

# Kamu İhale Sözleşmelerinin Karşılıklı Anlaşma Yolu İle Sona Erdirilmesi

4735 sayılı Kamu İhale Kanun'unda kamu ihale sözleşmelerinin fesih suretiyle sona erdirilebileceği haller ile bunların usul ve esasları düzenlenmiş ancak tarafların karşılıklı anlaşma yolu ile sözleşmeyi sona erdirebilmelerine dair bir düzenleme yer almamıştır. Kanun'un 36'ncı maddesinden hareketle 4735 sayılı Kanunda düzenleme bulunmayan bu konuda Borçlar Kanunu hükümlerinin tatbiki ile bu usulün mümkün olduğu düşünülebilirse de 4735 sayılı Kanun'un 4, 5 ve 7'nci maddeleri birlikte ele alındığında kamu ihale sözleşmelerinin Kanunda yazılı haller haricinde idare ile yüklenicinin karşılıklı anlaşma yolu ile sona erdirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak HİGŞ'nin 54'üncü maddesindeki özel hüküm nedeni ile şartların varlığı halinde hizmet alım sözleşmeleri yönünden karşılıklı anlaşma suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün görünmektedir.

## Anahtar Kelimeler

Kamu ihale sözleşmeleri, Sözleşmenin sona erdirilmesi, karşılıklı anlaşma, ihale sözleşmesi

### 1. GİRİŞ

Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuka tabi sözleşmeler olmalarına rağmen Borçlar Kanunu kapsamında değil de özel bir kanun olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde sözleşme ilişkilerini düzenleyen özel bir kanun bulunmamakla beraber sözleşmelerin uygulanması konusunda 2886 sayılı Kanunda birtakım hükümler mevcut bulunmakta idi. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ihalesi yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin sözleşmelerin, 4734 sayılı

Kanuna göre çıkartılan uygulama yönetmelikleri ekindeki tip sözleşmelere uygun şekilde düzenlenmesi 4735 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin âmir hükmüdür. Bu şekilde sıkı usul, şekil ve esas şartlarına bağlanan kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesine dair düzenlemeler de 4735 sayılı Kanun'un 19, 20, 21, 22 ve 23'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde sayılı hallerin dışında kamu ihale sözleşmelerini sona erdiren başkaca bir hüküm 4735 sayılı Kanunda öngörülmemiştir. 4735 sayılı Kanunda, kamu ihale sözleşmelerinin gerek idarece gerekse yüklenici tarafından feshine imkan veren düzenlemeler yer almakla birlikte sözleşmelerin taraflarca karşılıklı olarak anlaşma suretiyle sona erdirilmesine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda 4735 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesindeki *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır"* hükmü gereği, sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşme kurulurken geçerli olan iradelerin serbestliği ve karşılıklı uyuşmasının sözleşmelerin sona erdirilmesinde de geçerli olabileceği bu sayede taraflarca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşmenin sona erdirilebileceği ileri sürülebilir. Ancak yine Borçlar Hukukumuzdaki ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi gereği taraflar, aralarında akdettikleri sözleşme ile bağlı olup sözleşme hükümlerini her koşulda yerine getirmekle mükelleftirler. Buradaki hukuk mantığına göre sözleşme yapmak bir bakıma istikbali görmektir. Borçlu, sözleşmeyi yaparken gerekli emniyet ve ihtiyat tedbirlerini almamış ise, bunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır, sözleşmeden beklenen faydanın sağlanamadığı gerekçe gösterilerek sözleşmenin süresinden önce veya karşılıklı edimler ifa edilmeksizin sona erdirilmemelidir; aksi bir hal tarzı ifa alacaklısına karşı haksızlık, sözleşme kavramına ve hedefine, sosyal ve ticari güvene aykırılık teşkil eder.

Bunun yanında 4735 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde yer alan *"Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez."* hükmü karşısında sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşma yolu ile

sona erdirilmesine imkân veren bir düzenleme yazılı veya sözlü herhangi bir sözleşmeye bağlı olsun veya olmasın mümkün olmayıp, Kanun'un bu âmir hükmü karşısında 36'ncı maddesindeki atfın uygulanmasına imkan bulunmamaktadır.

Bu noktada göz önüne alınması gereken unsurlar 4734 sayılı Kanun hükümleri ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ve tip sözleşmeler gibi hukuki düzenlemelerdir.

### **1. BORÇLAR HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KARŞILIKLI ANLAŞMA YOLU İLE SONA ERDİRİLMESİ**

Borçlar Hukukunda borç ilişkisini sona erdiren sebepler yedi başlık altında toplanabilir;

1. Borç ilişkisinden doğan bütün borçların sona ermiş olması,
2. Henüz bütün borçlar sona ermemişken tarafların borç ilişkisini sona erdirmek için anlaşmaları; Bu anlaşma ikale denilir. Borçlar Kanunu'nun mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'na göre ikaleye ibradaki esas kıyasen uygulanarak ikale anlaşmasının da şekle tâbi olmadığı kabul edilmektedir. Bizim hukuk sistemimizde ise ibra konusunda dahi bir hüküm bulunmadığı için sona erdirilen ilişki kanunen şekle tâbi ise ikalenin de aynı şekle tabi olacağı kabul edilebilir.
3. Bazı borç ilişkilerinde taraflardan birinin ölümü,
4. Bazı borç ilişkilerinde taraflardan birinin iflası,
5. Süreli borç ilişkilerinde sürenin sona ermesi, infisahî (bozucu) şarta bağlı borç işlemlerinde şartın gerçekleşmesi,
6. Taraflardan birinin borç ilişkisini sona erdirebilmek hususunda kendisine kanun veya anlaşma ile tanınmış hakkı kullanması,
7. Doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından kabul edilen, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hal icaplarının evvelce tahmin edilemeyen sebeplerle esaslı surette

değişmesi neticesi sözleşmenin hâkim tarafından feshedilebilmesi.

Taraflar her zaman karşılıklı anlaşmayla sözleşmeyi sona erdirebilirler. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasına kadar yapılmış olan işin bedelinin ve ayrıca tazminatın ödenip ödenmeyeceği, ödenecek ise kapsamının ne olacağı taraflarca anlaşma ile açıkça belirlenebilir. Taraflar arasındaki anlaşmada böyle bir açıklık yoksa ikale sözleşmesinin dürüstlük kuralına göre yorumu veya tarafların varsayılan iradelerine göre yorumlanması yoluna gidilmelidir. Daha önce işe başlanmışsa kural olarak anlaşma ile sona erdirmenin ileriye etkili olacağı ve anlaşma ile sona erdirme anına kadar yapılmış kısmın bedelinin istenebileceği kabul edilmelidir.

Burada özellikle önem arz eden husus, ikale yoluyla sona erdirme sonucunda tek taraflı fesihlerde ortaya çıkan sonuçların ortaya çıkmamasıdır.

Bu, bir sözleşmeyi bozma eylemi olarak kabul edilemez. Çünkü bozma (fesih) tek yanlı bir irade bildirimini ile sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Oysaki tarafların anlaşarak sözleşmeyi ortadan kaldırmaları (ikale) karşılıklı ve uygun iki irade bildiriminin birleşmesi ile oluşan hukuksal bir olgudur. Bu nedenle bozma (fesih) ile oluşan sonuçlar ikalede geçerli olmaz. Başka bir deyişle tazminat gibi kavramlar, bu hukuksal olguda uygulanmayacaktır. Ancak taraflar, anlaşarak herhangi bir tazminat koyabilirler.

Anlaşmalı sona erdirme sonucunda her koşulda tazminat hakkının ortadan kalkmayacağı şüphesizdir. Taraflar bu konuda da anlaşarak bozma sonucunda tazminat öngörebilirler. Buradan hareketle aksine anlaşma olmadıkça tarafların böyle bir sona erdirmenin yol açtığı zararlar için tazminat isteyemeyecekleri kabul edilmelidir.

**III. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE,  
SÖZLEŞMENİN KARŞILIKLI ANLAŞMA YOLU İLE SONA ERDİRİLMESİ**

### III.1. GENEL HÜKÜMLER

4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "*Sözleşmede değişiklik yapılması*" başlıklı 15'inci maddesi hükmüne göre, kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.

4735 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (t) bendinde, "*sözleşmenin feshine ilişkin şartlar*" sözleşmede yer alması zorunlu hususlardan sayılmış; Kanun'un 5'inci maddesinde, "*idarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir*" hükmü öngörülmüş, ancak sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine dair bir hükme gerek Kanunda gerekse tip sözleşmelerde yer verilmemiştir.

Yine 4735 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde ise "*Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.*" denilmiştir.

Bu hükümlerden hareketle, Kanun'un 15'inci maddesinde düzenlenen hallerin haricinde sözleşmede değişiklik yapılmaması esas olup tarafların kendi aralarında karşılıklı anlaşarak sözleşme hükümlerini değiştirebilmeleri mümkün değildir.

Esasen Kanun'un 4'üncü maddesindeki düzenleme karşısında bir ek sözleşme niteliği taşıyan anlaşma veya tasfiye anlaşmasının düzenlenmesi de hukuken mümkün bulunmamaktadır.

Kamu ihale sözleşmelerinin feshi halleri, 4735 sayılı Kanun'un 19 – 23'üncü maddelerinde düzenlenmiş olup, bu hallerin haricinde sözleşmenin sona erdirilmesi ancak ve ancak sözleşmenin ifasının mümkün olmaması veya sözleşmenin

ifasının, taraflardan herhangi biri için onun iktisaden mahvına sebep olacak şekilde sözleşme öncesinde mevcut olmayan ve beklenmeyen hallerin vukuu neticesi imkânsız hale gelmesi nedeniyle mahkeme kararı ile mümkündür.

### **III.2. YAPIM SÖZLEŞMELERİ YÖNÜNDEN İNCELEME**

4735 sayılı Kanunda hüküm bulunmamakla birlikte 22.06.2005 tarihinde yapılan değişiklik öncesi Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (YİĞŞ) 48'inci maddesi "*yüklenici ile idarenin, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması halinde sözleşme tasfiye edilir*" şeklinde idi. Nitekim 2886 sayılı Kanun döneminde geçerli olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nde de (BİĞŞ) benzer bir düzenleme yer almakta idi. Ancak 22.06.2005 tarihli ve 25853 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasında Dair Yönetmeliğin" 86'ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi hükmü ile YİĞŞ'nin 48'inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle artık yapım sözleşmeleri yönünden tarafların karşılıklı anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirme imkânları bulunmamaktadır.

4735 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinde yer alan "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*" şeklindeki atıf dikkate alınarak YİĞŞ'de düzenleme bulunmaması sebebiyle şartların oluşması halinde Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca sözleşmenin karşılıklı anlaşma yolu ile tasfiye edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak, 4735 sayılı Kanun'un yukarıda mezkûr 4, 5 ve 7'nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, tip sözleşme ve sözleşmenin ayrılmaz bir parçası niteliğindeki tip dokümanlarda öngörülmeleyen bir fesih ve tasfiye sebebinin sözleşmeye dâhil edilmesinin veya sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmeye ithal edilmesinin veya bu sonucu doğuracak mahiyetteki fiili uygulamaların mümkün olmayacağı ortaya çıkmaktadır. [1](#)

Bu tür durumlarda yapılması gereken 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca

mücbir sebep tespitine yönelik Kamu İhale Kurumundan uygun görüş alınması<sup>2</sup> veya sözleşmenin ifasının taraflardan herhangi biri için iktisaden mahvına sebep olacak şekilde sözleşme öncesinde mevcut olmayan ve beklenmeyen hallerin vukuu neticesi imkânsız hale gelmesi nedeniyle Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sözleşmenin feshinin veya değişen şartlara uyarlanmasının mahkemeden talep edilmesi gerekecektir.

### **III.3. HİZMET ALIM SÖZLEŞMELERİ YÖNÜNDEN İNCELEME**

Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin (HİGŞ) 54'üncü maddesinin altıncı fıkrasında *“yüklenici ile idarenin, tasfiyenin idare lehine olduğunun açık ve objektif bir hesaplama ile belli edildiği durumlarda Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması halinde sözleşme tasfiye edilir”* hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere her ne kadar 4735 sayılı Kanun'da hüküm bulunmasa da HİGŞ'nin 54'üncü maddesi tarafları karşılıklı anlaşmak suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesine imkân tanımaktadır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların karşılıklı anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilmelerinin mutlak bir hak ve yetki olmadığı, *“tasfiyenin idarenin lehine olduğunun açık ve objektif bir hesaplama ile belli edilmesi”* şartına bağlandığıdır. Yani burada şarta bağlı bir hak ve yetki söz konusudur. Tasfiyenin idarenin lehine olması, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde idarenin sözleşme ile elde etmeyi umduğu menfaat veya yarardan daha fazla bir menfaat veya yararının bulunması, sözleşmenin sona erdirilmesinin idareyi, bedeli sözleşmeden umulan faydadan daha fazla olan bir külfetten kurtarmış olması demektir. Bunun açık ve objektif bir hesaplama ile belli edilmesi ise ya mahkemeye başvurmak suretiyle alınacak bir tespit raporuyla ya da idare bünyesindeki kontrol teşkilatı marifetiyle, tasfiyenin idarenin lehine olduğunun, tasfiye

halinde idarenin, sözleşme tasfiye edilmeksizin ifa edilse idi elde edeceğinden daha fazla bir menfaati, yararı ve kârı bulunduğu, herkes tarafından anlaşılabilir mahiyette genel hukuk, mantık ve iktisat ilkeleri çerçevesinde ortaya konulmasıdır.

Yine buradan çıkan bir diğer sonuç tasfiyenin salt yüklenici lehine olduğu durumlarda sözleşmenin karşılıklı anlaşma yolu ile sona erdirilmesinin mümkün olmadığıdır. Tasfiye neticesi özellikle ve öncelikle idarenin lehine fiili ve hukuki bir neticenin meydana gelmiş olması gereklidir. Bu fiili ve hukuki neticeden yüklenici de kendi lehine ve menfaatine istifade edebilir nitelikte olabilir. Ancak asıl olan idarenin lehine sonuç doğuracak bir tasfiyenin gerekli olması, salt yükleniciyi sözleşme gereği üstlendiği edimleri yerine getirememesinin sonuçlarından kurtarmayı amaçlayan bir anlaşmanın ve tasfiyenin yapılamayacağıdır.

Sözleşme sonrası ortaya çıkan ve önceden öngörülemeyen, beklenmeyen hallerin vukuu neticesi yüklenicinin edimini yerine getirmesinin imkânsız olduğu veya iktisaden yıkımına neden olacak nitelikteki haller nedeniyle tasfiyenin salt yüklenici lehine olduğu durumlarda ise HİGŞ'nin 54'üncü maddesinin tatbiki mümkün olmayıp, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sözleşmenin feshinin veya değişen şartlara uyarlanmasının yüklenici tarafından mahkemeden talep edilmesi gerekecektir.

#### **III.4. MAL ALIM SÖZLEŞMELERİ YÖNÜNDEN İNCELEME**

Mal alımları yönünden hizmet alımlarında ve yapım işlerinde olduğu gibi sözleşmelerin uygulanması sürecine yol gösterecek mahiyette bir "Genel Şartname" mevcut değildir. Bu nedenle mal alım sözleşmeleri yönünden karşılıklı anlaşma yolu sözleşmenin feshinin, genel hükümler ve "Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşme" hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

4735 sayılı Kanun'un 4, 5 ve 7'nci maddeleri birlikte



değerlendirildiğinde mal alım sözleşmeleri yönünden de ek sözleşme, sözleşmenin değiştirilmesi veya bu anlama gelecek fiili bir uygulama ile sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşma yolu ile değiştirilebilmesi mümkün değildir.

Yine "Mal Alım İhalelerine Ait Tip Sözleşme"de de HİGŞ'nin 54'üncü maddesindeki bir düzenleme yer almamaktadır. Aksine tip sözleşmenin muhtelif maddelerinde yüklenicinin sözleşme hükümleri ile bağlı olduğu, sözleşme hükümleri gereği üstlendiği edimi her koşulda ifaya mecbur olduğu anlaşılmaktadır.

Tip sözleşmenin 16.1.1. maddesine göre, "*Yüklenici, işlere gereken özen ve ihtimamı göstermeyi, sözleşme konusu malı/iş, sözleşme ve ihale dokümanlarına göre belirlenen süre, miktar ve bedel dâhilinde gerçekleştirmeyi ve oluşabilecek kusurları sözleşme hükümlerine uygun olarak gidermeyi kabul ve taahhüt eder.*"

**Tip sözleşmenin 23'üncü maddesine göre, "Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve İdare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir: a) Malın montaj veya teslim yeri, b) Malın süresinden önce montaj ve teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları. ... Bu hallerin dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez."**

Kanun'un 5'inci maddesinde yer alan "*idarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir*" hükmü gereği mal alım sözleşmelerinde yukarıda mezkûr tip sözleşme hükümlerine aykırı düzenlemelere yer verilemeyeceğinden, idare ile yüklenici arasında akdedilecek sözleşmelerde tarafların karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi feshedebileceklerine dair hükümler düzenlenemeyecek, bu türden hükümler sözleşmelerde yer alsa dahi batıl olan bu sözleşme hükümleri uygulanamayacaktır.

## 1. SONUÇ

4735 sayılı Kanun'un 4, 5 ve 7'nci maddeleri hükümlerine göre, kamu ihale sözleşmelerinin sözleşme ve eki ihale dokümanlarına uygun şekilde ifa edilmesi zorunlu olup, Kanun'un 15'inci maddesinde getirilen istisnai hâl haricinde sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi ya da tarafların karşılıklı anlaşma suretiyle mevcut sözleşmenin hükümlerini değiştirebilmeleri veya sözleşmeyi sona erdirebilmeleri mümkün değildir. Mal alım sözleşmeleri ile yapım işleri sözleşmeleri yönünden bu genel ilkenin tatbiki ile sözleşme hükümlerinin tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla değiştirilmesi mümkün değildir. Taraflarca ortak irade beyanı, sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında uyuşuyor ise bu durumda yapılması gereken mahkemeye müracaat ederek bir mahkeme kararı neticesinde sözleşmenin sona erdirilmesidir. Ancak burada dahi genel kuralın ahde vefa ilkesi gereği sözleşme hükümlerine bağlılığın esas olduğu, hâkimin fesih kararı verebilmesi için objektif iyi niyet kaideleri gereği her iki tarafın da sözleşmenin feshinde menfaatinin bulunması ve kamu ihale sözleşmelerinin niteliği gereği kamu yararının da bulunması gerekmektedir. Hizmet alım sözleşmeleri yönünden HİGŞ'nin 54'üncü maddesi hükmü gereği tarafların karşılıklı anlaşma yolu ile sözleşmeyi sona erdirebilmeleri mümkün olsa da bu da "tasfiyenin idarenin lehine olduğunun açık ve objektif bir hesaplama ile belli edilmesi" şartına bağlanmıştır. Bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesinin açık ve objektif bir hesaplama ile idarenin lehine olduğu belirlenebiliyor ise karşılıklı anlaşma yolu ile sözleşmenin sona erdirilebilmesi mümkündür.