranış yükümlülükleri kapsamındaki koruma yükümlülüğünün ihlali, daha teknik bir ifade ile akdin müspet ihlali olarak değerlendirildiğini⁹⁴⁰, bu kavramın haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğun arasında kalan gri alanı teşkil ettiğini hatırlamak gerekir. Bu nedenle gerek sözleşmenin başlangıcında gerekse sözleşme kurulduktan sonraki aşamada sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleşen bir haksız fiil olduğunda, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk birbiri ile yarışacak; bu sözleşmesel sorumluluğun sonuçları zarar gören lehine olduğu için sözleşmesel sorumluluğa dayanılması daha uygun olacaktır.

Sözleşme hukukundaki zarar kavramı çoğunlukla maddi zarar kapsamında yer alan malvarlığı zararıdır. Elbette sözleşme öncesi ve sözleşmenin uygulandığı dönemde beden bütünlüğünün eksilmesi ya da ölüme dayanan zarar nedeniyle hem maddi hem manevi zararın ortaya çıkma ihtimali vardır. Sözleşme öncesi dönemde vücut bütünlüğüne verilen zarara ilişkin Almanya’da *Linoleumrollenfall- Muşamba Rulosu Kararı* örnek olarak verebiliriz.⁹⁴¹ Son yıllarda ülkemizde de benzer örneklerle rastlamak mümkündür.⁹⁴²

geç başlatmadan dolayı kazançtan mahrumiyet gibi malvarlığındaki aktif değerlerin azalması veya pasif değerlerin çoğalmasını göstermektedir. Ahmet İstek, **a.g.e.**, s. 237-238.

⁹³⁹ Serdar Özgüldür, **İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, s. 882, Ahmet İstek, **a.g.e.**, s. 385.

⁹⁴⁰ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 254.

⁹⁴¹ Nitekim 07.12.1911 tarihli kararda, henüz kurulmamış bir sözleşmede yardımcı kişinin kusuru ile sözleşme konusu malın, sözleşmenin karşı tarafı olacak kişinin yanında bulunan ve koruması altındaki kişinin (olayda çocuğunun) üzerine düşürülmesi suretiyle zarara uğratılmasına iliskindi. Benzer bir örnek, müşterinin girdiği bir işyerinde temizlik personelinin ihmali davranışı nedeniyle

İdare hukuku alanında sözleşme öncesi dönem idari bir dönem olarak görülerek sözleşmenin bir parçası sayılmadığından, idari sözleşmeler alanında sözleşme öncesi döneme ilişkin bir zarar tazmininin sözleşmesel sorumluluğa dayanılarak çözüldüğü bir Danıştay kararına rastlayamadık.

Yargıtay'ın yaklaşımına gelecek olursak, Yargıtay taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmesi ifa edilirken, davacıya ait iş makinasının taşınması sırasında oluşan zararın tazminine ilişkin davada, olayın gerçekleşme şekli ve tarafların önceden kararlaştırdığı sorumluluklar kapsamında bilirkişi raporu tanzim edilmesini ve hasarın sebebi ve hasarın oluşmasında varsa tarafların kusurlarının nev'i ve kusur oranları, taşıyıcı ve göndericinin *taşıma sözleşmesi görüşmeleri sırasında kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo sorumluluğu) kapsamında taşınacak aracın ebatları ve geçilecek tünellerin boyutlarına ilişkin tarafların bilgilendirme yükümlülüğü* ve alınması gereken tedbirlerin neler olduğu hususlarının incelenmesinin gerektiğine karar vermiştir.⁹⁴³ Bu olayda mahkeme, meydana gelen malvarlığı zararında sözleşme taraflarından hangisinin kusurlu olduğunu araştırırken, tarafların sözleşme öncesi dönemde karşı tarafa eksik ya da yanlış bilgi vermiş olma ihtimalini ve bu durumun kusurun oluşumuna katkısını değerlendirmek istemektedir.

Sonuç olarak, idare hukukunda zarar kavramı, idarenin gerek işlem ve eylemleri gerekse sözleşmeleri neticesinde bireylerin malvarlığında maddi bir azalma ya da vücut bütünlüğünün bozulması veya ölüm gibi sebeplerle manevi değerlerinde bir eksilmeyi ifade etmektedir. Bu kısımda özellikle, idare hukukunda bireylerin uğramış olduğu zararın tazmini tam yargı davası ile talep edilirken, bu talebin haksız fiil sorumluluğunun şartları kapsamında ele alındığı, oysa idarenin sözleşmelerine haksız fiil sorumluluk anlayışı yerine sözleşmesel sorumluluğun uygulanması gerektiği hususlarını vurgulamak isteriz.

bir sebze kabuğuna basıp kayması durumunda yaşanmıştır. Kararların künyeleri için Bkz: Tez II. Bölüm / D / 1. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Özel Hukuktaki Anlam ve Etkisi

⁹⁴² Bkz: Tez II. Bölüm / D / 3. Bir Özel Hukuk Kavramı Olarak Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun İdare Hukukunda Uygulanabilirliği

⁹⁴³ Mahkeme en azından sözleşmenin esas ediminin ifasına geçilmeden önce çıkan bu uyuşmazlıkta sözleşme öncesi dönem belgelerine ve demiryolu talimacılığı konusunda bilirkişilerce başvurulması konusunda bir yönlendirme yaparak, sözleşme öncesi dönem sorumluluğa dikkat çekmektedir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 3.3.2014 tarih ve 2013/8839 E., 2014/1525 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

B. Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Ortaya Çıkabilecek Zarar ve Culpa in Contrahendo Sorumluluğu'nun Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarına Etkisi

Tezimizin ikinci bölümünde sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarının neler olduğunu ve hangi durumlarda ortaya çıkabileceğini incelemiştik.⁹⁴⁴ Bu kısımda ilk olarak *Ortaya Çıkan Zararın Menfi Zarar - Müspet Zarar Kapsamında Değerlendirilmesi* başlığında, hiç kurulmamış ya da kurulduktan bir süre sonra baştan itibaren hükümsüz hale gelen sözleşmelerde culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan güven zararının kapsamı ve yargı kararlarına yansımış zarar kalemlerine yer verilecek; daha sonra *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu'nun Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarına Etkisi* kapsamında ödenen menfi zararın gerçek zararı tazmin etmede yeterli olup olmadığı ve menfi zararın müspet zarara kadar varması ihtimalleri incelenecektir. Nihayetinde *İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin ve Değerlendirilmesi* ele alınarak; idare hukukuna özgü bir durum olan, sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesine dayanılarak yürürlükteki sözleşmenin geçersiz hale gelmesinin sözleşmenin ifasına ilişkin bir problem olarak değerlendirilip müspet zarar talebinin mümkün olup olmadığı incelenecek; aksi durumun kabulü halinde sözleşmelerin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme sorumluluğuna dayanılmasının sonuçlarına yer verilecektir.

1. Ortaya Çıkan Zararın Menfi Zarar- Müspet Zarar Kapsamında Değerlendirilmesi

Tezimiz kapsamında “sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarında ortaya çıkabilecek zarar kavramı”ndan anlaşılması gereken, taraflardan birinin sözleşmeyi hiç imzalamaması ya da sözleşmenin imzalanıp ifasına başladıktan bir süre sonra sözleşme öncesi dönemde gerçekleşen bir hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinden dolayı taraflardan birinin uğrayacağı zarardır. Zarar,

⁹⁴⁴ Bkz: Tez II. Bölüm / B. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

aktiflerin azalması şeklinde olabileceği gibi pasiflerin çoğalması şeklinde de olabilir.⁹⁴⁵

Sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde kasten ya da ihmalen gerçekleştirdiği kusurlu davranışı⁹⁴⁶ ile karşı tarafı zarara uğratması halinde sözleşme tamamlansın ya da tamamlanmasın karşı tarafın uğradığı zararı karşılaması gerekir.⁹⁴⁷ Bu zarar sözleşme kurulmadan önceki dönemde taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisi ve tarafların birbirlerini koruma yükümlülüklerine aykırı davranmasından kaynaklanır. Bu durum kısaca culpa in contrahendo sorumluluğu olarak ifade edilir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun yaptırımı yaygın şekilde kabul edildiği üzere *menfi zarar tazminatıdır*.⁹⁴⁸ Menfi zarar⁹⁴⁹ genel itibari ile sözleşmenin kurulacağına duyulan güvenin boşa çıkarılmasına dayanır ve yasal zeminini Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki dürüstlük kuralından alır. Sözleşme öncesinde gerçekleşen bu durumda edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ihlali söz konusudur.⁹⁵⁰ Menfi zarar kavramı yerine “*güven zararı*” kavramının kullanılması da bu nedenledir.⁹⁵¹ Bu anlamda zarara uğrayan tarafın sözleşmenin kurulmayacağını bilse idi, yapmayacağı masraflar menfi zarar kapsamına girmektedir.⁹⁵² Böylece, karşı taraf nezdinde haklı bir güven yaratan kişi, bu davranış

⁹⁴⁵ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 81.

⁹⁴⁶ Burada sorumluluğu doğuran unsur olarak “kusur” ile kastedilen şey esasen olayın borçlunun sorumluluğu sahasında gerçekleşmiş olmasıdır. Ayrıca kusur borçlunun kasıt ya da ihmali ile gerçekleşebilir. Buna ilişkin açıklamalarımıza sonraki imkânsızlığın hukuki sonucunun değinildiği kısımda yer verilmiştir.

⁹⁴⁷ Sefa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 331.

⁹⁴⁸ Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 199, Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 262. Culpa in contrahendo sorumluluğunda kişi, varlığı ve bütünlüğünü korumadaki tazminatta herhangi bir kurama bağlı kalınmazken, malvarlığı zararlarına yönelik hesaplanacak tazminatta “fark kuramı”ndan yararlanır. Rona Serozan, **a.e.**, s. 261.

⁹⁴⁹ Menfi zarar aynı zamanda sözleşmenin ifası kapsamında alacaklı veya borçlu temerrüdünde karşı tarafa sunulan seçimlik haklardan “*dönme hakkı*”nın kullanılması sonucunda ifa edilmiş edimin iadesi yanında talep edilebilen zarardır. Ancak Tezimiz kapsamında bu konu özel olarak incelenmeyecek sadece gerekli olduğu hallerde değinilecektir.

⁹⁵⁰ Derya Ateş, **a.g.e.**, s. 308, Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 41 ve 119.

⁹⁵¹ Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 123.

⁹⁵² M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 409, Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 43.

sonucunda ya yarattığı hukuki görünüşten beklediği menfaati elde edemez ya da tazminat ödemek zorunda kalır.⁹⁵³ Menfi zararın tazmini ile hedeflenen amaç, zarar görenin malvarlığının zarar veren olaydan önceki duruma getirilmesidir.⁹⁵⁴ Menfi zarar ayrıca sözleşmenin geçerli olacağına güvenilerek yapılan masraflar (fiili zarar) kadar kaçırılan fırsatları (yoksun kalının karı) da kapsar.⁹⁵⁵ Bu anlamda menfi zarar, zarar görenin sözleşme konusu malı karşı taraftan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa, kaçırdığı fırsat kapsamında yapacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki fark kadardır.⁹⁵⁶

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları kapsamında incelediğimiz yargı kararlarındaki⁹⁵⁷ menfi zarar kalemlerine⁹⁵⁸ örnek olarak; sözleşmenin yapılması sırasındaki masraflar (sözleşme noter masrafı, sözleşme pulu, karar pulu, teminat mektubu ve teminat mektubu için yapılan masraflar, kamu ihale kurulu payı, banka referans mektubu masrafları, şartname dosya bedeli, itirazın şikayet bedeli⁹⁵⁹ ile harç ve giderler, yazışma, telefon, seyahat masrafları⁹⁶⁰), karşılıklı edimlerin kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine

⁹⁵³ Huriye Reyhan Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 290.

⁹⁵⁴ Ümit Gezder, **a.g.e.**, s. 196.

⁹⁵⁵ Menfi zarar genel olarak *fiili zarar (damnum emergens)* ve *yoksun kalınan kâr (lucrum cessans)* olarak daha sistematik olarak sınıflanmaktadır. Rainer Gonzenbach, **Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1987, s. 217-222.

⁹⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı. *Menfi zararın tanımına ilişkin benzer kararlar için Bkz:* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 27.04.2006 tarih ve 2005/2929 E., 2006/2493 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁵⁷ *Bkz:* Tez II. Bölüm / B. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

⁹⁵⁸ Zarar kalemleri genel olarak; sözleşme kurma masrafları, sözleşmenin ifası için yapılan masraflar ve uğranılan diğer zararlar, yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek faydalar, hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar, usul işlemlere ilişkin masraflar, üçüncü şahıslara ödenen tazminat ve cezai şartlar olarak sıralanmaktadır. Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 288 vd. Menfi zarar kalemleri için ayrıca *Bkz:* Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. bs. (1998) ile Tıpkı Basım, 2014, s. 243 vd., Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 217 vd.

⁹⁵⁹ Danıştay 13. Dairesi'nin 24.10.2017 tarih ve 2014/4570 E., 2017/2654 K. Sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

⁹⁶⁰ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 411.

getirileceğine güvenilerek yapılan masraflar (yatırım ve personel giderleri⁹⁶¹, bakım ve onarımlara ilişkin alacaklar, demirbaşlar, servis malzemeleri, mefruşat ve işletme masraflarına karşı alacak ve zarar⁹⁶²), sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenilerek sözleşmenin yerine getirilmesi (örneğin, gönderilen şeyin yolda kaybolması) veya yerine getirilmiş edimin iadesi nedeniyle uğranılan zararlar⁹⁶³, sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güvenin boşa çıkarılması sonucu başka bir sözleşme ilişkisini yerine getirilememesinden doğan zarar (3. kişiye ödenmek zorunda kalınan cezai şart, tazminat, dava masrafları), uyuşmazlık nedeniyle ortaya çıkan dava masrafları, zarar görenin elde edemediği yararlanmalar (doğal semereler, faiz ve kira gibi hukuksal semereler)⁹⁶⁴, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına güvenerek başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması⁹⁶⁵ nedeniyle alacaklının aktifinin artması veya pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde ifade edilen yoksun kalınan kâr olarak sayılabilir.⁹⁶⁶ Menfi zarar, alacaklının malvarlığının azalması veya pasifinin çoğalması (*fiili zarar*) ile malvarlığında bir artış ihtimali veya pasifinde bir azalış ihtimalinin kaybedilmesini (*kaçırılan fırsat anlamında kârdan yoksun kalmayı*) kapsar.⁹⁶⁷ Söz konusu zarar kalemlerinin hepsini en baştan tek tek saymak mümkün olmayıp, somut olaya göre belirlenmesi gerekir.

Yargıtay'ın menfi zarara (güven zararına) ilişkin vermiş olduğu bir kararda; araziden su çıkarılmasının en baştan imkânsız olması nedeniyle konusu imkânsız bulunan sözleşmenin kurulması sırasında bu durumu mesleği icabı bilmiş olmasına rağmen doğruluk kurallarına aykırı biçimde karşı tarafı sözleşme yapmaya ikna eden tarafın eylemini *yaratılan güvenin boşa çıkarılması* olarak değerlendirerek sözleşme

⁹⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.07.2000 tarih ve 2000/5461 E., 2000/6449 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁶² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.5.1992 tarih ve 1992/2492 E., 1992/4759 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁶³ Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 126.

⁹⁶⁴ Ayfer Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 146-148.

⁹⁶⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁶⁶ Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 125-129.

⁹⁶⁷ Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 126 vd.

görüşmelerindeki kusur sayarak *menfi zararın* ödetilmesine karar vermiştir.⁹⁶⁸ Güvenin boşa çıkarılması konusunda bir başka örnekte ise, ihale neticesinde düzenlenen sözleşmenin Sayıştay tarafından tescil edilmemesinde davalı idare kusurlu sayılarak, davacının (yüklenicinin) sözleşmenin yürürlüğe gireceğine güvenmesi haklı bulunarak, davacının güveninin boşa çıkarılması neticesinde, davacının dürüstlük kuralları çerçevesinde yapmış olduğu ve malvarlığında eksilmeye neden olan giderlerin *menfi zarar* kapsamında değerlendirilerek davalıya ödetilmesine karar verilmiştir.⁹⁶⁹

Menfi zarara sebep olan sözleşmeci tarafından *yaratılan güvenin* sözleşmecinin hangi hareketi ile oluşacağı konusu tamamen somut olaya bağlı olarak değişecektir. Örneğin kamu ihalelerinde ihale şartnamesinde yer alan hükümlerin sözleşmenin içeriğine dair güven yarattığı kabul edilmektedir.⁹⁷⁰ Ayrıca sözleşme imzalanmadan karşı tarafın yarattığı güvene (örneğin sözleşme henüz imzalanmamış olmasına rağmen ifaya başlanabileceğine ilişkin yazılı beyana) dayanılarak edimi erken ifa eden tarafın uğradığı zararın tazmininde söz konusu yazılı beyanın sözleşmenin imzalanmasından önce ifaya başlanması için bir güven yarattığını söyleyebiliriz. İspat hukukunun katı kuralları kapsamında tartışmalı olsa da, sözleşmecinin yazılı beyanına güvenerek karşı sözleşmecinin erken ifaya başlaması sonucu oluşan zararın belirlenmesinde *sözleşmecinin yazılı beyanının güven yaratması* bir karine olarak fayda sağlayacaktır.⁹⁷¹

⁹⁶⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 09.06.1975 tarih, 1975/515 E. ve 1975/2952 K. sayılı kararı; Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 238. Ayrıca *güvenin boşa çıkartılmasına* ilişkin kararlar için Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2004 tarih ve 2004/4912 E., 2004/11803 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁶⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 26.10.1978 tarih, 1978/1782 E. ve 1978/2048 K. sayılı kararı; Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 239. Güvenin boşa çıkarılmasına örnek teşkile edecek kararlar için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 27.04.2006 tarih ve 2005/2929 E., 2006/2493 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁷⁰ Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414.

⁹⁷¹ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, s. 171, Yunus Pınar Akşin, **a.g.e.**, s. 144. Yazar, açık bir talimat olmadan da güven oluşturan tüm davranışları geniş tutmak gerektiğini, ancak kamu ihale sürecinde uygulanan düzen hükümlerinin dar çerçevede olması nedeniyle güven oluşturan bu hareketlerin tespitinin zor olduğunu belirtmektedir.

Örneğin; sözleşme imzalanmadan önce isteklinin ihalenin üzerinde kaldığını öğrendikten sonra ya da ihale usulüne tabi olmayan durumlarda idarenin sözleşmeyi imzalayacağına yönelik karşı tarafta güven uyandırdığı hallerde, karşı taraf iyiniyetli olarak sözleşmenin ifasına yönelik birtakım hazırlıklarda bulunmuş olabilir. *Somutlaştıracak olursak* sözleşmeci adayı bu hazırlıklar kapsamında idare ile sözleşme imzalayacağına güvenerek, sözleşmedeki edimi kolaylaştırmak ve edimin yerine getirilmesine hazırlık yapmaya yönelik yeni kişileri istihdam etmiş ve bu kişiler önceki işlerinden ayrılarak sözleşmeci adayı ile bir iş ilişkisine girmiş olabilirler; yine sözleşmenin kurulacağına güvenerek; örneğin karşı taraftan buna ilişkin güvenceyi içeren yazılı bir talimat ya da beyan alınarak sözleşme konusu malın üretimine başlanmış ya da üretimde gerekli malzemelerin temini için 3. kişiler ile sözleşme veya ön sözleşme yapılmış ya da sözleşme yapma vaadinde bulunulmuş olabilir.⁹⁷² Tüm bu ihtimaller imzalanacak sözleşmenin somut gerçekliğine göre farklılık göstererek çoğaltılabilir. Sözleşme öncesi dönemde (henüz sözleşme imzalanmadan) oluşacak bu zararın tazmini dürüstlük kuralları çerçevesinde ancak istisnai biçimde ele alınması uygun olacaktır. Aksi taktirde taraf iradelerinin ortak uyuşması anlamına gelen “sözleşme” kavramının aşınması anlamına gelecektir.⁹⁷³

Ayrıca, *menfi zarar kapsamında mutad dışı masrafların* da tazmini mümkündür. Nitekim Yargıtay, davacıların eser sözleşmesinin kurulacağı kanısı ile iyiniyetle davalı idarenin davetini kabul ederek yaptıkları olağan masraflar yanında, sözleşmenin kurulacağına güvenerek yapılan mutad dışı harcamaların da ispatlanmak

⁹⁷² Konumuzla doğrudan ilgisi olmamakla beraber idarenin boşa yapılmış masraflara yaklaşımını göstermesi bakımından yaşanmış bazı durumları örnek verebiliriz. *Örneğin;* 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 6 ve 7’nci maddelerinde düzenlenen “50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi bulundurma zorunluluğu” getirilmiştir. Bu düzenleme karşısında sektördeki şirketler bu yöndeki personel eksikliklerini karşılamak üzere sözleşmeler yapmak üzere hazırlıklara girişmiştir. Fakat ilgili Kanun’un Geçici 4’üncü maddesi ve Yürürlük hükmünü düzenleyen 38’inci maddesinde yapılan değişiklikler ile söz konusu hüküm (ve benzeri bazı hükümler) ileri tarihte yürürlüğe girmek üzere yıllardan beri ertelenmektedir ve (hâlihazırda 31.12.2023 tarihine kadar) ertelenmiştir. Kanun’da yer alan bazı işyerlerinde görevlendirmek üzere iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi istihdamına yönelik zorunluluk kapsamında yapılan sözleşmeler için yapılan masraflar, ilgili kişilerin mevcut işlerinden ayrılması, taşınma masrafları vb. masrafların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

⁹⁷³ Sözleşme hazırlıkları çerçevesinde müzakerelerin yarıda kesilmesinin sözleşme özgürlüğünün bir parçası olması hakkında Bkz: Manfred Wolf, Jörg Neuer, **a.g.e.**, s. 414, Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 147. Kimse sözleşme imzalamaya zorlanamaz; ancak sözleşme müzakeresine giren kişinin sözleşme yapma niyeti olmaksızın hareket etmesi sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Huriye Reyhan Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 192.

kaydıyla ödetilebileceğine karar vermiştir.⁹⁷⁴ Yapılan harcamanın olağan veya olağandışı olduğu ve uyandırılan güven ile nedensellik bağı oluşturup oluşturmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenir.⁹⁷⁵

Yargı kararlarında, yukarıda görüldüğü üzere, güveni boşa çıkan tarafın yaptığı *belgeli masrafların* karşı tarafa ödetilmesi yönünde kararlar vermiştir. Mahkemenin söz konusu kararlarında sözleşmenin geçerli olarak kurulacağı yönündeki güven kavramına dayanmasına ve bu kavrama verdiği önemi yerinde bulmakla beraber şu hususun eksik kaldığına da dikkat çekmek istiyoruz: Sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına ve ifa edileceğine güvenen sözleşmecinin her masrafını belgelemesi hayatın olağan akışı içerisinde mümkün olmayabilir ve sonuçta sözleşme hazırlıkları kapsamında yapılan masraflar belgelenenlerden fazla olabilir. Bu nedenle mahkemenin sadece “belgelenmiş masraflar” yerine, durumun şartlarına ve hakkaniyete göre karar vermesi uygun olur. Yargı yerlerinin belgelenemeyen masraflar bakımında *götürü gider masrafına benzer* bir zarar kalemi belirlemesi gerçek zarara en yakın tutarın belirlenebilmesi açısından yerinde bir uygulama olabileceği kanaatindeyiz.⁹⁷⁶

İhale mevzuatı kapsamında gerçek zararın hesaplanmasına yönelik bir düzenleme bulunmamakta; teminatın irad kaydedilmesi durumuna sıklıkla rastlanmaktadır. Oysa bu durum gerçek zararın belirlenmesine örnek olamayacağı kanaatindeyiz. Nitekim ihaleye katılan isteklinin ihale üzerinde kaldıktan sonra sözleşmeyi imzalamamasına ilişkin bir uyuşmazlıkta, Kamu İhale Kanunu’nun ilgili hükmü uyarınca isteklinin ihaleye girmek için yatırmış olduğu *teminatının idare*

⁹⁷⁴ HGK 22.9.1978, 1977/15-1011 E. 1978/759 K. sayılı kararı, Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 239.

⁹⁷⁵ Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 290.

⁹⁷⁶ Türk Vergi Sistemi bu anlamda belgesiz olan harcamaların indirilmesi için çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Örneğin Gelir Vergisi Kanunu’nun 74’üncü maddesi gereğince; (Değişik 3. f.: 2361-24.12.1980) *mükellefler (hakları kiraya verenler hariç) diledikleri takdirde yukarıda yazılı giderlere karşılık olmak üzere hasılatlarından %15’ini götürü olarak indirebilirler. Götürü gider usulünü kabul edenler iki yıl geçmedikçe bu usulden dönemezler, şeklinde düzenleme yaparak belgelendirme (tevsik sıkıntısı) olan harcamaların indirilmesine izin vermiştir.* Buna benzer olarak; Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 23’üncü maddesinde de *yabancı ulaştırma kurumlarının vergiye matrah olacak kurum kazancı, hasılatı ortalama emsal oranlarının uygulanması suretiyle hesaplanır. Ortalama emsal oranları, Türkiye’de daimî veya arızî olarak çalışan bütün kurumlar için; kara taşımacılığında %12, deniz taşımacılığında %15, hava taşımacılığında %5 olarak uygulanır, şeklinde hüküm oluşturulmuştur.*

lehine irat kaydedilmesine karar verilmiştir.⁹⁷⁷ Oysa isteklinin yatırmış olduğu teminatın idare lehine irat kaydedilmesi işlemi, idarenin gerçek zararının tazmin edilmesine yönelik tazminat niteliği taşımamaktadır; bu düzenleme tıpkı isteklilerin sözleşme imzalamaktan imtina etmesini önlemek için düzenlenmiş, ihaleye katılmaktan yasaklılık hükümleri gibi, cezai bir yaptırım mahiyetinde bir hükümdür.⁹⁷⁸ İhale mevzuatında ya da atıf yapılan başkaca idari mevzuatta idare veya sözleşmeci adayının veya sözleşmecinin tazminat talebinin düzenlenmediği hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.⁹⁷⁹ Yukarıdaki örnek kapsamında, idare uğradığı zararını ihale üzerinde kalmasına rağmen sözleşme imzalamaktan vazgeçen kişi aleyhine açacağı tazminat davası ile talep edebileceği kanaatindeyiz.

Menfi zararın hesabında, buraya kadar bahsettiğimiz fiili zarar yanında *yoksun kalınan kâr* da dikkate alınır. Yoksun kalınan kârın en tipik örneğini daha uygun şartlarda *sözleşme yapma fırsatının* kaçırılması oluşturur.⁹⁸⁰ Yargıtay menfi zararı, bir başkasıyla daha uygun koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılarak işin başkasına yaptırılmış olması durumunda ödenen tutar ile kaçırılan fırsat arasındaki fark olarak tanımlamıştır.⁹⁸¹ Yargıtay, sözleşme yapma fırsatının

⁹⁷⁷ Bu konuya ilişkin örnek olarak; Danıştay 13. Dairesi'nin bir kararında, İhale Komisyonu'nun açık artırma suretiyle yapılan ihale neticesinde, TÜPRAŞ'ın %51 oranındaki idare hissesi için en yüksek teklifi veren *isteklinin sözleşmeyi imzalamaktan kaçınması veya diğer yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde teminatının idare lehine irat kaydedilmesine*; karar vermiştir. (Danıştay 13. Dairesi'nin 27.3.2007 tarih ve 2006/1437 E., 2007/1705 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>) **Bir başka davada**, ulusal marker (akaryakıtı ilave edilecek olan tanımlayıcı kimyasal madde) temini ve teslimi ile yükümlü olacak yüklenici seçimine dair ihale sonucu Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile sözleşme imzalamaya hak kazanan davacı şirketin idare ile sözleşme imzalanmamasına ve geçici teminatın Kurum lehine irat kaydedilmesine ilişkin karar verilmiştir. (Danıştay 13. Dairesi'nin 31.12.2008 tarih ve 2007/2890 E., 2008/8605 K. sayılı kararı). **Başkaca kararlar için Bkz:** Danıştay 10. Dairesi'nin 8.2.2005 tarih ve 2002/7520 E., 2005/318 K. sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi'nin 27.3.2007 tarih ve 2006/1437 E., 2007/1705 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Şubat 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁷⁸ Bkz: Kamu İhale Kanunu md. 58/1 ve Devlet İhale Kanunu md. 84/3.

⁹⁷⁹ İhale Mevzuatında gerekli düzenlemenin olmadığı hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin genel hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin incelemelerimiz için Bkz: Tez II. Bölüm / A / 3. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşme Öncesi Dönemi Belirleyen Yasal Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Sözleşme Öncesi Döneme Etkisi

⁹⁸⁰ Derya Ateş, **a.g.e.**, s. 308, Ümit Gezder, **a.g.e.**, s. 200.

⁹⁸¹ Yargıtay 15. HD'nin 01.02.1996 tarih, 1996/310 E. ve 1996/535 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

kaçırılması yüzünden uğranılan zararın somut olarak ispatlanmasını aramamaktadır,⁹⁸² bunun yerine sözleşmeye konu malın her zaman her yerden temin edilebilecek bir mal olması halinde, ilk ihalede sözleşmeciyi taraftan başka teklif veren olup olmadığını araştırıp, teklif veren varsa bu fiyatla; teklif veren yoksa ilk ihale tarihinde satın alınabilecek piyasa değerindeki fiyatla, fesihten sonra normal sürede yapılacak ikinci ihalede belirlenen fiyattaki farka göre menfi zararın belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmemektedir.⁹⁸³ Zarar görenin başka sözleşme fırsatını kaçırmış olduğunu ispat edemese bile, uğramış olduğu zararın hesaplanması zarar gören tarafın mevcut iş hacmi, bilançosu, piyasa şartları vb. kriterlere göre hesap edilmesi gereken bir durumdur.⁹⁸⁴ Ayrıca Yargıtay menfi zararın hesaplanmasında, sözleşmenin feshedildiği tarihte ikinci ihale yapılması için geçecek makul süre ilavesiyle ikinci ihale o tarihte yapılsaydı ikinci ihale tarihindeki olası sözleşme fiyatlarının bulunmasıyla, mevcut sözleşme fiyatları arasındaki farkın bulunmasını göz önünde bulundurmaktadır.⁹⁸⁵ Yargıtay, idarenin en iyi fiyatlı ihaleciyi seçeceği varsayımından hareket etmektedir.

Yargıtay'ın menfi zarar kapsamında yoksun kalınan kâr hesabında, yukarıda incelediğimiz, iki tarafa borç yükleyen ani edimli sözleşmelerdeki katı olmayan tutumunu ve hakimın Türk Borçlar Kanunu'nun 50'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zarar miktarını hakkaniyete uygun şekilde belirlemesini yerinde buluyoruz. Ancak sözleşme hazırlıkları sırasında alınan tekliflerin her zaman yazılı şekilde yapılmadığının sözleşme yapmada kaçırılan fırsatı ispat etmek kolay olmaz. Nitekim uygulamada yazılı olmayan tekliflerin sonradan geçmiş tarihli olacak şekilde

⁹⁸² Yargıtay 13. HD'nin 24.6.1987 tarih, 1987/2599 E., 1987/3778 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁸⁴ Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 323, Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, s. 254.

⁹⁸⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 24.05 tarih ve 2004/1210 E., 2004/2834 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

sözleşmeye bağlanmaya çalışıldığına rastlanmaktadır. Öte yandan, hükümsüz sayılan sözleşmeler bakımından sözleşmenin tasfiyesinde büyük zorluklar ile karşılaşılır. Nitekim sözleşmeler her zaman alım- satım sözleşmesi gibi ani ve tek bir edimin yerine getirilmesi şeklinde bir ifayı içermezler. Sürekli borç ilişkisini de içeren ve hatta birçok sözleşmenin birleşmesinden oluşan karma sözleşme türleri ile de karşılaşılabilir. Bu tür sözleşmelerde karşılıklı edimlerin tasfiyesi ayrı bir uzmanlığı gerektiren karmaşık bir süreç olduğundan tazminat miktarının hesaplanması hususu Tezimizin kapsamı dışında tutularak sadece gerekli olan durumlarda atıf yapılmakla yetinilecektir.

Bu noktada müspet zarara değinmek ve kısaca menfi zarardan farklarını ortaya koymak uygun olur. Bilindiği üzere müspet zarar, esasen geçerli şekilde kurulmuş olan bir sözleşmede edimin geç ya da kötü ifa edilmesi nedeniyle uğranılan zarar olarak ifade edilir.⁹⁸⁶ Bu, fark kuramına göre müspet zarar tanımıdır.⁹⁸⁷ Alacaklının sözleşme içerisinde kalarak geciken ifa ile birlikte gecikme tazminatından vazgeçerek, edimin ifa edilmemesinden doğan zararını, sözleşmeden elde edeceği ifa menfaatine ilişkin zararını istemesi halinde söz konusu olur.⁹⁸⁸ Müspet zarar kâr mahrumiyetini de içine alır. Danıştay bir kararında bu durumu “Kârdan yoksun kalan, kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan yoksun kalmaktadır. Müspet zarar kapsamında değerlendirilen kâr kaybı, kusursuz olan tarafın, sözleşmeden haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusu olan zarar”⁹⁸⁹ olarak ifade etmektedir. Müspet zarar talebi halinde sözleşme ortadan kalkmamakta, alacaklının edime ilişkin

⁹⁸⁶ Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 123.

⁹⁸⁷ Müspet zararda tazminat borcunun kapsamı “fark kuramına göre” sözleşmeye aykırılık olmasaydı alacaklının elde edeceği menfaatten şimdi sözleşmeye aykırılık nedeniyle içinde bulunulan durum çıkarılarak elde edilen tam tazminattır. Fark kuramı- mübadele kuramı arasındaki fark ancak trampada pratik önem taşır, karşı edimin para borcu oluşturduğu borçlarda zaten fark kuramı kendiliğinden seçilmiş olur. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 212. Ayrıca fark kuramı- mübadele kuramı arasındaki örnek için Bkz: s. 201- 212.

⁹⁸⁸ Nitekim karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimin ifa edilmemesi neticesinde TBK’nin alacaklıya tanınan üç seçimlik hakkından birini kullanarak “borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini” isteyebilir (md. 125/2). Burada söz edilen tazminat müspet zararı ifade etmektedir.

⁹⁸⁹ Danıştay 13. Dairesi’nin 24.10.2017 tarih ve 2014/4570 E., 2017/2654 K. Sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

talep hakkının yerini müspet zarar tazminine dair talep hakkı almakta, edim ile müspet zarar talebi yer değiştirmiş olmaktadır.⁹⁹⁰ Müspet zararda alacaklının isteyebileceği tazminatın konusu, “*ifa çıkarı*”dır; yani sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu çıkardır.⁹⁹¹ Menfi ve müspet zarar farklı şartlarda talep edilebilen zarar türleridir⁹⁹², bu nedenle birlikte talep edilemez.⁹⁹³ Yargı kararları da bu yöndedir.⁹⁹⁴ Alacaklı, borçlunun sözleşmede borcunu ifa etmemesi halinde temerrüt hükümlerine dayanarak ifadaki menfaatini isteyebilirken, sözleşmenin hükümsüzlüğü kural olarak, artık ifadaki menfaatini değil, sözleşmeye güvenmesi yüzünden uğradığı zararının tazminini isteyebilir.⁹⁹⁵ Sözleşmenin ifasına yönelik bir menfaati temsil eden müspet zararın aksine menfi zarar, sözleşme öncesi dönem sorumluluğu kapsamında karşılanacak menfi zarar kural olarak yokluk, butlan gibi sözleşmenin ya hiç kurulmamasından ya da iptal edilebilirlik sebeplerinden biri ile sakatlanmış olarak kurulması sonucu talep edileceği kabul edilmektedir.⁹⁹⁶

⁹⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁹¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 14.10.2005 tarih ve 2005/5335 E., 2005/5448 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁹² M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 411, Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, s. 247, M. Serkan Ergüne; **Olumsuz Zarar**, s. 167. *Menfi ve müspet zararın aynı anda istenemeyeceğine ilişkin yarı kararları için Bkz:* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 14.10.2005 tarih ve 2005/5335 E., 2005/5448 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

⁹⁹³ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, s. 247, Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 123, Yeşim Atamer, **a.g.m.**, s. 353.

⁹⁹⁴ *Yargıtay’ın hem müspet hem de menfi zararının tazmininin istenemeyeceği yönündeki kararları için Bkz:* Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 27.05.2015 tarihli 2014/ 6947 E., 2015/5132 K. sayılı kararı, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 22.12.2015 tarihli 2015/ 8986 E., 2015/11373 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 04.03.2014 tarihli 2012/13956 E., 2014/4127 K. sayılı kararı, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 04.04.2019 tarihli 2017/5444 E., 2019/2959 K. sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 19.09.2014 tarihli 2013/7451 E., 2014/14176 K. sayılı kararı, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 07.03.2017 tarihli 2017/266 E., 2017/2612 K. sayılı kararı.

⁹⁹⁵ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 409.

⁹⁹⁶ İmkânsızlığa neden olan taraf tıpkı irade sakatlıklarının düzenlendiği hükümlerde olduğu gibi karşı tarafın menfi zararını ödemekle yükümlüdür. Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 151. ERGÜNE, konunun başka bir yönünü de vurgulayarak; menfi zararın hem sözleşmenin baştan beri hükümsüz olduğu hem de sözleşmenin sonradan hükümden düştüğü hallerde ayrıca sözleşmeden dönme halinde geçerli olacağını belirtmektedir. Ancak sözleşmeden dönme hallerinin (Eski Borçlar Kanunu’nun md. 8/1, md. 108/2, md. 396/2 ve md. 466/2’deki durumların) culpa in contrahendo

2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Karşılanan Zararın Sözleşme Öncesi Dönem Uyuşmazlıklarında Yeterliliğinin Sorgulanması

Buraya kadar menfi zararın kapsamını ve culpa in contrahendo sorumluluğunda karşılanacak zarar olduğunu inceledik. Uygulamada hiç kurulmamış ya da kurulup da sonradan hükümsüz sayılan sözleşmeler bakımından, sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı gerekçesi ile ifa çıkarına (müspet zarara) hak kazanılamayacağı görüşü hem yargı kararlarında⁹⁹⁷ hem de doktrinde hakimdir.⁹⁹⁸ Sözleşmesel sorumluluğun geçerli olmayacağının kabul edildiği bu durumda talep edilebilecek zarar ancak sözleşme yapma masrafları ile varsa başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılması yüzünden uğranılan zararı (menfi zararı) kapsar.⁹⁹⁹ Nitekim Yargıtay'ın yukarıda verdiğimiz karar örneklerinde, sözleşmenin kurulacağına ilişkin yaratılan güven kapsamında sözleşmecinin ancak menfi zarar isteyebileceği ortaya konulmaktadır. Oysa bu zarar pratikte ancak kurulmamış ya da ifasına başlanmamış sözleşmelerdeki uyuşmazlıklarda yeterli olabilir.

Ancak son yıllarda culpa in contrahendo sorumluluğunda zararın menfi zarar ile sınırlandırılması *görüştüne karşıt olarak*, sözleşme öncesi sorumluluğun ihlali nedeniyle sözleşme geçerli olarak kurulamamışsa dahi, dürüst davranma halinde sözleşmenin meydana geleceği ispat edilebiliyorsa müspet zararın istenebileceği

sorumluluğuyla açıklanamayacağını ifade etmektedir. Sayılan bu durumlar davranış yükümlülüğünün ihlalinden değil, baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş borç ilişkisinin sonradan hükümden düşmesinden kaynaklanmaktadır. Yazar, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin culpa in contrahendo sorumluluğunu reddetmediğini, bilakis bu kurumun culpa in contrahendo sorumluluğunun temelleri üzerine inşa edilmiş olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca Yazar'ın irade fesadına uğramış bir hukuki ilişkiyi baştan itibaren hükümsüz olarak nitelemesi "iptal edilebilirlik" yaptırımı kavramıyla tam bağdaşmadığını, bu ifadenin ancak iptal hakkının kullanılması ile hükümden düşmüş ya da hükümsüz kalan sözleşme şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmek isteriz. Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 109. Benzer vurgular için Yazarın aynı eserinin *Bkz* s. 41,120,121,126, 152.

⁹⁹⁷ Müspet zararın talep edebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş olması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararında, "Müspet zararın tazmini için tazminat isteğinde bulunan tarafın hem kusursuz olması hem de sözleşmeyi fesheden taraf olmaması gerekir. Menfi zarar sözleşmeyi fesheden tarafın fesihte haklı olması halinde isteyebileceği zararken müspet zararın sözleşmeyi fesheden tarafça istenmesi mümkün değildir." Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2014 tarih 2013/6445 E., 2014/4119 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İctihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

⁹⁹⁸ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 60, Betül Tiryaki, **a.g.m.**, s. 276.

⁹⁹⁹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Cilt I**, s. 112.

doktrinde ileri sürülmektedir.¹⁰⁰⁰ Ayrıca son yıllarda sözleşmenin imkânsızlığının zaman bakımından ayrıma tabi tutulması sonucu tazminat boyutunda farklı sonuçların ortaya çıkması eleştirilmektedir.¹⁰⁰¹

İlave olarak, baştan itibaren hükümsüz olan bazı sözleşmeler bakımından “*hakkaniyetin gerektirdiği hallerde*” ve hakkaniyetin gerektirdiği miktarda hakim in takdiri çerçevesinde menfi zarardan fazlasına (müspet zarara) hükmedilmesini sağlayan hükümler Kanun’da düzenlenmiştir.¹⁰⁰² Örneğin; Türk Borçlar Kanunu’nda¹⁰⁰³ Hata düzenlemesinde hataya düşen tarafın ve Yetkisiz Temsil durumunda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun düzenlendiği maddelerde (TBK madde 35/2 ve 47/2) “*hakkaniyetin gerektirmesi*” durumunda “*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata*” ya da yetkisiz temsil hükmünde olduğu gibi bir sınırlama getirilmeksizin “*diğer zararların*” giderilebileceği düzenlenmiştir.

Menfi zararın müspet zararı geçip geçemeyeceği tartışmalarını¹⁰⁰⁴ bir yana bırakırsak Yargıtay bazı kararlarında, sözleşme yapılırken hataya düşen tarafın

¹⁰⁰⁰ Kenan Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁰⁰¹ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 201, 243.

¹⁰⁰² Sözleşmenin hükümsüzlüğünde talep edilen menfi zararın hakkaniyet kapsamında, müspet zararı da kapsayabileceği yönündeki görüş için Bkz: M. Serkan Ergüne; **Olumsuz Zarar**, s. 215, 260-268, Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 262, Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 638. Buna karşın bazı Yazarlar, hükümsüz bir sözleşmede menfi zararın ifa menfaatine kadar varabileceğini belirtmektedir. Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 215.

¹⁰⁰³ Türk Borçlar Kanunu’nun *Korkutma* başlıklı 37 inci maddesinin 2’nci fıkrası culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında olmamakla beraber söz konusu fıkrada; korkutan üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, *hakkaniyet gerektiriyorsa*, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 121. Aynı şekilde ayırt etme gücü olmayan kusurlu kişi *hakkaniyet sorumluluğu* kapsamında zararı tamamen veya kısmen tazmin etmekle yükümlü olacaktır (TBK md. 65). **A.g.e.**, s. 439.

¹⁰⁰⁴ Türk Borçlar Kanunu’nda yeniden düzenlenen Hata (Yanılma) hükmünde menfi zararın açıkça müspet zarara kadar sınırlandırıldığını; buna karşın yetkisiz temsilciden talep edilecek tazminata ilişkin hükmünde herhangi bir değişiklik olmadığını, bu durumun doktrinde var olan tereddütleri tam olarak gidermediğini görüyoruz. Nitekim yetkisiz temsilci ile yapılan işlemin geçerliliğine güvenen kişinin, bu işlemin geçerli olmaması nedeniyle uğradığı (menfi zarardan fazla) diğer zararının giderilmesi hakkaniyetin gerektirdiği hallerde yetkisiz temsilciden istenebileceği hükmü yer almaktadır. Bu fıkradaki *diğer zararlar* ifadesi ile menfi zararın müspet zarar kadar mı olduğu yoksa müspet zararı geçebileceği hususunda bir açıklık yoktur. Birçok Yazar buradaki müspet zararı; sözleşme ifa edilseydi yani ifaya ilişkin menfaat temin edilseydi uğranılmayacak zarar olarak sözleşmeden elde edilecek menfaat ile sınırlamaktadır. Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 267, Ayfer Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 145, M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 112. Buna karşılık menfi zararın müspet zararı aşabileceğine ilişkin görüş için Bkz: M.

sözleşmeyi iptal etmesi halinde, kusursuz olan *tarafın gerektiğinde müspet zararının karşılanması gerektiğini* belirtmekte,¹⁰⁰⁵ böylelikle menfi zararın müspet zarara kadar olabileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁰⁶

Öte yandan menfi zarardan fazlasına hükmedilmesini sağlayan “*hakkaniyetin gerektirdiği haller*” veya Yargıtay’ın ifadesi ile “*müspet zararı gerekli kılan haller*”in sadece Kanun’da düzenlenmiş hükümlerle sınırlı (numerus clausus) olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁰⁷ Nitekim Yargıtay’ın vermiş olduğu birçok kararda bu düzenlemeyi sınırlı sayıda yorumlamadığını ancak tüm hükümsüz

Serkan Ergüne; Olumsuz Zarar, s. 353-358, Süleyman Yalman, **a.g.e.**, s. 132. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 35’inci maddesinin 2’nci fıkrasının gerekçesinde bu konuya açıklık getirmekten uzaktır. Bkz: “**Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri**”, s. 12-13. Muğla Barosu web <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/BK%20Madde%20Gerekçeleri.pdf>, (Çevrimiçi, Şubat 2020). Daha ilginç olan, Tasarı’nın bu durumun uygulamada zaten bu şekilde uygulandığını ve eski Borçlar Kanunu’nda da böyle yer aldığını; maddede düzeltme ve sadeleşme dışında bir değişiklik olmadığının vurgulanmasıdır. Oysa Kanun’da hata düzenlemesinde yer alan zararın “sözleşmedeki ifa çıkarına kadar” olacağı ifadesi yeni eklenmiş olup, diğer irade sakatlıkları ve hükümsüzlük nedenlerinde menfi zararın müspet zarara kadar olup olmayacağı konusunda bir fikir vermemektedir. Yetkisiz temsildeki “*diğer zarar*”ın giderilmesinin istenebileceği ifadesinden hata hükmünde açıkça düzenlenen “*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*” ifadesi gibi menfi zararın en fazla müspet zarara kadar olabileceğinin mi anlaşılması gerekiyor? Bu anlamda kanun koyucunun yetkisiz temsilde benzer bir düzenleme yapmaması bilinçli bir susma mıdır, yani kanun koyucu burada menfi zararı kısıtlayıcı bir düzenleme getirmeyerek gerektiğinde menfi zararın müspet zararı geçebilmesini mi sağlamaya çalışmıştır; yoksa kanun koyucunun yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken hata hükmünde yeniden düzenleme yaparken yetkisiz temsilde menfi zarara bir sınırlama getirmemesi kanun koyucunun bir ihmali yani düzenlemedeki bir boşluk mudur? **Kanaatimizce** kanun koyucunun, hata hükmündeki menfi zararın en fazla ifa çıkarına kadar olabileceğine ilişkin değişikliği görmezden geldiği ve menfi zararın üst sınırını zaten müspet zarara kadar olduğu vurgusu yaptığı göz önüne alınırsa, yetkisiz temsil maddesindeki diğer zararı da en fazla müspet zarara kadar olabileceği şeklinde algıladığını çok rahatlıkla söyleyebiliriz. Ancak söz konusu maddelerin düzenleniş biçimleri ve bu konuya ilişkin genel bir düzenleme olmayışı menfi zararın mutlaka müspet zarar ile sınırlanması gerektiği şeklinde yorumlamamak gerektiği düşüncesindeyiz.

¹⁰⁰⁵ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 17.06.2019 tarihli 2019/1420 E., 2019/3844 K. sayılı kararı. *Yargıtay’ın benzer kararları için Bkz:* Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 20.05.2019 tarihli 2016/10146 E., 2019/3142 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 30.04.2019 tarihli 2016/8941 E., 2019 / 2902 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 19.09.2018 tarihli 2018/ 2731 E., 2018/12529 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 13.02.2018 tarihli 2015/3476 E., 2018/902 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 12.02.2018 tarihli 2017/5411 E., 2018/831 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 29.01.2018 tarihli 2015/7259 E., 2018/486 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 09.01.2018 tarihli 2015/3025 E., 2018/65 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 08.01.2018 tarihli 2015/6955 E., 2018/12 K. sayılı kararı. Kararlar için Bkz: Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Şubat 2019), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹⁰⁰⁶ BGB’deki düzenleme bu yöndedir. Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 211.

¹⁰⁰⁷ M. Serkan Ergüne; **Olumsuz Zarar**, s. 370.

sözleşmelere de genellemediğini göstermektedir.¹⁰⁰⁸ Doktrinde hakim görüş zararın müspet zarara varabilmesini istisnai bir durum olduğu yönündedir.¹⁰⁰⁹ Gerçekten hakkaniyet gerektirecek durumların ne olacağının önceden belirlenmesi zordur ayrıca bu durumların sabit hale getirilmesi esnekliği yok edeceği ortadadır. Gerçek zararın belirlenmesi ve müspet zararın talep edilebilmesinde “*hakkaniyet gerektirecek durumlar çerçevesinde*” hareket edilmesi fazlasıyla yoruma açık olacağından taraflar açısından belirsiz ve hukuki güvenliğin zedeleneyeceği bir ortam yaratması bakımından sakıncalı olacaktır.¹⁰¹⁰ Öte yandan zararın menfi zarar ile sınırlı tutulması da gerçek zararı karşılamayacağı için hakkaniyete aykırı olacaktır. Hangi durumların hakkaniyeti gerektireceği somut olaylar doğrultusunda belirlenebilir.¹⁰¹¹ Yargı kararları örnekler bakımından konuya ışık tutabilir.

Yargıtay’ın görüşüne göre; hükümsüz sayılan sözleşmelerde, örneğin baştaki imkânsızlıkta sözleşme yapılırken taraflardan biri imkânsızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen diğer tarafı bundan haberdar etmiyorsa, karşı tarafın uğradığı menfi zararı karşılamakla yükümlüdür.¹⁰¹² Yargıtay’ın bu görüşüne karşı olan bazı yazarlar menfi zararın müspet zararı aşabileceğini ileri sürmektedir.¹⁰¹³ Nitekim sözleşmenin konusunun başlangıçta imkânsız olduğunu bilerek sözleşme

¹⁰⁰⁸ Nitekim Yargıtay Hile’ye ilişkin davlarda da, sözleşme yapılırken hataya düşen tarafın kusurlu bulunması sözleşmenin iptaline engel olmadığı, bu nedenle TBK’nin 35. maddesinde öngörüldüğü gibi hatayı bilmeyen veya bilecek durumda bulunmayan ve kusursuz olan karşı tarafın menfi, gerektiğinde müspet zararının ödenmesi gerektiğine atıf yapmaktadır. Yargıtay TBK’nin 35. maddesini kıyasen kullanmıştır. *Buna ilişkin kararlar için Bkz:* Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 18.04.2019 tarihli 2019/366 E. 2019/2824 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 15.11.2018 tarihli 2015/18933 E., 2018/14548 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 15.11.2018 tarihli 2015/18861 E., 2018/14570 K. sayılı kararı, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 07.11.2018 tarihli 2015/18414 E., 2018/14242 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak için *Bkz:* Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Şubat 2019), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹⁰⁰⁹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 112.

¹⁰¹⁰ Hakim hakkaniyetin gerektirdiği durumları belirlerken tamamen serbest olmayıp, durumun niteliklerine göre değerlendirip takdir etmesi gerekecektir. Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 216.

¹⁰¹¹ Hakim “denkliği sağlamak” amacıyla menfi zarardan ayrılabilir. Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 211.

¹⁰¹² Hukuk Genel Kurulu’nun 29.09.2010 tarihli 2010/14-386 E., 2010/427 K. sayılı kararı. Elektronik kaynak için *Bkz:* Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>, Ayrıca *Bkz:* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 09.06.1975 tarih, 1975/515 E. ve 1975/2952 K. sayılı kararı; Mustafa Reşit Karahasan, **a.g.e.**, s. 238. Ayrıca *güvenin boşa çıkartılmasına* ilişkin kararlar için *Bkz:* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.01.1990 tarih ve 1989/13-392 E., 1990/1 K. sayılı kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 30.11.2004 tarih ve 2004/4912 E., 2004/11803 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ekim 2016), <http://www.kazanci.com>

¹⁰¹³ Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.e.**, s. 165, 195, 214.

imzalamanın kusurlu taraf aleyhine sadece menfi zarara yol açarken, sözleşme imzalandıktan hemen sonra sözleşmenin ediminin kusurlu olarak imkânsızlaşmasında müspet zarara yol açmasının bir çelişki olacağı ortadadır.¹⁰¹⁴

Bu nedenle sözleşmenin geçersiz hale gelmesinde butlan, iptal gibi sonuçların yarattığı ya hep ya hiç anlayışı üzerine kurulu tazminat ve tasfiye sistemlerinin gerçek zararı karşılamadaki yetersizliği yoğun eleştiri konusu olmaktadır.¹⁰¹⁵ Bu duruma çözüm olarak *örneğin* irade sakatlığı nedeniyle sözleşme elverişsiz koşullarda kurulmuşsa burada iptale bağlı olarak gerçekleştirilecek tasfiye kapsamında talep edilebilecek menfi zarar yerine sözleşmenin elverişsiz koşullarının değiştirilmesini talep edebileceği ifade edilmektedir.¹⁰¹⁶ Doktrinde yaygın şekilde kabul edildiği üzere, sözleşme öncesi dönemde culpa in contrahendo sorumluluğu nedeniyle alacaklının uğradığı zarar menfi zarardır.¹⁰¹⁷ Ancak menfi zarar gerçek zarardan aza isabet edebilir. Bu nedenle eğer borçlu ile alacaklı arasında edimin yasal ya da sözleşmesel garanti taahhüdü var ise ifa çıkarı talep edilebileceği, hatta culpa in contrahendo sorumluluğunda müspet zarar talep edilebileceği ileri

¹⁰¹⁴ Rona Serozan, ‘ ‘**Culpa in Contrahendo**’, ‘**Akđın Müspet İhlali** ’ve ‘**Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**’, s. 127.

¹⁰¹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler de (OR 26/II ve OR 39 /II) menfi zararın müspet zarardan az olacağına yöneliktir. Alman Medeni Kanunu’nda ise sözleşmeler kapsamındaki uyuşmazlıklarda menfi zararın müspet zarara kadar olabileceği kabul edilmiştir. Rainer Gozenbach, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁰¹⁶ SEROZAN, “hile nedeniyle iptal veya iptal yerine tazminat ya da ayıp nedeniyle dönme veya indirim yaptırımlarının sağladığı avantajlar” talep edilerek aşılabileceği görüşündedir. Böylelikle (hilede kasıt gibi) sıkı gerekliliklerin aşılmış olacağı ve eski BK md. 26 ve 39’da benimsenen (ya tam tazminat ya sıfır tazminat yerine), eski BK md. 44’e göre daha esnek bir sistem olan indirimli tazminat (koşullara uyarlama) kuralının uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 257-262. Ayrıca SEROZAN, ahlaka aykırılık ve gabini yasaklayan düzenlemelerde sözleşmenin tümünden geçersiz veya feshedilmesi yaptırımı eleştirilmektedir. Rona Serozan, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Haziran 2004, s. 205. TUHR, sadece yan edimin değil asli edimin de imkânsızlığı halinde “yeniden yapılandırmanın mümkün olduğu”nu ileri sürerek yargıdaki içtihatları buna örnek olarak göstermektedir. Andreas von Tuhr, Hans Peter, **a.g.e.**, s. 227. Nitekim, 11.01.2011 tarihinde kabul edilen Türk Borçlar Kanunu’nda Aşırı Yararlanma (Gabin) ile ilgili 28’inci maddesinde zarar gören, “*durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*” isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu yöndeki görüşlere katılıyoruz.

¹⁰¹⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 112.

sürülmektedir.¹⁰¹⁸ Ayrıca yine bu yönde bir amaçla ve daha istisnai hallerde kullanılmakla beraber, sözleşmenin butlanını ileri sürmenin Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda başlangıçtaki objektif imkânsızlığın ileri sürülmesi engellenebilir. Ancak bu durum istisnai hallerde mevcut olacağından genel bir koruma sağlayamaz. Başlangıçtaki subjektif imkânsızlık ise hükümsüzlük ile sonuçlanmamakla beraber; genellikle borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık kapsamında (TBK md. 112 vd.) ya da yasal garanti sorumluluğu maddeleri kıyasen uygulanarak sonuca bağlanır.¹⁰¹⁹ Nitekim Yargıtay subjektif imkânsızlığın taraflardan kayanaktan imkânsızlık halini ifade ettiğini ve kimsenin “*kendinden kaynaklı kusurdan yararlanamayacağı ilkesi*” uyarınca kusurlu olan tarafın diğer tarafın zararını TBK md. 117 uyarınca karşılamakla yükümlü olduğuna karar vermektedir.¹⁰²⁰ Sözleşme ihlali niteliğindeki bu durumların hukuki sonuçları arasında sistematik bir paralellik sağlanamamış olması, birbiri ile kesişen konularda farklı sonuçlara varılmasına neden olmakta; bu durum da hukuki bütünlüğün ve istikrarın sağlanmasını engellemektedir.¹⁰²¹

Öte yandan mukayeseli hukuktaki gelişmeler de sözleşme öncesi dönemdeki uyumsuzluk nedeniyle ortaya çıkan zarara bakışın değişmekte olduğunu göstermektedir. Ayrıca uluslararası hukuk kapsamında soft law olarak kabul edilen

¹⁰¹⁸ Yazar başlangıçtaki (objektif) imkânsızlığın tabi olduğu butlanın sonuçlarından kaçınmaya yönelik olarak üç yöntem öngörür; *birincisi* TBK md. 27'deki boşluğun amaca uygun sınırlayarak (teolojik redüksiyon) TBK md. 112 ya da md. 136'ya göre kıyasen uygulanarak baştaki imkânsızlığın sonraki imkânsızlık alanına çekilmesi ; *ikincisi* baştan imkânsızlıkta yasal garanti sorumluluğu ya da sözleşmesel garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi; *üçüncüsü* baştaki imkânsızlığı bilerek sözleşme kuran tarafı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında müspet zararı tazmin etmek. Başlangıçtaki hukuki imkânsızlıkta örneğin inşaat izni olmadan inşaat yapılmasına ilişkin sözleşme yapılması ya da ithalat eksikliğine rağmen mal tedarik sözleşmesi yapılması durumlarında Yargıtay bu durumları butlan sebebi saymaktadır; oysa bu durumlar yasal garanti sorumluluğu maddesi kapsamında değerlendirilebilir (TBK md. 219) ve bu şekilde bir uygulama ile alacaklı ifa çıkarına ilişkin tazminatı (müspet zararı) elde edebilir. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 164-167.

¹⁰¹⁹ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 201, 243. Türk Doktrini'nde bu görüşe uygun olarak Serozan; TBK'nin 191, 214 ve 309'uncu maddelerinde düzenlenmiş olan edimi garanti sorumluluğunun kıyasen genele uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 180 vd.

¹⁰²⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2017 tarih ve 2017/121 E., 2017/2508 K. sayılı kararı. Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

¹⁰²¹ Yeşim Atamer, **a.g.m.**, s. 324.

temel ilkelerin düzenlendiği (PICC, PECL, DCFR, CISG gibi)¹⁰²² metinler ulusal hukukların kendilerini yenileme sürecinde ilham kaynağı olmaktadır. Söz konusu metinlerde, baştaki imkânsızlık ve sözleşme öncesi döneme dayanan ifayı engelleyen birçok durum, “*ifa etmeme*” yani sözleşmeye aykırılık kapsamında ele alınarak, hukuki sonuçları bir bütün olarak çözümlenmektedir.¹⁰²³ Ayrıca bu durumlar bir ifa engeli türü olarak değil, ifa talebini bloke ederek ifa talebinin düşmesine yol açan fiili bir durum olarak kabul edilmiştir.¹⁰²⁴ Örneğin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)’de de baştan imkânsızlık butlan sebebi olmayıp sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçları ile aynı düzenlemeye tabi olacak şekilde düzenlenmiştir.¹⁰²⁵

¹⁰²² Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü (UNIDROIT) tarafından hazırlanan **PICC** (Principles of International Commercial Contracts- Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler) için Bkz: Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Eylül 2021), <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf> Avrupa Birliği Ülkelerindeki Sözleşme Hukuku’nun yeknesaklaştırılması için çıkarılan **PECL** (Principles of European Contract Law- Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri) için Bkz: Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Eylül 2021), <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf> Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu ve Mevcut AT Özel Hukuku Üzerine Avrupa Araştırma Grubu tarafından hazırlanan **DCFR** (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference - Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları - Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak) için Bkz: Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Eylül 2021), https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan **CISG** (The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods - Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması; Viyana Satım Sözleşmesi adıyla da anılır.) için Bkz: Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Eylül 2021) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf

¹⁰²³ Yazar, söz konusu metinlerde (PICC, PECL, DCFR) ifa engelleri üzerine karşılaştırmalı olarak yaptığı detaylı incelemede, farklı ifa engelleri “ifa etmeme” kavramı çerçevesinde ele alınarak, borçlunun garanti sorumluluğu vurgulanmıştır. Bu durumda borçlu ancak mücbir sebebin varlığı halinde tazminat ödeme borcundan kurtulabilmektedir. Yeşim Atamer, **a.g.m.**, s. 332- 334.

¹⁰²⁴ *İfa talebinin bloke olması halinde uygulanacak maddeler*; PICC md. 7.2.2 (b); PECL md. 9:102 (2) (b), DCFR md. III.- 302 (3) (b). *Sözleşmenin ayakta kalıp kalmayacağına ilişkin maddeler*; PICC bu durumda sözleşmenin ayakta kalacağını buna karşın; PECL md. 9:303 (4) ve DCFR md. III.- 3:104 (4) mutlak ve aşılmaz bir imkânsızlıkta sözleşmenin sona ereceğini kabul etmektedir. Yeşim Atamer, **a.g.m.**, s. 340.

¹⁰²⁵ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 173. Uluslararası antlaşmalar için Bkz: Ercüment Erdem, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri**, s. 117 vd. Institute of International Commercial Law web sayfası için elektronik kaynak; (Çevrimiçi, Ağustos 2020) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erdem.pdf> ve Zehra Özkan, “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, **AÜHFD**, C. I, S: 66, 2017, s. 157-199.

Almanya başta olmak üzere Hollanda ve İskandinav ülkelerinin kanunlarında, ifa engelleri hukukundaki tıkanıklıkların çözümünde uluslararası hukukun uygulamaya yön veren temel ilkeleri dikkate alınmıştır.¹⁰²⁶ Alman Medeni Kanunu’unda (BGB) 2001 yılında Reform Kanunu ile gerçekleşen değişiklik neticesinde, sözleşme öncesi dönem ile sözleşme bir bütün haline gelerek, sözleşmesel sorumluluğun alanı sözleşme öncesi dönemi kapsayacak şekilde genişletilmiştir (BGB § 311 II). Ayrıca başlangıçtaki (objektif) imkânsızlık butlan nedeni olmaktan çıkarılarak, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmiştir (BGB § 275). Başlangıçtaki bu imkânsızlığı bilerek sözleşme yapan borçlunun müspet zarar ile sorumlu olduğu (BGB § 311a); böylece sözleşme öncesinde gerçekleşen imkânsızlığın butlana bağlanan ağır sonuçları ile sözleşme kurulduktan hemen sonra gerçekleşen ifa imkânsızlığının kusur durumuna göre (TBK md. 112 veya TBK md. 136’ya göre) tasfiyesi arasındaki farklılık ortadan kaldırılmıştır.¹⁰²⁷

Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku’nda ise ifa engelleri genel ve özel hükümler çerçevesinde dağınık ve sistematik olmaktan uzak şekilde tek tek sıralanmıştır. İfa engelleri içerisinde en ağırlıklı yeri olan ise imkânsızlık müessesesidir. Bu durum, yukarıda detayları ile incelendiği üzere, sözleşmenin sona ermesinde yararlanılan hukuki müesseselerin uygulanmasında tereddütlere yol açmaktadır.¹⁰²⁸ Ayrıca ifa engellerinin yetersiz şekilde ve sistematikten uzak düzenlenmesi, hukuki sorunların çözümünde sıklıkla Türk Borçlar Kanunu’nun özel hükümlerine dayanılarak kıyas yapılmasına gerek duyulmasına ya da Medeni Kanun’un 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasındaki dürüstlük kuralına başvurulmasını gerekli kılmaktadır.

Özetle; uygulamamızda genel olarak sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarında sözleşmenin kurulmasından vazgeçilmesi veya sözleşmenin kurulup da baştan itibaren hükümsüz hale gelmesinde zarara uğrayanın ancak menfi

Elektronik kaynak; (Çevrimiçi, Ağustos 2020), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621462>

¹⁰²⁶ BGB’deki reform süreci Viyana Satım Anlaşması (CISG) adıyla anılan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL), UNIDROIT’in Milletlerarası Ticari Antlaşmaların İlkeleri (PICC) antlaşmaların hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Rona Serozan, “Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, s. 233.

¹⁰²⁷ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s.165.

¹⁰²⁸ Yeşim Atamer, **a.g.m.**, s. 318- 324.

zararını talep edebileceği kabul edilmektedir. Menfi zararın culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında ödetecek güven zararı olduğu kabul edilir ve sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına olan güvene dayanır. Menfi zararın hesabında, sözleşmenin kurulması için yapılan masrafların gerçeğe uygun şekilde hesaplanması gerekir. Bunun için “yaratılan güvenin” kapsamı değerlendirilerek, sözleşme imzalanmadan önce yapılan ifaya ilişkin masrafların tazmini de mümkün olabilmelidir. Masrafların belgelenmesi ve kaçırılan fırsatların ispatı konusunda ispat hukukunun katı kuralları hakimın takdir hakkı çerçevesinde aşılabilmelidir. *Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında ödenen tazminatın yeterliliğine gelince*, kurulamamış sözleşmeler bakımından yapılan masrafların ve varsa kaçırılan fırsatların (yoksun kalınan kârın) doğru değerlendirmesi önemliyken, sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmeler bakımından konu daha karmaşıktır. Çünkü imzalanıp da ifası belli bir aşamaya gelmiş sözleşmelerde, kurulamamış sözleşmeye göre ortaya çıkan zarar daha fazladır. Hükümsüz sayılan sözleşmelerde iptal ya da butlanın hukuki sonucu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu fikrine dayandığından ve ortada bir sözleşme olmadığı kabul edildiğinden, zarar sözleşmesel menfaat çerçevesinde talep edilememekte, sonuçta culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında karşılanabilen menfi zarar gerçek zarar karşılamamaktadır. Kanun’un “hakkaniyetin gerektirdiği haller” kapsamında ancak dar ve istisnai bir alanda müspet zararın talebi mümkün olmaktadır. Ancak bu düzenleme istisnai durumlar için geçerli olduğunda; sonuçta hükümsüz sayılan sözleşmelerde gerçek zararın karşılanması mümkün olmamaktadır. Sözleşmenin geçersiz hale gelmesinde butlan ve iptal gibi müesseselerin sonucundaki sebepsiz zenginleşmeye dayanan tasfiye sistemlerinin ihtiyaca tam olarak cevap vermemesi yeni görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Mukayeseli hukuk ve özellikle Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) gerçekleşen değişiklikler sözleşme öncesi döneme ve bu dönemdeki uyuşmazlıklara yeni ve farklı bir bakış açısı getirmiştir. Öte yandan konu Tezimiz bakımından idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi hukuka aykırı idari işlemin mahkeme tarafından iptalinin sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi bakımından önem kazanmaktadır. Nitekim imzalandıktan bir süre sonra hükümsüz hale gelen bu sözleşmelerde sözleşmenin tasfiye sürecinde ifa edilen edimler ile ifaya yönelik

yapılan masrafların iadesi ve karşı edimlerin iadesi karmaşık bir hal almaktadır. Bu sürecin hukuki karakterine ise aşağıdaki kısımda yer verilecektir.

3. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinde Müspet Zarar Talebinin ve Tasfiye Sürecinin Değerlendirilmesi

Bir önceki kısımda, sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarında culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında menfi zararın (güven zararının) karşılandığını; bu zarar türünün kural olarak yokluk, butlan gibi sözleşmenin hiç kurulmadığı ya da iptal edilebilirlik sebeplerinden biri ile sakatlanmış olarak kurulduğu hallerde talep edilebileceğini inceledik. Ayrıca sözleşme kurulup da ifasına başladıktan sonra ortaya çıkan zararın daha fazla olması nedeniyle menfi zararın gerçek zararı karşılamakta yetersiz kaldığını ve hakkaniyete aykırı durumlara sebebiyet verdiğini; bu durumun da yeni fikirlerin gelişmesine zemin hazırladığına değindik.

Bu kısımda Tez konumuz bakımından son derece önem teşkil eden “*sözleşme sonrası çıkan sözleşme öncesi dönem uyuşmazlığı*” olarak ifade ettiğimiz, esasen geçerli olarak kurulduğu düşünülen bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir sebeple hükümsüz sayıldığı durumlar için müspet zarar (ifa çıkarı) talebinin mümkün olup olamayacağı konusu ele alınacaktır. Bu durumun idare hukukundaki karşılığı yaygın olarak sözleşme öncesi (ayrılabilir) idari işlemin iptal edilmesinin kurulmuş sözleşme üzerinde imkânsızlığa neden olduğu gerekçesi ile sözleşmenin hükümsüz kalmasıdır. Bu konu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir problem olmasına rağmen, Tez konumuz ile sıkı bağlantısı nedeniyle yukarıdaki bölümde ayrılabilir işlem başlığı ile yüksek yargı kararları kapsamında incelenmişti.

Ancak inlemelerimiz neticesinde gerek yargı kararları ile varılan gerçeği kapsamayan sonuçlar, gerekse konunun doktrinde yeterince incelenmemiş olması karşısında konunun daha ayrıntılı incelenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu bağlamda uygulamada hangi aşamada ne gibi sorunlarla karşılaşıldığı ve çözüme ilişkin fikirlerimize aşağıda yer verilecektir.

Bu kısımda, kurulmuş sözleşmelerin sonradan hükümsüz hale gelmesinde özellikle imkânsızlık kavramı üzerinde durulacak, imkânsızlığın nitelendirilmesinde dikkat edilmesi gereken hususlara yer verilecektir. İdare mahkemesinin sözleşme

öncesi iptal ettiği idari işlemin sözleşme üzerinde hangi tür imkânsızlık oluşturduğunun tespiti ve sonuçları değerlendirilecektir. Sözleşmenin imkânsızlaşmasında tarafların ve özellikle idarenin kusur ile hizmet kusuru ilişkisi incelenecektir. Sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmelerin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme sorumluluğuna dayanmanın sakıncaları üzerinde durularak, TBK’de düzenlemesi olmayan alacaklı tarafın kusurunun değerlendirilmesi yapılacak ve TBK’de kıyasen uygulanabilecek örnek düzenleme üzerinde durulacaktır.

a. İdarenin Hükümsüz Sayılan Sözleşmelerinin İmkânsızlık Kapsamında Değerlendirilmesi

Öncelikle sözleşmenin kesin olarak hükümsüz sayılma nedenleri TBK’nin 27’nci maddesinde düzenlenmiş olup, bu sebepler hem idari sözleşme hem de özel hukuk sözleşmesi için aynı derecede bağlayıcıdır. Bu husus yukarıdaki bölümde incelenmiştir.¹⁰²⁹ Konumuz açısından da idarenin yapmış olduğu sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılmasının en tipik örneği yargı kararlarında *imkânsızlık* kavramı kapsamında değerlendirilmektedir. İmkânsızlık konusunun özellikle de maddi (fiili) imkânsızlığın teorik ağırlığı pratiğinden fazla olmasına rağmen,¹⁰³⁰ hukuki imkânsızlığın her türlü borç ilişkisinde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir.¹⁰³¹ Nitekim Yargıtay birçok kararında, sözleşmeye dayanak teşkil eden ve idare mahkemesi tarafından iptal edilen sözleşme öncesi idari işlemi sözleşmenin ediminin ifasında “*hukuki imkânsızlık*” teşkil ettiğini; imkânsızlaşan edimin parça veya cins borcu niteliğinden bağımsız olarak *başlangıçtaki objektif imkânsızlık* ya da *başlangıçtaki subjektif imkânsızlık* kapsamında değerlendirdiğini görüyoruz.¹⁰³² Bu konuda Yargıtay’ın görüşünü kısaca tekrar edecek olursak, Yargıtay sözleşmenin

¹⁰²⁹ Sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan nedenler için Bkz: Tez II. Bölüm / B. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI

¹⁰³⁰ İmkânsızlıkta pratikte çoğunlukla parça satımında, kişisel iş görme edimlerinde, kesin vadeli iş görme edimlerinde görülmesine rağmen cins borçlarında, gayri şahsi iş görme edimlerinde ve para borçlarında söz konusu olmaz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 163.

¹⁰³¹ Ş. Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları”, **AÜHFD**, C. III, S. 63, 2014, s. 571.

¹⁰³² Esasen objektif imkânsızlık ile subjektif imkânsızlık arasındaki sınırı belirlemek zordur. Nitekim İsviçre’de hırsızlık sonucu elde edilmiş malın satışında borçlu malın teslimini gerçekleştirebilirse de söz konusu satış objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz sayılmaktadır. Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 248.

imzalanması ile sözleşme öncesi dönemin artık sözleşme içerisinde kaldığını kabul etmekte, bazı kararlarında ayrık sonuçlara varsa bile¹⁰³³, çoğu kararında sözleşme öncesinde gerçekleşen ayrılabilir idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptaline dayanarak sözleşmenin hükümsüz hale gelmesini idare mahkemesi kararının yerine getirilmesinin doğal sonucu olarak görmektedir.¹⁰³⁴ Bu doğrultuda Yargıtay, sözleşmenin ifasının (baştaki imkânsızlığa ya da borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa dayanarak) *edimin hukuken imkânsızlaştığını ve bunda idarenin kusurunu araştırmaya gerek olmadığını* ileri sürmektedir.¹⁰³⁵

Oysa kanaatimize göre, *yüksek yargının görüşünden farklı olarak, sözleşme öncesindeki idari bir işlemin iptali, sözleşme üzerinde ancak sonraki imkânsızlık oluşturabilir*, çünkü imkânsızlık sözleşme kurulduktan sonra idare mahkemesinin verdiği karar ile gerçekleşmektedir. Mahkemenin kararına konu olan idari işlem sözleşmenin imzalanmasından önce tesis edilmiş olsa dahi, imkânsızlığın ortaya çıkması sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleşmektedir. Burada *sözleşmenin konusunu imkânsız hale getiren olgu idare mahkemesinin verdiği iptal kararının kendisidir*. Nitekim Yargıtay’ın çeşitli kararlarında da sözleşmeyi imkânsız hale getiren olgunun idare mahkemesinin verdiği iptal kararı olduğunu ve bu durumu “*mahkeme ilamına dayalı imkânsızlık*” olarak ifade ettiğini görüyoruz.¹⁰³⁶ Bu durumda idare mahkemesi kararının sözleşme üzerinde “*sonraki imkânsızlık*” teşkil edeceği açıktır, bu konuya önceki bölümlerde değinildiği için bu kısımda tekrar

¹⁰³³ Yargıtay bazı kararlarında sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesini sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir problem olarak görmektedir. Bkz: Tezin II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları

¹⁰³⁴ Yargıtay sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin sonradan kurulan sözleşme bakımından *hukuki imkânsızlık* kapsamında *başlangıçtaki objektif imkânsızlık* ya da *başlangıçtaki subjektif imkânsızlık* olarak ele almaktadır. Bkz: Tezin II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları

¹⁰³⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

¹⁰³⁶ Örnek olarak Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com> Ayrıca, Yargıtay’ın idare mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararının uygulanmasını sözleşme için imkânsızlık teşkil ettiğine ilişkin diğer örnekler için Bkz: Tezin II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları

etmiyoruz.¹⁰³⁷ Bu noktada artık önemli olan, ortaya çıkan zararın tazmini için sonraki imkânsızlığın meydana gelmesinde taraflardan hangisinin sorumlu olduğunun tespitidir.

Öte yandan idare mahkemesinin sözleşmenin konusunu imkânsız hale getiren iptal kararı, eğer sözleşme imzalanmadan önce hâlihazırda mevcut ise ya da sözleşme konusu edim idare mahkemesine konu olmasa bile sözleşme imzalanmadan önce imkânsız hale gelmişse bu durumda da “başlangıçtaki imkânsızlık”tan söz edilebilir.¹⁰³⁸ Örneğin, devlete ait bir taşınmazın satışına, yanarak tamamen zayı olmuş bir taşınmazın restorasyonuna ya da yasal olarak inşaat yasağı olan bir parselde inşaat yapılmasına ilişkin sözleşme yapılması durumlarında olduğu gibi sözleşme kurulmadan önce mevcut olan hukuki imkânsızlık; başlangıçtaki imkânsızlık sayılır. Başlangıçtaki imkânsızlık ancak objektif olması halinde butlan ile sonuçlanır. Buna karşın başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Örneğin; sözleşme konusu taşınmaz kanunen satılamaz ya da üzerinde inşaat yapılmasına uygun değilse; bir başka ifade ile sözleşme konusu edimin gerçekleşmesi yasal bir engelden dolayı mümkün değilse bu durumda başlangıçtaki (sübjektif) imkânsızlık vardır. Buradaki imkânsızlığa idarenin sözleşme konusu üzerinde gerekli özen ve dikkati göstermeyip, yapması gereken hazırlıkları yapmaması ve kanunun izin vermediği bir alanda sözleşme hazırlığına girişmesi; yani sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırı davranması neden olmuştur. Başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık sonraki imkânsızlık sahasına kaydırılarak sözleşmesel sorumluluk kapsamında sonuçlandırılır.

İdare hukukunda sonraki imkânsızlığın en tipik örnekleri, sözleşme imzalandıktan sonra sözleşme konusu edimin mahkeme kararı ya da yasal düzenlemelerdeki değişiklik sonucu ifa edilememesi; sözleşmeye konu idareye ait

¹⁰³⁷ İdare mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararının sözleşme üzerinde “sonraki imkânsızlık” teşkil edeceğine ilişkin görüşümüz için Bkz: Tez II. Bölüm / B / 2 / c. Sözleşmenin Emredici Kurallara, Ahlaka, Kamu Düzenine Aykırı Olması veya Sözleşmenin Konusunun İmkânsızlığı ve Tez II. Bölüm / C / 1 / c. Sözleşmeden Önce Tesis Edilen Ayrılabilir İşlemin İptalinin Kurulmuş Sözleşmelere Etkisi Hakkındaki Görüşümüz

¹⁰³⁸ İmkânsızlık ve ayrılabilir işlemin sözleşmeye etkisinin incelendiği bölümler için Bkz: Tez II. Bölüm / B. İDARENİN TARAF OLDUĞU SÖZLEŞMELERDE SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM UYUŞMAZLIKLARI ve C. SÖZLEŞME SONRASI ÇIKAN “SÖZLEŞME ÖNCESİ DÖNEM” UYUŞMAZLIKLARI

taşınmazın mahkeme kararı ile 3. kişi adına tescil edilmesi; sözleşme öncesinde tesis edilen yetkilendirme ya da görevlendirme işleminin iptali¹⁰³⁹; kiralanacak taşınmazın tahsis kararının iptali; ihale kararının iptali¹⁰⁴⁰ gibi sözleşmeyi dayanaksız bırakan doğrudan etkileyecek kararların iptali ya da sözleşmenin dayanağını oluşturan önceki bir sözleşmenin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesi sonucu, kurulan ikinci sözleşmenin geçersiz sayılmasını verebiliriz¹⁰⁴¹.

b. İmkânsızlık Tespitinin Hukuki Sonuçlarının Önemi

İmkânsızlığın hukuki nitelendirmesinin isabetli ve tutarlı olması, sonucu etkileyen bir olgudur. Baştaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Sonraki imkânsızlığın en önemli özelliği; başlangıçtaki objektif imkânsızlığın butlan (TBK md. 27) ile ilgili olmasına rağmen, sonraki imkânsızlığın sözleşmelerdeki ifa engellerinden temerrütle (TBK md. 112 ve md. 136) ilgili olmasıdır.¹⁰⁴² Sonraki imkânsızlıktaki ayırım borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre yapılır.¹⁰⁴³ Nitekim *borçlu edimin imkânsızlaşmasından sorumlu tutulabiliyorsa*¹⁰⁴⁴ TBK md. 112 uyarınca karşı tarafa tazminat öder¹⁰⁴⁵ veya karşı taraf sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.¹⁰⁴⁶ Edimin aynen ifası mümkün

¹⁰³⁹ *Sözleşme öncesinde tesis edilen yetkilendirme ya da görevlendirme işleminin iptaline bağlı olarak sözleşmenin iptaline ilişkin* Danıştay 13. Dairesi'nin 10.04.2009 tarih ve 2007/1838 E., 2009/4051 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Eylül 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

¹⁰⁴⁰ *İhalenin iptalinden sonra doğal bir sonuç olarak varsa imzalanmış kamu ihale sözleşmesinin feshinin gerektiğine ilişkin;* Danıştay 13. Dairesi'nin 28.05.2019 tarih ve 2018/3945 E., 2019/1880 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

¹⁰⁴¹ *Bir sözleşmenin dayanağının kendinden önceki bir başka sözleşmenin teşkil ettiği ve dayanak olan sözleşmenin mahkeme kararı ile iptal edilip ikinci sözleşmenin dayanaktan yoksun kalmasına ilişkin;* Danıştay 10. Dairesi'nin 31.05.2006 tarih ve 2003/2373 E., 2006/3669 K. tarihli kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Eylül 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

¹⁰⁴² Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁰⁴³ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 80.

¹⁰⁴⁴ Borçlunun kusuru *değişik şekillerde oluşabilir*, borçlunun kusuru kasıt ve ihmal olmak üzere gerçekleşebilir, örneğin borçlunun edimi imkânsız hale getirmesi bilerek ve isteyerek, sonucu tasarlayarak ya da sonucu göze alaraksa borçlunun kastı; gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden kaynaklanmışsa borçlunun ihmalinden söz edilebilir. Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111 vd., 695, M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 429, Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, s. 247.

¹⁰⁴⁵ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 80

¹⁰⁴⁶ Kanun dönme hakkına ifa imkânsızlığında yer vermemiştir; buna karşın borçlunun temerrüdü (TBK md. 125), satım sözleşmesinde tam zapt (TBK md. 217) ve satım sözleşmesinde ayıplı satım

olmadığında karşı tarafın uğradığı müspet zarar tazmin edilir (TBK md. 112).¹⁰⁴⁷ Sözleşmeden doğan borçlarda ispat yükü borçlunun üzerinde olduğundan alacaklının borçlunun kusurunu ispatlaması gerekmez, aksine borçlu kendi kusursuzluğunu kanıtlamak zorundadır.¹⁰⁴⁸ İkinci olasılıkta *borçlu edimin imkânsızlaşmasından sorumlu tutulamıyorsa*¹⁰⁴⁹, TBK md. 136 gereği borçlu edimi ifa borcundan; alacaklı ise karşı edim borcundan kurtulur ve edimi ifa borcu sona erer.¹⁰⁵⁰

Karşılaştıracak olursak, baştaki ve sonraki imkânsızlığın sonuçları birbirinden çok farklıdır. Baştaki (objektif) imkânsızlığın sonucu olan butlanın hukuki sonuçları son derece ağırdır; bu durumda borç hiç doğmamış sayılarak borçlu edim borcundan kurtulur ve herkes verdiği sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK md. 79 vd.)

(TBK md. 227) halinde alacaklıya dönme hakkı tanımıştır. Söz konusu maddelerden yola çıkılarak borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında alacaklıya dönme hakkı verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 213. Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger; **a.g.e., Band II**, s. 91. Dönme hakkının kullanılmasında müspet zarar istenebileceği yeni görüş kapsamında ileri sürülmektedir. Esasen dönme ile müspet zararın birlikte istenebileceği fiili durumlar da vardır; örneğin fark kuramındaki tazminat sisteminde, peşin para ödeyen alacaklının tazminat talebinde, zaptan (md. 217/b.4) ve ayıptan (md. 229/b.3 ve f. 2) dolayı garanti yükümlülüğünde kullanılır; bu nedenle müspet zarar talebi peşin para yerine mal vermiş alacaklının durumunda da uygulanabilmelidir. Sözleşmenin hiç kurulmadığını varsayan bir anlayışın sonucunun (cic’da menfi yerine müspet zarar tazminin istenebileceği) gibi bir sonucun burada da uygulanabilmesi gerekir. Yeni BGB 325 bu yöndedir. SEROZAN’a göre, dönmenin iki sonucu vardır, taraflar karşılıklı olarak edim yükümlerinden kurtulurlar, daha önce verdiklerini ifa ettikleri edimleri geri alırlar. Bu aşamada verilenlerin iadesinin sadece “sebepsiz zenginleşme” ile çözüleceği yolundaki klasik görüşten giderek uzaklaşmaktadır. Dönmede sözleşmenin tasfiye sürecinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinden ve bahsedilen bu hükümlerden faydalanılır ancak bu yeni görüş bağlamında dönme hakkı henüz ifa edilmeyen edimler açısından sürekli bir ödemezlik definin kullanılması ve verilenlerin iadesi konusunda da sözleşmesel ilişki çerçevesinde talep edilmesini sağlar. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmenin bazı olumsuz yönleri (örneğin; objektif zenginleşme ile sınırlı iade yükümlülüğü, yani zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olanların haricindekilerin geri verilmesi; TBK md. 79/1 ve zamanaşımı) yerine sözleşmesel ilişkideki zamanaşımı, ispat yükü, tazminat gibi unsurlar kullanılabilir. BGB 346 örnek alınabilir. Böyle bir çözümün de ifa imkânsızlığında uygulanan TBK md. 136’nun sözleşmesel sorumluluk kapsamında tasfiye yapılması yöntemi ile tutarlılık oluşturur. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 237.

¹⁰⁴⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111 vd., 694 vd.

¹⁰⁴⁸ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 428.

¹⁰⁴⁹ Sonraki imkânsızlıkta sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık borçlunun kendisinden ya da yardımcı kişilerinin kusurundan kaynaklanmıyıp, imkânsızlığın kaynağı dışsal zorlayıcı bir olaya dayanıyorsa (örneğin; bir doğa olayı, kamusal yasak, tedbir gibi bir engel, üçüncü kişilerin eylemleri gibi mücbir sebep ya da önlenemez bir durumsa) borçlu edimin imkânsızlaşmasında kusurlu değildir. Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111 vd., 695, M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 429.

¹⁰⁵⁰ Taraflar bu kuralının aksini kararlaştırılabilirler. Edimi garanti taahhüdü içeren sözleşme maddesi eklenmesi halinde borçlu borcundan kurtulamaz. Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 82.

göre geri alır¹⁰⁵¹; sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale geldiğinden sözleşme, geçmişe etkili şekilde geçersiz hale gelerek sözleşme dışı şekilde tasfiye edilir.¹⁰⁵² Buna karşın sonraki imkânsızlığın sonuçları sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde ele alınır. Bu durum taraflara başta ispat yükü ve zamanaşımı olmak üzere birçok avantaj sağlar.¹⁰⁵³ Örneğin, sonraki imkânsızlıkta alacaklı imkânsızlaşan edimin yerine varsa sigorta geliri ya da kamulaştırma bedeli gibi kaim değere hak kazanabilir.¹⁰⁵⁴ Baştaki ve sonraki imkânsızlık sadece talep edilebilecek zarar türü (menfi zarar- müspet zarar) bakımından değil, daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi bakımından da birbirinden farklı sonuçlar ortaya çıkarır.¹⁰⁵⁵ Bu konuya da aşağıda değinilecektir.

c. Edimin İmkânsızlığında (Alacaklı) İdarenin Sorumluluğu- Hizmet Kusuru İlişkisi

Konumuz açısından önemli bir husus da, sonraki imkânsızlıkta temel ayrımın borçlunun sorumluluğu üzerinden yapılması olup, edimin imkânsızlaşmasında alacaklının sorumluluğunun dikkate alınmamasıdır. Oysa idare hukuku pratiğinde “*edimin imkânsızlaşmasından alacaklının sorumlu olması*” durumuna sıklıkla rastlanır. Nitekim *idare hukuku uygulamasında edimin imkânsızlaşmasında alacaklının sorumlu olacağı şu örneklerle dikkat çekmek isteriz; alacaklı idarenin sözleşme öncesinde tesis ettiği hukuka aykırı idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin borçlunun edimi üzerinde ifa imkânsızlığı oluşturması, idarenin (iş sahibinin) alması gereken izinlerin (örneğin ruhsatın) alınmaması*

¹⁰⁵¹ Alfred Koller, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁰⁵² Max Keller, Christian Schöbi, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁰⁵³ § 15, N. 8 için Bkz: Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 191 vd.

¹⁰⁵⁴ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 175.

¹⁰⁵⁵ *Örneğin*, sözleşme kurulmadan önce taraflardan biri kendi edimini kusuru ile imkânsız hale getirdiği ve karşı tarafın da edimini borçluya güvenerek vaktinden önce ifa ettiği durumlarda bu edimin iadesini istihkak veya sebepsiz zenginleşme davası ile talep edebilecektir. Buna karşın aynı tarafın edimini sözleşmenin kurulmasından sonra kusurlu olarak imkânsız hale gelmesinde, karşı tarafın daha önce ifa ettiği ediminin iadesini talep edemeyip müspet zararını talep edebilecektir. Buradaki sorunun kaynağının menfi zarar- müspet zarar ayrımının reddinden değil de, hükümsüz kalan sözleşmelerin tasfiyesinin ortak hükümlere bağlanarak ortaya çıkan adaletsizliğin bertaraf edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözlemeden Dönme**, s. 265- 265.

nedeniyle borçlu tarafından inşaatın yapılamaması, yine idarenin (örneğin, Devlet Planlama Teşkilatı'ndan) alması gereken görüşün süresinde tamamlanmaması nedeniyle rüzgar enerjisi projesine başlanamaması,¹⁰⁵⁶ idarenin 100 metrekarelik arsanın satışı için vaadde bulunulmasına rağmen imar mevzuatı uyarınca 200 metrekare altında satışın mümkün olmaması,¹⁰⁵⁷ idarenin ihaleye çıkardığı sözleşme konusu taşınmazın Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında olması nedeniyle yine idare tarafından inşaata izin verilmemesi,¹⁰⁵⁸ idarenin üzerine inşaat yapılmak üzere ihaleye çıkarttığı arsanın sözleşmenin kurulmasından önce kamulaştırılmasına karar verilmiş olması¹⁰⁵⁹ gibi borçlunun edimini yerine getirememesinde *alacaklı - idarenin yarattığı imkânsızlıktan sorumlu olması* söz konusudur.

Bu durumların bazılarında sözleşmenin imzalanmasından önce alacaklının sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerine aykırı olacak şekilde hareket etmesi (başlangıçtaki subjektif imkânsızlık) söz konusudur; bazılarında ise (idare mahkemesinin iptal kararının sözleşme üzerinde hukuki imkânsızlık teşkil etmesinde olduğu gibi) sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık söz konusudur. Ancak ister başlangıçtaki (subjektif) imkânsızlık ister sonraki imkânsızlık olsun her iki durumda da edimin imkânsızlaşmasına alacaklının (bu örneklerde idarenin) sebep olduğu açıktır. Alacaklının sebep olduğu ifa imkânsızlığı alacaklı temerrüdünden farklı olarak kalıcı şekilde edimin gerçekleştirilememesidir. Alacaklının buradaki “kusuru” teknik ve dar anlamdaki alacaklı temerrüdündeki edimi kabul etmeme kusuru değildir, bu şekildeki bakış açısı yanıltıcı olabilir, alacaklı- idarenin kendisinin gerçekleştirmesi gereken hukuki ödevde aykırılık anlamında kendi kendisine karşı işlenen “doğal anlamda kusur”dur.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁶ Bkz: Tez II. Bölüm / B / 1 / a. İdarenin veya Sözleşmeci Adayının Sözleşme Yapmaktan Vazgeçme Serbestisi Olup Olmadığı

¹⁰⁵⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111-113.

¹⁰⁵⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 111-113.

¹⁰⁵⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 692.

¹⁰⁶⁰ Kavram için Bkz: Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 157.

Alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın hukuki sonucu aşağıda detaylı olarak incelenecek olup, bu kısımda sadece şu genel sonuçlara değinmek istiyoruz: Alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık TBK’de özel olarak düzenlenmemiştir. Konu her iki tarafın da sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın sonucunu düzenleyen TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmektedir. Buna göre; borçlu edim borcundan kurtulur. Ancak bu noktada alacaklının da karşı edim borcundan kurtulması birtakım sorunlara yol açar. Çünkü konuya TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrasının uygulanması ile kendi kusuru olmaksızın karşı edimi talep etme hakkını kaybeden borçlunun ifa gerçekleşebilseydi elde edeceği menfaatten alacaklıdan dolayı mahrum kalması söz konusudur; bu nedenle alacaklının borçlunun uğradığı zararı (sözleşmesel menfaati) tazmin etmesi gerekir.¹⁰⁶¹ Bu hususlara aşağıda değinilecektir.

“Ediminin imkânsızlaşmasında alacaklının yani idarenin sorumlu olması” na karşın Yargıtay sözleşme öncesi tesis edilen idari işlemin idare mahkemesi kararıyla iptal edilmesini bazen “sözleşme sonrası objektif imkânsızlık” bazen ise “subjektif imkânsızlık” olarak nitelemektedir.¹⁰⁶² Örneğin; kendi mülkiyetinde olmayan bir taşınmazı adi yazılı şekilde satış vaadi sözleşmesi ile satışını vaad eden kişinin mirasçılara karşı açılan davada, ilk derece mahkemesi yapılan bu sözleşmeyi (*başlangıçtaki objektif imkânsızlık* nedeniyle) hukuken geçersiz sözleşmeler kapsamında değerlendirerek, sebepsiz zenginleşme kuralları gereği tasfiye edilmesine ve bu yönde bir hesaplama ile ödenen bedelin denkleştirici adalet kuralları doğrultusunda iadesine karar vermiştir. Sonrasında Yargıtay’ın bozma kararı sonucunda, satış vaadi sözleşmesi (*başlangıçtaki subjektif imkânsızlık* olarak değerlendirerek) aynen ifa imkânsızlığı nedeniyle ifanın imkânsız hale geldiği tarih itibari ile satış bedelinin daha yüksek bir bedel anlamına gelen rayiç değer (müspet zarar) üzerinden hesaplanarak talep edilebilmesine karar vermiştir.¹⁰⁶³ Burada sonucu

¹⁰⁶¹ Ş. Barış Özçelik, **a.g.m.**, s. 583.

¹⁰⁶² Yargıtay’ın objektif- subjektif imkânsızlık kavramlarının ayrımını doktrindeki hakim görüşten farklı yaptığı görülmektedir. Objektif- subjektif imkânsızlık ayrımında “imkânsızlığın kaynağı”nın esas alındığı başkaca yaklaşımlar için Bkz: Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, **a.g.m.**, s. 677.

¹⁰⁶³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 17.9.2013 tarih ve 2013/10595 E., 2013/12801/ K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Temmuz 2020), <https://www.sinerjias.com.tr> Yargıtay burada şekil eksikliği nedeniyle sözleşmelerin batıl olması

etkileyecek olan hukuki nitelendirme satış vaadi sözleşmesini başlangıçtaki objektif imkânsızlık mı yoksa sonraki imkânsızlık kuralları uygulanan başlangıçtaki subjektif imkânsızlık olarak mı ele alınacağı ile ilgilidir, ki bu da elde edilecek sonucu tamamen değiştirmektedir. İki durum arasındaki çizgi ise her zaman net değildir.¹⁰⁶⁴ Esasen objektif ve subjektif imkânsızlık ayrımı da çok mantıklı değildir. Böyle bir ayrım yerine sorumluluğu ortaya çıkaran kusurun incelenmesi gerekir, dünyadaki gelişmeler de bu yöndedir.

Başlangıçtaki imkânsızlık içerisinde zamansal bazda yapılan kavram kargaşasına rağmen Yargıtay birçok kararında “borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığı” kastederek; sözleşmenin tasfiyesini TBK md. 136 uyarınca sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde gerçekleştirmektedir. Oysa somut olaylar bakımından çoğu durumda, yukarıda da belirtildiği üzere, *alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlık* söz konusu olması gerekir. *Örneğin* Yargıtay bir kararında, ihale kararının idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi sonucunda sözleşmenin ifasının hukuki olarak imkânsız hale geldiğini; bu imkânsızlığın *sözleşme sonrası objektif imkânsızlık olduğunu*, bunun hukuki sonucunda da “*davacının ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebileceğini, kâr kaybı (müspet zarar) isteyemeyeceğine*” karar vermiştir.”¹⁰⁶⁵ Somut olayın çözümünde Yargıtay’ın esasen dayandığı imkânsızlığın “borçlunun (idarenin) sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık” olduğu düşünülmektedir; çünkü sözleşmenin tasfiyesini TBK md.

konusuna hiç girmemiştir; hakkın kullanımının ileri sürülmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu durumlarda istisnai olarak batıl sözleşme geçerli sayılabilmektedir.

¹⁰⁶⁴ Örneğin, taşınmazın devlete ait olmasına rağmen, durumun satıştan sonra anlaşılması; üzerine inşaat yapılacak taşınmazın imar ruhsatının alınmasına engel şerhlerin olması; tek başına imara uygun olmaması; taşınmaz üzerinde sadece oturma hakkına sahip olan kişinin taşınmazın satışını taahhüt eden sözleşme yapması (bu örnek için Bkz: Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.111-113); mahkemenin idari işlem hakkında iptal kararı vermesi nedeniyle sözleşmenin iptali gibi durumlar doktrinde *başlangıçtaki objektif imkânsızlık* olarak değerlendirilmesine rağmen, subjektif imkânsızlık olarak da yorumlanabilecek belirsizliktedir. Kanaatimizce de bu örneklerin başlangıçtaki subjektif imkânsızlık olarak ele alınması ve sonuçlarının sözleşmesel sorumluluk sahasına kaydırılması gerekir. Çünkü (örnekteki somut olay üzerinden açıklayacak olursak), idare açtığı ihale ile kurmayı planladığı sözleşme konusunun mevcut durumunu biliyor ya da bilmesi gerekmektedir. Burada gerçek anlamda bir imkânsızlıktan söz edilemez; buradaki durum sözleşme öncesi dönemin sözleşmeci (idare) tarafından iyi analiz edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu gerçek anlamda bir ifa imkânsızlığı değil, ancak sözleşmeci (idarenin) kusuruna dayalı bir ifa imkânsızlığı (subjektif imkânsızlık) teşkil eder. İdare her iki halden de sorumludur.

¹⁰⁶⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

136'ya uygun olarak gerçekleştirmektedir. *Benzer bir davada* Yargıtay, davacının mahrum kaldığı kâr kaybını talep ettiği davada, talep edilen zararın karşılanabilmesi için davalı-idarenin fesihte kusurlu olması gerektiğini, oysa idarenin imkânsızlığa dayanmasında idarenin kusursuz olduğunu ve edim borcundan kurtulduğunu, sözleşmenin davalı idare tarafından feshinin yüklenici açısından *subjektif imkânsızlık* teşkil ettiğini, sonuçta davalı idarenin almış olduğu şeyleri sebepsiz zenginleşme kuralları doğrultusunda geri vermekle yükümlü olduğunu; davacının kâr kaybı ve müspet zararını isteyemeyeceği sadece sözleşme nedeniyle yaptığı masrafları isteyebileceğine karar vermiştir.¹⁰⁶⁶ Burada Yargıtay'ın yine *“borçlunun (idarenin) sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık”* üzerinden olayı değerlendirmek istediğini, ancak sonraki imkânsızlığı objektif ve subjektif olarak ayrıma tabi tutarak, sonuca ulaşmaya çalıştığını görüyoruz.¹⁰⁶⁷ Yargıtay benzer olaylar kapsamındaki kararlarında da imkânsızlığın nitelemesini isabetli ve tutarlı olarak belirleyememekte *“idare mahkemesinde açtığı dava sonucunda verilen iptal kararı üzerine ... sübjektif imkânsızlık sonucu davalı idarenin kusursuz olduğu”* gerekçesi ile sözleşmedeki ifa çıkarının (müspet zararın) ödetilmesi talebini reddetmektedir.¹⁰⁶⁸

Buna karşılık Yargıtay'ın yaklaşımını isabetli bulduğumuz kararları da vardır. *Örneğin;* davalı idarenin davacıya satış vaadi sözleşmesi uyarınca satmayı vaad ettiği (kendisine ait fakat hazine ile ihtilafa konu olan) taşınmazların sözleşmenin imzalanmasından sonra davanın idare aleyhine sonuçlanarak taşınmazın hazine uhdesine geçmesi sonucu sözleşmenin ifasının imkânsızlaşarak davacıya satılamaması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, *“vaade konu taşınmazla ilgili davaların olumsuz sonuçlanması nedeniyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ifasının imkânsız hale geldiği anlaşılmakla davacı alıcının, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre BK'nun 96. maddesi uyarınca uğradığı müspet zararı*

¹⁰⁶⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.5.2017 tarih ve 2017/313 E., 2017/2183 K. sayılı kararı. Kararlar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

¹⁰⁶⁷ Sonraki imkânsızlığın incelenmesinde objektif ve subjektif ayrıma tabi tutulmasına gerek olmadığına ilişkin kararı için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018), <http://www.kazanci.com>

¹⁰⁶⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2017 tarih ve 2016/2470 E., 2017/2523 K. sayılı kararı. Kararlar için Bkz: Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com>

isteyebileceğine... sübjektif imkânsızlık nedeniyle tasarrufi işlemin, yani ifanın yerine getirilememesi sonunda meydana gelen zararın tazmini, BK.'nın 96. maddesi gereğince satıcıdan istenebileceği”ne karar vermiştir. Olayı analiz edecek olursak; bu kararında idare kendisine ait olan ve fakat elinden çıkabileceğini bildiği taşınmazını satış vaadi sözleşmesine konu yapmıştır. Başlangıçtaki ifa engelinin geçici mi yoksa kalıcı mı olduğunu davalı idare de henüz bilmemektedir. Somut olayda kalıcı olan ifa engeli idare ile hazine arasındaki dava neticelenip taşınmazların hazine uhdesine geçmesinden sonra gerçekleşmektedir; bu da sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleştiğinden sonraki imkânsızlık söz konusudur. Yargıtay imkânsızlığın, sonraki sübjektif imkânsızlık olduğunu belirtmekle yetinmekte (ki sonraki imkânsızlığın bu şekilde ayrıma tabi olmasının sonuca etkisi olmayıp), sorumluluğu belirleyecek olan kusurun idareye ait olduğunu tespit etmemektedir. Oysa davaya konu taşınmazın satış vaadi sözleşmesine konu edilmesinde idarenin (borçlunun) sorumlu olduğu ortadadır. Burada Yargıtay yine idare mahkemesinin verdiği iptal kararının yarattığı imkânsızlık durumu için alacaklı- davacı bakımından “sübjektif imkânsızlık” yarattığını vurgulamıştır.

Oysa bu örnekte “*ediminin imkânsızlaşmasında borçlunun yani idarenin sorumlu olması durumu*” vardır. Şöyle ki, söz konusu idare karşılıklı borç doğuran sözleşme (satış vaadi sözleşmesi) kapsamında taşınmazın mülkiyetini karşı tarafa devir borcunu üstlenmiş olduğundan “borçlu”dur. İdare hazine ile olan davayı bilmesine rağmen satış vaadi sözleşmesini yaparak sözleşme öncesi dönemde davranış yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Söz konusu davanın idarenin aleyhine sonuçlanması sonucunda ise sözleşme ile üstlendiği edimi gerçekleştirmesi imkânsız hale gelmiştir. İdarenin sözleşme öncesi davranış yükümlülüğüne aykırı olan bu hareketi idare hukuku anlamında da “hizmet kusuru”dur. Esasen Yargıtay’ın ifa çıkarının istenebileceği yönünde katıldığımız bu kararında Yargıtay’ın imkânsızlıkla ilgili hukuki nitelendirmeyi isabetli yapması ve benzer yaklaşımla idare mahkemesinin verdiği iptal kararı neticesinde hükümsüz hale gelen sözleşmeler için de bu yönde karar vermesi gerekir. Zira her iki durumda da sözleşmenin konusunu imkânsız hale getirecek bir mahkeme kararı henüz sonuçlanmamışken kurulan bir sözleşme söz konusudur. Bu davaların birinin adli yargı diğerinin idari yargıda görülüyor olmasının sonuca etki etmemesi gerekir.

Yargıtay'ın imkânsızlık konusunda yaklaşımını etkileyen en önemli etken kanaatimizce, hizmet kusuru kavramından uzak durmasıdır. Nitekim Yargıtay'ın aksi yöndeki görüşlerine rağmen, Danıştay'ın sözleşme öncesi idari işlemin iptal edilmesinin idarenin hizmet kusuru olduğunu kabul ettiği kararları vardır.¹⁰⁶⁹ İdarenin yaptığı sözleşme öncesi işlem sözleşmenin imzalanması ile sözleşmenin sınırları içinde kaldığından, oluşan hizmet kusurunun “sözleşmesel anlamda bir kusur” teşkil edeceği de muhakkaktır.¹⁰⁷⁰ Bu anlamda, sözleşmenin dayanağını teşkil eden idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilerek borçlunun ediminin ifasının imkânsızlaşmasında alacaklının (idarenin) sorumlu olduğu ortadadır. Kimse kendi yarattığı ifa engeline dayanarak kendi borcundan kurtulamayacağından idare sözleşmedeki edimi elde edemeyeceği gibi karşı edim borcundan sorumlu olmaya devam edecektir.¹⁰⁷¹

Nitekim Yargıtay, bizim de katıldığımız bazı kararlarında, kimsenin kendi kusuruna dayanarak sözleşmeyi feshedemeyeceğini ve haklı olmayan fesihte karşı tarafın sözleşmesel çıkarının tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, idarenin kendi kusuruna dayanarak objektif imkânsızlık iddiasında bulunamayacağını; idarenin savunmasının MK'nin 2'nci maddesine (hakkın kötüye kullanılması yasağına) aykırı olduğunu ve müspet zararın tazmini

¹⁰⁶⁹ Karar için Bkz: Danıştay 13. Dairesi'nin 24.06.2020 tarih ve 2016/4663 E., 2020/1574 K. sayılı kararı. Benzer bir davada Danıştay, idare ihale şartnamesinin hukuka uygun hazırlanmamasının hizmet kusuruna neden olduğu ve sözleşmecinin zararının sözleşmenin feshinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Ayrıca Danıştay ilk derece mahkemesinin idarenin hizmet kusurunun varlığı için “*hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olmasının gerektiği*”, “*olağan hukuki yanlışlık ve aykırılıklar*”ın hizmet kusuru sayılmayacağını belirten ve “*sözleşmenin feshine ilişkin işlemin mahkeme kararı doğrultusunda gerçekleştirildiği, mahkeme kararı ile iptal edilen işlemin ağır hizmet kusurunu oluşturmayacağı*” dolayısıyla idarenin kusursuzluğuna vurgu yapan klasik görüşe dayanan kararını bozmuştur. Danıştay söz konusu davada “... İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda, idarenin işleyişindeki aksaklık kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirilecek ve idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilecektir. Bu nedenle şartname hükümlerini hukuka aykırı olarak hazırlayan idarenin hizmet kusurunun varlığı açıktır” şeklinde kararına esas olacak tespitini yapmıştır. Karar için Bkz: Danıştay 13. Dairesi'nin 20.09.2011 tarih ve 2011/2603 E., 2011/3886 K. sayılı kararı, Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

¹⁰⁷⁰ Danıştay ve Yargıtay'ın kusur ve hizmet kusuru anlayışına ilişkin görüşleri için Bkz: Tez III. Bölüm / B / 1. Kusur, Hukuka Aykırılık ve Hizmet Kusuru Kavramlarının İlişkisi

¹⁰⁷¹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 156.

gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁷² Bir başka olayda, davalı idarenin (belediyenin) bedel karşılığı arsa tahsis ettiği ve sonradan imar planında değişiklik yaparak edimin ifasını (arsanın devrini) imkânsız hale getirdiği için çıkan uyuşmazlıkta, mahkeme başlangıçta geçerli şekilde kurulan sözleşmenin davalı idarenin kendi kusuru ile imkânsız hale geldiğini, bu nedenle ifası imkânsızlaşan sözleşmede karşı tarafın (davacının) müspet zararını isteyebileceğine hükmetmiştir.¹⁰⁷³ Yargı kararlarına göre, bir sözleşmenin başlangıçta geçerli olarak kurulmasına rağmen daha sonra ortaya çıkan nedenler dolayısı ile imkânsız hale gelmesi durumunda, davacı gerçek ve güncel müspet zararını talep edebilmelidir.¹⁰⁷⁴

Bu noktada Yargıtay'ın daha önceki bölümde de eleştirdiğimiz “imkânsızlık” yaklaşımı, özellikle idare mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararına dayandığı durumlarda, sonraki imkânsızlığın hangi tarafın kusuru ile gerçekleştiğini yani imkânsızlıktan kimin sorumlu olduğunu araştırmamasıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında uyuşmazlığın “*mahkeme ilamına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olmayacağı noktasında*” toplandığını ortaya koymasına rağmen, sözleşmenin imkânsızlaşmasında kusur tespiti yapmaktan kaçınmakta,¹⁰⁷⁵ kararında sadece, idare mahkemesi kararının sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirerek hukuki imkânsızlığın doğduğunu, bunun da *sözleşme sonrası objektif imkânsızlık* olduğunu belirterek, “*sadece borcun ifasından önceki zararlarını*” isteyebileceğine hükmetmektedir.¹⁰⁷⁶ Danıştay da idarenin karşı tarafın sözleşmeden kaynaklı müspet

¹⁰⁷² Mahkeme, edimin ifasının idarenin kendi kusuruna dayalı olarak imkânsızlaşması nedeniyle davalı idarenin sorumlu olacağına karar vermiştir. Mahkeme, bu sorumluluğun taşınmazın tesliminden ümidin kesildiği andaki arsanın rayiç bedeli kadar olmasına hükmetmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2013 tarih 2012/22830 E., 2013/1102 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹⁰⁷³ Hukuk Genel Kurulu'nun 14.01.2015 tarih 2014/3-8 E., 2015/10 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹⁰⁷⁴ (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.09.2010 tarih 2010/14-386 E., 2010/427 K. sayılı kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih 2010/13-618 E., 2010/668 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2020), <http://www.kazanci.com>

¹⁰⁷⁵ Danıştay ve Yargıtay'ın kusur ve hizmet kusuru anlayışına ilişkin görüşleri için Bkz: Tez III. Bölüm / B. / 1. Kusur, Hukuka Aykırılık ve Hizmet Kusuru Kavramlarının İlişkisi

¹⁰⁷⁶ Yargıtay sözleşme sonrası imkânsızlığı da tıpkı baştaki imkânsızlıkta olduğu gibi objektif ve subjektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2014 tarih ve 2014/1821 E., 2014/4114 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Ocak 2018) <http://www.kazanci.com> Oysa sözleşme imzalandıktan sonra imkânsızlığın subjektif ya da objektif olarak ayırma tabi olmasına gerek yoktur, bu aşamada artık

zararının karşılanabilmesi için idarenin sözleşmeyi kendi kusuru ile fesih etmiş olması gerektiğini belirterek, kamu ihale kurulu kararını uygulamanın idare bakımından zorunluluk olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰⁷⁷ Yüksek yargı, mahkeme ya da kamu ihale kurulu kararına sebep olan hukuka aykırı idari işlem ile sözleşmedeki edimin imkânsızlaşması arasındaki illiyet bağıını kurmamaktadır. Mahkeme kararı ya da kamu ihale kurumu kararını yerine getirmenin hukuken bir zorunluluk olduğu tartışmasızdır. Ancak bu durumdan zarar gören tarafın zararının giderilmesi gerekir.

Yargıtay benzer somut olaylar için farklı hukuki nitelendirmeler yapmasına rağmen, *borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçlarına* ulaşmaktadır. Oysa Yargıtay'ın sözleşme öncesindeki idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesini hukuki imkânsızlık olarak niteleyip idarenin fesihte kusuru olmadığına karar verdiği durumlarda aslında *“edimin imkânsızlaşmasında alacaklı-idarenin ya da borçlu-idarenin sorumlu olması”* durumu söz konusudur. Yargıtay'ın bu sonuca varmamasındaki en önemli husus kanaatimizce, Yargıtay'ın sözleşmeyi etkileyen (sonraki) imkânsızlıktaki sorumluluğu araştırmaktan ve idare

imkânsızlığın meydana gelmesinde kusur durumunun belirlenerek buna göre değerlendirme yapılması gerekir. Sonraki imkânsızlıkta önemli olan imkânsızlığın borçlunun sorumluluğuna yol açacak şekilde gerçekleşmiş olmasıdır. Kanaatimizce Yargıtay imkânsızlığın objektif ve subjektif olma niteliğini imkânsızlıktan sorumlu olma ya da olmama anlamında kullanmaktadır. Oysa doktrinde başlangıçtaki imkânsızlıkta kullanılan bu ayrım *objektif imkânsızlık* kavramı; edimin nesnel olarak kimse tarafından yerine getirilemediği durumlar için ve *subjektif imkânsızlık* kavramı; edimin borçlu haricinde yerine getirilebilmesine rağmen borçludan kaynaklanan bir sebeple yerine getirilememe hali için kullanılmaktadır. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 475. Başlangıçtaki imkânsızlıkta yapılan bu ayrımın mantığı, sözleşme dışında kalan durumların ancak objektif imkânsızlık gibi çok nadir olarak sözleşmesel edimi ortadan kaldırabileceğini ortaya koymaktır.

¹⁰⁷⁷ Davacı şirketin idare ile imzaladığı sözleşmeye dayanak teşkil eden ihale, dava dışı firma tarafından şikâyet/itirazın şikâyet başvuruları sonucunda Kamu İhale Kurulu kararı ile iptal edilmiş, söz konusu karar ise yargı kararı ile iptal edilerek ortadan kaldırılmıştır. Bu arada kamu ihale kurulu kararı iptal edilinceye kadar, sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi nedeniyle davacı şirket tarafından yoksun kalınan kâr kaybının tazmini talep edilmiştir. Danıştay kararında, *“.... kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır” kuralı gereğince bağlı yetki içinde bulunan davalı idarenin, davaya konu ihalenin iptaline yönelik ... Kamu İhale Kurulu kararını ivedi olarak yerine getirmek zorunda olduğu”nu “ihalenin iptali kararının zorunlu sonucu olarak davacı şirket ile imzalanan sözleşmenin feshedildiği, anılan Kanun maddesinin seçimsel bir yetki öngörmemesi nedeniyle davalı idare açısından edimini yerine getirme imkânının bulunmadığı, bu sebeple davalı idareye kusur atfedilmesinin mümkün olmadığı, yüklenicinin kâr kaybını talep edebilmesi için ihaleyi yapan idarenin kendi kusuruyla sözleşmeyi feshetmesi gerektiği dikkate alındığında, davacı şirketin kâr kaybını içeren tazminat talebinin kabulüne ilişkin İdare Mahkemesi kararı”nın bozulmasına karar vermiştir.* Danıştay 13. Dairesi'nin 24.10.2017 tarih ve 2014/4570 E., 2017/2654 K. Sayılı kararı. Karar için Bkz: Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

aleyhine kusur değerlendirmesi yapmaktan kaçınmasıdır. Bunun sonucu olarak da ortaya çıkan hukuki imkânsızlık (idare mahkemesi ya da kamu ihale kurumu kararı) her seferinde tarafların ve özellikle idarenin sorumlu olmadığı dışsal bir olguya dayalı adeta “mücbir sebep” ya da “beklenmeyen hal” gibi algılanarak, sözleşmenin tasfiyesinde TBK md. 136 f. 2’ye göre sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına neden olmaktadır. Bu durum da, kendi kusuru olmadan edimi imkânsızlaşan borçlu (sözleşmeci) bakımından karşı edim hasarına katlanılmasına ve alacaklı bakımından ifa edilen edimlerin iadesi konularında hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.¹⁰⁷⁸ Bu hususlara aşağıda yer verilecektir.

Bu noktada öncelikle “*edimin imkânsızlaşmasında alacaklının sorumlu olmasının hukuki sonuçları*”na değinmek gerekir. Bu durumun ilk sonucu borçlunun kendi isteği dışında kendi edim yükümünden kurtulmasının karşılığı olarak karşı edime kavuşamaması nedeniyle uğradığı zararını talep edebilecek olmasıdır. Ancak “*edimin imkânsızlaşmasında alacaklının sorumlu olması*”nın hukuki sonuçları TBK’de genel bir madde ile düzenlenmemiştir. Bu nedenle borçlunun karşı edime hak kazanmasının ya da alacaklıdan aldığı edimleri iade borcunun hukuki dayanağı hakkında doktrinde farklı fikirler öne sürülmektedir.

Bazı yazarlar TBK’nin 136’ncı maddesinin her iki tarafın da imkânsızlıktan sorumlu olmadığı durumlarda uygulanabilecek bir madde olduğunu, ancak alacaklının imkânsızlıktan sorumlu olduğu durumlarda söz konusu maddenin 2’nci fıkrasında yer alan “*borçlunun karşı edim alacağını isteme hakkını kaybedeceğine*” ilişkin düzenlemenin alacaklının kendi yarattığı olumsuz durumdan fayda sağlaması anlamına geleceğini belirtmektedirler.¹⁰⁷⁹ Alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlıkta

¹⁰⁷⁸ Oysa idarenin sözleşme öncesinde kendi hukuka aykırı işlem ya da eylemine dayanarak sözleşmeyi feshetmesi durumunda, Yargıtay’ın geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin devamlılığına vurgu yaptığını ve idarenin sözleşme öncesi dönemde bizzati kendisi tatafindan yapılan usulsüzlüklere dayanarak sözleşmeyi feshedemeyeceği yönündeki kararlarına rastlamaktayız. Kararlar için Bkz: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 9.6.1998 tarih ve 1998/4614 E., 1998/5241 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 22.12.1994 tarih ve 1994/2169 E., 1994/7804 K. sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi’nin 06.10.2009 tarih ve 2007/1669 E., 2009/8921 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ocak 2018-Ekim 2020), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> Ayrıca detaylı açıklamalarımız için Bkz: Tez II. Bölüm / C / 1 / b / (3) / (ii). Yargıtay Kararları

¹⁰⁷⁹ L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 201.

da borçlunun edim borcunun sona ereceği düzenlenmiş (TBK md. 136/ f. 1); ancak borçlunun kendi borcundan kurtulurken karşı edimi alıp almayacağı, alacaksa hangi hukuki dayanağa bağlı olarak alacağı TBK’de düzenlenmemiştir. Doktrindeki hakim görüş, alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlık konusunda mevcut yasal düzenlemede *kanun boşluğu* olduğu¹⁰⁸⁰ ve bu boşluğun Alman Borçlar Kanunu BGB § 326 Abs. II’de¹⁰⁸¹ edim yükümlülüğünün imkânsızlığında karşı edimin serbest kalması ve dönmenin yer aldığı düzenlemenin anlam bakımından yorumlanarak hakkaniyete uygun şekilde doldurulması gerektiği yönündedir. Buna göre borçlunun asli edim borcu sona erecek; borçlunun edimi yerine getirmekten kurtulmakla tasarruf ettiği masraflar ve elde etmekten kasten imtina ettiği kazançlar düşülmek kaydıyla karşı edime hak kazanabilecektir. TBK’de özel borç ilişkileri kapsamında düzenlenmiş olan bazı hükümlerin BGB § 326 Abs. 2’deki düzenlemedeki ruhu yansıttığı bu nedenle Kanun’da boşluk bulunan hallerde bu hükümlerin göz önüne alınarak boşluğun kıyasen doldurulabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁸²

¹⁰⁸⁰ İsviçre Federal Mahkemesi doktrindeki hakim görüşe paralel olarak kanun boşluğu olduğunu kabul etmektedir: BGE 114 II 277. Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 92. Kanun boşluğu olmadığı görüşüne ilişkin *Bkz*: M. Murat İnceoğlu, “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, **AÜHFD**, C. LVII, S: 4, 2008, s. 244, Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 299.

¹⁰⁸¹ BGB § 326 Abs. II’ye göre; alacaklının tek başına ya da ağırlıklı olarak sorumlu olduğu haller ile imkânsızlığın alacaklının temerrüdünde gerçekleştiği haller olarak sıralanmıştır. Bu durumda borçlu da edimin imkânsızlaşmasında sorumlu olmadığından borçlu karşı edim talep hakkı devam eder (§ 326 Abs. II). Borçlu asli edimi yerine getirmekten dolayı tasarruf ettiği şeyler, işgücü veya emeği ile elde ettiği kazançlar veya kötü niyetli olarak kazanmaktan imtina ettiği kaçındığı şeyler alacaklıdan talep edilecek karşı edimden mahsup edilecektir. SEROZAN bu durumu şöyle açıklamaktadır: İfa imkânsızlığından sorumlu olan alacaklı, borçlunun edimi yerine getirememesi nedeniyle edim hasarına katlanacak, buna karşın borçlunun elde etmeyi hedeflediği karşı edimi temin ya da tazmin etmek zorunda kalacaktır. BGB § 326 Abs. II’deki düzenlemeye göre, alacaklı edim borcundan kurtulan borçlunun tasarruf ettiği ve bu sayede edindiklerini kendi ödemek zorunda olduğu tazminattan düşebilecektir. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 155.

¹⁰⁸² TBK’nda özel borç ilişkileri kapsamında düzenlenmiş olan bazı hükümler mevcut kanun boşluğunun doldurulmasında kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedirler. Bu hükümlerden bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz: **TBK md. 324 (Kiralananın kullanılmaması)**; kiracıdan kaynaklanan bir sebeple kiralananın kullanılmaması halinde kiranın ödenmesi gerekir; **TBK md. 408 (İşgörme ediminin ifasının engellenmesi halinde ücret)**; işverenin işçinin iş görme edimini yerine getirmesini kusuru ile engeller ya da edimi kabul etmekte temerrüde düşerse işçiye ücret ödemekle yükümlüdür; **TBK md. 483/2 (Eserin yok olması)**; eserin teslimden önce iş sahibinin verdiği malzeme ve arsanın ayıbı nedeniyle ya da iş sahibinin talimatı nedeniyle eser yok olmasında yüklenici yaptığı işin değerini isteyebilir; **TBK md. 485 (İşsahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması)**; işsahibi ile ilgili beklenmedik bir olay nedeniyle ifa imkânsızlaşarsa yüklenici yaptığı işin değerini ve giderlerini; işveren kusurlu ise yüklenici ayrıca tazminat isteyebilir; **TBK md. 484 (Tazminat karşılığı fesih)**; işsahibi eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın

*Diğer bir yaklaşıma göre; TBK'nin 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında bir borcun borçlunun kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşması halinde, karşılıklı borçların sona ereceğinin açıkça düzenlenmiş olması karşı edimin varlığının sona ereceğini ortaya koymaktadır. Buna göre, alacaklının sözleşmenin amacına ulaşmasını engelleyen bu davranışının aktin müspet ihlali kapsamında borcun ifa edilmemesini düzenleyen genel hükme (TBK md. 112'ye) göre sorumluluk doğuracağı, böylece TBK sistematüğinden ayrılmadan konuya çözüm getirilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁸³ Bu görüşe paralel olarak, TBK'nin 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının son cümlesinde *kanun veya sözleşmeyle hariç tutularak* borçlunun karşı edimi talep edebileceği belirtildiğinden, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmadığı hallerde karşı edimin devam ettiği kabul edilmektedir.¹⁰⁸⁴ Alacaklının edimin ifasının imkânsızlığından sorumlu olduğu hallerde, alacaklının sorumluluğunun devam etmesi hem hakim görüş hem de karşı görüş açısından üzerinde mutabık olunan bir husustur.¹⁰⁸⁵ Borçlunun elde edeceği bu karşı edimin yeni bir borç mu yoksa sözleşmenin devamı mı olduğu konusunda farklı fikirler vardır.¹⁰⁸⁶*

karşılığını ödeyerek ve yüklenicinin bütün zararlarını ödeyerek sözleşmeyi fesih edebilir. *Bu maddelere ilave olarak, TBK md. 208/2 ve 3 (Satış sözleşmesinde yarar ve hasar);* alıcının satılan şeyin zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi halinde veya satılan şeyin alıcının isteği ile ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi istendiğinde satıcının taşıyana teslim ettiği hallerde yarar ve hasar alıcıya geçer; *TBK md. 409 (İşçinin çalışmayı durdurması);* uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin risk alanında meydana gelen hastalık, askerlik vb. İşgörme edimini geçici olarak yerine getiremediği beklenmeyen hallerde işveren işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür; *TBK md. 487 (Yayın sözleşmesinde eserin yok olması);* yayımlanacak eserin yayımcıda beklenmedik hal sonucu yok olmasında yayımcı bedeli ödemekle yükümlüdür; *TBK md. 631/3 (Ortaklar arasındaki ilişki);* adi ortaklık sözleşmesinde ortağın ortaklığa getireceği katılım payı birşeyin kullanılmasına oluştuğu durumlarda, yarar ve hasarın geçmesi alıcıya (ortaklara) geçmesi bakımından kira sözleşmesi ve satım sözleşmesine atıf yapılmıştır. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 390, Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 155, 156, 160, L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 273 vd., Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 881.

¹⁰⁸³ M. Murat İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 237, 244.

¹⁰⁸⁴ Ş. Barış Özçelik, **a.g.m.**, s. 603.

¹⁰⁸⁵ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 92.

¹⁰⁸⁶ Bazı yazarlar, borçlunun imkânsızlıkta sorumluluğu olsun veya olmasın borcun sona ereceğini, edimin yerine geçen tazminatın yeni bir borç olduğunu belirtmektedir. Yazar, imkânsızlaşan borcun devam etmesinin parça borçlarında mübadele teorisi bakımından sakıncalı sonuçlara yol açacağını; bunun yerine tazminatın yeni bir borç olduğunu kabul ederek fark teorisi kapsamında çözümleme yapmanın daha pratik sonuçlar doğuracağını ileri sürmektedir. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, s. 476 vd. Öte yandan karşı edimin bir miktar para (cins borcu) olduğu durumlarda ortaya çıkan zarar (tazminat tutarı) ile edimin genelde aynı olacağını bu nedenle imkânsızlaşan edimin sona ererek, yerini tazminat borcunun alacağı ileri sürülmektedir. M. Murat İnceoğlu, **a.g.m.**, s. 247.

d. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) İmkânsızlık Düzenlemesinin Genel Çerçevesi

Türk ve İsviçre Hukuku'nda gerek borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıkta, gerekse alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlıkta mevcut olan boşluğun doldurulmasında esinlenilen *Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerine* (BGB § 275; § 326 Abs. 2) kısaca değinmek uygun olur.

Bilindiği üzere 2002 yılında yürürlüğe giren Reform Kanunu¹⁰⁸⁷ ile Alman Medeni Kanun'u (BGB)'nin ifa engellerine ilişkin maddeleri dahil birçok maddesi revize edilmiştir.¹⁰⁸⁸ Bu maddeler arasında imkânsızlığı ve sonuçlarını düzenleyen maddeler de yer almaktadır. Buna göre BGB § 275 maddesi ile imkânsızlık kavramı; imkânsızlıktan işlem temelini çökmesine kadar giden üç farklı basamakta düzenlenmiştir.¹⁰⁸⁹ Maddenin ilk üç fıkrasında imkânsızlık durumları sıralanmış¹⁰⁹⁰, dördüncü fıkra ise alacaklının başvurabileceği kanun yolları düzenlenmiştir. Bu düzenlemede imkânsızlığın objektif veya subjektif imkânsızlık ya da başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlık olması önemli değildir¹⁰⁹¹; bu durumların hepsinde borçlu edimin ifasından kurtulur.¹⁰⁹² BGB § 275 Abs. I-II-III'de düzenlenen imkânsızlık hallerinde borçlunun edim yükümü (Abs. I uyarınca) kendiliğinden ya da (Abs. II- III uyarınca) defi hakkının kullanımı ile sona erer.¹⁰⁹³ Belirtmek gerekir ki, sözleşme

¹⁰⁸⁷ Reform Kanunu (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁸⁸ Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 274.

¹⁰⁸⁹ Rona Serozan, “**Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)**”, s. 240.

¹⁰⁹⁰ BGB § 275 I'de bir edimin borçlu dahil hiç kimse tarafından kalıcı şekilde yerine getirilememesi durumu; II. fıkra borçlunun edimi yerine getirmesi için gereken çaba ile alacaklının elde edeceği ifa çıkarı karşısında dürüstlük kuralı dikkate alındığında orantısız bir durum meydana gelmesi durumu; III. fıkra ise bizzat borçlunun yerine getirmesi gereken edimin alacaklının ifa çıkarı ile karşılaştırıldığında borçludan şahsi edimini ifa etmesi beklenememesi (ancak defi olarak ileri sürülebilme) durumu düzenleme altına alınmıştır. TOPUZ- CANBOLAT, düzenlemedeki sistematığı şu şekilde özetlemektedir: Birinci fıkra “gerçek imkânsızlık”, ikinci fıkra “fili ya da pratik imkânsızlık” ve üçüncü fıkra “şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik” durumları düzenlenmiş olup, dördüncü fıkra ise imkânsızlığın sonuçları düzenlenmiştir; Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, **a.g.m.**, s. 674.

¹⁰⁹¹ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 261.

¹⁰⁹² Her iki durumda da borcun sona ereceği kabul edilmiştir. Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 1250. Mehmet Serkan Ergüne, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanun'unda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, **İÜHFİM**, C. LXII, S: 1-2, s. 353.

¹⁰⁹³ Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, **a.g.m.**, s. 711.

öncesi dönemde edim yükümü sona erse dahi sözleşme kurulmuş sayılır.¹⁰⁹⁴ İmkânsızlık konusunda esas alınan kriter *borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına* göre belirlenmiştir.¹⁰⁹⁵

Borçlu imkânsızlıktan sorumlu değilse edim borcundan kurtulacaktır (BGB § 311a/2; § 280/1)¹⁰⁹⁶; böyle bir durumda alacaklı da karşı edimden kurtulur (BGB § 326 I); ancak alacaklı karşı edimi daha önce yerine getirmişse alacaklı § 326 Abs. IV atfı ile sözleşmeden dönerek (§§ 346- 348 BGB) borçludan edimin iadesini ister. Ayrıca *borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise* alacaklının bazı seçimlik hakları olacaktır. Bu durumda alacaklı ya edimin yerini almak üzere tazminat (müspet zarar) talep edebilir (başlangıçtaki imkânsızlıkta BGB § 311a/2; § 283)¹⁰⁹⁷, ya da imkânsızlık nedeniyle boşa yaptığı masrafları (BGB § 284) veya kaim değeri (BGB § 285) talep eder ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanır (BGB § 323, § 326/5).¹⁰⁹⁸ Son yıllarda culpa in contrahendo sorumluluğundaki menfi zarar talebi terk edilmekte; yerine uluslararası anlaşmalarda ve yeni yasal düzenlemelerde (örneğin; BGB § 325'te)¹⁰⁹⁹ sözleşmesel çıkar (müspet zarar) talebi kabul görmektedir.¹¹⁰⁰

Konumuz açısından esasen önem arz eden husus *imkânsızlıkta alacaklının sorumlu olması* durumudur. Bu durum Alman Hukuku'nda, borç sona erse bile karşı

¹⁰⁹⁴ Mehmet Serkan Ergüne, **a.g.m.**, s. 353

¹⁰⁹⁵ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 91.

¹⁰⁹⁶ Borçlunun baştaki imkânsızlıktan kurtulabilmesi imkânsızlığı bilmemesine ya da bilmesinin beklenmemesine bağlıdır (BGB § 311a II); § 281 Abs. 1 Satz 2 ve 3; Abs. 5 uygulanır. Öte yandan borçlu imkânsızlığın ortaya çıkmasında kusuru olmasa dahi, borçlu alacaklıya karşı sözleşmesel bir garanti sorumluluğu üstlenmişse BGB § 276 uyarınca sorumluluğu devam eder.

¹⁰⁹⁷ BGB § 311a maddesindeki tazminat BGB § 280- 285 arasında düzenlenen ifa engellerinden kaynaklanan tazminat talebinden ayrı olarak düzenlenmiştir. Nitekim BGB 283'teki (müspet zarar) tazminat ise sonraki imkânsızlık içindir. Oysa BGB § 311a II hükmü baştaki imkânsızlıkta kullanılmakla beraber, esasen cic sorumluluğunun özel bir uzantısı konumunda olup, culpa in contrahendo sorumluluğunu; sözleşme öncesi uyarma, bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin sonucunu ifade etmektedir. Rona Serozan, “**Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)**”, s. 245; Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, **a.g.m.**, s. 707-711.

¹⁰⁹⁸ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 91.

¹⁰⁹⁹ BGB § 325 ile dönme hakkında ifa çıkarı (müspet zarar) talep edilebilir. Özellikle edimini yerine getirmiş olan alacaklı için olumlu bir gelişmedir; fark kuramı kapsamında tazminatla sağlanıyordu, edimini para olarak ifa eden açısından zaten sıkıntı yoktu, ancak alacaklının peşin mal vermesi halinde ifa çıkarı (müspet zarar) talep edilemiyordu. Bu adaletsizlik giderilmiş oldu. Rona Serozan, “**Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)**”, s. 238.

¹¹⁰⁰ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 240.

edimin devam ettiği istisnai durumlar arasında sayılmaktadır.¹¹⁰¹ Bir başka ifade ile edimin imkânsızlaşması alacaklının sorumluluğundan kaynaklanıyorsa alacaklı karşı edimden kurtulamaz.¹¹⁰² *Alacaklının karşı edimden kurtulamayacağı haller*; BGB § 326 II’de alacaklının tek başına ya da ağırlıklı olarak sorumlu olduğu haller ve imkânsızlığın alacaklının temerrüdünde gerçekleştiği haller olarak sıralanmıştır. Bu durumlarda borçlu edimin imkânsızlaşmasından sorumlu olmadığından borçlunun karşı edimi talep hakkı devam eder (§ 326 Abs. II). Borçlunun alacaklıdan karşı edimi talep ederken asli edimi yerine getirmekten dolayı tasarruf ettiği şeyler, işgücü veya emeği ile elde ettiği kazançlar veya kötü niyetli olarak kazanmaktan imtina ettiği şeyler karşı edimden mahsup edilecektir.

Bu doğrultuda ortaya şu sonuç çıkmaktadır: İdarenin sözleşme öncesi dönemde tesis ettiği idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinde *alacaklının- idarenin sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık* söz konusudur. Bu nedenle idarenin imkânsızlıktan sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmeli; alacaklı- idarenin sorumluluğu nispetinde karşı tarafın sözleşmesel çıkarını (müspet zararını) karşılamalıdır. Bir başka ifade ile, sözleşmeci- borçlu kendi kusuru olmaksızın ve idarenin kusuru ile imkânsızlaşan edimini ifa etmekten kurtulacak, buna karşın alacaklı- idare kusuru ile sebep olduğu ifa imkânsızlığı nedeniyle karşı edimi, örneğin; imkânsızlaşan edimin karşılığında kararlaştırılan ücreti ödeme yükümlülüğüne katlanmak zorunda kalacaktır.

e. Sonradan Hükümsüz Hale Gelen Sözleşmelerin Tasfiyesinde Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanmanın Sakıncaları

Yargıtay’ın sonraki imkânsızlık kapsamında dayandığı yukarıda incelediğimiz TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıfla yerine getirilmesi bazı sakıncalar ortaya çıkarmaktadır. Mevcut uygulamamıza bakıldığında; Yargıtay’ın “alacaklının (idarenin) sorumlu olduğu imkânsızlık” yerine durumu sıklıkla “borçlunun sorumlu

¹¹⁰¹ Dirk Looschelders, **a.g.e.**, s. 262.

¹¹⁰² Eugen Klunzinger, **a.g.e.**, s. 291.

olmadığı sonraki imkânsızlık” olarak ele aldığı; borçlunun sözleşmenin karşı edim hasarına katlanmak zorunda kaldığını; üstelik alacaklının (idarenin) kusurlu olmasına rağmen kendi edim yükümünden kurtulduğunu ve sözleşmenin tasfiyesinde TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığını yukarıda inceledik. Ayrıca buradaki sebepsiz zenginleşmenin de tıpkı butlanın (*condictio ob causam indebiti*) sonucundaki gibi edimleri sıfırlayıcı bir etkisi vardır.¹¹⁰³ Bu nedenle uygulamada sıklıkla rastlanan ve taraflar açısından başta edimlerin iadesi, zamanaşımı gibi konularda dezavantajlı durumlar yaratmakta olup, bu sonuçlara değinmek uygun olacaktır.

TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrası borçtan kurtulan borçlunun karşı taraftan aldığı edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda iade edeceğini düzenlemektedir. Borçlunun imkânsızlaşan edimi karşılığında alacaklıdan alması gereken karşı edim kural olarak sona erer,¹¹⁰⁴ sözleşme ya da kanun uyarınca ya da alacaklının sözleşmenin devam edeceğine yönelik duyduğu güven nedeniyle edim alacaklı tarafından erken ifa edilmişse, borçlu bu edimin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK md. 79 vd.) uyarınca iade edecektir. Edimlerin iadesinde dayanan sebepsiz zenginleşme kurallarının en önemli sakıncası, iyiniyetli iade borçlusunun *zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı vermekle yükümlü olmasıdır* (TBK md. 79/1). Bir başka ifade ile, iade borçlusu kendisine verilen edimden elinde kalanlar ile sorumlu olduğu defisinde bulunabilir. Öte yandan TBK’nin 136’ncı maddesinde edim borçlusunun ifaya yönelik yapmış olduğu masraflar (ya da erken yaptığı kısmi ifa) konusu ise hiç düzenlenmemiştir. Mevcut hükümdeki örtülü boşluk nedeniyle, borçlu (iade alacaklısı) yaptığı masrafların iadesini talep edememektedir.¹¹⁰⁵

TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrasındaki iade talebinin dayanağının *sona eren sebebe dayanan zenginleşme (condictio ob causam finitam)* olduğunu ve

¹¹⁰³ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 187.

¹¹⁰⁴ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 83.

¹¹⁰⁵ Nurcihan Dalcı Özdoğan, **a.g.m.**, s. 308. Yazar, her iki tarafın da kusuru olmadan imkânsızlaşan edimde (amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasında), borçlunun kendi edim tutarının mahsup edilmek kaydıyla karşı edimi istemesi gerektiğini ileri sürmektedir. TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrasındaki örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yoluyla hakim tarafından hukuk yaratma ile doldurulması gerekmektedir.

sona eren sebebin geçmişe etkili olduğunu ileri süren yazarlar¹¹⁰⁶ olduğu gibi; geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde imkânsızlık nedeniyle edim ortadan kalksa dahi, bu ortadan kalkmanın ileriye yönelik (ex nunc) nitelik taşıyacağından dolayı, sözleşmenin tasfiye amacına yönelik olarak devam edeceğini kabul eden yazarlar¹¹⁰⁷ da vardır. Bir kısım yazarlar bu durumda gerçek bir sebepsiz zenginleşmenin olmadığını, ortaya çıkan durumun *kanundan doğan bir iade yükümlülüğü* olduğunu ve bu göndermenin sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlamaya yönelik olduğunu kabul etmektedir.¹¹⁰⁸

*Son yıllarda oldukça kabul gören “yeni görüş”e göre, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkânsızlığındaki iade yükümlülüğü kanundan değil de sözleşmeden kaynaklanmaktadır.*¹¹⁰⁹ İsviçre’de yeni kararlar, sebepsiz

¹¹⁰⁶ Yazar’a göre sözleşmenin iptal, dönme gibi sebeplerle sona ermesinde sebepsiz zenginleşme geçmişe etkilidir, bu nedenle sözleşme ortadan kalktığından sözleşmeden doğan borçtan söz edilemez. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 2 c., 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapevi, 2018, s. 347, 367. Buna karşın Yazar, iptal edilen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü nedeniyle kullanılan dönme hakkında, tarafların sorumlu olmadığı imkânsızlıkta, ifa edilmiş bir bağışlamadan rücu halinde söz konusu olacak sebepsiz zenginleşmenin *hukuki sebebin sonradan ortadan kalkmasına* dayandığını belirtmektedir. Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 838.

¹¹⁰⁷ L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 257, Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 609.

¹¹⁰⁸ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, s. 370, M. Turgut Öz; **Sebepsiz Zenginleşme**, s. 109.

¹¹⁰⁹ *Sözleşmesel sorumluluğa dayanan yeni görüşe paralel olarak, borçlunun temerrüdü ya da borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı sonucunda alacaklının sözleşmeden dönme hakkı konusunda “yeni dönme (dönüşüm) görüşü” ileri sürülmektedir. Buna göre TBK’nin 125’inci maddesi uyarınca, dönme hakkının kullanımı sözleşmeyi geriye ya da ileriye doğru sona erdirmemekte sadece sözleşmenin içeriğini değiştirmektedir. Bu nedenle sözleşme, tasfiye sürecinde de devam etmekte; böylelikle ifa edilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme değil sözleşmeye dayalı bir iade borcuna dayanmaktadır. Bu kabulün doğal sonucu olarak, zamanaşımı süresi sözleşmelerde geçerli olan 10 yıllık zamanaşımı (TBK 146) uygulanması gerekir. Ayrıca dönme hakkı ile beraber sözleşmesel menfaatin (müspet zararın) da talep edilebileceği kabul edilmektedir. KURT; bu durumda alacaklıya sağlanan kaim değer talebi ile yerine getirilmiş edimlerin iadesi arasında bir fark bulunmadığını ifade etmektedir. L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 267. Ayrıca Bkz: Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 192. SEROZAN, menfi zararın sadece sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar ile dönülen sözleşme nedeniyle kaçırılan fırsatları içermesine rağmen, müspet zararın dönülen sözleşmedeki ifa çıkarımı da içerdiğini belirtmektedir. Bu durumun “fark kuramı”nın bir sonucu olduğunu ve zaten pratikte uygulandığını ileri sürer. Yazarın yaklaşımına uygun olarak şu örneği verebiliriz; alacaklı borçlunun temerrüdü ya da borçlunun sorumluluğu nedeniyle edimin imkânsızlaşmasında kullandığı dönme hakkında hem borçluya ödediği parayı hem de sözleşmesel çıkarı (piyasadan aynı malı elde ederken ödemek zorunda kalacağı tutar ile kendi ödediği tutar arasındaki farkı; yani sözleşmesel çıkarı) talep edebilir. Bu durumda alacaklı sözleşmenin imzalanması için yapılan harcamalar tazminata dahil olmayacaktır. Oysa klasik yaklaşımla dönme hakkının kullanımında alacaklı sadece ödediği parayı ve yaptığı masrafları alabilecekti. Yazar ayrıca, taşınır satışında alacaklının haklarının düzenlendiği TBK md. 217/f.1 (b.1, b.4) ve dönme hakkının kullanımında TBK md. 229/f.1 (b.3) ve f.2’de müspet zararı içerecek şekilde düzenlenmiş olduğu örneğini vermektedir. Rona*

zenginleşme sorumluluğu yerine sözleşmesel sorumluluğa dayanılarak iadenin sağlanması yönündedir.¹¹¹⁰ Buna göre iade taleplerinde kullanılan sebepsiz zenginleşmeye yapılan atıf onun sadece hukuki sonuçlarına yönelik olup, hükümlerin tamamının uygulanmasına yönelik bir atıf olarak kabul edilmemelidir.¹¹¹¹ Sözleşmesel sorumluluğa dayanmanın sonucu olarak da TBK'nin 79'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “zenginleşmenin elde kalmadığı” savunması amaca uygun olarak sınırlanarak uygulanır.¹¹¹² Böylece söz konusu fıkranın iade yöntemini bertaraf etmek için iade borçlusunun kötünietli sayılması gerektiği varsayımından vazgeçilmiş olunur.¹¹¹³ Ayrıca imkânsızlaşan edimin yerine, edimin piyasa değeri değil onun sözleşmesel değeri (müspet zarar) dikkate alınarak bir ödeme yapılır.

Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 193, 239, Ayrıca *Bkz:* Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 810. Böylece sebepsiz zenginleşmenin elinde kalanları iade (TBK md. 79/1) definden de kurtulunmaktadır. Öte yandan, dönme hakkının kullanımında iade yükümlülüğünü tamamen sebepsiz zenginleşmeye dayanmakla beraber, uygulanacak zamanaşımının sözleşmesel nitelikli olduğunu kabul eden görüşler de vardır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de görüşü bu yöndedir. İsviçre Federal Mahkemesinin dönmeyle ilişkin zamanaşımı kararlarında, önceleri kanuni borç ilişkisi kapsamında değerlendirilmektedir. *Bkz:* Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 811, Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, s. 126 vd.

¹¹¹⁰ Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 83.

¹¹¹¹ Yazar, TBK md. 136/2'de sebepsiz zenginleşmeye yapılan atfın *iadenin hukuki dayanağına değil, iadenin kapsamına ilişkin* olduğunu vurgulamaktadır. Bir başka ifade ile sözleşmenin tasfiyesinde sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanacak olsa bile, sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi kapsamında değil borcun sözleşmeden doğduğu göz önüne alınarak sözleşmeden doğan borçların ifasına ilişkin esaslara göre olmalıdır. L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 259.

¹¹¹² Bu nedenledir ki, satılan şeyin karşı tarafa teslim borcu sonraki imkânsızlık nedeniyle borçlunun sorumluluğunda imkânsızlaştığında, iade borçlusu satış öncesi aldığı kaporayı elinde kalan savunması ile değil, sözleşmesel sorumluluk kapsamında tam olarak iade etmekle yükümlüdür. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 193.

¹¹¹³ TBK'nin 79'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, *zenginleşen, zenginleşmenin iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa* zenginleşmenin tamamını iade etmekle yükümlüdür. Doktrinde sonraki imkânsızlıkta edim borcundan kurtulan borçlunun kendi ifasını tam olarak gerçekleştirdiği zamana kadar aldıklarını iade edebileceği ihtimalini düşünmesi gerektiği, bu nedenle de iade borcu kapsamında iyiniyetli sayılmaması (“kötünietli sayılması”) gerektiği ileri sürülmektedir. Burada kötünietten kasıt, iade borçlusunun “iade yükümlülüğü altında olduğunu biliyor” ya da “bilmesi gerekiyor” olmasıdır. İade borçlusu iyiniyetli olsa bile, iade alacaklısının dava yoluyla iadeyi talep ettiği andan itibaren kötünietli sayılacaktır. İade borçlusu ancak zenginleştiği kısmın tamamı ya da bir kısmını beklenmeyen hal, üçüncü kişinin müdahalesi gibi iradesi dışında gerçekleşecek şekilde kaybetmişse elinde kalanlarla sınırlı bir iade borcu olduğu kabul edilebilecektir. İade borçlusunun iyiniyetli olup olmaması konusundaki görüş ve açıklamalar için *Bkz:* Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 549, L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 262, Fikret Eren, **a.g.e.**, s. 846, 1253.

Türk Hukuku kapsamında yargı kararlarında, sona eren ve tasfiye sürecindeki sözleşmelerde sebepsiz zenginleşmenin tali bir müessese olduğu sıklıkla vurgulanmaktadır. Bu yöndeki kararlarda; taraflar arasındaki ilişkinin bir sözleşmeye (yani taraf iradelerine) dayanması halinde sebepsiz zenginleşmeden söz edilemeyeceği, sebepsiz zenginleşmenin ikinci derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı verebileceği,¹¹¹⁴ asli nitelikteki bir hakka dayanmanın imkânı varsa sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunulamayacağı belirtilmektedir.¹¹¹⁵ Bu görüşün bir adım ilerisinde, yukarıda bahsettiğimiz *yeni görüşe* uygun olarak, Yargıtay taraflar arasındaki hukuki işlemin baştan itibaren geçersiz olduğu (örneğin; butlan, iptal gibi durumlarda) ya da sözleşmenin sonradan geçersiz hale geldiği (örneğin; tarafların sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık) durumlarındaki tasfiye sürecinde de “*sözleşmeden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme*”ye dayanılması gerektiğini vurguladığı kararları vardır.¹¹¹⁶ Böylece Türk Hukuku’nda da başlangıçtaki objektif ya da subjektif imkânsızlık durumlarının butlana dayalı ağır sonuçları, sonraki imkânsızlığa kaydırılmaya çalışılarak önlenmeye çalışıldığı durumlara rastlanır.¹¹¹⁷ Kanaatimizce sözleşmeden kaynaklanan sebepsiz zenginleşmeye dayanan hallerde arkadaki sebebin bir sözleşmeye dayanmasından dolayı ve tasfiye sürecinde gerek TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrası gerekse kıyasen uygulanabilecek TBK’nin diğer hükümleri çerçevesinde zamanaşımı süresinin sözleşmesel sorumluluk kapsamındaki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi olması gerekir.

¹¹¹⁴ Hukuk Genel Kurulu’nun 13.6.2007 tarih ve 2007/18-330 E., 2007/350 K. sayılı kararı ve Hukuk Genel Kurulu’nun 17.02.2010 gün ve 2010/13-93 E., 2010/88 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Mart 2020), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹¹¹⁵ Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 tarih 2010/13-618 E., 2010/668 K. sayılı kararı, Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi, Mart 2020), <http://www.kazanci.com>

¹¹¹⁶ Yargıtay, üç paydaşın taşınmazda bir restoran inşa etmelerine ilişkin sözleşmenin iptal edilmesi neticesinde masraf yapan paydaşın alacağını “sözleşmeden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme” olarak değerlendirmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 29.03.2011 tarih ve 2010/ 9252 E., 2011/4762 K. sayılı kararı (yayımlanmamıştır). Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 29.04.2014 tarih ve 2014/532 E., 2014/6531 K. sayılı kararında ise, resmi şekle aykırı olarak yapılan taşınmaz satışının hukuken geçersiz olmasına rağmen, sözleşmesel ilişki nedeniyle sözleşmeler için öngörülen 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca benzer nitelikli bir karar için *Bkz:* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 29.02.1940 tarih ve 31/47. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve yayımlanmamış Yargıtay kararı için *Bkz:* Ahmet M. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 537, 556.

¹¹¹⁷ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 308.

Nitekim sözleşmenin sözleşmesel sorumluluk yerine sebepsiz zenginleşme ile tasfiye edilmesinin bir başka sakıncası da zamanaşımı bakımındandır. Sebepsiz zenginleşmede kısa (2 yıllık) ve uzun (10 yıllık) zamanaşımı süreleri vardır (TBK md. 82). Buna göre, kişi malvarlığındaki eksilmeyi ve zenginleşen kişiyi öğrenmesinden itibaren 2 yıllık (hak düşürücü) süre içerisinde iade talebinde bulunması gerekir. Öte yandan uzun zamanaşımının başlama anı, zenginleşmeyi meydana getiren olayın gerçekleştiği tarihtir. Sebepsiz zenginleşmede var olan 2 yıllık kısa zamanaşımı yerine sözleşmesel ilişkilerde kullanılan 10 yıllık zamanaşımının kullanılması sözleşmenin tarafları bakımından daha avantajlıdır.¹¹¹⁸ Buna göre, kişi malvarlığındaki eksilmeyi ve zenginleşen kişiyi öğrenmesinden itibaren 2 yıl içerisinde değil 10 yıl içerisinde iade talebinde bulunabilecektir.

f. Türk Borçlar Kanunu’nun 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrasının Yarattığı Sakıncaların Giderilmesinde Bir Yöntem Olarak Türk Borçlar Kanunu’nun 485’inci Maddesi Örneği

Son olarak, Yargıtay’ın yukarıda incelediğimiz mevcut uygulamasının (sonraki imkânsızlık gibi sonradan geçersiz hale gelen sözleşmenin sebepsiz zenginleşme sorumluluğuna dayanılarak tasfiyesinin) yarattığı olumsuzluklara karşı Kanun’da bazı istisnai düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim borçlunun imkânsızlaşan kendi edimi karşısında karşı edime hak kazanabileceği bazı istisnai durumların TBK kapsamında düzenlendiğine yukarıda yer verdik.¹¹¹⁹ Bu özel düzenlemeler arasında özellikle eser sözleşmesinde işverenin risk sahasında “*edimin iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşması*” durumunu düzenleyen TBK’nin 485’inci maddesi idare hukuku açısından da dikkat çekicidir. Nitekim gerek eser sözleşmesinin gerekse başka sözleşmelerin *idarenin sahasında gerçekleşen beklenmedik bir nedenden dolayı imkânsızlaşmasına* sıklıkla rastlanmaktadır. Hükümde düzenleme altına alınan durumlar, iş sahibinin kusurundan kaynaklanmasa bile onunla ilişkili bir sebeple edimin ifasını imkânsız

¹¹¹⁸ Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 84.

¹¹¹⁹ Bkz: Tez III. Bölüm / C / 2 / c / (3). Edimin İmkânsızlığında (Alacaklı) İdarenin Sorumluluğu-Hizmet Kusuru İlişkisi

hale getiren durumlardır. Bu duruma *idare hukuku açısından örnek verecek olursak*; iş sahibi- idarenin bilgisi dahilinde olmadan üzerine inşaat yapılacak taşınmazın kamulaştırılması ya da SİT alanı ilan edilmesi; sözleşme konusu taşınmaza ilişkin imar planı ve yapı ruhsatının iptal edilmesi gibi idarenin iradesi dışında ve fakat idarenin sahasında gerçekleşen ve sözleşmenin ediminin imkânsız hale geldiği durumlardan söz edebiliriz.¹¹²⁰

Bu düzenleme, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında karşı edim hasarını taşımak zorunda olan alacaklı ile borçlunun sorumluluğunda gerçekleşen ifa imkânsızlığında tüm karşı edim hasarını borçluya yüklenmesi arasında denge kurmaya çalışan bir hüküm olarak dikkat çekmektedir.¹¹²¹ Nitekim, TBK'nin 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında borçlunun karşı edime kavuşamayacağına ilişkin düzenlemenin yarattığı haksızlığı bertaraf etmeye yönelik özel nitelikli bir hükümdür. Buna göre, edimin iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşması halinde yüklenici yaptığı işin karşılığını alabilecek (md. 485/ f.1), hatta iş sahibinin kusurlu olması halinde tazminat isteme hakkı da olabilecektir (md. 485/ f. 2).

Eser sözleşmesine ilişkin bu düzenlemeye yönelik genel bir değerlendirme olarak; TBK'nin 485'inci maddesindeki düzenleme olmasaydı, *“iş sahibinin (idarenin) risk alanında beklenmeyen bir durum”* nedeniyle borçlunun (sözleşmecinin) ediminin imkânsızlaşmasında borçlu edim borcundan kurtulacak (TBK md. 136/ f. 1) ve aynı zamanda kendisine henüz ifa edilmemiş olan karşı edimi talep hakkını kaybedecektir (TBK md. 136/ f. 2). Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde menfaat dengesini bozan bu örtülü boşluk TBK'nin 485'inci maddesindeki özel düzenleme ile yüklenici - sözleşmeci yaptığı işin karşılığı olan değeri ve bu değere girmeyen masrafları alması mümkün hale gelmiştir.¹¹²² *Örneğin*, idarenin bir yapının inşa edilmesine ilişkin yaptığı sözleşmede yüklenici (sözleşmeci) ifaya başlamış ve sözleşmenin ifasına yönelik yatırım risklerine girmişken, sözleşme

¹¹²⁰ Ş. Barış Özçelik, **a.g.m.**, s. 606.

¹¹²¹ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 160.

¹¹²² Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt: III İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 160, L. Müjde Kurt, **a.g.e.**, s. 291.

konusu taşınmazın bir başka idare tarafından kamulaştırılması¹¹²³ ya da SİT alanında kalması¹¹²⁴ nedeniyle sözleşme konusunun imkânsızlaşmasında TBK'deki genel düzenleme (md. 136/ f. 2) kapsamında yaptığı işin karşılığını ya da masraflarını alamayacak, yatırım riski yüklenici üzerinde kalacaktı. Oysa bu durumda yüklenici TBK'nin 485'inci maddesinin 1'inci fıkrası sayesinde yaptığı işin (en azından oransal) karşılığını alacaktır. Bu anlamda TBK'deki özel düzenleme (md. 485) TBK'nin 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki genel kuralın istisnasını teşkil ettiği kabul edilmektedir.¹¹²⁵

Kanaatimizce bu durum sadece bir istisna olarak değil, TBK'nin 136'ncı maddesindeki genel düzenlemesinden kaynaklanan örtülü boşluğun ortaya çıkardığı dezavantajlı durumları bertaraf etmeye yönelik olarak kıyasen kullanılabilir nitelikte bir düzenlemedir. Konumuz bakımından idarenin sözleşmelerinde sözleşmenin ifasına başlanmışken ortaya çıkan, sözleşme öncesi dönemde tesis edilmiş idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptali kararının *“iş sahibi ile ilgili beklenmedik hal”* olarak kabul edilip edilemeyeceği incelemesi öncelikle eser sözleşmesi bakımından sonrasında kıyasen diğer sözleşme türleri bakımından aydınlatıcı olacağını düşünüyoruz.

Bu nedenle TBK'nin 485'inci maddesinin unsurları tek tek değerlendirildiğinde, öncelikle idarenin sözleşme öncesi dönemde tesis ettiği idari işlem ya da sözleşme imzalamaya işlemine karşı idare mahkemesinde iptal davası açılmasının *“işverenin sahasında gerçekleşen”* ve *“beklenmeyen bir durum”* sayılıp sayılmayacağı incelenmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, idarenin sözleşme öncesi herhangi bir işlemine karşı iptal davası açılması kuşkusuz işverenin sahasında gerçekleşen bir işlemdir. Hatta işveren- idare tarafından tesis edilmese dahi sözleşmeyi etkilecek bir idari işlemin iptal davasına konu olması ya da kanun

¹¹²³ Vedat Buz, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, **AÜSBFD**, Yıl 1994, C. XLIX, S: 1, s. 28.

¹¹²⁴ Somut olayda SİT alanında kalan taşınmazın durumu yükleniciye bildirilmiş, Belediye Encümeni kararı ile inşaatın yasal hale getirilmesi için verilen sürede gereğinin yapılmaması üzerine yapı ruhsatı iptal edilmiştir. Sözleşmenin bu şekilde imkânsızlaşmasında işverenin bir kusuru olmadığından yüklenicinin tazminat talepleri reddedilmiştir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2016 tarih ve 2015/594 E., 2016/3101 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İhtihat Programı (Çevrimiçi, Ocak 2019), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹¹²⁵ TBK'nin 136'ncı maddesindeki genel düzenlemeye kanunla ya da sözleşme ile istisna getirilebilir. Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, **a.g.m.**, s. 688.

değişikliği nedeniyle sözleşmenin işlevsiz hale gelmesi de işveren - idarenin sahasında gerçekleşen bir durum olarak değerlendirilmelidir. Öte yandan ikinci unsur olarak “*beklenmeyen durum*”un değerlendirilmesi bu kadar net değildir. Nitekim bu durumda beklenmeyen durumun nasıl algılandığı önem arz edecektir. Kanaatimizce idarenin yapmış olduğu işlemin denetimi için yargı yoluna taşınması, tıpkı sözleşme konusu taşınmazın dava dışı bir idare tarafından kamulaştırılması, SİT alanında kalması ya da üzerinde inşaat yasağı getirilmesi gibi beklenmeyen bir durum olarak değerlendirmek gerekir. Bu kısım yoruma açıktır. Ancak idari işlemler aleyhine dava yoluna gidilmesi istisnai ve beklenmeyen bir durum sayılmasa da kanaatimizce idarenin yaptığı işlemin iptali, yani hukuka aykırılığın tespit edilmesi hayatın olağan akışı içerisinde beklenmedik bir olaydır.

Öte yandan eğer sözleşme dava açıldıktan sonra imzalanmış ve dava sonucunda mahkeme iptal kararı vermişse, bu durum artık beklenmeyen bir durum olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü davanın açıldığını işveren-idare biliyor veya bilmesi gerekiyordur; yani bu konuda iyiniyetli olduğunu ileri süremeyecek durumdadır. Aynı örnek üzerinden bir adım daha ileri gidersek, sözleşme öncesi veya sonrası işveren- idarenin idari işlemine karşı açılan iptal davasında mahkemenin iptal kararı vermesi halinde işverenin sahasında gerçekleştiği muhakkak olan durumun beklenmeyen durum olup olmaması önemini yitirmiş olur. Çünkü böyle bir durumda idarenin öngöremeyeceği beklenmedik bir durum varlığından ziyade, hukuka aykırı bir işlemin tesis edilmesinden ötürü idarenin hizmet kusuruna dayanan bir imkânsızlık söz konusu olacaktır.¹¹²⁶

Kısaca toparlayacak olursak, idarenin sözleşme öncesi dönemde tesis ettiği idari işleme karşı idare mahkemesinde iptal davası açılması *idarenin iş sahasında gerçekleşen ve beklenmeyen bir durumdur*. Ancak söz konusu davada iptal kararı verilmesi nedeniyle sözleşmenin ifa edilememesi beklenmeyen durumdan da öte iş sahibi- idarenin kusuru nedeniyle “*edimin alacaklının (idarenin) sorumlu olduğu şekilde imkânsızlaşması*”dır. Eser sözleşmesi açısından bu durum TBK’nin 485’inci maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*iş sahibinin ifa*

¹¹²⁶ İdarenin kusur anlayışı için Bkz: Tez III. Bölüm / B. / 1. Kusur, Hukuka Aykırılık ve Hizmet Kusuru Kavramlarının İlişkisi

imkânsızlığının çıkmasında kusurlu olması” halinde yüklenici yaptığı işin değeri ve masrafları haricinde ayrıca tazminat isteme hakkına da sahiptir.¹¹²⁷ Bu tazminatta borçlu kendi edimini yerine getirmekten kurtulduğu için tasarruf ettiği kısım indirilir.¹¹²⁸ İdare hukuku açısından *iş sahibi - idarenin kusurlu olacağı durumlara örnek olarak*; iş sahibinin - idarenin 3. kişilere karşı yasal haklarını kullanmaması ya da zamanında itiraz etmemesi nedeniyle inşaatın durdurulması;¹¹²⁹ idarenin finansman yokluğu nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi¹¹³⁰, iş sahibinin sözleşmeyi keyfi şekilde fesih etmesi¹¹³¹, iş sahibi - idarenin alması gereken izinleri zamanında almaması, başvuruları zamanında tamamlamaması nedeniyle ifanın gerçekleşmemesi; idarenin sözleşmenin ifasında kalıcı şekilde imkânsızlığa sebep verecek şekilde engelleneceğini bilmesi ya da bilmesi gerekmesine rağmen yükleniciye zamanında haber vermemesi gibi iş sahibinin öngörmesi gereken hukuki engellerin gerçekleşmesi hallerini verebiliriz. Örneğin, sözleşme konusu ihtilaflı olan bir taşınmazın ihtilaflı olup olmadığını araştırarak ihale açması gerekirken özen borcunu yerine getirmemesi işveren- idare bakımından kusurlu bir davranıştır.¹¹³² Ayrıca iş sahibi - idarenin sonradan ortaya çıkması muhtemel bir riski örneğin idarenin aleyhine sonuçlanıp sözleşmenin ifasını etkileyecek bir dava hakkında, sözleşme öncesi dönemde sözleşmeciye bilgi vermesi gerekir. Bu bilgi verme yükümlülüğü tarafların birbirlerini koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir.

¹¹²⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 02.07.2014 tarih ve 2013/4839 E., 2014/4650 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ocak 2019), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹¹²⁸ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **a.g.e., Band II**, s. 92.

¹¹²⁹ Ş. Barış Özçelik, **a.g.m.**, s. 607.

¹¹³⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 02.07.2014 tarih ve 2013/4839 E., 2014/4650 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ağustos 2021), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹¹³¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 02.07.2018 tarih ve 2018/1506 E., 2018/2778 K. sayılı kararı. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ağustos 2021), <https://www.sinerjias.com.tr>

¹¹³² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 08.04.2015 tarih ve 2014/13199 E., 2015/1875 K. sayılı kararı. Yargıtay bu kararında Yargıtay HGK’nin 22.5.1992 tarih ve 15/154-278 sayılı direnmeye konu kararına atıf yaparak; “... işe devam imkânsızlığı iş sahibinin kusurundan ileri gelmişse, yüklenici olumlu zararın tamamını isteyebilir. Çünkü iş sahibi kendi ihmali ile yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ifayı imkânsızlaştırmış olacağından, BK’nın 370. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, yüklenici aynı kanunun 369. maddesinde hüküm altına alınan tazminatı isteme hakkını elde eder. Çünkü eserin tamamlanması için iş sahibine düşen işleri yapmaktan kaçınması, tek başına kusur teşkil eder” demektedir. Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı (Çevrimiçi, Ağustos 2021), <https://www.sinerjias.com.tr>

Kanaatimizce, TBK'nin 485'inci maddesindeki bu düzenleme eser sözleşmesi kapsamı dışında kalan sözleşmeler bakımından özellikle TBK'nin 136'ncı maddesinin yetersiz kaldığı hallerde de kıyasen uygulanabilir. Böylece borçlu ifa ettiği kısma ilişkin edimin bedelini ve henüz ifa etmediği edime ilişkin ifaya yönelik yapmış olduğu harcamaları talep edebilecektir. Sözleşmedeki edim dengesi ancak bu şekilde hakkaniyetli şekilde sağlanmış olacaktır.

İdarenin hükümsüz sayılan sözleşmelerinde müspet zarar talebinin ve tasfiye sürecinin değerlendirilmesi başlığı altında ele aldığımız konuları *özetleyecek olursak*; idare mahkemesinin sözleşme öncesi dönemde yapmış olduğu idari işlemi iptal etmesinin sözleşme üzerindeki etkisini Yargıtay *hukuki imkânsızlık* olarak nitelemektedir. Ancak Yargıtay benzer somut vakalar kapsamında bu hukuki imkânsızlığı bazen subjektif imkânsızlık bazense objektif imkânsızlık şeklinde değerlendirmekte; bu da farklı hukuki sonuçlara varılmasına sebebiyet vermektedir. Oysa kanaatimizce, idare hukuku uygulamasında sözleşme öncesi bir işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesi sözleşme üzerinde ancak *“sonraki imkânsızlık”* teşkil eder. Hatta bu durum daha detaylı bir ifade ile *“alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık”* olarak ifade edilir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, daha önce de belirttiğimiz üzere, *“ tarafların sorumlu olmadığı imkânsızlık”* kapsamında değerlendirerek, idare mahkemesinin verdiği iptal kararına dışsal bir olgu adeta “mücbir sebep” ya da “beklenmeyen durum” gibi yaklaşmakta; sonuçta sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinde kusur tespiti yapmaktan kaçınmaktadır.

Öte yandan alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık ve hukuki sonuçları TBK'de düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlıkta borçlunun edimi imkânsızlaştığında, imkânsızlıktan alacaklının sorumlu olması nedeniyle sözleşme, sözleşmesel sorumluluk kapsamında tasfiye edilmelidir. Borç imkânsızlık nedeniyle normal şekilde tasfiye edilemeyeceğinden, başkaca bir ifa şekli öngörülemiyorsa, sözleşme artık “tasfiye şeklinde” varlığını devam ettirecektir. Bunun hukuki sonuçları ise karşılıklı edim borcu olan sözleşmelerde borçlunun sebep olduğu imkânsızlıktaki (TBK md. 112) gibi olacağı kabul edilebilir. Böylelikle Yargıtay'ın kullanmakta olduğu *“ tarafların sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık”*ın hukuki sonuçlarını düzenleyen TBK'nin 136'ncı

maddesinin 2'nci fıkrasının hakkaniyete aykırı sonuçlarının oluşması önlenmiş olacaktır.

Bilindiği üzere, borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıkta borçlu edim borcundan kurtulurken, karşı edim alacağını elde etme hakkını da kaybeder; imkânsızlık alacaklının sorumluluğunda gerçekleşmiş olmasına rağmen alacaklı kendi ediminden (karşı edimden) kurtulmuş olur; üstelik kendi edimini sunmaya hazır olmasına rağmen borçlu karşı edimi elde edemez. Kanaatimizce, imkânsızlıktan alacaklının sorumlu olduğu durumda borçlunun karşı edim alacağını kaybedeceğine ilişkin düzenlemenin bu şekli ile uygulanması uygun değildir. Bu sakıncanın giderilmesi için sebepsiz zenginleşmenin sözleşmenin tasfiyesinden kaynaklandığı hallerde “sözleşmeden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme” kapsamında uygulanmalı; mevcut borcun bir sözleşmeden kaynaklandığı bu nedenle iade borcunda elinde kalanlardan sorumlu olduğu defisi bertaraf edilerek, sebepsiz zenginleşmeye dayalı kısa zamanaşımı yerine 10 yıllık sözleşmesel zamanaşımı uygulanmalıdır. Ayrıca sebepsiz zenginleşmenin sonucunda verilenlerin iadesi, ancak belli oranda değer artışı ile verildiği tarihteki değerine ulaştırılmaya çalışılmasına rağmen, sözleşmesel sorumlulukta talep edilebilecek tazminat sözleşmesel çıkara (müspet zarara) dayandığından sözleşmecinin gerçek zararını gidermede daha gerçekçi bir yaklaşım sunar.

Kanun'da borçlunun sorumluluğuna dayanmayan imkânsızlıkta TBK'nin 136'ncı maddesinin yarattığı hakkaniyete aykırı durumların önlenmesi için karşı edime kısmen ya da tamamen kavuşabileceği bazı durumlar düzenlenmiştir. Yukarıda detayları ile incelediğimiz TBK'nin 484 ve 485'inci maddesi ve devamındaki düzenlemelerin sadece eser sözleşmesinde değil, kıyasen uygulanabilecek diğer sözleşmelerde de geçerli olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak mukayeseli hukukta artık ifa engellerinden imkânsızlığın butlan kapsamından çıkarılması ya da imkânsızlığın butlana bağlanan sonuçları yumuşatılmaya çalışıldığı yönünde düzenlemelerle karşılaşılmaktadır. Son yıllarda kabul gören yeni görüş çerçevesinde borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkânsızlığındaki iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşmeye değil sözleşmesel sorumluluğa dayandığı kabul edilmektedir. Hukukumuz açısından da sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna

göre tali nitelikli bir sorumluluk olduğu; TBK'nin 136'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında sebepsiz zenginleşmeye yapılan atfın onun hukuki sonuçlarına yönelik yapılmış olduğu, bu nedenle tüm hükümlerinin uygulanması anlamına gelmediğı kabul edildiğı kararlara ve görüşlere rastlanmaktadır. Bu şekilde bir çözümün sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmeler için daha hakkaniyetli sonuçlar sunacağına kuşku yoktur.



SONUÇ

Tezimizde idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle ortaya çıkan zararın, bir özel hukuk kavramı olan culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı incelenmiştir. Bu kapsamda idarenin sözleşmelerinde sözleşmenin hiç kurulmadığı ya da kurulup da baştaki bir sebebe bağlı olarak hükümsüz hale geldiği durumlarda, taraflardan birinin uğradığı gerçek zararın doğru şekilde tespit edilmesi önem arz etmektedir. Özellikle sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmelerin idare hukukundaki tipik örneği olan sözleşme öncesi (ayrılabilir) idari işlemin idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesi sonucu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz hale geldiği durumlarda ortaya çıkan zarar ile karşılanan zarar arasındaki fark konunun önemini ortaya koymaktadır.

Önsöz kısmında amacını ve önemini belirttiğimiz ve Giriş kısmında üç bölümde ele alacağımızı ifade ettiğimiz Tez konumuza ilişkin aşağıdaki tespit ve sonuçlara varılarak, bazı önerilerde bulunulmuştur:

1- Tezimizde temel kavramlara yer verilmiş olup, öncelikle idare kavramı ve kamu tüzel kişiliği incelenmiştir. İdare kavramının içerisinde son yıllarda kamu tüzel kişilerinden başka, özel hukuk kurallarına göre kurularak kamu hizmeti icra eden veya icra edilmesine yardım eden ya da sadece kamusal yanı ağır basan hukuki statüleri tartışmalı tüzel kişilere rastlanmaktadır. Bu tüzel kişiler kamu kesiminde yer alarak atipik özerk idare olarak kabul edilmekte; bazı işlemlerinde kamu tüzel kişisi gibi hareket ederek kamu gücünden faydalanmakta, bazı durumlarda ise özel hukuk tüzel kişisinin esnekliğinden faydalanmaktadırlar. Öte yandan idari teşkilat içerisinde yerleri belirlenmiş olan, örneğin devletin ekonomik faaliyetlerinin yürütülmesi gibi hususlarda kamusal bir irade tarafından kurulan özel hukuk tüzel kişilerinin kendi iç yapılarında idare hukuku kurallarına bağlı olacağı, faaliyet konularına ilişkin yaptıkları sözleşmelerin özel hukuk kurallarına bağlı olacağı ifade edilebilir. Buna karşın özel hukuk alanında özel hukuk kuralları ile kurulmasına rağmen, faaliyet alanlarında kamu gücünden faydalanmak isteyen ve idari teşkilat içerisinde konumlandırılmayan bazı tüzel kişilerle ilgili karmaşayı ortadan kaldırmak adına bir

mevzuat çalışması yapılması ve mevcut belirsizlik giderilene kadar tamamen özel hukuk alanında yer aldıklarının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2- *Tezimizde idarenin sözleşmeleri kavramı idari sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmelerini kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmıştır.* İdarenin sözleşmelerinde yapılan bu ayrım idare hukukunda klasik anlamda yargı yolu ayrımını ve sözleşmelere uygulanacak hukuku işaret etmektedir, ancak Tezimiz açısından bu ayrımın ilk etapta pek bir önemi bulunmamaktadır, çünkü idari işlem ve eylemler nedeni ile her iki sözleşme için sözleşme öncesi dönem idari nitelikte olmaktadır.

Öte yandan idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmesi ile iki özel hukuk kişinin borçlar hukuku alanında yaptığı sözleşmenin sözleşme öncesi dönem bakımından en başta sözleşmeciyi seçme, sözleşmeyi istenilen şekilde yapabilme yani sözleşme özgürlüğü ve sözleşme serbestisi bakımından bazı farklılıklar olduğu muhakkaktır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde de kamu parasını kullanıyor ve kamu yararını gözetiyor olması bu sözleşmelere de kamusal bir nitelik kazandırmaktadır. İdari sözleşmelerin hukuksal rejimi ise zaten idare hukukuna tabi ve özerk bir düzenleme alanına sahiptir.

İdarenin her iki tür sözleşmesinin katı biçimde “idari” nitelik ile bağdaştırılması idarenin sözleşmelerinin gelişimi açısından dezavantajlı bir duruma dönüşebilmektedir. Nitekim idarenin sözleşme esnasında sürece esneklik ve denklik katacak sözleşmeci sıfatını kullanmak yerine, tek taraflı ve üstün yetkilerini kullanması, farklı yargı kollarının sözleşme öncesi dönemi salt yargı kolu ayrılığı kapsamında ele almaları gibi yapısal ve hukuki nedenler yanında ayrıca, hayatın teknolojik ve sanayi alandaki gereklilikleri idari sözleşmenin alanının giderek daralmasına özel hukuk sözleşmesi alanının genişlemesine neden olmuştur. Kamu hizmeti kavramındaki dönüşüm, ekonomik alandaki liberal politikalar, özel kesimin kamu kesimi karşısında genişlemesi, etkinlik, verimlilik gibi prensiplerin dikkate alınması ile idarenin her iki tür sözleşmeleri için ama özellikle idarenin özel hukuk sözleşmeleri bakımından hem özel hukuk hem de idare hukuku kurallarının birlikte uygulanması gereklilik haline gelmiştir.

İdarenin sözleşme yapma tekniğine başvurmasının sosyal sebepleri de bulunmaktadır. Nitekim devletin müdahalelerini idare edilenler ve yerel idareler

tarafından daha kolay kabul edilebilir kılmak için, birçok alanda tek yanlı işlemler yerine sözleşme tekniğine başvurulduğu; yeni sözleşme türlerinin ortaya çıktığı görülmektedir. Bununla birlikte idare, bireylerin etkinliğini bireysel sebeplere bağlı kurallar yayımlayarak gerçekleştirirken, bireyler de idarenin yayımladığı sebeplere göre davranarak kendileri ile ilgili sebeplerin daha yetkin bir şekilde gerçekleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu şekilde kural üretme aracına sözleşmeler vasıtası ile yeni bir boyut kazandırılmaktadır.

3- *İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme öncesi dönemi düzenleyen genel bir usul yasası* bulunmamaktadır. Sözleşme öncesi dönemi düzenleyen en geniş kapsamlı düzenleme kamu ihale mevzuatı olup, idarenin belli türdeki özel hukuk sözleşmelerinin bu mevzuat uyarınca yapılması kuraldır. Ayrıca, idarenin başka sözleşmeleri için yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı sürece idarenin sözleşmeci seçiminde ve sözleşme öncesi dönemin düzenlenmesinde söz konusu mevzuatı kullanabileceğini düşünüyoruz. Bu denli yaygın bir kullanım alanı olması nedeniyle Tezimiz kapsamında sözleşme öncesi dönemin düzenlenmesi ve olası uyuşmazlıklar konusunda söz konusu mevzuata öncelikle yer verilmiştir.

Öte yandan şunu da belirtmek gerekir ki Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayan idarelerin sayısı yıllar içerisinde hızla artış göstermiştir. Yapılan sözleşmelerin idare hukuku alanından çıkarılma ihtiyaç ve talebi ile Kanun kapsamından çıkarılması, özellikle bu Kanun'da yer alan saydamlık, rekabet, eşit muamele ilkesi ve benzeri ilkelerin uygulanma zorunluluğunu da ortadan kaldırmaktadır. Bu durumun idarenin sözleşmeleri bakımından sözleşme öncesi dönem ve bu dönemde uygulanacak kuralların belirlenmesinde yeknesaklığın bozulmasına, belirsizlik ve keyfiliğe yol açabileceği kuşkusuzdur.

4- *Temel kavramlar kapsamında ele aldığımız sözleşme öncesi dönem kısaca,* içerisinde culpa in contrahendo sorumluluğunun da yer aldığı, tarafların derhal sözleşmesel bir bağ kurmak yerine, karşı tarafın durumunu ve kendi çıkarlarını değerlendirdikleri; serbest iradeleri ile sözleşmenin kurulmasına özgürce karar verdikleri; sözleşmenin hazırlık safhası ya da sözleşme müzakeresi kavramı ile eş anlamda kullanılan bir dönemi ifade eder. Bu anlamda sözleşme öncesi dönemin ve culpa in contrahendo sorumluluğunun anlamı özel hukuk sözleşmesi ve idarenin sözleşmeleri bakımından aynıdır. İdare hukukunda da sözleşme öncesi dönem, tıpkı

özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin kurulması ile artık sözleşme içerisinde kalacak ve culpa in solvendo, culpa in contrahendo sorumluluğunu kapsayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda culpa in contrahendo sorumluluğunun bir borç kaynağı olduğu yönünde genel bir düzenleme yapılmak yerine, bu sorumluluğa Kanun'un bazı maddelerinde yer verilmiştir. İdare hukukunda ise sözleşme öncesi döneme ilişkin en geniş düzenlemenin yapıldığı kamu ihale mevzuatı kapsamında bazı maddelerde culpa in contrahendo sorumluluğu teşkil edebilecek bazı durumlara yer verilmişse de bunların hukuki sonuçları üzerine yeterli düzeyde düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

5- *Bir özel hukuk kavramı olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun idare hukukunda uygulanabileceği kanaatindeyiz.* Bu görüşümüz her şeyden önce idare hukukunun; irade serbestisi yerine önceden belirlenmiş kural ya da statülere dayanan; kamu yararının egemen olduğu, işlemlerinde kamu gücünün kullanıldığı ve uyuşmazlıklarının ayrı bir yargı kolu tarafından (Anayasa md. 155) karara bağlandığı özerk bir alan olması nedeniyle özel hukuk kavram ve ilkelerinin idare hukukundaki olaya uygun düştüğü hallerde uygulanabileceği fikri ile değerlendirilmiştir.

Özel hukuk hükümlerinin uygulanması için Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesinde, *Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabileceği* açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucu genel nitelikli hükümlerin uygulanmasında iki hususa vurgu yapmıştır: Birincisi, uygulanacak ilişkinin niteliğinin “*özel hukuk ilişkisi*” olması gerektiği; ikincisi hükümlerin somut olaya “*uygun düştüğü ölçüde*” kıyasen uygulanabileceğidir. Kanun koyucunun iradesi açık olup, yargı kolu ayrımı yapmadan olgu üzerinden düzenleme yapılmıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri haricinde özel borç ilişkilerinin düzenlendiği kısımda genel hüküm niteliği taşıyan hükümlerin de aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Tez konumuz özelinde ise; culpa in contrahendo sorumluluğunun yasal dayanağını oluşturan Türk Medeni Kanunun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan dürüstlük kuralı ve 2'nci fıkrasında yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı yüzyıllardır evrensel olarak kabul görmüş temel ilkeler olması nedeniyle

sadece özel hukuk alanında değil, aynı zamanda idare hukuku alanında da dikkate alınması gerektiği tartışmasız bir olgu olup, idari yargı tarafından da bu doğrultuda karar verilmektedir. Bu ilkelerin uygulanmasında idare hukuku ile özel hukuk arasında bir fark bulunmayacağı; ancak ilkenin uygulanmasının mevcut durumun hukuki amacına uygun olup olmadığına ve idare hukukunda başkaca özel bir düzenlemenin varlığına; dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

6- *Türk Hukuku'nda culpa in contrahendo'nun hukuki dayanağına* ilişkin yargı kararlarının bir kısmı, sözleşme öncesi dönemde koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ortaya çıkan sorumluluğa dayanmakta, sözleşmenin kurulmadığı dönemde gerçekleşen haksız fiil benzeri bu eylemler sözleşmenin içerisinde kabul edilerek sorumluluk sözleşmesel sorumluluk esasına dayandırılmakta; ancak zaman zaman sorumluluğun haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme sorumluluğuna dayandırıldığı da görülmektedir.

Yargıtay'ın culpa in contrahendo sorumluluğu nedeniyle güvene dayalı olarak yapılan masrafların tazmininde menfi zararın giderilebileceğine yönelik kararları çoğunlukta olup, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında müspet zararın talep edilebileceğini istisna olarak kabul etmektedir. Öte yandan son yıllarda sözleşme imzalanmasa dahi sözleşmenin kurulacağına duyulan güven kapsamında müspet zararın tazminine ilişkin kararlarda artış olması culpa in contrahendo sorumluluğu müessesesinin uygulanmasının benimsenmekte olduğunu gösteren iyi bir göstergedir.

7- *İdare hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığına ilişkin*, Danıştay kararları incelendiğinde culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak verilmiş bir karara rastlanmamıştır. İdare hukukunda sözleşmenin niteliği ne olursa olsun sözleşme öncesi döneme ilişkin işlemlerden uğranılan zararlar için tam yargı davası açılmakta, sorumluluk haksız fiil kapsamında ele alınmaktadır. Sözleşme öncesi dönemin sözleşmeden ayrı şekilde ele alınması; sözleşmesel sorumluluğu dışlayan bir hukuki denetimle gerçeği yansıtmayan tazminat tutarlarının hesaplanmasına ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Öte yandan tam yargı davasının tüm hukuki argümanları ile etkin şekilde işlememesi ya da sadece sözleşmesel uyuşmazlıklar için kullanılabilecek bir sözleşme davasının olmayışı da durumu zorlaştırmaktadır.

Culpa in contrahendonun idare hukukunda işlevi, sözleşme öncesi dönemden kaynaklı zarara uğrayan kişinin taleplerini “sözleşmesel sorumluluk” kapsamında dava edebilmesine yarayacak hukuki müessese olarak kullanılabilecek olmasıdır. Bir başka ifade ile amaç sözleşme öncesi dönem ile sözleşmeyi birbirine bağlayıp sözleşmesel sorumluluğa dayanarak gerçek zararın giderilmesini sağlamaktır. Bu anlamda culpa in contrahendo sorumluluğu yeni bir sorumluluk ya da dava türü değildir. Culpa in contrahendo sorumluluğu idare hukuku ile özel hukukta aynı işleve sahip olacak; uyuşmazlık ister idari yargı önünde görülen bir tam yargı davası, isterse adli mahkeme önünde bir tazminat davası olsun sorumluluğun sonuçlarının tüm sözleşme öncesi ilişkilerde kullanılabilecektir. Sorumluluk TMK md. 2/1’e dayandığı için bunun bir doğal sonuç olacağı kanaatindeyiz.

8- Tezimiz kapsamında idarenin sözleşmelerinde culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilecek *sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları*, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeyi imzalamaması (sözleşmenin kurulamaması) ve baştaki bir sebebe bağlı olarak sözleşmenin sonradan hükümsüz kalmasına neden olan durumlar kapsamında incelenmiştir.

Öncelikle ister idare ister sözleşmeci adayı olsun taraflar sözleşme müzakerelerini yürütürken karşı tarafta sözleşme yapma konusunda bir güven oluşturdıkları takdirde, artık haklı neden olmaksızın sözleşme yapmaktan vazgeçemeyeceklerini; aksi halde karşı tarafın uğradığı zarardan sorumlu olacaklarını belirtmek gerekir. *İdarenin sözleşme yapmaktan vazgeçebileceğine ilişkin* daha önceden belirlenmiş açık bir düzenleme ya da takdir yetkisinin kullanımına bağlı bir özgürlüğü olduğu kabul edilir. Ancak bu sınırlı özgürlük kapsamında dahi idarenin sözleşmeci adayına göre sözleşme imzalamaktan vazgeçme konusunda, kamu hizmetini yürüten taraf olması nedeniyle, daha geniş bir hakkı vardır. Taraflar sözleşme yapmaktan vazgeçme konusunda haklı nedeni öne sürerken Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasındaki dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler.

Ne var ki uygulamada idarenin bu konuda yeterli özeni ve dikkati göstermediği, başlanan projelerin önceden iyi araştırılma yapılmamış olması nedeniyle yarım kaldığı örneklerle sıklıkla rastlamaktayız. İdare basiretli tacirden de öte uzman ve güvenilir bir kişi olarak, açtığı ihale ile sözleşme yapma niyetinin

ciddiyetini ortaya koymuş ve karşı tarafta güven uyandırmış kişi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu sorumluluk kapsamında idarenin herhangi bir konu hakkında sözleşme ilişkisine girmeden önce, sözleşmenin konusu ve şartlarına ilişkin araştırmayı iyi yürütmesi; sözleşme öncesi dönemi sürüncemede bırakacak, sözleşmenin imzalanmasına ya da yeni imzalanmış sözleşmenin ifasına engel olacak hususları önceden öngörerek sözleşmeci adayı ya da kendisi için doğabilecek zararın önüne geçme yükümlülüğü vardır.

Bu nedenle idarenin sözleşmeyi imzalamamasını hukuka uygun ve gerekçelendirilmiş haklı bir neden ileri sürmediği sürece bu fiili nedeniyle sorumlu olması gerekir. Ayrıca, *haklı ve gerekçeli nedeninin varlığı halinde* ise, idarenin sözleşmeyi imzalamasına engel olan kamu hizmetinden kaynaklanan gerekliliği sözleşme hazırlıklarına girdiğinde bilmiyor olması ya da bilmesine gerek olmaması gerekir. Kanaatimizce, idarenin haklı nedeninin olmaması; sözleşme imzalamaması yönündeki takdir yetkisinin geçerli bir hukuk kuralına dayanmaması, hukuk kuralının yanlış uygulanması veya idarenin keyfi uygulamalar içeren işlem ve eylemler yapması hukuka aykırılık teşkil eden hizmet kusuruna ilişkin durumlardır.

9- Tezimiz kapsamında idarenin sözleşme imzalanmaktan vazgeçmesi konusu *haklı beklenti, estoppel ve kazanılmış hak kavramı* gibi farklı kavramlar çerçevesinde de ele alınarak detaylandırılmıştır. Bu anlamda, idarenin uzun süredir uyguladığı bir hizmetine dayalı olarak oluşan güven ve bireyin kendisine uygulanmasını beklediği işlemin olağan, meşru ve makul olması karşısında oluşan haklı beklenti kavramı; idarenin yanıltıcı beyanları ile sözleşme yapma vaadinde bulunması, yazılı ya da sözlü güvence vermesine karşılık taahhüdünü yerine getirmekten kaçınması ile oluşan estoppel kavramı; bireyin beklentisinin doğmuş ve somutlaşmış bir hakkı ifade eden durumlar için kazanılmış hak kavramı incelenmiştir.

Bu kavramlar incelenirken somut olayın gerekleri özellikle önem arz ettiğinden genellemeler yapmaktan kaçınılmış olmakla birlikte, vardığımız bazı tespitlere aşağıda yer verilmiştir. Öncelikle estoppel kavramının bazı çeşitlerinin (örneğin; promissory estoppel) haklı beklenti kavramı ile karşılanabilmesi nedeniyle idare hukuku açısından farklı bir kavram öne sürerek kavram kargaşasına girilmemesi gerektiğini; bu nedenle estoppel kavramını haklı beklenti içerisinde yer alan özel bir alan olarak kabul etmek gerektiğini düşünüyoruz.

Kanaatimizce, özellikle haklı beklentinin varlığı halinde idarenin beklenen işlemi yapmaması ancak baskın bir kamu yararının varlığı halinde mümkün olabileceği; aksi durumda idare açısından sorumluluk doğabileceği kabul edilmektedir. Haklı beklenti kapsamında *idarenin sözleşme yapma vaadinde bulunması* durumu değerlendirildiğinde, idarenin sözleşme yapma taahhüdünü içeren işlem unsurları hukuka uygun ise, idare bu vaadi ile bağlıdır ve haklı bir nedeni olmaksızın vaadini gerçekleştirmezse sorumlu olur; idarenin yapmış olduğu sözleşme yapma taahhüdü işlemi hukuka aykırı ise, bu durumda bireyin haklı beklentisinin meşruiyeti ve bireyin iyiniyeti tartışmalı hale gelecektir.

Hukuka aykırı vaatte bulunulmasının temelinde hukuka aykırı yararlandırıcı işlemin geri alınması ya da iptal edilmesi suretiyle ortadan kaldırılması yatmaktadır. Hukuka aykırı yararlandırıcı işlemin geri alınması ancak iptal süresi ile paralel süre şartına bağlı olarak ileri sürülebileceğinden konu tartışmalı hale gelmektedir. Türk İdare Hukuku'nda işlemlerin geri alınmasına ilişkin genel bir düzenleme yoktur. Bu konuda tereddütleri ortadan kaldırmak için Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nda (VwVfG) olduğu gibi, en azından kavramları temel düzeyde düzenleyen bir yasa maddesinin olmasını önemsiyoruz. Buna göre birey *hukuka aykırı yararlandırıcı işleme* güvenmiş ve bu güven kamu yararı karşısında korunmaya değerse söz konusu hukuka aykırı işlemin geri alınamayacağı; hangi durumlarda bireyin *güveninin korunmaya değer olduğu*; yararlandırıcı hukuka aykırı bir işlemin kamu yararı karşısında korunmaya değer olmasına rağmen hükümsüz kılınması halinde, ilgilinin bu işleme güvenmekten kaynaklı zararının tazmin edilmesi gerektiği gibi temel durumların kanuna dayanması uygulamadaki tereddütleri bertaraf edebileceğini düşünüyoruz.

Kanaatimizce, konumuz kapsamında *haklı beklenti ve kazanılmış hak ilkelerinin korunmasının anlamı* bireyin gerçekleşeceğine güvendiği tasarrufun, yani sözleşme imzalanmasının, bizzat gerçekleşmesidir. Bu öncelikle idareye başvuru ile sağlanamıyorsa, idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesine ilişkin işlem ve eyleminin yargısal denetimi ile gerçekleşecektir. Ancak bazı hallerde bireyin haklı beklentisine yönelik şartlar mevcut olmasına rağmen hukuki ve fiili sebeplerle (örneğin; baskın kamu yararının ortaya çıkması ya da sözleşmenin dayanağını teşkil eden bir işlemin mahkeme kararı ile iptal edilmesi halinde) beklentinin doğrudan

korunması mümkün olmaz. Bu durumda “haklı beklentinin telafi edici koruması” devreye girerek bireye tazminat ödenmesi sağlanmalıdır. Sonuç olarak, haklı beklenti ve kazanılmış haklara saygı ilkelerinin amacı esasen idareyi hukuk içerisinde kalmaya ve orada işlem yapmaya zorlayarak, hukuki güvenliğin ve hukuk devleti ilkesinin korunmasına katkı sağlamaktır.

10- *Sözleşme öncesi dönem uyumsuzlukları* kapsamında, *sözleşmenin sonradan hükümsüz kalmasına neden olan durumlar* taraflardan birinin yetkisizliği, iradesinin sakatlanması, sözleşmenin emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine aykırı olması veya sözleşmenin konusunun imkânsız olması şeklinde incelenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, TBK madde 27’deki bu durumlar hem borçlar hukuku hem de idare hukuku alanındaki sözleşmeler için geçerlidir. Ancak bu durumlara maruz kalmış sözleşmelere uygulanacak yaptırım idare hukuku ve borçlar hukuku bakımından farklılık gösterebilmektedir. Örneğin borçlar hukukunda yetkisizlikle ilgili bazı durumlar icazet ile sonradan bertaraf edilebiliyorken, idare hukukunda daha katı biçimde ele alınarak yetki gaspı, fonksiyon gaspı veya açık ve bariz yetki tecavüzü halinde idari işlem “yokluk” ile; bu ihlal hallerinden daha hafif olarak nitelendirilebilecek yetki tecavüzü halinde ise idari işlemin “iptal” ile sonuçlanmaktadır. Borçlar hukukunda işlem eksiklik, iptal edilebilirlik, kısmi butlan, butlan ve yokluk olarak kademeli şekilde hukuk dünyasında ayakta tutulmaya çalışılırken; idare hukukunda en hafif yaptırım idari işlemin iptal edilerek işlemin yapıldığı andan itibaren hukuk dünyasından ortadan kaldırılmasıdır. Bu durum idare hukukunun kamu düzenine sıkı sıkıya bağlı olması karşısında borçlar hukukunun iradeye, özgürlüğe ve ahde vefa ilkesine önem vermesi ile açıklanabilir.

Sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olabilecek durumlardan *sözleşmenin konusunun imkânsız olması* idare hukuku uygulamasında sıklıkla rastlanan önemli bir konu olduğundan, Tezimiz kapsamında detaylıca incelenmiştir. İdare hukukunda sözleşme öncesi idari işlemin iptali nedeniyle sözleşmenin konusunun imkânsızlığının hangi aşamada gerçekleştiği hususu birbirinden çok farklı hukuki sonuçlar doğuracağı için önemli bir konudur. İmkânsızlık sözleşme öncesi dönemde gerçekleşebileceği gibi sözleşmenin ifasında da gerçekleşebilir.

Tez konumuz kapsamında en önemli tespitlerimizden biri, sözleşme öncesi idari işlemin iptaline yönelik idare mahkemesinin verdiği kararın imzalanmış

sözleşme üzerindeki etkisinin ancak sonraki imkânsızlık olarak nitelendirilmesi gerektiğidir. Çünkü sözleşmenin konusunu oluşturan edim üzerindeki imkânsızlık yani mahkemenin işlemi iptal etmesi sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşmektedir. Burada imkânsızlığa neden olan işlemin sözleşmenin imzalanmasından önce tesis edilmiş olması tereddüt yaratabilir; ancak imkânsızlığı oluşturan esas olgu mahkemenin verdiği iptal kararı olup, mahkemenin iptal kararının bozucu yenilik doğuran niteliği ile karşılaşmadığı sürece hukuka aykırı da olsa sözleşmenin kuruluşundaki idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak geçerliliğini koruyacaktır. İdari işlem mahkemenin iptal kararı ile hukuk dünyasından silinir ve ancak bu şekilde sözleşmenin edimini imkânsız hale getirebilir. Öte yandan idarenin sözleşmeleri bakımından mahkeme kararına bağlı olsun veya olmasın başlangıçtaki imkânsızlık da gerçekleşebilir. Bunun için edimi imkânsız hale getiren olayın sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşmiş olması; yani imkânsızlığın sonuçları ile beraber en baştan beri mevcut olması gerekir.

11- *Sözleşme sonrası çıkan “sözleşme öncesi dönem” uyumsuzluk kavramını* esasen sözleşme öncesinde oluşan ve fakat sözleşme üzerindeki etkilerini sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana getiren hukuka aykırılık durumlarını ifade etmek için kullandık. *İdare hukukunda bu duruma sıklıkla sözleşme öncesi dönemde yapılan idari işlemin ayrılabilir işlem kuramı dahilinde sözleşmeden bağımsız olarak yargı denetimine tabi tutularak iptal edilmesinde yaşanmaktadır.* Yüksek yargının bu konudaki kararlarına yönelik eleştirilerimize aşağıda yer verilmiştir.

Kanaatimizce, sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan ve hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı tarafından tespit edilerek iptal edilen işlemin kurulmuş sözleşmeyi sona erdirmesi mutlak değil muhtemeldir; yani iptal kararı var diye otomatik olarak sözleşmeyi de kendiliğinden geçersiz hale getireceği düşünülemez. Buna karşın yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu ve iptal kararının geriye yürütmesi ilkeleri sözleşmenin ayakta kalıp kalamayacağı konusunu tartışmalı hale getirmektedir. *Danıştay iptal edilen işleme dayanılarak yapılan işlemlerin de geçersiz olacağını* çok eski tarihlerden bu yana verdiği kararlarında tekrarlamaktadır. Danıştay’ın sözleşme öncesi idari işlemin *her durumda* ardındaki sözleşmeyi geçersiz kılması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimizce, iptal edilen işlemin

sözleşmeyi geçersiz kılması için, *iptal edilen işlemin sözleşme üzerindeki etkisinin kuvvetli olması* ve *iptal edilen işlemle sözleşmenin sıkı sıkıya bağlı olması* şartlarının aranması gerekir. Bu durum daima yoruma açık olacağı için, kanuni bir düzenleme ile çerçevesi çizilen kriterlerin yargı kararları ve doktrin görüşleri tarafından geliştirilmesi belirsizliğin giderilmesinde önem arz edecektir.

Danıştay’ın katılmadığımız başkaca görüşleri ise; sözleşme öncesi dönemi sözleşmenin dışında tutarak, sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmemesi ve idarenin sözleşme öncesinde sözleşmenin dayanağı olan bir işlemin sözleşmenin icrası sırasında tek taraflı bir tasarruf ile geri alınmasına ilişkindir. Bu durumlar esasen sözleşmenin uygulanmasına ilişkin problemler olmasına karşın, idarenin ve Danıştay’ın sözleşme öncesi döneme ve sözleşmeye bakışını anlamak bakımından önemlidir. İdare çoğunlukla “sözleşmeci” kimliği ile değil de sözleşme dışında üstün yetkisini kullanarak “idare” sıfatıyla işlem yapmakta, Danıştay da idarenin bu yaklaşımını hukuka aykırı bulmayarak bu süreci dolaylı olarak onaylamış olmaktadır. Danıştay’ın sözleşme öncesi dönem ile sözleşmeyi bütün olarak ele almaması, sözleşme öncesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara sözleşmesel sorumluluk kurallarının uygulanmasını engellemektedir.

Yargıtay’ın sözleşmeden önceki idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptalinin kurulmuş sözleşmeye etkisi hakkındaki görüşüne ilişkin değerlendirmemiz üç aşamada incelenmiştir: İlk olarak, *Yargıtay idarenin özel hukuk sözleşmesi imzalaması ile birlikte artık sözleşme öncesi dönemi de sözleşmeye dahil saymakta*, sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan bir uyuşmazlık artık sözleşme içerisinde ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir husus olarak değerlendirmektedir. Ayrıca Yargıtay, sözleşme öncesi ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmenin geçersizliğine kendiliğinden neden olmayacağını, sözleşmenin geçersizliğini sağlamak için idarenin veya bazen taraflarca fesih beyanında bulunması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay’ın buraya kadarki görüşlerine katılmakla beraber, bu görüşü tutarlı şekilde geliştiremediğini düşünüyoruz. Nitekim ikinci olarak, *Yargıtay’ın katılmadığımız görüşlerine göre, sözleşmeye dayanak olan sözleşme öncesi idari işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin sözleşmeye etkisini hukuki imkânsızlık olarak nitelemekte*, sözleşmenin ifasının hukuken imkânsızlaştığını, bundan dolayı idareye kusur atfedilmeyeceğini kabul etmektedir. Oysa sonraki imkânsızlık teşkil

edebilecek bu durumda, sorumluluk kusura göre belirlenerek, hukuki sonuç sözleşmesel sorumluluk kapsamında ele alınması gerekir. Yargıtay tarafından kimi zaman “başlangıçtaki imkânsızlık”, “sonraki subjektif imkânsızlık” ya da “sonraki objektif imkânsızlık” olarak nitelendirmekte ve hukuken birbirinden çok farklı sonuçlara varmaktadır. Son olarak *Yargıtay imkânsızlaşan edime ilişkin tarafların kusur değerlendirmesini yapmayarak (sözleşmesel) sorumluluğunu incelemekten imtina etmekte*; bu çekincesinin bir ifadesi olarak “*iptal kararının gerekçesi tartışılarak olayda kusur değerlendirilmesi yapılması doğru değildir*” diyerek, idari yargının alanını ihlal edeceği kaygısı ile uzak durmakta, idare mahkemesinin iptal kararına mücbir sebep gibi dışsal ve objektif bir neden olarak bakmaktadır. Oysa burada sözleşmenin geçersizliği ile mahkeme kararı arasındaki illiyet bağı, mahkeme kararına sebep olan idari işleme kadar ilerletilmelidir. Bu doğrultuda, adli yargı yerinden beklenen daha önce idare mahkemesi tarafından denetlenmiş olan idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin yeniden yapılması olmayıp, sadece idare mahkemesinin hukuka aykırılığı tespit ederek iptal ettiği hükme atıfta bulunması ve bu durumun sözleşmesel sorumluluk anlamında kusur teşkil ettiğini karara bağlamasıdır.

Bu konuya ilişkin önerilerimizi sıralayacak olursak; sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemin iptal kararlarının sözleşme üzerindeki olumsuz sonuçlarının bertaraf edilebilmesi için sözleşme davası gibi özel bir alan açılması ya da tam yargı davalarının daha etkin şekilde kullanılmasının sağlanması faydalı olacaktır. Nitekim sözleşme davası sayesinde iptal edilen sözleşme öncesi idari işlemin sözleşmeye etkisi sözleşme hakimisi tarafından değerlendirilecek, tarafların üzerinde anlaşılamadığı sözleşmenin feshi, kusurun tespiti ve tazminat hususları sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde ele alınıp karara bağlanabilecektir. Ayrıca, sözleşme imzalanana kadarki sürecin son derece seri, özenli ve hatasız geçirilmesi de sürece katkı sağlayacaktır; yine 3. kişilerin yapacağı idareye şikâyet ve itirazın şikâyet aşamalarının sonuçlarının kesin olup bu kararların yargı yoluna kapatılması düşünülebilir. Son olarak, sözleşmenin hangi durumlarda geçersiz hale geleceği kanuni bir düzenleme ile çerçevesi çizilebilir; sözleşme öncesi idari işlemin iptali ve bu sonuç bağlamında sözleşmenin geçersizliği kaçınılmaz ise kusuru olmayan

sözleşmecinin bu fesih nedeniyle uğradığı zararın karşı tarafça karşılanması gerekeceği kanaatindeyiz.

“Yargı kararlarını uygulamak idarenin sorumluluğunu doğurmaz” düşüncesinin dayanağını teşkil eden devletin hukuka uygun yargı faaliyetinden sorumlu olmayacağı ve bu faaliyetlerden doğan zararların talep edilemeyeceği ilkesinin anlamı, idarenin hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilmiş işlem ve eylemlerine dayanan zararı karşılamayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü idarenin işlem ve eylemlerinden sorumluluğu Anayasa’nın 125’inci maddesi ile güvence altına alınmıştır. İdare mahkemesinin iptal kararı bir hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya yönelik olup, kuşkusuz yerine getirilmesi gerekir; ancak bu hukuka aykırılığa sebep verenin de sorumluluğu üstlenmesi gerekir. Bu noktada yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu ile idarenin sorumluluğu ilkesinin (Anayasa md. 125) birlikte uygulanması gerekir. Aksi bir durum idare hukukunun varlık nedeni olan hukuk devleti ilkesine de aykırı olur.

12- İdarenin sözleşmesel sorumluluğu konusu, ki bununla kast edilen idarenin idari sözleşmeleridir; idarenin (genel) sorumluluğu başlığı altında değil, idari sözleşmeler kapsamında dar bir alanda incelenir. Oysa *idarenin sözleşmesel sorumluluğu, idarenin genel sorumluluğu başlığı altında sözleşmenin öncesindeki hazırlık işlemlerinden başlayan ve idarenin hem idari sözleşmeleri hem de özel hukuk sözleşmelerini kapsayan, sözleşmeye bağlı bir sorumluluk türüdür*. Buna karşın idarenin yaptığı sözleşmeye aykırı davranarak karşı tarafa zarar vermesi durumunda idari sorumluluğa gidileceği, bunun da yine idarenin işlem ve eyleminden yani idarenin sözleşme dışı sorumluluğundan kaynaklandığı kabul edilmektedir.

İdari sözleşmelerin idarenin sorumluluğu içerisinde genel sorumluluk prensipleri kapsamında değerlendirmeye tutup, *idarenin özel hukuk sözleşmelerinin* incelenmesini ise bütünüyle özel hukuk alanına bırakarak idarenin sözleşmeleri konusunun bu parçalı yapısı içerisinde gelişme göstereceğine inanmak gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle idari sözleşme ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında tabi oldukları hukuk bakımından keskin bir ayrım yapan görüşlere katılmamız mümkün değildir. Bunun yerine uyumsuzluk hangi yargı koluna tabi olursa olsun, incelenen olgunun hukuki niteliği önem kazanmaktadır. Bugün

artık idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin salt idare hukuku veya özel hukuka tabi olduğunu düşünmek mümkün değildir. Nitekim içerdđi hükümler nedeniyle idarenin sözleşmeleri hem idare hukuku hem de özel hukukun birlikte değerlendirilmesini gerektirecek şekildedir.

Türk Doktrini'nde ağırlıklı olarak idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların *tam yargı davası* olduğu kabul edilmekte; sözleşme öncesi dönemden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu esasına göre tazmin edilmekte; tasfiye süreci sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılmaktadır. Oysa sözleşme ilişkisi içerisinde talep edilebilecek unsurlar klasik anlamda tazminat davasında talep edilebileceklerden fazladır. Davacı tam yargı davasında, özel hukuktaki “murazanın men-i” türünde taleplerin yerine getirilebileceği bir eda davası türü olarak zararın tazmin edilmesini isteyebileceği gibi bir hakkın yerine getirilmesini, bir saldırının veya hukuka aykırılığın durdurulmasını, eski durumunun geri getirilmesini, bir şeyin aynen iadesini ya da karşı tarafı edimini yerine getirmeye zorlamak gibi sözleşmeden doğan haklarının yerine getirilmesini de isteyebilir. Sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümü için üçüncü bir dava türü olarak yukarıda işaret ettiğimiz sözleşme davası yerine tam yargı davasının tazminat sağlama niteliği ile birlikte diğerk özelliklerinin işlerlik kazandırılması da sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümünde verimli ve etkin olabileceği kanaatindeyiz.

13- *Sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıkları incelenirken dikkat çeken bir başka konu da idarenin hizmet kusurunun değerlendirilmesine ilişkindir.* Hizmet kusuru kavramı idarenin yürüttüğü hizmetlerin bütününe yönelik bir eksikliği talihsiz biçimde çağrıştırdığından, yargı kararlarında sıklıkla idarenin işleyebileceği kusurun belli bir ağırlıkta olması gerektiği gibi nitelemelerle karşılaşılmaktadır. Danıştay'ın *ağır hizmet kusuru, içtihat hatası, takdir hatası, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılıklar* gibi kavramlar ile o idari işlemde kaynaklanan hukuka aykırılıkları idarenin sorumluluğu kapsamında görmemesi ve idarenin yetki ve şekle ilişkin hukuka aykırılıkların sonradan telafi edilebileceği gerekçesi ile kusur sayılmayacağı görüşlerine rastlanmaktadır. Danıştay yeni kararlarında ise *her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve*

hukuku aykırılıkların idarenin sorumluluğuna yol açmayacağına ilişkin kararlar vererek idarenin sorumluluğunu daraltmaktadır.

Kanaatimizce, idarenin sorumluluğunun kapsamını daraltmaya yönelik bu yaklaşımlar ile Anayasa'nın 125'inci maddesi işletilemez hale getirebilecek niteliktedir. Nitekim idarenin kusursuz sorumluluğunun genişlediği bir dönemde, idarenin sadece hizmet kusurunun derecelendirilerek ağır (önemli, vahim vb.) nitelikteki kusurdan sorumlu tutulması yönündeki düşünceler hukuk devleti ilkesini zedeleyeceği muhakkaktır. Tezimiz kapsamında sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarında gerçekleşen işlem ve eylemlerde kusurlu tarafın belirlenmesi hiç kuşkusuz sözleşmesel sorumluluk kapsamında zarara katlanması gereken tarafı işaret edeceği için önemlidir.

14- Tezimiz kapsamında “*sözleşme öncesi dönem uyuşmazlıklarında ortaya çıkabilecek zarar kavramı*”ndan anlaşılması gereken, taraflardan birinin sözleşmeyi hiç imzalamaması ya da sözleşmenin imzalanıp ifasına başladıktan bir süre sonra sözleşme öncesi dönemde gerçekleşen bir hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinden dolayı taraflardan birinin uğrayacağı zarardır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun yaptırımını yaygın şekilde kabul edildiği üzere menfi zarardır. Menfi zarar özellikle *sözleşmenin hiç kurulamadığı zamanlarda yapılan masraflar ve kaçırılan fırsatlar anlamında* gerçek zararı karşılamakta yeterli olsa bile; erken başlanan ifa, belgeli olmayan giderler, mutad dışı harcamalar gibi durumların varlığı halinde yetersiz kalabilmektedir. Kanaatimizce böyle durumlarda örneğin; erken başlanan ifada karşı sözleşmecinin ifaya başlama talebi yeterli bir delil sayılarak ya da belgeli olmayan masraflar için vergi hukukunda uygulanan götürü gider masrafına benzer bir zarar kalemi belirlenerek usul hukukunun ispat kurallarına ilave hükümler düzenlenebilir ya da hakimin takdir hakkı çerçevesinde gerçek zararın karşılanması konusunda esneklik sağlanabilir. Ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğunda karşılanacak zararın sadece menfi zarar ile sınırlandırılması görüşüne karşıt olarak, dürüst davranma halinde sözleşmenin kurulacağı ispat edilebiliyorsa müspet zararın istenebilmesi de mümkündür.

Sonradan hükümsüz kalan sözleşmelerde culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında ödenen tazminatın yeterliliğine gelince, sözleşme öncesi bir nedene dayanılarak hükümsüz sayılan sözleşmelerde, iptal ya da butlanın hukuki sonucu

sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu fikrine dayandığından ve ortada artık bir sözleşme olmadığı kabul edilip, zarar sözleşmesel menfaat çerçevesinde talep edilememekte; sonuçta culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında karşılanabilen menfi zarar gerçek zararı karşılamamaktadır. “Hakkın kötüye kullanıldığı” ya da TBK’deki “hakkaniyetin gerektirdiği haller” gibi dar ve istisnai bir alanda müspet zararın talebi mümkün olmakta; sonuçta hükümsüz sayılan sözleşmelerde gerçek zararın tazmini mümkün olmamaktadır.

Sözleşmenin geçersiz hale gelmesinde butlan ve iptal gibi müesseselerin sonucundaki sebepsiz zenginleşmeye dayanan tasfiye sistemlerinin ihtiyaca tam olarak cevap vermemesi özellikle mukayeseli hukukta konuyu tekrar gündeme getirmiş; sözleşme hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemeler ve Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) gerçekleşen değişiklikler sözleşme öncesi döneme ve bu dönemdeki uyuşmazlıklara yeni ve farklı bir bakış açısı getirerek, sözleşmesel sorumluluğun sınırları sözleşme öncesi sorumluluğu kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca ifa engellerinden imkânsızlığın butlan kapsamından çıkarıldığı ya da imkânsızlığın butlana bağlanan sonuçlarının yumuşatılmaya çalışıldığı yönünde düzenlemelerle karşılaşilmektedir. Son yıllarda kabul gören ve bizim de katıldığımız yeni görüşe göre, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkânsızlığındaki iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşmeye değil sözleşmesel sorumluluğa dayandığı kabul edilmektedir.

15- Son kısımda, *sözleşme sonrası çıkan sözleşme öncesi dönem uyuşmazlığı* olarak ifade ettiğimiz, esasen geçerli olarak kurulduğu düşünülen bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan (*baştaki*) bir sebeple *hükümsüz sayıldığı durumlar için müspet zarar (ifa çıkarı) talebinin mümkün olup olamayacağı* konusu ele alınmıştır. Bu durumun idare hukukundaki karşılığı, sözleşme öncesi (ayrılabilir) idari işlemin iptal edilmesinin kurulmuş sözleşme üzerinde imkânsızlığa neden olduğu gerekçesi ile sözleşmenin hükümsüz kalması durumudur.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Yargıtay, sözleşmenin ifasının (*baştaki* imkânsızlığa ya da borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa dayanarak) edimin hukuken imkânsızlaştığını ve bunda idarenin kusurunu araştırmaya gerek olmadığını ileri sürerek; idare mahkemesinin verdiği iptal kararına dışsal bir olgu adeta “mücbir sebep” ya da “beklenmeyen durum” gibi yaklaşmaktadır.

Oysa imkânsızlığın nitelendirilmesinin doğru yapılması somut olayın çözümünde en önemli unsurdur. Çünkü baştaki ve sonraki imkânsızlığın sonuçları birbirinden çok farklıdır; başlangıçtaki (objektif) imkânsızlığın sonucu olan butlanın hukuki sonuçları son derece ağırdır; sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale geldiğinden sözleşme, geçmişe etkili şekilde geçersiz hale gelerek sözleşme dışı şekilde tasfiye edilir. Buna karşın sonraki imkânsızlığın sonuçları sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde ele alınır. Bu durum taraflara başta ispat yükü ve zamanaşımı olmak üzere birçok avantaj sağlar. Baştaki ve sonraki imkânsızlık sadece talep edilebilecek zarar türü (menfi zarar - müspet zarar) bakımından değil, daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi bakımından da birbirinden farklı sonuçlar ortaya çıkarır.

Kanaatimize göre, yüksek yargının görüşünden farklı olarak, sözleşme öncesindeki idari bir işlemin iptali, sözleşme üzerinde ancak sonraki imkânsızlık oluşturabilir, çünkü imkânsızlık sözleşme kurulduktan sonra idare mahkemesinin verdiği karar ile gerçekleşmektedir. Hatta bu durum daha detaylı bir ifade ile *alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık* teşkil eder. Bu durumun hukuki sonuçları TBK’de düzenlenmemiştir.

Kanaatimizce, imkânsızlıktan alacaklının sorumlu olması halinde sözleşme, sözleşmesel sorumluluk kapsamında tasfiye edilmelidir. Böylelikle Yargıtay’ın kullanmakta olduğu tarafların sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçlarını düzenleyen TBK’nin 136’ncı maddesinin 2’nci fıkrasının hakkaniyete aykırı sonuçlarının oluşması önlenmiş olacaktır. Söz konusu hükmün uygulanmasının en önemli sakıncası *borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıkta borçlu edim borcundan kurtulurken, karşı edim alacağını elde etme hakkını da kaybedecek olmasıdır*. Alacaklının sorumluluğunda gerçekleşen imkânsızlık nedeniyle borçlu kendi edimini sunmaya hazır olmasına rağmen karşı edimi elde edememektedir. Bu sakıncanın giderilmesi için sözleşmenin tasfiyesinde sözleşmeden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme uygulanmalı; mevcut borcun bir sözleşmeden kaynaklandığı bu nedenle iade borcunda elinde kalanlardan sorumlu olduğu defisi bertaraf edilerek, sebepsiz zenginleşmeye dayalı kısa zamanaşımı yerine 10 yıllık sözleşmesel zamanaşımı uygulanmalıdır. Ayrıca sebepsiz zenginleşmenin sonucunda verilenlerin iadesi ancak belli oranda değer artışı ile

verildiği tarihteki değerine ulaştırılmaya çalışılmasına rağmen sözleşmesel sorumlulukta talep edilebilecek tazminat sözleşmesel çıkara (müspet zarara) dayandığından sözleşmecinin gerçek zararını gidermede daha gerçekçi bir yaklaşım sunar.

16- TBK’de bazı özel durumlar düzenlenerek; yukarıda bahsettiğimiz (TBK md. 136/2) sakıncalı durumların önlenerek borçlunun karşı edime kısmen ya da tamamen kavuşabilmesi sağlanmıştır. Buna göre, eser sözleşmelerinde edimin iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşması halinde yüklenici yaptığı işin karşılığını alabilecek (md. 485/ f. 1), hatta bu imkânsızlıkta iş sahibinin kusurlu olması halinde yüklenicinin sözleşmesel çıkarına ilişkin tazminat isteme hakkı da olabilecektir (md. 485/ f. 2). TBK’nin 485’inci maddesindeki düzenleme olmasaydı, *“iş sahibinin (idarenin) risk alanında beklenmeyen bir durum”* nedeniyle borçlunun (sözleşmecinin) ediminin imkânsızlaşmasında borçlu edim borcundan kurtulacak (TBK md. 136/ f. 1) ve aynı zamanda kendisine henüz ifa edilmemiş olan karşı edimi talep hakkını kaybedecektir (TBK md. 136/ f. 2). Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde menfaat dengesini bozan bu örtülü boşluk TBK’nin 485’inci maddesindeki özel düzenleme sayesinde, yüklenici - sözleşmeci yaptığı işin karşılığı olan değeri ve bu değere girmeyen masrafları alması mümkün hale gelmiştir. Tezimiz kapsamında detayları ile incelediğimiz TBK’nin 484 ve 485’inci maddesi ve devamındaki düzenlemelerin sadece eser sözleşmesinde değil, kıyasen uygulanabilecek diğer sözleşmelerde de geçerli olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak Tez çalışmamız kapsamında vardığımız sonucu özetleyecek olursak, özel hukukta kullanılan ve kaynağını TMK md. 2/1’den alan culpa in contrahendo sorumluluğunun yeni bir sorumluluk türü olmayıp, sözleşmesel sorumluluğun bir uzantısı olarak idarenin sözleşmelerinde sözleşme öncesi dönemdeki uyuşmazlıklarında da hem idari yargıda hem de adli yargıda uygulanabilecek bir müessese olduğu ortaya konmuştur. Ancak bu sorumluluk kapsamında karşılanan menfi zararın idare hukuku uygulamasında özellikle sonradan hükümsüz sayılan sözleşmeler bakımından yetersiz kalabileceği; sorumluluğa Türk Borçlar Kanunu’nda diğer ifa engelleri ile birlikte düzenlenme getirilmesinin özel hukuktaki kullanımı başta olmak üzere fayda sağlayacağı; mukayeseli hukukta

sorumluluğun mevcut yetersizlikleri bağlamında kendini sürekli güncellediği hususları vurgulanmıştır.

Konumuz kapsamında yaşadığımız içsel ve dışsal zorluklar değerlendirildiğinde, sözleşme öncesi dönem uyumsuzluklarında ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumların izah ve çözümüne yönelik getirilebilecek önerilerin idare hukukunun birden fazla sorunlu alanına temas etmesi, konunun dağılmasına ve aktarımın güçleşmesine neden olmuştur. Dışsal zorluk bakımından ise, konunun idare hukuku ile özel hukuk arasındaki alan hakimiyeti ve yargı kolu mücadelesine indirgenmesi ihtimali ile idare hukukunun özerk alanı içerisinde bir özel hukuk kavramı vasıtasıyla sözleşme öncesi dönem ile sözleşmenin bağının kurularak sözleşmesel sorumluluğun işletilmesi fikrine tereddütle yaklaşılacağı karşılaşılabilecek zorluklar arasında olduğu gözlemlenmiştir.

Temennimiz; idare hukuku ile özel hukukun kesişme alanı içerisinde yer alan ve idare hukuku perspektifinden irdelediğimiz Tez konumuz kapsamındaki mevcut sorunları görünür kılıp, çözüm önerilerimizi tartışmaya açmaktır. Çalışmamızda her iki disiplini karşı karşıya değil bilakis yanyana getirecek bir bakış açısı sunma gayreti ile mevcut uygulamadan farklı bir sonuca ulaşma hedefimizin konuya ilgi duyan araştırmacı ve uygulamacılara bir nebze ışık tutmasını umuyor; idare hukukunda konuya yönelik ilginin artmasını diliyoruz.

KAYNAKLAR

- Adal, Erhan **Culpa in Contrahendo, Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi, (Yayımlanmamış) Doçentlik Tezi, 1970.
- Adal, Erhan **Hukukun Temel İlkeleri**, İstanbul, Fatih Yayınevi Matbaası, Marmara Üniversitesi Yayın No: 428, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayın No: 372, 1985.
- Akıllıoğlu, Tekin “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan, C: IX, S. 1-3, 1988.
- Akıpek, Jale
Akıntürk, Turgut **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C: I, 5. bs, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.
- Akkanat, Halil **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetlin Korunması**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Akşin, Yunus Pınar **Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbetleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2019.
- Akünel, Teoman **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2. bs, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995.
- Akyılmaz, Bahtiyar
Sezginer, Murat,
Kaya, Cemil **Türk İdare Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2012.
- Altay, Ali “Özelleştirme İşlemlerinin İptali ve Bu İşlemlere Dayalı Olarak Tesis Edilen Özel Hukuk İşlemlerinin Akıbeti (Gri Alan)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Kasım 2017), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Dosyalar/yie/OZELLESTI2.pdf>
- Altay, Evren “Yargı Kararlarının Uygulanması”, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, 11 Mayıs 2007, Ankara, Danıştay Matbaası, 2008.
- Altındağ, Halil **Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması**, İstanbul Üniversitesi, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, 2010.

- Arioğlu, Erdem
Arioğlu, Ergin
“Enerji Sektöründe Yap-İşlet Devret Modelinin İrdelenmesi”, **TMMOB 1. Enerji Sempozyumu**, 12-14 Kasım 1996, Ankara.
- Armağan, Tuncay
İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, Seçkin Yayınevi, Eylül 1997.
- Aslan, Zehreddin
Arat, Nilay
“Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, S: 8, Güz 2005/2.
- Atamer, Yeşim
“İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, 1. bs., İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Eylül 2010.
- Ateş, Derya
Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, Turhan Kitapevi, Mart 2007.
- Balta, Tahsin Bekir
İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970/72.
- Barth, Hans Rudolf
Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss. , Zurich, 1957.
- Becker, Hermann
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1941.
- Bereket, Zuhâl
Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Bilgen, Pertev
Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihadlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, Kurtulmuş Matbaası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Boz, Selman Sacit
İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Boz, Selman Sacit
“Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği”, **TADD**, Yıl: 9, S: 34, Nisan 2018.
- Bozdağ, Ahmet
“İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, **Türk İdare Dergisi**, S: 468, Eylül 2010.

- Bucher, Eugen **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1988.
- Buz, Vedat **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. bs. (1998) ile Tıpkı Basım, 2014.
- Buz, Vedat “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, **AÜSBFD**, Yıl 1994, C. XLIX, S: 1.
- Buz, Vedat **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Canaris, Claus-Wilhelm “Ansprüche wegen ‘positiver Vertragsverletzung’ und ‘Schutzwirkung für Dritte’ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **JuristenZeitung**, 20. Jahrg., Nr. 15/16 (13. August 1965).
- Cartwright, John “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, **Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law**, July 2006, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 10.3 (December 2006). (Çevrimiçi, Mayıs 2020) <https://www.ejcl.org>
- Chapus, René **Droit administratif général**, C.1, Montchrestien, 15. bs., Paris 2001.
- Creifelds, Carl **Rechtswörterbuch**, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011.
- Weber, Klaus
- Çağlayan, Ramazan **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, Eylül 2013.
- Çal, Sedat “‘Instuitu Personae’ veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: LXVIII/III, 2010.
- Çalışkan, Ahmet Ziya **İdari Sözleşmelerin Geçersizliği**, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2005.
- Çelebican,Özcan **Roma Hukuku**, 4. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 490, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: 9, 1989.
- Karadeniz
- Dal, Emel, Demir Uğur Y. “Tam Yargı Davaları”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, S: 4, 2006.

- Demirboğa, Dursun Ali **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Dettenbeck, Steffen **Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht**, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Dinç, Mutlu **Türk Borçlar Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Dinçer, Güven “İdarenin Yaptığı Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 3, S: 8, 1973.
- Duguit, Léon **Kamu Hukuku Ders Notları**, Çeviren: Süheyp Derbil, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.
- Duguit, Léon **Traité de Droit Constitutionnel**, Tome I, Paris 1927, Tome II, Paris 1923.
- Dural, Mustafa **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. 117)**, İstanbul Üniversitesi, (Doçentlik Tezi), 1976.
- Duran, Lütfi “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, **İÜHF**, C. XXX, S: 1-2.
- Duran, Lütfi **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974.
- Durner, Wolfgang **Vorlesung: Allgemeines Verwaltungsrecht**, WS 2012/13, Universität Trier, 10. Januar 2013. (Çevrimiçi, Kasım 2017) https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF002/WS_2012_13/Allgemeines_Verwaltungsrecht/Folien_Durner.pdf
- Düğer, Sırrı **İdarenin Sözleşmeleri**, Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Ekim 2015), http://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/DARE_HUKUK_U_09..01.2014.pdf
- Emek, Uğur “İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali D. Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, Ekim 2001.

- Erdoğmuş, Belgin **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 74, Ekim 2008.
- Erdem, Ercüment “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri**, Institute of International Commercial Law web sayfası için elektronik kaynak; (Çevrimiçi, Ağustos 2020) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erdem.pdf>
- Erdem, Ercüment “Enerji Projelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü”, **15. Uluslararası Enerji ve Çevre Fuarı ve Konferansı**, 14.05.2009, (Çevrimiçi, Aralık 2017), <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/enerji-projelerine-iliskin-uyusmazliklarin-tahkim-yoluyla-cozumu/>
- Eren, Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Beta, 2010.
- Erkut, Celal **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemlerin Kimliği**, Danıştay Yayınlar No:51, Ankara, Danıştay Matbaası, 1990.
- Erkut, Celal **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2001.
- Sorbay, Selçuk
- Erdoğan, Hasan “Belediye Yatırımlarının Finansmanında Yap-İşlet-Devret Alternatifi: Antalya Sarısu Mesire Alanı Örneği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. XV, S: 3, 2010.
- Erdoğmuş, Belgin **Şahısın Hukuku Hakiki Şahıslar**, 6. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 1994.
- Ergüne, Mehmet Serkan “Reform Sonrası Alman Medeni Kanun’unda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, **İÜHFM**, C. LXII, S: 1-2.
- Eroğlu, Hamza **İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, 3. bs., Ankara, Kalite Matbaası, 1978.
- Esener, Turhan **Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. madde 1-40)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 246, 1969.
- Evren, Çınar Can “Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 95, 2011.

- Figanmeşe, İnci Ataman “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, 22.04.2015, **Türkiye’nin Hukuk Etkinlikleri Sitesi**, (Çevrimiçi, Aralık 2017), <http://www.turkiyehukuk.org/son-on-yil-icinde-turkiyenin-muhatap-oldugu-icsid-davaları/>
- Forsyth, C. F. “ ‘Haklı Beklentiler’in Doğuşu ve Korunması”, Çeviren: Esin Örüçü, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. VII, Sayı: 1-3. Elektronik kaynak için (Çevrimiçi, Mart 2018), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13727>
- Forsyth, C. F. “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, **Cambridge Law Journal and Contributors**, Çeviren: Esin Örüçü, Volume 47, Issue 2 July 1988.
- Gauch, Peter
Schluep, Walter R.,
Schmid, Jörg,
Emmenegger, Susan **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008.
- Gauch, Peter
Schluep, Walter R.,
Schmid, Jörg,
Emmenegger, Susan **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008.
- Gemalmaz, Mehmet Semih
Doğru, Osman “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan, C. IX, S: 1-3, 1988. Elektronik kaynak; (Çevrimiçi, Temmuz 2014) www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/download/.../1023002182
- Giritli, İsmet
Bilgen, Pertev,
Akgüner, Tayfun **İdare Hukuku Dersleri**, Yayın No: 391, İstanbul, Der Yayınları, 2006.
- Giritli, İsmet **Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli**, 5. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2104, Hukuk Fakültesi No: 466, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975.
- Gemalmaz, Burak “Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi”, (Yayınlanma) 17.02.2014 (Güncelleme 07.08.2017), (Çevrimiçi, Aralık 2017), <https://burakgemalmaz.com/tag/pseg-global-inc-and-konya-ilgin-elektrik-uretim-ve-ticaret-limited-sirketi-v-republic-of-turkey/>
- Gezder, Ümit **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Basım, 2009.

- Gozenbach, Rainer **Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1987.
- Gözler, Kemal **İdare Hukuku Cilt I**, 2. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.
- Gözler, Kemal **İdare Hukuku Cilt II**, 2. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.
- Gözler, Kemal : **Hukuka Giriş**, 13. bs., Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ağustos 2016.
- Gözler, Kemal
Kaplan, Gürsel **İdare Hukuku Dersleri**, 15. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, Ağustos 2014.
- Gözler, Kemal
Kaplan, Gürsel “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Türk İdare Hukuku Sitesi**, (Çevrimiçi, Ocak, 2019), <http://www.idare.gen.tr/gozler-kaplan-hmk-m3.htm>
- Gözübüyük, A. Şeref **Yönetmelik Yargı**, 14. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.
- Gözübüyük, A. Şeref
Tan Turgut **İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar**, 2 c., 7. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Gözübüyük, A. Şeref
Tan Turgut **İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku**, 2 c., 3.b s . , Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Guhl, Theo **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, Neunte Auflage, Schulthess, Zurich, 2000.
- Gül, İbrahim “Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, 2014.
- Gülan, Aydın **İdari Yargılama Hukuku Ders Notları / İdari Yargıda Dava Türleri**, Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Temmuz 2018), <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idarehukuku.hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2016/12/idari-yargıda-dava-türleri.pdf>
- Gülan, Aydın “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. IX, S: 1-3, 1998.
- Gülan, Aydın **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1987.

- Gölan, Aydın “Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali D. Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, Ekim 2001.
- Günday, Metin **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayıncılık, Ekim 2013.
- Günday, Metin “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü, Eğitim Müdürlüğü**, Ankara, Şubat 2001, Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Haziran 2014), <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/kitap2monu.html>)
- Gürpınar, Damla **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir, Sözkesen Yayıncılık, 2006.
- Hatemi, Hüseyin **Kişiler Hukuku Dersleri**, 2. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Hatemi, Hüseyin
Kalkan Oğuztürk Burcu **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 79.
- Helvacı, Serap **Gerçek Kişiler**, 4. bs, İstanbul, Legal Yayıncılık, Ocak 2012.
- İşintan, Pelin **Sözleşme Müzakereleri**, Galatasaray Üniversitesi, (Yayınlanmamış), Doktora Tezi, Şubat 2009.
- İnceoğlu, M. Murat “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, **AÜHFD**, C. LVII, S: 4, 2008.
- İstek, Ahmet **Tam Yargı Davalarında Maddi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, Haziran 2017.
- Jhering, Rudolf von **Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, Jhering-Jahrbücher, 4. Band, 1861.
- Jellinek, Walter **Verwaltungsrecht**, Diritte Auflage, Lehrmittel-Verlag G.M.B.H., Offenburg, 1950.
- Kalabalık, Halil **İdare Hukuku Dersleri Cilt II**, 3. bs., Konya, Sayram Yayınları, 2018.
- Kalabalık, Halil “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, **GÜHFD**, C. I, S: 1, 1999.

- Kaplan, İbrahim **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001.
- Kaplan, Gürsel **İdari Yargılama Hukuku**, 1. bs., Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Eylül 2016.
- Karahasan, Mustafa Reşit **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. bs., İstanbul, Beta Basım, 2003.
- Karahanoğulları, Onur **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Karayalçın, Yaşar **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar (1988- 1991) IV**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ocak 1992.
- Kaya, Cemil “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişiler Ayrımında Temel Kriterler”, **I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu**, Ankara, 3 Eylül 2013, T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu web sayfası, (Çevrimiçi, Ocak 2016), http://www.ombudsman.gov.tr/content_detail-322-713-turk-akademisyenler-sempozyumda-kamu-denetciligi-hakkinda-birer-sunum-yapti.html
- Kaya, Cemil “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, C. IX, 2005, S: 1-2. (Çevrimiçi, Nisan 2016) [http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-9,-sayi-1-2-\(haziran-aralik-2005\)-17396](http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-9,-sayi-1-2-(haziran-aralik-2005)-17396)
- Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Kırca, Çiğdem **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 411, 2004.
- Kıyıcı, Osman **Wörterbuch Recht und Wirtschaft, Band 2, Deutsch-Türkisch**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
- Keller, Max
Schöbi, Christian **Das Schweizerische Schuldrecht mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der außervertraglichen Haftungen gemäß Spezialgesetzen Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Auflage, Helbig&Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1988.

Koller, Alfred	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht , Band I, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1996.
Klunzinger, Eugen	Einführung in das Bürgerliche Recht , 15. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen München, 2011.
Kramer, Ernst A. Schmidin, Bruno	Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band IV, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 1. Teilband Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR , Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1986.
Kurşat, Zekeriya	Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı , İstanbul, Kazancı Yayınları No: 168, 2003.
Kurt, L. Müjde	Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136) , 4. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2016.
Leonard, Franz	Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse , Göttingen, Dieterisch'sche Verlags-Buchhandlung, 1896.
Leonard, Franz	Verschulden beim Vertragsschlusse , Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1910.
Looschelders, Dirk	Schuldrecht Allgemeiner Teil , 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
Malbeleşi, Nida	İdarenin Taraf Olduğı Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (ve Sözleşme Değişikliğinin Özel Bir Türü Olarak “Uyarılama”) , İstanbul, Oniki Levha yayıncılık, Eylül 2020.
Mauer, Hartmut	Allgemeines Verwaltungsrecht , 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.
Medicus, Dieter	Allgemeiner Teil des BGB , 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2010.
Newman, Frank C.	“Should Official Advice Be Reliable? - Proposals as to Estoppel and Related Doctrines in Administrative Law”, Columbia Law Review Association, Inc., Columbia Law Review , Vol. 53, No. 3 (Mar., 1953).
Nomer, Haluk N.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 3. bs., İstanbul, Beta, 2005.

- Odyakmaz, Zehra “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara, **GÜHFD**, C. II, S: 1-2, 1998. Elektronik kaynak için (Çevrimiçi, Mart 2013) webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf
- Oğuzman, M. Kemal
Seliçi, Özer **Kişiler Hukuku Dersleri**, 3. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.
- Oğuzman, M. Kemal
Seliçi, Özer
Özdemir, Saibe Oktay **Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 14. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal
Öz, M. Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 2 c . , 17 . bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal
Öz, M. Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 2 c . , 14 . bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal
Barlas Nami **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 23. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Oğurlu, Yücel **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2003.
- Oğurlu, Yücel “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S: 1-2, 2005, Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Haziran 2014), www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_I_X_4.pdf
- Oğuztürk, Burcu Kalkan Oğuztürk, Burcu Kalkan: **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2008.
- Onar, Sıddık Sami **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3 c., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, 3 c., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Ozansoy, Cüneyt “Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları No: 53, Danıştay Matbaası, 1991.
- Özay, İl Han **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004.
- Özay, İl Han “Kendine Özgü Bir ‘Hukuk Devleti’”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1-4 Mayıs 1990.

- Özdoğan,Nurcihan Dalcı “İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması”, **İÜHFD**, C. IX, S: 2, 2018.
- Özgüldür, Serdar “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları” (Makalenin yer aldığı kitap, İl Han Özay, **Günlük Yönetim**, C. I, 2 c., İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004.)
- Özbudun, Ergun **Türk Anayasa Hukuku**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Özçelik, Ş. Barış “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları”, **AÜHFD**, C. III, S: 63, 2014.
- Özkan, Zehra “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, **AÜHFD**, C. I, S: 66, 2017. Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Ağustos 2020),<https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/621462>
- Öztoprak, Sezin **İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Özyörük, Mukbil **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları web kitap, (Çevrimiçi, Aralık 2014), <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>
- Pirler, Orhan **Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet Devret Modeli**, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. IV, S: 1, Ocak 1995.
- Reisoğlu, Safa **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., İstanbul, Beta Basım, 2010.
- Römer, Hans **Privatrecht: Intensivkurs**, 5. Auflage, R. Oldenbourg Verlag, München, 2002.
- Rumpf, Christian “Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa in Contrahendo Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, 28 Nisan 2006, İstanbul, Entefre Matbaacılık A.Ş., 2007.
- Salman, Banu “Tahkimde Yeni Senaryolar”, **TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Yayını**, (Çevrimiçi, Aralık 2017), http://www.emo.org.tr/ekler/f1ee9cf8ecb6f8f_ek.pdf?dergi=4
- Sarcan, Caner “Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı”, **Yatırım Prpramlama ve İzleme Daire Genel Müdürlüğü**, Mart 2015, T.C. Kalkınma Bakanlığı, (Çevrimiçi, Temmuz 2017), <http://www.kalkinma.gov.tr/Documents/Kamu%20Özel%20İşbirliği%20Mevzuatı-2015.pdf>

- Sarıca, Ragıp “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İÜHF**, C. XV, S: 4, 1949.
- Schlechtriem, Peter
Schmidt, Martin- Kessel **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- Schonberg, Soren **Legitimate Expectation in Administrative Law**, New York, Oxford University Press, 2000.
- Schönenberger, W.
Jäggi, P. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht**, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973, Art. 1 N 592.
- Schmidt, Rolf **Allgemeines Verwaltungsrecht Grundlagen des Verwaltungsverfahrens Staatshaftungsrecht**, 15. Auflage, Verlag Rolf Schmidt, Bremen, 2011.
- Schmidt, Alpmann **Verwaltungsrecht AT mit Staatshaftungsrecht**, 12. Auflage, Münster, Verlag Alpmann und Schmidt, 2010.
- Schwenzer, Ingeborg **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006.
- Serozan, Rona **Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, 2. bs., İstanbul, Fliz Kitabevi, 1994.
- Serozan, Rona **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, 2008.
- Serozan, Rona **Sözleşmeden Dönme**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Serozan, Rona **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Serozan, Rona “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Haziran 2004.
- Serozan, Rona “Sorumluluk Hukuku Alanında İlginç Alman Mahkeme İçtihatları”, **Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi**, Yıl:11, S:14, 1977.
- Serozan, Rona “Yeni İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHF**, C. LVIII, S: 1-2, 2000.

- Serozan, Rona “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S: 6, Mayıs 2006.
- Serozan, Rona “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: ‘Sözleşmenin Müspet İhlali’ ve ‘Culpa in Contrahendo’, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No: 18, İstanbul, 1990.
- Serozan, Rona “ ‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akдын Müspet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi**, S: 3, 1968.
- Sezginer, Murat **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2013.
- Sezginer, Murat **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Sezginer, Murat “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, **GÜHFD**, C. XI, S:1-2, Yıl 2007.
- Sezginer, Murat “İdari İşlem- İcrailik- Ayrılabilir İşlem- Yargısal Denetim”, **İÜHFM**, C. LXIX, S: 1-2, 2011.
- Singh, Mahendra P. **German Administrative Law in Common Law**, 2. bs., Berlin, Springer, 2001.
- Sirmen, Lale “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19 Haziran 1996.
- Sirmen, Lale **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, 1997.
- Sungurbey, Ayfer Kutlu **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar)**, İstanbul, Yasa Yayınları, Haziran 1988.
- Tan, Turgut “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara, AÜSBFD, **Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan**, C. L, S: 3-4, Haziran-Aralık 1995.

- Tan, Turgut “Kamu Hizmeti Kriz ve Yeniden Tanımlama”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Yayınları No: 53, Ankara, Danıştay Matbaası, 1991.
- Tan, Turgut “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19 Haziran 1996.
- Tan, Turgut “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, C. L, S: 3-4, 1995.
- Tan, Turgut “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, **AÜSBFD**, C. XLVII, S: 3-4, Haziran-Aralık 1992.
- Tan, Turgut “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 12-16 Ocak 2000.
- Tekinsoy, Ayhan “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFD**, C. LV, S: 2, 2006.
- Tekinsoy, Ayhan **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, (Yayımlanmamış) Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2002.
- Teziç, Edoğan **Anayasa Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, Mart 1991.
- Tiryaki, Betül “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, **EÜHFD**, C. XII, S: 3-4, 2008.
- Topkaya, Ahmet
Topkaya Hatice “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- Topuz, Seçkin
Canbolat, Ferhat “Türk- İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, **AÜHFD**, C. LVII, S: 3, 2008.
- Töre, Nahit “Dünyada Yabancı Sermaye Akımları”, **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü, Eğitim Müdürlüğü**, Ankara, Şubat 2001. (Çevrimiçi, Haziran 2014), <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/kitap2monu.html>)
- Tuhr, Andreas von
Peter, Hans **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, 1. Band, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974.

- Tunçomağ, Kenan **Borçlar Hukuku I. Cild Genel Hükümler**, 5. bs., İstanbul Üniversitesi Yayın No: 1737 Hukuk Fakültesi Yayın No: 381, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.
- Uler, Yıldırım **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Ulusay, İlhan “Culpa in Contrahendo Üzerine”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan** C. I, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2848, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayın No: 1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Ulusoy, Ali D. **Yeni Türk İdare Hukuku**, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ulusoy, Ali D. **İdare Hukuku Ders Planı**, (Çevrimiçi, Ocak 2015) www.law.ankara.edu.tr/files/2014/09/İDARE-HUKUKU-dersplanı.docx
- Ulusoy, Ali D. “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk- Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Editör: Ali D. Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, Ekim 2001.
- Ulusoy, Ali D. “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri” adlı makale (İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 268-290.)
- Ulusoy, Ali D. **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2002.
- Uyanık, Halit “İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu”, **İÜHFM**, C. LXIX, S: 1-2, 2011.
- Yalman, Süleyman **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Yasin, Melikşah **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım, Ocak 2007.
- Yaşar, Hasan Nuri “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **İÜHFM**, C. LXVI, S: 1. Elektronik kaynak için (Çevrimiçi, Eylül 2018), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95680>
- Yayla, Yıldızhan **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Basım, 2009.

- Yayla, Yıldızhan **İdare Hukuku, İdare İşlevi-İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı- İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1985.
- Yıldırım, Turan
Yasin, Melikşah,
Özdemir, H. Eyüp,
Üstün, Gül,
Okay, Özge **İdare Hukuku II**, C. II, 2 c., İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara, Nobel Yayıncılık, Kasım 2002.
- Yıldırım, Meral **İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu**, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), İstanbul Üniversitesi, 2018.
- Yıldırım, Turan “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, **Danıştay’ın 133. Kuruluş Yıldönümü Toplantısı, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi** ISSN: 1303-5134, 2006. Elektronik kaynak (Çevrimiçi, Ekim 2018), <https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/download/57/55>
- Yılmaz, Ejder **Hukuk Sözlüğü**, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1992.
- Yılmaz, Dilşat **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitapevi, Ekim 2013.
- Yılmaz, Dilşat “Alman İdari Usul Hukuku’nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, **GÜHFD**, C. XV, S: 2, 2011.
- Yılmaz, Hamdi “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa in Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, C. XI, S: 3, Temmuz 1985.
- Zabunoğlu, Yahya “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 12-16 Ocak 2000.
- Zevkliler, Aydın **Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1981.
- Wall, Heinrich de **Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Voeschriften im Verwaltungsrecht, dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschaeft und anhand des Allgemeinen Schuldrechts**; Tübingen, Mohr Siebeck, Jus Publicum 46, 1999.
- Wolf, Manfred **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts**, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2012.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Türk Dil Kurumu, Sözlükler	https://sozluk.gov.tr
Türk Dil Kurumu	http://tdk.gov.tr
T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu	http://euygulama.dpb.gov.tr/
Gazi Üniversitesi	www.gazi.edu.tr
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/
Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası	www.tcmb.gov.tr/
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	www.erzincan.edu.tr/
İstanbul Üniversitesi	http://istanbul.edu.tr
İdare Hukuku ve İlimler Dergisi	http://iupress.istanbul.edu.tr/
Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı	
İçtihat Bilgi Bankası	http://www.kazanci.com
Sinerji Hukuk Yazılımları Mevzuat ve İçtihat Programı	https://www.sinerjias.com.tr/
Yargıtay	http://yargitay.gov.tr
Danıştay	http://danistay.gov.tr
Yalova Üniversitesi	http://yalova.edu.tr
Ankara Üniversitesi	http://ankara.edu.tr
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	http://www.law.ankara.edu.tr/yayinlar/
T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı	https://www.hazine.gov.tr/
T.C. Kalkınma Bakanlığı	http://www.kalkinma.gov.tr/
İhale İlanı	http://www.ihaleilani.com/
Diken Dergisi	www.diken.com.tr
İstanbul Büyükşehir Belediyesi	www.ibb.gov.tr
Alp İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş.	www.alpinsaat.net
Sözcü Gazetesi	www.sozcu.com.tr
Sabah Gazetesi	www.sabah.com.tr

Akfen Holding	www.akfen.com.tr
Electronic Journal of Comparative Law	https://www.ejcl.org
Türkiye Barolar Birliği Dergisi	http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/
Universität Trier	https://www.uni-trier.de/
Ankara Barosu Dergisi	http://www.ankarabarusu.org.tr/
Dergipark Akademik	https://dergipark.org.tr/
T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet	
Denetleme Kurumu	www.tccb.gov.tr
Çakmak Avukatlık Hukuk Bürosu	http://www.cakmak.av.tr/
Haber Web Sitesi	http://www.hukukihaber.net/
Ercüment Erdem Hukuk Bürosu	http://www.erdem-erdem.av.tr/
Türkiye'nin Hukuk Etkinlikleri Sitesi	http://www.turkiyehukuk.org/
TMMOB Elektrik Mühendisleri	http://www.emo.org.tr/
Burak Gemalmaz web sitesi	https://burakgemalmaz.com/
Bundesgesetzblatt Jahrgang	http://www.bgbl.de/
Gelir İdaresi Başkanlığı	http://www.gib.gov.tr/
Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi	https://www.j-humansciences.com/
Türk İdare Hukuku Sitesi	http://www.idare.gen.tr/
Muğla Barosu	https://www.muglabarusu.org.tr/
UNCITRAL	https://uncitral.un.org

ÖZGEÇMİŞ

Tuba Yüksel, orta ve lise öğrenimini Çanakkale Anadolu Lisesi'nde tamamlayarak, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur (1996-2000). Aynı yıl Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku alanında yüksek lisans programına başlamış, 2003 yılında “Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel İstihdamı” konulu tezi tamamlayarak mezun olmuştur. 2008 tarihinde İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku alanında Doktora programına girmeye hak kazanmıştır. 2011-2012 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Erasmus öğrenci değişim programı ile Giessen Üniversitesi'ne burslu olarak gitmeye hak kazanmıştır. Ayrıca Hamburg Deutsch-Institut'de Almanca dil eğitimi programına katılarak, B2 derecesi almaya hak kazanmıştır. Yazar, 2002 yılından bu yana İstanbul Barosu'na kayıtlı olup, çeşitli hukuk bürolarında ve kurumsal bir finans şirketinde yönetici avukatlık pozisyonunda çalışmıştır. Şu an hukuk bürosunda avukatlık yapmaktadır. İngilizce ve Almanca bilmektedir. Yazar evli ve bir çocuk annesi olup, resim eğitimine devam ederek çeşitli karma resim sergilerine katılmaktadır.