



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

**KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE  
BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI VE UYGULAMASI**

Sarp GÜMÜŞ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2020

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE  
BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI VE UYGULAMASI

Sarp GÜMÜŞ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2020

## ÖZET

GÜMÜŞ, Sarp. *Kamu İhale Sözleşmelerinde Banka Teminat Mektupları ve Uygulaması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020

Devlet, kamu hizmetlerini karşılayabilmek için yaptığı kamu alımlarında özel hukuk kişileriyle sözleşme akdetme yoluna gider. İdare ile özel hukuk kişileri arasında kurulan bu sözleşmeler, kamu ihale sözleşmeleri olarak adlandırılır. Kamu ihale sözleşmeleri, özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerdir. Kamu ihale süreci, İdarenin ihaleye çıkmasıyla başlayıp kamu ihale sözleşmesinin ifasıyla sona eren hukuki işlemler silsilesidir. Bu süreçte İdare, bazı risklere karşı kendini koruma altına almak zorundadır. Mevzuat, İdarenin bu risklere karşı nasıl koruma altına alınacağını düzenlemiştir. Bu koruma, teminatlarla sağlanır. Bunlar tedavüldeki Türk parası, devlet iç borçlanma senetleri ve banka teminat mektuplarıdır. Uygulamada özel hukuk kişileri, belli durumları garanti altına alması için İdareye hitaben banka teminat mektubu sunarlar. Bu sayede de mevzuatta belirlenen bazı riskler garanti altına alınmış olur. Garanti altına alınan riskin gerçekleşmesiyle beraber İdare, bankadan teminat mektubu tutarının kendine ödenmesini ister. Hukuka uygun bir ödeme talebiyle karşılaşan banka, garanti altına aldığı tutarı İdareye ödemek zorundadır. Ancak banka, hukuka aykırı olan bir ödeme talebine karşı bazı savunma imkânlarına sahiptir. Bu savunma imkânları, İdareye hitaben verilen teminat mektuplarında ise kısıtlıdır. Çünkü İdareye verilen teminat mektupları “ilk talepte” ödeme kaydını içerir. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında banka derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. Bankanın ödeme yapmaktan kaçınabilmesi ancak İdarenin ödeme talebinin likit delillerle hukuka aykırılığının ispatıyla mümkündür. Ayrıca ihtiyati tedbir kararı alınarak geçici bir süreliğine bankanın ödeme yapmasının önüne geçilebilir. Ancak İdareye hitaben düzenlenen teminat mektuplarının ödenmesi, mevzuat hükmü gereği ihtiyati tedbir kararına konu olamaz. Bu da uygulamada bazı hak kayıplarına yol açmaktadır. Çalışmamız, kamu ihale sürecine binaen hazırlanan ve banka ile İdare arasında akdedilen teminat mektupları sözleşmeleri ve bunların uygulamasının incelenmesinden ibarettir.

### **Anahtar Sözcükler**

Kamu ihale sözleşmesi, banka teminat mektubu, lehtar, İdare, Kamu İhale Kanunu.

## ABSTRACT

GÜMÜŞ, Sarp. “*Bank Letter of Guarantee and Its Practice In Public Procurement Contracts*”, Master Thesis, Ankara, 2020.

The State makes contracts with private entities to afford public services. The contracts between the State and private entities are named public procurement contracts. Public procurement contracts are liable to private law provisions. The process of public procurement are legal sequences that start with call a tender and end with a public procurement contract. Within this period, the State must protect itself against some risks. That protection is generally been provided by guarantees. There are three types of guarantees to submit. These are; current Turkish lira in circulation, government domestic debt securities and bank letter of guarantees. In practice, candidates of public procurement and contractors submit letter of guarantees to the State to guarantee some risks. Thus, some risks which are showed by the legislation itself have been guaranteed. With taking place the risk that had been guaranteed the State can demand the amount of the letter of guarantee from banks. When banks encounter with a legal demand of payment, it must pay the sum that it guaranteed. But banks have some pleas against illegitimate demand of payments. These pleas are limited in the letter of guarantees which had been submitted to the State. Because these letter of guarantees involve the “payable upon first request” term. Upon this request, banks have to pay the sum immediately. Avoiding the payment is only possible when the State’s request could be proven with proofs beyond reasonable doubt. Besides, having a provisional injunction may ensure avoiding the payment for a limited time. But according to the legislation, the payment of letter of guarantees that are submitted to the State can not be the subject of a provisional injunction. That causes some forfeitures in practice. Our study is based of analyzing the practice of bank letter of guarantee contracts between the State and banks in the need of public procurement process.

### **Keywords**

Public procurement contract, bank letter of guarantee, beneficiary, the State, Code of Public Procurement.

## İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY.....	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI .....	ii
ETİK BEYAN .....	iii
ÖZET .....	iv
ABSTRACT .....	v
İÇİNDEKİLER .....	vi
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xv
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

1.1. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI ve TARİHSEL GELİŞİMİ.....	3
1.1.1. Kamu İhale Sözleşmesi Kavramı.....	3
1.1.1.1. Kavram ve Tanım.....	3
1.1.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	4
<b>1.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi .....</b>	<b>7</b>
1.1.2.1. Kıta Avrupası Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi .....	8
1.1.2.2. Türk Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi .....	9
1.1.2.2.1. 4734 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Önceki Durum.....	10
1.1.2.2.2. 4734 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Durum.....	10
<b>1.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerine Hâkim Olan İlkeler .....</b>	<b>11</b>
1.1.3.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Tarafından Belirlenen İlkeler .....	12
1.1.3.1.1. İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme Yapılamaması.....	12
1.1.3.1.2. Sözleşme Hükümlerinde Değişiklik Yapılamaması (Sözleşmenin Değişmezliği) İlkesi.....	14
1.1.3.1.3. Tarafların Eşitliği İlkesi .....	15
1.1.3.2. Tamamlayıcı İlkeler .....	17
1.1.3.2.1. Türk Borçlar Kanunu'nun Tamamlayıcılığı İlkesi .....	17
1.1.3.2.2. Yazılılık İlkesi.....	17

<b>1.2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU, KONUSU ve TÜRLERİ .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş Anı.....</b>	<b>18</b>
1.2.1.1. Sözleşmenin Kurulduğu Anı Açıklayan Teoriler.....	19
1.2.1.1.1 Açıklama Teorisi .....	19
1.2.1.1.2. Gönderme Teorisi.....	19
1.2.1.1.3. Varma Teorisi.....	19
1.2.1.1.4. Öğrenme Teorisi.....	20
1.2.1.2. Türk Borçlar Kanunu'nun Kabul Ettiği Teori .....	20
1.2.1.2.1. Hazırlar Arasında .....	20
1.2.1.2.2. Hazır Olmayanlar Arasında .....	20
1.2.1.3. Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçlarını Doğurduğu An .....	21
1.2.1.3.1. Hazırlar Arasında .....	21
1.2.1.3.2. Hazır Olmayanlar Arasında .....	21
1.2.1.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş Anı .....	22
1.2.1.4.1. İhale Açılması ve Öneriye Davet .....	22
1.2.1.4.2. İsteklilerin Tekliflerini Sunmaları ve Öneri .....	23
1.2.1.4.3. Kesinleşen İhale Kararı ve Bildirilmesi.....	26
1.2.1.4.4. Sözleşmenin İmzalanması ve Kabul.....	28
<b>1.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Konusu .....</b>	<b>30</b>
1.2.2.1. Mal Alımı Sözleşmeleri.....	30
1.2.2.2. Hizmet Alımı Sözleşmeleri.....	31
1.2.2.3. Yapım İşleri Sözleşmeleri .....	32
<b>1.2.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri .....</b>	<b>32</b>
1.2.3.1. Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme .....	32
1.2.3.2. Götürü Bedel Sözleşme .....	33
1.2.3.3. Birim Fiyat Sözleşme .....	34
1.2.3.4. Karma Sözleşme .....	34
1.2.3.5. Münferit Sözleşme .....	35
<b>1.2.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli.....</b>	<b>36</b>
1.2.4.1. Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil.....	36
1.2.4.1.1. Adi Yazılı Şekil.....	36
1.2.4.1.2. Nitelikli Yazılı Şekil.....	36
1.2.4.1.3. Resmi Yazılı Şekil.....	37
1.2.4.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli .....	37

<b>1.2.5. Kamu İhale Sözleşmesinin Tarafları.....</b>	<b>40</b>
1.2.5.1. İdare .....	40
1.2.5.2. Yüklenici .....	42

## İKİNCİ BÖLÜM

### KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TEMİNAT ÇEŞİTLERİ VE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI UYGULAMASI

<b>2.1. TEMİNAT KAVRAMI ve KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TEMİNAT ÇEŞİTLERİ.....</b>	<b>45</b>
<b>2.1.1. Teminat Kavramı.....</b>	<b>45</b>
<b>2.1.2. Genel Olarak Teminat Sözleşmeleri.....</b>	<b>46</b>
2.1.2.1. Geniş Anlamda Teminat Sözleşmeleri .....	46
2.1.2.2. Dar Anlamda Teminat Sözleşmeleri .....	46
<b>2.1.3. Teminatların Alacaklıya Sağladığı Yetkilere Göre Ayrılması.....</b>	<b>47</b>
2.1.3.1. Genel Olarak Aynı Teminatlar.....	47
2.1.3.2. Genel Olarak Şahsi Teminatlar .....	48
<b>2.1.4. Teminatların Kamu İhale Sözleşmeleri Bakımından Önemi.....</b>	<b>48</b>
<b>2.1.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Teminat Çeşitleri.....</b>	<b>49</b>
2.1.5.1. Genel Olarak.....	49
2.1.5.2. Geçici Teminat.....	50
2.1.5.2.1. Kavram .....	50
2.1.5.2.2. Geçici Teminat Miktarı.....	51
2.1.5.2.3. Geçici Teminat İstenmeyen Durumlar.....	52
2.1.5.3. Kesin Teminat.....	53
2.1.5.3.1. Kavram .....	53
2.1.5.3.2. Kesin Teminat Miktarı.....	53
2.1.5.3.3. Ek Kesin Teminat .....	54
2.1.5.4. Avans Teminatı.....	55
<b>2.1.6. Kamu İhale Sözleşmelerinde Teminat Olarak Kabul Edilen Değerler .....</b>	<b>56</b>
2.1.6.1. Tedavüldeki Türk Parası.....	56
2.1.6.1.1. Kavram .....	56
2.1.6.1.2. Yabancı Para Cinsinden Teminat Verilip Verilemeyeceği Hususu.....	56
2.1.6.2. Devlet İç Borçlanma Senetleri .....	57
2.1.6.2.1. Kavram .....	57

2.1.6.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Teminat Olarak Gösterilmesi .....	57
2.1.6.3. Banka Teminat Mektupları .....	58
<b>2.2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI UYGULAMASI.....</b>	<b>59</b>
<b>2.2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinde Banka Teminat Mektuplarının Yeri ve Önemi ...</b>	<b>59</b>
<b>2.2.2. Genel Olarak Garanti Sözleşmesi ve Banka Teminat Mektuplarıyla İlişkisi ....</b>	<b>60</b>
<b>2.2.3. Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği .....</b>	<b>62</b>
<b>2.2.4. Banka Teminat Mektuplarının Türleri.....</b>	<b>65</b>
2.2.4.1. Konuları Bakımından Banka Teminat Mektupları.....	65
2.2.4.1.1. Serbest Konulu Teminat Mektupları .....	65
2.2.4.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerine Özgü Teminat Mektupları.....	66
2.2.4.1.2.1. Kesin Teminat Mektupları .....	66
2.2.4.1.2.2. Geçici Teminat Mektupları.....	67
2.2.4.1.2.3. Avans Teminat Mektupları .....	68
2.2.4.2. Süreleri Bakımından Banka Teminat Mektupları .....	70
2.2.4.2.1. Süresiz Teminat Mektupları.....	70
2.2.4.2.2. Süreli Teminat Mektupları.....	71
2.2.4.3. Ödeme Talebinde Bulunma Şekline Göre Banka Teminat Mektupları.....	71
2.2.4.3.1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Banka Teminat Mektupları.....	72
2.2.4.3.2. Şarta Bağlı Teminat Mektupları .....	73
2.2.4.4. İkinci Bir Bankanın Devreye Girip Girmemesine Göre Banka Teminat Mektupları.....	74
<b>2.2.5. Teminat Mektubu İlişkisinin Tarafları ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişki..</b>	<b>75</b>
2.2.5.1. Teminat Mektubu İlişkisinin Tarafları .....	76
2.2.5.1.1. Banka (Garanti Veren).....	76
2.2.5.1.2. Muhatap (Garanti Alan).....	77
2.2.5.1.3. Lehtar (Edimi Garanti Edilen).....	78
2.2.5.2. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişki .....	79
2.2.5.2.1. Banka İle Muhatap Arasındaki İlişki .....	79
2.2.5.2.2. Banka ile Lehtar Arasındaki Hukuki İlişki .....	79
2.2.5.2.3. Muhatap ile Lehtar Arasındaki Hukuki İlişki .....	81
<b>2.2.6. Banka Teminat Mektuplarının Unsurları.....</b>	<b>82</b>
2.2.6.1. Genel Olarak.....	82
2.2.6.2. Garanti Edilen Risk .....	82



2.2.6.3. Belli Bir Tutarın Ödenmesi .....	84
2.2.6.4. Tarafların Anlaşması .....	85
<b>2.2.7. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinin Kurulması .....</b>	<b>85</b>
<b>2.2.8. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinin Şekli .....</b>	<b>89</b>
2.2.8.1. Genel Olarak Teminat Mektubu Sözleşmesinin Şekli.....	89
2.2.8.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İdareye Hitaben Verilen Teminat Mektuplarının Şekli.....	91
<b>2.2.9. Bankanın Sorumluluğunun Başlangıcı.....</b>	<b>94</b>
<b>2.2.10. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması.....</b>	<b>95</b>
<b>2.3. TEMİNAT MEKTUBU SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ ve ALINAN TEMİNAT MEKTUPLARININ İADESİ.....</b>	<b>97</b>
<b>2.3.1. Teminat Mektubu Sözleşmesinin Sona Ermesi.....</b>	<b>97</b>
<b>2.3.2. Teminat Mektuplarının İadesi.....</b>	<b>98</b>
2.3.2.1. Genel Olarak.....	98
2.3.2.2. Geçici Teminat Mektuplarının İadesi.....	100
2.3.2.2.1. Geçici Teminat Mektuplarının İade Edildiği Durumlar.....	100
2.3.2.2.1.1. Zeyilname Düzenlenmesi Nedeniyle .....	100
2.3.2.2.1.2. İhalenin İdarece İptali Nedeniyle.....	101
2.3.2.2.1.3. İdarenin Sözleşmenin İmzalanması Hususundaki Görev ve Sorumluluklarını Yerine Getirmemesi Nedeniyle .....	103
2.3.2.2.2. Geçici Teminat Mektuplarının İadesinde Zaman ve Usul .....	104
2.3.2.3. Kesin Teminat Mektuplarının İadesi.....	105
2.3.2.3.1. Kesin Teminat Mektuplarının İade Edildiği Durumlar .....	105
2.3.2.3.1.1. İhale Konusu İşin Tamamlanması Üzerine Kesin Teminat Mektuplarının İadesi .....	106
2.3.2.3.1.1. İhale Konusu İş Tamamlanmaksızın Kesin Teminat Mektuplarının İadesi .....	106
2.3.2.3.1.2.1. Mücbir Sebep Sözleşmenin Feshi Halinde .....	107
2.3.2.3.1.2.2. Taahhüt Kapsamında Yaptırılacak İlave İşlerin Kanunda Öngörülen İş Artışı Sınırını Aşması Nedeniyle Sözleşmenin Feshi Halinde ....	109
2.3.2.3.1.2.3. İhalenin Kurul Tarafından İptali Nedeniyle Sözleşmenin Feshi Halinde .....	110
2.3.2.3.1.2.4. Yüklenicinin Ölümü Nedeniyle Sözleşmenin Feshi Halinde .....	111
2.3.2.3.1.2.5. Sözleşmenin Devri Halinde .....	113

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDENMESİ TALEBİ VE ÖDEME TALEBİNE KARŞI SAVUNMA İMKANLARI

<b>3.1. TEMİNATLARIN ÖDENMESİ TALEBİ ve TEMİNATLARIN GELİR KAYDEDİLMESİ.....</b>	<b>116</b>
<b>3.1.1. Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi.....</b>	<b>116</b>
3.1.1.1. Genel Olarak.....	116
3.1.1.2. Ödeme Talebinde Bulunabilecek Kişi ve Bulunulabilecek Yer.....	117
3.1.1.3. Ödeme Talebinin Zamanı .....	119
3.1.1.4. Ödeme Talebinin Şekli ve İçeriği .....	121
<b>3.1.2. Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları.....</b>	<b>123</b>
3.1.3.1. Genel Olarak.....	123
3.1.3.2. Teminat Mektubu Sözleşmesine İlişkin Hukuki Sonuçlar .....	123
3.1.3.2.1. Bankanın Borcunun Muaccel Olması .....	123
3.1.3.2.2. Temin Edilen Tutarın Ödeme Yeri ve Zamanında Ödenmesi.....	125
3.1.3.3. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçlar .....	126
3.1.3.3.1. Bankanın Ödeme Talebinde Bulunulduğunu Bildirme Yükümlülüğü .....	126
3.1.3.3.2. Bankanın Ödeme Talebini İnceleme Yükümlülüğü .....	128
3.1.3.3.3. Bankanın Def'i ve İtirazları İleri Sürme Yükümlülüğü.....	129
<b>3.1.3. Teminatların Gelir Kaydedilmesi.....</b>	<b>131</b>
3.1.3.1. Genel Olarak.....	131
3.1.3.2. Geçici Teminatların Gelir Kaydedilmesi.....	132
3.1.3.2.1. Geçici Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar.....	132
3.1.3.2.1.1. Sözleşmeye Davet Edilen İsteklilerin Sözleşme İmzalamaya Yanaşmaması Nedeniyle .....	133
3.1.3.2.1.2. İhale Dışı Bırakılma Nedenlerini Taşıyan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle .....	134
3.1.3.2.1.3. İhaleye Katılamayacak Olan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle .....	137
3.1.3.2.1.4. Sunulan Belgelerde Yer Alan Bilgi Eksikliklerinin Tamamlanmaması Nedeniyle .....	140
3.1.3.2.2. Geçici Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul .....	142
3.1.3.3. Kesin Teminat Mektuplarının Gelir Kaydedilmesi .....	143
3.1.3.3.1. Kesin Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar.....	143

3.1.3.3.1.1. Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getirmemesi (Yüklenicinin Temerrüdü) Nedeniyle .....	144
3.1.3.3.1.2. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Nedeniyle .....	146
3.1.3.3.1.3. Yüklenicinin İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle .....	147
3.1.3.3.1.4. Yüklenicinin Sözleşmenin Yürütülmesi Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle.....	149
3.1.3.3.1.5. Yüklenicinin Sözleşmeyi Usulsüz Olarak Devretmesi Halinde .....	151
3.1.3.3.1.6. Gerçek Kişi Yüklenicinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu ya da Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti Nedeniyle.....	152
3.1.3.3.1.7. Ortak Girişim Yüklenicinin Ortaklarından Birinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu, Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti ya da Ortak Girişimin Dağılması Nedeniyle .....	155
3.1.3.3.2. Kesin Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul	156
<b>3.2. TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDENMESİNE KARŞI SAVUNMA İMKÂN LARI .....</b>	<b>157</b>
<b>3.2.1. Genel Olarak Savunma İmkânları .....</b>	<b>157</b>
3.2.1.1. Def'i ve İtiraz Kavramları .....	158
3.2.1.2. Def'i ve İtirazın İleri Sürülmesi ve Hukuki Sonuçları .....	159
3.2.1.2.1. Def'i ve İtirazın İleri Sürülmesi .....	159
3.2.1.2.2. Def'i ve İtirazın İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları .....	160
3.2.1.2.2.1. Maddi Hukuka İlişkin Hukuki Sonuçlar .....	160
3.2.1.2.2.2. Usul Hukuku Bakımından Hukuki Sonuçları .....	161
<b>3.2.2. Teminat Mektuplarının Ödenmesine Karşı Savunma İmkânları .....</b>	<b>162</b>
3.2.2.1. Genel Olarak.....	162
3.2.2.2. Banka Tarafından İleri Sürülemeyecek Def'i ve İtirazlar .....	163
3.2.2.2.1. Temel İlişkiden Doğan Def'i ve İtirazlar .....	163
3.2.2.2.2. Karşılık İlişkisinden Doğan Def'i ve İtirazlar .....	164
3.2.2.3. Banka Tarafından İleri Sürülebilecek Def'i ve İtirazlar .....	165
3.2.2.3.1. Genel Olarak .....	165
3.2.2.3. Bankanın İleri Sürebileceği İtirazlar .....	165
3.2.2.3.2.1. Hakkın Doğumuna Engel Olan İtirazlar.....	166
3.2.2.3.2.1.1. Şekle Aykırılık.....	167
3.2.2.3.2.1.2. İrade Bozuklukları.....	169
3.2.2.3.2.1.2.1. Yanılma.....	170
3.2.2.3.2.1.2.2. Aldatma.....	175

3.2.2.3.2.1.2.3. <i>Korkutma</i> .....	176
3.2.2.3.2.1.3. Temsil Yetkisinin Bulunmaması.....	178
3.2.2.3.2.2. Hakkı Sona Erdiren İtirazlar.....	179
3.2.2.3.2.2.1. <i>İfa</i> .....	179
3.2.2.3.2.2.2. <i>İbra</i> .....	180
3.2.2.3.2.2.3. Kusursuz Sonraki İmkânsızlık .....	181
3.2.2.3.3. Bankanın İleri Sürebileceği Def'iler.....	182
3.2.2.3.3.1. Ödeme Talebinin Geçersizliğine İlişkin Def'iler.....	182
3.2.2.3.3.2. <i>Takas Def'i</i> .....	184
3.2.2.3.3.3. Zamaşımı ve Erteleme Def'ileri.....	185
3.2.2.3.4. Teminat Mektubunun Ödenmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiği Savunması .....	186
3.2.2.3.4.1. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması .....	186
3.2.2.3.4.2. Teminat Mektubunun Ödenmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesi .....	189
3.2.2.3.4.2.1. Genel Olarak.....	189
3.2.2.3.4.2.2. Teminat Mektubunun Ödenmesi Talebinin Hakkın Kötüye Kullanımı Teşkil Ettiğinin İspatı.....	191
3.2.2.3.4.2.3. Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliğinde Olmasının Hukuki Sonuçları .....	192
3.2.2.3.4.2.3.1. Teminat Mektubu Sözleşmesi Bakımından Hukuki Sonuçlar .....	192
3.2.2.3.4.2.3.2. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçlar .....	193
3.2.2.3.4.2.3.3. Kamu İhale İlişkisi (Temel İlişki) Bakımından Sonuçlar .....	194
<b>3.2.3. TEMİNAT MEKTUPLARININ NAKDE ÇEVİRİLMESİ İSTEMİNE KARŞI İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ.....</b>	<b>195</b>
3.2.3.1. Genel Olarak İhtiyati Tedbir Kavramı ve İhtiyati Tedbir Şartları.....	195
3.2.3.2. Teminat Mektuplarının Ödenmesi İsteminde İhtiyati Tedbir .....	198
3.2.3.2.1. Önemi ve Geçerliliği .....	198
3.2.3.2.2. Bankaya Karşı Ödeme Yasağı Getirilmesi .....	201
3.2.3.2.3. Muhataba Garanti Alacağını Talep Etme Yasağı Konulması .....	202
3.2.3.3. İdareye Hitaben Verilen Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir .....	203
3.2.3.4. İdareye Hitaben Verilen Teminat Mektuplarında Haciz ve İhtiyati Haciz .....	204
<b>SONUÇ.....</b>	<b>207</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>211</b>

<b>EK 1: YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU.....</b>	<b>226</b>
<b>EK 2: TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYONU MUAFİYET FORMU..</b>	<b>227</b>

## KISALTMALAR DİZİNİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
Y.	: Yargıtay
D.	: Danıştay
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
E.	: Esas
K.	: Karar
TGİBK	: Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
vb.	: ve benzeri

## GİRİŞ

Devlet, bünyesinde yer alan kamu kaynaklarını kullanarak ülkedeki kamusal gerekliliklerin karşılanması amacıyla kamu hizmetlerini yürütür. Fakat bu hizmet yürütülürken her ihtiyaç Devlet bünyesinden doğrudan karşılanamaz. Dolayısıyla Devlet'in bazı kamu ihtiyaçlarını sağlamak için özel hukuk kişileriyle sözleşme yapma zorunluluğu doğar. Kamu kaynakları finansman olarak kullanılarak bu ihtiyaçların temini sağlanır. Bu temin, kamu alımı adını alır.

Kamu alımlarının ekonomideki yeri incelendiğinde büyük bir yere sahip olduğu görülür. 2019 senesi itibariyle gayrisafi milli hasılanın yaklaşık %15'ini kamu alımları oluşturur<sup>1</sup>. Kamu alımları, yürütme organı olan İdare tarafından ihaleye çıkılmak suretiyle yapılır. İhale yapılmasının amacı, özel hukuk kişilerinden teklif alınarak ilgili kamu hizmetinin ekonomik anlamda en avantajlı şekilde sağlanıp yürütülmesidir. İhaleye çıkılarak isteklilerin teklif vermeye davet edilmesiyle başlayan ve kamu ihale sözleşmesinin ifasıyla sona eren sürece kamu ihale süreci denir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bu süreci düzenler. İlgili düzenlemelere göre İdare, kamu ihale sürecinin muhtelif kesimlerinde kamu alımı yapacağı özel hukuk kişilerinden çeşitli teminatlar almak zorundadır. Bu teminat, İdarenin süreç içerisinde karşılaşması muhtemel risklere karşı garanti altına alınması amacını güder. İlgili risklerin garantisi olarak özel hukuk kişileri Türk parası, devlet iç borçlanma senetleri veya teminat mektupları şeklinde teminat gösterebilirler.

İdareye karşı gösterilen teminat türlerinden uygulamada en çok başvurulanı, banka teminat mektuplarıdır. Kamu ihalelerinde banka teminat mektuplarının teminat aracı olarak en çok tercih edilen teminat türü olması, bu hususun detaylı bir şekilde incelenmesinin önemini artırır. Biz de bu sebeple çalışmamızın konusunu yalnızca banka teminat mektuplarına ayırmayı tercih ettik. Diğer teminat türlerinin daha seyrek tercih edilmesine nazaran banka teminat mektuplarıyla ilgili hukuki problemlerin teorik

---

<sup>1</sup>Detaylı bilgi için bkz.

[https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2019\\_alt%C4%B1\\_ayl%C4%B1k\\_d%C3%B6nem\\_KAMU\\_ALIMLARI\\_%C4%B0ZLEME\\_RAPORU.pdf](https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2019_alt%C4%B1_ayl%C4%B1k_d%C3%B6nem_KAMU_ALIMLARI_%C4%B0ZLEME_RAPORU.pdf)

ve uygulamaya yönelik olarak incelenmesi ve çözüm önerileri getirilmesinin uygulamada yaşanan sorunlara daha çok yardımcı olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, kamu ihale sözleşmeleri genel hatlarıyla incelenecek ve kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesine giden süreç, ana hatlarıyla açıklanacaktır. Kamu ihale sözleşmeleri, öğretilerdeki genel kabule göre özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirildiğinden, sözleşmenin kurulması ve öncesindeki sürecin Borçlar Hukuku kavramlarıyla açıklanması önemlidir. Ancak kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesine giden sürecin kamu hukukundan tamamen bağımsız olmadığı da göz önüne alındığında İdare Hukuku ve Borçlar Hukuku eserleri birlikte irdelenerek bu sürece ilişkin hukuki iş ve işlemlerin kavramsallaştırmasına çalışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde banka teminat mektubu sözleşmeleri ve bunların kamu ihale sürecindeki görünümü detaylı bir şekilde incelenecektir. Kamu ihale sürecinde özel hukuk kişilerinden istenecek teminatların ne olduğu, nasıl olması gerektiği ve İdarenin hangi risklere karşı bu teminatların gösterilmesini istediği, çalışmamızın ikinci bölümünün konusu olacaktır. Ayrıca banka teminat mektuplarının kendine has unsurları ve özellikleri ile bunların kamu ihale sürecindeki konumu önem arz ettiğinden bu hususların da üstünde durulacaktır. Yine İdarenin banka ile arasındaki teminat ilişkisini sona erdiren bir kurum olan “teminatların iadesi” de ikinci bölümde incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise garanti altına alınan risklerin gerçekleşmesi halinde İdarenin, teminat mektubunun ödenmesi talebi ve bu talebe karşı bankanın veya lehtarın izleyebileceği savunma imkânları üzerinde durulacaktır. Uygulamada en çok problem yaşanan hususlar, ödeme talebi ve teminatların İdarece “gelir kaydedilmesi” ile bankaların buna karşı sahip olduğu savunma imkânları ve lehtarın bu üçlü ilişkideki konumudur. Dolayısıyla bu hususlar ile ödemeye engel olunması ve ihtiyati tedbir konuları, çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı olarak incelenecek konular arasındadır.

Çalışmamız, ilgili hususlarla alakalı olarak vardığımız sonuçlar ve nitelendirmeleri içeren Sonuç bölümü ile sonlanacaktır.



# BİRİNCİ BÖLÜM

## GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

### 1.1. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI ve TARİHSEL GELİŞİMİ

#### 1.1.1. Kamu İhale Sözleşmesi Kavramı

##### 1.1.1.1. Kavram ve Tanım

“Tanımlar” başlığını taşıyan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m.4’te, kamu ihale hukukunda yer alan kavramların tanımı yapılmıştır. Bu maddede, kamu ihale sözleşmeleri “sözleşme” olarak ifade edilmiş olup maddenin tanımına göre sözleşme, “*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı*” ifade eder.

KİK m.4’te kamu ihale sözleşmesine ilişkin yapılan tanımda yer alan “*anlaşma*” teriminden “*hukuki işlem*” anlaşılmalıdır. Zira 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre sözleşme, “*tarafkların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulan*” bir hukuki işlemdir.

Kanunun yaptığı tanımın yanında doktrinde de kamu ihale sözleşmesine ilişkin farklı birçok tanım yapılmıştır. *BUZ*<sup>2</sup>, kamu ihale sözleşmelerini “*idarenin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmeler*” olarak tanımlar. *DEMİRBOĞA*<sup>3</sup> ise, kamu ihale sözleşmelerinin tanımını, “*idare ile yüklenici arasında yapılan mal alımına, hizmet alımına veya yapım işlerinin yaptırılmasına ilişkin bir sözleşme*” şeklinde yapar. *GÜNDAY*<sup>4</sup> ise özel bir tanımdan kaçınarak kamu ihale sözleşmelerini idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirmeyi yeterli bularak idarenin tüm özel hukuk sözleşmelerini kamu ihale sözleşmeleri olarak tanımlar. *ATAY*<sup>5</sup>’a göre, İdarenin özel hukuka tabi olan ve araç-

<sup>2</sup>**Buz**, Vedat: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu Ve Geçerlilik Şartları”, 67. Yetkin Yayınları, Ankara-2007.

<sup>3</sup>**Demirboğa**, Dursun Ali: “Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi”, 33. Yetkin Yayınları, Ankara-2013.

<sup>4</sup>**Günday**, Metin: “İdare Hukuku”, 195. İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Ankara-2017.

<sup>5</sup>**Atay**, Ender Ethem: “İdare Hukuku”, 569. 18.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2018.

gereç, malzeme, yiyecek ve giyecek alımı, taşıma ve her türlü yapım işini konu alan sözleşmeleri kamu ihale sözleşmeleridir.

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk karakterine vurgu yapılması, tanım yapılırken önemlidir. Keza bu sözleşmeleri önemli kılan husus bunların özel hukuk hükümlerine tabi olmalarıdır. Aynı zamanda bu sözleşmelerin konusu kanunla sınırlandırılmış olup İdareye her konuda kamu ihale sözleşmesi yapma yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla bu hususun da tanımda mutlaka yer alması gerekir. Bu değerlendirmelerden hareketle kamu ihale sözleşmeleri, İdare ile özel hukuk kişisi arasında, birbirine uygun irade beyanları sonucunda akdedilen ve İdarenin kamu hizmetini sürdürmek için ihtiyacı olan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine yönelik kurulan özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler olarak tanımlanabilir.

#### 1.1.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği<sup>6</sup>

Kamu ihale sözleşmeleri, taraflarından birinin İdare olduğu sözleşmeler olmaları sebebiyle iki tür sözleşme türüne vücut verebilir: İdari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri. Öncelikle, kamu ihale sözleşmelerinin birer idari sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmelerinden mi olduğunu belirlemek gerekir. Bu belirlemenin yapılmasının amacı, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm mercii adli veya idari yargı olarak tayin etmek olduğu gibi sözleşmenin yorumunda kamu hukuku kurallarının mı yoksa özel hukuk kurallarının mı uygulanacağını tespit etmektir.

İdarenin taraf olduğu bu sözleşmelerin idari bir sözleşme mi yoksa bir özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu belirlerken başvuru bazı kriterler vardır. Bu hususta başvuru en yaygın kriter, kanuni kriterdir. Bu kritere göre eğer kamu ihale mevzuatında, kamu ihale sözleşmelerinin hangi tür sözleşme oldukları belirtilmiş ise, bu sözleşmelerin türü hakkında herhangi bir görüş ayrılığı ortaya çıkmaz. İhale mevzuatı incelendiğinde, mülga 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ile 2886 sayılı

<sup>6</sup>Detaylı Bilgi İçin Bkz. **Şakar**, Ceren: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Aydın-2016; **Uz**, Abdullah: “İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri” Turhan Kitabevi, Ankara-2010; **Ayhan**, Fatma: “İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2012. **Küçükgüngör**, Erkan / **Akipek**, Şebnem: “Kamu İhale Sözleşmeleri”, Mali Hukuk Dergisi, 2003. Yıl: 18, Sayı: 103. s.39-50.

Devlet İhale Kanunu'nda, kamu ihale sözleşmelerinin ne tür sözleşmeler olduğu açıkça belirtilmemiştir. Aynı zamanda bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların nerede çözüleceğine ilişkin de açık bir hüküm yoktur. Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tespiti hakkında açık bir hüküm, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile getirilmiştir. KİSK m.4/III'e göre: *“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez.”* Kanunun lafzından da açık olduğu üzere, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği, KİSK tarafından özel hukuk sözleşmeleri olarak belirlenmiştir.

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin niteliğini belirlerken başvuru bir diğer kriter ise İdarenin bu sözleşmede “özel hukuku aşan yetkileri haiz” ve “açıkça üstün konumda” olup olmamasıdır<sup>7</sup>. İdarenin KİSK m.4/III karşısında bu sıfatları haiz olması, bizzat Kanun tarafından yoruma kapalı bir şekilde engellenmiştir. Keza Kanun, ilgili maddesinde tarafların sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu ve bunun değiştirilemeyeceğini belirtmiştir. Aynı zamanda KİSK m.36: *“Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”* hükmü ile bu Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelere uygulanacak ikincil kanunun, özel hukukun genel kanunlarından biri olan Borçlar Kanunu olduğunu belirtmiştir.

KİSK m.4 ve m.36 birlikte değerlendirildiğinde, bu Kanun kapsamında yapılan ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucu ortaya çıkar<sup>8</sup>. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin artık idari birer sözleşme olarak sayılması mümkün olmayıp, özel hukuk sözleşmesi olarak görülmesi gerekir. Bu açık düzenleme karşısında, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı hususunda herhangi bir tereddüt kalmamıştır<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> İlgili kavramların ayrıntılı tanımı ve kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği itibariyle idari birer sözleşme olduğu görüşü için bkz. **Gözler**, Kemal / **Kaplan**, Gürsel: “İdare Hukuku Dersleri”, 491 Vd. 17.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa; **Odyakmaz**, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, 150. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1-2), S.141-195; **Şakar**, 139-140; **Uz**, Hukuksal Rejim, 41.

<sup>8</sup> **Yıldırım**, Ramazan: “İdare Hukuku Dersleri Iı”, 374. Mimoza Yayınevi, 2.Baskı, Konya-2012

<sup>9</sup> **Gözübüyük**, Şeref / **Tan**, Turgut: “İdare Hukuku”, C.1, 517. Turhan Kitabevi, Ankara-2007..

Kamu ihale sözleşmelerinin idari birer sözleşme sayılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır<sup>10</sup>. Bu yazarların temel dayanak noktası, kamu ihale sözleşmelerinde satın alınan hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olmasıdır. Örneğin yol yapımına ilişkin bir ihale sözleşmesinin kamu hizmetinin ifasına yönelik olduğu bariz olduğundan böyle bir sözleşme, idari sözleşme sayılmalıdır. Kamu hizmetinin ifasına yönelik olmasa bile örneğin İdarenin mal alımına ilişkin yapmış olduğu kamu ihale sözleşmeleri de özel hukuku aşan şartlar ihtiva ettiği takdirde -ki konulması ihtimal dâhilindedir- idari sözleşme olarak tanımlanmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre KİSK m.4/III'ün açık hükmüne rağmen taraflar herhangi bir özel hukuk sözleşmesindeki gibi eşit değildirler. Buna dayanak olarak da KİSK'in bazı maddelerinin İdareye özel hukuku aşan bazı yetkiler vermiş olmasını göstermişlerdir. (Örneğin KİSK m.24<sup>11</sup>) Ayrıca KİSK m.36 hükmünün de Borçlar Kanununa yapmış olduğu atfın, 4734 sayılı KİK'i de özel hukuk kanunu yapmış olduğu anlamına gelmeyeceğini; zira idari sözleşmelere de Borçlar Kanununun her zaman için genel hüküm olarak uygulanma ihtimali olduğunu belirtmişlerdir<sup>12</sup>.

Kanaatimizce bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Öncelikle, KİSK m.4, açık ve kesin bir dille kamu ihale sözleşmelerinde tarafların eşit olduğunu belirtir. Tarafların eşitliği ilkesi, özel hukukun en temel ilkelerinden biridir. İdari sözleşmelerde İdarenin diğer tarafa karşı "üstün" konumda olduğu kabul edilir. Kanunun, tarafların eşit

<sup>10</sup> Tekinsoy, Ayhan: "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu" 222 Vd. Aühfd, S.2, C.55, Ankara-2006; Gözler/Kaplan, 491; Odyakmaz, 150; Şakar, 139; Uz, Hukuksal Rejim, 41.

<sup>11</sup> *Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi*

**Madde 24- (Değişik: 30/7/2003-4964/46 md.)**

Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dâhilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Cumhurbaşkanı bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağını anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.

<sup>12</sup> Gözler/Kaplan, 491; Şakar, 140; Uz, Hukuksal Rejim, 42.

olduğunu belirtmiş olması gerçeği yanında, artık İdarenin “üstün” bir konumda olduğu da savunulamaz. Bu sebeple ortada idari bir sözleşmenin varlığından söz edilemez. Aynı zamanda 4735 sayılı KİSK’in İdare lehine ve yüklenici aleyhine bazı hükümler içermesi, tarafların eşitliği prensibine aykırılık olarak yorumlanamayacağı gibi kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşmeler olarak nitelendirilmesinde bir dayanak noktası da teşkil edemez. Zira özel hukuk kökenli birçok kanunda da tarafların leh ve aleyhine olacak cezai şart veya tazminat hükümleri yer almaktadır. Örneğin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da tüketici lehine ve satıcı aleyhine birçok düzenleme yer almaktadır. Aynı şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.339 vd. düzenlenen konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerde de bu tür düzenlemelere sıkça rastlanır. Fakat bu durum, bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkarmaz. Nasıl ki, taraflar arasındaki eşitliğe aykırı düzenlemelere yer verdiği için, kiracı veya tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımadığı iddia edilemiyorsa, aynı şekilde kamu ihale sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi olmadığı iddia edilemez<sup>13</sup>.

Sonuç olarak, KİSK m.4’te taraflar arasındaki eşitliğe vurgu yapılması ve İdarenin ihale dokümanında bu ilkeye aykırı düzenlemeler yapmaktan men edilmesi, kanun koyucunun kamu ihale sözleşmelerini birer özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlemek istediğinin ispatıdır. Aynı zamanda KİSK m.36’nın TBK’ya yaptığı atıf da görüşümüzü destekler niteliktedir. Nitekim uygulamada da kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklar özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli asliye hukuk mahkemelerinde çözülür. Dolayısıyla yaptığımız açıklamalar neticesinde kamu ihale sözleşmeleri birer özel hukuk sözleşmesidir.

### **1.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi**

Kamu ihale hukuku, İdarenin ihtiyaçlarını kendi bünyesinden karşılayamadığı takdirde ihtiyaçlarını özel hukuk kişilerinden karşılama ihtiyacı hâsıl olduğunda gündeme gelen bir hukuk dalıdır. Günümüzde düzenleyici kanunlarda belirtilen usullerle İdarenin bu ihtiyaçlarını haricen karşılamasını içeren kurallar kamu ihale hukukunu oluşturur. İdarenin ihtiyaçlarını kendi bünyesinden karşılayamaması, doğal olarak eski

---

<sup>13</sup> Buz, 71.

dönemlerden beri söz konusudur. Çünkü Devlet ve dolayısıyla İdare, her şeye sahip olamaz. Bu sebeple, modern anlamıyla olmasa da kamu ihale hukukunun tarihi kökeni, aslında oldukça eskidir. Kamu ihaleleri sonucunda İdare, özel hukuk kişileriyle bir sözleşme yaparak kamu ihtiyacını karşılama yoluna gider, dolayısıyla kamu ihale hukukunun tarihi, kamu ihale sözleşmeleri hukukuyla da örtüşmektedir.

#### 1.1.2.1. Kıta Avrupası Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi

Kamu ihale hukukunun kökeni, Antik Yunan ve Roma İmparatorluğu'na dayanır. Bu devletlerde özellikle yapım işleri, ihale usulü ile özel şahıslara ihale edilmiştir. Bu suretle teklifleri toplayarak en uygun teklif sahibi ile sözleşme yapılması amaçlanmıştır. Bugünkü ihale hukukunun temelini “*licitatio*” kavramı oluşturur. *Licitatio*, Latince bir kavram olup, “tarafardan hangisinin daha fazla vereceğinin” soruşturulması anlamına gelir<sup>14</sup>. *Licitatio* sistemi Kıta Avrupası'nda uzun yıllar boyunca uygulanmış olmasına rağmen tekliflerin sözlü yapılması, isteklileri orada bulunmaya zorlamıştır. Aynı zamanda plansız bir şekilde herhangi bir maliyet analizi yapılmadan istekliler sözlü olarak gelişigüzel yarıştırlarak ihaleler gerçekleştirildiğinden XIX. yüzyılda terk edilmiş ve bu yüzyılın ortalarından itibaren *licitatio* usulü terk edilerek ihale (*submission*) usulüne geçilmiştir. Bu usulde istekliler, ihale ortamında fiziken bulunma zorunluluğunda olmadığı gibi teklifleri düşünerek sunma imkânı kazanmışlardır. 1885 yılından itibaren de Prusya hukukunda ihale, en düşük bedeli teklif edenden ziyade en ekonomik teklif sahibine verilmeye başlanmıştır<sup>15</sup>.

Avrupa Birliği hukukunda da kamu ihaleleri alanında son yıllarda önemli gelişmeler olmuştur. Bu kapsamda kamu ihaleleriyle ilgili olarak ortak bir Avrupa Birliği müktesebatı yaratılmaya çalışılmaktadır. Bunun temel maksadının, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin tamamını kapsayacak bir ihale kanununun çıkarılmasının yanı sıra Birlik

<sup>14</sup> **Umur**, Ziya: “Roma Hukuku Lügatı”,126. Fakülteler Matbaası – İstanbul, 1975.

<sup>15</sup> **Kligner**, M.H: Die Vorabinformationspflicht Des Öffentlichen Auftraggebers, Effektiver Rechtsschutz Gegen Zuschlagsentscheidung Und Aufhebung Der Ausschreibung Im Europaeischen Und Deutschen Vergaberecht, Berlin-2005. 57; **Hüttinger**, S.A: Bieterschutz Durch Schadenersatz Im Deutschen Und Europaeischen Vergaberecht – Verschulden Bei Vertragsverhandlungen, Diss., Würzburg-2005. (Aktaran: Buz, 37 Vd.)

içerisindeki kamu ihalelerinin bir düzene sokularak yeknesaklığın sağlanması olduğu açıktır<sup>16</sup>.

#### 1.1.2.2. Türk Hukukunda Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi

Türk hukukunda kamu ihalelerinin tarihi hakkında kapsamlı bir çalışma yoktur. Kamu ihalelerini ve süreçlerini anlatan eserlerde de Türk hukukunda ihalelerin tarihi çok eskiye dayandırılmaz. Bunun en temel nedeni, cumhuriyet öncesi Türk devlet yapısında kamu idaresinin, yani aslında hükümdarın tüm ihtiyaçları gidermeye muktedir olarak görülmesidir. Zira Türk tarihinde kamusal hizmetlerin hepsi, hükümdarın kararıyla beytülmal adı verilen<sup>17</sup> Devlet hazinesinden veya hükümdarın şahsi hazinesinden finanse edilmiştir. Aynı zamanda Türk-İslam hukukuna ait bir kurum olan vakıflar vasıtasıyla da çeşitli kamusal hizmetler ifa edilmiştir. Muhakkak ki İdare, özel kişilerle bazı kamusal görevlerini yerine getirmek amacıyla sözleşmeler yaparak bu hizmetlerin ifasını sağlamıştır. Fakat o dönem için çağdaş sayılabilecek bir düzenleme ilk kez 1857 yılında gerçekleştirilmiştir. 1857 tarihli Nizamname ile Türk hukukunda kamu ihaleleri kurumu ilk kez düzenlenerek padişah ve bakan (nazır) iznine tabi tutulmuştur. Yani Devlet'in özel hukuk kişileriyle sözleşme yapabilmesinin yolu açılmıştır. 1914 tarihli ek bir Nizamname ile de çeşitli satın almaların ve bazı yapım işlerinin bakanların izniyle ihalesiz olarak yapılması kabul edilmiş, 4 Haziran 1919 tarihinde çıkarılan ve 1921 yılında onaylanan kararnameyle de bu Nizamnamede bazı değişiklikler yapılmıştır. Cumhuriyetin ilanıyla beraber İdarenin kamusal faaliyetlerini yerine getirmesi amacıyla 1934 tarihli 2490 sayılı "Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu" gibi çeşitli kanunlar çıkarılmıştır. Günümüzde ise konuya ilişkin yürürlükte olan üç temel kanun vardır. Bunlardan ilki 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ikincisi

<sup>16</sup> Avrupa Birliği Kamu İhale Hukuku ve mevzuatının gelişim süreci ve günümüzdeki durumuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Alyanak**, Servet: "Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku", Seçkin Yayıncılık, Ekim-2015. **Alyanak**, Servet: "Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi,, Ankara-2009. **Regler**, R: Das Vergaberecht Zwischen Öffentlichen Und Privatem Recht. Berlin-2007. 38 Vd. (Aktaran: Buz, 40 vd.)

<sup>17</sup> Kelime anlamı "mal evi" olan beytülmal bir terim olarak devlete ait malların muhafaza edildiği fizikî mekânı ifade ettiği gibi devlete ait taşınır taşınmaz malların bütünü ve bunların idaresiyle ilgili hukukî kurumu da ifade etmektedir. Bu geniş anlamıyla beytülmal, devlete ait her türlü mal varlığının ve gelirlerin toplandığı, harcamaların yapıldığı, haklara ve borçlara ehil bağımsız bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. (<https://islamansiklopedisi.org.tr/beytulmal> E.T: 15.11.2019, 15.40)

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve sonuncusu 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur<sup>18</sup>.

#### 1.1.2.2.1. 4734 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Önceki Durum

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce genel ve katma bütçeli idarelerle il özel idareleri ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyet dışında, aynı hak kurulması ve taşıma işlerinde uymaları gereken usul, 1983 yılında çıkarılmış olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenmişti. Fakat siyasi ve ekonomik süreç içerisinde Devlet İhale Kanunu tek başına yeterli olmadığı gibi farklı bazı kanunların Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümleri, kamu ihale sürecinde sistematik yeknesaklığa aykırıydı. 2886 sayılı Kanun'un uygulama alanı dışına çıkarılan kuruluşların da kamu kuruluşu olmaları dolayısıyla, özel hukuk kişileri gibi hareket etmeleri olanaksız olduğundan<sup>19</sup> bunların uyacakları usuller de çoğu kez 2886 sayılı Kanun'dakine benzer bir şekilde ya özel bir yasa ya da İdari işlemlerle düzenleniyordu. 2886 sayılı Kanun'da gözlenen eksiklikler ve pek çok kamu kurumunun da bu Kanunun uygulama alanı dışına çıkarılmış olması, kamu alımları konusunda yeni bir düzenlemeyi gerekli kılıyordu<sup>20</sup>. Bu sebeplerle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kabul edilerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile birlikte uygulamaya başlanmıştır.

#### 1.1.2.2.2. 4734 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Durum

Türkiye'nin hedeflemiş olduğu Avrupa Birliği üyeliğinin de etkisiyle 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkarılmış ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak aceleyle çıkarılan bu kanunun pek çok maddesinde zamanla değişiklik yapılmıştır<sup>21</sup>. Hemen belirtelim ki Kamu İhale Kanunu (KİK), Devlet İhale Kanunu'nu (DİK) ilga etmemiş, yalnız kapsam yönünden daraltmış ve farklılaştırmıştır. 4734 sayılı Kanun'un "Amaç" başlığını taşıyan m.1'e göre: "*Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna*

<sup>18</sup> İnan, Atilla: "İhale Hukuku Ders Notları", 39. Öztepe Matbaacılık, 4.Baskı, Ankara-2016.

<sup>19</sup> Özey, İlhan. : "Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, 1999, 252.

<sup>20</sup> Gözübüyük/Tan, 588.

<sup>21</sup> Örneğin kanunun yürürlüğe girmesinden yaklaşık 8 ay sonra 30.07.2003 tarihli 4964 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un pek çok maddesinde değişiklik yapılmıştır. (Bkz. RG: 22.01.2002, sayı:24648)



*tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir.*” hükmünü ihtiva eder. Kanun’un amacı bu şekilde belirlendikten sonra m.2’de kanunun “Kapsamı” ve m.3’te de “Uygulama İstisnaları” belirtilmiştir. Dolayısıyla kamu ihale süreci, bu kanuna tabidir. Ayrıca “Uygulanmayacak Hükümler” başlıklı KİK m.68/a’da, “*Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” ve m.68/b’de “*Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz.*” şeklindeki hükümlerle Devlet İhale Kanunu’nun kapsamı bir hayli daraltılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.2’de belirtilen şekliyle bu Kanun’un kapsadığı iş ve işlemler, “*idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri*” şeklinde sınırlanmıştır. Aynı zamanda yine KİK m.22/e ile de “*idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal kiralanması*” işi de kapsama alınmıştır. Buna göre, idarenin kendi malını satması, idarenin kendi malını kiraya vermesi ve kendi malı üzerinde mülkiyetten gayri ayni hak tesis etmesi işlemleri 4734 sayılı Kanun’un kapsamı dışında kalır<sup>22</sup>. Bu durumlarla alakalı olan ihale işlemleri yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabidir.

### **1.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerine Hâkim Olan İlkeler**

Hukuki niteliği itibariyle bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmelerine tüm özel hukuk sözleşmelerinde gözetilen ve dayanağını 6098 sayılı TBK’dan alan iyiniyet, dürüstlük, hukuki güven, irade serbestisi gibi ilkelerin hâkim olacağı kuşkusuzdur. Bununla birlikte kamu ihale sözleşmelerine hâkim olan özel nitelikteki bazı ilkeler, 4734 sayılı KİK<sup>23</sup> ve 4735 sayılı KİSK tarafından belirlenmiştir. Bu kanunlarda yer alan ilkeler dışında, kamu ihale sözleşmelerinin uyarlanması ve yorumlanması süreçlerinde bu kanunlarda yer almayan bazı ilkeler de mevcuttur.

<sup>22</sup> **Gözler**, c.2, 108.

<sup>23</sup> Ayrıca kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süreçteki kamu ihale işlemlerine hâkim olan ilkeler için bkz. **Sancar**, Ayşe Esin: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5.Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, s.151-177. Aralık-2014.

### 1.1.3.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Tarafından Belirlenen İlkeler

“İlkeler” başlığını taşıyan KİSK m.4, kamu ihale sözleşmelerine hâkim olan ilkeleri üç fıkra şeklinde belirtir. İlgili madde hükmüne göre:

*“Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.*

*Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.*

*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”*

Madde hükmü incelendiğinde kamu ihale sözleşmelerine hâkim olan ilkeler; ihale dokümanına aykırı sözleşme yapılamaması, belli durumlar dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaması (sözleşmenin değişmezliği) ve tarafların eşitliğidir.

#### 1.1.3.1.1. İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme Yapılamaması

KİSK m.4’e göre yapılacak kamu ihale sözleşmelerinde ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. Aynı hüküm KİK m.46’da da yer alır. Dolayısıyla kanun koyucunun bu ilkeye önem atfettiği açıktır. Bu ilkeye uyulmaması durumunda; idare ya da yüklenici şartnamede olmayan şartları talep edebilir veya yine her iki taraf şartnamede yer alan şartların bazılarında vazgeçecek şekilde sözleşme imzalamak isteyebilir. Her iki durumda da ihaleye teklif veren tüm istekliler arasında gerçek bir rekabet ortaya çıkmamış olur. Çünkü sürecin en baştan itibaren güvenli bir şekilde yürütülmesi ve şartlarının değiştirilememesi gerekir. Aksi halde kamu ihalelerinin en önemli ilkelerinden biri olan rekabetin sağlanması ilkesi zedelenmiş olur<sup>24</sup>. Kamu ihale hukukuna hâkim olan eşitlik, rekabeti sağlama ve kamu

<sup>24</sup>Gök, Yaşar: “Kamu İhale Sözleşmelerine Hâkim Olan İlkeler” 1. Mali Hukuk Dergisi (<http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-4.pdf>) ; Yazıcı, Zeliha: “Kamu İhale Sözleşmelerinin

ihtiyaçlarının uygun bir şekilde karşılanması ilkelerinin uygulanması da ihaleyi yapan kamu kurumunun ihale dokümanı ile bağlı olmasını gerektirir<sup>25</sup>.

KİSK m.4 hükmü emredici niteliktedir. Emredici hukuk kurallarında taraflar, aralarında yapacakları anlaşmayla bu kuralların aksini kararlaştıramazlar ve bu kuralların aralarındaki ilişkiye uygulanmayacağına karar veremezler<sup>26</sup>. Dolayısıyla taraflar, ihale dokümanına aykırı bir kamu ihale sözleşmesi imzalayamazlar. Buna rağmen, ihale dokümanına aykırı bir kamu ihale sözleşmesi imzalanması halinde bu sözleşme kesin hükümsüz olur<sup>27</sup>. İsteklinin ihale aşamasında verdiği bedelden farklı bir bedelle sözleşme imzalanması halinde, uygulanacak yaptırımın niteliği ise sözleşmenin kurulduğu anı açıklayan görüşler uyarınca tartışmalıdır. Sözleşmenin kesinleşen ihale kararıyla birlikte kurulduğu kabul edilirse, yazılı tanzim edilecek kamu ihale sözleşmesinin bedeli kısmında yapılacak olan hata, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bizim de katıldığımız sözleşmenin imzaların atıldığı anda kurulduğu görüşünün kabulünde ise böyle bir durumda, yazılı sözleşme üzerinde de sözleşmenin kurucu unsurlarının tarafların iradelerine uygun şekilde gerçekleşmesi gerekir. Ancak doktrindeki bir görüşe göre<sup>28</sup>, tarafların sözleşmeyi ayakta tutabilmelerine olanak sağlamak amacıyla, ihale dokümanındaki belgelerden tarafların gerçek iradesi anlaşılıyor ve imzalanan sözleşme metninde irade açısından bir çelişki oluşturmuyorsa, sözleşme tarafların iradelerine uygun bir şekilde kurulur. Yani idare ve istekli tarafından imzalanan sözleşmede bedelin yazılması sehven unutulmuşsa fakat bedel, ihale dosyasında yer alan teklif mektubunda bulunuyor ve buradan da sözleşme bedeli anlaşılıyorsa, sözleşme, teklif mektubundaki bedel üzerinden kurulur. Teklif

---

Sona Erme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları”, 12. İller Bankası A.Ş. Uzmanlık Tezi, Haziran-2018. (www.illerbankasi.gov.tr E.T: 23.09.2019); **Bilgin**, Hüseyin: “Son Değişiklikler Işığında 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, 124. Terazî Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:38, S.123-137. Ekim-2009.

<sup>25</sup> **Buz**, 232.

<sup>26</sup> **Akıpek**, Jale / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya: “Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Ve Kişiler Hukuku”, 108. Beta Yayınevi, İstanbul-2013.

<sup>27</sup> Keza “İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme İmzalanamaması” emredici bir hukuk kuralıdır. Emredici hukuk kurallarına uymamanın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Bkz. **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 82. Vedat Kitapçılık, 16.Bası, İstanbul-2018. (Borçlar Genel); **Eren**, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 358. Ankara-2019. Yetkin Yayınları (*Borçlar Genel*); **Tercier**, Pierre / **Pichonnaz**, Pascal: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 225. Oniki Levha Yayınları, İstanbul-2016 (Çeviren: **Develioğlu**, Murat); **Antalya**, Gökhan: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” C.V/1,1, 195. 2.Baskı, Ankara-2019; **Kılıçoğlu**, Ahmet: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 141. Turhan Kitabevi, 22.Bası, Ankara-2018.

<sup>28</sup> **Demirboğa**, 56.

mektubunda bedelin ve diğer zorunlu unsurların yer alması yeterli olup ayrıca teklif mektubundaki bazı diğer eksiklikler de, sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez<sup>29</sup>.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak gerekir. Sözleşmenin kurucu unsuru, tarafların belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. Sözleşmelerde ilke olarak tek bir kurucu unsur vardır ve o da irade beyanlarının birbirine uygunluğudur<sup>30</sup>. Tarafların sözleşmenin yazılı metninde sözleşme bedelini unutmuş olması iradelerinin uyuşmadığı anlamına gelmez. Yüklenici, halen teklifiyle bağlıdır. İdare, ihale kararının akabinde istekliyle (yükleniciyle) sözleşme imzaladığından, tarafların iradelerinin uyuştuğunun kabulü gerekir. Keza taraflar hak ve yükümlülüklerinin farkında olup iradeleri bu noktada uyuşmuş, sözleşmeye imza atmışlardır. Aynı zamanda sözleşme, niteliği uyarınca kamu hizmetine yönelik bir sözleşme olduğundan ayakta tutulması daha faydalı olacağından sözleşmede bedelin belirtilmesinin unutulmuş olması, irade beyanlarına uygunluğu ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinde yazılı olarak sözleşme bedeli belirtilmemiş olsa bile, ihale dokümanından teklif bedeli anlaşılıyorsa sözleşmenin, bu bedel üzerinden geçerli olarak kurulduğunun kabulü gerekir.

#### 1.1.3.1.2. Sözleşme Hükümlerinde Değişiklik Yapılamaması (Sözleşmenin Değişmezliği) İlkesi

KİSK. m.4/2'ye göre: *Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.* Kanunun ilgili hükmü gereği bazı haller dışında sözleşmede daha sonradan değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez<sup>31</sup>. İdare, sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmak veya ek bir sözleşme

<sup>29</sup> Teklif mektubunda yer alması gereken zorunlu unsurlar için bkz. **Ertanhan**, Mesut: “Kamu İhale Kanununa Tabi İhalelerde Teklif Dosyası, Teklif Mektubu ve Geçici Teminat”, 81 vd. Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:16, s.79-91. Aralık-2007. Bunun sonucu olarak teklif mektubunda ihale kayıt numarası, tarih bilgisi, verhi numarası, teklif sahibinin uyuşu, damga pulu eksikliği gibi yardımcı nitelikteki bilgiler teklif mektubunun geçerliliğini ve sözleşmenin kurulmasını da engellememelidir. Nitekim Kamu İhale Kurumu da vermiş olduğu için birçok kararda bu hususları belirtmiştir. (Kararlar için bkz. **Ertanhan**, 85, dipnotlar.)

<sup>30</sup> **Eren**, Borçlar Genel, 332; **Kılıçoğlu**, 82; **Oğuzman/Öz**; 42; **Antalya**, C.1, 286; **Tercier/Pichonnaz**, 175.

<sup>31</sup> **Küçükgüngör/Akipek**, 49. Nitekim kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme olduğunu savunan bazı yazarlar, sözleşmelerin idari sözleşme olduğunun kabulü halinde idare hukukuna özgü olan “fait du prince, öngörülemezlik ve öngörülmemiş güçlükler” gibi teorilerin sözleşmelerde münhasıran öngörülme bile uygulanabileceğini ve bu sayede İdarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirebileceğini savunmaktadırlar. Bkz.; **Şakar**, 162. Ancak kanaatimize göre Kamu İhale

düzenlemek istiyorsa tekrardan ihaleye çıkmalıdır. Aksi halde emredici kanun hükümlerine aykırılık olacağından ilgili değişiklikler veya ek sözleşmenin kendisi kesin hükümsüz olacaktır.

KİSK. m.15, sözleşme hükümlerinin hangi şartlarda değiştirilebileceğini sınırlı olarak belirtmiştir. İlgili hükme göre:

*“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:*

*a) İşin yapılma veya teslim yeri.*

*b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları”*

KİSK’de, tarafların karşılıklı olarak anlaşmalarıyla sözleşmenin devrine ve iş artışı ya da iş eksilişi durumlarında sözleşmede değişiklik yapılmasına izin verilmiştir. Kanun koyucu, her şartta ve her maddede, sözleşme bedeline vurgu yapmış, bu bedelin aşılmaması için düzenlemeler getirmiştir<sup>32</sup>. Buna göre, sözleşme imzalandıktan sonra, kararlaştırılmış sözleşme bedelinin aşılmaması ve İdare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir. Değişikliğin kapsamı ise ancak işin yapılma ve teslim yerine yahut işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin olabilir.

#### 1.1.3.1.3. Tarafların Eşitliği İlkesi

Tarafların eşitliği, özel hukuk sözleşmelerinin en temel ilkelerinden biridir ve kendini kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında ve yorumlanmasında gösterir<sup>33</sup>. Kamu

---

Sözleşmeleri Kanunu’nun sözleşmelerin hangi durumlarda değiştirilebileceğini belirttiği açık düzenlemesi karşısında bu teorilerin uygulanamayacağından İdare de tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirme yetkisini haiz olamayacaktır. Keza Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu da idare hukukuna özgü bu teorilere ilişkin herhangi somut bir düzenleme getirmemiştir. **Gök, 2; Bilgin, 124.**

<sup>32</sup> **Yazıcı, 12;**

<sup>33</sup> Özel hukuk ilişkisinde taraflar (=süjeler) arasında eşitlik söz konusudur. Taraflar arasında eşitlik olması, sözleşmeyi başlı başına bir özel hukuk sözleşmesi yapar. Kanunun ilgili maddesi de bu hususa vurgu yapıp tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla hukukta kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yapılırken incelenen egemenlik teorisi uyarınca bu husus, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk nitelikli sözleşmeler olduğuna dalalettir. İlgili teori hakkında bilgi için bkz. **Özsunay, Ergun**; “Medeni Hukuka Giriş”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 23. 5.Baskı, İstanbul-1986; **Gözler, Kemal**; “Hukuka Giriş”, 67, 10.Baskı, Bursa-2013. Ayrıca KİSK’te düzenlenen

ihale sözleşmeleri de birer özel hukuk sözleşmesi olduğundan İdare, tek taraflı olarak sözleşmedeki menfaatler dengesine aykırı olacak şekilde sözleşmeye hüküm koyamaz<sup>34</sup>.

KİSK m.4'e göre:

*“Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmesinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”*

İlgili hükme göre taraflar sözleşmenin uygulanmasında özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi eşit hak ve yükümlülükler sahiptir<sup>35</sup>. İdarenin mevzuata uygun olarak düzenlemiş olduğu tip sözleşmeler, tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca kanun tarafından İdareye üstün nitelik verilen bu yetki, kamu ihale sözleşmelerinin hazırlanmasında, idareye tek taraflı olarak kendi menfaati doğrultusunda hükümler koymasına imkân sağlamaz. İlgili Kanunun bahse konu ilkesinde tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu eşitlik prensibi yer alır. İdare tarafından düzenlenen ihale dokümanları bu prensibe aykırı düzenlemeler barındıramaz<sup>36</sup>.

Söz konusu ilke, sözleşme ilişkilerinde, sözleşmenin tarafları olan İdare ve yüklenicinin haklarını talepte ve yükümlülüklerini ifade karşı tarafın kendisiyle eşit seviyede olduğu bilinciyle hareket etmesi amacını güder. Ayrıca sözleşmenin tarafları dışında, sözleşmenin yorumu ve ihtilafların çözümüyle görevli idari veya adli merciler ile diğer kişilerin bu görev ve yetkilerini kullanırken tarafların eşitliğini gözetmesi ve yorum, kanaat, görüş ve kararlarını bu çerçevede oluşturması amacına matuf bir düzenlemeyi ortaya koyar<sup>37</sup>.

---

tarafların eşitliği ilkesiyle ilgili açıklamalar için bkz. **TOPRAK**, Eren: “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Düzenlenen Tarafların Eşitliği İlkesine İlişkin Değerlendirmeler”, Kamu İhale Hukuku 2018 Yılı Çalıştay Tebliği, Aristo Yayınevi, Mart-2019. (Editör: Çetin Arslan, Ahmet Hakkakul, Ezgi Güzel)

<sup>34</sup> **Küçükgüngör/Akipek**, 50.

<sup>35</sup> **Bilgin**, 124.

<sup>36</sup> **Yazıcı**, 13; **Gök**, İlkeler, 4.

<sup>37</sup> **Gök**, İlkeler, 5-6.

### 1.1.3.2. Tamamlayıcı İlkeler

#### 1.1.3.2.1. Türk Borçlar Kanunu'nun Tamamlayıcılığı İlkesi

Kamu ihale sözleşmeleri birer özel hukuk sözleşmesi olduğundan kanun koyucu KİSK m.36'da TBK'ya ilişkin bir düzenleme getirmiştir. İlgili hükme göre “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere kamu ihale sözleşmelerine birincil derecede uygulanacak olan mevzuat KİSK olmakla beraber ilgili kanunda hüküm yok ise sözleşmelerin kurulmasından sona ermesine kadar olan uyumsuzluklarda TBK hükümleri uygulanır<sup>38</sup>.

#### 1.1.3.2.2. Yazılılık İlkesi

KİK m.46'ya göre “*Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır.*” İlgili maddeye göre kamu ihale sözleşmeleri, kanuni yazılı şekle tabidir<sup>39</sup>. Keza kanun koyucu “imzalama” ibaresinden sözleşmelerin mutlaka yazılı şekilde yapılacağını hüküm altına almıştır. İlgili yazılılık şartının emredici nitelikte bir şart olduğu açık olup düzenleme, kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla istisnalar hariç olmak üzere, tüm kamu ihale sözleşmeleri yazılı olmak zorundadır. İstisnaların neler olduğu KİK m.21/f bendinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre “*malın sözleşme imzalanma süresinde teslimi halinde sözleşme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.*”

Kanun koyucunun “sözleşme yapılmasına gerek bulunmamaktadır” ibaresi isabetli olmamıştır. Zira herhangi bir kamu alımının sözleşme olmadan yapılması (kamulaştırma ve devletleştirme uygulamaları istisna olmak üzere) mümkün değildir. Dolayısıyla burada sözleşme yapılmasına gerek olmadığından kastedilen, yazılı şekil şartına bir istisna hüküm getirmektir. Bu düzenlenen hal dışında ise kamu ihale sözleşmeleri yazılı şekil şartına tabidir.

<sup>38</sup> Küçükgüngör/Akipek, 50.

<sup>39</sup> Bkz. aşağıda 1.2.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli.

Kanun eski düzenlemesinin aksine, yazılı şekil şartını düzenlerken sözleşmelerin notere onaylatılması ya da re'sen noter tarafından düzenlenmesi gibi bir şart koşmamıştır. Dolayısıyla bu konuda yapılan değişiklikle<sup>40</sup> artık kamu ihale sözleşmelerinin notere onaylatılması zorunlu olmayıp bu durum, İdarenin takdirine bırakılmıştır. Eğer İdare, ihale şartnamesinde sözleşmenin notere onaylatılması gerektiğini belirtmiş ise sözleşme notere onaylatılır, aksi takdirde iradi şekle uymamaya ilişkin borçlar hukuku prensipleri uygulama alanı bulur.

## **1.2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU, KONUSU ve UNSURLARI**

### **1.2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş Anı**

TBK m.1'e göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. TBK'nın bu hükmü, tarafların iradelerini birbirine uygun olarak açıkladıkları anın sözleşmenin kurulduğu an olarak kabul edileceğini açıkça belirlemiştir.

İrade açıklamalarının ne zaman yapılmış kabul edileceği ve bu sayede sözleşmenin kurulma anını tespit etmek ise her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır. Sözleşmelerin kurulma anı tespit edilirken sözleşmenin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapıldığı son derece önem arz eder. TBK, sözleşmenin kurulduğu an saptanırken sözleşmenin hazır olanlar veya hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre bir ayırım öngörmüştür. Kabul beyanı, hazır olana yöneltmiş ise, yani öneriyi yapan kabul beyanını yapıldığı anda öğreniyorsa, sözleşme, kabul beyanı yapıldığı anda kurulur. TBK, hazırlar arasındaki öneriye, derhal kabul cevabı vermeyi öngördüğü için, öneriyi müteakip, muhatabın kabul beyanında bulunduğu anda sözleşme meydana gelir<sup>41</sup>. Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması halinde ne zaman kurulmuş kabul edileceğine ilişkin ise doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bunlara, sözleşmenin kurulduğu anı açıklayan teoriler denir ve açıklama teorisi, gönderme teorisi, varma teorisi ve öğrenme teorisi olmak üzere dört çeşittir.

<sup>40</sup> 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanununun 28.maddesiyle gerçekleştirilen değişiklik

<sup>41</sup> Eren, Borçlar Genel, 261.



### 1.2.1.1. Sözleşmenin Kurulduğu Anı Açıklayan Teoriler

#### 1.2.1.1.1 Açıklama Teorisi<sup>42</sup>

Bu teoriye göre muhatabın kabul beyanını açıklamasıyla birlikte sözleşme kurulmuş olur. Bu kabul beyanının önerene gönderilmesi gerekli değildir. Örneğin hazırlar arasında olmayan bir sözleşmede, muhatabın kabul beyanını içeren mektubunu yazdığı an, bu teoriye göre sözleşme kurulmuş olur, ayrıca önerene bu kabul beyanını içeren mektubun gönderilmesi şart değildir.

#### 1.2.1.1.2. Gönderme Teorisi<sup>43</sup>

Gönderme teorisine göre, muhatabın kabulünü içeren beyanını önerene göndermiş olması gerekir. Örneğin, hazırlar arasında olmayan bir sözleşmede, muhatabın kabul beyanını içeren mektubu postaya verdiği anda sözleşme kurulmuş olur, önerenin bu kabul beyanını alması gerekli değildir.

#### 1.2.1.1.3. Varma Teorisi<sup>44</sup>

Varma teorisine göre, sözleşmenin kurulduğu an, kabul beyanının önerenin hâkimiyet alanına ulaşmış olduğu andır. Burada hâkimiyet alanı kavramı her bir somut olay açısından ayrı ayrı incelenmesi gereken bir kavram olmakla beraber örneğin kabul beyanını içeren mektubun önerenin posta kutusuna atılmış olması durumunda kabul beyanı, önerenin hâkimiyet alanı kavramına ulaşmış ve sözleşme bu anda kurulmuş kabul edilir.

<sup>42</sup> **Antalya**, 339; **Oğuzman/Öz**, 73. **Kılıçoğlu**, 108-109; **Eren**, Borçlar Genel, 295;

<sup>43</sup> **Eren**, Borçlar Genel, 295; **Oğuzman/Öz**, 73. **Kılıçoğlu**, 108-109.; **Antalya**, 339

<sup>44</sup> **Nomer**, Haluk: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 47. Beta Yayınevi, İstanbul-2018 (Borçlar Genel); **Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Emre: “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, 34 Vd. Vedat Kitapçılık, İstanbul-2017; **Antalya**, 339; **Kılıçoğlu**, 108-109; **Eren**, Borçlar Genel, 295; **Oğuzman/Öz**, 73.

#### 1.2.1.1.4. Öğrenme Teorisi<sup>45</sup>

Öğrenme teorisinde, varma teorisinden farklı olarak kabul beyanının önerenin hâkimiyet alanına ulaşması yeterli değildir. Bunun ayrıca öneren tarafından öğrenilmiş olması gerekir. Örneğin, muhatap tarafından e-posta yoluyla gönderilen bir kabul beyanını, önerenin e-posta kutusunu açarak okuyup görmesi gerekir ve bunu sözleşme, ancak önerenin bu beyanı öğrendiği anda kurulmuş olur.

#### 1.2.1.2. Türk Borçlar Kanunu'nun Kabul Ettiği Teori

##### 1.2.1.2.1. Hazırlar Arasında

TBK'ya göre, hazırlar arasında kurulacak olan sözleşmelerde muhatabın, kabul beyanını öneriyi öğrendikten hemen sonra verebileceği göz önünde tutularak öneriyi müteakip muhatabın kabul beyanı vermesiyle sözleşme kurulmuş olur<sup>46</sup>. Örneğin yüz yüze yapılan bir görüşmede muhatabın öneri sahibine, öneriyi kabul ettiğine dair açık veya örtülü bir irade beyanıyla birlikte sözleşme kurulur.

##### 1.2.1.2.2. Hazır Olmayanlar Arasında

Kanun, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulduğu an belirlenirken varma teorisini kabul etmiştir<sup>47</sup>. Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu an, kabul beyanının önerenin hâkimiyet alanına ulaştığı andır, önerenin bu kabul beyanını öğrenmesi şart değildir. Sözleşmenin kurulması için varma anı önemlidir. Bu an da kabul beyanının önerene varma anıdır<sup>48</sup>. Açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde ise TBK m.6 gereğince öneri, muhatap tarafından uygun bir süre içerisinde reddedilmediği takdirde, öneri muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda kurulmuş olur. Buna göre,

<sup>45</sup> Antalya, 339; Oğuzman/Öz, 73; Eren, Borçlar Genel, 295; Kılıçoğlu, 108-109

<sup>46</sup> Eren, Borçlar Genel, 296; Kılıçoğlu, 108; Antalya, 339; Oğuzman/Öz, 73.

<sup>47</sup> Nomer, 48; Eren, Borçlar Genel, 296; Antalya, 340; Hatemi/Gökyayla, 34

<sup>48</sup> Hatemi/Gökyayla, 34; Antalya, 339; Kılıçoğlu, 108; Eren, Borçlar Genel, 296; Oğuzman/Öz, 73.

örtülü kabul beyanlarında, mesela susmanın kabul beyanı sayıldığı hallerde, sözleşme, önerinin muhataba varması ile birlikte kurulmuş olur<sup>49</sup>.

### 1.2.1.3. Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçlarını Doğurduğu An

#### 1.2.1.3.1. Hazırlar Arasında

Hazırlar arasında yapılan bir sözleşme, hüküm ve sonuçlarını kabul beyanının açıklanmasıyla, yani kurulduğu anda doğurur<sup>50</sup>.

#### 1.2.1.3.2. Hazır Olmayanlar Arasında

TBK m.11, “*Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur.*” hükmü ile hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı belirlenirken gönderme teorisinin kabul edileceğini belirtmiştir<sup>51</sup>. Dolayısıyla hazır olmayanlar arasında kurulan bir sözleşme, kabul beyanının önerene gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sözleşme, kabul beyanının önerene ulaşması ile birlikte kurulur, fakat hüküm ve sonuçlarını kabul haberinin gönderme tarihinden itibaren doğurur<sup>52</sup>. Ancak TBK m.11/2’ye göre, açık bir kabule ihtiyaç duyulmayan durumlarda, önerinin karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sözleşme, hükümlerini doğurur.

Türk hukukunda, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde kurulma anı açısından varma (önerene kabul beyanının ulaşması) teorisi, hüküm ve sonuçlarını doğurma açısından gönderme (önerene kabul beyanının gönderilmesi) teorisi kabul edilmiştir<sup>53</sup>. Yani sözleşme, kabul haberinin gönderildiği tarihten, beyanın önerene varması beklenmeden, geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Böylece, örneğin, önerene gönderilen kabul beyanı yolda kaybolur ve

<sup>49</sup> Hatemi/Gökyayla, 34Nomer, 47; Antalya, 339; Kılıçoğlu, 108; Eren, Borçlar Genel, 295; Oğuzman/Öz, 73;

<sup>50</sup> Nomer, 49. Antalya, 341; Hatemi/Gökyayla, 34; Kılıçoğlu, 112; Oğuzman/Öz, 73; Eren, Borçlar Genel, 296; Oğuzman/Öz, 73;

<sup>51</sup> Antalya, 341; Eren, Borçlar Genel, 296; Kılıçoğlu, 112.

<sup>52</sup> Nomer, 49. Antalya, 339; Kılıçoğlu, 108; Eren, Borçlar Genel, 296; Hatemi/Gökyayla, 34. Oğuzman/Öz, 73;

<sup>53</sup> Kılıçoğlu, 108; Nomer, 49; Antalya, 339; Eren, Borçlar Genel, 296; Oğuzman/Öz, 73; Hatemi/Gökyayla, 34.

önerene ulaşmazsa sözleşme kurulamaz. Fakat kabul beyanı önerene ulaşmışsa, yapılan sözleşme, geriye etkili olarak kabul beyanının gönderildiği tarihte yürürlüğe girmiş sayılır<sup>54</sup>. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Sözleşmenin hükümlerini doğrurma anı, özellikle muacceliyette, zamanaşımı ve faizin hesaplanmasında önem arz eder ve bu durumlar hesaplanırken esas olarak alınacak tarih, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, yani kabul beyanının gönderildiği tarihtir<sup>55</sup>.

#### 1.2.1.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş Anı

Kamu ihale sözleşmelerinde İdarenin ihale açarak ihaleyi ilan sözleşme hukuku anlamında öneriye davet, isteklilerin ihaleye katılması ise öneri anlamına gelir<sup>56</sup>. Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş anı tespit edilirken sorun, sözleşmenin kurulması için zorunlu olan kabul beyanının ne zaman verilmiş sayılacağıyla ilgilidir. Söylemek gerekir ki, kanun koyucu, bu konuyla ilgili net bir düzenleme yapmamıştır. Doktrinde de bu konuda bir görüş birliği yoktur. Doktrinde bir görüş<sup>57</sup> İdarenin ihale kararının bir kabul beyanı niteliğinde olduğunu belirtirken bizim de üstünlük tanıdığımız bir diğer görüş<sup>58</sup> ise İdarenin istekliyi sözleşmeye davetini ve akabinde sözleşmenin imzalanmasını kabul beyanı olarak görür. İdarenin kabul iradesinin ne zaman açıklanmış olacağı tespit edilirken sözleşmenin kurulmasına giden diğer aşamaları da incelemek gerekir<sup>59</sup>.

##### 1.2.1.4.1. İhale Açılması ve Öneriye Davet

Öneriye davet, bir sözleşme müzakeresini başlatmak üzere yapılan beyandır<sup>60</sup>. İdare, yükümlü olduğu kamu hizmetinin ifasını sağlamak için özel hukuk kişileriyle sözleşme imzalama yoluna giderken ilk olarak isteklileri tespit etmek ister. Bu amaçla da kamu

<sup>54</sup> **Oğuzman/Öz**, Borçlar Genel, 77.

<sup>55</sup> **Eren**, Borçlar Genel, 296.

<sup>56</sup> **Kutlu**, Meltem: “İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci”, 100 Vd. İzmir-1997; **Buz**; 217;

**Tercier/Pichonnaz**, 202.

<sup>57</sup> **Kutlu**, 100-101.

<sup>58</sup> **Buz**, 215 Vd; **Tercier/Pichonnaz**, 203.

<sup>59</sup> Detaylı Bilgi İçin Bkz. **Buz**, 215 Vd. Ayrıca, **Bilir**, Dilek: “Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, 23 Vd. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2010.); **Demirboğa**, 37 Vd. **Yazıcı**, 24.

<sup>60</sup> **Hatemi/Gökyayla**, 31; **Tercier/Pichonnaz**, 190; **Eren**, Borçlar Genel, 279; **Antalya**, 313; **Kılıçoğlu**, 89; **Oğuzman/Öz**, 59.

hizmetinin ifasına ilişkin teklifleri almak maksadıyla bir ihale açar. İhaleyi açan kurum böylelikle, mal, hizmet veya yapım işi edimlerine ihtiyaç duyduğunu bildirerek özel hukuk kişilerini kendisine teklifte bulunmaya davet eder. Açılan ihalenin ilanı ile de isteklilerin ihaleden haberdar olması sağlanır<sup>61</sup>. İhale konusu işin ilan edilmesi aleniyet ilkesi gereğidir<sup>62</sup>.

İdarenin açmış olduğu bu ihale ve akabinde ilan süreci, borçlar hukuku anlamında öneriye davettir<sup>63</sup>. İhale açılması ve ilanının öneri olduğu kabul edilmez. İhale açılması, bir öneri niteliği taşımadığı için, ihaleyi açan kurumun ihale açılması işlemi ile bağlı kalma ve süreci sözleşme ile tamamlama yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>64</sup>. Fakat kamu ihale hukuku özel düzenlemeler içeren bir alan olduğundan bu öneriye davet ve sözleşmeyle süreci tamamlama yükümlülüğünün bulunmaması iki özel hukuk kişisi arasından yapılan sözleşmelerden farklılık arz eder. İhaleyi açan kurum, tüm teklifleri reddederek öneriye davetten ve böylelikle ihale sürecinin tümünden vazgeçebilmesi mümkündür. Bu durum ise ancak haklı sebeplerin bulunması halinde hukuka uygun olur. Haklı sebeplerin ne olacağı kamu ihale mevzuatında düzenlenir. İsteklilerin kamu ihale mevzuatı kapsamında tazminat talepleri saklıdır.

#### 1.2.1.4.2. İsteklilerin Tekliflerini Sunmaları ve Öneri

İhale ilanını müteakiben istekliler tekliflerini İdareye sunarlar<sup>65</sup>. Bu teklif, borçlar hukuku anlamında öneridir<sup>66</sup>. Sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasına öneri adı verilir<sup>67</sup>. İhaleye katılan isteklilerin teklif sunmaları borçlar hukuku anlamında bir öneridir. KİK m.4'e göre "Teklif", "*Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye*

<sup>61</sup> **Sezer**, Yasin: "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", 3915. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:16, Özel Sayı-2014. S.3913-3947. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan. Cilt Iv. (Basım Yılı:2015)

<sup>62</sup> **Gözler**, İdare, 210.

<sup>63</sup> **Can**, Ozan: "Kamu İhale Hukuku", 78. Turhan Kitabevi, Ankara-2018;; **Buz**, 218; **Yazıcı** 24; **Demirboğa**, 41.

<sup>64</sup> **Buz**, 218.

<sup>65</sup> **Gözler**, İdare, 210; **Sezer**, 3915.

<sup>66</sup> **Buz**, 218; **Can**, 79.

<sup>67</sup> **Oğuzman/Öz**, Borçlar Genel, 45; **Eren**, Borçlar Genel, 276; **Kılıçoğlu**, 85; **Antalya**, C.1, 303.

*esas belge ve/veya bilgiler*” olarak tanımlanır. KİK m.4 anlamında yapılan teklif sayesinde idarenin açmış olduğu ihale ilanına, yani öneriye davete bir cevap verilmiş, dolayısıyla İdareden kabul beyanı istenerek İdare, sözleşme yapmaya davet edilmiştir.

İstekli tarafından yapılan irade beyanının öneri niteliğinde olup olmadığı özel hukuka göre tespit edilir. Bunun için sözleşmeyi kurmak için karşı tarafa yapılan önerinin bazı özelliklere sahip olması gerekir. İlk olarak öneri, karşı tarafa varmalıdır. Zira öneri, karşı tarafa varması gereken bir irade açıklamasıdır ve hüküm ve sonuç doğurabilmesi için muhatabın hâkimiyet alanına ulaşması gerekir. İstekliler, borçlar hukuku açısından öneri niteliği taşıyan tekliflerini açık ihale usulünde doğrudan yaparlar<sup>68</sup>. Belirli istekliler arasında ihale usulünde ise istekliler, öncelikle ön yeterlik açısından değerlendirilmek için başvurur. Bu ihale usulünde, isteklilerin borçlar hukuku anlamında bir öneri niteliği taşıyan tekliflerini sunmaları, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunarak davet edilmeleri halinde söz konusu olur<sup>69</sup>. İkinci olarak öneri, sözleşmenin objektif ve sübjektif bütün esaslı unsurlarını içermelidir. Kamu ihale sözleşmelerinin esaslı unsurları, sözleşme konusu kamu hizmetinin görülmesi için İdarenin ihtiyaç duyduğu edim ile bu edim karşılığı özel hukuk kişinin İdareden istediği bedeldir. Dolayısıyla bu iki unsuru içeren bir öneri, borçlar hukuku anlamında geçerli bir öneri olur. Tekliflerin, ihale mevzuatında ve ihale dokümanlarında belirlenen özellikleri taşıması da gerekir. Söz konusu durum, kamu ihale hukukuna özgü bir şarttır.

Öneri, kural olarak şekle tabi olmamakla beraber bu özel mevzuat hükümleri karşısında kanun koyucu, kamu ihale sözleşmelerinde yapılacak olan öneriyi şekle bağlamıştır. İlgili öneri (teklif) bazı zorunlu unsurları içermelidir<sup>70</sup>. Dolayısıyla ihale mevzuatına ve ihale dokümanlarına uymadığı için ihale dışı bırakılan teklifler reddedilmiş sayılacağından artık geçerli bir önerinin varlığından söz edilemez. Ayrıca istekli, teklifini bir kez İdareye verdikten sonra kural olarak eksik belge ve bilgilerin bulunduğu belirtilerek geri alamaz veya değiştiremez. Eğer bu yönde bir başvuru varsa, yani ilandan sonra teklif veren istekli, teklifinden döndüğünü, ihale kendisine kalsa bile

<sup>68</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılabilecek ihale usulleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Çelikleş, İbrahim**:“4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin İhale Usulleri Ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi” 104 Vd. Sayıştay Dergisi, Cilt:14, Sayı:50-51, S.103-120. Temmuz-Ağustos/2003.

<sup>69</sup> **Buz**, 219.

<sup>70</sup> **Abacıoğlu, Muhittin**: “Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu Ve Uygulaması”, 162. 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-2003; **Ertanhan**, 85.

sözleşme imzalamayacağını belirtmiş ise artık isteklini teklifi değerlendirme dışı bırakılmalı ve kıyas yoluyla geçici teminat gelir kaydedilmelidir<sup>71</sup>. Önerinin geçerli bir öneri olarak nitelendirilmesi için aynı zamanda hukuki sebebi de içermesi gerekir. Kamu ihale sözleşmelerinde hukuki sebep, mal, hizmet veya yapım işine yönelik edimin ifasının üstlenilmek istenmesidir. Dolayısıyla İdarenin, isteklinin teklifinden, önerinin hukuki sebebini açık olarak anlaması gerekir. Son olarak önerinin geçerli bir öneri olarak kabul edilebilmesi için önerenin önerisinde ciddi ve önerisiyle bağlanmak niyetinde olması gerekir. Önerenin bağlanma niyeti yoksa bu beyan, öneriye davet olarak anlaşılabilir<sup>72</sup>.

İhaleye katılan öneri sahiplerinin yaptıkları öneri bağlayıcıdır. Bağlayıcılık süresi bakımından TBK'nın ilgili hüküm ve esasları uygulanır. Ayrıca KİK m.24/m, ihale ilanında tekliflerin bağlayıcılık süresinin belirlenmesi gerektiğini, KİK m.32 ise tekliflerin geçerlilik süresinin ihale dokümanında belirtileceğini düzenlemiştir. İstekliler, yaptıkları önerinin bağlayıcılık süresini ihale ilanında öngörülenden farklı bir şekilde düzenleyebilir. Kanaatimizce ihale dokümanındakinden daha uzun bir süre, bağlayıcılık süresi olarak öngörülmüşse bu sürenin ve önerinin geçerli olduğunun kabulü gerekir. (*argumentum a maiore ad minus ilkesi gereği*) Buna karşılık istekli eğer önerisinde ihale dokümanındaki bağlayıcılık süresinden daha kısa bir süre ile bağlı olacağını bildiriyorsa bu öneri, ihale ilanına aykırı olduğundan geçerli bir öneri olmaz. Ayrıca İdare, tek taraflı bir tasarrufla tekliflerin geçerlilik süresini de uzatamaz. Zira KİK m.32, İdarece ihtiyaç duyulması halinde sürenin, teklif ve sözleşme koşulları değiştirilmemek ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatılabileceğini hükme bağlamıştır.

İhaleye katılan öneri sahipleri tarafından yapılan öneriler, İdare ile ihale üzerine bırakılan istekli arasında sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte bağlayıcılıklarını kaybeder. Keza İdare, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi değerlendirerek isteklilerden birinin önerisini kabul etmiş ve sözleşme imzalamıştır. Dolayısıyla artık öneriler diğer

<sup>71</sup> **Ertanhan**, 85; GÖK'e göre ise Kanunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte teklifin geri alınmayacağı şeklinde kesin hüküm dolayısıyla İdarenin, isteklinin bu talebini dikkate almaksızın ihale işlemlerine devam ederek ihaleyi sonuçlandırması gerekir. İhale sürecinde isteklinin vazgeçme beyanı o aşama itibarıyla geçici teminatın gelir yazılması sonucunu doğurmaz. **Gök**, Yaşar: "Sorular ve Cevaplarla Açıklamaları Kamu İhale Kanunu", (Soru Cevap) 369. 2.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara-2004.

<sup>72</sup> **Eren**, Borçlar Genel, 276; **Kılıçoğlu**, 89;

istekliler açısından bağlayıcılığını yitirir. İdarenin, kamu ihale sözleşmesini sona erse bile kalan teklif sahipleriyle sözleşme yapması mümkün değildir. Çünkü artık ortada bağlayıcı bir öneriden söz edilemeyeceğinden tekrardan ihaleye çıkılması gerekir.

#### 1.2.1.4.3. Kesinleşen İhale Kararı ve Bildirilmesi

KİK m.40'a göre, m.37 ve m.38 uyarınca yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır. Yani İdare, KİK'teki usullere göre teklifleri değerlendirdikten sonra ya tekliflerin tümünü reddederek ihaleyi iptal eder ya da ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine ihaleyi bırakır. İhale kararıyla birlikte ihale, bu isteklinin üzerine bırakılmış olur<sup>73</sup>.

Kanaatimizce ihale kararının alınması, borçlar hukuku anlamında bir kabul niteliği taşımaz. Zira kabul, öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin bir şekilde imkân sağlayan, varması gerekli, tek taraflı bir irade açıklamasıdır ve öneriye uygun bir kabul, sözleşmeyi doğrudan doğruya meydana getirir<sup>74</sup>. İhale mevzuatındaki süreç incelendiğinde, ihale kararıyla beraber sözleşmenin kurulmuş olmayacağı anlaşılır. Keza KİK m.40/6: “İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.” hükmünü haizdir.

Hüküm incelendiğinde, ihale kararıyla beraber sürecin bitmediği ve ihale kararının ayrıca ihale yetkilisinin onayına sunulacağı görülür. KİK m.4'teki tanım uyarınca ihale yetkilisi, İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade eder. Madde hükmüne göre ihale yetkilileri, ihale kararını onaylayabileceği gibi gerekçesini belirterek de iptal de edebilirler<sup>75</sup>. İhale yetkilisinin ihale kararını onaylaması durumunda KİK m.41/3 uyarınca “İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden

<sup>73</sup> Gözler, 213-214.

<sup>74</sup> Eren, Borçlar Genel, 288; Kılıçoğlu, 102; Antalya, 331; Oğuzman/Öz, 64.

<sup>75</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Türkoğlu, Yekta / Şaki, Turhan / Egemen, Ercan: “İhale Hukuku ve İnşaat İşleri”, Olgaç Matbaası, Ankara-1985. Danıştay, vermiş olduğu bir kararında, idarenin onayına sunulan her ihaleyi mutlaka onamaya zorlayan bir hükmün olmadığını, bununla beraber, onama konusundaki takdir hakkının objektif esaslara dayandırılması gerektiğini belirtmiştir. (Danıştay 12. Dairesi: T.12.02.1975, E.1972/3053, K.1975/250) ( Karar için bkz. Türkoğlu/Şaki/Egemen, 213-214.)



*itibaren; 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz.”*. Dolayısıyla Kanun, ihale kararı verildikten sonra sözleşme imzalanması için İdarenin belli bir süre beklemesi gerekeceğini hüküm altına almıştır. Burada öngörülen süreler idari bir denetim yolu olan şikâyet ve itirazın şikâyet hakkının kullanılması için öngörülen süreler olup isteklileri koruma maksadıyla getirilmiştir. Bu sebeple İdare, kamu ihale sözleşmesinin imzalanması için istekliyi ancak bu sürelerin geçmesiyle birlikte sözleşme imzalamaya davet edebilir. Bu sürece kadar henüz sözleşme imzalanarak kurulmadığından ihale kararının bir kabul beyanı olduğunu söylemek mümkün değildir.

İhale kararının borçlar hukuku anlamında bir kabul beyanı olduğunu savunan *KUTLU*<sup>76</sup>, 2886 sayılı DİK m.53’te yer alan *“bütün ihaleler sözleşmeye bağlanır.”* hükmü uyarınca kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasının yalnızca formel bir işlem olduğunu ve var olan hukuki durumu belgelendirmekten ibaret bir belge olduğunu ileri sürer. İdarenin ihale kararıyla birlikte sözleşmeyi kuran kabul beyanında bulunduğunu belirten yazara göre bu iradenin ihale yetkilisi tarafından onanmasıyla sözleşme kurulur. Bu görüş kanaatimizce doğru değildir. Zira kamu ihale sözleşmelerinin Kanunun öngördüğü şekliyle yazılı şekilde yapılması gerekir. Yazılı şekil şartına uymadan yapılan sözleşmeler TBK m.12 kapsamında hüküm doğurmayacaktır. Ayrıca sözleşmenin ihale kararına ve ihale yetkilisince onanmasına rağmen kurulmaması da mümkündür. Keza, istekli, İdarenin kendisini sözleşmeye davet etmesine rağmen davete iştirak etmeyebilir. İstekli bu sözleşmeyi imzalamaya gelmediği takdirde İdarenin de istekliden sözleşmenin kurulduğundan bahisle herhangi bir talebi olamayacaktır. İdarenin böyle bir durumda yapabileceği tek şey, istekli tarafından verilecek geçici teminatı gelir kaydetmek ve zararının karşılanması için tazminat davası açmaktır. Aynı zamanda ihale kararı, ihale üzerinde bırakılan istekli lehine sözleşmenin yapılması hususunda bir talep hakkı da vermez. Yani ihale kararı, bu kararı alan İdare açısından da sözleşme yapma zorunluluğu doğurmaz<sup>77</sup>.

İhale kararı, hukuki niteliği itibariyle idari bir işlemdir. Kesinleşen ihale kararının bildirilmesi ise idareye verilen tekliflerin değerlendirilmesinden sonra İdarece isteklilere

<sup>76</sup> **Kutlu**, 100-101.

<sup>77</sup> **Buz**, 222.

yapılan ilk irade açıklamasıdır<sup>78</sup>. İdarenin kesinleşen ihale kararını bildirmesi ise herhangi bir kabul içermez; yalnızca ihalenin kimin üzerinde bırakıldığını belirtir. Bu niteliğiyle ihale kararı ve bu kararın bildirilmesi, kabul anlamına gelmez. İhale kararı ve bildirilmesi, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasına giden sürecin kamu ihale mevzuatındaki usule göre devam etmesi için gerekli olan bir adımdır.

#### 1.2.1.4.4. Sözleşmenin İmzalanması ve Kabul

“Sözleşmeye Davet” başlığını taşıyan KİK m.42’ye göre: “41 inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye on iki gün ilave edilir...”. Bu hüküm uyarınca, kesinleşen ihale kararının bildirilmesi aşamasından sonra, ihale üzerine bırakılan istekli, sözleşmeyi imzalamak üzere davet edilir<sup>79</sup>.

İdarenin ihale üzerine bırakılan istekliyi sözleşmeye davet edebilmesi için şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları için öngörülen sürelerin geçmiş olması lazımdır. Ayrıca gereken hallerde 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.58’de düzenlenen ön mali kontrolün de tamamlanması gereklidir. Bunlardan sonra üç gün içerisinde ihale üzerine bırakılan istekli sözleşmeyi imzalamaya davet edilir. Davetin akabinde ihale üzerine bırakılan istekliye 10 günlük süre verilir. Bu 10 gün içerisinde ihale üzerine bırakılan istekli sözleşmeyi imzalayıp imzalamamakta serbesttir. İstekli, davete icabet etmeyip sözleşmeyi imzalamaktan imtina ederse, verdiği geçici teminat İdarece gelir kaydedilir. Sözleşmeye davet yazısı, İdarenin isteklinin teklifini kabul ettiği iradesini taşısa da henüz sözleşmenin imzalanacağı hususu kesin değildir<sup>80</sup>. Zira kamu ihale mevzuatında belirtilen sebeplerle ihale üzerinde kalan istekli başka bir İdare tarafından ihaleye katılmaktan yasaklanırsa veya ihaleye katılma engellerinden birinin varlığı anlaşılırsa idare sözleşme imzalamaz.

<sup>78</sup> Demirboğa, 71.

<sup>79</sup> Kılıç, Duygu: “Açıklama Ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale Ve Sözleşmeleri”, 277 Vd. Adalet Yayınevi, Ekim-2010; Sezer, Yasin / Kalkan, Recep Emre / Şahin, Mustafa Emre: “Kamu İhale Hukuku Dersleri”, 42. Adalet Yayınevi, Kasım-2017; Can, 86;

<sup>80</sup> Demirboğa, 73.

Kamu ihale sözleşmeleri, sözleşmeye davet akabinde tarafların bir araya gelip imza atmaları anında kurulur. Yani kanun koyucu KİK m.42’de belirttiği üzere sözleşmenin kurulmasında hazırlar arasında bir sözleşme modeli benimsemiştir. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmesinin hüküm ve sonuçları da kurulduğu andan itibaren doğar. Yine aynı nedenle TBK m.6’da yer alan “örtülü kabul” kurumu da uygulama alanı bulmaz.

Kanun koyucunun bu şekildeki düzenlemesi kanaatimizce borçlar hukuku anlamında açıklaması güç bazı problemlere yol açmıştır. Kamu ihale sözleşmeleri hazırlar arasında yapılan bir sözleşme modeli olarak planlandığından sözleşmenin taraflarının karşı karşıya bulunması şartının arandığının kabulü gerekir. Aksi takdirde kabul beyanı açıklanamadığından sözleşme kurulamaz. Kanunun lafzından, İdarenin kabul beyanının ancak sözleşmenin imzalanmasıyla ortaya çıktığı görülür. Fakat ihale kendisine bırakılan istekli, ortada kendisinin de bağlı olduğu bir öneri olmasına rağmen sözleşme yapma davetine uymayarak sözleşmenin kurulmasını ve İdarenin kabul beyanında bulunmasını engelleyebilir. Bu da sistemi teorik olarak açıklarken içinden çıkılmaz bir hale sokar. Zira ortada bağlayıcılığı olan bir öneri olmasına rağmen öneren, ihale üzerine bırakılan istekli, sözleşmeye davet usulüne uygun hareket etmez ise kabul beyanı İdare tarafından hiçbir şekilde açıklanamaz. Bu sebeple de sözleşme, kural olarak İdarece açıklanacak bir kabul beyanı sonucu kurulabilecek olmasına rağmen önerenin mutlaka gidip İdareyle karşılıklı olarak sözleşmeyi imzalamasıyla kurulmak mecburiyetinde olur.

Mevzuatın kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş sürecini belirlerken hareket ettiği nokta tespit edilip teorik olarak açıklanması bakımından kanaatimizce şu şekilde bir yol izlenmelidir: İdarenin ihale açması ve bunu duyurması yerleşik anlayışa da uygun bir şekilde öneriye davet, isteklilerin ihaleye katılarak teklif vermeleri de öneri niteliğindedir. İdarenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespit ederek isteklilerden biri üzerine ihaleyi bırakması ve ihale yetkilisi tarafından bunun onaylanması idari bir işlemdir. KİK’in benimsediği hazırlar arasında yapılan sözleşme modeli kapsamında, ihale üzerine bırakılan istekli, sürelerle uyularak İdare tarafından sözleşmeye davet edilir. İstekli gelip sözleşmeyi imzaladığında İdare de attığı imzayla kabul beyanını açıklamış olur<sup>81</sup>. İsteklinin davete icabet etmemesi halinde İdare kabul beyanını

---

<sup>81</sup> Küçükgüngör/Akipek, 50.

açıklayamaz ve dolayısıyla sözleşme de kurulamaz. Sözleşmenin kurulmasına engel olan istekli, İdarenin bu yüzden uğramış olduğu zararları (menfi) *culpa in contrahendo*<sup>82</sup> hükümleri kapsamında tazminle yükümlü olacağı gibi göstermiş olduğu geçici teminat da İdarece gelir kaydedilir<sup>83</sup>. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, bağlayıcı nitelikte öneride bulunan kimsenin önerinin kabulü halinde sözleşme konusu edimi ifa etmeyeceğini ifade etmesi ve bu nedenle muhatabın kabul beyanında bulunmamasına yol açması halinde, muhatabın, sözleşmenin öneride bulunan kişi ile yapılmaması nedeniyle uğradığı zararların tazmininin talep edebileceğine hükmetmiştir<sup>84</sup>.

### 1.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Konusu

Taraflar arasında kararlaştırılan edim, o sözleşmenin konusunu oluşturur. Örneğin satım sözleşmesinin konusu satın alınacak olan maldır veya kira sözleşmesinin konusu kiralanan şeydir. Kamu ihale sözleşmelerinin de konusu, sözleşmenin içerdiği edime göre değişiklik gösterir. Kamu ihale sözleşmeleri, mal alımları, hizmet alımları ve yapım işleri için yapılabildiğine göre sözleşmelerin konusu her bir durum için farklılık arz eder. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin konusu, sözleşmeye karakteristiğini veren edimin şekline göre nitelik kazanır<sup>85</sup>.

#### 1.2.2.1. Mal Alımı Sözleşmeleri

KİK m.4'te yer aldığı şekliyle mal; satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları ifade eder. Bu bağlamda kamu ihale sözleşmelerinin konusu mal alımı olabilir. Her türlü taşınır ve taşınmaz mal alımı ile hakların özel hukuk kişilerinden sağlanması, kamu ihale sözleşmeleri özelinde mal alımı sözleşmeleri olarak

<sup>82</sup> Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk niteliğini haiz sözleşmeler olduğundan bu sözleşmelere sözleşme öncesi sorumluluk anlamına gelen "culpa in contrahendo" teorisi uyarınca İdarenin zararı karşılanmalıdır. Bu sözleşmeler bakımından idare şartnamelerinin culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamını belirleyeceği görüşü hakkında bkz. **Karaca**, Ahmet Ceyhun: "Kamu İhalesi Yöntemiyle Kurulan Özel Hukuka Tabi Sözleşmelerde İdarenin Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu" 18. ([Www.Academia.Edu](http://www.Academia.Edu)); **Buz**, 154-201.

<sup>83</sup> **Buz**, 217.

<sup>84</sup> Bgh, Urteil V.24.11.2005 Tarihli – V11 Zr 87/04, Mdr 2006. 510=Bghreport 2006, 341=Wm 2006, 248 Sayılı Karar Ve Değerlendirme İçin Bkz. **Buz**, 217.

<sup>85</sup> **Demirboğa**, 46.

nitelendirilir<sup>86</sup>. Örneğin İdarenin otomobil veya bir taşınmaz satın alması ile bir taşınmaz üzerinde İdareye sınırlı bir aynı hak tesisine ilişkin sözleşmeler bu bağlamda değerlendirilir ve kamu ihale sözleşmelerine konu edilebilir. 4735 sayılı KİSK m.5/2. uyarınca mal alımlarında Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler de kullanılabilir<sup>87</sup>.

#### 1.2.2.2. Hizmet Alımı Sözleşmeleri

KİK m.4'te yer aldığı şekliyle hizmet; bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri ifade eder. Tanımdan da anlaşılacağı gibi Kanun, hizmet kavramını son derece geniş tutmuş ve aynı zamanda “ve benzeri diğer hizmetleri” diyerek sınırlandırıcı bir belirleme yapmaktan kaçınmıştır. Dolayısıyla tanımda belirlenmiş olan hizmetlerin alımı, ilgili Kanunlarla istisna getirilmedikçe mutlaka KİK ve KİSK kapsamında yapılır<sup>88</sup>. Kanunun özellikle belirttiği bir durum da, taşınır ve taşınmaz mal ile hakların kiralanmasıdır. Keza İdare, herhangi bir taşınır ve taşınmaz mal ile hakların kiralanmasına ihtiyaç duyuyorsa, KİK uyarınca hizmet alımına ilişkin bir kamu ihale sözleşmesi akdetmek mecburiyetindedir<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Sezer/ Kalkan/ Şahin, 42.

<sup>87</sup> Söz konusu düzenlemede yer alan mutlak olan sözleşmeler ifadesiyle her idarenin 4734 sayılı Kanunda belirtilen ihale usullerinden uygun olanını seçmek suretiyle yapmış olduğu ihalelere ilişkin kullanmak zorunda olduğu tip sözleşmelerin yerine geçmek üzere kendi özel sözleşmeleri hazırlaması kastedilmemektedir. Bunun yerine finansal, kiralama, abonelik, bakım, onarım, danışmanlık vb. alanlarda ilgili mevzuatı uyarınca bu hizmetleri sunan İdareler veya özel hukuk kişileri tarafından hazırlanan ve uzun süre boyunca uygulamada yaygın kullanılmaları neticesinde kabul gören sözleşmeler kastedilmektedir. (Tuna, Mustafa Oğuz: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi Ve Devri”, 33. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul-2013. (22.08.2009 Tarihli Ve 27327 Sayılı Resmi Gazete’de Yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliği M.23.1.)

<sup>88</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, 42.

<sup>89</sup> Mal Alımları hakkında geçerli olan “mutlak sözleşme” düzenlemesi hizmet alımları için de geçerlidir.

### 1.2.2.3. Yapım İşleri Sözleşmeleri

KİK m.4'te yapım kavramının teknik ve net bir tanımı yapılmamıştır. Bunun yerine Kanun, yapım işi olarak değerlendirilecek durumlara örnek vermeyi tercih etmiştir. Buna göre yapım işinden anlaşılması gerekenler; bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri işlerdir. Burada da Kanun'un aynı hizmet alımlarında olduğu gibi sınırlama yapmadığını ve örnekleme yoluyla yapım işi olarak değerlendirdiği işler görülür. Dolayısıyla bu kapsamda yapılan inşaat işleri ile bu işlerle ilgili olmak kaydıyla tesisat, nakliye ve restorasyon gibi yan işler için yapılan ihaleler sonucu imzalanan sözleşmeler de kamu ihale sözleşmeleri özelinde yapım işleri sözleşmelerini oluşturacaktır.

### 1.2.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri

Kamu ihale sözleşmeleri, akdedilmelerinde uygulanan usul ve ihalelerinde teklif verme usullerine göre beş türe ayrılmıştır. "Sözleşme Türleri" başlığını taşıyan KİSK m.6'ya göre bunlar; anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, götürü bedel sözleşme, birim fiyat sözleşmesi, karma sözleşme ve münferit sözleşmedir.

#### 1.2.3.1. Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme

Götürü bedel, tarafların meydana getirilecek esere ödenecek bedeli sözleşmede önceden kesin olarak belirlemelerine denir<sup>90</sup>. KİSK m.6/a'ya göre anahtar teslimi götürü bedel

<sup>90</sup> Eren, Fikret: "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", 666. Ankara-2019. Yetkin Yayınları (*Borçlar Özel*); Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre: "Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri", 469. Turhan Kitabevi, 19.Bası, Ankara-2019; Gümüş, Mustafa Alper: "Borçlar Hukuku Özel Hükümler" C.II, 79. 3.Bası, Vedat Kitapçılık- İstanbul, 2014.

Götürü bedele kesin bedel, sabit bedel, anahtar teslimi bedel de denmektedir. Kanaatimizce kanun koyucunun "anahtar teslim götürü bedel" ibaresiyle her iki ifadeyi birden kullanmasının sebebi bu sözleşme türünün yalnızca yapım işleri bakımından uygulanacağını vurgulamak istemesidir. Keza götürü bedel, kamu ihale sözleşmeleri bakımından mal ve hizmet alımları için akdedilebilen bir sözleşme iken anahtar teslimi götürü bedel, yapım işleri açısından kural olarak bir zorunluluktur.

sözleşmeler, yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden yapılan sözleşmelerdir<sup>91</sup>. Uygulama projeleri, KİK m.4'teki tanımıyla, belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projedir<sup>92</sup>. Hangi yapım işlerinin anahtar teslimi götürü bedel sözleşme üzerinden yapılacağı KİK m.62/c'de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca uygulama projesi bulunan tüm yapım işlerinin anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeyle yapılması zorunludur. Uygulama projesi yapılması zorunluluğu bulunmayan işler ise bu şekilde yapılmak zorunda değildir. Bu durumun bazı istisnaları bulunur. İlk olarak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işleri, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeyle yapılmak zorunda değildir. İkinci olarak, İhale konusu işin özgün nitelikte olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerin gerekli olan nitelikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir<sup>93</sup>. Yapım işine ait her türlü onarım işleri birim fiyat sözleşme ile yaptırılabilir. İşin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi durumunda da, uygulama projesi ihaleden önce hazırlanamayacağı gerekçesiyle, anahtar teslim götürü bedel sözleşme yapılması zorunluluğu ortadan kalkar. Uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedeniyle, ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapılamaz.

#### 1.2.3.2. Götürü Bedel Sözleşme

KİK m.6/b'ye göre; mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden yapılan sözleşmeler götürü bedel sözleşmelerdir. Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere götürü bedel sözleşmeler mal veya hizmet alımı işleri için yapılabilir<sup>94</sup>. Kanun, yapım işleri için anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeleri istisnalarını belirterek bir zorunluluk

<sup>91</sup> Bilgin, 125.

<sup>92</sup> Götürü bedele göre düzenlenen yapım sözleşmelerinde yapılan kısmın fiziki oranına göre götürü bedelin ne miktarının ödeneceğine karar verilir. (Tuna, 34) Uyuşmazlık Halinde Oranın Belirlenmesinde Bilirkişiye Başvurulacağına İlişkin Bkz. (Y.15.Hd: T.06.06.1994, E.1994/5259, K.1994/3640)

<sup>93</sup> Qugley, Connor: "European Community Contract Law", 347. Volume I: The Effect Of Ec Legislation On Contractual Rights, Obligations And Remedies, London, Kluwer Law International, 1997. (Aktaran: Demirboğa, 49.)

<sup>94</sup> Bilgin, 125.

haline getirmişken götürü bedel, mal ve hizmet alımları için zorunlu bir sözleşme türü olarak belirlememiştir. Dolayısıyla başka sözleşme türleri ile de mal ve hizmet alımları yapılabilir.

### 1.2.3.3. Birim Fiyat Sözleşme

KİSK m.6/c'ye göre; yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden yapılan sözleşmeler birim fiyat sözleşmelerdir<sup>95</sup>.

Birim fiyat sözleşmeler, idareler tarafından daha çok tercih edilir<sup>96</sup>. Bunun sebebi hem sözleşmenin yürütülmesindeki esneklik, hem de teslim yerleri ile teslim şartlarının kısmi olarak belirlenmesinin mümkün olmasıdır<sup>97</sup>. Zira iş artışında artış miktarının birim fiyatlı kamu ihale sözleşmelerinde daha fazla olması da bu tür sözleşmelerdeki esnekliği açıklar niteliktedir.

### 1.2.3.4. Karma Sözleşme

KİSK m.6/d<sup>98</sup>'ye göre; yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda yapılan sözleşmeler karma sözleşmelerdir. Kanunun lafzından karma sözleşmelerin ancak yapım işlerinde

<sup>95</sup> **Tuna**, 34; **Bilgin**, 126.

<sup>96</sup> Nitekim 2008-2018 yılları arasında İdarelerin birim fiyat sözleşme yapma yönünde tercihi artmıştır. Bunun sebebi yasal düzenlemelerin yanında Uygulama Projelerinin daha fazla zaman alması, çok iyi hazırlanmaması halinde, sözleşme esnasında Yüklenici ile yaşanan uyumsuzluklardır. Bu yüzden Kesin Proje hazırlayarak, bu da mümkün değilse, Ön Projelerle ihale yapılmakta, kısa sürede onarım işleri de dâhil birçok yapım işi bitirebilmektedir. İlgili istatistikler için bkz. (İnş. Yük. Müh. Yüksel **KAYA** tarafından yazılan 20.12.2018 tarihli web-makale: <https://www.insaport.com/makale/ihalelerde-en-cok-birim-fiyat-sozlesme-tercih-ediliyor/>) (E.T.: 08.05.2020)

<sup>97</sup> **Demirboğa**, 50.

<sup>98</sup> **Bilgin**, 126. bu bentte yer alan sözleşme türü 5812 sayılı kanunun 32.maddesiyle değiştirilmeden önce "İdare ile istekliler arasında belirli bir zaman arlığında gerçekleşecek alımlara ilişkin şartları belirleyen çerçeve sözleşme; bu kapsamda yapılacak alımlarda yükleniciler ile idareler arasında kısa sözleşme" şeklinde iken ilgili değişiklik sonrası artık karma sözleşme ismini almıştır.



yapılabileceği görülür. Fakat bazı yapım işleri, özelliklerinden ötürü sadece anahtar teslimi götürü bedel sözleşme türüne göre yapılamaz. Bu sebeple yapım işine ilişkin kamu ihale sözleşmesi, bir kısmı anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı ise birim fiyatlı sözleşme şeklinde akdedilir. Bu iki sözleşme tipinin tek bir yapım işinde birleştiği hallerde karma sözleşmeden bahsedilir<sup>99</sup>.

#### 1.2.3.5. Münferit Sözleşme

KİSK m.6/e'ye göre; Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan kamu ihale sözleşmeleri münferit sözleşmelerdir. Çerçeve anlaşma, KİK m.4'teki tanımıyla bir veya birden fazla İdare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmayı ifade eder.

Çerçeve anlaşmalar<sup>100</sup> borçlar hukuku anlamında niteliği itibariyle sözleşme yapma vaadi, yani ön sözleşmedir<sup>101</sup>. Ön sözleşme, tarafların birbirlerine karşı ileride bir borç sözleşmesi yapma sözü vermesidir. Tek taraflı ön sözleşmelerde taraflardan biri, ileride asıl sözleşmeyi üçüncü bir kişiyle yapmayı üstlenir. İki taraflı ön sözleşmeler ise ileride asıl sözleşmeyi yapmayı birbirine karşılıklı olarak üstlenen taraflar arasında yapılır<sup>102</sup>.

KİSK m.6/e hükmüyle kanun, İdare ile özel hukuk kişisi arasında çerçeve bir anlaşma, yani bir ön sözleşme yapma imkânı tanımıştır. İdare bunu çerçeve anlaşmalar vesilesiyle yapar. Münferit sözleşme de çerçeve anlaşma yapılan işlerde, kamu alımının gerçekleştirildiği, çerçeve anlaşmaya dayanarak yapılan sözleşmeyi ifade eder<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 57. Genişletilmiş 12.Baskı, Yetkin Yayınevi. Ankara-2019; **Eren**, Borçlar Özel, 953.

<sup>100</sup> Barlas'a göre çerçeve sözleşme, aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her ir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartlarını kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmalarıdır. **Barlas**, Nami: “Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri” 808. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. İstanbul-1999 (Aktaran: Tuna, 35.) Ayrıca Bkz. **Toprak**, Eren: Kamu İhale Sisteminde Yeni Bir Kavram: Çerçeve Sözleşme İhaleleri”, 143 vd. Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:19, s.141-166. Mart-2008; Çerçeve anlaşma ve münferit sözleşmede belirtilmesi zorunlu hususları belirlemeye Kurum yetkilidir (**Bilgin**, 126.) İhalelere Hâkim Olan İlkelere Saydamlık İlkesinin Çerçeve Sözleşmelere Yansıması Hk. **Sancar**, 158-159.

<sup>101</sup> **Demirboğa**, 52.

<sup>102</sup> Detaylı Bilgi İçin Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, 307 vd., **Oğuzman/Öz**, 189 vd.

<sup>103</sup> **Demirboğa**, 52.

## 1.2.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli

### 1.2.4.1. Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarının sonuç doğurması için bu beyanların belli bir şekilde yapılması gerekiyorsa ortada şekle bağlı bir işlemde söz edilir<sup>104</sup>. “Sözleşmelerin Şekli” başlığını taşıyan TBK m.12’ye göre genel kural, sözleşmelerin geçerliliği için kanunda aksi öngörülmemişse herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmadığıdır. Bu kurala şekil serbestisi denir. Kural, şekil serbestisi olmakla beraber birçok kanunda bazı hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin bir şekle tabi tutulduğu görülür. Kanunun şekil şartı öngördüğü bu sözleşmeler eğer bu şekil şartına uygun olarak akdedilmezse TBK m.12/2 gereğince hüküm doğurmazlar. Yapılış tarzlarına göre şekil, üç türdür. Bunlar adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmi şekildir.

#### 1.2.4.1.1. Adi Yazılı Şekil

TBK’da yazılı şeklin ne olduğuna ilişkin herhangi bir tanım yoktur. TBK m.14 ve devamında yazılı şeklin unsurları belirtilmekle beraber yazılı şeklin nasıl olacağı tarif edilmemiştir. Beyan sahibinin, şekle tabi irade beyanının içeriğini yazıyla belgeleyip imzalamasına yazılı şekil denir<sup>105</sup>. Sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması adi yazılı şekli gerçekleştirir<sup>106</sup>.

#### 1.2.4.1.2. Nitelikli Yazılı Şekil

Nitelikli yazılı şekil de aslında kanuni bir yazılı şekildir. Adi yazılı şekilden farklı olarak nitelikli yazılı şekilde sözleşmenin Kanun tarafından belirlenen bazı unsurları içermek zorunda olması yahut adi yazılı şekle oranla ya tamamının ya da imza kısmının

<sup>104</sup> Antalya, 527; Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, 138; Eren, Borçlar Genel, 298.

<sup>105</sup> Eren, Borçlar Genel, 308.

<sup>106</sup> Eren, Borçlar Genel, 308; Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, 142; Kılıçoğlu, 160; Antalya, 533; Tercier/Pichonnaz, 212.

yazılı olarak düzenlenmesi zorunluluğu söz konusudur<sup>107</sup>. Örneğin elyazısı ile vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için sadece imzanın değil bütün vasiyetnamenin vasiyetçinin elyazısıyla yazılmış olması zorunludur. (TMK m.537)

#### 1.2.4.1.3. Resmi Yazılı Şekil

Bir sözleşmenin resmi yazılı şekle tabi olması, o sözleşmenin kanunun belirlediği resmi makam önünde veya o resmi makamın katılımıyla yapılması zorunluluğunu ifade eder<sup>108</sup>. Resmi şekle tabi bir sözleşme bu şekle uyulmadan yapılırsa geçerli olmaz. Örneğin taşınmaz satım sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde düzenlenmesi şarttır. (TBK m.237/1, TMK m.706)

#### 1.2.4.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli

KİK m.46'da, özel haller hariç tüm ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı hükmü yer alır. İhale sürecine bakıldığında, kanunen sözleşmenin taraflarca imzalanma koşulu öngörüldüğünden, ilgili kamu ihale sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak yazılı olarak düzenlenecek bu sözleşmenin hangi yazılı şekle tabi olduğuna ilişkin kanunda bir hüküm yoktur. Kanunda kamu ihale sözleşmelerinin noter tarafından düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılacağına ilişkin şart da kaldırılmıştır. İdarenin takdirinde olmak üzere, daha önceden ihale dokümanında belirtmek koşuluyla sözleşme iradi olarak resmi şekle tabi tutulabilir. Fakat kamu ihale sözleşmelerinin ilgili kanun değişikliğiyle birlikte resmi şekilde yapılma zorunluluğu yoktur. Sözleşmenin resmi şekle tabi olmadığı sonucu çıkarıldıktan sonra adi yazılı şekilde mi yoksa nitelikli yazılı şekilde mi yapılacağı sorununun da çözüme kavuşturulması gerekir.

“Sözleşmede Yer Alması Zorunlu Hususlar” başlığını taşıyan KİSK m.7'ye göre bu kanuna göre yapılacak olan sözleşmelerde şu hususların yer alması zorunludur:

- a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- b) İdarenin adı ve adresi.
- c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.

<sup>107</sup> Eren, Borçlar Genel, 319; Kılıçoğlu, 160; Antalya, 550; Tercier/Pichonnaz, 212.

<sup>108</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, 150; Eren, Borçlar Genel, 319; Kılıçoğlu, 160; Antalya, 551; Tercier/Pichonnaz, 213.

- d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.
- g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
- h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.
- i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.
- l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.
- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar.
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.
- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları.
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- y) Anlaşmazlıkların çözümü.
- z) İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler.”

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere KİSK m.7 uyarınca sözleşmede yer alması gerekli olan hususlar 22 bent halinde sayılmıştır<sup>109</sup>. Yazılı bir sözleşmenin içeriğinde yer alması gerekli bazı hususların kanun tarafından belirtilmiş olması o sözleşmeyi nitelikli yazılı hale getirir<sup>110</sup>. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin ilgili hüküm uyarınca nitelikli yazılı şekilde yapılmasının gerektiği sonucu çıkar.

<sup>109</sup> Bilgin, 126.

<sup>110</sup> Nitelikli yazılı şekil, kanunun bir sözleşmenin sadece yazılı olarak yapılmasını belirtmekle kalmayıp, adi yazılı şekildeki unsurlara bazı içerik ve şartların eklenmesi, metnin bazı unsurları içermesi gerektiğini belirtmesi halinde söz konusu olur. Nitelikli yazılı şekil, adi yazılı şekle oranla daha detaylı bir içerik belirlenmesi ve sözleşmede yazılı hale getirilmesi zorunluluğu anlamına gelir. Nitelikli yazılı şekil öngörülmuş sözleşmelerin incelenmesi ile ilgili bkz. **Gündüz**, Şefika Deren: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2012. **Altaş**, Hüseyin: “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi”, 77. Yetkin Yayınevi, Ankara-1998; **Eren**, Borçlar Genel, 319; **Kılıçoğlu**, 160; **Antalya**, 550; **Tercier/Pichonnaz**, 212.

Uygulamada, “Tip Sözleşmeler” başlığını taşıyan KİSK m.5’e göre kamu ihale sözleşmeleri, Resmi Gazete’de yayımlanan tip sözleşmeler uyarınca akdedilir. Mal, hizmet ve yapım işi ihalelerine ilişkin kamu ihale sözleşmeleri, ilgili tip sözleşmeler uyarınca İdareler tarafından hazırlanır. Dolayısıyla KİSK m.7’de öngörülen şartları ihtiva etmeyen bir sözleşme hazırlanmaması aslında uygulamada karşılaşılan bir sorun değildir.

KİSK m.7’de belirtilen şartları taşımayan bir sözleşmenin varlığı halinde sözleşmenin akibetinin ne olacağı teorik bir tartışmanın konusu olabilir. Bu noktada, geçerlilik şekli olarak nitelikli yazılı şekil öngörülen bir sözleşmenin bu şekle uygun akdedilmemesi söz konusudur. Bu durumda ilgili sözleşme geçerli olmaz. Geçersizliğin türü, kesin hükümsüzlüktür<sup>111</sup>. Fakat sözleşme her ne kadar bir özel hukuk sözleşmesi olsa da konusu bakımından bir kamu hizmetini içerdiğinden ayakta tutulması, kanaatimizce kamu yararınaadır. Nitekim KİSK m.7’de “z” bendine kadar aranan hususların hepsi de, sözleşmenin esaslı unsurları olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla TBK m.1 anlamında da sözleşmenin, ihale dokümanlarına aykırı olmamak kaydıyla, esaslı noktalarının belirtilmiş olması, geçerlilik için yeterli kabul edilmelidir. Sözleşmenin esaslı noktaları, her bir kamu ihale sözleşmesi türü için ayrı ayrı belirlenecek olmakla beraber örneğin KİSK m.7/e’de yer alan “*sözleşmenin bedeli, türü ve süresi*” tüm kamu ihale sözleşmeleri için esaslı bir unsurdur. Fakat KİSK m.7/y’de yer alan “*anlaşmazlıkların çözümü*”ne veya 7/v’de yer alan “*ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu*”na ilişkin fıkrada yer alan hususların sözleşmede yazılmasının unutulmuş olması, sözleşmenin geçerliliğine etki etmemelidir. Sonuç olarak, tarafların sözleşmede esaslı noktalara yer vermeleri, sözleşmenin geçerliliği bakımından

<sup>111</sup> Klasik görüşe göre kural bu olmakla beraber, kesin hükümsüzlük görüşünü savunan yazarlar ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi, taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılığdan uzak bir biçimde bilerek ve isteyerek tümüyle ifa etmişlerse artık şekle aykırılığı ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı düşerek hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmeleri açısından düşünüldüğünden eğer hem İdare hem de yüklenici ortada şekle aykırı olarak “kurulmuş” ve fakat ifa edilmiş bir kamu ihale sözleşmesi söz konusuysa, artık ifadan sonra şekle aykırılığı ileri sürememelidir. Aksinin kabulü hakkın kötüye kullanılmasına hukuki bir zemin kazandırmak olacaktır. Geçersizlikle ilgili görüşler için bkz. **Altaş**, 158; **Eren**, 327 vd.; **Kılıçoğlu**, 211 vd; **Antalya**, 559 vd.

yeterlidir. Buna karşılık, yan noktaların yazılmamış olması halinde tamamlayıcı kanun hükümlerinin uygulanması gereklidir<sup>112</sup>.

### 1.2.5. Kamu İhale Sözleşmesinin Tarafları

Kamu ihale sözleşmeleri, İdare ile özel hukuk kişisi arasında, birbirine uygun irade beyanları sonucunda akdedilen ve İdarenin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ifası amacıyla kurulan sözleşmelerdir. Tanımdan hareketle, kamu ihale sözleşmelerinin tarafları, İdare ile bir özel hukuk kişisi olan yüklenicidir. KİK m.4, sözleşmenin taraflarının tanımını yapmıştır: İdare, “*ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşları*”; yüklenici ise “*üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli*” ifade eder.

#### 1.2.5.1. İdare

Kamu ihale sözleşmelerinin taraflarından biri İdaredir. İdarenin taraf olmadığı bir kamu ihale sözleşmesi olamaz. Zira kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin amacı, İdarenin bir ihtiyacının, bir kamu hizmetinin karşılanmasıdır. İdare, kamu idaresi olarak belli başlı iki anlamda kullanılır. İdare, ilk olarak Devletin bazı yönetim organlarını, kuruluşlarını ifade eder. Buna idarenin organik anlamda tanımı denir<sup>113</sup>. İdare kelimesi bir faaliyeti ifade ettiğinde de, maddi veya fonksiyonel anlamda kullanılmış olur. Buna göre fonksiyonel anlamda İdare, devletin kendine özgü amaçlarına ulaşmak için yerine getirdiği faaliyetlerin tamamıdır<sup>114</sup>.

KİK m.4’te tanımlandığı şekliyle İdare, organik anlamda İdare olup devletin bazı yönetim organlarını ve kuruluşlarını ifade eder. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin taraflarından biri, bir yönetim organı veya kamu idaresidir<sup>115</sup>. İdarenin en temel amacı, kamu yararını sağlamaktır. Kamu yararını sağlamak amacıyla da kamu hizmetlerini yürütür. İdarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kamu gücü kullanarak yaptığı

<sup>112</sup> Buz, 238.

<sup>113</sup> Günday, 3.

<sup>114</sup> Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: “Türk İdare Hukuku”, 32. Savaş Yayınevi, 10.Baskı, Ankara-2019.; Gözler, 10.

<sup>115</sup> Bkz. Uz, Abdullah: “Kamu İhale Kanunu 10/4-F Hükmü Bağlamında “İhaleyi Yapan İdare” Kavramı Ve Kapsamı Üzerine Bir Değerlendirme Ve Sağlık Bakanlığı Örneği” Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:66, S.90-95. Şubat-2012.

işlemler yanında tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi yaptığı işlemler de bulunmaktadır<sup>116</sup>. Kamu ihale sözleşmeleri de bu tür sözleşmelere örnek oluşturup İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan mal, hizmet ve yapım işlerinin temin edilmesi maksadıyla bir özel hukuk tüzel kişisi gibi özel hukuk kişileriyle piyasada sözleşme akdeder.

Bu noktada, İdarenin Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğinin olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur. Aynı tüzel kişiliğin içerisinde harcama yapma yetkisine sahip her birim İdare tanımının kapsamında yer alır<sup>117</sup>. KİSK m.2: “*Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar.*” hükmünü içerir. Hükmün lafzından, kamu ihale sözleşmesinin “İdare” tarafının ancak Kamu İhale Kanunu’na tabi kurum ve kuruluşlar olabileceği anlaşılır. Kamu İhale Kanunu’na tabi kurum ve kuruluşlar KİK m.2’de yer almaktadır. “Kapsam” başlığını taşıyan KİK m.2’ye göre:

*“Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:*

*a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.*

*b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.*

*c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar. (1)*

<sup>116</sup> Gözübüyük/Tan, 512; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, 464; Gözler, İdare, 195.

<sup>117</sup> Uz, İdare, 91; Demirboğa, 42.

*d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.*

*e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihaleleri*

*Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.”*

Hüküm incelendiğinde, KİK'in mesleki kuruluş şeklinde faaliyet gösteren kamu idareleri ile bunların üst kuruluşlarıyla, mesleki kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları, kapsam dışındadır. Aynı zamanda TMSF ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar ile 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar, 2499 sayılı SPK'ya tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler de bu Kanun kapsamı dışındadır. Fakat 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar, yalnız yapım ihaleleriyle sınırlı olmak üzere KİK'e tabidirler. Sonuç olarak KİK, kamu ihale sözleşmesinin “İdare” tarafının hangi kurum ve kuruluşlar olduğunu sınırlı sayma yoluyla belirlemiştir.

#### 1.2.5.2. Yüklenici

Kamu ihale sözleşmelerinin diğer tarafı yüklenicidir. Kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süreçte sözleşmenin karşı tarafı, süreç içerisinde farklı sıfatlar alır. Bu sıfatlardan ilki adaydır. Aday, ihaleye ön yeterlilik için başvuru yapan gerçek ve tüzel kişiler ile bunların oluşturdukları ortak girişimi ifade eder (KİK m.4).



Yerli veya yabancı kişilerin aday olması mümkündür. Diğer yandan, iş ortaklığı veya konsorsiyumlar da ihalelerde aday olabilirler. Adaylar, ön değerlendirme aşamasından sonra ihaleye katılmaya uygun buldukları takdirde kendilerine bir uygunluk bildiriminde bulunulur.

Ön değerlendirme aşamasında uygun bulunan adaylardan ihalelere teklif sunanlara ise istekli denir<sup>118</sup>. İstekli, KİK m.4'e göre, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhididir. İstekli, ihale ilanı veya ön yeterlilik davetinden sonra İdareye teklif veren kişinin aldığı sıfat olarak da tanımlanabilir<sup>119</sup>. İstekli, İdarenin kamu ihale sözleşmesini akdettiği bir özel hukuk kişisidir. İhale ilanı veya ön yeterlilik davetinin akabinde ön yeterlilikte uygun bulunan adaylar, İdareye ilgili işin görülmesi ile ilgili tekliflerini sunarlar. Borçlar hukuku anlamında istekli, sözleşmenin kurulması aşamasında, İdarenin öneriye daveti üzerine öneride bulunan taraftır.

İhaleye teklif verme usulleri her bir ihale türünde farklı olmakla beraber adaylar, kural olarak şeklen iki yolla İdareye teklif verebilirler. Bu yollardan ilki, adayların doğrudan ihale ilanı veren veya ön yeterlik davetinde bulunan İdareye şahsen veya posta yoluyla başvurarak kapalı zarf içinde teklifi sunmasıdır. İkinci ve yeni bir yol ise elektronik başvuru yöntemidir. 01.09.2010 tarihinde uygulanmaya başlayan Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) aracılığıyla adaylar, ihale ilanlarını takip edip tekliflerini sunarak 17.12.2010 tarihli 27788 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Kamu Alımları Platformu'nun Kullanılmasına İlişkin 1 no'lu Tebliğ<sup>120</sup> hükümleri kapsamında ihale isteklisi olabilirler. KİK m.4'e göre; EKAP, İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların, bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kurum tarafından yönetilen elektronik ortamdır. Adayların başvuru yöntemleri, istekli sıfatını kazandıkları an belirlenirken önem arz eder. Adayın istekli sıfatı, teklifin İdare kayıtlarına alındığı tarihten itibaren başlar<sup>121</sup>. Posta yoluyla bir başvuru söz konusu ise, posta ihale saatinden önce İdarenin kayıtlarına alındığı an aday, istekli sıfatını kazanır.

<sup>118</sup> İnan, 54.

<sup>119</sup> Demirboğa, 42; Sezer/Kalkan/Şahin, 23.

<sup>120</sup> İlgili Tebliğ 3.1.2'ye göre: "İhale dokümanları EKAP üzerinden vatandaşlar tarafından ücretsiz olarak görülebilecek ve indirilebilecektir. EKAP'ta kaydı olan gerçek veya tüzel kişiler, istekli olabilecek sıfatını doküman bedelini yatırmak suretiyle kazanabileceklerdir."

<sup>121</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, 23; Demirboğa, 44;

Adaylar, EKAP aracılığıyla ihaleye teklif veriyor iseler, tekliflerin internet üzerinden yüklenmesi (upload) ile birlikte istekli sıfatı kazanılmış olur. Zira söz konusu yükleme ile ilgili İdare, teklifi kayıtlarına geçirme imkânı bulur.

Bir kimsenin istekli olabilmesi için ayrıca teklif verebilme ehliyetini de haiz olması gerekir. KİK m.4, istekli olabilecek kişileri sınırlı sayıda saymıştır. İlgili hükme göre; ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiler ya da bunların oluşturdukları ortak girişimler, istekli olabilir. Kanun kimlerin istekli olabileceğini belirlerken sınırlayıcı bir yol izlemiştir. Buna göre; bir kişinin, kanunda sayılan isteklilerden olabilmesi için, kendi kişiliğinin ehliyet şartlarını (örneğin gerçek kişilerde tam ehliyet gibi) haiz olması yanında bir de ihale konusu alanda faaliyet göstermesi ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış olması aranır.

Kamu ihale sözleşmelerinin kurulmasıyla birlikte istekli üzerine ihale bırakılır ve istekliden sözleşme konusunun ifası istenir. İstekli, üzerine ihale bırakılmasıyla beraber KİK m.4'e göre yüklenici sıfatını alır<sup>122</sup>. Keza KİK m.4, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi, yüklenici olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmesinin İdarenin karşısındaki tarafı istekli değil, yüklenicidir. Zira istekli, ihaleye katılan kişinin, ihale üzerine bırakılmadan önce sahip olduğu sıfattır. Bu durumda kamu ihale sözleşmesinin diğer tarafının “istekli” olduğunu söylemek isabetsiz olur.

---

<sup>122</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, 27.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TEMİNAT ÇEŞİTLERİ

#### VE

#### BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI UYGULAMASI

### 2.1. TEMİNAT KAVRAMI ve KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE TEMİNAT ÇEŞİTLERİ

#### 2.1.1. Teminat Kavramı

Teminat kelimesi, Arapça “te'min” sözcüğünden türetilmiş ve Arapçadan Türkçeye geçmiş bir kelimedir. Kavramsal olarak inandırmak ve emniyet vermek için veya muhtemel zararı ödemek için verilen söz veya para anlamına gelen teminat<sup>123</sup> Türkçeye “güvence” olarak da çevrilebilir<sup>124</sup>. Teminat, bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödeneceğini sağlayan işlem, belli bir hukuki durumu sağlamak için verilen garantidir<sup>125</sup>.

Kavramdan da anlaşılacağı üzere teminat, bir hakkı, bir rizikoya (tehlikeye) karşı emniyet altına alma ihtiyacı duyulan durumlarda ortaya çıkar. Rizikonun gerçekleşme ihtimali hakkında duyulan şüphe veya zarara uğramaktan duyulan korku, hak sahibini, hakkını bir edim ile koruma altına alma ihtiyacına iter. İşte bu edimlere genel anlamda hak sahibinin “hakkını temin eden” güvenceler, yani teminatlar denir. Bir diğer deyişle; alacaklının durumundan emin olması ve alacağını temin etmek istemesi halinde, bu emniyeti sağlayan bir müessesedir<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=teminat&t=%40>

<sup>124</sup> <http://sozluk.gov.tr/>

<sup>125</sup> Yılmaz, Ejder: “Hukuk Sözlüğü” 685, Yetkin Yayınevi, Ankara-2003.

<sup>126</sup> Davran, Bülent: “Rehin Hukuku Dersleri”, 1. Fakülteler Matbaası – İstanbul 1972.

## 2.1.2. Genel Olarak Teminat Sözleşmeleri

### 2.1.2.1. Geniş Anlamda Teminat Sözleşmeleri

Borçlar hukuku sisteminin temel kurallarından biri, herkesin kendi sebep olduğu tehlikeyi yüklenmesidir<sup>127</sup>. Fakat bazı durumlarda tarafların anlaşması sonucunda üçüncü kişiler, bu tehlikeleri üzerlerine alabilirler. Geniş anlamda teminat sözleşmeleri de üçüncü kişilerin bu tehlikeleri üzerlerine aldıkları durumlarda ortaya çıkar. Geniş anlamda teminat sözleşmesi, ne şekilde olursa olsun, bir kimsenin zarar görme olasılığını, bir diğer kimsenin üstlenmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir<sup>128</sup>. Yani bu sözleşmeler, bir kimsenin, borcun ifa edilmemesi tehlikesi ile birlikte, başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi (rizikoyu) de kendi üzerine almasını öngören sözleşmelerdir. Geniş anlamda teminat sözleşmelerinin temel mantığı, tehlikenin üstlenilmesidir. Bu tehlike ise dar anlamda teminat sözleşmelerinden farklı olarak sadece borcun ifa edilmemesi tehlikesi olmayıp başka tehlikeleri de içerir<sup>129</sup>. Bir bankanın A'ya, X A.Ş.'nin hisse senetlerini satın almasını, şirketin en az %30 kar dağıtmaması halinde öngörülen meblağı kendisine ödemeyi taahhüt etmesi buna örnek olarak gösterilebilir<sup>130</sup>.

### 2.1.2.2. Dar Anlamda Teminat Sözleşmeleri

Dar anlamda teminat sözleşmelerinde, geniş anlamda teminat sözleşmelerinden farklı olarak yalnızca bir borcun ifa edilmemesi tehlikesi güvence altına alınır. Bir başka deyişle dar (teknik) anlamda teminat sözleşmesi, bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun üstlenildiği sözleşmedir<sup>131</sup>. Dar anlamda teminat sözleşmeleri, borçlunun edimi ifada güçsüzlüğü ya da borcunu yerine getirme isteksizliği karşısında, alacaklıya alacağını elde etme imkânı sağlayan sözleşmelerdir<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> **Reisoğlu**, Seza: “Garanti Mukavelesi”, 9. Ajans-Türk Matbaası – Ankara 1963.

<sup>128</sup> **Özen**, Burak: “Kefalet Sözleşmesi” 1. Vedat Kitapçılık, İstanbul-2008.

<sup>129</sup> **Keleş**, Âdem: “Tüketici Sözleşmelerinde Teminat”, 106. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. Ankara-2015.

<sup>130</sup> Örnekler İçin Bkz. **Canbolat**, Ferhat: “Banka Garantisinde Savunma İmkânları Ve İhtiyati Tedbirler” 72-73. Yetkin Yayınları, Ankara-2009.

<sup>131</sup> **Özen**, 2

<sup>132</sup> **Davran**, 2

Burada teminat verenin sorumluluğu, borcun ifası temelinde daraltılır. Yani teminat veren, borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklıya alacağına ulaşması amacı güder. Teminat veren, ifa edilmeme fiili sonucu ortaya çıkan rizikonun telafi edilmesini garanti altına alır. Bu nedenle, dar anlamda teminat sözleşmelerinden doğan borç ve sorumluluk kavramları, alacaklının alacağına ulaşmasında yetersiz kalması sonucunda bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır<sup>133</sup>.

### 2.1.3. Teminatların Alacaklıya Sağladığı Yetkilere Göre Ayrılması

Teminatlar, alacaklıya sağladığı yetkilere göre kişisel ve aynı teminatlar olmak üzere iki gruba ayrılır<sup>134</sup>.

#### 2.1.3.1. Genel Olarak Aynı Teminatlar

Aynı teminat sözleşmelerinde, alacaklının, borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilir (aynı) bir hak sahibi olması amaçlanır<sup>135</sup>. Bu aynı hak, kural olarak ya bir mülkiyet hakkı ya da bir sınırlı aynı haktır<sup>136</sup>. Teminat, malvarlığının belirli bir parçası üzerinde teminat alanın sağladığı aynı bir hak ise, aynı teminattan bahsedilir<sup>137</sup>. Böyle bir durumda teminat sözleşmesi, o şeyi teminat alanın doğrudan hâkimiyetine tabi kılar. Türk Medeni Kanunu'na göre teminat işlevi gören sınırlı aynı haklar, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır. Rehin hakkı, bir alacak ödenmediği takdirde, hak sahibine hakkın konusu olan şeyi veya hakkı paraya çevirerek getirisinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi veren bir aynı haktır<sup>138</sup>. Taşınmaz yükü ise TMK m.839/1'de yer alır: “*Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini, yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere, diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar.*” Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere burada teminat, o

<sup>133</sup> **Canbolat**, Ferhat / **Topuz**, Seçkin: “Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi Ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar”, Tbbd, Y.2008, S.78, 53.

<sup>134</sup> **Kuntalp**, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bunlardan Doğan Sorumluluk” 263. Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul-1995.

<sup>135</sup> **Kuntalp**, S.280.

<sup>136</sup> **Sirmen**, Lale: “Eşya Hukuku”, 541. Yetkin Yayınları – 3.Bası. Ankara-2015;

<sup>137</sup> Aynı teminatlar ve rehin hakları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ertaş**, Şeref: “Eşya Hukuku”, 595 vd. Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 14.Baskı, İzmir-2018; **Esener**, Turhan / **Güven**, Kudret: “Eşya Hukuku”, 544 vd. Yetkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara-2019; **Akipek**, Jale / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya: “Eşya Hukuku” 738 Vd. 2.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul-2018. (Eşya Hukuku), **Sirmen**, 541.

<sup>138</sup> **Sirmen**, 542.

taşınmazın kendisi ile sınırlıdır ve alacaklıya o taşınmaz ile ilgili olarak bir aynı hak tanıma amacı güder. Mülkiyete dayalı aynı teminat türlerinden uygulamadan doğan ve sıklıkla başvurulmuş tür, teminat amacıyla mülkiyetin devridir.

### 2.1.3.2. Genel Olarak Şahsi Teminatlar

Şahsi teminatlarda aynı teminatlardan farklı olarak teminat verenin bir başkasının borcunu temin etmek üzere borç altına girmesi söz konusu olur. Şahsi teminatların en tipik örneği kefalet sözleşmeleridir. Bunun yanında, garanti sözleşmeleri de yine şahsi teminat sağlayan teminat sözleşmelerindendir<sup>139</sup>. Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m.581 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasında mevcut bir borcun ifasını teminat altına almak için yapılır. Kefilin alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmeye kefalet sözleşmesi denir<sup>140</sup>. Garanti sözleşmeleri ise garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti edenin, belli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir<sup>141</sup>. Garanti sözleşmelerinde özellikle bankalar, söz konusu borç ilişkisinde şahsi olarak teminat sağlayan kurumlardır.

### 2.1.4. Teminatların Kamu İhale Sözleşmeleri Bakımından Önemi

İdare, kamu hizmetlerinden doğan bazı sorumluluklarını yerine getirirken özel hukuk kişileriyle kamu ihale sözleşmesi yapma yoluna gider. Bu ihale sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilse de sözleşmenin amacı bir kamu hizmetinin karşılanması olduğundan özel birtakım düzenlemeler yapılması olağandır. Zira İdare, devletin ve dolayısıyla vatandaşların parasını harcayarak bir kamu hizmeti satın aldığından bu sözleşmelerin alelade birer özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Söz konusu sözleşmelerde yaşanacak aksaklıklar doğrudan kamuyu ilgilendirdiğinden kanun koyucu, koyduğu kurallarla bu sözleşmelerin ifasını veya

<sup>139</sup> Sirmen, 541; Gümüş, 501; Zevkliler/Gökyayla, 665.

<sup>140</sup> Eren, Borçlar Özel, 759; Zevkliler/Gökyayla, 661; Gümüş, 320.

<sup>141</sup> Develioğlu, Hüseyin Murat, "Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri", 15. Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009; Canbolat, 56; Gümüş, 501.

İdarenin uğraması muhtemel zararların tazminini sağlamak maksadıyla bazı düzenlemeler öngörmüştür. Bu düzenlemelerden en önemlisi teminatlara ilişkindir.

Kamu alım süreçlerinin birkaç noktasında alınan teminatlarla, bu süreçlerde ortaya çıkması muhtemel bazı risklerin güvence altına alınması sağlanır. Bunun yanında, bu risklere neden olan kural ihlalleri bakımından istekli ve yükleniciler nezdinde bir caydırıcılık da elde edilir. Ayrıca ortaya çıkan bu kural ihlallerinin de cezalandırılması amaçlanır<sup>142</sup>. Dolayısıyla istekliler ve yükleniciler, ihale süreçlerinde verdikleri teminatlarla, İdarenin kendilerinden satın almış olduğu edimlerin ifasını garanti altına aldırılmış olur. Böylece İdarenin kamu yararı saikiyle gördüğü kamu hizmetinin ifası sırasında doğacak olan eksiklik veya yanlışlıkları karşılamayı kabul etmiş olurlar. Bununla bir yandan İdarenin ve dolayısıyla kamunun zarara uğraması engellenir; diğer yandan ilgili teminatların gelir kaydedilmesi sağlanarak mevcut ve muhtemel zararlar sınırlı da olsa karşılanarak giderilir<sup>143</sup>.

### 2.1.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Teminat Çeşitleri

#### 2.1.5.1. Genel Olarak

İdare, kamu ihale sürecinde istekli/yüklenicinin borçlandığı edimi garanti altına almak amacıyla bu kişiler tarafından teminat gösterilmesini ister. Bu teminatlar, sözleşme görüşmeleri sürecinde tüm isteklilerden isteneceği gibi sözleşme akdedildikten sonra da ihale üzerine bırakılan istekli yani yükleniciden de talep edilir. Teminatın İdare tarafından istendiği zaman ve olay esas alınarak kamu ihale sözleşmelerinde üç tür teminattan söz edilir. Bu teminatlardan ilki geçici teminat olup ihaleye katılan tüm isteklilerden istenir. İkinci olarak kesin teminat, yükleniciden borçlandığı edimin ifasını

<sup>142</sup> **Şahiner**, M.Serhat: “Kamu İhalelerinde Teminatlar”, 3. Adalet Yayınevi. Ankara-2016.

<sup>143</sup> İdarenin her satın alımı, ihale ile olmayabilir. İdarenin doğrudan temin yöntemiyle kamu alımı yapması durumunda hal böyledir. Kamu faaliyetlerinin daha hızlı yapılması adına doğrudan temin usulü, bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. (4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; 15.08.2003 tarihli Resmi Gazete, No:25200) Doğrudan temin usulü, ihale yöntemi için belirlenmiş olan ilan yapma, teminat alınması, ihale komisyonu kurma ve Kanunda belirtilen yeterlik kriterleri gibi zorunluluklar aranmaksızın ihale yetkililerince görevlendirilen kişi ya da kişilerce piyasada fiyat araştırması yapılarak kamu ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik mal ya da hizmetin satın alınması ile ilgili bir usuldür. Doğrudan temin usulü hk. **Methibay**, Yaşar: “Harcama Hukuku” (Kamu Harcamalarının Hukuki Analizi), Orion Kitabevi, Ankara-2014; **Atuğ**, Mustafa / **Taytak**, Mustafa: “Kamu Satın Alımları Kapsamında Doğrudan Temin Uygulamalarının Değerlendirilmesi ve Bir Vaka Analizi” Sayıştay Dergisi, Cilt:29, Sayı:110, s.91-123. Temmuz-2018.

temin amacıyla istenir. Üçüncü olarak avans teminatı ise yine yükleniciden istenmekle beraber, İdarenin söz konusu işi yapması için yükleniciye bir avans vermesi durumunda gündeme gelir.

### 2.1.5.2. Geçici Teminat

#### 2.1.5.2.1. Kavram

Geçici teminat, ihaleye katılan tüm isteklilerden sırf ihaleye katıldıkları için istenen teminattır. İdare, ihale ilanından sonra ihaleye katılması uygun bulunan istekliler arasından birine ihaleyi bırakır ve bu istekli, sözleşmenin akdedilmesinden sonra yüklenici adını alarak ihale konusu edimi İdareye borçlanır. Dolayısıyla sözleşmenin akdedilmesine kadar her bir istekli aslında birer yüklenici adayı olduğundan, İdare, bu isteklilerin ihale konusu edimi borçlanmaya ehil olduklarının kendisine temin edilmesini ister. Zira ihale sürecinde katılım şartlarını sağlamadığı sonradan anlaşılan ya da ihale mevzuatında öngörülen esas ve usullere aykırı davranan isteklilerin sözleşmeyi imzalamaları mümkün değildir<sup>144</sup>. Bunun mümkün olmaması sebebiyle İdare, böylelikle her bir isteklinin sözleşmeyi imzalamama riskine karşı kendini garanti altına alır. Bir başka ifadeyle geçici teminat, ihalelere katılan isteklilerden, bazı katılım şartlarını sağlamamalarına rağmen ihaleye katılmaları veya ihale sürecinde mevzuatın öngördüğü bazı esas ve usullere aykırı hareket etmeleri ve ihalenin üzerlerinde bırakılması halinde sözleşme imzalamamaları risklerine karşı alınan teminattır<sup>145</sup>. Geçici teminat olarak tedavüldeki Türk parası, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ihraç edilen devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler kabul edilebilir<sup>146</sup>. Belirtilen senetler

<sup>144</sup> Bu kişilerin ilgili durumlar fark edildiğinde ihaleye katılırken göstermiş oldukları geçici teminat gelir kaydedilir. Bkz. aşağıda: “3.1.3.2.1.3. İhaleye Katılmayacak Olan İsteklilerin İhaleye Katılmaları”

<sup>145</sup> Şahiner, 8; Ertanhan, 89

<sup>146</sup> Bu noktada 20.02.2004 tarihli ve 25379 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği’nden (Sıra No:15) bahsetmek gerekir. İlgili Tebliğ’in I-B (**Bütçe Emanetinde Kayıtlı Müteahhit Alacaklarının İhalelerde “Geçici Teminat” Olarak Kabul Edilmesi**) başlığı altında tahakkuk ettirilerek ödenebilir hale gelmiş gider kaydı yapıldığı halde nakit yokluğundan ödenemediğinden alacaklısı adına bütçe emanetine alınmış müteahhit alacaklarının, bu müteahhitlerin aynı idarenin açacağı ihalelere katılmak istemeleri halinde, aşağıda belirtilen esaslara göre “geçici teminat” olarak kabul edilmesi uygun görülmüştür. Buna göre bütçe emanetine alınmış müteahhit (yüklenici) alacağı da bu alacağını alamamış yüklenicinin alacaklısı olduğu İdarenin açmış olduğu bir başka ihaleye girerken geçici teminat göstermesine gerek olmayıp ilgili alacak Tebliğ uyarınca geçici



ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerden nominal değere faiz dahil edilerek ihraç edilenler, anaparaya tekabül eden satış değeri üzerinden teminat kabul edilir<sup>147</sup>.

#### 2.1.5.2.2. Geçici Teminat Miktarı

4734 sayılı KİK m.33'te geçici teminatın asgari oranı belirlenmiştir. İlgili madde hükmü uyarınca ihalelerde teklif edilen bedeli %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır.

Madde hükmüne göre, kanun koyucu tarafından sabit bir oran belirlenmemiş; asgari bir oran belirlenmesiyle yetinilmiştir. Dolayısıyla istekliler tarafından asgari oran olan %3'ün üzerinde teminat yatırılması da mümkündür. Madde gerekçesinde bunun nedeni *"...geçici teminatın asgari oranı %3 olarak belirlenmekte ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkân tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esası korunmaktadır."* şeklinde izah edilmiştir. Kanaatimizce bu hüküm yerindedir. Zira geçici teminatta tek bir oran belirlenmiş olması halinde isteklilerin birbirlerinin tekliflerini gösterilen teminata bakarak öğrenmelerinin önü açılmış ve bu sebeple de tekliflerin gizliliği ilkesi<sup>148</sup> zedelenmiş olur. Teminat oranıyla ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, bu oranın İdare tarafından değiştirilemeyeceği, ancak isteklilerin inisiyatifinde olduğudur. Dolayısıyla İdare, ihale dokümanında geçici teminat oranını kendi isteği doğrultusunda arttıramaz veya azaltamaz.

Teminatlar, teminat olarak kabul edilen diğer değerlerle değiştirilebilir<sup>149</sup>.

---

teminat olarak kabul edilecektir. İlgili düzenlemenin ihalede rekabet ve ihaleye katılımın artması amacıyla yapıldığı ileri sürülse de kanaatimize göre KİK ve KİSK'in açık hükümleri karşısında geçici teminat kanununun sınırlı sayıda teminat olarak kabul ettiği değerlerden biri ile gösterilmek zorundadır ve yüklenici alacakları bu değerlerden biri değildir. Dolayısıyla ilgili Tebliğ kanununun düzenlemesine aykırıdır.

<sup>147</sup> Ertanhan, 89.

<sup>148</sup> Gizlilik, ihale sürecinin objektif ve hukuka uygun bir şekilde işlemesi bağlamında getirilen sınırlı ve belirli konularda düzenlenmiş bir ilkedir. Tekliflerin gizliliği ilkesi de gizlilik ilkesinin bir sonucudur ve isteklilerin tekliflerini İdareye verirken birbirlerinin tekliflerini görmemeleri ve İdarenin de bu teklifleri teklif zarfları açılana kadar bilmemesi anlamına gelir. Bkz. Sancar, 165 vd.; Can, 40.

<sup>149</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, 210.

### 2.1.5.2.3. Geçici Teminat İstenmeyen Durumlar

4734 sayılı KİK m.33, geçici teminat alınmasına gerekli olmayan durumları da düzenlemiştir. İlgili maddede “*İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde<sup>150</sup> geçici teminat alınması zorunlu değildir.*” denilmek suretiyle danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınmasının zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu ihalelerde söz konusu alım, isteklilerin mali gücüne dayanmamaktadır. Dolayısıyla isteklilerin uzmanlık ve deneyiminin ön planda olduğu bu ihale alım türünde, ihaleye katılımı kolaylaştırmak ve isteği arttırmak maksadıyla bu şekilde bir düzenleme öngörülmüştür. Böylelikle İdareye bir takdir hakkı tanınarak ihale dokümanında belirtilmesi şartıyla geçici teminat göstermeden kişilere istekli olabilmek fırsatı tanınmış ve kamu hizmetinin daha hızlı bir şekilde ifa edilebilmesi amaçlanmıştır.

Geçici teminat alınmasına gerek bulunmayan ikinci bir durum, doğrudan teminle<sup>151</sup> yapılan alımlardır. KİK m.22’ye göre doğrudan temin uygulamalarında teminat alınması zorunlu değildir. Teminat kelimesini geniş anlamak lazımdır. Dolayısıyla kanun koyucu burada “teminat” kelimesini kullanarak hem geçici teminatı hem de kesin teminatı kastetmiştir. Burada da amaç, katılımı arttırarak ihalenin yapılmasında kolaylık sağlamaktır ve kamu yararı amacı güdülmüştür.

<sup>150</sup> Danışmanlık hizmet ihaleleri, hizmet alımı ihalelerinin bir türünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, diğer hizmet alımı ihalelerine göre danışmanlık hizmetlerinin niteliğinin farklılık arz etmesi sebebiyle bunlar Kanunda ayrı bir kısımda düzenlenmiş ve farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Örneğin uygulanacak ihale usulü açısından danışmanlık hizmet alımları farklılık arz eder. (Sezer/Kalkan/Şahin, 44.) Kanun koyucu bu türden ihaleleri KİK m.48’de belirtmiştir. İlgili maddeye göre: “*Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.*”

<sup>151</sup> Doğrudan Teminle alım ile ilgili olarak bkz. **Atuğ/Taytak**, 91 vd. Doğrudan temin usulü, bir ihale usulü olmaktan çıkarıldığından artık bu alımlarda herhangi bir teminat da doğal olarak aranmayacaktır. (4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; 15.08.2003 tarihli Resmi Gazete, No:25200)

### 2.1.5.3. Kesin Teminat

#### 2.1.5.3.1. Kavram

İhale sözleşmesi, üzerinde ihale bırakılan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi ve akabinde imzaların atılmasıyla beraber kurulur<sup>152</sup>. Sözleşmenin kurulmasıyla üzerinde ihale bırakılan istekli, yüklenici sıfatını alır ve ihale konusu edimi İdareye borçlanır. İşte bu durumda yüklenicinin ihale konusu edimin ifası ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasında mevzuatın öngördüğü esas ve usullere aykırı hareket etmesi yahut sözleşme konusu işi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riski ortaya çıkar. Bu riski bertaraf etmek amacıyla İdare, ihale üzerinde bırakılan müstakbel yükleniciden sözleşme süresince borçlandığı edimlere aykırı davranması riskinin garantisi olması için sözleşmenin kurulmasından önce belli bir oranda teminat ister. İşte yükleniciden bu durumda alınan teminata kesin teminat adı verilir<sup>153</sup>. İhalelerde en önemli teminat türü, bu bakımdan kesin teminattır. KİK m.43'te de kesin teminatın alınma amacı, "*Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak...*" olarak belirtilmiştir. Gerçekten de ihale sözleşmesiyle beraber taahhüt edilen edimin sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak, İdarenin ihale sözleşmesiyle yerine getirmek istediği kamu hizmetini de garanti altına almak anlamına gelir.

#### 2.1.5.3.2. Kesin Teminat Miktarı

4734 sayılı KİK m.43'te yükleniciden alınacak kesin teminat miktarı hükme bağlanmıştır. İlgili madde hükmüne göre, "*sözleşmenin yapılmasından önce, ihale üzerinde bırakılan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır.*" Kanun koyucu m.43/1'de genel kuralı bu şekilde belirlemekle birlikte bu duruma iki istisna öngörmüştür.

İstisnalardan ilki, danışmanlık hizmet alımlarıyla ilgilidir. KİK m.43/2'ye göre "*Danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her*

<sup>152</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, 220-223; Can, 86; Bilir, 25.

<sup>153</sup> Bilgin, 129.

*hakedişten % 6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.*” İlgili madde hükmüne göre danışmanlık hizmet ihalelerinde kesin teminat alınması zorunluluğu kaldırılmamıştır. Dikkat edilirse kanun koyucu yalnızca teminatın alınacağı zaman hakkında bir istisna getirmiştir. Buna göre İdare, ihale dokümanında belirtmesi şartıyla danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde sözleşme yapılmadan önce ihale üzerinde bırakılan istekliden kesin teminat almak zorunda değildir. Fakat kesin teminat kamu ihale sözleşmesinin sözleşme sürecindeki ifaya yönelik risklerini garanti altına alan bir teminat olduğundan istisnalar hariç alınmaması mümkün değildir. Sözleşme yapılmadan önce danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde kesin teminat alınmaması halinde İdare, yüklenicinin her hakedişinin %6’sından kesinti yaparak bunu kesin teminat olarak alıkoyar.

Kanun koyucu tarafından getirilen bir diğer istisna, KİK m.43/3’te yer alır. İlgili madde hükmüne göre *“Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6’sından az ve % 15’inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir.”* Sınır değer, ancak yapım işi ihaleleri ile hizmet alımı ihaleleri bakımından söz konusu olur. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin ilgili maddeleri uyarınca bu ihalelerde ihale üzerinde bırakılan istekliden sözleşme imzalanmadan önce teklif fiyatının sınır değere eşit veya üzerinde olması halinde teklif fiyatının %6’sı, sınır değerinin altında olması halinde ise yaklaşık maliyetin %9’u oranında kesin teminat alınır.

#### 2.1.5.3.3. Ek Kesin Teminat

İdarenin satın aldığı bazı iş ve hizmetler, fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilir. Aynı zamanda sözleşmenin ifası sırasında da bir iş artışı meydana gelebilir. İşte bu durumlarda, İdare tarafından yükleniciden alınan kesin teminata ek bir teminat daha alınması gerekir. Bu alınan ek teminat, niteliği itibariyle kesin teminat olup ek kesin teminat olarak adlandırılır<sup>154</sup>. 4735 sayılı KİSK m.12 bu durumu düzenler. İlgili madde hükmüne göre: *“Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının*

<sup>154</sup> Bilgin, 129.

*% 6 'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir.”* Maddenin lafzından ikili bir ayırım yapıldığı anlaşılır. Buna göre fiyat farkı ödenmesi halinde alınacak ek kesin teminatlarda doğrudan ödenecek bedelin %6'sı oranında teminat alınabileceği gibi hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle de bu teminat miktarı karşılanabilir. Ancak iş artışı yapılması halinde sözleşme bedelinde meydana gelen artışın %6'sı oranında ek kesin teminat alınır. Hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle ek kesin teminat tutarını karşılamak burada mümkün değildir.

#### 2.1.5.4. Avans Teminatı

İdare, yükleniciye yüklenilen işin yapılması amacıyla gereken mal veya hizmetin sağlanması için önden bir ödeme yapabilir. Bu yapılan ödemeler avans adını alır. İdare, avans adı altında yapmış olduğu bu ödeme karşılığında işin borca aykırı bir şekilde ifa edilmemesi riskine karşı bir teminat alır. Alınan bu teminata avans teminatı denir. Bir başka deyişle avans teminatı, ödenen avansın yüklenici tarafından geri ödenmemesi riskini güvence altına almak amacıyla alınan teminattır. Tip sözleşmelerin “avans verilmesi şartları ve miktarı” başlıklı maddelerine ait dipnot düzenlemelerinden, avans teminatı olarak ya kapsam ve şekli uygulama yönetmelikleri ekinde yer alan standart formlara uygun “teminat mektuplarının” ya da “devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerin” verilebileceği anlaşılır<sup>155</sup>. Bu düzenlemelerden kanun koyucunun burada teminat olarak tedavüldeki Türk parasını kabul etmediği görülür ki zaten verilen nakit avans karşılığında teminat olarak nakit paranın verilmesi abesle iştigal olacağından düzenlemede nakit paranın zikredilmemesi yerindedir<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> Şahiner, 21.

<sup>156</sup> Detaylı Bilgi İçin bkz. “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” Dipnot 15. (<https://webdosya.csb.gov.tr/icerikler/4-tip-sozlesme-20190307145048>) (E.T: 03.12.2019)

## 2.1.6. Kamu İhale Sözleşmelerinde Teminat Olarak Kabul Edilen Değerler

### 2.1.6.1. Tedavüldeki Türk Parası

#### 2.1.6.1.1. Kavram

5083 sayılı Türkiye Cumhuriyetinin Para Birimi Hakkında Kanun m.1'e göre, "*Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi Türk lirasıdır.*" Tedavül, kelime anlamı olarak "dolanım" anlamına gelir<sup>157</sup>. Tedavüldeki para ise bir ülke içerisinde yer alan piyasalarda kullanılan para birimi demektir. KİK m.34'te teminat olarak alınabilecek değerler arasında, tedavüldeki Türk parası zikredilmiştir. Dolayısıyla istekli veya yükleniciler, gösterecekleri teminatları Türk parası şeklinde gösterebilirler. Ancak belirttiğimiz üzere, avans teminatı gösterilirken Türk parasının teminat şeklinde gösterilmesi bu teminatın muhtevasıyla örtüşmediğinden tedavüldeki Türk parası, avans teminatı için kabul edilebilecek bir teminat değildir.

#### 2.1.6.1.2. Yabancı Para Cinsinden Nakit Teminat Verilip Verilemeyeceği Hususu

4734 sayılı KİK, gösterilebilecek teminatları sayarken açıkça "Türk parası"nı zikretmiştir. Dolayısıyla yabancı para cinsinden örneğin Dolar veya Euro olarak nakit teminat gösterilmesi kanun karşısında mümkün değildir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin m.18/3'e göre de yabancı para birimi üzerinden teklif alınabilen ihalelerde dahi yabancı para cinsinden "nakit teminat" verilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Dikkat edilirse kanun, yabancı para cinsinden yalnızca nakit teminat verilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla yabancı para cinsinden düzenlenen teminat mektupları, teminat olarak gösterilebilir. Sonuç olarak yabancı para birimi üzerinden teklif alınabilen ihalelerde yabancı para üzerinden düzenlenmiş teminat mektubu sunulması mümkündür<sup>158</sup>.

<sup>157</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 02.01.2020, 14.58)

<sup>158</sup> Şahiner, 36.

### 2.1.6.2. Devlet İç Borçlanma Senetleri<sup>159</sup>

#### 2.1.6.2.1. Kavram

Devlet İç Borçlanma Senetleri (DİBS), T.C Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yurt içi piyasada ihraç edilen borçlanma senetlerini ifade eder. Bu senetler bir yıldan uzun vadeli ise Devlet Tahvilleri, bir yıldan kısa vadeli ise Hazine Bonosu adını alır<sup>160</sup>. Bu senetlerin kamu ihalelerinde teminat olarak kabul edilmesinin amacı tedavüllerinin artırılarak Devletin daha kolay borçlanabilmesinin sağlanmasıdır. Nitekim 4734 sayılı KİK m.34/1-c, devlet iç borçlanma senetlerinin ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerin teminat olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da nominal değere faiz dahil edilerek ihraç edilen DİBS'lerin veya bunlar yerine düzenlenen senetlerin, anaparaya tekabül eden satış değeri üzerinden teminat kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Nominal değer, menkul kıymetin üzerinde yazılı değer olup, vade sonunda senet hamilinin eline geçecek olan tutarı ifade eder<sup>161</sup>.

#### 2.1.6.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Teminat Olarak Gösterilmesi

DİBS'ler, uzun süredir fiziki olarak tedavül etmemekte ve fakat kaydi olarak izlenmektedir. Bu sebeple istekli veya yüklenicilerin fiziki olarak bir devlet iç borçlanma senedini teminat olarak sunma imkânları neredeyse yoktur. Kanun maddesinde “bu senetler yerine düzenlenen belgeler” ibaresinin konulma amacı da budur. Nitekim bir istekli veya yüklenici, DİBS yerine düzenlenen belgeleri teminat olarak sunarak teminat gösterme sorumluluğunu yerine getirmiş olur. Fakat devlet iç borçlanma senetleri yerine düzenlenen belgelerin şekli ve hangi usul ve esaslarda teminat olarak kabul edilebilecekleri henüz belirlenmiş değildir.

<sup>159</sup> Devlet İç Borçlanma Senetleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **TANÖR**, Reha: “Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme”, 191 vd. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, s.189-210. Temmuz-2004.

<sup>160</sup> <https://www.borsaistanbul.com/urunler-ve-piyasalar/urunler/borclanma-araclari> (ET: 08.12.2019, 16.21)

<sup>161</sup> **Şahiner**, 48.

Uygulamada, kişilerin devlet iç borçlanma senetleri alımına bankalar aracılık eder. Bankalar, Hazine'nin ihraç ihalesinden satın almış oldukları senetleri müşterilerine satarlar. Bu satış işleminden sonra müşteri lehine bir yatırım hesabı açılır ve senetlerin varlığı ve değeri bu hesaplar üzerinden kayıt altına alınarak izlenir. Bu kişiler bu senetleri İdareye teminat olarak sunmak istediklerinde bankalar, müşterilerine bu senetlerin kayıt altında tutulduğu hesapları İdare lehine bloke ettiklerini gösterir bir dekont verir ve istekli veya yüklenici olan müşteri de bu dekontu ihaleyi yapan ilgili İdareye vererek teminat sorumluluğunu yerine getirmiş kabul edilir. Fakat bu belgelerin (dekontların) kapsam ve şekillerinin ne olacağı henüz belirlenmediğinden Kamu İhale Kurumu bazı kararlarında teminat olarak gösterilmesinin mümkün olmadığını ve ihale komisyonlarınca teminat olarak teslim alınamayacağını belirtmiştir<sup>162</sup>. DİBS'lerin teminat olarak gösterilmesine ilişkin uygulamanın içinde olduğu duruma yasal zemin kazandırılarak uyuşmazlıkların önüne geçilmesi gerekmektedir.

### 2.1.6.3. Banka Teminat Mektupları

4734 sayılı KİK m.34, teminat mektuplarının da kamu ihalelerinde teminat olarak gösterilebileceğini düzenlemiştir. Teminat mektupları, uygulamada sıklıkla bankalar tarafından verilir. Teminat mektubu, bankanın muayyen bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdün evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde belirli bir paranın, banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgedir<sup>163</sup>.

İlgili maddeye göre bankalar tarafından istekli veya yüklenicilerin istemi üzerine İdare lehine bankaların gösterecekleri teminatlar, kamu ihale sözleşmelerinde teminat olarak gösterilebilecek değerler arasındadır.

Aynı maddenin 2.fikrası yabancı bankalarca düzenlenecek teminat mektuplarının yahut Türkiye dışında faaliyette bulunmakla beraber kontrgaranti üzerine Türkiye'de

<sup>162</sup> 2007/Uh.Z-975 Sayılı Kurul Kararı. (Aktaran: **Şahiner**, 49.)

<sup>163</sup> **Taşpolat**, Ali: "Banka Garantileri", 21. İstanbul 1989.



faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektuplarının da teminat olarak kabul edilebileceğini düzenlemiştir.

KİK m.35'te ise bu Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklinin Kamu İhale Kurumu tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

## 2.2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI UYGULAMASI

### 2.2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinde Banka Teminat Mektuplarının Yeri ve Önemi

4734 sayılı KİK m.34, kamu ihale sözleşmelerinde teminat olarak kabul edilebilecek değerleri düzenlemiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrasına, teminat mektupları, bu değerlerden biridir. KİK m.4'te ise teminat mektuplarından anlaşılması gerekenin, banka teminat mektupları ve kefalet sigortaları kapsamında düzenlenen kefalet senetleri olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla istekli veya yükleniciler, İdarenin kanunen almak zorunda olduğu teminatları sunarken nakit para ve devlet iç borçlanma senetlerinin yanı sıra banka teminat mektuplarını da teminat olarak gösterebileceklerdir. İdare tarafından ihalenin farklı aşamalarında istenen tüm teminatlar banka teminat mektubu şeklinde verilebilir. Dolayısıyla aşağıda “banka teminat mektuplarının türleri” başlığı altında daha detaylı yapılacak açıklamalarda görüleceği gibi banka teminat mektupları, alındıkları zaman ve temin altına aldıkları riske göre, avans teminat mektubu, kesin teminat mektubu ve geçici teminat mektubu olmak üzere bir sınıflandırmaya tabidir.

Banka teminat mektupları, üçlü bir hukuki ilişkiyi içinde barındırır<sup>164</sup>. Bu üçlü hukuki ilişkinin bir tarafı bankadır. Banka, bu ilişkide garanti veren sıfatını haizdir. İlişkinin

<sup>164</sup> **Barlas**, Nami: “Banka Teminat Mektupları”, 49 Vd. İstanbul-1986; **Doğan**, Vahit: “Banka Teminat Mektupları”, 91 vd. Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara-2005; **Reisoğlu**, Seza: “Banka Teminat Mektupları Ve Kontrgarantiler”, 83 vd. Turhan Kitabevi, Ankara-2003. (Teminat); **Doğan**, Elif: “Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları”, 76 Vd. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul-2010. **Oy**, Osman: “Bankacılık Uygulamasında Teminat Ve Kefalet Mektupları”, 12. İnterbank Uluslararası Eğitim Merkezi Yayınları. No: 22. **Usta**, Mahmut: “Teminat Mektupları”, 4 vd. Pamukbank T.A.Ş. Eğitim Bölümü Yayını, 3.Baskı, Yayın No:7, Nisan-1995; **Taşpolat Tuğsavul**, Melis: “Banka Teminat Mektupları”, 321 vd. İstanbul Barosu Dergisi, C.83, Sayı 2009/1; **Bağcı**, Ömer: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Ve Uygulama Sorunları”, 700. Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 15, Mart-2004. <sup>164</sup> **Hatipoğlu**, Fatma: “Banka Garantileri”, 3. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1990.

karşı tarafı, garanti alan, yani kamu ihale sözleşmeleri açısından düşünüldüğünde İdaredir. Esas olarak banka teminat mektubu ilişkisi bu ikisi arasında kurulur ve banka, İdareye borçlanır. Fakat bu ilişkide bir de üçüncü taraf vardır ki bu da istekli veya yüklenicidir. Bunlar da banka teminat mektupları ilişkisinde edimi garanti edilen (lehtar) konumundadır. Bu ilişkide istekli veya yükleniciler, girdikleri veya üstlerine bırakılan ihalede İdarenin almak zorunda olduğu teminatları göstermekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüklerini nakit para veya devlet iç borçlanma senetleri ile yerine getirebilecekleri gibi banka teminat mektubu sunarak da yerine getirebilirler. İşte bu yükümlülük uyarınca bankalar, İdare lehine bir teminat mektubu verir ve istekli veya yüklenicinin teminat gösterme yükümlülüğü yerine getirilmiş olur.

### **2.2.2. Genel Olarak Garanti Sözleşmesi ve Banka Teminat Mektuplarıyla İlişkisi**

Garanti, Fransızca kökenli bir sözcük olup TDK sözlüğündeki<sup>165</sup> anlamıyla güvence anlamına gelir. Garanti sözcüğünden türemiş olan garanti sözleşmesinin pozitif hukuki düzenlemelerde tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla garanti sözleşmesinin tanımı doktrine ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Garanti sözleşmesi, taraflardan birinin, bir üçüncü kişinin belli bir davranışının veya girişiminin sonucunu sağlama ve garanti edilen eylemin yapılmaması veya yapılmasına rağmen sonucun ortaya çıkmaması durumunda, diğer tarafa tazminat ödemeyi yükümlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>166</sup>. Bir başka tanıma göre de garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir<sup>167</sup>.

Yargıtay'a göre de garanti sözleşmeleri, garanti verenin, lehtarın yükümünün yerine getirilmesi için, üçüncü kişi muhataba fer'i nitelikte olmayan bir garanti verdiği sözleşmelerdir<sup>168</sup>.

Doktrinde, garanti sözleşmeleri, garanti edilen rizikonun niteliğine göre saf garanti sözleşmeleri ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri şeklinde ikili bir ayrıma tabi

<sup>165</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 10.12.2019, 13:19)

<sup>166</sup> Yılmaz, 451.

<sup>167</sup> Gümüş, 501. Zevkliler/Gökyayla, 665; Develioğlu, 15; Eren, Borçlar Özel, 778.

<sup>168</sup> Y. 11. H.D., E. 1985/4169, K. 1985/5613 Ve T. 15.10. 1985

tutulur<sup>169</sup>. Saf garantilerde (yöneltmeyi amaçlayan garantiler) garanti veren, garanti alana karşı, tanımı yapılan rizikonun gerçekleşmesi halinde öngörülen meblağa kadar ödemede bulunmayı taahhüt eder<sup>170</sup>. Burada üçüncü kişinin edimini taahhüt söz konusu değildir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde (kefalet benzeri garantiler) ise garanti veren, garanti alanın girdiği bir borç ilişkisinde esas borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğan zararı tazmin etmeyi taahhüt ederek garanti alanı korur<sup>171</sup>. Her iki garanti sözleşmesi türünü de kapsayacak bir tanım yapılacak olursa, garanti sözleşmesi, garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine girdiği üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhütle üzerine aldığı bir sözleşmedir<sup>172</sup>.

Garanti sözleşmesinin bu tanımından üç farklı unsuru olduğu sonucu çıkar. Garanti sözleşmesinin birinci unsuru, garanti alanı, belli bir davranışa yönelmektir. Bu davranış, olumlu bir eylem olabileceği gibi olumsuz bir eylem de olabilir. İkinci unsur, garanti alanın bu eylemleri sonucu ortaya çıkabilecek rizikonun üstlenilmesidir. Gerçekten de garanti sözleşmelerinde garanti veren, garanti alanın alacaklı olarak borç ilişkisine girmesini sağlamak için o hukuki ilişkide karşı karşıya kalabileceği rizikoyu üstlenmeyi taahhüt etmektedir. Son olarak ise Yargıtay'ın belirttiğimiz kararında da vurgu yaptığı gibi garanti sözleşmesi bir fer'i borç değildir. Ayrı bir sözleşmedir. Yani garanti sözleşmelerinde bağımsız bir yükümlülük altına girme söz konusudur. Söz konusu bu bağımsızlık neticesinde garanti verenin yükümlülüğü, başka bir borcun varlığına veya geçerliliğine bağlı değildir.

Banka garantileri, garanti sözleşmelerinin bir türünü oluşturmaktadır. "Banka garantisi" olarak nitelendirilmesinin tek sebebi, garanti verenin bir banka olmasıdır. Banka garanti sözleşmesi, garanti veren durumundaki banka ile garanti alan arasında yapılan ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>173</sup>. Teminat amaçlı banka teminat mektupları, bankalar ile garanti alan arasında yapılan ve bankaların edimi garanti edilenin edimini

<sup>169</sup> Kahyaoğlu, Emin Cem: "Banka Garantileri", 22-23. Beta Yayınları, İstanbul-1996. Doğan, Vahit, 62; Tekinalp, 374; Canbolat, 72.

<sup>170</sup> Kahyaoğlu, 23.; Doğan, 62; Tekinalp, 374.

<sup>171</sup> Doğan Vahit, 62; Tekinalp, 371; Kahyaoğlu, 22; Canbolat, 73.

<sup>172</sup> Gümüş, C.II, 501; Canbolat, 53.

<sup>173</sup> Akyazan, Sıtkı : "Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar", 567. Batider, C. 7, S. 3, 1974, S. 567-579; Canbolat, 54;

hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde garanti alanın karşılaşacağı rizikoyu üstlendiği bir garanti sözleşmesidir.

### 2.2.3. Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği

Banka teminat mektupları, bir hususta bir taahhüt altına giren kişinin bu taahhüdünü yerine getirmediği takdirde lehine taahhütte bulunulan kişinin, kural olarak ilk talebi halinde paraya çevrilebileceğini beyan eden banka mektubudur<sup>174</sup>. Banka teminat mektuplarının Türk hukukunda ortaya çıkışı, 1928 senesine dayanır. 12.03.1927 tarih ve 1025 sayılı Kanunun 1.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname'ye göre teminat mektupları kamu kuruluşlarınca yapılan arttırma, eksiltme ve ihalelere verilecek teminatlarda bir teminat olarak kullanılabilir. Banka teminat mektupları, ilk çıktığı zaman yalnızca resmi yerlere verilecek şekilde düzenlenmişken günümüzde çok geniş bir uygulama alanına erişmiş ve özel hukuk kişilerine verilecek teminatlarda da yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır<sup>175</sup>. Özellikle banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu sorunu uzun bir süre tartışma konusu olmuştur<sup>176</sup>. Zira banka teminat mektuplarında kullanılan “kefil” kelimesi, kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesine, “ilk talepte” ibaresi ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu iki içtihadı birleştirme kararı önemlidir<sup>177</sup>. Bu kararlardan ilki 13.12.1967 tarihli olup Yargıtay, teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğunu belirtmiş, 11.06.1969 tarihli diğer kararında da bu hususa vurgu yaparak banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğini teyit etmiştir. Yargıtay, 1969 tarihli içtihadı

<sup>174</sup> Yılmaz, 150.

<sup>175</sup> Kocaman, Arif: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine” 50 Vd. Batider, Cilt: 15, Sayı: 3. 1990; Omağ, Semra: “Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti Ve Hükümleri”, Batider, Cilt:6, Sayı:2, S.325-342. Aralık-1971; Akyazan, Sıtkı: “Banka Teminat Mektupları”, Batider, Cilt:5, Sayı:1, S.16-33. Şubat-1969. (*Banka Teminat*), Davarcı, Atakan / Bayram, Orkun: “Teminat Mektubu Ve Hukuki Niteliği”, 215; Başara, İzzet: “Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği” 307 Vd. Tbb Dergisi, Sayı:83, 2009; Somuncuoğlu, Ünal: “Banka Teminat Mektupları Ve Kontrgaranti Sözleşmeleri”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, S.265-268. Aralık-2014. (*Teminat*); Songur, Damla / Ceylan, Çiğdem: “Banka Teminat Mektubu – Hukuki Niteliği ve Çeşitleri” Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, s.149-177. Aralık-2014.

<sup>176</sup> Başara, 308.

<sup>177</sup> Kararların değerlendirilmesi hakkında bkz. Kocaman, 49 vd; Songur/Ceylan, 155; Akyazan, 27; Somuncuoğlu, 266.

birleştirme kararının gerekçesinde asıl borçtan bağımsız bir sözleşmenin varlığına vurgu yapmış, edimi garanti edilenin ileri sürebileceği def'i ve itirazları ileri sürmekten feragat ederek bu mektubu verdiğinden, asıl borçludan daha ağır bir mükellefiyet altına girdiğini belirtmiştir. Kefalet sözleşmelerinde kefil, asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük altına giremeyeceğinden ve kefaletin fer'i ve asıl borca bağlı niteliğinin teminat mektuplarında olamayacağından bahisle, teminat mektuplarının birer garanti sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Aynı zamanda banka teminat mektuplarının (garanti sözleşmelerinin) BK m.110 (TBK m.128) anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğundan kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>178</sup>.

Yargıtay'ın banka teminat mektuplarının kefalet niteliğinde olmadığına ilişkin tespiti kanaatimizce yerindedir. Kefalet sözleşmesi, TBK m.581'e göre, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği kanunen aranan şekli şartların yanında asıl borç sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Buna kefaletin fer'i niteliği adı verilir<sup>179</sup>. Bu nedenle, kefalet borcu, ancak teminat altına alınan asıl borç mevcut olduğu takdirde doğar ve onunla birlikte varlığını sürdürür. Asıl borç sona ererse, kefalet borcu da sona erer. Asıl borçlu, alacaklıya karşı hangi def'ilere sahipse, kefil de bunlara sahiptir<sup>180</sup>.

Garanti sözleşmesinden doğan borç, bağımsızlık ilkesi gereği, asıl borç ilişkisinden bağımsız yeni bir borçtur, fer'i değildir. Yani garanti sözleşmesi, garanti alan ve borçlu (banka) arasındaki temel ilişkiden bağımsız bir borç olup temel ilişkideki geçersizlik, garanti verenin garanti borcunun da geçersiz olmasına yol açmaz<sup>181</sup>. Ayrıca, teminat borçlusunun (banka) sorumlu tutulabilmesi için, lehtar ile teminat mektubu alacaklısı arasındaki ilişkinin geçerli veya dava edilebilir olmasına gerek yoktur. Teminat mektubu alacaklısı, aralarındaki garanti sözleşmesine dayanarak bankadan sırf o sözleşme sebebiyle sahip olduğu haklar uyarınca sözleşmenin ifasını, yani temin edilen

<sup>178</sup> YİBK: T. 13.12.1967, E.66/16, K.67/7 ve YİBK: T.11.06.1969, E.69/4, K.69/6.

<sup>179</sup> Zevkliler/Gökyayla, 663; Gümüş, 322; Eren, Borçlar Özel, 776.

<sup>180</sup> Eren, Borçlar Özel, 776.

<sup>181</sup> Kefalet-Garanti Sözleşmesi ayrımına ilişkin olarak bkz. Şen Kalyon, Arzu: "Kefalet Ve Garanti Sözleşmesinin Ayrımında Başvurulacak Yorum Kuralları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:3-4, s.155-169. Aralık-Ocak 2012. Gümüş, 510.

tutarın kendisine ödenmesini isteyebilir. Uygulamada banka teminat mektuplarında yer alan “ilk talepte” kaydı da bu durumun ve teminat borçlusunun borcunun asıl borçlunun borcundan soyutlanmış olduğunun ispatı niteliğindedir.

Yargıtay’ın kararları isabetli olmakla beraber tartışmaya açıktır. Zira banka teminat mektupları, tam anlamıyla üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde de değildir<sup>182</sup>. “Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme” başlığını taşıyan TBK m.128’e göre: “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.” İlgili maddede düzenlenen hukuki ilişkiye bakıldığında, taahhütte bulunanın edimi, üçüncü kişinin fiilinden bağımsız bir edim yükümlülüğüdür. Aynı zamanda, üçüncü kişi, beklenilene uygun davranmaz ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden, üçüncü kişinin davranışı sebebiyle ortaya çıkan zararı üstlenir. Banka teminat mektuplarında da bahsedilen bağımsızlık unsuru bulunur. Fakat garanti sözleşmelerinin bir türü olan banka teminat mektupları, bazı yönlerden üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumundan ayrılmaktadır<sup>183</sup>.

İlk olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunda, fiili üstlenen kişi, üçüncü bir kişinin fiilini üstlenmekte iken banka teminat mektuplarında garanti veren (banka), garanti alana parasal nitelikteki kendi edimini vaat etmektedir.

İkinci olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunda, taahhüt edilen edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirileceği, aksi takdirde oluşan zararın tazmin edileceğinin garantisi verilmektedir. Banka teminat mektuplarında ise garanti verenin bir tazminat yükümlülüğünden bahsedilemez, yalnızca vaat edilen bir paranın ödeneceğinin garanti alana borçlanılması söz konusudur. Son olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunda, taahhütte bulunanın edim yükümlülüğü herhangi bir şarta bağlanmış değildir, tazminat ödemesinin bir zararın varlığına bağlı olması, hukuki anlamda bu durumu tek başına şart olarak değerlendirilmesine yetmez. Fakat banka teminat mektuplarında garanti veren bankanın edim yükümlülüğü, geciktirici bir şarta bağlanmış bulunmaktadır. Zira garanti verenin yükümlülüğünün doğması için teminat

<sup>182</sup> Doğan, Vahit: 31; Akyazan, 27;

<sup>183</sup> Ayrıca kefalet sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt kavramının farkıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Kayak, Sevgi: “6098 Sayılı Kanunun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, BATİDER, Cilt:31, Sayı:4, s.15-71. Aralık-2015.

konusu olayın gerçekleşmesi gerekir, ancak bu şartın gerçekleşmesiyle garanti alan ödeme talebinde bulunabilir<sup>184</sup>.

Anılan sebeplerle, garanti sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerin bir türü olan banka teminat mektupları, ne kefalet sözleşmesi ne de üçüncü kişinin fiilini üstlenmedir. Banka teminat mektupları, kanaatimizce kendine özgü (sui generis) sözleşmeler olup, TBK m.128'in kıyasen uygulanması doğru değildir. Garanti sözleşmelerine ve özellikle banka teminat mektuplarına ilişkin pozitif düzenlemelerin yapılarak konuya kanuni bir dayanak oluşturulup uygulamadaki sıkıntıların bu şekilde önüne geçilmesi daha yerinde olacaktır.

#### 2.2.4. Banka Teminat Mektuplarının Türleri

Banka teminat mektupları, farklı açılardan birkaç sınıflandırmaya tabi tutulur. Banka teminat mektupları, konuları, süreleri, garanti edilen riziko ve limitleri bakımından farklı ayrımlarla açıklanabilir. Aynı zamanda ödeme talebinin şekli ve şartlarına göre ve ikinci bankanın devreye girip girmemesine göre de bir sınıflandırma yapılabilir<sup>185</sup>.

##### 2.2.4.1. Konuları Bakımından Banka Teminat Mektupları

Konuları bakımından banka teminat mektupları, serbest konulu teminat mektupları ve kamu ihale sözleşmelerine özgü teminat mektupları olmak üzere ikiye ayrılır. Buradaki sınıflandırmanın temelini, banka teminat mektubunun içerdiği garantinin konusu oluşturur.

##### 2.2.4.1.1. Serbest Konulu Teminat Mektupları

Serbest konulu teminat mektupları, kanuni herhangi bir zorunluluk bulunmaksızın taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin önem arz etmediği ve tarafların banka teminat mektubunun konusunu serbestçe belirleyebildiği durumlarda verilen teminat

<sup>184</sup> Canbolat, 103.

<sup>185</sup> Reisoğlu, 142 Vd.. Pamukçu, İzzettin: "Bütün Yönleri ile ve Çeşitli Örneklerle Teminat Mektupları", 23. Ankara 1976; Canbolat, 71 vd. Doğan Vahit, 61 vd.

mektuplarıdır<sup>186</sup>. Örneğin iki özel hukuk kişisi arasında bir kira sözleşmesindeki edimlerin garanti altına alınması amacıyla kiraya veren, kiracıdan bir banka teminat mektubu sunmasını isteyebilir. Bu durumda kiracı, edimini garanti altına alması için bankaya başvurur ve banka ile kiraya veren arasında bir teminat mektubu ilişkisi kurulmuş olur. Bu teminat mektubunun konusunu kiracının borçlarının garanti altına alınması oluşturur. Aynı şekilde bir satım sözleşmesinde de taraflardan biri, bir diğerinin borçlarının garantisini olması açısından bir teminat mektubu sunmasını isteyebilir.

#### 2.2.4.1.2. Kamu İhale Sözleşmelerine Özgü Teminat Mektupları

İdare, duruma göre istekli veya yükleniciden bir teminat istemek zorundadır. İstekli tarafından gösterilecek olan teminatın banka teminat mektubu olması halinde, bu teminat mektuplarının özel teminat mektupları olduğunu belirtmek gerekir. Zira bankalar, bu teminat mektuplarını oluştururken Kanunun daha önceden belirlemiş olduğu şekillere uymak ve mektubun içeriğini buna göre oluşturmak mecburiyetindedirler. Kamu ihale sözleşmelerine özgü, yani kamu ihale mevzuatı kapsamında istenen ve konusu kamu ihale sözleşmelerinde yer alan edimlerle daha önceden sınırlı olarak belirtilmiş banka teminat mektuplarına, kamu ihale sözleşmelerine özgü banka teminat mektupları denir<sup>187</sup>. Bu teminat mektupları da istendiği yer ve garanti edilen edim göz önünde tutularak kesin teminat mektubu, geçici teminat mektubu ve avans teminat mektubu olmak üzere üçe ayrılır.

##### 2.2.4.1.2.1. Kesin Teminat Mektupları

Kesin teminat mektubunun konusu, lehtarın (yüklenicinin) mektupta belirlenen yükümlülüğünü yerine getireceğinin garanti altına alınmasıdır<sup>188</sup>. KİK m.43'e göre *“Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.”* Bu

<sup>186</sup> Yener Coşkun, 91; Reisoğlu, 148; Çetin, Abdurrahman/ Dinç, Yusuf: “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar Ve Hukuki Sorunlar”, 74.

<sup>187</sup> Yener Coşkun, 87; Çetin/Dinç, 73; Reisoğlu, 189. Doğan Vahit, 71.

<sup>188</sup> Hatipoğlu, 12; Reisoğlu, 144; Doğan Elif., 61.



teminat, teminat mektubu şeklinde banka tarafından İdareye sunulduğunda bir kesin teminat mektubu söz konusudur. Kesin teminat mektuplarında amaç, İdareye yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinde yer alan edimini süresi içinde ve gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı güvence sağlamaktır<sup>189</sup>. Lehtar (yüklenici) teminat mektubuna dercedilen kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü süresinde kısmen veya tamamen yerine getirmez ise, İdarenin ödeme talebi üzerine bankanın garanti edilen bedeli ödeme borcu doğar. Bu mektuplara ifa garantisi de denmektedir. Kesin teminat mektubunun verilmesiyle birlikte banka, temel ilişkinin taraflarından birini oluşturan edimi garanti edilenin (lehtar, yüklenici) garanti altına borçlandığı edimi sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi tehlikesine karşı İdareyi güvence altına almaktadır<sup>190</sup>.

#### 2.2.4.1.2.2. Geçici Teminat Mektupları

İdare, ihale üzerinde bırakılan istekliye sözleşme yapmaya davet eder ve isteklinin bu davete icabet etmesi halinde İdare ile istekli arasında kamu ihale sözleşmesi kurulur. İstekli, böylece yüklenici sıfatını alır. Üzerinde ihale bırakılan isteklinin bu davete icabet etmemesi riski her zaman vardır. Zira sözleşme özgürlüğü kapsamında istekli, kamu ihale sözleşmesini imzadan kaçınabilir. Bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren istekliye başvurulabileceği akla gelse de, bu ikinci teklifi veren istekli de sözleşme yapmaya yanaşmayabilir. Dolayısıyla ortada İdarenin bir zararı söz konusu olur. İşte bu risk sebebiyle karşılaşılabilecek zararın garanti edilmesi gerekir. Bu amaçla İdare, kanun gereğince ihaleye katılan tüm isteklilerden teminat göstermesini istemek zorundadır. Bu husus, KİK m.33'te de açıkça belirtilmiş olup İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda istekliler, geçici teminat olarak banka teminat mektubu sunabilirler. Bankaların düzenlemiş oldukları bu mektuplar, muhtevaları itibariyle geçici teminat mektupları olarak adlandırılırlar.

Geçici teminat mektupları, açılmış bir ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişi isteklinin ihalenin kendisinde kalması halinde, teklifinin gereğini yerine getirmemesi, yani

<sup>189</sup> Doğan Vahit, 78.

<sup>190</sup> Canbolat, 82.

önceden belirlenen süre içinde ve ihalede belirtilen şartlara uygun olarak sözleşme imzalamaması tehlikesine karşı ihaleyi açan İdareye hitaben verilen mektuplardır<sup>191</sup>. Bu tür teminat mektuplarında amaç, ihaleye katılan kişinin ihalenin kendi üzerinde kalması durumunda, ihalede öngörülen süre içinde ve ihaledeki şartlara uygun olarak asıl sözleşmeyi yapmasını güvence altına almaktır<sup>192</sup>. Yani burada garanti edilen risk, isteklinin sözleşmeyi yapmaması veya kusurlu olarak yapamaması halinde İdarenin uğrayacağı zarardır. Geçici teminat mektubu ile genellikle iki husus birlikte garanti edilir. Bu hususlar, lehtarın (isteklinin), ihale üzerine bırakıldığında ilgili sözleşmeyi imzalayacağı ve kesin teminat mektubu vereceğidir<sup>193</sup>.

#### 2.2.4.1.2.3. Avans Teminat Mektupları

Kamu ihale sözleşmelerinde bazen yüklenicinin borcunun ifasına başlayabilmesi için İdare tarafından bir avans (ön ödeme) yapılması gerekebilir. İdare tarafından verilen bu avans daha sonradan yüklenicinin hakedişlerinden kesinti yapılmak suretiyle geri tahsil edilir. Fakat bu tahsilatın hiç yapılamaması riski söz konusu olabilir. Dolayısıyla İdare, vermiş olduğu avans karşılığında yükleniciden bir teminat göstermesini ister. İşte bu durumda, bankanın yüklenici lehine İdareye vermiş olduğu teminat mektuplarına, avans teminat mektupları denir<sup>194</sup>.

Avans teminat mektupları, kamu ihale sözleşmesinde üstlenilmiş olan yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilebilmesi için İdarenin yükleniciye yapmış olduğu ekonomik desteğin güvence altına alınması amacıyla hizmet eder<sup>195</sup>. Avans teminat mektuplarının konusu itibariyle garanti ettiği risk uyarınca, İdare, yüklenicinin kamu ihale sözleşmesine aykırı davranmasından dolayı uğradığı zararı avans teminat mektubunu paraya çevirtmek suretiyle tazmin edemez. Garanti sözleşmeleri her ne kadar bağımsız birer hukuki ilişki olup asıl sözleşmenin fer'i olarak değerlendirilmese de banka, avans teminatlarında konu itibariyle şartın gerçekleşmediğinden bahisle ödemeyi reddedebilir.

<sup>191</sup> Pamukçu, 29-30; Hatipoğlu, 12; Reisoğlu, 194; Doğan Elif. 58. Doğan Vahit. 71, Canbolat, 83. Barlas, 14.

<sup>192</sup> Doğan Vahit, 71.

<sup>193</sup> Reisoğlu, 143.

<sup>194</sup> Barlas, 17; Hatipoğlu, 13; Doğan Elif. 60; Reisoğlu, 144.

<sup>195</sup> Doğan Vahit, 74.

Yargıtay'ın bir kararına<sup>196</sup> konu olan bir olayda, yüklenici, İdareden almış olduğu avans karşılığında bankadan bir avans teminat mektubu sunmuştur. Daha sonra kamu ihale sözleşmesiyle kararlaştırılan iş tamamlanmış ve fakat işin tamamlanmasından sonra yüklenicinin yapmış olduğu iş dolayısıyla başka kurumlara borcu olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine İdare, yüklenicinin vermiş olduğu avans teminat mektuplarının paraya çevrilmesiyle bu borcun kapatılması yoluna gitmiştir. Yargıtay, dava konusu olayla ilgili kararında, avans teminat mektubu ile işin süresinde bitirilebilmesi için yükleniciye yapılan yardımların geri alınmasının garanti altına alındığını, dolayısıyla avans teminat mektubunun tüm karşılığı iş yapılması halinde mektubun derhal yükleniciye iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Yargıtay'a göre avans teminat mektubunun yüklenicinin diğer alacaklarını karşılama fonksiyonu bulunmaz.

Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı isabetli olup İdare, hakedişlerden kesinti yaparak ödediği avansın tahsilatını yapamaz ise avans teminat mektubunun paraya çevrilmesi yoluna gitmeli, aksi takdirde diğer borçların kendisine ödenmemesi halinde avans teminat mektubunun değil, kesin teminat mektubunun paraya çevrilmesi yoluna başvurulmalıdır. Zira avans teminat mektubu, yalnızca ilgili avansın geri ödenmemesi rizikosuna karşı verilen bir mektup olup garanti amacı dışında kullanılamaz. Keza avans teminat mektuplarında, avansın geri ödenmesi garanti edilmekte ve uygulamada da yükleniciye ödenen avanslar genellikle yüklenicinin işleri yaptıkça hakedişlerini belirleyen istihkaklarından kesilmek suretiyle geri alınmakta ve taraflar arasındaki sözleşmelere bu yönde hükümler konulmaktadır<sup>197</sup>.

Uygulamada, bir mektubun avans teminat mektubu mu yoksa kesin teminat mektubu mu olduğu hususunda ihtilaflar ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin yorumu yollarına başvurularak sözleşme metni yorumlanmalı ve buna göre karar verilmelidir. Mektup metninde yer alan ifadeler, mektubun niteliğini belirlemede birinci derecede önem arz eder<sup>198</sup>. Kuşkusuz bir teminat mektubunun avans ve kesin teminat mektuplarının yükümlülüklerini birlikte içermesi de mümkündür. Böyle bir durumda da İdare, kendi iradesi doğrultusunda ister hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle tahsil

<sup>196</sup> Y 15. HD: T. 23.06.1988, E. 1988/2318, K.1988/2412.

<sup>197</sup> Reisoğlu, 145.

<sup>198</sup> Doğan Vahit., 75.

edemediği avansın tahsili yoluna, isterse borcun tam ve gereği gibi ifa edilmemesi durumunda uğramış olduğu zararın tahsili yoluna gidebilir ve bankadan ilgili meblağın kendisine ödenmesini isteyebilir<sup>199</sup>.

#### 2.2.4.2. Süreleri Bakımından Banka Teminat Mektupları

Bankalar, garanti ettiği rizikodan doğan sorumluluğunu belli bir süreyle sınırlandırabilir. Bu durumda banka teminat mektupları, süreleri yönünden de bir tasnife tabi tutulur. Süreleri yönünden banka teminatları süreli (vadeli) veya süresiz (vadesiz) teminat mektupları olarak ikiye ayrılır. Süreli teminat mektuplarında banka, garanti ettiği rizikodan doğan sorumluluğunu teminat mektubunda belirtilen süre için üstlenir. Süresiz teminat mektuplarında ise kısıtlanmış bir süre söz konusu olmayıp bankanın sorumluluğu rizikonun doğumuyla beraber doğar ve zamanaşımına kadar devam eder.

##### 2.2.4.2.1. Süresiz Teminat Mektupları

Süresiz teminat mektupları, bankanın, lehtarın asıl sözleşme sebebiyle uğraması muhtemel zararını herhangi bir süreye, vadeye bağlamaksızın sorumlu olacağı kaydını içeren teminat mektuplarıdır<sup>200</sup>. Yani burada banka, riskin belli bir süre içinde gerçekleşmesi halinde sorumlu olacağını değil, riskin kural olarak ne zaman gerçekleşirse gerçekleşsin sorumlu olacağını belirten bir teminat mektubu verir.

İdare ile yüklenicinin arasındaki kamu ihale sözleşmesine göre yüklenicinin üstlenmiş olduğu edim daha uzun süreli bir edim ise (örneğin bir baraj inşaatı) İdare genelde süresiz bir teminat mektubu almak ister. Zira böyle projelerin süreç içerisinde karşılaşılabileceği birçok sıkıntı sebebiyle ihale sözleşmesinde belirtilen sürede bitirilememesi ve İdarenin ek süre vermesi ihtimali vardır. Bu sebeple de İdare, yükleniciden tüm proje süresi ve verilmesi muhtemel ek süreler de dâhil olmak üzere edimin ifa edileceği belirsiz bir zaman için rizikoların garanti edilmesini ister. Bunu

<sup>199</sup> **Reisoğlu**, 146.

<sup>200</sup> **Önder**, Bengisu: “Türk Hukukunda Banka Teminat Mektupları”, 31. Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2019.**Hatipoğlu**, 14; **Doğan** Elif. 70; **Reisoğlu**, 151.

sağlamak için de bankadan süresiz bir teminat mektubu alınır ve banka, belirsiz bir zaman içinde gerçekleşmesi muhtemel rizikoları garanti eder.

#### 2.2.4.2.2. Süreli Teminat Mektupları

Süreli teminat mektupları, süresiz teminat mektuplarının aksine, bankanın belirli bir süre ile muhtemel rizikoların garantörü olduğu mektuplardır<sup>201</sup>. Banka bu teminat mektupları ile belirli bir süreliğine rizikonun garantörü olarak sorumluluğunu süre açısından belirli hale getirmekte, kısıtlamaktadır. Bu tür banka teminat mektubunda, bankanın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, riskin mutlaka bu süre, bu vade içerisinde gerçekleşmesi gerekir<sup>202</sup>.

Garanti sözleşmeleriyle ilgili özel bir düzenleme TBK içinde yer almasa da süreli teminat mektupları açısından TBK m.128/2 hükmü önemlidir. İlgili hükme göre *“Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.”* Bu hüküm uyarınca banka ile İdare, teminat mektubunun süreli olmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda riziko ancak belirtilen süre içinde gerçekleşirse bankanın sorumluluğu doğar. Fakat rizikonun gerçekleşmesi de tek başına yetmez; İdarenin de ayrıca bankaya başvurması gerekir. Aksi takdirde İdarenin bu teminat mektubuna dayanarak zararını karşılama olanağı kalmaz. Vadeli teminat mektuplarının süresi uzatılabilir, ancak süre uzatma işleminin vade dolmadan önce yapılması gerekir, zira süresi dolmuş bir teminat mektubu geçerliliğini yitireceğinden süre uzatma işlemi de geçerli olmaz.

#### 2.2.4.3. Ödeme Talebinde Bulunma Şekline Göre Banka Teminat Mektupları

Asıl sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesi halinde İdare (muhatap), bankaya aralarındaki teminat mektubu ilişkisine dayanarak başvurur. Bu durumda İdare, rizikoyu üstlenen bankadan zararının giderilmesini ister. Bu talebin ne şekilde yapılacağı banka teminat mektubunda yer alan bir ibare ile taraflarca kararlaştırılmalıdır.

<sup>201</sup> **Reisoğlu**, 153; **Önder**, 31; **Hatipoğlu**, 14. **Kahyaoğlu**, 15.

<sup>202</sup> **Kahyaoğlu**, 15

Kararlaştırılabilecek ilk durum, banka teminat mektubunda “ilk talepte” ödeme kaydının bulunmasıdır. Bu kaydın bulunduğu teminat mektuplarında banka, kural olarak doğrudan ödemeyi yapar; herhangi bir araştırma içine girmez. Bir diğer durum ise, banka teminat mektubunun şarta bağlı olarak yapılmasıdır ki burada banka, sözleşmedeki bedeli ödemediği önce şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak durumundadır; derhal ödeme yapamaz.

#### 2.2.4.3.1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Banka Teminat Mektupları

Banka teminat mektubunda “*protesto çekmeye, hüküm ve borçlunun iznini almaya gerek kalmaksızın, herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri nazara alınmaksızın ilk yazılı talepte*” şeklinde veya buna benzer bir ibare bulunuyorsa, bu banka teminat mektubu, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir teminat mektubudur<sup>203</sup>. Bu tür teminat mektupları, uygulamada en çok kullanılan teminat mektuplarıdır. Bu teminat mektuplarında garanti alan, bankaya ödemeyi yapmasını istediği anda banka, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmadan yahut herhangi bir def'i veya itirazda bulunmadan ödemeyi yapmakla yükümlüdür.

Ödeme talebini alan banka, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapmaksızın, mektubu yalnız şeklen inceler<sup>204</sup>. Bu tür teminat mektuplarında bankanın garanti alandan herhangi bir şekilde rizikonun gerçekleştiğini ispat etmesi beklenmediği gibi ödeme için başka herhangi bir şart da öngörülmemiştir. Dolayısıyla garanti alan tarafından en çok tercih edilen teminat mektupları bu tür teminat mektuplarıdır. Çünkü muhatap, bankadan ödemeyi en rahat şekilde “ilk talepte” ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları aracılığıyla alabilir.

Doktrinde bu tür teminat mektuplarının banka lehine de olduğu savunulmaktadır. Keza banka, bu kayıtla kendisinin inceleme hak ve yetkisini kaldırarak sorumluluğunu da kaldırdığından taraflar arasında çıkması muhtemel hukuki uyuşmazlıkların da dışında kalır. Aynı zamanda, garanti alan konumunda olan kişiler, kendilerine verilecek teminat

<sup>203</sup> Doğan Elif, 62; Doğan Vahit, 63; Barlas; 18; Coşkun Yener, 79.

<sup>204</sup> Kahyaoglu, 19.

mektuplarının bu tür olmasını da tercih ettiğinden devinim sağlanır. Bu şekilde bankanın lehtardan elde ettiği komisyon gelirleri de artar<sup>205</sup>.

“İlk Talepte” ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında en avantajsız konumda olan kişi ise lehtardır. Zira bankanın araştırma yükümlülüğü olmadığından muhatabın (garanti alan) ödeme talebiyle birlikte banka, lehtara doğrudan ödeme yapar. Bu durumda ortada haksız bir ödeme talebi var ise lehtarın aleyhine bir durum ortaya çıkar ve risk, bütünüyle lehtar üzerinde kalır. Kamu ihale sözleşmeleri özelinde, İdareler genelde kötüniyetli olarak ödeme talebinde bulunmasa da haksız şekilde bir ödeme talebinde bulunabilir. Tezin ilerleyen bölümlerinde bu konuyla ilgili savunma imkânları inceleneceğinden şimdilik bu hususu zikretmekle yetiniyoruz.

İlk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektuplarında, “önce öde sonra dava et” ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre banka, muhatabın ödeme talebi üzerine, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaksızın önce garanti sözleşmesinde üstlendiği bedeli ödemekte; ardından, riskin gerçekleşmediğini kanıtlayarak ödediği garanti bedelinin kendisine iade edilmesi için dava açmaktadır<sup>206</sup>.

#### 2.2.4.3.2. Şarta Bağlı Teminat Mektupları

İlk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarının haksız ödeme taleplerinin yolunu açması ve lehtarın aleyhine olması, şarta bağlı teminat mektuplarını gündeme getirmiştir. Buna göre taraflar, teminat mektubunun ödenmesini bazı şartlara bağlayabilirler. Bu durumda muhatap, bankadan, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektuplarının aksine, ancak bu şartın gerçekleştiğini ispat eder ise aralarındaki sözleşmenin yerine getirilmesini isteyebilir. Bu durumda bankaya bir araştırma yükümlülüğü getirilir. Bu yükümlülükle beraber lehtarın aleyhine olabilecek haksız ödeme talepleri bertaraf edilmeye çalışılır ve bankanın sorumluluğu arttırılarak lehtarın tüm riske katlanmasının önüne geçilir. Bu tür şart içeren teminat mektuplarına şarta

<sup>205</sup> Canbolat, 79; Kahyaoğlu, 19; Coşkun Yener, 117.

<sup>206</sup> Arkan, Sabih: “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, 63. Batider, C. 16, S. 4, 1992, S. 59-84.

bağlı banka teminat mektubu denir<sup>207</sup>. Kararlaştırılan şart, uygulamada lehtarın edimini tam veya gereği gibi ifa etmediğinin ispatı olacak şekilde bir mahkeme kararı, bir hakem heyeti kararı olabileceği gibi lehtarın onayının alınması da olabilir<sup>208</sup>.

Bu tür teminat mektupları lehtarın karşılaşması muhtemel riskleri bertaraf etmekle beraber teminat mektubunun garanti işlevini zayıflatmakta ve muhatabın garanti edilen bedele ulaşmasını güçleştirmekte, yavaşlatmaktadır<sup>209</sup>. Dolayısıyla uygulamada bu tür teminat mektupları çok fazla tercih edilmez. Ayrıca doktrinde bazı yazarlar teminat mektubunda yer alan ve asıl sözleşmeyle ilişkili olarak düzenlenmiş bulunan şartların teminat mektubunun “bağımsızlık” niteliğine hanel getirdiğini savunmaktadır<sup>210</sup>.

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira banka teminat mektupları, birer garanti sözleşmesi niteliğindedir ve bu sözleşmelerin şarta bağlı yapılmalarının önünde herhangi bir engel yoktur. Bu şartlar, garanti sözleşmelerinin “bağımsızlık” niteliğine de herhangi bir hanel getirmez. Keza bankanın ilk talepte ödeme yapma yükümlülüğü de, tarafların sahip oldukları irade serbestisi doğrultusunda kararlaştırmış oldukları bir geciktirici şarta bağlanmış bulunmaktadır. Bu şartın yerine getirilmesiyle banka derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla başka bir şartın kararlaştırılması önünde de herhangi bir engel yoktur. Şart, garanti sözleşmesinin geçerliliğini asıl sözleşmeye bağlamaz. Ortada asıl sözleşmeye bağlanmış bir garanti sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden garanti sözleşmesinin bağımsızlık unsuru da zedelenmez<sup>211</sup>.

#### 2.2.4.4. İkinci Bir Bankanın Devreye Girip Girmemesine Göre Banka Teminat Mektupları

Garanti alan konumunda alan muhatabın garanti verecek bankanın bulunduğu ülkeden başka bir ülkede ikamet ettiği durumlarda kendisinden teminat mektubu istenen banka, doğrudan bu mektubu verebileceği gibi muhatabın ikamet merkezindeki başka bir banka aracılığıyla da bu teminat mektubunu verebilir. Dolayısıyla özellikle uluslararası nitelik

<sup>207</sup> Coşkun Yener, 79; Doğan Elif. 66; Doğan Vahit. 69; Arkan, 64.

<sup>208</sup> Canbolat, 81.

<sup>209</sup> Pellumbi, Sokol: “Banka Kredi Hukukunda Teminatlar”, 52. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul -2006.

<sup>210</sup> Arkan, 67.

<sup>211</sup> Reisoğlu, 139. Doğan Elif. 97.



arz eden böyle bir durumda, teminat mektubu ilişkisinde ikinci bir banka devreye girer. Bu ikinci bankaya muhabir banka (Avisbank) denir<sup>212</sup>. Muhabir banka, garantör banka tarafından teminat mektubu ilişkisine dâhil edilerek garanti alanın kendisine yönelttiği ödeme talebini garanti veren durumundaki bankaya iletir. Bu iletim üzerine de kendisine garantör banka tarafından verilen talimatları uygulayarak ödemeyi yapar. Bu durumda ortada doğrudan bir teminat mektubunun varlığından söz edilir<sup>213</sup>. Kendisinden garanti talebinde bulunulan bankanın, teminat mektubunu doğrudan kendisi vermeyip muhabir banka tarafından verilmesini sağlaması halinde de dolaylı bir banka teminat mektubu vardır<sup>214</sup>.

İkinci bir bankanın devreye girip girmemesine göre yapılan bu ayırım, kamu ihale sözleşmeleri gereğince düzenlenen teminat mektuplarında pratik bir önemi haiz değildir. Zira kamu ihale sözleşmelerinde garanti alan kişi İdare olduğundan lehdar yabancı uyruklu olsa bile Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde Bankalar Kanunu'na uygun bir şekilde kurulmuş bankalardan teminat mektubu istenir. Keza yabancı bankalar, -Türkiye'de kurulmasına izin verilen şubeleri hariç- Kamu İhale Kanunu'na tabi işlerde idarelere hitaben doğrudan teminat mektubu veremezler. Buna karşılık yabancı bankalar Türkiye'deki bankalara kontrgaranti vererek teminat mektubu verebilirler<sup>215</sup>.

### **2.2.5. Teminat Mektubu İlişkisinin Tarafları ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişki**

Teminat mektubu ilişkisinde bir garanti sözleşmesi olması hasebiyle ilk bakışta sözleşmenin tarafları olan garanti veren (banka) ve garanti alan (muhatap) olarak iki taraf varmış gibi gözükse de aslında teminat mektubu ilişkisinin üçlü bir hukuki ilişki olduğunu söylemek gerekir. Bu hukuki ilişkinin üçüncü tarafı edimi garanti edilen kişi olan lehtardır. Dolayısıyla bu üçlü ilişkinin incelenerek bazı sonuçlara ulaşılması, banka teminat mektubu ilişkisinde ortaya çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek açısından zaruridir.

<sup>212</sup> Doğan Elif, 80.

<sup>213</sup> Yener Coşkun, 84.

<sup>214</sup> Canbolat, 88-89. Doğan Vahit, 80-81. Yener Coşkun, 85.

<sup>215</sup> Reisoğlu, 192.

### 2.2.5.1. Teminat Mektubu İlişkisinin Tarafları

#### 2.2.5.1.1. Banka (Garanti Veren)

Bankalar, Faizle para alıp veren, kredi, iskonto, kambiyo işlemleri yapan, kasalarında para, değerli belge, eşya saklayan ve ticaret, sanayi, ekonomi alanlarında çeşitli etkinliklerde bulunan kuruluşlardır.<sup>216</sup> Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde kurulacak olan bankalar, öncelikle TMK'nın tüzel kişilere ilişkin hak ve fiil ehliyeti hükümlerine tabidirler. Bunun yanında özel olarak Bankalar Kanunu hükümlerine tabi olan bankalar, bu kanun hükümlerine uygun bir şekilde anonim şirket şeklinde kurulmak zorundadırlar. Kanunlara uygun bir şekilde kurularak faaliyet göstermeye başlayan bankalar, bankacılık işlemlerinden biri olan banka teminat mektubu düzenleme ehliyetini de haiz olur. Bu sayede banka ile garanti alan (lehtar) arasında bir banka teminat mektubu sözleşmesi akdedilir.

Banka teminat mektubu ilişkisinde banka, garanti veren (garantör) konumundadır<sup>217</sup>. Yani bu ilişkide borçlu konumda olan taraf, bankadır. Bu borca göre, lehtarın edimi garanti altına alınmakta, asıl ilişkiyi oluşturan sözleşmede üstlenilmiş olan edimin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi riski üzerine uğranılacak zarar, banka tarafından üstlenilmektedir.

KİK m.34'e göre, bu kanun kapsamındaki işler için idareye hitaben teminat mektubu vermeye, Türkiye'de kurulu bankalar yetkilidir. Ayrıca ilgili mevzuatına göre, Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları da İdareye hitaben düzenlenmiş teminat mektupları kapsamında kabul edilir. Aynı zamanda, özel finans kurumları da İdareye hitaben teminat mektubu düzenleyebilir. Zira m.34/2'de 30.07.2003 tarihinde yapılan bir değişiklikle özel finans kurumlarının da teminat mektubu düzenleyebileceği hüküm altına alınmış ve yine aynı değişiklikle m.35'in başlığındaki "banka" ibaresi çıkarılarak teminat mektuplarının yalnızca bankalar tarafından verilebileceği zannından kaçınılmıştır. Kamu İhale

<sup>216</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 05.05.2020)

<sup>217</sup> Doğan Elif, 76; Yener Coşkun, 57; Davarcı/Bayram, 219; Canbolat, 60. Doğan Vahit, 93; Reisoğlu, 85; Kahyaoğlu, 24.

Kurumu da 2003/2 tebliğinde, 4734 sayılı KİK uygulamasında özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektuplarının bankalar tarafından verilen teminat mektubu olarak kabul edileceğini belirtmiştir<sup>218</sup>. Özel finans kurumlarının teminat mektubu düzenleyebilmesi isabetlidir. Zira özel finans kurumları da bazı maddeler dışında Bankalar Kanunu hükümlerine tabidirler<sup>219</sup>.

#### 2.2.5.1.2. Muhatap (Garanti Alan)

Muhatap (garanti alan), hem asıl ilişkide hem de banka teminat mektubu ilişkisinde alacaklı olan taraftır<sup>220</sup>. Asıl ilişkideki alacağını tam olarak karşılayamama riskine karşı banka teminat mektubu alarak muhataba bir garanti verilmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinde, İdare, istekli veya yükleniciden teminat mektubu isteyen konumunda olduğundan, banka teminat mektubu sözleşmesinde muhatap İdare olup banka teminat mektupları İdareye hitaben düzenlenir. Çünkü İdare, almış olduğu teminat mektuplarının türüne göre lehtarın (istekli veya yüklenici) edimini ifa etmeme riskini garanti altına aldırılmaktadır. Uygulamada, lehtarın talimatı üzerine muhatap lehine banka teminat mektubu hazırlanır ve bu muhataba ulaştırılması için lehtara verilir. Bu mektubun hazırlanması, hukuken sözleşmenin kurulması anlamına gelmez. Bu mektubun hazırlanarak muhataba iletilmek üzere verilmesi banka tarafından yapılan bir öneri niteliğindedir. Bu mektubun muhatap tarafından alınarak kabul edilmesiyle birlikte sözleşme kurulur. Lehtar, banka ile muhatap arasındaki sözleşmenin kurulması için bankanın önerisini ileten bir aracı niteliğindedir.

Muhatap, garanti sözleşmesinde alacaklı konumunda olduğu için banka teminat mektubundan muhatabın tereddüde yer bırakmayacak şekilde kolaylıkla tespit edilebilmesi gerekir. Uygulamada bazen bankalar, lehtarın bir edimi için garanti vermekte ve fakat muhatabın kim olacağını belirtmemektedir. Burada muhatabı

<sup>218</sup> RG 18.01.2003, S.24997.

<sup>219</sup> Reisoğlu, 192.

<sup>220</sup> Kahyaoğlu, 23; Reisoğlu, 90; Doğan Elif. 77; Davarcı/Bayram, 219; Doğan Vahit. 95; Yener Coşkun, 59.

belirleme yetkisinin banka tarafından lehtara bırakıldığı ve lehtarın da bankanın temsilcisi sıfatıyla hareket etmek suretiyle muhatabı belirleyebileceği kabul edilir<sup>221</sup>.

### 2.2.5.1.3. Lehtar (Edimi Garanti Edilen)

Lehtar (edimi garanti edilen<sup>222</sup>), garanti alan ile aralarındaki temel ilişkinin borçlusudur<sup>223</sup>. Banka teminat mektubu sözleşmesinin tarafı olmamakla beraber teminat ilişkisinin üçüncü tarafı lehtardır. Lehtar, garanti alan ile arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan bir borç altına girmektedir. Bu borcunu temel ilişkiye uygun olarak ifa etmemesi rizikosunu sonucu ortaya çıkabilecek zararların tazmini için garanti alan tarafından kendisinden bir garanti istenir. İşte bu istenen garanti sebebiyle lehtar, bankaya müracaat eder ve garanti sözleşmesinin kurulması için gerekli olan süreci başlatır. Bu süreç sonucunda banka ile garanti alan arasında bir garanti sözleşmesi kurulur ve banka, garanti alana teminat mektubu verir. Lehtara bankacılık hukukundaki tabiriyle bankanın kredi müşterisi de denebilir<sup>224</sup>. Çünkü müşteri, banka hukuku açısından bir gayrınakdî kredinin lehtarındır. Teminat mektupları da birer gayrınakdî kredi olduğundan bu tanımlama isabetlidir.

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından eğer banka ile İdare arasında geçici teminat mektubu verilmesine ilişkin bir garanti sözleşmesi varsa lehtar, isteklidir. Keza geçici teminat mektubu ihale üzerine bırakılan isteklinin kamu ihale sözleşmesini yapmama riski sonucu ortaya çıkabilecek zararların garantisini için verilir. Kesin teminat mektuplarında lehtar, üzerine ihale bırakılan isteklidir. Zira KİK m.43 gereğince kesin teminat mektupları, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasının bir şartı olarak öngörülmüş olup bu mektubun İdareye verilmemesi halinde kamu ihale sözleşmesi akdedilmez. Avans teminat mektuplarında ise lehtar, yüklenicidir. Çünkü avans teminat

<sup>221</sup> **Akyol**, Şener: “Banka Sözleşmeleri”, 165-166. Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan, İstanbul-2001.

<sup>222</sup> Bu isimlendirme için bkz. **Canbolat**, 62.(dgn.50) “Türk hukukunda banka teminat mektuplarına ilişkin çalışmalarda temel ilişkinin borçlusunu ifade etmek için “lehtar” kelimesi kullanılmaktadır. Edimi garanti edilen için Almanca terim olarak garanti talimatı veren anlamında “*Garantieauftraggeber*” kavramı kullanılmaktadır.” Yazar da temel ilişkinin borçlusunu ifade etmek amacıyla “lehtar” yerine “edimi garanti edilen” ibaresini kullanmayı tercih etmiştir. - Ayrıca **REİSOĞLU** da, “lehtar” ibaresi yerine yer yer “fiili taahhüt edilen” kavramını kullanmıştır. Bkz. **Reisoğlu**, 94.

<sup>223</sup> **Akyol**, 166; **Doğan Elif**, 80; **Yener Coşkun**, 60; **Reisoğlu**, 94; **Davarcı/Bayram**, 220.

<sup>224</sup> **Kahyaoglu**, 23.

mektubu işin görülmesine başlandıktan sonra verileceğinden ortada artık yüklenicinin varlığından söz edilir.

#### 2.2.5.2. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişki

##### 2.2.5.2.1. Banka İle Muhatap Arasındaki İlişki

Banka ile muhatap arasındaki ilişki, teminat mektubu ilişkisinin gerçek karşılığı olup garanti ilişkisi olarak adlandırılır. Zira garanti sözleşmelerinden olan banka teminat mektubu sözleşmesi, banka ile muhatap arasında kurulur. Dolayısıyla tarafların uyuşmazlık yaşaması halinde bu uyuşmazlık, banka teminat mektubu sözleşmesi hükümleri esas alınarak çözüme kavuşturulur. Sonraki bölümlerde bu husus üzerinde detaylıca durulacak olduğundan şimdilik bu açıklamayı yeterli görüyoruz.

##### 2.2.5.2.2. Banka ile Lehtar Arasındaki Hukuki İlişki

Lehtar, temel ilişkinin borçlusu konumundadır. Temel ilişkide üstlendiği edimin tam veya gereği gibi ifa edilmemesi üzerine uğraması muhtemel zararların giderilmesi için temel ilişkinin alacaklısı konumunda olan muhatap, lehtardan bir garanti göstermesini ister. Bunun üzerine lehtar, bankaya başvurarak bankadan kendisi lehine bir teminat mektubu düzenlenip muhatap ile bir sözleşme akdetmesini ister. Bu yapılırken banka, müşterisi konumunda olan lehtara aslında bir gayrimakdî kredi sağlar. Bankalar Kanunu m.11’de bankaların verebilecekleri gayrimakdî krediler arasında teminat mektupları da yer alır. İşte bu sebeple banka ile lehtar arasında bir hukuki ilişki kurulur. Bu hukuki ilişkiye doktrinde karşılık ilişkisi adı verilmektedir<sup>225</sup>.

Karşılık ilişkisinin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Alman hukukunda hâkim olan görüşe göre, lehtar ile banka arasındaki bu karşılık ilişkisi, BGB m.675 anlamında bir eser sözleşmesi niteliğindedir<sup>226</sup>. Çünkü lehtarın talebini alan bankanın teminat mektubu sözleşmesinin yapımında yalnızca hizmet edimi manasında faaliyeti yeterli değildir.

<sup>225</sup> Canbolat, 67.

<sup>226</sup> Nielsen: “Bankgarantien”, 66-86. Hein, 10. Mülberrt: “Neueste Entwicklungen”, 1102. (Aktaran, Doğan Vahit, 133.)

Banka sonuç olarak talep edilen teminat mektubunun somut olarak üstlenilmesini borçlanır. Başka bir deyişle, banka lehtara karşı sadece bir hizmet edimini üstlenmez, aynı zamanda da somut bir neticenin teminini üstlenir<sup>227</sup>.

Doktrinde baskın olan görüşe<sup>228</sup> göre ise bu ilişki, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. İlişkinin vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi sonucunda banka vekil, lehtar ise vekâlet veren konumunda olur. Dolayısıyla tarafların birbirine karşı hak ve yükümlülükleri de TBK'daki vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uyarınca belirlenir. Vekil durumunda olan banka, vekâlet sözleşmesi gereğince ilk iş olarak muhatap ile bir teminat mektubu sözleşmesi yapmalıdır. Bankanın ilk ve asli yükümlülüğünü oluşturan garanti alanla garanti sözleşmesi yapma yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinin kurulması ile ortaya çıkar. Buna karşın diğer yükümlülükler, kurulan bu garanti sözleşmesi uyarınca garanti konusu olayın gerçekleşmesi sonucunda garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde ortaya çıkar<sup>229</sup>.

Bankanın asli ve tali yükümlülüklerine karşılık edimi garanti edilen konumunda olan lehtarın da bazı yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin başında bankanın garanti sağlamasına karşılık sözleşmede kararlaştırılan garanti komisyonunun bankaya ödenmesidir. Bunun yanı sıra lehtar, ortaya çıkacak avans ve masrafları da karşılamak durumundadır. Bu yükümlülüklerin en önemlisi ise, bankanın garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine muhataba ödeme yapmasıdır. Bu ödeme sebebiyle bankanın, lehtara başvurma hakkı doğacaktır ve bu hakkını aralarındaki karşılık ilişkisine dayanarak ister. Bu karşılık ilişkisinin de vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunda bu istemin dayanağını vekâlete ilişkin hükümler oluşturur. Lehtar, banka tarafından vekâletin gereği gibi ifası amacıyla ödenen garanti bedeli ve diğer masrafları bankaya ödemekle yükümlüdür.

Doktrinde ortaya atılan bir diğer görüşe göre<sup>230</sup> de karşılık ilişkisi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi

<sup>227</sup> Doğan V. 133-134.

<sup>228</sup> Develioğlu, 69; Tekinalp, Ünal: "Banka Hukukunun Esasları", C.1, 382-383. İstanbul-1998; Bkz. Canbolat, 67 Vd; Doğan, 133 vd;

<sup>229</sup> Canbolat, 68.

<sup>230</sup> Bkz. Kahyaoğlu, 25-26. Taşpolat Tuğsavul, 323; Doğan Elif, 83.

halinde garanti sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesine aykırı bir tespit yapılmış olur. Müşteri ile banka arasındaki ilişki, bir iş görme sözleşmesine benzese de anılan sözleşme mutlaka vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaz. Dolayısıyla bu ilişki, bir garanti verme taahhüdü sözleşmesi olup atipik bir sözleşmedir. Bu nedenle de, garantöre başvurulması durumunda temel ilişkiyi oluşturan sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle bir tazminat talebinden değil, bağımsız bir taahhüdün ifa edilmesini talepten söz etmek uygun olur.

#### 2.2.5.2.3. Muhatap ile Lehtar Arasındaki Hukuki İlişki

Lehtar ile muhatap arasındaki hukuki ilişki, banka teminat mektubunun verilmesi gerekliliğini ortaya çıkaran temel ilişkidir<sup>231</sup>. Yani muhatap ile lehtar arasında akdedilen sözleşmeden doğan lehtarın edimi, banka teminat mektubu sözleşmesi ile garanti altına alınmış olur. Kamu ihale sözleşmeleri özelinde, İdare ile yüklenici arasında bir kamu ihale sözleşmesi akdedilir. Bu sözleşme ile yüklenici, İdarenin satın almış olduğu hizmet veya malın ifasını üstlenir. Bu edimin ifa edilmemesi riski karşısında İdare, kanunun zaruri kıldığı üzere, uğranması muhtemel zararların karşılanması için yükleniciden bir garanti göstermesini ister ve banka ile İdare arasında bir garanti sözleşmesi kurulur. İşte bu garanti sözleşmesinin kurulmasındaki saik, temel ilişkidir kaynaklanır. Temel ilişkide borçlu konumunda olan yüklenici alacaklı konumunda olan İdarenin karşılanması muhtemel zararlarını garanti altına aldırır.

Genellikle lehtar ile garanti alan arasındaki sözleşmenin kurulmasının şartı, garanti alana bir banka garantisi temin etmesidir<sup>232</sup>. Gerek temel ilişkiye konulan bir hükümlerle gerekse ayrı bir sözleşme yapılmak suretiyle kararlaştırılan edimi garanti edilen tarafından banka garantisi sağlanacağına ilişkin yükümlülüğün, temel ilişkinin tarafları arasındaki sözleşme bakımından edimi garanti edilenin asli bir edim yükümlülüğü olduğu doktrinde kabul edilmektedir<sup>233</sup>. Kamu ihale sözleşmelerinin yapılması da KİK m.43'te "*Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan*

<sup>231</sup> Doğan Elif, 81; Taşpolat Tuğsavul, 322; Önder, 77.

<sup>232</sup> Kahyaoğlu, 24.

<sup>233</sup> Tekinalp, 382. Doğan Vahit, 130. Canbolat, 65.

*istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.*” hükmü gereğince kesin teminat mektubu getirilmesine bağlı kılınmıştır.

## 2.2.6. Banka Teminat Mektuplarının Unsurları

### 2.2.6.1. Genel Olarak

Garanti sözleşmeleri TBK veya başka bir kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir. Dolayısıyla banka teminat mektuplarının garanti sözleşmeleri olması hasebiyle unsurlarını belirlemek doktrin ve yargı kararlarına kalmış bir konudur. Biz de ağırlıklı görüşe katılarak banka teminat mektuplarının unsurlarını incelerken garanti sözleşmelerinin unsurlarının esas alınması kanaatindeyiz. Böylelikle banka teminat mektubu sözleşmesinin esaslı unsurları, garanti edilen risk, belli bir tutarın ödenmesi vaadi ve tarafların anlaşması olarak nitelendirilebilir.

### 2.2.6.2. Garanti Edilen Risk

Banka teminat mektubu sözleşmesi, asıl ilişkiden doğması muhtemel riskler sonucu muhatabın uğrayabileceği zararın karşılanması amacıyla kurulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşmenin esaslı unsurlarından biri, garanti edilen risktir. Banka, asıl ilişkide lehtarın bir ediminden doğan ve muhatabın uğramış olduğu zararı muhatapla yaptığı banka teminat mektubu sözleşmesinde karşılama edimi altındadır. Garanti sözleşmesinde, sözleşme metninde belirtilen ve muhatap için ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi veya zararlı bir olayın gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak riskler garanti veren tarafından güvence altına alınır<sup>234</sup>. Bu sebeple banka teminat mektubu sözleşmesinde karşılanacak riskin belirlenmesi gerekir. Bu risk, temel ilişkiden doğması sebebiyle garanti edilen risk adını alır. Banka teminat mektubunda risk, ileride gerçekleşmesi muhtemel olan, ekonomik açıdan zararlı bir olayı ifade edebileceği gibi, ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>235</sup>.

<sup>234</sup> Arkan, Sabih: “ Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, 63. *Batider*, C. Xvi, S. 4, 1992. Reisoğlu, Garanti, 9; Yener Coşkun, 23.

<sup>235</sup> Doğan Vahit, 19-20.



Risk, kelime anlamı olarak bir olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmaması ve gerçekleşip gerçekleşmemesi halinde ortaya bir zarar çıkması ya da beklenen faydanın elde edilememesi anlamına gelir. Tanımdan da çıkarılabileceği üzere, gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi kesin olarak belli olan durumların risk konusu yapılamayacağı ve bu sebeple garanti sözleşmesinin konusu olamayacağı açıktır. Fakat eğer sözleşme konusu edimin gerçekleşeceği ya da gerçekleşmeyeceği objektif kıstaslara göre kesinlik arz ediyorsa, fakat taraflar bunu bilmiyorlarsa, garanti sözleşmesi yine de geçerli olur<sup>236</sup>. Ayrıca borç doğuran her fiil, riskin konusunu oluşturabilir ve garanti taahhüdünün geçerli olması için, teminat altına alınan borcun geçerli olmasına dahi gerek yoktur<sup>237</sup>.

Banka, vermiş olduğu teminat mektubunda riskin tamamından doğan zararın karşılanmasını kabul edebileceği gibi riskin bir kısmını da garanti edebilir. Bunun teminat mektubunda açıkça gösterilmese bile somut olayın özelliğinden anlaşılabilir olması, bankanın garanti edilen riskten sorumluluğunu kısıtlar ve banka, riskin tamamından sorumlu tutulamaz. Ancak bankanın riskin tamamını mı yoksa bir kısmını mı üstlendiği hususu banka teminat mektubu sözleşmesinden anlaşılamiyorsa riskin tamamı için garanti verildiği kabul edilmelidir<sup>238</sup>.

Bankanın, muhatap ile akdettiği teminat mektubu sözleşmesinde lehtarın doğmuş ve doğacak tüm edim yükümlülüklerine aykırılıklar sebebiyle ortaya çıkması muhtemel riskleri garanti altına alması garantinin belirlilik ilkesi ile örtüşmez. Yargıtay uygulamasında da bu, “*belirsizliğin garantisi olmaz*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>239</sup>. Bu sebeple banka, tek bir teminat mektubu ile lehtarın tüm fiillerini garanti altına alamaz. Burada belirtmek gerekir ki, garanti sözleşmesi ile üstlenilen risklerin hangi ilişkiden kaynaklanabilecek riskler olduğu taraflarca önceden belirlenmelidir. Taraflar arasında mevcut olan veya kurulacak olan tüm ilişkilerden doğacak risklerin tek bir garanti sözleşmesi ile garanti altına alınması geçerli kabul edilmez.

<sup>236</sup> Arkan, 64; Reisoğlu, Garanti Sözleşmeleri. 10. Doğan Elif. 21.

<sup>237</sup> Reisoğlu, Teminat. 39.

<sup>238</sup> Reisoğlu, Garanti Sözleşmeleri. 10.

<sup>239</sup> Y. 19. HD., T. 23.09.2002, E. 2001/8061, K. 2002/5973 (Kazancı, E.T: 12.12.2019, 08.49)

Temel ilişkideki taraflar arasındaki birden fazla ilişkinin tek bir teminat mektubu ile garanti edilmesinin mümkün olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre taraflar arasındaki hukuki ilişki sayısı kadar bankanın muhatap ile garanti sözleşmesi yapması gerekir. Bu görüşe göre örneğin lehtarın, muhatap ile arasındaki iki farklı hukuki ilişkiden doğan edimlerinin garantisini için tek bir teminat mektubu verilemez; ayrı ayrı iki teminat mektubu düzenlenmelidir. Yani, muhatap ile lehtar arasında kurulacak hukuki ilişkiden doğacak her risk için ayrı bir garanti sözleşmesi yapılmalı ve riskin kapsamı ile sorumluluğun miktarı her sözleşmede ayrıca kararlaştırılmalıdır<sup>240</sup>.

Bir başka görüşe göre belirli veya belirlenebilir olmak koşuluyla bir teminat mektubunda birden fazla fiil için garanti verilebilir<sup>241</sup>. Bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira garanti sözleşmelerinin belirliliği ve Yargıtay'ın “belirsizliğin garantisini olmaz” ibaresi, birden fazla edimden doğabilecek zararların tek bir garanti sözleşmesiyle karşılanacağını borçlanılmasına engel değildir. Banka, lehtarın muhatap ile birden fazla hukuki ilişki içinde olduğu hallerde, bu ilişkilerin tümünden doğabilecek risklerin belirli veya belirlenebilir olması şartıyla tek bir teminat mektubu vererek muhatap ile sözleşme akdedebilir. Çünkü teminat mektubunda güvence altına alınan riskin belirli ya da en azından belirlenebilir nitelikte olmasındaki amaç, garanti veren durumda olan bankanın sorumlu olacağı miktarı önceden bilebilmesidir<sup>242</sup>.

### 2.2.6.3. Belli Bir Tutarın Ödenmesinin Taahhüt Edilmesi

Banka teminat mektubu sözleşmelerinin ikinci esaslı unsuru, belli bir tutarın ödenmesinin taahhüt edilmesidir<sup>243</sup>. Keza banka, temel ilişkiden doğan alacağın garanti altına alınması amacıyla muhatap ile bir teminat sözleşmesi akdeder. Böylece banka, lehtarın bu temel ilişkideki borcunu tam veya yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkması muhtemel zararların tazminini borçlanır. Bu zararların tazmini ise, muhatap ile banka arasında kurulan sözleşmede belli bir tutar olarak karşılığını bulur. Dolayısıyla

<sup>240</sup> Doğan Vahit, 20.

<sup>241</sup> Reisoğlu, 52.

<sup>242</sup> Önder, 16.

<sup>243</sup> Yener Coşkun, 28; Doğan Elif, 23.

banka, garanti edilen riskin ortaya çıkması halinde muhataba belli bir tutar ödemeyi taahhüt eder.

Bankanın belli bir tutar ödemeyi taahhüt etmesinin yanında, sözleşmenin karşı tarafı olan muhatap, bankaya karşı herhangi bir borç altına girmez. Bu sebeple, banka teminat mektubu sözleşmeleri, tek tarafa borç yükleyen ivazsız sözleşmelerdir. Uygulamada bankanın verilen teminat mektubu uyarınca komisyon alıyor oluşu, sözleşmeyi ivazlı hale getirmez. Çünkü teminat mektubu sözleşmesi, banka ile muhatap arasında kurulurken söz konusu komisyon, banka tarafından sözleşmenin tarafı olmayan lehtardan alınır. Bu sebeple, bankalar tarafından komisyon alınması, sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen ivazsız özelliğine hanel getirmez.

#### 2.2.6.4. Tarafların Anlaşması

Rızai her sözleşme gibi, banka teminat mektubu sözleşmesi de tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaştıklarına yönelik beyanlarının uyuşmasıyla kurulur. Banka, temel ilişkiden doğan alacağın garanti altına alınması için bir teminat mektubu tanzim eder ve bu teminat mektubunun muhatap tarafından kabul edilmesiyle beraber sözleşme kurulur. Sözleşmenin kuruluşu üzerinde aşağıda detaylıca durulacağından şimdilik bu kadar açıklamayı yeterli görüyoruz.

#### 2.2.7. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinin Kurulması

TBK m.1'e göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklamalarıyla kurulur. Sözleşmenin kurulmuş kabul edilebilmesi için tarafların iradelerinin sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi gerekir. Aynı zamanda tarafların bağlanma iradesi de bulunmalıdır. Esaslı unsurlarla beraber bağlanma iradesi içermeyen bir irade beyanı, sözleşmenin kurulması açısından hukuken geçerli bir beyan değildir<sup>244</sup>.

Sözleşmenin kurulmasında tarafların irade beyanları açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Sözleşmeyi kuran irade beyanlarından zamansal olarak önce olana öneri, sonra olup öneriyi tamamlayarak sözleşmeyi kuran irade beyanına ise kabul denir. Banka

<sup>244</sup> Kılıçoğlu, 88; Eren, Borçlar Genel, 278; Oğuzman/Öz; 56.

teminat mektubu sözleşmesi de tarafların karşılıklı olarak irade beyanlarının uyuşması ile kurulur. Bu sözleşmenin tarafları, garanti veren konumunda olan banka ve garanti alan konumunda olan muhataptır. Banka, lehtarın temel ilişkideki ediminden doğabilecek riziko sebebiyle uğranabilecek zararın karşılanmasını muhatap lehine garanti eder. Buna garanti ilişkisi denir. Garanti ilişkisi, temel ilişkideki alacağını garanti altına almak isteyen muhatabın lehtardan bu yönde bir talebi üzerine kurulur. Lehtarın bankadan kendisi lehine bir teminat mektubu verilmesi istemi ve akabinde bankanın bunu onaylaması, bankacılık hukuku anlamında bir gayrınakdî kredi açma işlemi olup borçlar hukuku anlamında teminat mektubu temin etme sözleşmesidir<sup>245</sup>.

Banka, müşterisi konumunda olan lehtarla aralarındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesi uyarınca bir banka teminat mektubu tanzim eder. Tanzim edilen bu mektubun muhataba ulaştırılmak üzere lehtara verilmesi, öneri niteliğindedir<sup>246</sup>. Uygulamada mektubun doğrudan muhataba değil de lehtar aracılığıyla muhataba ulaştırılması birçok sorunu beraberinde getirir. Örneğin bir Yargıtay kararına<sup>247</sup> da konu olan bir somut olayda, lehtar, mektubun birebir sahtesini üreterek muhataba bunu vermiş, kendisi de muhatabın mektubu geri gönderdiğinden bahisle teminat hesabındaki blokeyi kaldırarak parayı çekmiştir. Yine lehtarın muhataba mektubu ulaştırmama riski, teminat mektubunun zayi olması gibi sorunlar ortaya çıkabilir. Bu durum, bankaların lehtarı aradan çıkararak mektubu doğrudan muhataba ulaştırması ile çözülebilir.

Teminat mektubunu alan muhatap, bu mektubu açık olarak kabul edebileceği gibi örtülü olarak da kabul edebilir. Muhatabın, teminat mektubu veren bankanın kendisine veya bir şubesine giderek mektubu kabul ettiğini beyan ederek mektubun teyidini istemesi açık bir kabul beyanına örnektir. Fakat muhatap, her zaman bu öneriyi açık bir irade beyanıyla kabul etmek zorunda değildir. Keza TBK m.6'ya göre: “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*” Bu durumda da, TBK m.6'ya uygun olarak bankanın, vermiş olduğu teminat mektubuna (yani önerisine)

<sup>245</sup> Doğan Vahit., 101. Doğan Elif, 84 vd.

<sup>246</sup> Canbolat, 110. Reisoğlu, 99. Akyol, Banka Sözleşmeleri, 180. Kahyaoğlu, 45.

<sup>247</sup> Y. 11. HD. T. 13.12.1990, E.1989/3737, K.1990/7248. Y. 11.CD, T. 30.09.2003, E.2002/10730, K.2003/6358.

herhangi bir itiraz gelmediği takdirde karşı tarafın bunu kabul ettiğine yönelik varsayımı, hukuki dayanağa sahiptir. Dolayısıyla muhatabın örtülü kabulünün de hukuki sonuç doğuran bir irade beyanı olarak değerlendirilip sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekir<sup>248</sup>. Fakat banka, TBK m.3 hükmüne uygun olarak önerisiyle bir süreliğine bağlı olduğunu belirtir bir şekilde muhatabın kabulüne sunarsa, bu süre içerisinde kabul beyanında bulunulmaması durumunda önerisiyle bağlılıktan kurtulur.

Tanzim edilen teminat mektubu, temel ilişkide garanti altına alınması talep edilen rizikoyu tam olarak karşılamayabilir. Zira banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiye yabancı olup lehtarın talep ve talimatı doğrultusunda bu mektubu hazırlar ve muhataba kabulü için sunar. Temel ilişkide garanti altına alınması istenen rizikodan doğabilecek zararın teminat mektubunda tam olarak garanti altına alınmıyor olması halinde muhatap, iki türlü davranabilir.

İlk olarak bankanın tanzim ederek kendisine sunduğu bu teminat mektubunu reddederek kabul beyanı vermekten kaçınabilir. Bu durumda teminat mektubu sözleşmesi kurulmamış olur.

İkinci olarak muhatap, bu mektubu kısmen kabul kısmen reddedebilir. Kısmen kabul kısmen ret halinde de sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Keza muhatap, kısmen kabul edip kısmen reddederek örneğin meblağın arttırılmasını istediğinde yeni bir öneride bulunmuş sayılır. Muhatap tarafından kısmen kabul kısmen reddi durumunda muhatabın yapmış olduğu yeni öneri, lehtar ile arasındaki temel ilişkide kararlaştırılandan farklı bir hüküm ileri sürerek teminat mektubunun şartlarında değişiklik yapılmasını istiyor olabilir. Bu durumda bankanın lehtar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesine aykırı bir öneri söz konusudur. Bu durumda banka, garanti sözleşmelerinin bağımsız nitelikte olduğundan bahisle bu öneriyi reddetmelidir. Zira banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiyle bağlı olmayıp o ilişkideki hükümlere uygun olarak teminat mektubu düzenlemek zorunda değildir. Banka, müşterisi ile arasında yapılan teminat mektubu temin sözleşmesiyle bağlıdır ve ancak bu sözleşmeye aykırı bir şekilde değişiklik yapar ise sorumluluğu doğar. Bu

---

<sup>248</sup> Doğan Vahit, 105.

sebeple de, muhatabın temel ilişkiye dayanarak, bankadan herhangi bir talepte bulunması bir anlam ifade etmez.

Muhatabın talimatlarına uygun olarak bankanın mektup metninde öngörülen şartları değiştirme yetkisi yoktur. Şayet banka, lehtarın bilgisi dışında teminat mektubunun şartlarında değişiklik yaparsa, doğabilecek zararlardan dolayı lehtara karşı sorumlu olur. Bankanın yapmış olduğu değişikliğin lehtarın lehine veya aleyhine olmasının bir önemi yoktur<sup>249</sup>.

Kamu ihale sözleşmelerine binaen İdare ile banka arasındaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulması konusu, lehtarın göstereceği teminatın türüne göre bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bahsedildiği üzere, İdarenin açmış olduğu ihaleye katılan isteklilerden KİK m.33 uyarınca teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak koşuluyla geçici teminat alınır. KİK m.30'a göre de, *“teklif mektubu ve geçici teminat da dâhil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur.”* Dolayısıyla geçici teminatın teminat mektubu olarak gösterilmesi durumunda istekli, bu teminatı gösterip başvurusunda bu mektubu başvuru zarfına koyup İdareye vermeden ihaleye katılma isteği kabul edilmez. İstekli, bu durumda müşterisi olduğu bankadan kendi lehine ve ihaleyi düzenleyen İdareye hitaben bir teminat mektubu tanzim edilmesini ister. Tanzim edilen bu teminat mektubu, KİK m.34/4 hükmü uyarınca ihale komisyonunca teslim alınır. Kanaatimizce, ihale komisyonu tarafından KİK hükümlerine aykırılık teşkil etmeyen teminat mektuplarının teslim alınmış ve isteklinin ihaleye katılım başvurusunun onaylanmışsa, bununla beraber İdare ile banka arasındaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olur. İdare açıkça mektubun teyidini yaptırıp kabul beyanını açıklamasa bile, isteklinin ihaleye katılım başvurusunun kabulü, örtülü kabul beyanı olarak değerlendirilmelidir.

İhale üzerine bırakılan istekli, kamu ihale sözleşmesini imzalamaya davet edilir. İstekliye, KİK m.42 uyarınca tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Kesin teminat, m.43 uyarınca taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini

---

<sup>249</sup> Doğan Vahit, 101.

sağlamak amacıyla alınır. İstekli, bankadan almış olduğu kesin teminat mektubunu İdareye sunarak kamu ihale sözleşmesini imzalar. Kesin teminat mektubu, ihale kararının alınıp ihalenin istekli üzerinde bırakılmasından sonra ve fakat henüz kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan alınır. Dolayısıyla kesin teminat mektubu İdareye sunulduğunda henüz istekli ile İdare arasında kamu ihale sözleşmesi, yani temel ilişki kurulmamıştır. Ancak bu durum İdare ile banka arasında yapılan teminat mektubu sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Çünkü ihale şartnamesinde muhtemel rizikolar ve zararlar belirlenmiştir. Aynı zamanda garanti sözleşmeleri temel ilişkiden bağımsız ve temel ilişkinin geçerliliğinden etkilenmeyen sözleşmelerdir. Bu sebeple, teminat mektubu sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme olduğundan ve garanti edilen riskin belirli olmasından dolayı, geçerli olarak kurulmuştur.

Avans teminat mektupları ise İdarenin yükleniciye, ihale konusu edimi gerçekleştirirken önceden yapmış olduğu ödemeleri garanti altına almak üzere verilir. Bu durumda da yüklenici, İdareden almış olduğu ön ödemelerin geri ödenmemesi riskini garanti altına almak için bankadan bir avans teminat mektubu tanzim etmesini ister. Bunun üzerine banka, İdareye hitaben bir avans teminat mektubu tanzim eder. Bu mektubun yüklenici tarafından İdareye verilip İdarenin bunu açıkça kabul etmesi veya itiraz etmeyerek örtülü olarak kabul beyanını açıklamış sayılmasıyla beraber teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olur.

## **2.2.8. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinin Şekli**

### **2.2.8.1. Genel Olarak Teminat Mektubu Sözleşmesinin Şekli**

Birer garanti sözleşmesi niteliğinde olan banka teminat mektubu sözleşmeleri, hukukumuzda somut düzenlemelere konu olmayan bir sözleşme tipidir. Bu sebeple kanun tarafından banka teminat mektubu sözleşmelerinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Dolayısıyla teminat mektubu sözleşmesi yazılı veya sözlü yapılabilir, hukuken bunun önünde herhangi bir engel yoktur. Temel ilişki geçerlilik açısından herhangi bir şekil şartına tabi olsa bile, teminat mektubu sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesi gereğince teminat sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tabi olmadan

akdedilebilir<sup>250</sup>. Muhatabın teminat mektubunu açık veya örtülü olarak kabulü ile birlikte de teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olur. Yargıtay'a göre de teminat mektubunun geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden tarafların iradelerinin uyuşması ile birlikte sözleşme kurulmuş olur<sup>251</sup>. Bu sebeple, banka teminat mektubunun yazılı metni, garanti sözleşmesinin ve kapsamının bir ispat vasıtasından başka bir şey değildir<sup>252</sup>. Ancak taraflar TBK m.17 hükmü gereğince kendi aralarında sözleşme için bir şekil kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan bu şekil, geçerlilik şekli olarak kabul edilir ve bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler tarafları bağlamaz.

Banka teminat mektubu sözleşmeleri, herhangi bir şekil şartına tabi olmamasına rağmen uygulamada bu sözleşmeler yazılı yapılır. Keza HMK m.200 gereğince taraflar arasındaki uyuşmazlık, belli bir meblağı aşıyorsa senetle ispat zorunluluğu bulunur<sup>253</sup>. Bu zorunluluk uyarınca, sözleşmenin sözlü yapılması halinde birçok ispat sorunu da beraberinde gelir. Bu sebeple bankalar, teminat mektuplarını mutlak surette yazılı olarak tanzim ederler. Senetle ispat zorunluluğundan doğabilecek hak kayıplarının önüne geçebilmek ve garantinin belirliliği ilkesi uyarınca herhangi bir uyuşmazlık halinde tereddüde düşmemek için sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmesi daha yerindedir. Yazılı düzenlenen sözleşmede de en azından muhatap ve lehtarın detayları, garanti edilen riskin ne olduğu ve bankanın sorumluluğunun ne kadar olduğu ile borç altına giren bankanın imzaya yetkili kişilerinin imzasının bulunması yerinde olur<sup>254</sup>. Uygulamada da bankalar, ilgili bilgileri havi teminat mektupları tanzim ederek muhatap ile sözleşmeyi akdederler.

<sup>250</sup> Canbolat, 113.

<sup>251</sup> Y. 11.HD. T.27.12.1990, E.1986/4046, K.1990/8459: “Garanti sözleşmesi şekle bağlı olmadığına, mektubu veren banka teminat mektubunun verildiğini ve yürürlükte olduğunu kabul ettiğine, bu kabul bankanın diğer bir şubesi tarafından teyit edildiğine (ispat) muhatap da bankanın bu irade beyanına ittila kastedip reddetmediğine (taklit teminat mektubunu iade etmediğine) böylece zımni kabulünü göstermiş bulunmasına ve mektubu veren şubenin de bu suretle mektubun, muhatabın eline geçtiğini öğrenmiş olmasına göre taraflar arasında garanti sözleşmesinin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu teyidin teminat mektubunu veren banka şubesinden araştırılıp bilgi alınmak suretiyle verilmiş olması ve bunun sabit olması kaydıyla asıl veya sahte (taklit) teminat mektubunun üzerine yahut ayrı bir kağıda yazılarak verilmesinin hiçbir önemi yoktur. Hangi şekilde yapılmış olursa olsun teyit şekle tabi olmayan garanti sözleşmesinin oluştuğunun kanıtı niteliğindedir.” (KAZANCI, E.T: 02.03.2020, 16.18)

<sup>252</sup> Doğan Vahit, 106.

<sup>253</sup> HMK m.200: “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.” İlgili sınır 2019 yılı için 3660 TL’dir.

<sup>254</sup> Aynı görüşte, bkz. Yalçınkaya, Merve: “Banka Teminat Mektuplarının Tanımı, Niteliği, Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler ve Geçerlilik Şartları”, 651. Banka ve Finans Hukuku Dergisi, İstanbul-2016.



Teminat mektubu sözleşmesinin yazılı olarak yapılması halinde ayrıca mektubun dilinin Türkçe olması zorunluluğunun olup olmadığına değinmek gerekir. Bu konuda, 1926 tarihli ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun önemlidir. Bu Kanun'un m.1'e göre, "*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar.*" İlgili maddenin lafzına göre, her ikisi de Türk tabiiyetinde olan tarafların akdettiği teminat mektubu sözleşmelerinin Türkçe olması zorunludur. Ancak sözleşmenin Türkçe düzenlenmesi zorunluluğuna uyulmamasının yaptırımını, sözleşmenin geçersiz olması değildir<sup>255</sup>. 805 sayılı Kanun m.4 hükmüne göre, garanti metni yabancı bir dilde düzenlenmişse veya bir şart yabancı dilde konulmuşsa, metindeki hükümler banka lehine ise dikkate alınmaz; buna karşılık garanti alanın lehine ise dikkate alınır. Yargıtay'ın bir kararında da bu hususa dikkat çekilmiş, 805 sayılı Kanun uyarınca yabancı dilde yazılan şartların geçersizliğine vurgu yapılarak İngilizce yazılan vade şartının garanti alan aleyhine olduğu ve davalı banka yararına göz önünde bulundurulmasına olanak bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>256</sup>. Fakat TBK m.27/2 uyarınca, eğer banka, geçersiz sayılan ve dikkate alınmayan bu hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak idiyse sözleşmenin tamamının geçersizliğine karar verilmesi gerekir<sup>257</sup>.

#### 2.2.8.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İdareye Hitaben Verilen Teminat Mektuplarının Şekli

Banka teminat mektubu sözleşmesinin geçerliliği için kanunun aradığı herhangi bir şekil zorunluluğu yoktur. Fakat 4734 sayılı KİK m.53'e göre: "*Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek*" yetkisi, Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir. Yine KİK m.35'e göre, "*Bu Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespite Kamu İhale Kurumu yetkilidir.*" Dolayısıyla Kanun koyucu, bu madde ile kamu ihale sözleşmeleri kapsamında İdareye verilecek teminat mektuplarının Kamu İhale Kurumunun belirleyeceği şekle tabi

<sup>255</sup> Pellumbi, 49; Doğan Elif., 87;

<sup>256</sup> Y. 11.Hd. T.30.11.1979, E.1979-3303, K.1979/5469.

<sup>257</sup> Kahyaoglu, 49.

olduğunu düzenlemiştir<sup>258</sup>. İlgili maddeye göre, İdareye verilecek geçici teminat mektubu, avans teminat mektubu ve kesin teminat mektuplarının kapsamını ve hangi şekilde olacağını Kamu İhale Kurumu belirler. Kurum, kamu ihalelerinde kullanılacak teminat mektuplarının kapsam ve şeklini belirleme yetkisini Kanunun anılan iki maddesi çerçevesinde, teminat mektubu metinlerini standart formlar şeklinde düzenleyerek standart ihale dokümanları arasına dâhil etmek ve bunları uygulama yönetmelikleri ekinde yayımlamak şeklinde kullanmıştır<sup>259</sup>. Her bir uygulama yönetmeliği ekinde “geçici teminat mektubu”, “kesin teminat mektubu” ve avans teminat mektubu standart formlarına yer verilmiştir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde, bunlara ek olarak “geçici kabul noksanları teminat mektubu” ile “kesin hesap teminat mektubu” standart formları da yer alır

KİK'e göre Kamu İhale Kurumu, İdareye hitaben düzenlenecek olan teminat mektuplarının şeklini belirlemeye yetkiliyse de herhangi bir düzenleme boşluğu halinde bu mektupların Türkçe dışında bir dil içerip içeremeyeceği hususu da 805 sayılı Kanun hükümlerine bakarak çözüme kavuşturulmalıdır. Kural olarak yabancı şirketlerin iş ve işlemlerinde Türkçe kullanma zorunluluğu yoktur<sup>260</sup>. Fakat 805 sayılı Kanun m.2 uyarınca, yabancı şirketlerin, tanzim ettikleri evrak ve defterlerin Devletten birine ibraz mecburiyetinde olmaları durumunda Türkçe kullanma zorunlulukları bulunur. Dolayısıyla bir yabancı bankadan garanti veya kontrgaranti şeklinde alınacak ve İdareye hitaben düzenlenmiş bir teminat mektubunun Türkçe olması zorunludur.

İdareye hitaben verilebilecek teminat mektuplarının şekli hususunda güncel bir gelişmeden de bahsetmek gerekir. Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün 18.02.2019 tarihli tasarruflu yazısı uyarınca<sup>261</sup> Gümrükler Genel Müdürlüğü'ne hitaben düzenlenecek olan teminat mektuplarının elektronik ortamda düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir. 2017/7 sayılı "Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Politika Belgesi ve Eylem Planı" konulu Genelge uyarınca modern uygulamalara geçilerek

<sup>258</sup> Reisoglu, 193.

<sup>259</sup> Şahiner, 62

<sup>260</sup> Detaylı Bilgi İçin Bkz. Alışkan, Murat: “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu” Aühfd, C. VIII, S.1-2, 2005, 351 Vd.; Deryal, Yahya: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_276.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_276.htm). (E.T: 30.12.2019)

<sup>261</sup> Sayı:85593407-106.01.05, Konu: E-teminat Mektubu Uygulaması Hakkında, Tarih:18.02.2019/41770540. (<https://ggm.gtb.gov.tr/eteminat-mektubu-uygulamasi-21022019-tarihinde-devreye-alinmistir>) (E.T: 04.01.2020, 14.51)

kamu kurumlarınca bilişim sistemlerinin öncelikli olarak kullanılmasına karar verilmiştir. İlgili Genelge uyarınca da kamu kurumları kendi iç düzenlemelerinde revize yoluna gitmiştir. E-teminat mektubu uygulaması da 28.10.2019 tarihinden itibaren devreye sokulmuştur. Uygulamaya göre kamu kurumlarının ve bazı bankaların<sup>262</sup> ortaklaşa kurdukları bilişimsel altyapı sistemi “BİLGE” aracılığıyla Gümrükler Genel Müdürlüğü’ne hitaben düzenlenecek olan teminat mektuplarının e-teminat mektubu şeklinde teyidi ve takibi yapılmaktadır. Dolayısıyla Ticaret Bakanlığı tarafından Gümrükler Genel Müdürlüğü’nün iş ve işlemleri için açılan ihalelere katılan istekli veya ihale üzerine bırakılarak sözleşmeyi imzalayan yüklenicilerin gösterecekleri teminat mektupları e-teminat mektubu şeklinde olmak zorundadır. Bu itibarla gümrük idarelerine verilmek üzere bankalar tarafından elektronik ortamda düzenlenerek elektronik imza ile imzalanmış şekilde Ticaret Bakanlığına iletilecek e-teminat mektuplarına ilişkin işlemler, BİLGE sisteminde “Elektronik Teminat” modülünde gerçekleştirilecektir. E-Teminat mektuplarının nasıl düzenlenerek teyit ve takip edileceğine ilişkin detaylı kullanım kılavuzu<sup>263</sup> 04.11.2019 tarihinde Gümrükler Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanmış ve e-teminat mektubu uygulaması 28.10.2019 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

Teminat mektuplarının uygulamada basılı ve imzalı kâğıt şeklinde veriliyor olması, uygulamada bazı problemlere yol açabilir. Örneğin lehtar tarafından bankanın İdareye hitaben tanzim ettiği verilen teminat mektubunun sahte olması ve bunun anlaşılabilmesi olasılığı vardır. Yine teminat mektubuna imza atmaya yetkili banka görevlilerinin teyit edilememesi de uygulamada karşılaşılan bir diğer sorundur. Bunların yanı sıra mektupların teslimi ile saklanmasında yaşanan zorluklar ve mektupların kaybedilmesi veya zayi olması riskleri de her zaman için mevcuttur. Bu sebeplerle e-teminat mektubu uygulaması kanaatimizce yerindedir. Keza bu sayede, sahte teminat mektuplarının önüne büyük oranda geçilecektir. Çünkü teminat mektubunun tanzim edildiği anda İdare, entegre sistem üzerinden bankanın tesis ettiği e-teminat mektubu işlemini derhal görecektir ve ayrıca bir teyit alınmasına gerek olmayacaktır. Aynı zamanda mektubu

<sup>262</sup> Halihazırda E-Teminat Mektubu düzenlenmesini teminen entegrasyon ve sertifikasyon sürecini tamamlayan 3 banka mevcut olup söz konusu bankalar Vakıfbank, Yapı Kredi Bankası ve QNB Finansbank’tır. (<https://ggm.gtb.gov.tr/eteminat-mektubu-uygulamasi-21022019-tarihinde-devreye-alinmistir>) (E.T: 04.01.2020, 15.02)

<sup>263</sup> İlgili Kılavuz için bkz. (<https://ggm.ticaret.gov.tr/data/5d67bb0113b87799c4cc2113/E-Teminat%20K%C4%B1lavuzu%2020.11.2019.pdf>) (E.T: 04.01.2020, 15.06)

imzaya yetkili kişilerin tespiti kolaylıkla yapılacak, teslim ve saklama zorluklarıyla karşılaşmayacaktır. Çünkü lehtarın talebi üzerine banka tarafından elektronik ortamda tanzim edilen teminat mektubunu İdare, BİLGE sistemi üzerinden kendisine verilen “e-teminat mektubu kodu” ile teyit ve takip edebilecektir. Aynı zamanda kâğıt tasarrufu sağlanacak ve posta maliyeti de azalacaktır. İstekli veya yükleniciler fiziki ortamda sunmaları gereken teminat mektupları yerine e-teminat mektubu numarasını<sup>264</sup> İdareye sunarak teminat gösterme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır.

### 2.2.9. Bankanın Sorumluluğunun Başlangıcı

Bankanın tanzim ettiği teminat mektubunu doğrudan muhataba ulaştırması ya da muhataba ulaştırması için lehtara vermesi, öneridir. Teminat mektubu metnini alan muhatabın, bu öneriyi açık veya örtülü olarak kabul ettiği anda teminat mektubu sözleşmesi kurulur. Özellikle muhatabın bankanın garanti veren şubesine veya diğer bir şubesine teyit amacıyla başvurması halinde, bunun aynı zamanda kabul anlamına geleceği ve dolayısıyla da sözleşmenin kurulmuş sayılacağı doktrinde kabul edilmektedir<sup>265</sup>. Sözleşmenin kurulmasıyla beraber bankanın da garanti sorumluluğu başlamış olur.

Muhatabın bankanın önerisini kabul etmesine rağmen teminat mektubu sözleşmesinin yürürlüğe girmesi hususunda bazı özel durumlar öngörülebilir. Bir ihracat belgesinin alınması veya teminat mektubu sözleşmesinin yürürlüğe girmesinin, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisi konusundaki bazı işlemlerin yerine getirilmesine bağlı tutulması, bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda, taraflar sözleşmenin kabul anında değil daha sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğini kararlaştırmış olurlar. Tarafların kararlaştırmış oldukları bu durumun doktrinde niteliği tartışmalıdır. Bir

<sup>264</sup> Her E-Teminat mektubu için kendine has tekil bir Evrensel Tekil Tanımlama Numarası (ETTN) oluşturulmaktadır. Yükümlüsünün/Lehtarın talebi üzerine gümrük idaresine sunulmak üzere düzenlenen teminat mektubuna/mektuplarına ilişkin ETTN numarası, ilgili bankası tarafından ilgisine bildirilir. E-Teminat mektubuna ilişkin işlemlerin gümrük idaresince yapılabilmesini teminen yükümlüsünce ilgili idareye başvuruda bulunulması, E-Teminat mektup numarasının (ETTN) bildirilmesi gerekmektedir. BİLGE Sistemi ve Elektronik Teminat Mektubu Platformu'nun entegrasyonu neticesinde, BİLGE sisteminde 'Elektronik Teminat' profilinde teminat mektubu bilgilerine erişim sağlanabilmektedir. (04.11.2019 tarihli Elektronik Teminat Mektubu Uygulama Kılavuzu (E-Teminat Kılavuzu))

<sup>265</sup> **Doğan** Vahit, 120. **Teoman**, Ömer: “Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, 113. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI (28-29 Nisan, 1995) Ankara-1995. S.107-144.

görüŖe göre<sup>266</sup> bu durumda, sözleşmenin kabulüyle beraber sözleşme kurulmuş olduğunda bu Ŗart, yalnızca sözleşmenin hüküm ve sonuçların doğmasına yönelik geciktirici bir Ŗarttır. Bir diğer görüşe<sup>267</sup> göre ise bu tür Ŗartlar, sözleşmenin kurulması veya yürürlüğüyle ilgili olmadığına, bunların ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin Ŗartlardır. Teminat mektubu sözleşmesinin geçerlilik kazanacağı an, temel ilişkinin geçerli olarak kurulduğu an olarak da kararlaştırılabilir. Bu durumda, temel borç ilişkisi herhangi bir sebeple yürürlüğe girmez ise banka garantisi de geçerlilik kazanamaz<sup>268</sup>. Keza bu tür bir kararlaştırma, geciktirici Ŗart oluşturmaktadır ve Ŗart gerçekleşmediğinden sözleşme de yürürlüğe girmeyecektir<sup>269</sup>. Dolayısıyla bu durumda bankanın sorumluluğu da doğmayacaktır.

### 2.2.10. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması

Banka teminat mektubu sözleşmesi, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan edimi garanti altına almak amacıyla kurulur. Bu sebeple, teminat mektubu sözleşmesi her ne kadar bağımsız bir sözleşme ilişkisi olsa da temel ilişkiden tamamen bağımsız olarak düşünülemez. Fakat yine teminat mektubu sözleşmesinin bağımsızlık unsuru nedeniyle, temel ilişkide zaman içerisinde ortaya çıkan yeni durumlar, doğrudan doğruya teminat mektubu sözleşmesine yansıtılamaz. Dolayısıyla temel ilişkideki borcun nitelik ve niceliğini etkileyen bir durum, teminat mektubu sözleşmesinde de değişiklik yapılmasını gerektirebilir. İşte bu durumlarda, teminat mektubu sözleşmesinde değişiklik gündeme gelir.

Bazen bu tür değişikliklerin meydana gelmesi ihtimali göz önünde bulundurularak garanti metnine açık hükümler konulabilir. Böylelikle temel ilişkideki değişiklik, doğrudan doğruya tarafların iradesiyle garanti metninde değişiklik yapılmasının bir sebebi olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla garanti metninde bu tür hükümlerin bulunması halinde, bu hükümlerden hareketle temel borç ilişkisinde meydana gelen değişikliklere uygun olarak garanti metninde de değişiklikler

<sup>266</sup> Von Westphalen, Bankgarantie, 111. (Aktaran Doğan Vahit, 118); Aral, 192.

<sup>267</sup> Doğan Vahit, 118; Kahyaoğlu, 49.

<sup>268</sup> Doğan Vahit, 118.

<sup>269</sup> Canbolat, 117.

yapılabilir<sup>270</sup>. Fakat garanti metninde buna yönelik bir ibare bulunmuyorsa, muhatap, lehtardan banka teminat mektubu sözleşmesinin aralarındaki temel ilişkide meydana gelen değişikliklere uyarlanmasını talep eder. Bunun üzerine lehtar, müşterisi konumunda olduğu bankaya talimat vermek suretiyle teminat mektubu sözleşmesini lehtarın da onayını alarak değişikliklere uyarlar veya ek bir teminat verir.

Banka teminat mektubu sözleşmesinde uyarlanması talep edilen hususlar genelde teminat altına alınan değer ve teminatın süresidir. Teminat sözleşmesi ile teminat altına alınan olaya ilişkin değişiklikler, riskin artması veya riskin azalması şeklinde iki türlü olabilir. Riskin artması halinde, bankanın teminat mektubu sözleşmesiyle garanti ettiği bedeli arttırması gerekir. Bu durumda muhatap kendiliğinden, bankanın daha fazla bir bedeli garanti altına aldığını iddia ederek teminat mektubu sözleşmesinde belirlenen garanti tutarından fazla bir bedeli bankadan talep edemez. Lehtarın, bankaya talimat vererek sözleşmenin uyarlanmasını veya yeni bir teminat gösterilmesini talep etmesi gerekir. Riskin azalması halinde ise aynı şekilde, banka, riskin azaldığından bahisle teminat sözleşmesinde belirlenen bedeli kendiliğinden düşüremez. Bu durumda garanti sözleşmesi, temel ilişkiden bağımsız olduğu için, temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmesini dikkate alarak banka, kendiliğinden garanti bedelinde indirim gidemez<sup>271</sup>. Dolayısıyla garanti bedelinin hangi şartlarla değiştirilebileceğine ilişkin garanti metninde herhangi bir hükmün bulunmaması halinde, banka veya muhatap tek başına sözleşmeyi değiştiremez; her iki tarafın da onayı gerekir<sup>272</sup>.

Banka teminat mektubu sözleşmesinde değişiklik yapılmasını gerektirecek bir diğer durum, teminat süresinin uzatılmasıdır. Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan ve banka tarafından garanti altına alınan edimin ifasının süresinin uzatılması halinde, teminat sözleşmesinin süresinin de uzatılması gerekebilir. Banka, lehtara başvurup ancak onun onayını aldıktan sonra teminat süresini uzatabilir; kendiliğinden süre uzatımı yoluna gidemez.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve “extend or pay” (süreyi uzat ya da öde) şeklinde ifade edilen hususa değinmekte fayda vardır. “İlk talepte” ödeme kaydını havi bir

<sup>270</sup> Akyol, 180; Doğan Vahit, 125.

<sup>271</sup> Canbolat, 119; Kahyaoğlu, 106.

<sup>272</sup> Kahyaoğlu, 106; Doğan Vahit, 126.

teminat mektubunun muhatabı, teminat süresinin uzatılmasını bankadan talep etmekte; bu süre uzatımı talebinin kabul edilmemesi halinde ise ödeme talebinde bulunacağından bahisle bir nevi bankayı tehdit etmektedir. Muhatabın bu talebiyle karşılaşan lehtar ise, bankanın bildirim üzerine teminat bedelinin ödenmesine engel olabilmek için süre uzatım talebine rıza göstermek zorunda kalmaktadır. Bu durumla muhatap, özellikle ilk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektuplarında bankanın herhangi bir araştırma yapmadan ödeme sorumluluğu altında bulunmasını kötüye kullanmaktadır.

Bu durum teminat sözleşmesinin niteliğiyle bağdaşmaz. Keza, teminat mektubu sözleşmesi bir garanti sözleşmesidir ve bu sözleşmenin amacı, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkideki riskleri garanti altına almaktır. Dolayısıyla teminat bedelinin ödenmesi, ancak bu temel ilişkideki riskin gerçekleşmesi halinde söz konusudur. Zira muhatap, ödeme talebinde bulunurken, garanti konusu olayın gerçekleştiğini bildirmelidir. Garanti alan açıkça bunu dile getirmese bile ödeme talebinde bulunulmasının zımnen bu riskin gerçekleştiği anlamına geldiği söylenebilir ve bu durumda teminatın süresinin uzatılmasının da bir pratik olarak bir anlamı olmayacaktır<sup>273</sup>. Sonuç olarak bu durum aynı zamanda, muhatabın hakkını kötüye kullanmasına bir örnek teşkil eder.

## **2.3. TEMİNAT MEKTUBU SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ ve ALINAN TEMİNAT MEKTUPLARININ İADESİ**

### **2.3.1. Teminat Mektubu Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Teminat mektubu sözleşmeleri çeşitli sebeplerle sona erer. Bu sözleşmelerin sona erme sebeplerinden ilki, bankanın borcunu ödemesidir. Bankanın borcunu ödemesiyle birlikte teminat mektubu sözleşmesi ifa sebebiyle sona erer<sup>274</sup>. Çünkü banka teminat mektubu sözleşmeleri tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğundan bankanın borcu, sözleşmenin sona ermesi için ifa edilmesi gereken tek borçtur. Ayrıca TBK m.131 vd. maddelerinde düzenlenen sona erme sebepleri ve ibra da niteliğine uygun düştükçe

<sup>273</sup> Canbolat, 120. Reisoğlu, 259 Vd.

<sup>274</sup> Özen, 177; Doğan Vahit, 224.

teminat mektubu sözleşmesinden doğan borcu sona erdirir<sup>275</sup>. Garanti süresinin geçmesi halinde de bankanın sorumluluğu biter ve teminat mektubu sözleşmesi sona erer. Yine bankanın lehtar tarafından ibra edilmesi durumunda da sözleşme sona erer.

Sözleşmeyi sona erdirebilecek bir neden olarak garantinin konusunu oluşturan temel ilişkideki edimin imkânsız hale gelmesinin de üzerinde durulması gerekir. Durum, kusurlu imkânsızlık ve kusursuz imkânsızlık şeklinde ayrıca incelenmelidir. Garanti konusu olay, muhatabın kusurlu davranışları sonucunda gerçekleşmişse kural olarak bankanın borcunun sona erdiği kabul edilir. Ancak muhatabın kusurunun birinci planda ve ağır bir kusur olması gerekir<sup>276</sup>. Aksinin kabulü, garanti sözleşmelerinin amacıyla bağdaşmaz. Temel ilişkideki edimin kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi durumunda; garanti sözleşmelerinin temel ilişkiden tamamen bağımsız niteliği gereği, temel ilişkideki edimin imkânsız hale gelmesinin garanti sözleşmesini etkilemez

Doktrinde<sup>277</sup>, bu durumda bankanın ödeme yapmasının önüne geçilebilmesi için lehtara, bir menfi tespit davası açarak temel ilişkideki edimin imkânsız hale geldiğinin tespit ettirilmesi önerilmektedir. Gerçekten de bankanın ödeme yükümlülüğü, temel ilişkideki riskin gerçekleşmesi şartına bağlı tutulmuştur. Dolayısıyla mahkeme tarafından bu riskin gerçekleşmesinin imkânsız hale geldiğinin tespiti halinde banka, muhatabın ödeme talebinde bulunması halinde ödeme yapmaktan kaçınabilir.

### 2.3.2. Teminat Mektuplarının İadesi

#### 2.3.2.1. Genel Olarak

Garanti sözleşmeleri, herhangi bir şekil şartına tabi olmadığından yazılı yapılması gerekmez. Ancak uygulamada banka teminat mektubu sözleşmeleri, yazılı yapılır. Bankalar, bir teminat mektubu metni hazırlayarak bu metni muhataba iletir ve muhatabın kabulüyle sözleşme kurulmuş olur. Mektup metni, sözleşmenin hükümlerini ve bankanın yetkili organının imzasını içerdiğinden aslında banka teminat mektubu

<sup>275</sup> **Yavuz**, Cevdet /**Acar**, Faruk /**Özen**, Burak: “Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)” 831. 15.Baskı, İstanbul-2018; **Vural**, Muzaffer: “Teminat Mektupları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 61. İstanbul-1981; **Doğan V.** 483;

<sup>276</sup> **Canbolat**, 122

<sup>277</sup> **Doğan Vahit**, 227; **Canbolat**, 121. **Reisoğlu** (Garanti), 169; **Barlas**, 88 vd.



sözleşmesinin kendisidir. Ancak banka teminat mektupları, birer kıymetli evrak niteliğinde değildir. Bu sebeple teminat mektubu metni kıymetli evrak niteliğinde olmadığından sözleşmenin sona ermesi halinde kural olarak metnin iadesi gerekmez. Mektup metni iade edilmemiş olsa dahi sözleşme sona erer. Dolayısıyla banka teminat mektubunun muhatap tarafından bankaya iadesi, sözleşmenin sona erdiği anlamına gelmeyeceği gibi sözleşmenin sona ermesinin zorunlu bir şekli unsuru da değildir. Muhatabın teminat mektubu metnini iade etmemesi, bankanın borcunun devam ettiği anlamına gelmez<sup>278</sup>. Nitekim Yargıtay, bir kararında<sup>279</sup>, davalı bankanın sorumluluğunun sona erdiğine değinerek teminat mektubunun iade edilmemiş olmasının hukuki bir değer taşımadığını belirtir. Yargıtay, banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğinde olmadığına vurgu yaparak bankanın sorumluluğunun sona ermesi için mektubun mutlaka bankaya iadesinin zorunlu olmadığına hükmetmiştir. Muhatap tarafından bu tür bir iadenin yapılması ancak sözleşmenin sona erdiğine ilişkin bir karine teşkil edebilir<sup>280</sup>.

Bankanın, teminat mektubunun iadesi karşılığında ödemede bulunması, lehtara rücu açısından önem arz eder. Teminat mektubu metninin aslının iadesini alarak lehtara ödemede bulunan banka, bu şekilde lehtara ödeme yaptığını ispat etmiş olur. Ödemenin ispatıyla beraber, banka, müşterisi konumunda olan lehtara rücu ederek komisyon talebinde bulunabilir veya bir kontrgaranti söz konusuysa bu yola başvurabilir<sup>281</sup>.

4734 sayılı KİK, bazı maddelerinde<sup>282</sup> “teminatların iadesi” ibaresini kullanarak İdareye mektup metnini iade yükümlülüğü öngörmüştür. Teminatların iadesini ise her bir alınan teminat türü açısından ayrı ayrı düzenlemiştir. Buna göre örneğin isteklilerden alınan geçici teminatlar, ihalenin İdarece iptal edilmesi veya zeyilname düzenlenmesi gibi bazı

<sup>278</sup> **Omağ**, 336. **Doğan** Vahit, 225; **Reisoğlu**, 375;

<sup>279</sup> Y.11.HD. T.27.12.1990, E.1989/4046, K.1990/8459 Yargıtay bir kararında da teminat mektuplarının kıymetli evrak olmadığına vurgu yaparak yine de teminat mektubunun hemen iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlgili karara göre: “*Hükümsüz kalan teminat mektubunun iadesinin ne zaman veya ne zamana kadar istenebileceği üzerinde durulduğunda, 11.06.1969 tarih 4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı teminat mektuplarını garanti sözleşmesi niteliğinde görmüş, ve başvuru süresi içinde bir riziko doğmadığı kanıtlanmışsa, teminat mektubunun hemen iadesi gerekeceği ve yine dairemizin 04.06.1079 gün ve 69/3138, 70/2407 sayılı ve diğer emsal kararlarında HGK’nun 26.01.1974 gün ve 1585/76 sayılı kararlarında açıkça ifade olunmuştur.*” (11.HD, T.11.11.1983, E.1983/3236, K.1983/4977) (Kazancı, E.T: 25.01.2019, 14.52)

<sup>280</sup> **Canbolat**, 123.

<sup>281</sup> **Reisoğlu**, 374.

<sup>282</sup> KİK m.34, m.44

nedenlerin gerçekleşmesi halinde iade edilir. Burada “iade edilir” ibaresinden anlaşılması gereken, teminat mektubu metinlerinin bankaya iadesidir. Bu mektup metinlerinin iade edilmesini gerektiren haller ise, İdare ile banka arasında kurulan garanti sözleşmesinin sona ereceği hallerdir. Yani kanun, “teminatların iadesi” başlığı altında, aslında, banka ile İdare arasındaki geçici teminat mektubu sözleşmesinin sona ereceği halleri düzenlemiştir. Keza bahsedildiği üzere banka teminat mektupları kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığından, sözleşmenin sona ermesi için iadeleri de gerekmez. Kanaatimizce Kanunda yer alan sebeplerin gerçekleşmesi halinde teminat mektubu sözleşmesi kanunen kendiliğinden sona erer. Ayrıca İdarenin teminat mektubu metnini iade etmesi, sözleşmenin sona ermesi için aranmaz. Kanunda iade mecburiyeti öngörülen sebepler incelendiğinde İdare, bu durumların hiçbirinde bankadan ödeme talebinde bulunamaz. Çünkü artık risk ortadan kalkmış ve garanti sözleşmesi konusuz kaldığından sona ermiştir.

#### 2.3.2.2. Geçici Teminat Mektuplarının İadesi

Geçici teminat mektupları, İdarenin açmış olduğu ihaleye katılan isteklilerin her birinden alınan teminat mektuplarıdır. Geçici teminat mektupları, kanunda belirtilen hallerle sınırlı olmak üzere İdare tarafından bankaya iade mecburiyetindedir. Burada İdareye yüklenen iade yükümlülüğü, geçici teminat mektubu sözleşmesinin ödeme dışındaki sona erme sebepleri anlamına gelir. Bu sebepler, zeyilname düzenlenmesi, ihalenin İdarece iptal edilmesi, kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ve İdarenin kamu ihale sözleşmesini imzalaması hususundaki görev ve sorumluluklarını yerine getirmemesi halleridir.

##### 2.3.2.2.1. Geçici Teminat Mektuplarının İade Edildiği Durumlar

###### 2.3.2.2.1.1. Zeyilname Düzenlenmesi Nedeniyle

4734 sayılı KİK .m29/I'e göre, “İlan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur.” Ancak bazı durumlarda yeniden ilan zorunluluğu bulunmaz.

İşte bu zorunluluğun olmadığı, basit maddi veya teknik hata ile eksikliklerin giderilmesi gereken durumlarda zeyilname düzenlenir<sup>283</sup>. (KİK m.29/II) Zeyilname düzenlenmesi, İdare tarafından ilandan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmasını sağlayan hukuki bir yoldur. Buna göre İdare, tekrardan ilan zorunluluğu altında olmadan ihale dokümanında değişiklikler yapabilir. Bu şekilde düzenlenen zeyilname, ihale dokümanının bağlayıcı bir parçasıdır<sup>284</sup>. KİK m.29'a göre, yapılan bu değişiklikler, son teklif verme gününden en az 10 gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Aynı zamanda zeyilname, düzenlendiği gün, EKAP'a kaydedilerek isteklilerin bilgi sahibi olması sağlanır.

İlgili zeyilname ile bilgi sahibi olan bazı istekliler, zeyilname düzenlenmeden önce vermiş oldukları teklifleri, zeyilnameden sonra geri çekip yeniden teklif vermek veya ihaleye katılmaktan vazgeçmek isteyebilirler. İşte bu durumda zeyilname düzenlenmesi nedeniyle teklifini değiştiren veya geri çeken isteklilere, açılmaksızın iade edilen teklif zarfları içerisinde yer alan geçici teminatları da iade edilmiş olur<sup>285</sup> ve bu mektupların iadesiyle birlikte İdare ile banka arasındaki geçici teminat mektubu sözleşmesi de sona erer.

#### 2.3.2.2.1.2. İhalenin İdarece İptali Nedeniyle

İhale süreci, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekliye ihalenin bırakılarak kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasıyla son bulur. Bu aşamadan sonra yüklenilen edimin ifası aşamasına geçilir. Sürecin olağan olarak sona ermesi bu şekildedir. Ancak belli bazı durumlarda süreç bu aşamaya gelmeden, sözleşme imzalanmadan ihale iptal edilir. İhale, şikayet yoluyla İdarece iptal edilebileceği gibi itirazın şikayet yoluyla Kurum tarafından da iptal edilebilir<sup>286</sup>. İdarece tesis edilen ihalenin iptali işlemi, ihale

<sup>283</sup> **Ertanhan**, 84; **Sezer/Kalkan/Şahin**; 195-196. Zeyilname örneği için bkz. ([https://geka.gov.tr/uploads/document\\_center\\_v/o\\_1a5jc6b751jhpacr59a4ngtik8.pdf](https://geka.gov.tr/uploads/document_center_v/o_1a5jc6b751jhpacr59a4ngtik8.pdf))

<sup>284</sup> **Can**, 70.

<sup>285</sup> **Şahiner**, 142.

<sup>286</sup> Şikayet ve itirazın şikayet ve ihalenin İdare ve Kurul tarafından iptali hakkında detaylı bilgi için bkz. **Arslan**, Deniz: "İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Karşı Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:103, S.34-40; Mart-2015; **Keyik**, Avşar Kemal: "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali, Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, 2008; **Can**, 89 vd; **Sezer/Kalkan/Şahin**, 229 vd.

sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri tesis tarihi itibarıyla ve tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir işlem niteliğindedir<sup>287</sup>.

İhalenin bu şekilde iptal edilmesi halinde, kural olarak isteklilerden alınan geçici teminatın herhangi bir riski temin etme işlevi kalmadığından banka ile İdare arasındaki teminat mektubu sözleşmesi sonlandırılarak teminat mektubu iade edilir. KİK, ihalenin iptal edilebileceği yedi durum öngörmüş olup bu yedi durumun beşinde<sup>288</sup> geçici teminat sözleşmesinin sona ereceği hüküm altına alınmışken diğer ikisinde<sup>289</sup> ise “teminatların gelir kaydedileceği” belirtilmiştir. Teminatların gelir kaydedilmesinden bahis, İdarenin ödeme talebinde bulunarak bankadan garanti edilen tutarı isteyebilecek olmasıdır. Yani bu iki durumda geçici teminat mektubu ilişkisi devam eder.

KİK m.16’ya göre, “İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilere idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz.” Aynı anlama gelecek KİK m.39’a göre de “İdare, bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez.” Maddelerin lafzından ihalenin iptali halinde isteklilerin özellikle geçici teminat mektubu tanzimi için yaptıkları masrafları ve uğradıkları diğer zararlarını tazminini İdareden isteyemeyeceği gibi bir sonuç çıkabilir. Ancak kanaatimizce bu dar yorumlanmalı ve her ihalenin iptali kararında İdarenin sorumsuzluğu kabul edilmemelidir. Keza İdarenin ihaleyi iptal edebileceği haller sınırlı olup ihale komisyonunun bu konudaki takdir yetkisi de kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmıştır<sup>290</sup>. Dolayısıyla ihalenin

<sup>287</sup> Arslan, 34. Bu yönüyle ihalenin iptal edilmesi işlemi, idare hukukunda geri alma işleminin tabi olduğu hukuksal rejime tabidir. (Keyik, 62)

<sup>288</sup> KİK m.20’ye göre, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde teklif veren istekli sayısı üçten az ise, KİK m.52’ye göre danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde gerek ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda gerekse teknik ve mali değerlendirme sonucunda üçten az aday ya da istekli kalması halinde, KİK m.16’ya göre idarenin gerekli gördüğü ya da ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların tespit edildiği hallerde, KİK m.39’a göre idarenin tekliflerin değerlendirilmesi aşaması sonunda alınan ihale komisyonu kararı üzerine bütün teklifleri reddetmesi halinde, KİK m.40’a göre, ihale yetkilisinin, kendisine sunulan ihale komisyonu kararını iptal edip ihaleyi hükümsüz kılması halinde ihale iptal edilir.

<sup>289</sup> KİK m.11 ve KİK m.44’te belirtilen nedenlerle ihalenin iptali halinde ise teminatların gelir kaydedilmesi söz konusudur.

<sup>290</sup> Nitekim Danıştay da bir kararında “4734 sayılı Kanun’un 39. maddesinde idareye verilen takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurularak kullanıldığı, aksi yönde kullanıldığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belgenin de olmadığı anlaşıldığından...” ifadesiyle ihale iptal nedeninin kamu yararı ve hizmet gereklerini karşılamadığına ilişkin bilgi ve belge sunulması veya kanıtlanması gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur. Yani ispatı halinde iptal edilen ihalelerin idare veya mahkeme kararlarıyla geri alınması mümkündür. (Danıştay 13.Dairesi, E. 2017/2317 ve K.2017/3057. Ayrıca bkz. Danıştay 13.Dairesi, T.13.09.2011, E.2008/678, K.2011/36 ve Kamu İhale Kurulu Kararları: T.20.03.2018, 2018/UY.II-625 sayılı kararı, T.30.01.2018, 2018/UH.I-336 sayılı kararı, T.10.10.2011, 2011/UY.II-3422 sayılı karar) (<https://www.sepra.com.tr/wp-content/uploads/2018/04/5-2.pdf>)

iptali kararı hukuka uygun bulunmaz ve iptal edilir ise İdarenin hukuka aykırı bu işlemi dolayısıyla isteklilerin yapmış olduğu geçici teminatın tanzimine ilişkin masrafları da kapsar bir şekilde uğranılan diğer zararların İdare tarafından tazmin edilmelidir kanaatindeyiz.

#### 2.3.2.2.1.3. İdarenin Sözleşmenin İmzalanması Hususundaki Görev ve Sorumluluklarını Yerine Getirmemesi Nedeniyle

4734 sayılı KİK'e göre İdare, ihale üzerinde bırakılan istekliyi ihalenin üzerine bırakıldığının kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde sözleşmeyi imzalamaya davet etmek mecburiyetindedir<sup>291</sup>. İstekli, İdare davet etmeden gidip sözleşmeyi imzalayamaz. Dolayısıyla burada İdareye sözleşmenin imzalanması ve ihale sürecinin bitirilmesi hususunda bir sorumluluk yüklenmiştir. İsteklinin bu süre içerisinde kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirebilmesi, İdarenin görevlerini zamanında yerine getirmesiyle mümkündür<sup>292</sup>. Fakat istekli, İdarenin öngörülen süre içerisinde kendisini sözleşmeye davet etmemesi halinde doğrudan taahhüdünden kurtulamaz. Bunun için KİK'e göre, sürenin bitimini izleyen günden itibaren beş gün içerisinde, on gün süreli bir noter ihtarıyla bildirimde bulunması gerekir. Beş gün içerisinde noter ihtarnamesi çekmeyen istekli, teklif geçerlilik süresi sona erene kadar taahhüdüyle bağlı kalır.

İsteklinin, İdareyi kendisini sözleşmeye davet etmesi gerekliliğini, aksi takdirde taahhüdüyle bağlı olmadığını içeren ihtarına rağmen İdare kamu ihale sözleşmesinin imzalanması hususundaki görev ve sorumluluklarını yerine getirmediği takdirde, isteklinin geçici teminatı iade edilir. Yani İdare ve banka arasındaki banka teminat mektubu sözleşmesi sona ermiş olur. Aynı zamanda istekli, teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri<sup>293</sup> istemeye hak kazanır ve bu zarar, sebep olanlara tazmin ettirilerek haklarında KİK m.60'a göre ceza sorumluluğu doğar.

<sup>291</sup> **Can**, 86-87; **Gözler**, 215; İdarenin bu sorumluluğunu yerine getirmemesi hizmet kusuru oluşturacağına ilişkin bkz. **Sezer/Kalkan/Şahin**, 222.

<sup>292</sup> **Şahiner**, 149.

<sup>293</sup> Kanaatimize göre isteklinin yalnızca belgelendirilmiş giderlerini isteyebileceğine yönelik İdareyi koruyan bu hüküm hakkaniyetli değildir. İstekli, doğrudan sözleşmenin imzalanacağına güvenerek yaptığı masrafları ve üçüncü kişilere karşı giriştiği taahhütlerini de İdareden isteyebilmelidir. (Aynı görüşte bkz. **Gözler**, 215; **Sezer/Kalkan/Şahin**, 222.)

### 2.3.2.2.2. Geçici Teminat Mektuplarının İadesinde Zaman ve Usul

İhale sürecinde teminatların iadesinin ne zaman yapılacağıın tespitinde ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırım yapılırken esas alınan kriter, teminat mektuplarının kim tarafından verildiğidir. İhale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren isteklinin verdiği geçici teminat mektupları ve diğer isteklilerin verdiği geçici teminat mektuplarının iadesi farklı zamanlarda olur<sup>294</sup>.

4734 sayılı KİK m.34 gereğince ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları, ihaleden sonra saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine teslim edilir. Bunun nedeni, bu isteklilerin sözleşme imzalamaya yanaşmamaları halinde geçici teminatlarının gelir kaydedilecek olması, dolayısıyla teminatların halen teminat işlevi görmeye devam etmesidir<sup>295</sup>. KİK m.44 hükmü gereğince üzerinde ihale bırakılan istekli, İdarenin çağrısına uyarak kamu ihale sözleşmesini imzalamak zorundadır. İhale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalaması halinde vermiş olduğu teminat mektubu derhal kendisine iade edilir. Bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin vermiş olduğu teminat mektubu da kendisine iade edilir. Fakat ihale üzerine bırakılan istekli, sözleşmeyi imzalamadığı takdirde İdare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi veren istekliyi sözleşmeyi imzalaması için davet eder. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalaması halinde de bu isteklinin sözleşmeyi imzalamasını müteakip teminat mektubu kendisine iade edilir. İhale üzerine bırakılan isteklinin teminat mektubu ise gelir kaydedilir. Bu iki istekli dışında kalan diğer isteklilerin teminat mektupları ise ihale kararını müteakip derhal kendilerine iade edilir, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasının beklenmesine gerek yoktur.

İhaleye katılan isteklilerin sunmuş oldukları teminat mektupları ihale komisyonlarınca teslim alınır. Dolayısıyla bunların iadesi de ilgili ihaleyi açan İdarenin kendisi tarafından yapılır. İhale üzerinde bırakılan istekli ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin geçici teminat mektupları da belirtildiği üzere ihaleden sonra

<sup>294</sup> Detaylı bilgi için bkz. (<https://www.mevzuatinyeri.com/ihaleler/kamu-ihale-kanununa-gore-gecici-teminatlar-h8407.html> E.T: 27.01.2020, 01.17)

<sup>295</sup> Şahiner, 145. Ayrıca bkz. (<https://www.kamuihalekararlari.com/belediye-mevzuati/gecici-teminat-ne-zaman-iade-edilir> E.T: 27.01.2020, 01.18)

ilgili saymanlık ya da muhasebe müdürlüğüne teslim edildiğinden iadeleri bu birimler tarafından yapılır. İade, elden veya posta yoluyla yapılabilir. Ancak uygulamada sıkıntıyla karşılaşılmaması için iadenin posta yoluyla ve istekliye değil teminat mektubunu tanzim eden bankaya yapılması daha isabetlidir. İade aşamasına gelmiş olmasına rağmen kayıp ya da zayi olması nedeniyle fiziken iade edilemeyen süresiz teminat mektupları ile geçerlilik süresi henüz dolmamış süreli teminat mektuplarının bankalarca iptali, teminat mektubunun bir hükmünün kalmadığını bildirerek bankayı bu konuda ibra eden İdare yazıları üzerine gerçekleştirilir<sup>296</sup>.

### 2.3.2.3. Kesin Teminat Mektuplarının İadesi

#### 2.3.2.3.1. Kesin Teminat Mektuplarının İade Edildiği Durumlar

Kesin teminat mektupları, kural olarak yüklenilen işin tamamlanmasıyla birlikte iade edilir. Ancak ihale konusu iş tamamlanmaksızın, yükleniciden kaynaklanmayan bazı sebeplerle işin tamamlanmasının mümkün olmaması halinde de kesin teminat mektupları iade edilir.

Yükleniciden kaynaklanmayan ve fakat işin tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlar, sözleşmenin mücbir sebeple feshi, sözleşmenin taahhüt kapsamında yaptırılacak ilave işlerin kanunda öngörülen iş artışı sınırını aşması nedeniyle feshi, sözleşmenin, ihalenin kurul tarafından iptali nedeniyle feshi, sözleşmenin yüklenicinin ölümü nedeniyle feshi ve sözleşmenin devri olmak üzere beş durumdan ibarettir.

Öncelikle ihale konusu işin tamamlanması üzerine kesin teminat mektuplarının iadesi, daha sonra iş tamamlanmaksızın kesin teminat mektuplarının iadesi hususları üzerinde durulacaktır.

---

<sup>296</sup> Şahiner, 151.

### 2.3.2.3.1.1. İhale Konusu İşin Tamamlanması Üzerine Kesin Teminat Mektuplarının İadesi

Borcu sona erdiren sebeplerden en olağan olanı ifadır. İfa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir<sup>297</sup>.

Kamu ihale sözleşmesi, yüklenilen edimin sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak ifa edilmesiyle olağan olarak sona erer. İhale konusu işin tamamlanmasıyla beraber İdarenin artık bu sözleşmeden doğan bir riskle karşılaşma olanağı kalmaz. Kesin teminat mektupları, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalamasından önce taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirilmesinin garantisi olarak alınır. Sözleşmenin yürütülmesi aşamasında ortaya çıkması muhtemel belli riskleri güvence altına almak amacıyla alınan kesin teminat, güvence altına aldığı risklerin ortadan kalkması nedeniyle elde tutulmasında herhangi bir kamu menfaati kalmadığından iade edilir<sup>298</sup>.

### 2.3.2.3.1.1. İhale Konusu İş Tamamlanmaksızın Kesin Teminat Mektuplarının İadesi

Kamu ihale sözleşmesinde üstlenilen edim, yüklenici tarafından sözleşmeye ve ihale dokümanına uygun olarak ifa edilmelidir. Bu ifaya kadar İdare, sözleşmenin veya ihale dokümanının ihlalinden kaynaklanabilecek bazı risklerle karşı karşıyadır. İşte bu durumdan kaçınmak için yüklenicinin müşterisi olduğu bankadan kesin teminat mektubu alınarak muhtemel zararların bir kısmının bertaraf edilmesi amaçlanır. Kural olarak bu teminat mektupları, edim yüklenici tarafından ifa edilene kadar iade edilmez. Böylelikle de garanti ilişkisi sürdürülür. Fakat bazı durumlarda, yüklenilen iş, yükleniciye bağlı olmayan bazı sebeplerden dolayı tamamlanamaz. Bu durumlarda İdare ile yüklenici arasındaki kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi gerekir. Sözleşmenin feshiyle beraber, sözleşmedeki edimin garantisi niteliğinde olan teminat mektubu ilişkisinin de ayrıca sona erdirilmesi gerekir. Çünkü teminat mektubu sözleşmesi kamu ihale sözleşmesinin bir fer'i olmayıp bağımsız bir sözleşmedir. İşte kesin teminat

<sup>297</sup> Eren, Borçlar Genel, 1020; Oğuzman/Öz, 251; Hatemi/Gökyayla, 225; Nomer, 146; Kılıçoğlu, 689; Tercier/Pichonnaz, 291.

<sup>298</sup> Şahiner, 152.



mektubunun ihale konusu iş tamamlanmadan iadesine ilişkin hükümlerin amacı, kesin teminat mektubu sözleşmesinin ihale sözleşmesiyle üstlenilen iş tamamlanmadan sonra ereceği halleri düzenlemekten ibarettir.

#### 2.3.2.3.1.2.1. Mücbir Sebep Sözleşmenin Feshi Halinde

Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, mutlak ve kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır<sup>299</sup>.

Mücbir sebepler de kamu ihale sözleşmesinin fesih nedenlerinden birini oluşturur<sup>300</sup>. Ancak mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshinde yükleniciye atfedilebilecek herhangi bir kusur olmadığı için teminatların gelir kaydedilmesi mümkün değildir<sup>301</sup>. Dolayısıyla 4735 sayılı KİSK m.23'e göre, sözleşmenin mücbir sebepler dolayısıyla feshi halinde tasfiyeye girilerek alınmış olan kesin teminat mektupları yükleniciye iade edilir. Mücbir sebeplerin neler olacağı ve şartları KİSK m.10'da sayılmıştır. İlgili maddeye göre şu durumlar mücbir sebep oluşturur:

*a) Doğal afetler.*

*b) Kanuni grev.*

*c) Genel salgın hastalık.*

*d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı.*

*e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller."*

Kanunun 1.fıkrasının e bendinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin de mücbir sebep olarak sayılacağı ve bu sebeplere dayanarak sözleşmenin

<sup>299</sup> Eren, Borçlar Genel, 628; Kılıçoğlu, 413; Antalya, C.2, 227.

<sup>300</sup> Özçelik, Barış: "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Mücbir Sebepler Ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:28, Sayı:123, S.303-324. Mart-2016; İnan, Atilla: "Kamu İhale Kanunu Açısından Mücbir Sebep Kavramı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:27, S.125-128. Kasım-2008; Bilir, 168; Bilgin, 128;

<sup>301</sup> Memmedzade, Ferhat: "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi Ve Yüklenicinin Konkordato İlan Etmesinin Sözleşmeye Etkisi", 360. Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:150, S.359-366. Şubat-2019.

feshedilebileceği<sup>302</sup> hüküm altına alınmıştır. Kurumdan kastedilen Kamu İhale Kurumu olup, 22.08.2009 tarihli 27327 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği ile mücbir sebebe ilişkin durumlar düzenlenmiştir. İlgili Tebliğ’in 25.maddesinde mücbir sebeplere ilişkin düzenlemeler yer alır. Düzenlemelere bakıldığında, Kurumun somut olayda mücbir sebep olup olmadığını tespit hususunda takdir yetkisi vardır.

Yüklenici, karşılaşılan olayın mücbir sebep teşkil ettiği iddiasıyla ve bu iddiasını somutlaştıracak deliller ile ihaleyi açan İdareye başvurur. İdare, KİSK m.10’da özel olarak belirtilen mücbir sebeplerden birinin somut olayda olmadığı kanaatinde ise, e bendine dayanarak karar vermesi için Kuruma başvurur. Kurum, somut olayı değerlendirerek olayda bir mücbir sebep olup olmadığını karara bağlar. Bu karar verilirken Tebliğ’in 25.maddesinde belirtildiği üzere, olayın öngörülemez ve önlenemez olması aranır. Keza, ilgili olayın mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için KİSK m.10’a göre de somut olayın yüklenicinin kusuruna dayanmaması, öngörülemez ve önlenemez olması gereklidir. Bu sebeple Tebliğ’in bu hükmü yerinde olmuştur. Ayrıca belirtmek gerekir ki Kamu İhale Kurumu’nun vermiş olduğu mücbir sebep değerlendirmesine ilişkin karar, bir idari karar niteliğinde olduğundan idari yargı denetimi yolu da açıktır<sup>303</sup>.

KİSK m.10/2’ye göre mücbir sebebe dayanılarak sözleşmenin feshedilebilmesi için ayrıca yüklenicinin mücbir sebebin gerçekleştiği tarihi izleyen yirmi gün içerisinde İdareye yazılı başvuru yapması ve bu başvuru ile kararın yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi gerekir. Yirmi günlük süre, niteliği bakımından hak düşürücü süredir. Bu sürenin geçmesinden sonra mücbir sebebe dayanarak sözleşmenin feshi ve teminat mektubunun iadesi talebinde bulunulamaz. Kanaatimizce yirmi günlük süre, mücbir sebebin ağır sonuçları düşünüldüğünde yeterli bir süre değildir ve bu sürenin arttırılması gerekir. Sürenin kaçırılması halinde, yüklenicinin mahkemeye başvurarak mücbir

<sup>302</sup> İdarenin herhangi bir mücbir sebeple karşılaşması durumunda mutlaka sözleşmeyi feshetmesi gerekmez. KİSK m.10 ve KİSK m.23 hükümleri birlikte incelendiğinde İdarenin sözleşmede süre uzatımı da verebileceği sonucu çıkar. Ayrıca KİSK m.10 ve KİSK m.23’te sözleşmenin feshiyle kastedilenin, kamu ihale sözleşmesinin ifasının sürekli olarak imkansız hale gelmesi sonucunda TBK m.136 uyarınca edim yükümlerinin karşılıklı olarak ve tazminat gerektirmeksizin sona erdiği anlamına geldiği görüş hk. Bkz. **Özçelik**, 318.

<sup>303</sup> **Küçük**, Salim: “Kamu İhale Sözleşmeleri Bağlamında Mücbir Sebep Ve Sözleşmelerin Feshine Etkisi”, 117. “Kamu İhale Hukuku Notları – Kamu İhale Hukuku 2018 Yılı Çalıştayı Tebliğleri” Aristo Yayınları. İstanbul, 2019. (Editörler: **Arslan**, Çetin / **Hakkakul**, Seyyid Ahmet / **Güzel**, Ezgi)

sebebin tespitine ve bu sebep dolayısıyla yüklenilen işin artık gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin bir tespit kararı olarak bankaya ibraz etmesi ve bu sayede bankanın teminat mektubundaki tutarı ödemekten kaçınmasının sağlanması, sürenin az oluşunun getirdiği olumsuzlukları gidermek hususunda pratik bir çözüm olabilir.

#### 2.3.2.3.1.2.2. Taahhüt Kapsamında Yaptırılacak İlave İşlerin Kanunda Öngörülen İş Artışı Sınırını Aşması Nedeniyle Sözleşmenin Feshi Halinde

Sözleşme bedeli, yüklenicinin kamu ihale sözleşmeleri kapsamında yüklendiği yapım işini veya mal/hizmet teminini karşılayacağı bedel; İdareden alacağı paradır. Sözleşme bedeli, kamu ihale sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır ve ihale teklifleri ve ihalenin isteklilere bırakılması hususlarında kilit rol oynar.

Sözleşmenin bir diğer esaslı unsuru, İdarenin ihtiyacı olan ve ihalenin yapılmasındaki amacı oluşturan yapım işi, hizmet veya maldır. Sözleşmenin esaslı unsurları olan iş, hizmet veya malın yahut sözleşme bedelinin ihale yapıldıktan sonra değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir<sup>304</sup>. Ancak İdare, bazı durumlarda taahhütte öngörülenden daha çok iş, hizmet veya mala ihtiyaç duyabilir. Bu durumda, Kanun, sözleşme bedeli arttırılmadan yükleniciye bazı ek yükümlülükler yüklemiştir. Bunlar taahhüt kapsamında yaptırılacak ilave işlerdir. Bu işlerin, Kanunda öngörülen iş artışı sınırını aşması halinde kamu ihale sözleşmesinin feshi yoluna gidilir ve hesap genel hükümlere göre tasfiye edilir<sup>305</sup>.

4735 sayılı KİSK m.24'e göre; anahtar teslimi götürü bedel ile ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin %10'una, birim fiyat teklif alınmak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise sözleşme bedelinin %20'sine kadar iş artışına imkân sağlanmıştır. Dolayısıyla yüklenici, belirlenen bu oranlar uyarınca ilave işleri yapmakla yükümlüdür. Ancak bu oranların aşılması halinde sözleşme feshedilerek tasfiye gerçekleştirileceğinden yüklenici tarafından verilmiş olan teminat mektuplarının da iadesi gerekir. Bunun sonucu olarak da banka ile İdare arasındaki teminat mektubu sözleşmesi sona erer.

<sup>304</sup> Sözleşmenin değiştirilmesiyle ilgili olarak bkz. **Tuna**, 46-72.

<sup>305</sup> **Şahiner**, 161.

### 2.3.2.3.1.2.3.İhalenin Kurul Tarafından İptali Nedeniyle Sözleşmenin Feshi Halinde

4734 sayılı KİK'e göre<sup>306</sup> ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla ihaleye katılan istekliler<sup>307</sup>, ihaleyi yapan İdareye "şikâyet", bu başvurunun olumsuz sonuçlanması halinde ise Kamu İhale Kurumu'na "itirazen şikâyet" başvurusunda bulunabilirler. Bu yollara başvurunun ihale sürecine bazı etkileri olur. Kanuna göre hukuka aykırılık iddiaları sonuçlandırılmadan ihale sürecinin bitirilmemesi, yani kamu ihale sözleşmesinin imzalanmaması gereklidir. Çünkü ihale süreci sonunda imzalanacak olan kamu ihale sözleşmesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir ihale süreci neticesinde imzalanması zorunludur<sup>308</sup>. Bu sebeple şikâyet veya itirazen şikâyet başvurusu, ihale sürecinin sona ermesini engeller. Dolayısıyla geçici bir süreliğine bu hususlarda karar verilene kadar kamu ihale sözleşmesi de imzalanamaz<sup>309</sup>.

Üzerine ihale bırakılan istekli, kesin teminat mektubunu İdareye sunmuş ve fakat henüz kamu ihale sözleşmesi imzalanmamışsa sorun yoktur. Bu durumda şikâyet veya itirazen şikâyet kararı üzerine ihalenin iptaline kararına verilirse isteklinin sunduğu kesin teminat mektubu iade edilir. Hukuki sorun, bir şikâyet veya itirazen şikâyet başvurusu henüz neticelenmemesine rağmen her nasılsa kesin teminat mektubu alınarak sözleşmenin imzalanması halinde ortaya çıkar. Keza İdare, yapmaması gerekirken başvurunun sonucunu beklemeyerek kamu ihale sözleşmesini imzalamıştır. Kanaatimize göre bu sözleşme, hukuka aykırı bir sözleşme olup geçersizdir<sup>310</sup>. Kamu İhale Genel Tebliği 25.3'e göre de ihale işlemleri Kurul tarafından iptal edilen

<sup>306</sup> KİK m.55, m.56.

<sup>307</sup> Şikâyet yoluna aynı zamanda adaylar, istekliler ve istekli olabilecek kişiler de başvurabilir.

<sup>308</sup> **Sezer/Kalkan/Şahin**, 258; **Can**, 95.

<sup>309</sup> KİK m.55/son: "İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz."

<sup>310</sup> 03.01.2009 tarihinde yayımlanan 27099 sayılı Resmi Gazete'de yer alan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.13/2'ye göre "İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin KİK internet sayfasından sorgulama yapılmadan, itirazen şikâyet başvurusu yapılan hallerde ise itirazen şikâyet başvurusu nihai kararlarla sonuçlandırılmadan" sözleşmenin imzalanması mümkün değildir. Bu gibi hallerde imzalanan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. (Aynı görüşte bkz. **TUNA**, 48-49)

ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 sayılı KİSK ve genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir<sup>311</sup>.

Sözleşmenin tasfiyesiyle beraber yüklenici ile İdare arasındaki sözleşme ilişkisi sona erer. İhalenin bu nedenle iptal edilerek sözleşmenin feshi halinde, İdare ile yüklenicinin o ana kadarki kazanımlarının genel hükümlere göre tasfiye edilmesi ve yüklenici bakımından herhangi bir borcun doğmaması halinde, pozitif bir düzenlemede hüküm yer almasa bile dürüstlük kuralları uyarınca kesin teminatın yükleniciye iade edilmesi gereklidir<sup>312</sup>. Keza kesin teminat mektubu ile garanti altına alınan risk ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla kanaatimizce İdare ile banka arasında yapılan teminat mektubu sözleşmesinin de feshedilmesi ve kesin teminat mektubunun iadesi gereklidir.

#### 2.3.2.3.1.2.4. Yüklenicinin Ölümü Nedeniyle Sözleşmenin Feshi Halinde

İdare ile yüklenici arasındaki kamu ihale sözleşmesinin sona erme nedenlerinden biri de yüklenicinin ölümüdür<sup>313</sup>. Elbette burada yüklenicinin gerçek kişi veya pilot ya da koordinatör ortağı ölen bir ortak girişim olması söz konusudur. Keza tüzel kişi yüklenicilerin böyle bir durumla karşılaşması mümkün değildir.

Ölüm, TMK m.28'e göre kişiliği sona erdiren bir sebeptir. Ölümle beraber mirasbırakanın malvarlığı, tereke adını alır. Tereke, mirasbırakanın miras yoluyla geçmeye elverişli özel hukuk ilişkilerinden oluşur. Terekeye, mirasbırakanın şahsına bağlı olmayan hukuki ilişkiler bütünü demek de mümkündür<sup>314</sup>. Ortada artık bir kişilikten söz edilemediğine göre kamu ihale sözleşmesinin ifa edilmesi mümkün değildir. Ancak miras hukukundaki külli halefiyet ilkesi gereğince ölenin mirasçıları, ölenin hak ve borçlarına payları oranında ehil olurlar. Külli halefiyet, bir malvarlığının

<sup>311</sup> Kanaatimize göre, geçersiz olan hukuki bir ilişkiden geçerli bir hak veya borç doğamayacağına göre ilgili tasfiye, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmalı ve ifa edilen edimler bu hükümlere göre iade edilmelidir. İtirazen şikâyet başvurusu neticesinde verilebilecek kararları düzenleyen KİK m.54/11 (c)'ye göre "...**usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması...** hallerinde **başvurunun reddine karar verilir**" ibaresi de kanaatimizce doğru değildir. Keza itirazın şikâyet başvurusu henüz neticelendirilmeden İdarenin sözleşmeyi imzalamaması gerekir. Her nasılsa kamu ihale sözleşmesi imzalanmış ise de bu sözleşme usulüne uygun olarak imzalanmış bir sözleşme zaten olamaz. Dolayısıyla Kanunun başvurunun reddedilmesi sebeplerinden biri olarak saydığı "usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması" ihtimali abesle iştigaldir. (Aynı görüşte bkz. **CAN**, 96)

<sup>312</sup> **Şahiner**, 162.

<sup>313</sup> **Tuna**, 37; **Bilir**, 160; **Bilgin**, 130;

<sup>314</sup> **Eren**, Fikret / **Yücer Aktürk**, İpek: "Türk Miras Hukuku", 4. Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara-2019.

bütün olarak aktifi ve pasifiyle tek bir işlemle (hukuki olayla) miras bırakandan mirasçılara geçmesidir<sup>315</sup>.

Ölümlle beraber mirasçılar kural olarak külli halefiyet ilkesi gereği kamu ihale sözleşmesinden doğan hak ve borçların süjesidir<sup>316</sup>. Ancak kamu ihale mevzuatı, külli halefiyeti sınırlı olarak uygulamış ve bazı şartlar getirmiştir. Gerçekten de KİSK m.17/1'in (a) bendine göre: “Yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa diğer alacakları varislerine verilir. Ancak, aynı şartları taşıyan<sup>317</sup> ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dâhil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir.” Dolayısıyla kural olarak gerçek kişi yüklenicinin ölümüyle birlikte kamu ihale sözleşmesi sona erer<sup>318</sup>. Kanaatimizce kanunun ibaresinden ölüm halinde sözleşmenin infisah etmeyeceği sonucu çıkarılabilir. Keza Kanun “sözleşmenin feshedilmesinden” bahsetmektedir. Yani İdarenin bu sözleşmeyi isterse feshetmeme yetkisi söz konusudur. İlgili şartlar sağlanırsa mirasçılarla sözleşmeye devam edilebilir.

Sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilmişse bu feshedilen sözleşmeye binaen İdare ile banka arasında yapılmış olan kesin teminat mektubu sözleşmesinin de feshedilmesi

<sup>315</sup> **Dural**, Mustafa / **Öz**, Turgut: “Türk Özel Hukuku - Miras Hukuku” C.4, 12. Filiz Kitabevi, İstanbul-2019.

<sup>316</sup> Külli halefiyet, bir malvarlığının, bütün olarak, aktifi ve pasifiyle tek bir işlemle (hukuki olayla) bir kimseden başka bir kimseye geçmesidir. Bu hallerin en önemlisi TMK m.599’da düzenlenmiş olan mirasın kazanılması (intikalidir) Söz konusu hükme göre, “Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar” (**Dural/Öz**, 12-13; **Eren/Yücer Aktürk**, 18) bazı borç sözleşmelerinin konusunu oluşturan kişiye sıkı sıkıya bağlı edimler de (alacak ve borçlar da) mirasçıya geçmez. Örneğin eser sözleşmesinde yüklenicinin edimi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimse ölümle beraber sözleşme kendiliğinden sona erer, mirasçılara geçmez. TBK m.440’a göre de işçinin ölümüyle şahsına bağlı bir hizmet edimini konu edinen hizmet sözleşmesi sona erer.

<sup>317</sup> Burada aynı şartları taşıma bakımından yüklenicinin kişisel özelliklerinin ihale sözleşmesinde önem arz edip etmemesinin de incelenmesi gerekir. Keza bazı borç sözleşmelerinin konusunu oluşturan kişiye sıkı sıkıya bağlı edimler de (alacak ve borçlar da) mirasçıya geçmez. Örneğin eser sözleşmesinde yüklenicinin edimi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimse ölümle beraber sözleşme kendiliğinden sona erer, mirasçılara geçmez. TBK m.440’a göre de işçinin ölümüyle şahsına bağlı bir hizmet edimini konu edinen hizmet sözleşmesi sona erer. (**Eren/Yücer Aktürk**, 7) dolayısıyla yüklenicinin şahsi özelliklerinin ihale sözleşmesinin ifasında önem arz ettiği hususlarda KİSK’in TBK’ya yapmış olduğu atf neticesinde kanaatimizce sözleşme İdarenin herhangi bir işlemine gerek kalmadan infisah etmiş kabul edilmelidir.

<sup>318</sup> **Tuna**, 37; **Bilgin**, 130; **Bilir**, 160.

gerekir. Kanun da “*kesin teminatları varislerine verilir*” ibaresiyle bu sözleşmenin de sona ereceğini belirtmiştir.

Kanunun düzenlemesi kanaatimizce doğru olmakla beraber eksiktir. Gerçek kişi yüklenicinin ölümü halinde kamu ihale sözleşmesinin akıbeti düzenlenmiştir. Ancak bu kişinin gaipliği söz konusu olduğunda ihale sözleşmesinin ve teminat mektubu sözleşmesinin akıbeti belirsizdir. Aynı şekilde tüzel kişilerin kişiliklerinin sona ermesi halinde sözleşmelerin akıbeti de düzenlenmemiştir. Bu hususta gerçek kişiler hakkında öngörülmüş olan ölümün kamu ihale sözleşmesine ve teminatlara ilişkin etkisinin kıyasen tüzel kişilerin sona ermesi hakkında da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KİSK m.18’e göre de girişim yüklenicinin pilot ya da koordinatör ortağının ölümü halinde de sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir ve kesin teminat iade edilir.

#### 2.3.2.3.1.2.5. Sözleşmenin Devri Halinde

Türk Borçlar Kanunu m.205’te bir bütün olarak sözleşmenin devrini düzenlemiştir. Sözleşmenin devri, taraflardan birinin sözleşme nedeniyle sahip olduğu taraf durumunun devrini ifade eder<sup>319</sup>. Sözleşmede taraf sıfatının devri, devrin sonuçlanmasına ilişkin bir taahhüt işlemi ile değil, bir tasarruf işlemi ile gerçekleşir<sup>320</sup>. BK’ya göre yapılan sözleşmelerde devreden taraf kalan tarafa karşı alacaklardan ve borçlardan sorumlu değildir<sup>321</sup>.

KİSK bu genel kuralın dışına çıkmış olup KİSK’e tabi sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanması, devredeni, devir tarihine kadar yapmış olduğu işlere ilişkin sorumluluktan kurtarmaz. Yani devreden yüklenici, devrettiği tarihe kadar yaptığı işlerden devralanla birlikte sorumludur<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> Eren, Borçlar Genel, 1406; Kılıçoğlu, 1054; Oğuzman/Öz, C.2, 635.

<sup>320</sup> Ayrancı, Hasan: “Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri),” 64. Yetkin Yayınları, Ankara-2003.

<sup>321</sup> Ayrancı, 116.

<sup>322</sup> Arapgirli, Murat: “İhale Hukukunda Sözleşmenin Devri Müessesesi”, 77. Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:8, Sayı:80, s.73-80. Nisan-2013;

TBK m.205, sözleşmenin devrini düzenlemektedir. İlgili hükme göre: “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.” Sözleşmenin devrinde taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta, onun yerine dışarıdan yeni bir kimse taraf olarak sözleşmeye girmektedir<sup>323</sup>. Sözleşmenin üstlenilmesiyle beraber, sözleşmeyi üstlenen kişi, yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu kazanır.

Kamu ihale sözleşmelerinin de devri mümkündür<sup>324</sup>. Sözleşmenin devrine ilişkin hükümler KİSK’in üç farklı maddesinde düzenlenmiştir.

KİSK m.16 kapsamında, sözleşmenin zorunlu hallerde ihale yetkilisinin izniyle başkasına devri hüküm altına alınmıştır. İlgili maddeye göre sözleşmenin devri, zorunlu bir halin bulunmasına, devralacak kişinin ilk ihaledeki şartları sağlamasına ve ihale yetkilisinin sözleşmenin devrine izin vermesine bağlıdır<sup>325</sup>. Aynı zamanda sözleşmeyi devralmak isteyen, devir sözleşmesi imzalanmadan önce taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı göstermelidir. Burada devralan bakımından dikkat edilmesi gereken husus, devir esnasında kalan iş için değil, sözleşmenin tamamı için bir kesin teminat aranıyor olduğudur. Dolayısıyla sözleşmenin tamamı için kesin teminat verilmez ve ilk ihaledeki şartlar sağlanmaz ise sözleşmenin devri mümkün olmaz<sup>326</sup>. Bu teminatın gösterilmesiyle beraber önceki yükleniciye ait kesin teminat, devir sözleşmesinin imzalanmasını takip eden ilk iş günü içerisinde kendine iade edilir. Bu iadeyle beraber önceki yüklenicinin talimatı üzerine banka ile İdare arasında kurulan teminat mektubu sözleşmesi feshedilmiş olur.

<sup>323</sup> Eren, Borçlar Genel, 1405.

<sup>324</sup> Küçükgüngör/Akipek, 49.

<sup>325</sup> Arapgirli, 74; Gök, Yaşar: “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Sözleşmenin Devredilmesi”, 8. Mali Hukuk Dergisi, Sayı:135, Mayıs-Haziran 2008; Şen, Özay: “4735 Sayılı Kanun Çerçevesinde Sözleşmenin Devri”, 71-76. Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, 2010; Bilgin, 130; Bilir, 151-156; Tuna, 75-76: Bu şartlara ek olarak hizmet alımı sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüş olup, buna göre devreden ve devralanın yanında idarenin de devir sözleşmesini imzalaması aranmıştır. İhale yetkilisince gerekli iznin verilmesinin ardından düzenlenecek devir sözleşmesinde ihale yetkilisi, devreden ve devir alanın imzaları ile devreden ve devir alanın 4735 s.K. m.16’da belirtilen yasak durumlarının olmadığına ilişkin beyanlarının bulunması ve devir alacakların ilk ihaledeki şartları gerçekleştirmesi zorunludur. Devir sözleşmelerinde ayrıca, devralan yüklenicinin devreden yüklenicinin yaptığı sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerini devreden tabi olduğu veya olacağı kapsam ve içeriği ile yüklendiği hususu da yer alır. (Hizmet İşleri Genel Şartnamesi m.52/2)

<sup>326</sup> Bilir, 156; Arapgirli, 78;



KİSK m.17 kapsamında ise sözleşme, gerçek kişi yüklenicinin ölümü halinde mirasçılara devredilebilir. Bu devrin yapılabilmesi için, mirasçılar, ihaleye katılım ve kamu ihale sözleşmesinin ifası konusunda yüklenici ile aynı şartları taşımalıdır. Bu şartların sağlanması halinde mirasçılar sözleşmeyi devralmak istediklerini İdareye bildirmeli ve İdare bu talebi uygun görmelidir. Aynı zamanda mirasçılar, ölüm tarihini izleyen otuz gün içerisinde varsa ek kesin teminatlar da dâhil olmak üzere taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermelidirler. Fakat burada KİSK m.16 düzenlemesinden farklı olarak gerçek kişi yüklenicinin ölümü halinde muris tarafından gösterilen kesin teminat mektubu, mirasçıların sözleşmeyi devralmasını beklemeden emredici hüküm gereğince derhal mirasçılara iade edilir. Böylelikle, lehtarın (yüklenicinin) ölümüyle birlikte banka ile İdare arasındaki teminat mektubu sözleşmesi sona erer<sup>327</sup>.

4734 sayılı KİK m.14' göre, ortak girişimler<sup>328</sup>, birden fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından, iş ortaklığı ya da konsorsiyum şeklinde oluşturulabilir. KİSK m.18 hükmü, bu ortak girişim yüklenicinin pilot ya da koordinatör ortağının ölümü halinde sözleşmenin devrini düzenler. Buna göre aynı KİSK m.17 düzenlemesinde olduğu gibi ortakların bu yönde bir talebinin olup İdarenin bu talebi uygun görmesi gerekir. Sözleşmeyi devralmak isteyen ortakların teminat dâhil pilot ya da koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukları otuz gün içerisinde üstlenmesi gereklidir. Bu çerçevede, ortaklardan alınacak kesin teminat, ihale konusu işin devir sonrasında kalan kısmına tekabül eden bedel üzerinden değil, toplam sözleşme bedeli üzerinden alınmalıdır<sup>329</sup>. Yine KİSK m.18'in emredici hükmü gereği, ortağın ölümü halinde bu ortak tarafından gösterilen kesin teminat, diğer ortakların sözleşmeyi devralması beklenmeden derhal iade edilir ve banka teminat mektubu sözleşmesi sona erer.

<sup>327</sup> Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 32.2'nci maddesine istinaden mal alımlarında İdare, devredenden almış olduğu kesin teminatı, devir sözleşmesinin imzalanmasını takip eden ilk işgünü içinde iade eder. Diğer alım türlerinde ise teminatın iadesi ile ilgili bir süre bulunmadığından İdare, devredenden almış olduğu kesin teminatı, devir sözleşmesinin imzalanmasını takip eden en kısa sürede iade etmelidir. (Arapgiri, 78.)

<sup>328</sup> İş ortaklığı ve konsorsiyum kamu ihalelerine katılan ortak girişimlerin iki türünü oluşturmakta olup ihale konusu işin gerektirdiği sorumluluk ve teklif verilebilecek ihaleler bakımından ayrılmaktadırlar. İş ortaklığı, birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere kurulur. Konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişiler ise hak ve sorumluluklarını ayrılarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. (Sezer/Kalkan/Şahin, 25-26)

<sup>329</sup> Şahiner, 170.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDENMESİ TALEBİ ve ÖDEME TALEBİNE KARŞI SAVUNMA İMKÂN LARI

#### 3.1. TEMİNATLARIN ÖDENMESİ TALEBİ ve TEMİNATLARIN GELİR KAYDEDİLMESİ

##### 3.1.1. Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi

###### 3.1.1.1. Genel Olarak

Banka teminat mektubu sözleşmesiyle banka, muhatabın lehtar ile arasındaki temel ilişkiden doğabilecek riskler sebebiyle muhatabın uğraması muhtemel zararlarını garanti altına alır. Muhatabın banka garantisinden doğan bu alacağının ifasına yönelik hukuka uygun bir şekilde yaptığı isteme, ödeme talebi denir. Böylelikle banka, bu talebi müteakiben ödeme yükümlülüğü altına girer.

Kamu ihale sürecinde İdare, kamu ihale sözleşmesi henüz akdedilmeden ihaleye katılan her istekliden kanunen belirlenen bir meblağ tutarında geçici teminat mektubu göstermesini ister. Burada risk altında olan durum, isteklilerin kamu ihale sözleşmesini imzalamaktan hukuka aykırı bir şekilde imtina etmesi halinde İdarenin karşılaşılabileceği zarardır. İdare, aynı zamanda sözleşmeyi imzalayacağı ve ihale üzerine bırakılan istekliden de sözleşme sürecine ilişkin bir garanti göstermesini istemek zorundadır. Kamu ihale sözleşmelerinde yüklenici, yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmezse İdare, uğramış olduğu zararı kendisine hitaben verilen banka teminat mektubu aracılığıyla giderir. Yani İdare, kamu ihale sözleşmesinin ifasına ilişkin öngörülen risklerin gerçekleşmesi halinde bir zarara uğrarsa, yüklenicinin vermiş olduğu teminat mektubunun ödenmesini isteyebilir. KİK ve KİSK, İdarenin, öngörülen risk gerçekleştiği takdirde ilgili teminatları gelir kaydedeceğini belirtmiştir. Kanunun “gelir kaydedilir” ibaresinden anlaşılması gereken, bu teminatların banka tarafından ödenmesinin talep edilmesi ve akabinde Hazineye gelir kaydedilmesidir. Dolayısıyla İdarenin teminatları gelir kaydedebilmesi için öncelikle, teminat mektubunu düzenleyen bankaya hukuka uygun bir ödeme talebinde bulunması gereklidir. Zira ödeme talebinde

bulunulup bankadan ödeme alınmadan ortada gelir olarak kaydedilebilecek bir meblağ bulunmaz.

Banka, kural olarak yapılan her ödeme talebini yerine getirmek zorundadır. Ancak bunun için ödeme talebinin hukuka uygun olarak yapılması lazımdır. Hukuka uygunluk, ödeme talebinde bulunabilecek kişi bakımından olabileceği gibi talebin şekli, zamanı, içeriği ve teminat mektubu sözleşmesinin şartlarına uygunluğu bakımından da değerlendirilir. Banka, muhatapın usulüne uygun olarak yaptığı ödeme talebi karşısında, teminat mektubu metninde yer alan şartları haiz bir ödeme talebinin yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır<sup>330</sup>. Çünkü teminat mektubu sözleşmelerinde metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesi geçerlidir<sup>331</sup>.

### 3.1.1.2. Ödeme Talebinde Bulunabilecek Kişi ve Bulunulabilecek Yer

Banka teminat mektubu sözleşmeleri, banka ile muhatap arasında kurulur. Muhatap, hem lehtar ile aralarındaki temel ilişkinin hem de teminat mektubu sözleşmesinin alacaklısıdır. Dolayısıyla kural olarak banka teminat mektubunun ödenmesi talebinde bulunacak kişi muhataptır<sup>332</sup>. Muhatap gerçek veya tüzel kişi olabilir. Muhatapın gerçek kişi olması halinde, ödeme talebinde bizzat bulunabileceği gibi yetki belgesi vererek yetkilendirdiği bir başkası da ödeme talebinde bulunabilir. TBK m.504 uyarınca temsilcinin temsil olunan adına banka teminat mektubu bedelini tahsil etmesi için özel bir yetki gerektiğini ifade eden bir hüküm yoktur. Bir görüşe göre<sup>333</sup> temsilci genel vekâletnamede “ahzu kabz” yetkisine sahipse bankadan muhatap adına teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep edebilmelidir. Ancak bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre garanti sözleşmelerinin koruma niteliği gereği, bir başkasına verilen bu yetki belgesinde ödeme talebinde bulunulabileceğine ilişkin özel bir yetki bulunmalıdır<sup>334</sup>. Yani genel vekâletnameye dayanan tazmin talepleri yeterli değildir<sup>335</sup>.

<sup>330</sup> Doğan, 187.

<sup>331</sup> Tekinalp, Ünal: “Banka Hukukunun Esasları”, C.1, 372. İstanbul-1988.

<sup>332</sup> Yener Coşkun, 145; Davarcı/Bayram, 223; Doğan E. 95; Reisoğlu, 247.

<sup>333</sup> Güler, Muhammet Ali: “Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi”, 67. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2011.

<sup>334</sup> Bilgen, Mahmut: “Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar Ve Hukuki Sorumluluk”, 365. Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara-2011

<sup>335</sup> Reisoğlu, 247.

Muhatabın tüzel kişi olması halinde de, ödeme talebinin muhatabı temsile, onun adına hareket etmeye yetkili kişi veya kişiler tarafından yapılması gerekir<sup>336</sup>.

Kamu ihale sözleşmelerine binaen tanzim edilen teminat mektuplarında muhatap İdaredir. Fakat uygulamada teminat mektubunda muhatap olarak genellikle ihaleyi açan kuruma bağlı bir daire, müdürlük veya alt kuruluş gösterilir. Bilindiği üzere bakanlıkların, Devlet tüzel kişiliğinden bağımsız birer tüzel kişilikleri yoktur. Bakanlıkların ayrı tüzel kişiliği bulunmadığından, evleviyetle, bakanlıklara bağlı olan dairelerin veya genel müdürlüklerin de tüzel kişiliği bulunmaz. İlk bakışta, hukuken kişi olmayan bir kurum veya kuruluşun muhatap olarak gösterilmesi geçerli görünmeyebilir. Ancak burada hukuken bir problem yoktur, teminat mektuplarında muhatap olarak gösterilen bakanlıklar ve bakanlıklara bağlı kamu idarelerinin hepsi Devlet tüzel kişiliği altındadır. Dolayısıyla bakanlıklar ve bakanlıkların alt kuruluşları olan genel müdürlük veya daireler, muhatap olarak gösterilebilir. Bu sayede bu kurum ve kuruluşlar ödeme talebinde de bulunabilir. Aynı zamanda, gösterilen muhatap aslında Devlet tüzel kişiliği olunca, bakanlıklara, bu bakanlığın herhangi bir genel müdürlüğüne veya bir dairesine hitaben verilen teminat mektupları, geçerli ve Devlete hitaben verilmiş mektuplardır. Bu sebeple, yine Devleti temsilen hareket eden Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından da bu mektupların ödenmesi istenebilir<sup>337</sup>. Fakat belediyelerin ve kamu ihale sözleşmesi akdedebilecek bazı diğer kurumların Devlet tüzel kişiliğinden ayrı birer tüzel kişiliği bulunduğundan bu kurumların muhatap olarak gösterildiği teminat mektuplarına ilişkin ödeme talebinin bizzat bu kurumlar tarafından yapılması gerekir.

Ödeme talebi, teminat mektubu sözleşmesinde garanti veren konumunda olan bankaya yapılır<sup>338</sup>. Ödeme talebinin bankanın merkezine mi yoksa şubesine mi yöneltileceği, şubeye ise, bankanın hangi şubesine yöneltileceği, sözleşmenin yorumlanmasından anlaşılır<sup>339</sup>. Ödeme talebinde bulunulacak yer konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, garantinin düzenlendiği yere ilişkin bir hüküm varsa bu, ödeme yerine ilişkin zımnî bir hüküm olarak yorumlanmalı ve ödeme talebi, garantinin düzenlendiği şubeye

<sup>336</sup> **Reisoğlu**, 247; **Yener Coşkun**, 146.

<sup>337</sup> **Reisoğlu**, 247.

<sup>338</sup> **Güler**, 100-101;

<sup>339</sup> **Canbolat**, 125.

yöneltilmelidir<sup>340</sup>. Bu konuda da açık bir hükmün bulunmaması durumunda, garanti metnini düzenleyen bankanın, ödeme yerini belirlemeye yönelik bilinçli bir vazgeçmesinin bulunduğu kabul edilmeli ve ödeme talebi, bankanın herhangi bir şubesine yöneltilmelidir<sup>341</sup>.

Talebin ödemeye yetkili olmayan bir banka şubesine yapılması, talebin geçersizliği sonucunu doğurur. Uygulamada ise teminat mektubu sözleşmesini tanzim eden bankanın başka bir şubesine ödeme talebinde bulunulduğu takdirde ödeme talebini alan şube, teminat mektubunu tanzim eden şubeyi arayarak mektubun teyidini yaparak aldığı teyit üzerine ödemeyi gerçekleştirir. Ayrıca bankacılık uygulamasında banka teminat mektupları genelde hesaben ödenmektedir<sup>342</sup>.

### 3.1.1.3. Ödeme Talebinin Zamanı

Muhatabın geçerli bir ödeme talebinde bulunması, bunu geçerli bir zamanda yapmış olmasına bağlıdır. Keza banka teminat mektuplarının ödenmesi talebi, zamanında yapılmamış ise banka, ödemeyi reddedebilir. Bankanın borcunun muaccel olmaması halinde ödeme talebi, geçerli bir zamanda yapılmamıştır. Aynı şekilde süreli bir teminat mektubu söz konusuysa ve bankanın süre bakımından sorumluluğu sona ermişse yine ödeme talebinin zamanında yapılmadığından bahsedilir.

Taraflar, banka teminat mektubunda teminatın ne zaman ödeneceğine ilişkin bir hüküm koyabilirler. Örneğin “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir teminat mektubu, muhatabın geçerli bir ödeme talebinin hemen akabinde bankanın ödeme işlemine konu olmalıdır. Keza bankanın muhataba vermiş olduğu teminat mektubu, “ilk talepte” ödeme kaydını ihtiva ediyor ise, muhatabın usulüne uygun ödeme talebinde bulunması

<sup>340</sup> **Aral**, 186-187; **Barlas**, 64; **Yener Coşkun**, 127; Yargıtay ise bir kararında söz konusu alacağın para borcu olması nedeni ile alacaklının ikametgahında ödenmesi gerektiği yolunda bir karar vermiştir. Karara göre “...kaldı ki teminat mektubundan doğan alacağın bir para borcuna ilişkin olması nedeniyle BK'nun 73'üncü maddesi gereğince alacaklı nezdinde ödenmesi gerekmesine ve alacaklının da İstanbul mahkemelerinin yetkisi dahilinde ikamet etmekte olmasına, diğer yandan taraflar arasındaki ilişki bir bankacılık işleminden doğmuş bulunması karşısında bu işlemde doğan uyuşmazlıklara ticaret mahkemelerinin bakması gerekmesine ve ticaret mahkemelerinin yetkisinin de ilçeleri kapsayacak şekilde tüm İstanbul'a şamil bulunmasına göre, davalının HUMK'nun 440.maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.” Karar için bkz. **Doğan** Elif, 90.

<sup>341</sup> **Reisoğlu**, 262-263.

<sup>342</sup> **Özboyacı**, Alper: “Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar”, 48. Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, S.31, Mart 2009, s.47-60.

ile bankanın borcu muaccel hale gelir<sup>343</sup>. Ödeme yapılacak zaman, teminat mektubunda, temel ilişkide garanti altına alınan olay belirtilerek tespit edilmiş olabilir. Yüklenilen yapım işinin belli bir tarihe kadar bitirilmemesi riskini garanti altına almak için tanzim edilen bir teminat mektubunda, muhatabın, lehtarın bu yapım işini belirtilen tarihe kadar yapmadığının anlaşılması üzerine ödeme talebinde bulunabileceğine ilişkin teminat mektubuna koyulan bir kayıt bu niteliktedir. Yine “*satım konusu malların bedeli, 20.02.2007 tarihine kadar ödenmediği takdirde, talebiniz üzerine ödemeyi yapacağız.*” şeklinde bir kayıt da buna örnek olarak verilebilir<sup>344</sup>. Bu durumda da, belirtilen tarihten önce ödeme talebinde bulunulması, ilgili talebi geçersiz kılacaktır. Ödeme talebinin en erken ne zaman yapılabileceği konusunda sözleşmede herhangi bir hüküm getirilmemiş ise, temel ilişkide garanti altına alınan riskin gerçekleşmesi halinde derhal ödeme talebinde bulunulabileceği kabul edilmelidir<sup>345</sup>.

Teminat mektubunda bankanın sorumluluğu süre ile kısıtlanabilir<sup>346</sup>. Bu durumda süreli bir garantiden söz edilir. Süreli garantilerde muhatap, ödeme talebini ancak bu süre içerisinde gerçekleştirebilir. Ödeme talebinin süre içinde yapılmaması halinde, bankanın ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar<sup>347</sup>.

Ödeme talebinin en geç ne zamana kadar yapılabileceği kararlaştırılmamış ise ortada süresiz bir garantinin varlığından söz edilir. Bu tür garantilerde ödeme talebi, talebin yapılabileceği andan itibaren TBK m.146 hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi boyunca yapılabilir. Ödeme talebinde bulunulabilecek an, bankanın ödeme yükümlülüğünün muaccel olduğu andır. On yıllık süre bu andan itibaren başlar. Zamanaşımı süresi dolmasına rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde, banka, zamanaşımı def’i savunmasında bulunabilir<sup>348</sup>.

<sup>343</sup> Doğan Vahit, 190.

<sup>344</sup> Canbolat, 127.

<sup>345</sup> Yener Coşkun, 109.

<sup>346</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz. Özdemir, Atalay: “Borçlar Yasasının 110.Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları” Yargıtay Dergisi, C.10, S.1-2, Ocak-Nisan 1984, s.253-270.

<sup>347</sup> Reisoğlu, 253. Akyol, Banka Sözleşmeleri, 183.

<sup>348</sup> Canbolat, 128.

### 3.1.1.4. Ödeme Talebinin Şekli ve İçeriği

Garanti sözleşmelerinin bir türü olan teminat mektubu sözleşmeleri, somut kanuni düzenlemelere konu olmadığından hem sözleşmelerin kuruluşunda hem de ifasında, şekil serbestisi kuralı geçerlidir. Uygulamada, bankaların teminat mektubu metninde “*yazılı talebiniz üzerine*” ibaresini teminat mektubu metnine ekledikleri görülür. Bu tür bir durumun varlığı halinde muhatap, teminat mektubuna ilişkin ödeme talebini yazılı olarak yapmalıdır. Zira taraflar burada ifanın şekline ilişkin bir şekil şartı kararlaştırmışlardır. Teminat mektubunun, mektup metninde belirlenen şartın aksine ödenmesi sözlü olarak istendiğinde, geçerli bir ödeme talebinin varlığından söz edilemez. Bu durumda da bankanın ödeme sorumluluğu doğmaz.

Ödeme talebinin içeriğinin uygun olmasından anlaşılması gereken, talebin bankanın sorumlu olduğu miktar içerisinde yapılması ve garanti konusu olayın gerçekleştiğinin ileri sürülmesidir. Muhatabın yaptığı ödeme talebi, bankanın sorumlu olduğu üst sınır içerisinde kalarak tamamen veya kısmen olmalıdır. Uygulamada muhatabın, kısmi ödeme talebinde bulunduğu da görülür<sup>349</sup>. Muhatabın, bankanın geri kalan miktar için sorumlu kalmaya devam etmesi kaydıyla, teminat mektubunun kısmen ödenmesini talep etmesi mümkün ve geçerli kabul edilmelidir<sup>350</sup>. Keza banka, teminat mektubu sözleşmesiyle garanti altına aldığı tutarı azami olarak belirlemiştir. Kısmi ödeme yaptıktan sonra geri kalan tutardan sorumlu olmadığını iddia etmek, bankanın temerrüde düşmesine yol açar. Bu durum aynı zamanda, hem garanti sözleşmesinin niteliğiyle hem de bankalar anonim şirket olduklarından basiretli tacir olmanın hükümleriyle örtüşmez. İkinci olarak muhatap, ödeme talebinde bulunurken, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ileri sürmelidir. Keza teminat mektubu, temel ilişkideki riskin garantisidir. Dolayısıyla bu riskin, yani garanti konusu olayın gerçekleştiğinin ileri sürülmesi gerekir<sup>351</sup>.

Özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını ihtiva eden teminat mektuplarında bu şart, mektup metnine işlenir. Ancak bu mektupların niteliği gereği, muhatap, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ileri sürmekle yetinir. Ayrıca bu olayın gerçekleştiğini ispat etmek

<sup>349</sup> **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, 186.

<sup>350</sup> **Canbolat**, 129.

<sup>351</sup> **Yener Coşkun**, 111; Sadece “ödeyiniz” veya “tazmin ediniz” şeklindeki bir beyanın usulüne uygun olmayacağına ilişkin bkz. **Doğan**, Elif, 97.

zorunda değildir. Aynı şekilde, banka da garanti konusu olayın gerçekleştiğini araştırmakla yükümlü değildir<sup>352</sup>. TGİBK<sup>353</sup> m.20’de ayrıca, garanti sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, muhatabın ödeme talebinde bulunurken lehtarın temel ilişkiden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini veya geçici teminat söz konusu ise, lehtarın ihale şartlarını ihlal ettiğini ileri sürmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>354</sup>.

Garanti konusu olayın gerçekleştiğinin üçüncü bir kişi veya kuruluş tarafından onaylanması gerekliliği de teminat mektubu sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Bu duruma örnek olarak, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin bir tespit davasıyla mahkemece tespit ettirilmesi veya bir kurumun bu olayın gerçekleştiğine ilişkin bir karar vermesi gerekliliği gösterilebilir. Tarafların böyle bir şart kararlaştırmaları halinde, muhatap, ödeme talebine bu kararlara ilişkin belgeleri de eklemek zorundadır. Aksi takdirde banka, ödeme talebinin geçersiz olduğundan bahisle, bu talebi reddedebilir.

Muhatabın ödeme talebine mektup metnini ekleme zorunluluğu olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Daha önce belirttiğimiz üzere banka teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığından ödeme talebinde bulunulabilmesi için mektup metinlerinin ödeme talebine eklenmesine gerek yoktur. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında<sup>355</sup> teminat mektubunun aslı yerine fotokopisi ile yapılan ödeme talebinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Kararda, “... teminat mektubunun kaybedilmiş olması veya herhangi bir şekilde zayi edilmesi halinde, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan hakkı, ortadan kalkmamakta, kıymetli evrakta olduğu gibi teminat mektubunun zayi olması nedeniyle iptalinin mahkemedan istenmesi gerekmekte, sonuç olarak muhatabın talep hakkı devam etmekte...” şeklinde hüküm kurulmuştur. Fakat teminat mektubunun aslının ödeme talebiyle birlikte bankaya iade edilmesi, bankanın lehtar ile arasındaki rücu ilişkisinde ispat kolaylıkları sağlar. Bu nedenle uygulamada çoğunlukla, mektup metninin aslının iadesini müteakiben ödeme yapılır.

<sup>352</sup> Reisoğlu, 250 Vd.

<sup>353</sup> Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar (Icc Uniform Rules For Demand Guarantees) Detaylı Bilgi İçin Bkz. Ekşi, Nuray: “ICC’nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Birörnek Kuralları (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 758) (2010 Revizyonu – URDG 758) Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makalalar, (Editör: EKŞİ, Nuray. 1.Baskı, İstanbul-2011, s.159-168)

<sup>354</sup> Canbolat, 129.

<sup>355</sup> Y. 19.HD. T.15.06.2001, E.2001/511, K. 2001/4641. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T: 01.02.2020, 17.26)



### 3.1.2. Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları

#### 3.1.3.1. Genel Olarak

Muhatabın hukuka uygun bir şekilde yapmış olduğu ödeme talebini müteakiben bazı hukuki sonuçlar doğar. Banka teminat mektubu sözleşmesinin üçlü bir ilişki olduğu göz önüne alındığında bu sonuçların kimi muhatap ile banka arasındaki teminat mektubu sözleşmesine, kimi ise banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisine dairdir.

Muhatap ile banka arasındaki teminat mektubu sözleşmesine ilişkin hukuki sonuçlar; bankanın borcunun muaccel olması ve teminat altına alınan tutarın ödenmesidir. Bankanın teminat bedelini ödemesiyle beraber lehtar ile arasında bir rücu ilişkisi doğar. Banka, müşterisi konumunda olan lehtardan veya kontrgaranttan yapmış olduğu bu ödemeyi isteyebilir. Fakat bu bedeli talep edebilmesi için kendine düşen bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir. Bu yükümlülükler, muhatabın hukuka uygun olarak yaptığı ödeme talebini müteakiben ortaya çıkar ve sonuçlarını karşılık ilişkisi olan banka ile lehtar arasında gösterir. Örneğin banka, ödeme talebinde bulunulduğunu lehtara bildirme yükümlülüğü altındadır. Bunun yanı sıra banka, ilgili ödeme talebini inceler, varsa sürmesi gereken def'i ve itirazları ileri sürer ve bedeli öder. Aşağıda öncelikle teminat mektubu sözleşmesine ilişkin hukuki sonuçlar, ardından da karşılık ilişkisi bakımından hukuki sonuçlar incelenecektir.

#### 3.1.3.2. Teminat Mektubu Sözleşmesine İlişkin Hukuki Sonuçlar

##### 3.1.3.2.1. Bankanın Borcunun Muaccel Olması

Muacceliyet, temerrüdün zamanla ilgili şartıdır ve alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifade eder<sup>356</sup>. Muhatabın hukuka uygun yapmış olduğu ödeme talebiyle birlikte bankanın borcu muaccel olur<sup>357</sup>. Banka, ödeme talebinin teminat mektubu sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun ve süresi içinde yapıldığını belirlediği takdirde teminat bedelini ödemekle yükümlü olur<sup>358</sup>. Bu yükümlülük hem

<sup>356</sup> Eren, Borçlar Genel, 1225; Kılıçoğlu, 875; Oğuzman/Öz, C.1, 459.

<sup>357</sup> Yener Coşkun, 125; Omağ, 337; Güler, 109.

<sup>358</sup> Canbolat, 132.

banka teminat mektubu sözleşmesinden hem de banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisinden doğar<sup>359</sup>.

TBK m.90 hükmü gereğince her borç, doğumu anında muaccel olur ancak tarafların ifa zamanı için bir vade belirlemeleri halinde borcun muacceliyeti bu vadeye göre belirlenir. Kural olarak muhatabın hukuka uygun yaptığı ödeme talebiyle birlikte bankanın borcu muaccel olur; ancak taraflar ödemenin ödeme talebinden bir süre sonra yapılacağını kararlaştırmışlarsa, muacceliyet belirlenen bu sürenin dolmasından sonra gerçekleşir. Aynı şekilde, ihbardan belirli bir süre sonra ödenecek olan veya bir şarta bağlanmış olan garantilerde muacceliyet tarihi, metne bakılarak belirlenir<sup>360</sup>. Özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren banka garantilerinde muhatabın hukuka uygun ödeme talebiyle birlikte bankanın ödeme borcu muaccel olur. TGİBK m.2/a’ya<sup>361</sup> göre ise; garantörün garanti bedelini ödeme yükümlülüğü, garantide belirlenmiş bulunan belgelerin yazılı ödeme talebi ile ibraz edilmesi durumunda ortaya çıkar. Uygulamada ödeme talebinin teminat mektubunda kararlaştırılan şartlara uygun olup olmadığını kontrol etmesi amacıyla bankaya bir ile üç gün arasında değişen belirli bir sürenin tanınmış olması da ödeme talebinin yapılması sonucunda teminat borcunun muaccel olmasına engel olmaz<sup>362</sup>.

Bu noktada, bankanın temerrüde düşüp düşmediğinin de incelenmesi gerekir. Bankanın borcunun muaccel olmasıyla beraber ödeme yapma yükümlülüğü doğar. Bu sebeple geçerli bir gerekçe olmaksızın bankanın ödeme yapmaktan kaçınması halinde muacceliyetin akabinde temerrüdü söz konusu olur. Keza bankanın ödeme yapması bir tedbir veya başka bir mahkeme kararı ile önlenmemişse banka temerrüde düşer.

Bankanın temerrüde düşmesi için TBK m.117/1 hükmü gereğince muhatabın ihtarı zorunludur. Fakat TBK, borçlunun temerrüdü için bazı hallerde ihtarı gerekli görmemiş, bu gibi hallerde ihtar ilkesinden vazgeçmiştir<sup>363</sup>. TBK m.117/2 hükmünde düzenlenen bu durumlara uygun olarak, teminat mektubu sözleşmesinde teminat bedelinin ödeneceği gün kesin olarak kararlaştırılmışsa, bu günün gelmesi ile banka ihtarına gerek

<sup>359</sup> Kahyaoğlu, 67.

<sup>360</sup> Kahyaoğlu, 68.

<sup>361</sup> Ekşi, 126.

<sup>362</sup> Canbolat, 133.

<sup>363</sup> Eren, Borçlar Genel, 1228.

olmadan temerrüde düşer. Yine ödeme gününün belirlenmesi, teminat mektubu sözleşmesinde muhataba bir yetki olarak verilmişse ihtara gerek yoktur. Ödemenin yapılacağı günün belirlenmediği ve sadece ödeme talebini ifade eden bir beyan ise, bankayı temerrüde düşürmez, sadece teminat borcunu muaccel hale getirir<sup>364</sup>. Bankanın temerrüde düşmesi halinde muhataba sözleşmeyle kararlaştırılan teminat bedelinin yanına bankadan temerrüt faizinin de ödenmesi gerekir. Faizin yanı sıra muhatabın ödemenin gecikmesinden dolayı bir zarara uğraması durumunda, bu zarar da banka tarafından karşılanır.

### 3.1.3.2.2. Temin Edilen Tutarın Ödeme Yeri ve Zamanında Ödenmesi

Banka teminat mektubu sözleşmesinde kararlaştırılan şartların gerçekleşmesi ve hukuka uygun ödeme talebiyle beraber kararlaştırılan teminat tutarı banka tarafından muhataba ödenir. Bankanın yaptığı bu ödeme, yerinde ve zamanında yapılan hukuka uygun bir ödemedir<sup>365</sup>.

Teminat mektubu sözleşmelerinden doğan borcun ifasının nerede yapılacağını belirlemek için bu ilişkiden doğan borcun ne tür bir borç olduğunu incelemek gerekir. Teminat mektubu ilişkisinin konusu, mutlaka bir para olmalıdır; bu sebeple bu ilişkiden doğan borç, bir para borcudur. Para borçlarının ifa yeri, TBK m.89 hükmüne göre belirlenir. İlgili hükme göre, para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir. TBK m.89 hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar ifa yerini sözleşmeyle kararlaştırabilirler. Banka teminat mektubu sözleşmelerinde de taraflar ifa yerini mutlaka kararlaştırırlar. Banka garantilerinde ödeme yeri konusunda açık bir hüküm bulunmasa da ödeme talebinin garantiyi veren banka şubesine yapılacağı ve ödemenin de yine aynı yerden yapılacağı konusunda tarafların zımni olarak anlaşmış oldukları kabul edilir<sup>366</sup>. Ancak taraflar arasındaki bu zımni anlaşma da, ödemenin bankanın

<sup>364</sup> Canbolat, 133.

<sup>365</sup> Yener Coşkun, 124.

<sup>366</sup> Kahyaoglu, 68.

herhangi bir şubesinden talep edilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>367</sup>. Yani muhatap ödeme talebini bankanın herhangi bir şubesine yöneltebilmelidir<sup>368</sup>.

Hukuka uygun ödeme talebiyle beraber bankanın borcu muaccel olur. Fakat bazı teminat mektuplarında ödeme talebinde bulunulmasından belli bir süre sonra ödeme yapılması şartı bulunabilir. Şayet teminat mektubu sözleşmesinde bu şekilde bir şart kararlaştırılmışsa bankanın bu duruma da dikkat etmesi gerekir. Keza banka, bu duruma dikkat etmeksizin ödeme yaparsa hem lehtar ile arasındaki sözleşme ilişkisine hem de metne bağlılık ilkesine aykırı hareket etmiş olur<sup>369</sup>.

### 3.1.3.3. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçlar

Banka, müşterisi konumunda olan lehtarın talimatlarına uygun olarak muhatap ile bir banka teminat sözleşmesi akdeder. Bu sözleşme dolayısıyla banka ile lehtar arasında doğan hukuki ilişkiye karşılık ilişkisi adı verilir. Teminat mektubu sözleşmesinde, garanti edilen tutarın ödenmesinin talep edilmesiyle birlikte karşılık ilişkisine dair de birtakım hukuki sonuçlar doğar. Bu hukuki sonuçlar, genel itibariyle bankanın yükümlülüklerinden oluşur. Bu yükümlülükler, teminat mektubu sözleşmesi akdedildikten sonra teminat altına alınan riskin gerçekleşmesiyle beraber muhatapın ödeme talebinde bulunması ile ortaya çıktığından ikincil yükümlülükler şeklinde de ifade edilebilir<sup>370</sup>.

#### 3.1.3.3.1. Bankanın Ödeme Talebinde Bulunduğunu Bildirme Yükümlülüğü

Banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisi, bir güvene dayanır. Banka, her müşterisinin talimatı üzerine onun lehine teminat mektubu sözleşmesi akdetmek zorunda değildir. Banka, muhataba ödediği tutarı lehtar veya kontrgaranttan geri alabileceği inancı üzerine hareket eder. Bu karşılık ilişkisi, hukuki niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin en önemli borçlarından biri de özen

<sup>367</sup> Doğan Vahit, 191-194; Bilgen, 365.

<sup>368</sup> Buna karşılık bazı yazarlar, teminat mektubunu düzenlemeyen şubenin ödeme talebini reddedebileceğini savunmaktadırlar. Ödeme talebinin şubelerden birine yapılamayacağı hakkında bkz. Develioğlu, Murat: “Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri”, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009.

<sup>369</sup> Kahyaoğlu, 135.

<sup>370</sup> Canbolat, 135.

borcudur. Özen borcu, karşılık ilişkisinde, lehtarın lehine hareket etmek ve onu bilgilendirmek hususlarında kendini gösterir. Banka, ödeme talebinde bulunulduğunu gecikmeksizin lehtara bildirmekle yükümlüdür<sup>371</sup>. Dolayısıyla bankanın karşılık ilişkisinden doğan ilk yükümlülüğü, kendisine yapılan ödeme talebi hakkında lehtara bilgi vermektir. Bunun bazı faydaları vardır. İlk olarak banka, ödeme talebinin yapıldığını lehtara bildirerek garanti altına alınan riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini teyit etme imkânına sahip olur. Böylelikle yapılan ödeme talebinin, garantinin amacına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı teyit edilmiş olur. İkinci olarak, lehtarın muhatap ile görüşerek ödemeye engel olması şansı yaratılır. Şöyle ki, lehtarın muhatabın ödeme talebinde bulunduğundan haberdar olmasıyla beraber garantinin süresinin uzatılması veya ödeme talebinin herhangi bir şekilde geri alınması ihtimalleri lehtar tarafından muhataba sunulabilir hale gelir<sup>372</sup>.

Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre<sup>373</sup> bankanın ödeme talebinde bulunulduğunun lehtara bildirmesi yükümlülüğü birçok teminat mektubu sözleşmesi açısından pratik bir önemi haiz değildir. Keza, lehtarın ödeme talebine bir itirazı olsa bile bankanın bildirimine kısa sürede reaksiyon göstererek muhatapla iletişime geçebilecek durumda olması gerekir. Çünkü banka garantilerinde, şartların yerine getirilmesi ile beraber bankanın derhal temin edilen tutarı muhataba ödemesi gerekir. Özellikle “ilk talepte” kaydını içeren banka teminat mektubu sözleşmelerinde bankanın, muhatabın beyanı üzerine ödeme yapması zorunlu olup ödemedi kaçınması kural olarak pek mümkün değildir. Dolayısıyla bu tür teminat mektubu sözleşmelerinde bankanın bildirimde bulunma yükümlülüğü altında olmadığının kabulü gerekir<sup>374</sup>.

Bankanın ödeme talebinde bulunulduğunu lehtara bildirme yükümlülüğü altında olduğu teminat mektubu sözleşmelerinde, banka bu yükümlülüğünü yerine getirmeyip temin edilen tutarı muhataba ödeyebilir. Bu durumda bankanın uğradığı zararlara, karşılık ilişkisinden doğan lehtara rücu veya kontrgaranta başvurusu halinde yükümlülüğün ihlali oranında katlanması gerekir.

<sup>371</sup> Doğan Elif, 89; Aynı yükümlülüğün talep garantilerine ilişkin bir örnek kuralları m.16’da da yer aldığına ilişkin bkz. Ekşi, 124

<sup>372</sup> Aral, 194-195.

<sup>373</sup> Doğan, 149. Pellumbi, 56.

<sup>374</sup> Yener Coşkun, 122.

### 3.1.3.3.2. Bankanın Ödeme Talebini İnceleme Yükümlülüğü

Bankanın muhatap tarafından ödeme talebinde bulunulduğunda karşılık ilişkisinden doğan bir diğer yükümlülüğü, bu ödeme talebini inceleme yükümlülüğüdür<sup>375</sup>. Bankanın bu hususta yapacağı incelemeler, banka teminat mektubu sözleşmelerinin muhatap ile lehtar arasındaki temel ilişkiden bağımsız niteliği haiz olması sebebiyle şekli bir incelemeden ibarettir. Bu şekli inceleme de, ödeme talebinin şekli, süresi ve içeriğine ilişkin konularla sınırlıdır. Banka, ödeme talebinin garantinin amacına aykırı olup olmadığını veya hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulup bulunulmadığını incelemekle yükümlü değildir<sup>376</sup>.

Bu şekli incelemenin kapsamına ilk olarak “metne sıkı sıkıya bağlılık” prensibi uyarınca yapılan inceleme girer. Bu prensibe göre, ödeme talebinin ve buna ilişkin yerine getirilmesi gereken diğer şartların, karşılık ilişkisinde ve garanti sözleşmesinde nasıl belirlenmişse o şekilde yapılması gerekir<sup>377</sup>. Yani ödeme talebinin süreye ve şartlara uygun olarak yapılıp yapılmadığının teminat mektubu metni üzerinden banka tarafından dikkatli ve özenli bir şekilde incelenmesi gerekir.

“İlk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarında banka tarafından yapılan inceleme tam anlamıyla şekli bir incelemeden ibarettir. Keza banka, bu tür teminat mektuplarında, muhatabın beyanlarıyla bağlı olup riskin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda herhangi bir araştırma yapmak zorunda değildir. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında bankanın yapacağı tek inceleme, ödeme talebinde bulunanın bu talebi yapmaya yetkili olup olmadığını incelenmesiyle sınırlıdır. Bunun dışında bankanın esasa ilişkin bir inceleme yapma yetkisi bulunmaz<sup>378</sup>. Bu kaydı içeren bir teminat mektubu sözleşmesinde, ödeme talebine ek olarak bazı belgelerin getirilmesi kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda bankanın, kararlaştırılan bu belgelerin de getirilip getirilmediğini incelemesi gerekir. Ancak burada da getirilmesi kararlaştırılan

<sup>375</sup> Doğan Elif, 91; Kahyaoglu, 62-65; Reisoğlu, 231 Vd;

<sup>376</sup> Palacıoğlu, Tezer: “Banka Teminat Mektupları”, 11. İto/İda Yayınları, İstanbul Kalkınma Ajansı, Yayın No: 2018-10, Temmuz-2018; Canbolat, 138.

<sup>377</sup> Tekinalp, 383. Canbolat, 137.

<sup>378</sup> Tekinalp, 384.

bu belgelerin esas anlamında bir değerlendirilmesi yapılmayıp şeklen varlıkları yeterli kabul edilmelidir<sup>379</sup>.

Bankanın inceleme yetkisi, “ilk talepte” kaydını içermeyen banka teminat mektubu sözleşmelerinde hem şekli hem maddi bir incelemeden oluşur. Bu tür mektuplarda genellikle, teminat altına alınan olayın gerçekleştiğinin ancak bazı belgelerle ispat edilmesi halinde yapılan ödeme talebinin kabul edileceği kararlaştırılır. Bu durumda banka, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren teminatlardan farklı olarak belgeleri hem şekli anlamda inceleyecek hem de belgelerin esasına girer. Bu sayede, teminat altına alınan olayın gerçekleşip gerçekleşmediği banka tarafından incelenir. Bu olayın gerçekleştiği banka tarafından tespit edilir ve sunulan belgelerden bu durum anlaşılırsa banka, talebi kabul ederek ödeme yapar.

Bankanın “metne sıkı sıkıya bağlılık” prensibi uyarınca incelemesi gereken bir diğer husus, ödeme talebinin süresi içinde yapılıp yapılmadığıdır. Bu durum süreli teminat mektuplarında söz konusu olur. Süreli bir banka teminat mektubu sözleşmesinde, teminat bedelinin ödenmesinin talep edilebilmesi için hem garanti konusu olayın belirlenen bu süre içinde gerçekleşmesi hem de ödeme talebinin bu süre içinde yapılması gerekir<sup>380</sup>.

### 3.1.3.3.3. Bankanın Def'i ve İtirazları İleri Sürme Yükümlülüğü

Bankanın ödeme yükümlülüğü teminat mektubu metninde yer alan şartların gerçekleşmesi ve ödeme talebinin de bu şartlara uygunluğu ile doğar<sup>381</sup>. Banka, hukuka uygun olmayan bir ödeme talebini reddetmelidir. Aksi takdirde lehtara rücu hakkı tehlikeye girer<sup>382</sup>.

Lehtarın vekili konumunda olan bankanın muhatabın ödeme talebini aldıktan sonra özen borcundan doğan bazı yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin başında ödeme talebini inceleyerek lehtara bildirmek gelir. Banka, ödeme talebi üzerinde yaptığı incelemeler akabinde bu talebe ilişkin ileri sürmesi gereken def'i ve itirazlar olabilir. İşte

<sup>379</sup> Kahyaoğlu, 64.

<sup>380</sup> Palacıoğlu, 8; Canbolat, 138.

<sup>381</sup> Yener Coşkun, 123.

<sup>382</sup> Aral, 195;

banka yine özen borcunun bir yükümü olarak, bu ödemededen kaçınma için bu def'i ve itirazları ileri sürmelidir. Bankanın ödemededen kaçınma yükümlülüğü, banka ile lehtar arasında kurulan teminat mektubu temin sözleşmesinden kaynaklanan yan bir yükümlülük olan koruma yükümlülüğüne dayanır<sup>383</sup>. Ödemededen kaçınarak def'i ve itirazları ileri süre yükümlülüğü, pratik anlamda en önemli yükümlülüktür. Keza banka, bu def'i ve itirazları ileri sürerek lehtarı korur ve ödeme yapmaktan kaçınır. Özellikle "ilk talepte" kaydını içeren teminat mektuplarında banka, kural olarak muhatabın ödeme talebinde haklı olup olmadığını incelemeyen teminat tutarını muhataba ödemek zorundadır. Fakat bu kaydı içermeyen teminat mektuplarında bankanın ödeme talebine engel olma ihtimali vardır. İşte bu ihtimal, bankanın bazı def'i ve itirazları ileri sürerek ödeme talebine engel olmasıyla gerçekleşir.

Def'i ve itirazları ileri sürme yükümlülüğünün konusu, muhatabın ödeme talebine engel olan ve aynı zamanda lehtarın lehine olan def'i ve itirazlar olmalıdır; tek başına ödeme talebine engel olan def'i ve itirazlar bu kapsamda değerlendirilmeyip iki şartın birlikte aranması gerekir<sup>384</sup>. Bankanın ileri sürebileceği def'i ve itirazların kaynağını da banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesi oluşturur. Banka, ancak bu sözleşmedeki hususlara dayanarak ilgili def'i ve itirazları ileri sürebilir. Buna karşılık, garanti sözleşmelerinin bağımsız sözleşmeler olmaları sebebiyle, temel borç ilişkisine dayanan def'i ve itirazlar, banka tarafından ileri sürülemez. Ancak, garanti konusu olayın gerçekleşmediği veya garanti alanın hakkını kötüye kullanmak suretiyle ödeme talebinde bulunduğu ilişkin edimi garanti edilen tarafından ileri sürülen ve ispatlanan durumları bankanın dikkate alması ve buna göre davranması, karşılık ilişkisinden doğan bir yükümlülüktür<sup>385</sup>. Bu noktada bankanın def'i ve itirazları ileri sürmesi lehdara karşı bir borç özelliği gösterir<sup>386</sup>. Dolayısıyla def'i ve itirazları ileri sürmek banka açısından hem bir borç hem de haktır<sup>387</sup>.

<sup>383</sup> Öztürk, Gülay: "Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak Ve Yükümlülükleri", 27. Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S.5., Ocak-2007, S.20-27.

<sup>384</sup> Canbolat, 139.

<sup>385</sup> Canbolat, 139.

<sup>386</sup> Yener Coşkun, 124.

<sup>387</sup> Develioğlu, 369; Kahyaoğlu, 70.



### 3.1.3. Teminatların Gelir Kaydedilmesi

#### 3.1.3.1. Genel Olarak

4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK, “teminatların gelir kaydedilmesi” kurumunu düzenlemiştir. Teminatların gelir kaydedilmesi için, İdarenin banka teminat mektubu şeklinde verilen bir teminata dayanarak bankaya başvurup ödeme talebinde bulunması gerekir. Dolayısıyla kanunlar, teminatların gelir kaydedildiği durumları belirtirken, aslında teminat mektubu sözleşmesinde hangi olayların risk altına alındığını ve bu risklerin hangi durumlarda gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Bu risklerin gerçekleşmesiyle beraber banka tarafından İdareye ödeme yapılması gerekir. Yani kanun, ihale süreci ve kamu ihale sözleşmesi aşamasındaki risklerin ne zaman gerçekleştiğini ve bunlara dayanarak İdarenin ne zaman ödeme talebinde bulunabileceğini belirtmiştir.

Risk, teminatın alındığı zaman ve amaca göre; kamu ihale sözleşmesi henüz imzalanmadan gerçekleşmiş olabileceği gibi sözleşmenin ifası sırasında da gerçekleşebilir. Bu durumların gerçekleşmesi halinde İdare, teminat mektubu ilişkisine dayanarak bankadan ödeme talebinde bulunmaya hak kazanır. İdare, kamu ihale sürecinde istekli/yükleniciden üç farklı tür teminat mektubu ister. Bunlardan ilki geçici teminat mektubudur. Geçici teminat mektupları, ihaleye katılan isteklilerin ihale üzerine bırakılması halinde sözleşmeyi imzalamama risklerinin garantisi olarak kanunun belirlediği oranda alınır. İdare, ihale üzerine bırakılan isteklinin veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin sözleşmeyi imzalamaması halinde bankadan geçici teminat mektubu bedelinin kendisine ödenmesini ister. İdareye ödenen meblağ, hazineye gelir kaydedilir. Kesin teminat mektupları, kamu ihale sözleşmesinde yüklenilen edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmemesi riskine karşı sözleşme imzalanmadan ihale üzerine bırakılan istekliden alınan teminat mektuplarıdır. Sözleşmeyi imzalayarak artık yüklenici sıfatını kazanan istekli, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tam ve gerektiği gibi yerine getirmediği takdirde kanunun belirlediği çerçevede İdarenin bankaya başvuru hakkı doğar. Aynı şekilde, İdarenin ödeme talebiyle beraber kendisine teminat mektubu tutarı ödenir ve bu tutar, hazineye gelir kaydedilir. Avans teminat mektupları, İdare tarafından yükleniciye işin görülmesi için

gelecekte hakedişlerinden kesinti yapmak üzere ödenen meblağın garantisi olarak verilir. Yüklenicinin İdare tarafından kendisine verilen bu avansı İdareye geri ödememesi yahut hakedişlerden kesinti yapılamaması halinde avans teminat mektubunun ödenmesi istenir. Böylelikle avans teminat mektubunda yer alan meblağ İdareye ödenir ve bu tutar hazineye gelir kaydedilir.

### 3.1.3.2. Geçici Teminatların Gelir Kaydedilmesi

İdare ile ihaleye katılan istekliler arasındaki geçici teminat ilişkisinin olağan sona yola erme yolu, ihale üzerinde bırakılan istekliyle kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ve alınan geçici teminatların isteklilere iade edilmesidir. Geçici teminat ilişkisinin olağanın dışında sona erdiği yol ise geçici teminatların gelir kaydedilmesidir. Kanunun belirlediği bazı hallerde İdare, geçici teminatların garanti altına aldığı riskin gerçekleştiğinden bahisle bankaya ödeme talebinde bulunur. Talep üzerine geçici teminat mektubu tutarı İdareye ödenir ve ödenen bu tutar, Hazineye gelir kaydedilir. Yani kanunda yazılı hallerde İdare, aslında ödeme talebinde bulunma hakkı kazanır. Bu hakkını kullandığı takdirde de kural olarak kendisine bu bedel ödenerek ödenen bedel, gelir kaydedilir.

#### 3.1.3.2.1. Geçici Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar

Geçici teminat mektubunda belirtilen tutarın banka tarafından İdareye ödenip akabinde gelir olarak Hazineye kaydedildiği durumlar 4734 ve 4735 sayılı kanunlarda sınırlı olarak sayılmıştır. İhale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme imzalamaya yanaşmaması hali bu duruma örnektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere; ihale üzerinde bırakılan istekli, İdarenin kamu ihale sözleşmesini imzalamaya yönelik davetine icabet edip sözleşmeyi imzalamakla yükümlüdür. Bundan kaçınması halinde, ihaleye katılırken kendisinden istenen geçici teminat bankadan talep edilerek gelir kaydedilir. İhale üzerine bırakılan isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalamaya yanaşmaması üzerine ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli sözleşmeye davet edilir. Bu istekli de sözleşme imzalamaya yanaşmazsa onun göstermiş olduğu geçici teminat da gelir kaydedilir ve ihale iptal edilir. Aynı zamanda ihaleye katılma şartlarını taşımayan isteklilerin ya da ihale dışı bırakılma nedenlerini taşıyan isteklilerin ihaleye

katılması halinde de bu kimselerin göstermiş oldukları teminatlar gelir kaydedilir. Son olarak, teklif zarfı içerisinde sundukları belgelerde bilgi eksiklikleri olan isteklilerin, bu eksiklikleri İdarece verilen sürede tamamlamamaları halinde de geçici teminatları gelir kaydedilir.

#### 3.1.3.2.1.1. Sözleşmeye Davet Edilen İsteklinin Sözleşme İmzalamaya Yanaşmaması Nedeniyle

“Sözleşmeye Davet” başlığını taşıyan 4734 sayılı KİK m.42 hükmü gereğince, ihale üzerinde bırakılan istekliye, kendisine bu davetin tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. KİK m.44’e göre ihale üzerinde kalan istekli, m.42 ve m.43’e göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır<sup>388</sup>.

İhale üzerinde bırakılan istekli, İdarenin bu davetine icabet eder ve kesin teminatı göstererek kamu ihale sözleşmesini imzalarsa sorun yoktur, vermiş olduğu geçici teminat mektubu iade edilir ve geçici teminat ilişkisi son bulur. Ancak bu isteklinin sözleşme imzalamaması veya imzalarsa bile kesin teminatı getirmemesi halinde, göstermiş olduğu geçici teminat mektubu protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın gelir kaydedilir<sup>389</sup>.

Kanaatimizce kanunda “protesto çekme” ibaresinin kullanılmasına gerek yoktur. Keza protesto, kıymetli evrak hukukuna ilişkin bir kurumdur. Protesto, bir kıymetli evrakın kabul edilmediği veya ödenmediğinin resmi bir belge ile tespit edilmesidir<sup>390</sup>. Banka teminat mektupları ise kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bankadan ödeme talebinde bulunulması için zaten protesto çekmeye gerek yoktur.

KİK m.44 hükmü gereğince, ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması üzerine, teklif fiyatının ihale yetkilisince de uygun görülmesi kaydıyla, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle de aynı esas ve usullere göre sözleşme imzalanabilir. Yine aynı hüküm gereğince, ekonomik açıdan en avantajlı

<sup>388</sup> Can, 87; Sezer/Kalkan/Şahin, 220;

<sup>389</sup> Gözler, 215. Ayrıca, 4734 sayılı Kanun m.58 uyarınca ihale üzerinde kalan istekli hakkında, mücbir sebepler dışında sözleşme yapmaması halinde altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

<sup>390</sup> Pulaşlı, Hasan: “Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları”, 205. Adalet yayınları, 5.Baskı, Ankara-2017.

ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için KİK m.42’de belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde bu istekliye KİK m.42’de belirtilen şekilde tebligat yapılır. KİK m.44/3’e göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda, bu isteklinin de teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

#### 3.1.3.2.1.2. İhale Dışı Bırakılma Nedenlerini Taşıyan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle

4734 sayılı KİK m.10, ihaleye katılan isteklilerin her birinin İdareye sunması gereken belgeleri düzenlemiştir. İhale üzerine bırakılan istekli, bu belgeleri İdareye vermeden sözleşmeyi imzalayamaz. Bazı istekliler ise, yine KİK m.10’da yazan sebeplerle, ihale dışı bırakılır. Bu sebepler, KİK m.10/4’te on bent halinde sayılmış olup şunlardır:

*“a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.*

*b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.*

*c) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.*

*d) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.*

*e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.*

*f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen<sup>391</sup>.*

<sup>391</sup> Bu fıkra kapsamında iş ve meslek ahlakına aykırı davranmanın ölçütü kanaatimizce belirsizdir. Bu ölçütün yasa metninde açık şekilde belirlenmemiş olması İdarenin takdir yetkisinin çok geniş olmasına yol açmış ve ihale dışı bırakılma nedenleri istekliler aleyhine genişletilmiştir. İdari yargı mercileri ve

g) İhale tarihi itibariyle, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.

h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.

i) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.

j) 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen.”

Kanuna göre, bazı durumlara yönelik olarak isteklilerden ihale dışı bırakılma nedenlerini taşımadıklarına ilişkin taahhütname alınır<sup>392</sup>. İhale dışı bırakılmayı gerektiren bu durumlardan hangilerine ilişkin taahhütname sunulacağı, teklif mektubu standart formlarına taahhütname şeklinde dercedilen maddelerle belirlenmiş, belirlenen bu durumlara ilişkin ayrı bir taahhütname oluşturulmasına gerek görülmemiştir<sup>393</sup>.

KİK m.10'da, bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceğinin Kurum tarafından belirleneceği, gerçeğe aykırı taahhütname sunan istekliler ile taahhüt ettiği durumları tevsik eden belgelerini İdareye sunmayan

---

Kamu İhale Kurulu da birçok kararında bu ölçütü kısıtlamaya çalışarak istekliyi ihale dışı bırakma kararlarının keyfiyetinin önüne geçmeye çalışmıştır. (Örneğin bkz. Kamu İhale Kurulunun 16.04.2003 tarih, 2003/UK.Z-31 sayılı kararı, 11.10.2003 tarih, 2003/UK.Z-579 sayılı kararı) Daha sonra Kurum, 11.11.2005 tarihli ve 25990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan bir Tebliğ ile de kapsamı daraltmaya ve keyfilik önüne geçmeye çalışmıştır. Bkz. **Doğanyigit**, Sadettin: "İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, s.77-79. Eylül-2006.

<sup>392</sup> Teklif mektuplarının anılan maddeleri, "İhale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığını ve olmayacağını, anılan maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (d) bentleri hariç, bu hususlara ilişkin olarak durumumuzda değişiklik olması halinde buna ilişkin belgeleri idarenize derhal vereceğimizi; ihalenin üzerimizde kalması halinde ise sözleşme imzalanmadan önce anılan maddenin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine belirtilen durumlarda olmadığınıza ilişkin belgeleri anılan Kanun ve ilgili mevzuat ile ön yeterlik ve ihale dokümanında yer alan düzenlemelere uygun olarak idarenize sunacağımızı taahhüt ediyoruz." şeklindedir. İlgili taahhütname ile İdare, ihaleye katılan isteklilerin tümünün ihale dışı bırakılma nedenlerinden birinin şahıslarında gerçekleşmediğini taahhüt altına alır. Aynı zamanda bu isteklilerin ihalenin üzerlerine bırakılması halinde de ihale dışı bırakılma nedenlerini taşımayacakları ve buna ilişkin belgeleri İdareye verecekleri kararlaştırılmış olur.

(Örnek taahhütname için bkz.

[https://www.kuh.ku.edu.tr/uploads/Files/Maliye%20Onay%C4%B1%20evraklar%20C4%B0halesi%200Hk.%20\(2019/yasakli-olunmadigina-iliskin-taahutname.pdf\)](https://www.kuh.ku.edu.tr/uploads/Files/Maliye%20Onay%C4%B1%20evraklar%20C4%B0halesi%200Hk.%20(2019/yasakli-olunmadigina-iliskin-taahutname.pdf)

<sup>393</sup> **Şahiner**, 182.

ihale üzerinde bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği hüküm altına alınmıştır<sup>394</sup>.

İhale üzerine bırakılan istekli veya diğer istekliler tarafından verilmiş taahhünameye rağmen, isteklilerin somut durumu, taahhüt ettikleri durumla uyuşmuyor olabilir. Bu durumda, istekli, şahsında ihale dışı bırakılma nedenlerinden biri varken buna rağmen, İdareyi yanıltıcı bir beyanla ilgili taahhünameyi imzalamıştır. Burada gerçeğe aykırı bir taahhüdün varlığından söz edilir. Bu durumda İdare, söz konusu isteklinin taahhüt ettiği şartları taşımadığını tespit edebilir. İdarenin bu tespiti, re'sen yaptığı bir araştırma sonucu olabileceği gibi, bir bildirim, ihbar veya şikâyet üzerine de olabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde, ihale üzerine bırakılmış olsa bile artık bu istekliyle kamu ihale sözleşmesinin imzalanması mümkün değildir. Dolayısıyla geçici teminat mektubu ile garanti edilen risk gerçekleşmiş ve bu istekli, kendisinin yol açtığı bir sebeple kamu ihale sözleşmesini akdedemez hale gelmiştir. Bu sebeple gösterilen geçici teminat mektubunun bankadan ödenmesinin talep edilmesi ve akabinde ödenen meblağın Hazineye gelir kaydedilmesi gerekir.

Uygulama yönetmeliklerinin “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi” ve “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması” başlıklı maddeleri ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin 17.6.4. maddesinde de, sunduğu belgeler KİK m.10 kapsamında taahhüt etmiş olduğu durumlara aykırı hususlar içeren ihale üzerine bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir. Burada ihale üzerine bırakılan isteklinin taahhünamede taahhüt ettiği durumları ispat eder nitelikteki belgeleri sözleşmeyi imzalamadan önce İdareye sunmasından farklı olarak ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımına yer verilmemiştir.

<sup>394</sup> İhale üzerine bırakılan istekli, sözleşmeyi imzalamadan önce bu taahhüdünde belirttiği hususları ispat eder nitelikteki belgeleri İdareye sunmak zorundadır. Ancak bu belgelerin ihale üzerine bırakılan istekli tarafından İdareye sunulmaması halinde mevzuatta bazı yaptırımlar öngörülmüştür. KİK m.58 hükmü gereğince, üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri dışında, usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında, altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, m.2 ve m.3 ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Aynı zamanda KİK m.10'un son fıkrasında da, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu isteklinin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği belirtilmiştir. Buna göre, ihale üzerinde bırakılan istekli, teklif mektubuna dercedilmiş ve imzaladığı taahhünamedeki durumunu ispat edecek belgeleri sözleşmeyi imzalamadan önce İdareye sunmaktan kaçınırsa, ihale dışı bırakılır, ihalelere katılmaktan yasaklanır ve göstermiş olduğu geçici teminat mektubu gelir kaydedilir. Şahiner, 182.

Dolayısıyla bu durumda yalnızca ilgili istekli ihale dışı bırakılır ve göstermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir.

#### 3.1.3.2.1.3. İhaleye Katılamayacak Olan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle

4734 sayılı KİK m.11'e göre, aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

*“ a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.*

*b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.*

*c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.*

*d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.*

*e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.*

*f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).*

*g) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler.*

*İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan*

*şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.”*

İhaleye katılma yasağı yaptırımına giren fiillerin kapsamı son derece geniştir. Bunun sebebi kamu ihalelerinde görülen yolsuzlukların fazla olması sebebiyle caydırıcılığın arttırılmak istenmesidir. Yine ihalelere katılma yasağı kararının üçüncü kişilere etkisi de oldukça geniştir. Kanun adeta ihale düzenini bozucu fiil veya davranışta bulunan kişilerle ekonomik ilişki kuran veya kurma ihtimali olan herkesin ihalelere katılmasını yasaklamıştır<sup>395</sup>. İhaleye katılamayacak olan bir isteklinin bu durumu, ihalenin çeşitli aşamalarında anlaşılabilir.

İsteklinin ihaleye katılamayacak biri olduğunun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında anlaşılması halinde, isteklinin ihale dokümanına uygun olarak vermiş olduğu geçici teminat, gelir kaydedilir. Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında bu durumun fark edilememesi halinde KİK m.11/4, bu isteklilerden biri üzerine ihale yapılırsa “teminatlarının” gelir kaydedilerek ihalenin “iptal” edileceğini hüküm altına almıştır. Burada Kanunun kullandığı “teminatlarının” ibaresi yerindedir. Çünkü isteklinin ihaleye katılamayacak olduğunun tespiti, tekliflerde değerlendirildikten sonra ve fakat kesin teminat verilmeden önce yapılabilir. Bu durumda, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. İsteklinin ihaleye katılamayacak olduğunun tespiti, istekli tarafından kesin teminat verildikten sonra yapılır ise de, isteklinin kesin teminatı gelir kaydedilir.

Kanunun kullanmış olduğu “ihale iptal edilir” ibaresi ise kanaatimize göre çok doğru olmamıştır. Keza ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihaleye katılamayacak durumda olduğunun tespit edilmesi halinde ihalenin iptal edilmesi, kamu ihale sistemindeki kamu yararı amacına ve hızlılığa aykırı olacaktır. Aynı zamanda KİK’e göre, ihale üzerine bırakılan isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalamaması halinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle bu sözleşmenin imzalanması mümkündür. Zira KİK m.11 hükmünün ihalenin doğrudan iptalini öngördüğü şeklinde bir yorum, başkaca geçerli tekliflerin bulunduğu ihalelerin dahi salt ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale dışı bırakılması nedeniyle iptal edilmesi anlamına gelir<sup>396</sup>. Dolayısıyla buradaki “ihale iptal edilir” ibaresini, “ihale kararı iptal edilir” şeklinde yorumlamak daha doğrudur.

<sup>395</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, 281.

<sup>396</sup> Şahiner, 192.



Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği'nin söz konusu Kanun hükmünü açıklayan maddesinde de ihalenin tamamının değil, ihaleyi isteklinin üzerine bırakan ihale kararının iptal edileceği belirtilir.

İhaleye katılamayacağı belirtilen isteklilerin ihaleye katılması ve bunun kamu ihale sözleşmesi imzalanana kadar fark edilmemesi de mümkündür. Kamu ihale sözleşmesinin normalde ihaleye katılamayacağı belirtilen bir istekliyle imzalanması halinde bu durum daha sonradan anlaşılabilir. Bu durumda Kamu İhale Genel Tebliğinin 28.1.8.1. maddesi gereğince sözleşme, 4735 sayılı KİSK m.21 hükmüne uygun olarak feshedilir ve hesap genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir.

KİK m.11/1'in (a) bendine göre, geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, ihaleye katılamaz<sup>397</sup>. 4734 sayılı Kanun, kamu ihalelerinden yasaklamının tanımını yapmamıştır. Kamu ihalelerinde ihale sürecinin hukuka uygun şekilde yürütülmesini ve sözleşmenin imzalanmasını sağlamak amacıyla kanunca belirlenmiş olan belirli fiil ve davranışta buldukları tespit edilenlere yönelik getirilmiş bulunan süreli ve konusu kamu ihalelerine girmemek şeklinde olan bir yaptırım olarak tanımlanabilir<sup>398</sup>. KİK m.58'e göre, İdare tarafından tesis edilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, idari bir yaptırım kararı olup idarece uygulanır<sup>399</sup>.

KİK m.59'a göre ise m.17'de belirtilen bazı yasaklama sebepleri aynı zamanda TCK kapsamında suç teşkil eder. Bu tür durumlarda ihaleden yasaklama kararı geçici olarak verilse de kalıcı olarak yasaklama kararı, ancak mahkeme kararı akabinde olur. KİK m.59 hükmüne göre ihaleye katılmaktan yasaklanan istekliler hakkında, İdarenin yapacağı bildirim üzerine ve Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianameye göre

<sup>397</sup> **İspir**, Begüm: "Kamu İhalelerine Katılma Yasağı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2009; **Doğanyığıt**, Sadettin: "Haklarında Kamu Davası Açılanların İhale Yasağı", (Kamu Davası) Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:4, S.118-121. Aralık-2006; **Zor**, Ömer Tuğrul: "Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları", (Ceza) Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:90, S.77-85. Şubat-2014; **Yüksek**, Cemal: "Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:106, s.33-39. Haziran-2015.

<sup>398</sup> **Can**, 101. Benzer bir tanım **Zor**, Ömer Tuğrul: "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi", (Yasak) 3. Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara-2006: "Kamu ihalelerinden yasaklama, rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeler merkezli kamu alım sistemini bozmaya yönelik birtakım ihlallerde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin geçici veya sürekli olarak ihalelere katılmaktan men edilmesidir."

<sup>399</sup> **Doğanyığıt**, Kamu Davası, 118. Ayrıca bkz. D. 13.D E:2011/4274, K.2012/4033. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). E.T. 10.02.2020)

kamu davası açılır. Haklarında kamu davası açılmakla birlikte henüz ihale yasağı getirilmemiş ve suçlu olup olmadıkları da mahkeme sonuçlanmadığından henüz bilinmeyen bu kişilerin kamu ihalelerine iştiraki mümkün değildir<sup>400</sup>.

Açılan kamu davası sürmesine rağmen yine de ihaleye katılan isteklilerin haklarındaki yargı kararı kesinleşene kadar geçici teminatlarının gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği üstünde durulması gereken bir konudur. Önceleri, bu kimseler, haklarındaki kamu davasının tebliğinden kararın kesinleşmesine kadarki süreçte ihaleye katılmaktan geçici olarak yasaklı kimseler arasında sayılıp geçici teminatları gelir kaydediliyordu<sup>401</sup>. Bu görüş, hakkaniyete uymamakla beraber masumiyet karinesini<sup>402</sup> de ihlal eder bir durumdur. Çünkü yargılama sonucunda kişinin beraat etmesi de mümkün olduğundan İdare, haklarında kamu davası açılan bu isteklileri mağdur konuma düşürüyordu. Sonrasında, bu konuya ilişkin isabetli iki Düzenleyici Kurul Kararında<sup>403</sup>, hakkında kamu davası açılanlardan ilk derece mahkemesinde yargılaması devam edenlerin ihaleye katıldığıının, sözleşme imzalanmadan önce tespit edilmesi halinde; ihale dışı bırakılmaları, ancak geçici teminatları iade edilerek haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanmamasına karar verildi. Görüldüğü üzere, kanaatimizce isabetli bir şekilde, anılan düzenleyici kurul kararlarıyla artık isteklilerin ihalelerden yasaklanmalarından ziyade ihale dışı bırakılması ve göstermiş oldukları teminatların kendilerine iadesine karar verilmiştir.

#### 3.1.3.2.1.4. Sunulan Belgelerde Yer Alan Bilgi Eksikliklerinin Tamamlanmaması Nedeniyle

4734 sayılı KİK m.37 hükmüne göre: “... *teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir.*”

<sup>400</sup> **Doğanyigit**, Kamu Davası, 120. Bu durumun sebebi (KİK m.59/2’de yer alan “...ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve ...” ibaresidir.

<sup>401</sup> Düzenleyici Kurulun 2010/DK.D-64 sayılı kararı.

<sup>402</sup> İdare tarafından verilen yasaklılık kararlarında ceza hukukuna hakim olan bazı ilkelerinin mutlaka gözetilmesi gerektiğine ilişkin **Zor**, Ceza, 79-85.

<sup>403</sup> 2013/DK.D-7 ve 2014/DK.D-21.

Uygulamada özellikle teklif mektuplarında yer alan bazı unsurların eksikliği halinde İdare tarafından bu eksiklerin tamamlanması istenebilir. Ancak bu eksikliklerin teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması gerekir<sup>404</sup>. Kamu İhale Kurulu da birçok kararında bu durumlara örnek vermiş, herhangi bir eksiklik halinde bunların düzeltilmesi veya tamamlanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir<sup>405</sup>. Bu eksik bilgilerin tamamlanması için istekliye İdarece belirli bir süre verilir. Verilen sürenin sonunda, eksik bilgiler isteklilerce tamamlanmazsa, bu istekliler ihale dışı bırakılarak göstermiş oldukları geçici teminatlar gelir kaydedilir.

Gerek Kanunun gerekse uygulama yönetmeliklerinin bu düzenlemeleri, teklif zarfı (teklif dosyası) içerisinde sunulan her bir belge bakımından geçerlidir<sup>406</sup>. Kamu İhale Genel Tebliği m.16.6 hükmünden ise geçici teminata ilişkin belgelerin kanunen taşınması zorunlu unsurlarındaki bilgi eksikliklerinin doğrudan teklifin esasını değiştirecek nitelikte kabul edildiği ve dolayısıyla tamamlanmaya konu edilemeyeceği anlaşılır. Fakat m.16.6’da başka kurum, kuruluş ya da kişilerce tanzim edilen belgelere ilişkin, özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, belgenin taşınması zorunlu asli unsurlar dışında, belgenin içeriğine ilişkin tereddüt yaratacak nitelikte olan ve belgeyi düzenleyen kurum, kuruluş ya da kişilerden kaynaklanan bilgi eksiklikleri tamamlanmalıdır. Dolayısıyla bunların İdarelerce tamamlanması yoluna gidilmesi, bu tamamlama talebine uyulmaması halinde geçici teminat, gelir kaydedilir<sup>407</sup>.

Kanaatimizce, İdare nazarında tereddüt yaratacak nitelikte olmayan ve teklifin esasını değiştirmeyecek derecedeki küçük eksikliklerin neler olduğu teklif zarfında yer alan başka belgelerden tespit edilebiliyorsa, bu eksikliklerin tamamlanması için süre verilmesine ve bu süre içinde eksiklikler tamamlanmazsa geçici teminatın gelir kaydedilmesine karar verilmesi doğru değildir. Keza bu tür eksiklikler, teklifin esasını

<sup>404</sup> Teklif Mektuplarının şekli ve maddi olarak içermesi gereken zorunlu unsurları hakkında Bkz.: **Ertanhan**, Mesut: “Kamu İhale Kanununa Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerde Bilgi Eksikliği”, (Eksiklik) 60 vd. Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:4.

<sup>405</sup> Örnek olarak teklif mektuplarında yer alan ihale kayıt numarası, teklifin esasını değiştirmeyen ve tamamlanması gereken bir eksiklik olarak değerlendirilebilmiştir. Kurul, 04.05.2004 tarih, 25452 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan bir kararında “...ihale kayıt numarasının olmaması mektubun teklif mektubu olma vasfını ortadan kaldırmayan, ihale mevzuatı açısından teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikteki bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir...” şeklinde karar vermiştir. (KİK 2004/UK.Z-382.) Yine, tarih bilgisi (KİK 2004/UK.Z-138, RG:12.03.2004-25400), teklif sahibinin uyuşu (KİK 2003/UK.Z-514, RG:06.11.2003, 25281) gibi durumlar tamamlanması mümkün olan bilgi eksiklikleridir.

<sup>406</sup> **Şahiner**, 201.

<sup>407</sup> **Sezer/Kalkan/Şahin**, 216.

değiştirecek nitelikte olmadığı gibi teklif zarfında yer alan diğer belgelerden de ne oldukları anlaşılabilir eksikliklerdir. Bu noktada ortada bir eksiklik olduğunu kabul etmek, hayatın olağan akışına aykırı olacağı gibi İdarenin ihtiyacını en hızlı ve uygun şekilde gidermesi gerektiğine yönelik ilkeye de ters düşer.

#### 3.1.3.2.2. Geçici Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul

Kanunun getirdiği mecburiyet uyarınca ihaleye katılan isteklinin talimatı üzerine, banka ile İdare arasında geçici teminat mektubu sözleşmesi kurulur. Bu sözleşmede banka tarafından garanti edilen risk, ihaleye katılan isteklinin, kamu ihale sözleşmesini imzalamaması veya kendi kusurundan kaynaklanan bir sebeple imzalayacak nitelikte olamaması halidir. Bu durumların gerçekleşmesi halinde, geçici teminat mektubunda garanti altına alınan risk gerçekleştiğinden bankanın, teminat tutarını İdareye ödemesi gerekir. Bankanın bu ödemeyi yapabilmesi için İdarenin, öncelikle hukuka uygun bir şekilde bankadan bir ödeme talebinde bulunması zorunludur.

Banka teminat mektuplarında ödeme talebi, kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak taraflar tanzim ettikleri teminat mektubu sözleşmesinde ödeme talebinin yazılı olacağını kararlaştırabilirler. Uygulamada da İdarelere hitaben verilen tüm teminat mektuplarının ödenmesi talebinin yazılı olarak yapılacağı kararlaştırılır. Dolayısıyla İdare, yukarıda belirtilen şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde risk gerçekleşmiş sayılacağından geçici teminat mektubunun ödenmesi talebinde bulunur. İdarenin bu ödeme talebi, yazılı olmalıdır. Ayrıca mektup metninde, teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmamasına rağmen ödeme talebinin kabulü için (rücu ve kontrgaranta başvuru ilişkisindeki ispat sorunlarıyla karşılaşmamak amacıyla) İdare tarafından teminat mektubu metninin de bankaya teslimi, ödeme için bir şart olarak belirtilmektedir. Mektup metninin bankaya iadesi yapılmadan, İdarelere ilgili bedel ödenmemektedir. Kanaatimizce teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bu şart gerekli değildir. Ancak Kamu İhale Kurumu tarafından İdarelere hitaben verilecek teminat mektuplarının şekli belirlenirken bu ibare, bankaları koruma amacıyla konulmuştur.

Banka, teminat mektubu sözleşmesinde soyut bir borç tanınması altına girmez; İdare ile istekli arasındaki ilişkiden doğabilecek riskler sebebiyle İdarenin uğrayabileceği zararın giderimini üstlenir. Dolayısıyla İdare, bankaya ödeme talebinde bulunurken muhtemel riskin gerçekleştiğini de belirtmelidir. Her ne kadar “ilk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarında bankanın riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olarak araştırma yetki ve yükümü yoksa da, ödeme talebinde bulunanın her halükarda bu riskin gerçekleştiğini belirtmesi gereklidir. Bu nedenle tazmin talebine ilişkin idari yazılarda “teminat mektubunu tazmin ediniz.” şeklinde genel beyanlara yer verilmesi yeterli değildir<sup>408</sup>.

### 3.1.3.3. Kesin Teminat Mektuplarının Gelir Kaydedilmesi

#### 3.1.3.3.1. Kesin Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar

Kesin teminat, ihale üzerinde bırakılan istekliden, kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan istenen bir teminat türüdür. İstekli, kesin teminat mektubunu göstererek İdarenin kamu ihale sözleşmesini akdetme çağrısına uymak zorundadır. Aksi takdirde sözleşmenin tarafı olma hakkını kaybedeceği gibi, göstermiş olduğu geçici teminat da İdarenin ödeme talebine konu olur. Kesin teminatın garanti altına aldığı risk ise, isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalayıp yüklenici sıfatını almasıyla üstlendiği edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesidir. Kesin teminat mektubunun İdareye gösterilmesiyle beraber kamu ihale sözleşmesi akdedilir ve yüklenici, yüklendiği edimin ifasına başlar.

Bazı durumlarda, kesin teminat mektubu ile garanti altına alınan risk gerçekleştiğinden İdarenin bankaya başvurarak zararının giderilmesini isteme hakkı doğar. 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK, bu durumları sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlemiştir. Yani mevzuatın gösterdiği durumlar gerçekleştiğinde, yüklenicinin, yüklendiği edimi tam veya gereği gibi yerine getiremediği yahut yüklenicinin şahsının bu edimi yerine getirebilecek kişilerden olmadığı anlaşılmış olur. Bunun üzerine İdare, kamu ihale sözleşmesini fesheder. Bu feshin bir sonucu olarak da İdare, yüklenicinin lehine banka tarafından kendisine verilmiş olan kesin teminat mektubunun ödenmesini isteyerek zararının bir kısmını tazmin eder ve bu tutar, Hazineye gelir kaydedilir.

<sup>408</sup> Şahiner, 207.

Kesin teminatların gelir kaydedileceği durumlar, kamu ihale sözleşmesinin İdare tarafından feshedilebileceği durumlarla örtüşür. Bunun en bariz örneği, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi, yani yüklenicinin temerrüdüdür. Bunun yanında yüklenicinin mali acz içinde bulunması veya yüklenicinin ihale yahut sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması da kesin teminatın İdare tarafından ödenmesi talebine konu olabilecek durumlardır. Aynı zamanda yüklenicinin sözleşmeyi usulsüz olarak devretmesi ya da gerçek kişi yüklenici veya ortak girişim yüklenicinin ortaklarından birinin iflası, ağır hastalığı veya tutukluluğu da yine bankaya başvuru imkânı sağlar.

#### 3.1.3.3.1.1. Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getirmemesi (Yüklenicinin Temerrüdü) Nedeniyle

Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder<sup>409</sup>. Temerrüt, borcun tam veya gereği gibi ifa edilmemesi, borca aykırı davranılmasıdır.

4735 sayılı KİSK m.20/1'in (a) fıkrası gereğince İdare, yüklenicinin kamu ihale sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi durumuna dayanarak sözleşmeyi feshedebilir<sup>410</sup>. İdare, fesih hakkını kullanmadan önce yükleniciye ifa yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesi için yükleniciye on günlük bir süre vermek zorundadır. Yüklenici, bu on günlük süre içerisinde de yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmiyorsa İdare, yüklenicinin temerrüdüne dayanarak kamu ihale sözleşmesini feshedebilir. Bu fesihle beraber KİSK m.20/2 gereğince kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir. Yani İdare, muhatabı olduğu kesin teminat mektubuna dayanarak bankadan ödeme talebinde bulunabilir.

Yüklenici, kamu ihale sözleşmesiyle beraber yüklendiği edimi yerine getirmese İdarenin yüklenicinin temerrüdü sebebine dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı doğar. Yüklenicinin bu davranışında iki tip edim yükümüne aykırılık söz konusu olup söz

<sup>409</sup> Kılıçoğlu, 874; Eren, Borçlar Genel, 1222.

<sup>410</sup> Zorba, Meltem: "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi", Kamu İhale Dünyası Dergisi, Sayı:8, Ekim-Aralık/2017. Yazıcı, 53; Memmedzade, 360; Bilir, 111.

konusu aykırı davranış, hem ifa etmemeyi (yanlış ifa ve kötü ifa dâhil) hem de süresinde ifa etmemeyi kapsar<sup>411</sup>. Günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin ifasına engel teşkil etmiyorsa, feshin gerekçesi olamaz. Ancak dürüstlük kuralları gereğince, günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin ifasına engel teşkil eder niteliğe gelmiş ise artık günlük ceza kesmek yerine sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi daha uygun bir davranış olur<sup>412</sup>. Öte yandan yüklenicinin iş programına uymaması veya işe hiç başlamaması kötü ifa ve yanlış ifa da sözleşmenin feshi için geçerli sebeplerdir<sup>413</sup>.

İhale dokümanını oluşturan teknik şartname ile varsa genel ve özel şartnameler kamu ihale sözleşmesinin bir parçası olarak karşılıklı edimlerin yerine getirilmesinde tarafların yükümlülüklerini belirler<sup>414</sup>. Yüklenici, bu şartnameler doğrultusunda akdettiği sözleşmeyi tam ve gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğüne uymadığı takdirde yüklenicinin borca aykırı davrandığından söz edilir. Borçlunun borcuna aykırı davranması sonucunda alacaklı, kural olarak borçluyu temerrüde düşürür. TBK m.117/1’ye göre alacaklı, bunu ihtarıyla yapar. TBK m.117/1 hükmüne paralel bir şekilde KİSK m.20’ye göre de, alacaklı konumunda olan İdarenin, yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için ihtarda bulunması gerekir. KİSK’in TBK sisteminden ayrıldığı nokta, belirli vadeli borçlar bakımındandır. KİSK m.20 lafzından, ortada belirli vadeli bir borç olsa bile, yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için ihtarın gerektiği anlaşılır. Bu ihtar, herhangi bir şekilde bağlı olmamakla birlikte gerekçeli olmalı ve ispat hukuku açısından noter vasıtasıyla yapılmalıdır. İdare tarafından çekilen bu ihtar ile yükleniciye on günlük bir süre verilir. Bu on günlük süre, yüklenicinin edimini ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi için verilir. Sürenin İdarenin takdirine göre on günden fazla olması da mümkündür. Keza KİSK m.20, “en az on gün” ibaresiyle yükleniciye verilen mehilin arttırılabileceğini belirtmiştir.

Yüklenicinin İdare tarafından verilen bu süre sonunda da yüklendiği edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi halinde temerrüdü söz konusu olur. Yüklenicinin temerrüde

<sup>411</sup> **Bilir**, 111.

<sup>412</sup> **Demirboğa**, 131.

<sup>413</sup> **Uslu**, Yusuf: “Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları”, 45. Kamu İhale Kurumu (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara-2006.); Bu durumda hem KİSK m.20/a, hem de TBK hükümleri uygulama alanı bulur. (**Bilir**, 112); Ayrıca bkz. **Gök**, Yaşar: “Yapı İşleri Ve Hakediş Uygulaması,” Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Ankara-2002; **Memmedzade**, 362; **Zorba**, 3.

<sup>414</sup> **Sezer/Kalkan/Şahin**, 31; **Demirboğa**, 131.

düşmesi halinde İdare, kamu ihale sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. KİSK m.22 uyarınca, KİSK m.20’de belirtilen ihtar süresinin bitimi itibariyle, yüklenici temerrüde düşmüş sayılır. Bu tarihi izleyen yedi gün içerisinde İdare tarafından fesih kararı alınır ve bu karar beş gün içerisinde yükleniciye bildirilir. Fesih hakkının kullanılmasıyla beraber, Kanunun emredici hükmü gereği, İdare, garanti altına alınan riskin gerçekleştiğinden bahisle bankaya ödeme talebinde bulunarak kesin teminat mektubu ile garanti altına alınmış meblağın kendine ödenmesini isteyebilir. Ödenen meblağ Hazineye gelir kaydedilir ve hesap, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

### 3.1.3.3.1.2. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Nedeniyle

“Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” başlığını taşıyan KİSK m.19: *“Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”* hükmünü ihtiva eder.

Madde başlığı ile madde lafzı karşılaştırıldığında, kanaatimizce kanun koyucu, madde başlığının seçiminde yanıltıcı davranmıştır. Keza maddenin lafzında yüklenicinin yalnızca mali acz içinde olduğunu İdareye bildirmesi söz konusu olup yüklenici tarafından bir fesih yapılmamaktadır. Anılan maddede, yükleniciye kendi mali durumunu ve bunun sözleşmenin ifa edilmesindeki engel teşkil eden yönünü bildirmekten başka bir yetki tanınmamıştır<sup>415</sup>. Fesih, yüklenicinin bildiriyle beraber İdare tarafından yapılır. Dolayısıyla bu hüküm, yükleniciye haklı sebeplerle bir sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermeyip yüklenicinin mali acz durumunda bulunmasından dolayı İdarece sözleşmenin sona erdirilmesini düzenler<sup>416</sup>.

Yüklenicinin mali acz içinde bulunması, ödeme güçlüğünden çok, gelecekte de meydana gelebilecek yükümlülüklerinin ifası konusunda ödeme yeteneğinin geniş bir

<sup>415</sup> Bilir, 149-150; Memmedzade, 362; Zorba, 5.

<sup>416</sup> Kaplan, İbrahim: “İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri”, 308. Yetkin Yayınları, Ankara-2013.



oranda kaybedilmesi, borçlunun ödemelerini yapamaz halde olması anlamına gelir<sup>417</sup>. Yüklenicinin çeklerini zamanında ödememesi ya da senetlerinin protesto edilmesi, mali acz için yeterli değildir<sup>418</sup>. Ancak borçların ödenmemesinden dolayı yüklenici aleyhine yapılan icra takibi sonucunda yükleniciye borç ödemediği belgesi verilmesi mali acz durumunda olduğunu gösterir niteliktedir. Yüklenici, mali acz içerisinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini İdareye gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmelidir<sup>419</sup>. KİSK m.22 gereğince yapılan bu fesih talebinin İdareye ulaştığı tarih itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Yine aynı madde uyarınca İdare tarafından fesih kararı alınır ve yükleniciye bildirilir.

Yüklenicinin mali acz içinde olması sebebine dayanarak İdarenin kamu ihale sözleşmesini feshedebilmesi için mali acze sebep olan durumun bir mücbir sebep olmaması gerekir<sup>420</sup>. Yüklenicinin mali aczine bir mücbir sebep yol açmışsa, mali acz ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi arasındaki illiyet bağı kopar. Dolayısıyla İdare, aradaki illiyet bağı koptuğundan mali acz sebebine dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Bu durumda, gerekirse yükleniciye süre uzatımı verilerek sözleşmeden doğan edimi ifa imkânı verilir ya da sözleşme feshedilse bile verilen kesin teminat mektubu iade edilir<sup>421</sup>.

Kanundaki şartlara uygun bir şekilde yüklenici tarafından mali aczin İdareye bildirilmesi sonucunda, kamu ihale sözleşmesi feshedilir ve bankadan kesin teminat mektuplarının ödenmesi talep edilerek ödenen meblağ Hazineye gelir kaydedilir.

### 3.1.3.3.1.3. Yüklenicinin İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle

Yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunması, kamu ihale sözleşmesinin feshi sebeplerinden biridir. Burada yüklenicinin yasak fiil ve davranışları, kamu ihale sözleşmesi imzalanıp bu sözleşmeden doğan edimin ifası sürecinde fark

<sup>417</sup> Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema: “İcra Ve İflas Hukuku”, 465. Yetkin Yayınları, Ankara-2016.

<sup>418</sup> Demirboğa, 128.

<sup>419</sup> Şahiner, 212.

<sup>420</sup> Memmedzade, 362.

<sup>421</sup> Demirboğa, 129.

edilir. Bu durumda da kural olarak kamu ihale sözleşmesinin feshi gerekir<sup>422</sup>. Keza bu sözleşmenin temeli sarsılmış olup bu sözleşmeye devamda kamu yararı bulunmaz<sup>423</sup>. 4735 sayılı KİSK m.21'e göre de ihale sürecinde KİK'e göre yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilen yüklenicinin kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesap, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

İhale aşamasındaki yasak fiil ve davranışlar KİK m.17'de sayılmıştır. Bu fiil ve davranışlar şunlardır:

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

*b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*

*c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*

*d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.*

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

Yüklenici tarafından ihale sürecinde yukarıdaki fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit ile birlikte İdare, kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bunun akabinde kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebinde bulunur.

<sup>422</sup> **Gönen**, Dinçer / **Işık**, Hikmet: “Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Ve İlgili Mevzuat”, Birinci Bası-2003; **Karaca**, Mehmet Emin.: “Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi”, Ankara-2009. **Özek**, Ali / **Kaya**, Osman: “Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması”, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş II.Bası. Ankara-2003. **Sayın**, İsmail Hakkı: “Açıklamalı Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” **Zorba**, 3; **Kale**, Harun: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Feshin Sonuçları” ([https://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_1250.htm](https://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1250.htm))

<sup>423</sup> **Demirboğa**, 135

Kamu ihale sözleşmeleri her ne kadar birer özel hukuk sözleşmesi olsa da bir kamu yararını ihtiva eder. Dolayısıyla kanun koyucu, kamu yararını korumak adına, bu tür fiil ve davranışlar yapılmış olsa bile, İdareye sözleşmeyi devam ettirme hakkı tanımıştır. Bu hak, kamu ihale sözleşmesiyle üstlenilen taahhüdün ne kadarının bittiğine bakılarak kullanılabilir. KİSK m.21, %80'lik bir oran belirlemiştir. Taahhüt edilen işin %80'inin belirlenmesinde ilk sözleşme bedeli dikkate alınır<sup>424</sup>. Buna göre, kamu ihale sözleşmesiyle üstlenilen taahhüdün %80'i ifa edilmemişse kamu ihale sözleşmesinin İdarece feshi zorunludur.

İdarenin kanunun belirlediği şartlara göre bazı durumlarda sözleşmeyi devam ettirme hakkı da vardır. KİSK m.21'e göre taahhüdün %80'inin tamamlanması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; ivediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının ekonomik veya hukuken mümkün olmaması veya yasak fiil ve davranışın taahhüdün tamamlanmasını engelleyecek nitelikte olmaması halinde İdare, sözleşmeyi feshetmeyebilir. Bu konuda İdarenin takdir hakkı vardır. Takdir hakkının işin devamı yönünde kullanılması halinde yüklenici, taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Bu şekilde İdarenin takdir yetkisinin sonucu olarak taahhüdüne devam eden yüklenicinin sözleşmesi feshedilmez ve teminatları gelir kaydedilmez<sup>425</sup>.

#### 3.1.3.3.1.4. Yüklenicinin Sözleşmenin Yürütülmesi Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle

4735 sayılı KİSK m.25'te yer alan fiillerin sözleşmenin yürütülmesi aşamasında işlenmesi halinde herhangi bir ihtar veya mehile gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir<sup>426</sup>. İlgili madde hükmünde yer alan yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

<sup>424</sup> Demirboğa, 136.

<sup>425</sup> Şahiner, 217.

<sup>426</sup> BUZ'a göre, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bir sakatlık söz konusu olduğundan fesih veya dönme değil, iptal söz konusudur. **Buz**, 297 vd.; Aynı Görüşte **Bilir**, 227 vd.

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

*b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*

*c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.*

*d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.*

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

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

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

Yukarıdaki durumların sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmenin yürütülmesinden kasıt, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından, yapım işlerinde kesin kabule, mal alımı sözleşmelerinde garanti süresi varsa garanti süresi sonuna, yoksa malın kabulüne kadar geçen süreyi kapsar<sup>427</sup>. Sözleşmenin yürütüldüğü sırada bu yasak fiil ve davranışların gerçekleştiğinin İdarece tespiti halinde, sözleşme, herhangi bir ihtar veya mehile gerek kalmaksızın İdarece feshedilir<sup>428</sup>.

Fesihle birlikte, KİSK m.20 uyarınca yüklenicinin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatının gelir kaydedilebilmesi mümkün hale gelir. Bu durumda İdare, riskin gerçekleştiğinden bahisle verilen kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebiyle bankaya başvurur ve ödenen meblağ, Hazineye gelir kaydedilir.

<sup>427</sup> Demirboğa, 134.

<sup>428</sup> Bilir, 144; Memmedzade, 363; Yazıcı, 54.

### 3.1.3.3.1.5. Yüklenicinin Sözleşmeyi Usulsüz Olarak Devretmesi Halinde

4735 sayılı KİSK m.16'ya göre de kamu ihale sözleşmelerinin devri mümkündür. Sözleşmenin devriyle beraber yüklenici, kamu ihale sözleşmesini bir başkasına devreder. Bu yeni yüklenici, İdare ile kamu ihale sözleşmesi ilişkisi içine girer. Sözleşmenin devriyle beraber eski yüklenici, artık kamu ihale sözleşmesinden doğan herhangi bir hak ve borç süjesi olmaz. Ancak Kanun, sözleşmenin devrini belli bazı şartlara bağlamıştır. Buna göre, sözleşme ancak zorunlu hallerde ve ihale yetkilisinin yazılı izniyle başkasına devredilebilir. Aynı zamanda isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içerisinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez ya da devralınamaz.

Kanun koyucu, kamu ihale sözleşmesini devrinin şartlarını belli bazı durumlar dâhilinde zorlaştırmıştır. Kamu ihale sözleşmesinin devri için öncelikle zorunlu bir halin bulunması gerekir, tarafların serbest iradesi ile sözleşmenin devri mümkün değildir. Zorunluluktan anlaşılması gereken, kamu ihale sözleşmesinin ifası için belli bazı somut engellerin ortaya çıkmasıdır<sup>429</sup>. Yani yükleniciden veya sözleşmenin konusundan kaynaklanan ve sözleşmenin ifasını engelleyen olguların ortaya çıkması halinde zorunluluğun doğduğundan bahsedilebilir<sup>430</sup>. Zorunluluğun her bir kamu ihale sözleşmesi bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

Kanunun aradığı bir diğer şart, ihale yetkilisinin bu devre izin vermesidir. İhale yetkilisi KİK m.4'te tanımlandığı şekliyle, İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade eder. İzinden maksat, devir sözleşmesinin geçerli olması için verilen bir izin olup iznin devir sözleşmesinden önce alınması gerekir<sup>431</sup>. Öte yandan, sözleşmeyi devralan yüklenicinin devreden ile aynı şartları haiz olması gerekir. Bunun değerlendirilmesi ihale dokümanında yer alan yeterlik kriterleri dikkate alınarak yapılır. KİSK'in yanı sıra kamu ihale sözleşmelerinin devriyle ilgili olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nde de bir düzenleme yer alır. KİGT m.27'ye göre, bir kamu ihale sözleşmesini

<sup>429</sup> **Doğanyığıt**, Sadettin: “Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, 1450. Seçkin Yayınevi, Ankara-2016.

<sup>430</sup> **Bilir**, 155.

<sup>431</sup> **Demirboğa**, 118.

devreden yüklenici, devir tarihinden itibaren üç yıl içinde başka bir kamu ihale sözleşmesini devredemez veya devralamaz. Bu yasak, kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici açısından öngörülmüş bir yasak olup bir kamu ihale sözleşmesini devralan bir yüklenici bir başka sözleşmeyi devredebilir<sup>432</sup>. Gerçekten de KİSK m.16/1'in üçüncü cümlesinde yer alan "aynı yüklenici tarafından" ibaresi, yasağın devreden yüklenici açısından olduğunu ortaya koyar<sup>433</sup>.

Sözleşmenin öngörülen şartlara aykırı olarak devri durumunda, usulsüz devirden bahsedilir<sup>434</sup>. Kamu ihale sözleşmesinin usulsüz devri halinde hem sözleşmeyi devreden hem de sözleşmeyi devralan açısından bazı yaptırımlar öngörülmüştür. KİSK m.16'ya göre sözleşme feshedilerek bu kişiler hakkında KİSK m.20, m.22 ve m.26'da yer alan yaptırımlar uygulanır. Ayrıca, sözleşmenin KİSK m.16 hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devralınması, KİSK m.25'te de yasak fiil ve davranışlar arasında sayıldığından, sözleşmenin usulsüz devri halinde KİSK m.20 çerçevesinde de yine aynı yaptırımların uygulanması gerekir<sup>435</sup>. İlgili maddelere bakıldığında, sözleşmenin sona erdirilmesiyle beraber devreden yüklenicinin kesin ve ek teminatlarının güncellenerek gelir kaydedilmesi ve her iki tarafın da kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklanması söz konusudur<sup>436</sup>.

### 3.1.3.3.1.6. Gerçek Kişi Yüklenicinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu ya da Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti Nedeniyle

KİSK m.17, yüklenicinin iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti halinde kamu ihale sözleşmesinin akıbetinin ne olacağını

<sup>432</sup> Kaplan, 380.

<sup>433</sup> Demirboğa, 119.

<sup>434</sup> Zorba, 4; Memmedzade, 360; Yazıcı, 40; Bilir, 158.

<sup>435</sup> Şahiner, 225.

<sup>436</sup> Sözleşmeyi devir yasağı uygulamasının temini ve kontrolü için Kamu İhale Kurumu tarafından elektronik ortamda Sözleşme Devri Teyit Ve Bildirim Sistemi geliştirilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliğinin m. 27.10'a göre; "...İdarelerin sözleşmenin devrine ilişkin işlemi onaylamadan önce, sözleşmeyi devreden ve devralan son üç yıllık süre içerisinde başka bir sözleşmeyi devredip devretmediğini veya devralıp devralmadığını Kurumumuz internet sayfasında bulunan Kamu Satınalma Platformu Sonuç İşlemleri modülünde yer alan Sözleşme Devir İşlemleri seçeneğini kullanarak elektronik ortamda teyit ettirmeleri gerekmektedir. Teyit işleminden sonra, Sözleşme Devri Teyit Belgesinin çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 4735 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinde öngörülen fesih ve müeyyide hükümlerinin uygulaması söz konusu olacaktır. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, idarece Sözleşme Devri Bildirimi Belgesi doldurularak elektronik ortamda Kuruma bildirilir. Sözleşme Devri Belgesinin de çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilir." (Aktaran: Bilir, 158)

düzenlemiştir. Bu durumlardan ağır hastalık, tutukluluk ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet ancak gerçek kişi yükleniciler bakımından söz konusu olabilir. Bu durumların her biri kamu ihale sözleşmesinin ifasına engel durumlardır ve sözleşmenin sona erme sebeplerindedir. İflas ise gerçek kişi tacir yüklenici bakımından söz konusu olabileceği gibi tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabilir.

İflas, borcunu ödemediği için belli usuller çerçevesinde ticaret mahkemesince iflasına karar verilen bir borçlunun iflas masasına giren bütün mal, hak ve alacaklarının cebri icra yolu ile paraya çevrilerek bu para ile bilinen bütün alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan bir cebri takip yoludur<sup>437</sup>. İflas, iflas eden kişinin tüzel kişiliğini sona erdirmemekle birlikte tasfiye amacıyla sınırlı bir faaliyet alanına sokar<sup>438</sup>. Dolayısıyla kişinin faaliyetleri bu denli kısıtlandığından kamu ihale sözleşmesini ifa etmesi de kendisinden beklenemez bir hal alır. Bu sebepten dolayı KİSK, yüklenicinin iflasını kamu ihale sözleşmesinin sona erdiği bir sebep olarak düzenlemiştir. KİSK m.17/b fıkrasına göre yüklenicinin iflas etmesi halinde, sözleşme feshedilerek<sup>439</sup> yasaklama hariç hakkında KİSK m.20 ve KİSK m.22 uyarınca işlem yapılır. Kanaatimizce bu atfın iflas kurumunun yapısına uygun olarak uygulanması gerekir. Örneğin İdarenin fesih beyanıyla birlikte kesin teminat ve ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedildiği ve varsa eksik kalan kısmın iflas masasından alacak olarak kaydedilmesini içeren beyanını iflas masasına bildirmesi gerekir<sup>440</sup>. Bununla beraber yüklenicinin iflası halinde kamu ihale sözleşmesini fesheden İdare, yüklenicinin göstermiş olduğu kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebiyle bankaya başvurarak ödenen meblağı Hazineye gelir kaydeder.

Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluğu veya mahkûmiyeti halinde de kamu ihale sözleşmesi kural olarak sona erer<sup>441</sup>. Burada kanun koyucu, sözleşmelerin kamu yararı içermesi sebebiyle yüklenicinin her halükarda kusuru varmışçasına hareket ederek ağır hastalık hali ile tutukluluk veya mahkûmiyet halini aynı hukuki sonuçlara tabi

<sup>437</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, İcra, 429.

<sup>438</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/ Özekes, İcra İflas, 466 vd.

<sup>439</sup> Doktrinde bir görüşe göre kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iflası halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. (KARACA, 94) Kanaatimizce sözleşmenin infisah ettiğine ilişkin KARACA'nın görüşünün aksine İdarenin iflasın açılmasına ilişkin verilen mahkeme kararı üzerine sözleşmeyi feshedebileceği görüşüne üstünlük tanınmalıdır. (bkz. Gök, Yapı İşleri, 527; Özek/Kaya, 544)

<sup>440</sup> Demirboğa, 124.

<sup>441</sup> Bilir, 165; Memmedzade, 362; Yazıcı; 45; Tuna; 37; Zorba, 4.

tutmuştur. Bu kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Gerçekten de düzenleme mantığı, ölüm ile ağır hastalık halinde sözleşmenin feshinin aynı hukuki sonuçlara tabi olmasını gerektirirken tutukluluk veya mahkûmiyet hali ile ağır hastalığın bir tutulması doğru olmamıştır<sup>442</sup>.

*KİSK m.17/d fıkrasına göre: “Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. Bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22 nci maddeye göre işlem yapılır.”*

Madde hükmüne bakıldığında, kamu ihale sözleşmesinin her halükarda feshedilmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet durumlarından biri gerçekleştiğinde yüklenici, bu olayın gerçekleştiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde taahhüdünü gerçekleştirmesi için bir vekil atayıp bu kişiyi İdareye önerebilir. İdarenin de bu kişiyi uygun bulması halinde, sözleşme feshedilmez ve taahhüdün görülmesine devam edilir. Yüklenicinin koma durumunda olduğu gibi özgür iradesini açıklayacak bir durumda olmaması halinde ilgililer<sup>443</sup>, aynı süre içerisinde bir yasal temsilci atanmasını sağlar ve bu yasal temsilcinin uygun bulunması halinde taahhüdün ifasına yine devam edilir. Bir vekil veya yasal temsilci atanmaması yahut İdarenin bu kimseleri uygun bulmaması halinde ise kamu ihale sözleşmesi feshedilir ve yasaklama hariç KİSK m.20 ve m.22’de yer alan yaptırımlar uygulanır. Yani bu durumda İdare, kendisi lehine verilmiş olan kesin teminat mektubunun ödenmesini isteyerek bu meblağ kendisine ödendikten sonra Hazineye gelir kaydedebilir.

<sup>442</sup> Demirboğa, 125.

<sup>443</sup> İlgililer deyimini, sözleşmeye taraf olan idareyi, yüklenicinin menfaat birliği olan akrabalarını, bazı hallerde yetkili makamları (Cumhuriyet Savcılığı gibi), hatta yüklenici ile alacak veya akit ilişkisi olan kişileri (alt yükleniciler gibi) ifade eder. Yasal temsilci tayin edecek mahkeme, öncelikle talepte bulunanın “ilgili” olup olmadığını tespit edecektir. (Bilir, 165; Gönen/Işık: 239; Özek/Kaya, 545.)



### 3.1.3.3.1.7. Ortak Girişim Yüklenicinin Ortaklarından Birinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu, Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti ya da Ortak Girişimin Dağılması Nedeniyle

KİSK m.18, yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet durumunda sözleşmenin akıbetini düzenlemiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre: “*Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz.*”

Kamu ihale sözleşmelerinde ortak girişimden kasıt, konsorsiyum iş ortaklığıdır. Borçlar hukuku anlamında konsorsiyum iş ortaklığı bir adi şirkettir. Bu ortaklığın adi şirket olması sebebiyle, TBK m.638 hükmüne uygun olarak ortaklığı oluşturan ortaklar sözleşmenin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumludur<sup>444</sup>. Dolayısıyla yüklenicinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti kural olarak kamu ihale sözleşmesini sona erdirmez<sup>445</sup>. Fakat kural bu olmakla birlikte KİSK m.18/1’in devamında “*Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22 nci maddeye göre işlem yapılır.*” hükmü yer alır. Dolayısıyla, pilot veya koordinatör ortağın<sup>446</sup> yukarıdaki hallere maruz kalması durumunda sözleşme feshedilerek teminatı gelir kaydedilir. Aynı zamanda genel hükümlere göre tasfiye yaptırımları da uygulanır.

Kanun koyucu, kamu ihale sözleşmelerinin kamusal niteliğini de göz önünde tutarak yine aynı maddede “*Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya*

<sup>444</sup> Şener, Oruç Hami: “Ortaklıklar Hukuku”, 82. Seçkin Yayınları, 2.Baskı.

<sup>445</sup> Bilir, 166; Yazıcı, 49.

<sup>446</sup> Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan (özel ortaklardan) birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum olması veya dağılması durumunda ise, taahhüde devam edip etmeme hususunda diğer ortakların herhangi bir takdir hakkı bulunmayıp, özel ortağın sorumluluğunu üstlenerek taahhüde (sözleşmeye) devam etmesi zorunludur. Ancak bu durumda diğer ortaklar, şahsından doğan imkansızlık nedeniyle ortak girişimden ayrılan ortağın taahhütlerini üstlenmezler ise, iş sahibi YİĞŞ. m. 47/(a) ve KİSK. m. 20/(a) bendi gereğince sözleşmeyi sona erdirebilir.

*koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla bu sebeple ilgili durumlar gerçekleşse bile bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve İdarenin uygun görmesi halinde eski koşullarla sözleşme yenilenerek taahhüdün ifasına devam edilebilir. Bu durumda artık teminatların gelir kaydedilmesi söz konusu olmaz.

### 3.1.3.3.2. Kesin Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul

Kanun kesin teminatların ne zaman gelir kaydedilebileceğini detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Kanunun düzenlediği bu durumlar, banka teminat mektubu sözleşmesinde garanti edilen riskin gerçekleştiğini gösteren durumlardan başka bir şey değildir. Dolayısıyla kanunda belirtilen durumlar gerçekleştiğinde banka tarafından teminat mektubu ile garanti edilen risk gerçekleştiğinden, İdarenin ödeme talebinde bulunma hakkı doğar. İdare, bu hakkını bankaya bu yöndeki yazılı olarak yapacağı bir talep ile kullanır. İdarelere hitaben verilen teminat mektupları “ilk talepte” kaydını ihtiva eden teminat mektuplarıdır. Dolayısıyla İdarenin yaptığı ödeme talebi üzerine banka, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaksızın İdareye derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. Teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğinde olmadığından kural olarak mektup metninin bankaya iadesi zorunlu değildir. Ancak İdarelere hitaben verilen teminat mektupları metinlerinde “...*Bu teminat mektubu ./../. tarihine kadar geçerli olup bu tarihe kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde...*” ibaresi bulunur. Bu ibarede yer alan “*elimize geçecek şekilde*” ibaresi, bankanın mektup metninin de kendisine iade edilmesini şart koştuğunu gösterir. Dolayısıyla, İdarenin teminat mektubu metnini de yazılı talebiyle beraber bankaya iade etmesi gerekir. Ancak yine teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmamasından dolayı teminat mektubu metninin aslının kayıp ya da zayi olması halinde teminat mektubunun tarih ve sayısı da belirtilmek suretiyle bir idari yazı ile ödeme talebinde bulunulması geçerli kabul edilmelidir<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> Şahiner, 235.

Kesin teminat mektuplarının ödenmesinin talebi halinde mektup tutarıyla birlikte talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen süreye ait faizin de İdareye ödenmesi gerekir. Teminat mektubunun Türk lirası üzerinden düzenlenmesi halinde kanuni faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun hükümlerine göre belirlenir. Teminat mektubunun döviz üzerinden düzenlenmesi halinde ise 3095 sayılı Kanun m.4/a uyarınca yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

KİK m.43 hükmü gereğince kesin teminat oranı asgari olarak ihale bedelinin %6'sıdır. Fakat m.43/3 gereğince Kamu İhale Kurumu, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir. Eğer yüklenici asgari %6 oranının üzerindeki bir tutarda kesin bir teminat vermişse, kesin teminatın yalnızca ilgili orana tekabül eden kısmı gelir kaydedilmelidir<sup>448</sup>.

## **3.2. TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDENMESİNE KARŞI SAVUNMA İMKÂN LARI**

### **3.2.1. Genel Olarak Savunma İmkânları**

Hukuki bir ilişkinin alacaklısı, alacağı muaccel hale geldiğinde borcunu ödemesi için borçluya başvurma hakkına sahiptir. Borçlu, kural olarak alacaklının talebi üzerine borçlandığı edimi yerine getirmek zorundadır. Ancak bazı hallerde borçlu, alacaklının bu talebine engel olabileceği gibi üstlenmiş olduğu edimi de yerine getirmekten kaçınabilir. İşte bu durumlarda, borçlunun savunma imkânlarından söz edilir. Alacaklının ifa taleplerine engel olan ve borçluya da bazı hususları ileri sürerek ifadan geçici veya sürekli olarak kaçınma yetkisi sağlayan savunma imkânları arasında, def'i ve itiraz bulunur<sup>449</sup>. Borçlu, belirli bazı şartlarla bu savunma imkânlarından yararlanma hakkına sahiptir.

<sup>448</sup> Şahiner, 229.

<sup>449</sup> Canbolat, 143.

### 3.2.1.1. Def'i ve İtiraz Kavramları

Alacaklının sahip olduğu savunma imkânları, maddi hukuk anlamında def'i ve itirazların ileri sürülmesinden ibarettir. Bu iki kavramın yer yer birbiri yerine kullanıldığı da görülmektedir. Ancak gerek kavramsal olarak gerekse doğrudukları hukuki sonuçlar bakımından bu iki kavram farklılık gösterir. Usul hukukunda def'i ve itirazlar davalının maddi hukuka dayanan savunma imkânları olarak adlandırılır<sup>450</sup>.

Def'i, borçlunun aslında borçlu olduğu bir edimi özel bir nedenle yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren bir haktır<sup>451</sup>. Burada borçlunun borçlu sıfatının olup olmadığına ilişkin bir durum söz konusu değildir. Borçlunun kendisi de borçlu olduğunu kabul etmekle beraber kendisine kanunen verilen bu hakka dayanarak borcunu ifadan kaçınır. Def'i, hak sahibine bu hakkını kullanmak suretiyle bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı verir<sup>452</sup>. TBK m.161'de yer alan zamanaşımı def'i, TBK m.585'te yer alan kefilin tartışma def'i, TBK m.97'de yer alan ödemezlik def'i gibi haklar, def'i haklarına örnek olarak verilebilir.

İtiraz ise bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren olaylardır<sup>453</sup>. Dikkat edilirse def'iden farklı olarak itirazlar, birer hak değil, olaydır. Borçlu lehine olan ve birer savunma imkânı olan bu olaylardan bazıları bir hakkın doğumuna engel olmakta bazıları ise o hakkı sona erdirir. Örneğin sözleşme yapılırken taraflardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması veya geçerlilik şeklindeki şekil şartına uyulmaması hakkın doğumuna engel olan bir itirazken; borcun ifa, ibra veya imkânsızlık sebebiyle sona ermesi, hakkı sona erdiren itirazlardır<sup>454</sup>.

Her ikisi de, borçlunun savunma imkânları olmasına rağmen itiraz ve def'i kavramları arasında önemli farklılıklar bulunur. İlk olarak, def'i bir hak olup bir def'inin ileri sürülmesi bir hakkın ileri sürülmesidir. İtiraz ise bir olay olup hak değildir, dolayısıyla borçlu burada bir olay ileri sürerek savunmada bulunur. Def'inin bir hak olması

<sup>450</sup> **Kuru**, Baki: "Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı", 172 Vd. Legal Yayınevi, İstanbul 2015. **Pekcanitez**, Hakan: "Medeni Usul Hukuku" C.2, 1208 Vd. 15. Bası, İstanbul-2017.Bkz. **Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz**, 329 Vd. .

<sup>451</sup> **Kuru**, 172; **Eren**, Borçlar Genel, 73; **Kılıçoğlu**, 34-35.

<sup>452</sup> **Canbolat**, 144.

<sup>453</sup> **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, 330.

<sup>454</sup> **Kuru**, 173.

nedeniyle borçlu, kendisine tanınan bir hak olan def'i hakkını kullanmaktan tek taraflı irade beyanıyla her zaman vazgeçebilirken; itiraz, bir olayı oluşturduğu ve olayların tek taraflı bir vazgeçme iradesi ile ortadan kalkması mümkün olmadığı için bundan vazgeçemez<sup>455</sup>. İkinci olarak, itirazda hak hiç doğmamıştır veya sözleşme ilişkisi son bulmuştur, ancak def'ide ortada bir hak olup borçlu özel bir nedene dayanarak o borcu yerine getirmekten kaçınır<sup>456</sup>.

### 3.2.1.2. Def'i ve İtirazın İleri Sürülmesi ve Hukuki Sonuçları

#### 3.2.1.2.1. Def'i ve İtirazın İleri Sürülmesi

Borçlu, maddi hukukun kendisine tanımış olduğu iki savunma imkânı olan def'i ve itirazdan faydalanabilir. Borçlunun alacaklının sahip olduğu hakkı kabul etmekle birlikte özel bir nedene dayanarak bu haktan doğan borcu yerine getirmekten kaçınması halinde ortada bir def'inin varlığından söz edilir. Eğer borçlu alacaklının hakkının hiç doğmadığını veya sona erdiğine ilişkin bir olay (ifa veya ibra gibi) ileri sürüyorsa ortada bir itirazdan söz edilir. Def'i hakkı, aslında alacaklının hakkına yönelik bir "karşı hak"tır. Dolayısıyla def'i savunmasında bulunan borçlu, tek taraflı ve varması gereken hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması ile def'i hakkını kullanır<sup>457</sup>. İtirazda ise bir olayın varlığı ileri sürülerek alacaklı tarafından olduğu iddia edilen hakkın aslında olmadığı veya sona erdiği savunmasında bulunulur.

Def'i, bir hak olduğundan borçlunun tarafından ileri sürülmesi gerekir. Dolayısıyla yargılama aşamasında mahkeme, def'ileri kendiliğinden nazara alamaz<sup>458</sup>. Oysa itiraz bir maddi olay olduğundan menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir. Aynı zamanda mahkeme, ileri sürülmeseler bile itirazları dosya içeriğinden re'sen dikkate alır<sup>459</sup>.

<sup>455</sup> **Canbolat**, 147.

<sup>456</sup> **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, 329.

<sup>457</sup> Def'i ve İtiraz kavramları arasındaki fark hakkında detaylı bilgi için bkz. **Canbolat**, Ferhat: "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları" (Defi) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, s.255-270. Haziran-2008. Ayrıca bkz. **EREN**, Borçlar Genel, 77-78.

<sup>458</sup> **Pekcanitez**, 1210. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, 329. **Kuru**, 172.

<sup>459</sup> **Pekcanitez**, 1208. **Kuru**, 174. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, 330.

Def'i ve itiraz yargılama aşamasında bazı sürelerle uyularak; yargılama dışında ise her zaman ileri sürülebilir. Yargılama aşamasında def'i ve itirazlar, 6100 sayılı HMK'da belirlenen cevap ve ikinci cevap dilekçesi verme süreleri içerisinde ileri sürülmelidir. HMK m.127/1 ve HMK m.136/1 hükmü gereğince bu süreler iki haftadır. İki haftalık süre cevap dilekçesi için davacının dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren başlar. Yazılı yargılama usulünde yer alan ikinci cevap dilekçesinin verilmesi için gerekli olan iki haftalık süre ise, davacının cevaba cevap dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren başlar. Sürelere uyulmadığı takdirde davalı borçlu, savunmanın genişletilmesi yasağıyla karşı karşıya kalır. Savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi, kural olarak dilekçeler safhasının bitip tahkikat aşamasına geçildikten sonra davalının savunmalarını değiştiremeyeceği veya genişletemeyeceği anlamına gelir<sup>460</sup>.

### 3.2.1.2.2. Def'i ve İtirazın İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları

#### 3.2.1.2.2.1. Maddi Hukuka İlişkin Hukuki Sonuçlar

Borçlu, def'i hakkını kullanmakla, alacaklının bir hakkını yerine getirmekten sürekli veya geçici (geciktirici) bir şekilde kaçınır. Borçlu, bu def'ileri ileri sürerek temerrüde düşmekten kurtulur ve kendisine başvuru imkânı ortadan tamamen veya geçici bir süreliğine kalkar<sup>461</sup>. Borçlunun, alacaklının hakkını sürekli olarak yerine getirmekten kaçınabildiği def'i hakkına, zamanaşımı def'i örnek gösterilebilir. Zamanaşımı def'ini ileri süren borçlu, alacaklının alacak hakkının olmadığını ileri sürmez; ancak borcun zamanaşımına uğradığı def'ini ileri sürerek bu hakkı yerine getirmekten tamamen kaçınır. Keza alacaklı zamanaşımına uğramış olan borcu için zamanaşımı def'ini ileri süren borçluya artık başvuramaz. Borçluya edimin ifasından geçici (geciktirici) olarak kaçınma imkânı veren bir def'i olarak ise ödemezlik def'i örnek verilebilir. Ödemezlik def'inde borçlu, ifadan süreli (geçici) bir şekilde kaçınır. Zira alacaklının kendi edimini ifa etmesinden sonra, borçlunun ödemezlik def'ini ileri sürerek borcunun ifasından kaçınmasına olanak yoktur. Sürekli bir def'inin ileri sürülmesi, borçlunun temerrüde

<sup>460</sup> Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 337 vd.

<sup>461</sup> Canbolat, Def'i, 266.

düşmesine her zaman için engel olurken geçici (geciktirici) def'iler geçici bir süre için temerrüde düşmeye engel olur<sup>462</sup>.

İtiraz ise bir maddi olayın ileri sürülerek borcun hiç doğmadığının veya sona erdiğinin iddia edilmesidir<sup>463</sup>. Dolayısıyla borçlu, itiraz savunmasında bulunup bu itirazın yerindeliği ispatlandığında alacaklının hakkının hiç doğmadığı veya sona erdiği sonucuna ulaşılır.

#### 3.2.1.2.2.2. Usul Hukuku Bakımından Hukuki Sonuçları

Usul hukuku bakımından def'i ve itirazların ileri sürülmesinin hukuki sonuçları bunların yargılama aşamasından önce ileri sürülmesi veya yargılama aşamasında ileri sürülmesine göre farklılık gösterir<sup>464</sup>. Aynı zamanda, ileri sürülen def'inin sürekli bir def'i veya geciktirici bir def'i olmasına göre de mahkeme tarafından farklı kararlar verilmelidir. Geciktirici bir def'inin söz konusu olması halinde borçlu, edimin ifasından ancak geçici bir süreliğine kaçınabilir; bu sebeple alacaklı borçlunun kaçınabildiği sürede dava açamaz. Eğer dava açılmış ve cevap veya ikinci cevap dilekçesiyle bir geciktirici def'i savunmasında bulunuluyorsa, bu savunma haklı bulunduğu takdirde davanın reddi gerekir. Alacaklı ancak bu durum ortadan kalktıktan sonra dava açabilir. Eğer sürekli bir def'i söz konusu ise borçlu, sürekli olarak bu edimin ifasından kaçınabilir. Dolayısıyla alacaklının dava veya takip yoluna başvurabilmesi artık mümkün değildir. Bu sebeple, bir davanın açılması halinde sürekli bir def'i savunması yapılır ve bu savunma haklı bulunursa dava kesin olarak reddedilir<sup>465</sup>.

Borçlu tarafından bir itirazın ileri sürülmesinde de durum böyledir, borçlu, alacaklının hakkının hiç doğmadığını veya doğmuş olsa bile artık sona erdiğini iddia eder ve bu savunmasında haklı bulunursa dava kesin olarak reddedilir.

<sup>462</sup> Kılıçoğlu, 35.

<sup>463</sup> Canbolat, Def'i, 266; Eren, Borçlar Genel, 78;

<sup>464</sup> Canbolat, Def'i, 267; Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 339.

<sup>465</sup> Canbolat, Def'i, 267.

### 3.2.2. Teminat Mektuplarının Ödenmesine Karşı Savunma İmkânları

#### 3.2.2.1. Genel Olarak

İdare ile istekli/yüklenici arasındaki kamu ihale ilişkisi, riskleri beraberinde getirdiğinden İdare, kendisine bir garanti verilmesini ister. Verilen bu garanti, garanti altına alınan riskin niteliğine göre farklılık gösterir. İhale sürecinde isteklilerin tümünden alınan geçici teminat mektupları ve ihale sözleşmesiyle beraber alınan kesin teminat mektupları, nitelik ve nicelik itibarıyla birbirinden farklıdır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, banka teminat mektubu sözleşmeleri banka ile İdare arasında kurulur. İdarenin kamu gücünün baskın olarak bulunmadığı ve bu sebeple birer özel hukuk sözleşmesi olma özelliğini kaybetmeyen teminat mektubu sözleşmeleri, istekli/yüklenici ile İdare arasındaki temel ilişkiden doğan riskin garantisidir. İdare, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda belirtilen hallerde, garanti altına alınan risklerin gerçekleştiğinden bahisle bankadan ödeme talebinde bulunur. Banka, bu ödeme talebinin hukuka uygun olması halinde ödeme yapmakla yükümlüdür.

Bankanın bazı durumlarda teminat mektubu ilişkisinin borçlusu olarak başvurabileceği savunma imkânları mevcuttur. Bankanın bazı def'i ve itirazları ileri sürmesi ve bu sebeple borcu ödemekten kaçınabilmesi mümkünken bazı def'i ve itirazları ise ileri sürmesi mümkün değildir. Banka teminat mektubu sözleşmelerinin İdare ile lehtar arasındaki temel ilişkiden bağımsız karakteri sebebiyle bankanın ileri sürebileceği def'i ve itirazlar son derece sınırlı olup sadece teminat mektubu ilişkisinden doğar. Bankanın, müşterisi konumunda olan lehtar ile de aralarında bir karşılık ilişkisi bulunur.

Banka, bu karşılık ilişkisinden doğabilecek def'i ve itirazları da İdareye karşı ileri süremez. Bu kural da, garantinin bağımsızlık özelliğiyle bağdaşır niteliktedir. Yani banka, sonuç olarak sadece garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları ileri sürebilirken buna karşılık temel ilişkiden lehtar lehine doğabilecek veya karşılık ilişkisinden kendi lehine doğabilecek def'i ve itirazları ileri süremez<sup>466</sup>. Fakat bu durumun çok katı bir şekilde uygulanması, uygulamada sorunlara yol açabileceği gibi bazı hak kayıplarını da beraberinde getirir. Dolayısıyla doktrinde, temel ilişkiye ait

---

<sup>466</sup> Canbolat, 154.



def'ilerin ve itirazların istisnaen de olsa ileri sürülebilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>467</sup>. Kanaatimizce da temel ilişkiye ait def'ilerin ve itirazların ileri sürülebilmesi, garanti sözleşmesinin bağımsızlık özelliğiyle bağdaşmıyor gibi görünse de zaman zaman hak kayıplarının önlenmesi ve özellikle hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi açısından bankanın ileri sürebileceği def'i ve itirazların kısıtlı yorumlanmaması gerekir.

### 3.2.2.2. Banka Tarafından İleri Sürülemeyecek Def'i ve İtirazlar

Banka tarafından ileri sürülemeyecek def'i ve itirazlar, banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar ile lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkidenden doğan def'i ve itirazlardır.

#### 3.2.2.2.1. Temel İlişkiden Doğan Def'i ve İtirazlar

Banka teminat mektubu sözleşmesi, temel ilişkinin fer'i olmayan, ondan bağımsız bir sözleşmedir. Dolayısıyla banka, temel ilişkidenden doğan bir savunma hakkını kullanarak ödeme yapmaktan kaçınmaz. Banka lehine teminat mektubu sözleşmesine temel ilişkiyle bağlantı kurularak böyle bir savunma imkânı tanınabilse bile böyle bir şartın konulması, garanti sözleşmelerinin işleviyle de bağdaşmaz. Ayrıca İdarenin muhatap olduğu teminat mektubu sözleşmelerinde bu şartın konulması mümkün değildir.

Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkidenden doğan savunma imkânları def'i veya itiraz olabilir. Örneğin temel ilişkinin geçersiz olduğu veya iptal edildiği savunması, bir itirazdır. Temel ilişkidenden doğan borcun takas edildiği, kötü ifa edildiği ya da zamanaşımına uğradığı gibi savunmalar ise birer def'i teşkil eder. Bu savunma imkânlarını, temel ilişkinin borçlusu konumunda olan lehtar kullanabilir. Sözleşmelerin nispiyeti ve garanti sözleşmelerinin bağımsızlığı ilkeleri gereği bankanın bu savunma imkânlarını ileri sürebilme hakkı yoktur. Söz konusu kural "ilk talepte" kaydını içeren banka teminat mektupları için de geçerlidir<sup>468</sup>. Garanti veren banka, temel ilişkidenden doğan borcun kanuna aykırı olduğu savunmasında dahi bulunamaz<sup>469</sup>. Yine bağımsızlık ilkesi gereğince banka, temel ilişkideki borcun örneğin hukuka aykırı bir amaç için

<sup>467</sup> Kahyaoğlu, 72.

<sup>468</sup> Kahyaoğlu, 73.

<sup>469</sup> Arkan, Teminat Mektubu, 69.

doğduğundan bahisle kendi borcunu ödemekten kaçınmaz. Bankanın temel ilişkideki savunmaları ileri sürememesinin istisnası, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ödeme talebinde bulunulmasıdır. Muhatap, teminat tutarını bankadan tahsil etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmasına rağmen bu hakkın kullanılması dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Yani muhatabın, henüz böyle bir hakkı yokken temel ilişkiye dayanarak teminat bedelinin kendisine ödenmesini talep etmesi, hakkın kötüye kullanımı teşkil eder ise banka, ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>470</sup>. Aksi halde bankanın ödeme yapmaktan kaçınması mümkün değildir.

### 3.2.2.2.2. Karşılık İlişkisinden Doğan Def'i ve İtirazlar

Banka ile müşterisi konumunda olan lehtar arasındaki ilişki, karşılık ilişkisidir. Karşılık ilişkisinde banka, lehtarın vekili konumunda hareket ederek muhatap ile banka teminat mektubu sözleşmesini imzalar. Muhatabın ödeme talebine karşı banka, lehtar ile arasındaki karşılık ilişkisine dayanan savunma imkânlarından faydalanarak ödeme yapmaktan kaçınmaz. Örneğin banka, muhataba ödenecek meblağı lehtara rücu edeceğini fakat lehtarın ödeme gücünün bulunmadığını belirterek muhataba ödeme yapmaktan imtina edemez<sup>471</sup>.

Bankanın teminat mektubu sözleşmesini lehtarın kendisini aldatması ya da korkutması üzerine yaptığına yönelik bir savunmada bulunması da kural olarak mümkün değildir. Aynı şekilde banka, karşılık ilişkisi bakımından temel yanılmasına düştüğünü ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınmaz. Ancak TBK m.36 ve m.37 hükümleri gereği, eğer muhatap, bankanın bu sözleşmeyi lehtarın aldatması veya korkutması sonucu yaptığını biliyorsa banka, bu savunmada bulunarak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Ancak bu durum, karşılık ilişkisinden doğan bir savunma imkânı olmayıp kuralın istisnası değildir. Çünkü burada banka, teminat mektubu sözleşmesinin geçersizliğini karşılık ilişkisine dayandırmaz<sup>472</sup>. Burada karşılık ilişkisindeki bir olaya dayanan ve kendisine ait bir haktan doğan itirazın ileri sürülmesi söz konusudur<sup>473</sup>. Öte yandan bu

<sup>470</sup> Reisoğlu, 294. Kahyaoglu, 77. Canbolat, 159.

<sup>471</sup> Canbolat, 156; Arkan, Teminat, 69.

<sup>472</sup> Arkan, Teminat, 70; Canbolat, 157.

<sup>473</sup> Canbolat, 157.

durum uygulamada özellikle İdareye hitaben verilecek teminat mektuplarında çok nadir rastlanabilecek bir durumdur.

### 3.2.2.3. Banka Tarafından İleri Sürülebilecek Def'i ve İtirazlar

#### 3.2.2.3.1. Genel Olarak

Banka, muhatapın ödeme talebini aldığı zaman iki türlü tutum takınabilir. Bunlardan ilki, ödeme olup ödeme yapıldığı takdirde muhatap ile banka arasındaki teminat mektubu sözleşmesi ifa edilmiş olur. Bankanın takınabileceği ikinci tutum ise ödeme talebine rağmen ödeme yapmamaktır. Bankanın ödemediği durumlarda teminat mektubu sözleşmesinin borçlusunu olarak bankanın savunma imkânlarından söz edilir. Bankanın sahip olduğu savunma imkânları, def'i ve itirazlardan ibarettir. Bu def'i ve itirazlar banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesinden kaynaklanır; yoksa banka lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden veya kendisi ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisinden doğan savunma imkânlarından faydalanamaz<sup>474</sup>.

Bankanın muhatap ile olan ilişkisinden dolayı sahip olduğu savunma imkânları farklı nitelikler gösterir. Bankanın sahip olduğu itirazlar, hakkın doğumunu engelleyici veya hakkı sona erdiren itirazlar olabileceği gibi ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin de olabilir. Bankanın sahip olduğu def'iler ise zamanaşımına ilişkin olabileceği gibi ertelemeye yönelik de olabilir. Yine banka, temel ilişkideki savunmalara dayanabilmesinin istisnai bir durumu olarak ödeme talebinde bulunulmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Son olarak banka, garanti bedelinin ödenmesinin garantinin amacına aykırı olduğu savunmasında bulunabilir.

### 3.2.2.3. Bankanın İleri Sürebileceği İtirazlar

Bankanın ileri sürebileceği itirazlar, hakkın doğumuna engel olan itirazlar, hakkı sona erdiren itirazlar ve ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazlar olmak üzere üç başlık altında incelenecektir.

---

<sup>474</sup> Arkan, Teminat, 69.

### 3.2.2.3.2.1. Hakkın Doğumuna Engel Olan İtirazlar

Banka ile İdare arasındaki teminat mektubu sözleşmesi ilişkisinde İdare, alacaklı, banka borçlu konumundadır. İdarenin kamu ihalesi sürecinde istemiş olduğu teminatların, lehtarın talimatıyla banka tarafından İdareye verilmesiyle, teminat tutarını alma konusunda İdareye bir alacak hakkı verilmiş olur. Fakat bazı durumlarda, İdare lehine bir alacak hakkı doğmaz, dolayısıyla İdarenin ödeme talebiyle karşılaşan banka, bu alacak hakkının hiç doğmadığı itirazıyla ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Hakkın doğumuna engel olan bu haller, şekle aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık, irade sakatlıkları ve temsil yetkisinin bulunmaması halleri olarak sıralanabilir. Fakat her bir hal, banka teminat mektubu sözleşmeleri açısından birer itiraz olarak değerlendirilemez.

Sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimlerden biri objektif olarak imkânsız ise, sözleşme geçerli değildir<sup>475</sup>. Başlangıçtaki imkânsızlık, banka teminat mektubu sözleşmelerinde gündeme gelmez. Keza bankanın borcu, bir para borcudur. Para borcu da, borçlar hukuku anlamında bir cins borcudur. Cins borçları, “cins yok olmaz” ilkesi uyarınca kural olarak imkânsızlık konusu olamaz<sup>476</sup>. Dolayısıyla banka, başlangıçtaki imkânsızlık iddiasıyla İdareye karşı bir savunma hakkına sahip değildir. Lehtar ile İdare arasındaki kamu ihale sözleşmesinin konusunun imkânsız olması halinde de banka bu hakka sahip olmaz. Zira banka teminat mektubu sözleşmeleri kamu ihale sözleşmelerinin birer fer’i olmayıp, bağımsız sözleşmelerdir.

Hukuka ve ahlaka aykırılık savunması da kamu ihaleleri uyarınca yapılan banka teminat mektubu sözleşmelerinde bir savunma olarak banka tarafından ileri sürülemez. Şöyle ki, hukuka ve ahlaka aykırılığın üç görünümü vardır. Bunlar, bizzat sözleşmenin yapılmasının hukuka ve ahlaka aykırı olması, sözleşmenin içerdiği edimin hukuka ve ahlaka aykırı olması ve sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olmasıdır<sup>477</sup>.

<sup>475</sup> Oğuzman/Öz, 87; Eren, Borçlar Genel, 369-373; Antalya, C.1, 195; Kılıçoğlu, 147.

<sup>476</sup> Cins borcunun temelinde misli/misli olmayan eşya ayrımının bulunduğuna ilişkin: Esener/Güven, 50; Ertaş, 9.

<sup>477</sup> Bu Hususta Detaylı Bilgi İçin Bkz. Hatemi, Hüseyin: “Hukuka Ve Ahlaka Aykırılık Kavramı Ve Sonuçları, Özellikle Bk M.65 Kuralı” 83 Vd., 126 Vd. İstanbul-1976. Oğuzman/Öz, 85; Eren, Borçlar Genel, 364-366; Kılıçoğlu, 145.

Kamu ihalelerine yönelik olarak yapılan banka teminat mektubu sözleşmelerinin yapılması herhangi bir şekilde yasaklanmadığı gibi aksine bu sözleşmelerin yapılması zorunludur. Bu sözleşmelerin içerdiği edim, banka tarafından bir miktar paranın riskin gerçekleşmesi halinde İdareye ödenmesidir. Dolayısıyla bu edimin hukuka veya ahlaka aykırı olması mümkün değildir. Son olarak, sözleşmenin amacı, İdarenin uğramış olduğu zararın banka tarafından giderilmesi olup burada da hukuka ve ahlaka aykırı bir durumun varlığından söz edilemez. Sonuç olarak banka teminat mektubu sözleşmelerinde bankanın sahip olduğu ve hakkın doğumuna engel olabilecek itirazlar, şekle aykırılık, irade sakatlıkları ve temsil yetkisinin bulunmaması savunmalarından ibarettir.

#### 3.2.2.3.2.1.1. Şekle Aykırılık

Bir iradeyi dışa açıklamak üzere kullanılan kalıp veya araca şekil denir<sup>478</sup>. Hukuken her irade beyanı yazılı veya sözlü, bir şekil içerisinde yapılır. Ancak irade beyanının sonuç doğurması, belli bir şekilde yapılmasına bağlı ise, şekle bağlı işlemde söz edilir<sup>479</sup>. Türk borçlar hukuku sisteminde şekil özgürlüğü kural, şekle bağlılık ise istisnadır. Kanunun şekil şartı öngörmediği durumlarda tamamlayıcı kaynaklarla örf ve adet hukukuna veya hâkimin hukukuyla boşluk doldurma yoluyla şekil zorunluluğu getirilemez<sup>480</sup>. Şekle bağlılık, kanun koyucu tarafından öngörülebileceği gibi hukuki ilişkinin tarafları da aralarındaki işlem için bir şekil kuralı kararlaştırabilirler. Bu ikinci durumda iradi şeklin varlığından söz edilir. Şekle ilişkin taraflarca kararlaştırılan bu iradi şekil, TBK m.17/1 hükmü uyarınca geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından ya da taraflarca kararlaştırılan bir şekle uyulmadan yapılan bir hukuki işlem, TBK m.12/2 gereğince geçersiz olup hüküm doğurmaz.

Geçersizliğin yaptırımını tartışmalıdır. Doktrindeki görüşlerden birine göre geçersizliğin yaptırımını kesin hükümsüzlüktür<sup>481</sup>. Ancak bu görüş eleştirilmekte ve kesin

<sup>478</sup> Eren, Borçlar Genel, 298; Kılıçoğlu, 527;

<sup>479</sup> Oğuzman/Öz, 154.

<sup>480</sup> Antalya, 197.

<sup>481</sup> Oğuzman/Öz, C.1, 154; Tercier/Pichonnaz, 215; Kılıçoğlu, 211; Eren, Borçlar Genel, 327; Antalya, 559.

hükümsüzlüğün ağır sonuçları göz önünde tutulduğunda bunun esnetilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>482</sup>.

Özellikle son yıllarda hâkim görüş haline gelen yeni görüşe göre burada kendine özgü bir geçersizlik (esnek geçersizlik, esnek butlan) söz konusudur. Bu görüşe göre buradaki geçersizlik, tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik hali olup, herkes tarafından ileri sürülemeyeceği gibi hâkim tarafından da re'sen göz önünde tutulamaz<sup>483</sup>. Yani burada şekle aykırılığın aslında bir itiraz değil, bir def'i olarak ileri sürülmesi gerektiği savunulmaktadır. Şekil kuralının amacına yönelik yorumlanması sonucunda, bu görüş taraftarlarına göre, tarafları korumak birinci önceliktir. Dolayısıyla sözleşme şekle aykırı yapılmış olsa bile, bilerek ve isteyerek yapılan bir ifa sonucunda sözleşme geçerlilik kazanır<sup>484</sup>. Sonuç olarak; şekle aykırılığın iddia edilmesi, bir def'i olarak kabul edilecek olursa şekle aykırılık iddiasının taraflara tanınan bir hak olduğunun kabulü gerekir.

Birer garanti sözleşmesi niteliğinde olan banka teminat mektubu sözleşmeleri, kural olarak bir geçerlilik şekline bağlı değildir<sup>485</sup>. Ancak bankalar, teminat mektubu sözleşmelerini uygulamada yazılı olarak yapar. İdarelere hitaben kamu ihale sözleşmeleri kapsamında verilen banka teminat mektupları ise 4734 sayılı KİK m.35'te yer alan “*Bu Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespiti Kamu İhale Kurumu yetkilidir.*” hükmü uyarınca Kamu İhale Kurumu'nun belirlediği şekle tabidir.

Kamu İhale Kurumu kendisine verilen bu yetkiye dayanarak İdarelere hitaben verilecek olan teminat mektuplarının ne şekilde olacağını belirlemiş ve bu şekil kuralları, Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Aynı zamanda İdare, her bir ihale dokümanında Kamu İhale Kurumu'nun belirlediği şekle uygun olarak standart formlar yayınlar ve kendisine hitaben verilecek olan ve Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen teminat mektuplarının şeklini belirtir. Burada, kanunun verdiği yetkiye dayanarak Kurum tarafından bir şekil zorunluluğu öngörülmüştür. Bu şekil kanuni bir şekil şartı olup sözleşmenin geçerliliğine ilişkindir. Kanun, bu şekil şartını belirleme yetkisini

<sup>482</sup> Kılıçoğlu, 233; Eren, Borçlar Genel, 326-332.

<sup>483</sup> Eren, Borçlar Genel, 329.

<sup>484</sup> Eren, Borçlar Genel, 329; Kılıçoğlu, 233-236.

<sup>485</sup> Gümüş, 509; Arkan, Teminat, 62-63.

sözleşmenin taraflarından birine vermiştir. Dolayısıyla bu şeklin dışına çıkılarak İdareye hitaben banka teminat mektubu sözleşmesi düzenlenemez. Bu şekle aykırılık, sözleşmenin geçerliliğine ilişkindir. Belirlenen şekle aykırı olarak yapılan banka teminat mektubu sözleşmeleri, ihale mevzuatı ve TBK m.12/2 hükmü gereğince geçersiz olur. İdare, hüküm doğurmayan bu sözleşme uyarınca hak sahibi olamaz. Bu sebeple, İdarenin, şekle aykırı düzenlenmiş bir teminat mektubunu teminat olarak kabul etmesi halinde, bu teminat mektubuna dayanarak bankadan ödeme talebinde bulunması halinde banka, şekle aykırılık savunması ile ödeme yapmaktan kaçınabilir.

### 3.2.2.3.2.1.2. İrade Bozuklukları

Bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin işlem iradesinin oluşum veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıklara irade bozuklukları denir<sup>486</sup>. TBK m.30 vd. maddelerinde irade bozuklukları halleri düzenlenmiştir. İrade bozuklukları, yanıltma, aldatma ve korkutma kavramlarından oluşur. Burada muvazaadan farklı olarak tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilinçli ve anlaşmaya dayanan bir uyumsuzluk halinden ziyade sadece bir tarafın iradesi ile beyanı arasında bir uyumsuzluk mevcuttur<sup>487</sup>. Yani sözleşmenin taraflarından birinin iradesinin sağlıklı olmaması söz konusudur. İrade bozuklukları hususunda gerek TBK sistemi gerek doktrindeki hâkim görüşe göre iptal edilebilirlik yaptırımını gündeme gelir İptale tabi sözleşme kesin hükümsüz (butlanla batıl) sözleşmenin aksine, savunulan hâkim görüşe göre<sup>488</sup>. kurulduğu andan, yani başlangıçtan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>489</sup>. Ancak iptal hakkı sahibi sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir.

Banka teminat mektubu sözleşmeleri de hukuki olarak bir sözleşme olduğundan taraflardan birinin iradesinin bozuk olması sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur. Ancak banka teminat mektubu sözleşmeleri bu noktada iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden niteliği itibariyle ayrılır. Keza banka teminat mektubu sözleşmeleri, niteliği itibariyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeler olup muhatap herhangi bir

<sup>486</sup> Eren, Borçlar Genel, 422; Oğuzman/Öz, 90; Antalya, 373; Tercier/Pichonnaz, 237.

<sup>487</sup> Kılıçoğlu, 254.

<sup>488</sup> Kılıçoğlu, 255; Eren, Borçlar Genel; 422; Tercier/Pichonnaz, 241; .

<sup>489</sup> Keller/Schöbi, sözleşmeyi bozucu şarta bağlı olarak geçerli kabul etmişlerdir. Buradaki bozucu şart iradesi sakatlığa uğrayan tarafın iptal hakkını kullanmasıdır. (Aktaran: Eren, Borçlar Genel, 387) (Keller, Max / Schöbi, Christian: “Das Schwerische Schuldrecht”, 162-163. Band I, Allgemeine Lehren des Vertrags, Basel/Frankfurt, 3. A. 1988)

yükümlülük altına girmez. Bu sebeple muhatabın yanılması veya aldatma ve korkutmaya maruz kalması, pratik bakımdan önem taşımaz. Bu sözleşmeler bakımından borçlu durumdaki bankanın irade ve beyanı önem arz eder<sup>490</sup>. Dolayısıyla banka teminat mektubu sözleşmelerinde irade bozukluğu hallerinin borçlu konumunda olan bankanın irade ve beyanı açısından incelenmesi gerekir.

### 3.2.2.3.2.1.2.1. Yanılma

Yanılmanın kanunda tanımı yapılmamıştır. Ancak TBK m.30'da: "*Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.*" hükmü ile sözleşme kurulurken esaslı bir yanılmaya düşen tarafın sözleşme ile bağlı olmayacağı düzenlenmiştir. Yanılmadan gerçek durum hakkında bilinçli olmayan yanlış veya eksik tasavvur anlaşılır<sup>491</sup>. Bu durumda gerçek durumla tasavvur arasında uygunsuzluk söz konusudur. Fakat TBK m.30'da da belirtildiği üzere her yanılma sözleşmeyle bağlı olmama sonucunu doğurmaz; bu yanılmanın esaslı bir yanılma olması gerekir. Bir yanılmanın esaslı olarak kabul edilebilmesi için hem objektif hem sübjektif açıdan esaslı olması gerekir<sup>492</sup>. Bu nedenle yalnız yanılana ait sübjektif görüşler veya sadece objektif telakkiler tek başına yanılmanın esaslı olup olmadığının tayininde rol oynamaz<sup>493</sup>. TBK m.31/1'e göre esaslı yanılma halleri, sözleşmenin niteliğinde yanılma, sözleşmenin konusunda yanılma, karşı tarafın kimliğinde yanılma, karşı tarafın niteliklerinde yanılma, edim veya karşı edimin miktarında yanılma olmak üzere beş bent halinde sayılmıştır. Bu sayıma sınırlayıcı nitelikte olmayıp örnekleme niteliğindedir<sup>494</sup>. Dolayısıyla bu hallere benzer sebepler de esaslı yanılma kabul edilerek sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurabilir.

Bu yanılma hallerinin yanı sıra bir de saikte yanılma halinin sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurup doğurmayacağını incelenmesi gerekir. Saik, kelime olarak neden, sebep anlamına gelir<sup>495</sup>. Saikte yanılma, bir kimsenin beyanında hataya düşmemiş olmasına karşın, sözleşmenin yapılmasına kendisini iten sebeplerde, amaçlarda veya

<sup>490</sup> Canbolat, 168.

<sup>491</sup> Antalya, 373; Eren, Borçlar Genel, 425; Oğuzman/Öz, 92.

<sup>492</sup> Kılıçoğlu, 257; Eren, Borçlar Genel, 430; Tercier/Pichonnaz, 246.

<sup>493</sup> Eren, Borçlar Genel, 431; Tercier/Pichonnaz, 246.

<sup>494</sup> Eren, Borçlar Genel, 430.

<sup>495</sup> Yılmaz, 1184.



hedefte yanılığa düşmüş olması halidir<sup>496</sup>. Saikte yanılmaya temel yanılması da denir<sup>497</sup>. Aslında saikte yanılma halinde ortada irade beyanında değil iradenin oluşması aşamasında bir yanılma mevcuttur. TBK m.32, “*saikte yanılma esaslı bir yanılma sayılmaz*” hükmüyle saikte yanılmanın sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını belirtmiştir.

TBK m.32 hükmü isabetli olup gerçekten de kişilerin sözleşmelerdeki beklentileri veya tahminlerinin gerçekleşmediği her durumun sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracak olması ne gündelik hayatla ne de hukuk güvenliği ilkesiyle örtüşür. Kural bu olmakla birlikte, bazı hallerde iradenin oluşması aşamasında düşülen yanılmaya değer verilmemesi, oldukça haksız sonuçlara yol açabilir<sup>498</sup>. Bunun içindir ki bir saik yanılmasının bazı şartlar altında esaslı bir yanılma sayılması da mümkündür. TBK m.32, saikte yanılmanın esaslı bir yanılma sayılmayacağını belirttikten hemen sonra bu durumları düzenlemiştir. İlgili maddeye göre, yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması (sübjektif unsur) ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması (objektif unsur) ve bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması (objektif unsur) hâlinde yanılma, esaslı sayılır. Sonuç olarak, saikte yanılmanın esaslı sayıldığı hallerde iradesini sakatlığa uğrayan taraf, sözleşmeyle bağlı değildir.

TBK'nın yanılma ile ilgili düzenlediği özel bir durum ise TBK m.33 hükmüdür. İlgili madde hükmüne göre: “*Sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâlinde de yanılma hükümleri uygulanır.*” Bu hüküm isabetlidir. Keza haberci, çevirmen ya da araç, bundan yararlanan beyan sahibinin beyan fiilinin bir uzantısından başka bir şey değildir<sup>499</sup>.

Doktrinde tartışmalı olmakla beraber baskın görüşe göre, taraflardan birinin esaslı olarak yanılması halinde, geçersizliğin yaptırımının iptal edilebilirliktir<sup>500</sup>. Bu görüşe göre, iradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyi iptal etmek hakkına sahiptir. Yenilik doğuran bir hak olan iptal hakkı, hak sahibi tarafından karşı tarafa yöneltilecek tek taraflı bir

<sup>496</sup> Kılıçoğlu, 263.

<sup>497</sup> Eren, Borçlar Genel, 436. Oğuzman/Öz, 100, C.I.

<sup>498</sup> Kılıçoğlu, 263.

<sup>499</sup> Eren, Borçlar Genel, 441.

<sup>500</sup> Eren, Borçlar Genel, 460. Kılıçoğlu, 269. Oğuzman/Öz, 105.

irade beyanı ile kullanılır ve bu beyanın karşı tarafa ulaşması halinde, sözleşme iptal edilmiş olur<sup>501</sup>. İptal beyanı hiçbir şekle tabi değildir. Şekle tabi bir sözleşme bile örtülü irade beyanı ile dahi iptal edilebilir<sup>502</sup>. Bu hakkın kullanılabilmesi için TBK m.39, bir yıllık bir süre öngörmüştür. Bu bir yıllık süre hak düşürücü nitelikte olup yanılmanın kesin olarak öğrenildiği tarihten itibaren başlar<sup>503</sup>.

Sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran ve TBK’da örnekleme yoluyla sayılan ilk esaslı yanılma hali yanılmanın, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklaması halidir. Bu durumda banka, iradesine uygun bir sözleşme yapmak istemesine rağmen beyanını başka bir sözleşme kurmak için açıklar. Örneğin banka, aslında teminat mektubu sözleşmesi yapmak istemesine rağmen kefalet sözleşmesi yapmak için iradesini açıklamışsa bu durumda banka, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamış ve yanılığa düşmüştür. Nitekim kamu ihaleleriyle ilgili olarak verilebilecek teminatlar da sınırlı sayıda olduğundan ve kefalet sözleşmeleri bunlardan biri olmadığından böyle bir durumda banka yanılığa düşse bile İdare, bankanın önerisini kabul etmeyecek ve sözleşme hiç kurulmayacaktır. Ancak sözleşmenin kurulmuş olması ve İdarenin bankaya başvurması ihtimalinde banka yanılma hükümlerinden faydalanarak sözleşmeyi iptal edebilir.

Esaslı yanılma hallerinden örnekleme yoluyla sayılan sebeplerden ikincisi sözleşmenin konusunda yanılmadır. Burada geçen “konu” sözcüğü geniş yorumlanmalı ve bundan “sözleşmenin konusunu oluşturan şey” anlaşılmalıdır<sup>504</sup>. Banka teminat mektubu sözleşmelerinin konusunu garanti edilen risk oluşturur. Kamu ihalelerine özgü teminat mektubu sözleşmelerinin her birinin konusu ise, niteliklerine göre belirlenir. Örneğin geçici teminat mektubu sözleşmelerinin konusu isteklilerin ihalenin üzerlerine bırakılması halinde kamu ihale sözleşmesini imzalamaması veya imzalamaması riskinin garanti altına alınmasıdır. Banka, düzenlemiş olduğu teminat mektubu metninde aslında geçici teminat mektubu ile garanti altına alınan riski belirtmek isterken örneğin avans teminat mektubu ile garanti altına alınabilecek bir riski belirtmişse sözleşmenin konusunda yanılmış olur. İstekli ve yükleniciler tarafından verilen teminat

<sup>501</sup> Oğuzman/Öz, 118.

<sup>502</sup> Tercier/Pichonnaz, 249; Eren, Borçlar Genel, 462; Antalya, C.1, 390.

<sup>503</sup> Eren, Borçlar Genel, 462; Tercier/Pichonnaz, 250; Antalya, C.1, 390.

<sup>504</sup> Eren, Borçlar Genel, 432.

mektuplarında yer alan risklere ilişkin ifadelerin Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenenden farklı olmaması gerekir<sup>505</sup>. Böyle bir durumda Kamu İhale Kurumu, bu teminat mektuplarının kabul edilmemesi ve sözleşmenin hiç kurulmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>506</sup>. Ancak her nasılsa bu sözleşme kurulmuş ve İdare tarafından bir ödeme talebinde bulunulmuşsa banka, yanılma hükümlerinden faydalanabilir.

Bir diğer durum, yanılanın, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklaması halidir. Kamu ihalelerine binaen verilen teminat mektuplarında “Muhatap İdarenin Adı” kısmına ihaleyi yapan idarenin adının yazılması gerekir. İdarenin adının gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi mektubun kabulüne engeldir<sup>507</sup>. Ancak her nasılsa sözleşme kurulmuş ise ödeme talebiyle karşılaşan banka, yanılma hükümlerinden faydalanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Örneğin banka, sözleşme yapma iradesini Muğla Büyükşehir Belediyesi yerine Milas Belediyesi adına açıklamış ve teminat mektubu sözleşmesi Milas Belediyesinin muhatap olduğu bir sözleşme olarak kurulmuşsa banka, Milas Belediyesi tarafından bir ödeme talebiyle karşılaştığında yanılma hükümlerinden faydalanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Bankanın yanılma hükümlerinden faydalanarak ödeme yapmaktan kaçınabileceği bir diğer durum, yanılanın, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklaması halidir. Yani karşı tarafın niteliklerinde yanılma hali söz konusudur. Daha önce de belirttiğimiz üzere kamu ihale sözleşmesini yapabilecek olan İdareler mevzuatta belirtilmiştir. Bunların dışındaki İdarelerin kamu ihale sözleşmesi yapma yetkisi yoktur. Bankalar, kamu ihalelerine binaen hazırlamış oldukları teminat mektubu sözleşmesi önerilerini bu yetkiyi haiz İdarelere yaparlar ve İdarenin kabulü üzerine sözleşme kurulur. Bankanın bu yetkiyi haiz olmayan bir İdare ile bu sözleşmeyi yapması halinde sözleşmenin karşı tarafınca ödeme talebinde bulunulursa, yanılma hükümlerine dayanarak ödemedenden kaçınılabılır.

TBK m.31/I-5’te belirtilen son esaslı yanılma hali, yanılanın, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamış olması halidir. Miktarda yanılmanın gerçekleşmesi için gerçekte istenen miktarla sözleşmede fiilen kararlaştırılan miktarın

<sup>505</sup> Şahiner, 135.

<sup>506</sup> 2005/Uy.Z-2158 Sayılı Kurul Kararı

<sup>507</sup> 2005/Uy.Z-1272 Sayılı Kurul Kararı

önemli ölçüde birbirinden farklı olması gerekir<sup>508</sup>. Örneğin teminat mektubu sözleşmesini banka normalde 15.000 lira için kurmak isterken öneride yanlışlıkla 150.000 lira yazılmış ve bu tutar İdare tarafından kabul edilmişse banka, yanılığa düştüğü iddiasıyla İdarenin ödeme talebi karşısında yanılmaya ilişkin hükümlerden yararlanabilir.

Bankanın düşmüş olabileceği saikte yanılma durumu da incelenmelidir. Garanti sözleşmelerinin bir türü olan banka teminat mektubu sözleşmelerinde bankayı bu sözleşmeyi yapmaya iten birçok saik olabileceği gibi bankanın bu saiklerde yanılmaya düşmesi de muhtemeldir. Örneğin banka, teminat mektubu sözleşmesini yaparken lehtara rücu edebileceğini, bu sözleşme sayesinde komisyon almaya hak kazanabileceğini, kontrgaranta başvurabileceğini düşünebilir. Bu tür saik yanılmaları bakımından sübjektif unsur gerçekleşmiş olsa da objektif unsur gerçekleşmediğinden bu tür saik yanılmaları birer temel hatası değil adi saik hatası olarak değerlendirilmelidir<sup>509</sup>. Keza bu tür saik hataları objektif olarak ticari doğruluk kurallarına uymamakta ve bankaların birer tacir olması sebebiyle basiretli tacir olmanın hükümleriyle örtüşmemektedir.

Kamu ihale sözleşmelerine binaen yapılan banka teminat mektubu sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan bir durum olan aracının iletiminden doğan yanılma hali de önemlidir. “İletmede Yanılma” başlığını taşıyan TBK m.33, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâlinde de yanılma hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Kamu ihale süreci içerisinde istenen teminat mektuplarının istekli veya yükleniciler tarafından bankadan alınıp İdareye sunulduğu görülür. Bankanın hazırlamış olduğu teminat mektubu metni, öneri niteliğini haiz olup İdarenin bu mektup metnini kabul etmesiyle birlikte banka teminat mektubu sözleşmesi kurulur. Bu süreçte istekli veya yükleniciler bu sözleşmenin kurulması bakımından aracı konumundadır. Dolayısıyla istekli veya yüklenicilerin mektup metninin yanlış olarak iletilmesi ve İdarenin de bu mektubu kabul etmesi sonucu kurulan teminat mektubu sözleşmesi, banka tarafından yanılma hükümlerine dayanarak iptal edilebilir.

<sup>508</sup> Eren, Borçlar Genel, 433; Oğuzman/Öz, 96.

<sup>509</sup> Canbolat, 173.

### 3.2.2.3.2.1.2.2. Aldatma

İrade bozukluğu hallerinden ikincisi aldatmadır. Aldatmanın da TBK'da tanımı yapılmamıştır. Ancak TBK m.36'da taraflardan birine, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı olmayacağı belirtilerek aldanan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı tanınmıştır. Aldatma, bir kimsenin davranışı ile diğer şahsı irade beyanında bulunmaya yönlendirmek için o şahısta yanlış bir fikrin doğumuna veya doğrulanmasına ya da devamına kasten yol açmasıdır<sup>510</sup>. Aldatan taraf, aldatma fiiliyle aldatılan tarafta bir saik yanılmasına sebep olur<sup>511</sup>. TBK m.36 hükmüne göre taraflardan biri, diğer tarafın aldatmasıyla bu aldatmanın yarattığı saiklerle sözleşme yapmaya sevk edilmişse, onun sözleşme yapmasını sağlayan saikler (yanılmada olduğu üzere nitelikli olmasa bile) sözleşme, aldatılan taraf için artık bağlayıcı değildir<sup>512</sup>.

Kamu ihale sürecindeki taleplere ve kamu ihale sözleşmelerine binaen yapılan banka teminat mektubu sözleşmelerinin tarafları İdare ve bankadır. Bankanın aldatma hükümlerine dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilmesi için İdarenin hileli bir davranışı sonucu aldanmış olması gerekir. Bu uygulamada pek olası bir durum değildir. Zira İdarenin ihale sürecini yürüten personeli kamu görevlisi olduğundan böyle bir durumun varlığı halinde ilgili personelin işlemiş olduğu fiil, TCK ve ilgili mevzuat kapsamında suç teşkil edebilir. Dolayısıyla İdarenin herhangi bir sözleşme kurulması sırasında aldatma yoluna başvurması pek olası değildir. Aynı zamanda İdare, uygulamada doğrudan banka ile muhatap olmayıp, teminat mektubu sözleşmesine aracılık etmesi için istekli veya yüklenicilere başvurur. Pek olası olmasa bile bankanın, İdare tarafından kasıtlı bir şekilde aldatılması, doğrudan banka teminat mektubu sözleşmesinde olabileceği gibi istekli veya yüklenicinin aldatmaya maruz bırakılması üzerinden dolaylı bir şekilde de gerçekleştirilebilir<sup>513</sup>. Örneğin İdare, istekli veya yükleniciye kanunda ve ihale mevzuatında yer alan teminat oranlarından daha yüksek bir teminatın ihaleye katılım veya kamu ihale sözleşmesinin imzalanması için zorunlu olduğunu belirtmişse ve bunun üzerine bankadan o oranda teminat içeren teminat

<sup>510</sup> Oğuzman/Öz, 109; Eren, Borçlar Genel, 446; Kılıçoğlu, 276.

<sup>511</sup> Eren, Borçlar Genel, 446; Oğuzman/Öz, 109; Kılıçoğlu, 276.

<sup>512</sup> Antalya, 396; Tercier/Pichonnaz, 253.

<sup>513</sup> Canbolat, 173.

mektubu alınmışsa durum böyledir. Bu durumda banka, aldatma hükümlerine başvurarak ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>514</sup>. Ayrıca somut olayın niteliklerine göre ilgili idari personel bakımından TCK ve ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Aldatma kurumunu, üçüncü kişinin aldatması yönünden de incelemek gerekir. Kural olarak üçüncü kişinin aldatması, sözleşmeyi iptal hakkı vermez. Ancak TBK m.36/2'ye göre üçüncü kişinin aldatma teşkil eden eyleminin sözleşmenin iptal nedeni olması, lehine aldatma yaptığı kişinin “bunu bilmesi ya da bilecek durumda olması” koşuna bağlanmıştır<sup>515</sup>. Ancak aldatan kişi, üçüncü kişi değil de diğer tarafın temsilcisi ise bu aldatma taraf aldatmasıdır<sup>516</sup>. Keza temsilcinin yapmış olduğu iş yalnızca irade beyanının iletilmesi olup diğer tarafın temsilcinin aldatmasından bilgi sahibi olmadığını ya da olmasının mümkün olmadığı ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir<sup>517</sup>. Banka teminat mektubu ilişkisindeki üçlü ilişki düşünüldüğünde, lehtar her iki tarafın da temsilcisi konumunda olmadığından üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmeleri özelinde düşünülürse, istekli veya yüklenicinin teminat sözleşmesinin kurulmasıyla alakalı olarak bankayı aldatmış olması ve İdarenin bunu bildiği veya bilebilecek durumda olduğu ispatlanırsa banka ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Aldatmadan doğan iptal hakkı da, aldatmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kullanılmalıdır. Süre hak düşürücü olup re'sen nazara alınır.

### 3.2.2.3.2.1.2.3. *Korkutma*

TBK m.37/1'e göre; taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir. Bir kimsenin, diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek bilerek onda korku yaratmasına veya mevcut bir korkudan yararlanmasına korkutma denir<sup>518</sup>. Korkutmada korkutulan, iradesini isteyerek açıklamış olmakla birlikte bu irade özgür bir karar ve düşünce sonucu meydana

<sup>514</sup> Kahyaoglu, 77.

<sup>515</sup> Oğuzman/Öz, 112; Eren, Borçlar Genel, 450; Kılıçoğlu, 280.

<sup>516</sup> Eren, Borçlar Genel, 450; Kılıçoğlu, 280; Oğuzman/Öz, 112.

<sup>517</sup> Oğuzman/Öz, 112; Eren, Borçlar Genel, 450; Kılıçoğlu, 280;

<sup>518</sup> Kılıçoğlu, 285; Oğuzman/Öz, 113; Kılıçoğlu, 285. Eren, Borçlar Genel, 452;

gelmemiştir<sup>519</sup>. Fakat her korkutma fiili iptal hakkı vermez. Korkutma fiilinin iradeyi sakatlayan bir hal olarak kabulü ve bunun iptal hakkı vermesi için bazı unsurları içermesi gerekir. Buna göre yapılan tehdit, ağır ve yakında gerçekleşecek bir tehlikenin mevcut olduğu kanısını uyandırmalı, tehditte belirtilen tehlike karşı tarafın şahsına veya yakınlarına yönelik olmalıdır<sup>520</sup>. Aynı zamanda tehdit bir hakkın veya kanuni bir yetkinin kullanılacak olmasında olduğu gibi hukuka uygun bir fiil işleneceğinden bahisle değil, hukuka aykırı bir fiilin işleneceğinden bahisle yapılmalıdır ve sözleşme bu korkutma üzerine akdedilmelidir<sup>521</sup>. Banka teminat mektubu sözleşmelerinde banka, bir tüzel kişidir. Tüzel kişilerin iradeleri organları vasıtasıyla oluşur ve irade beyanlarını da organları temsile yetkili kişiler tarafından açıklanır<sup>522</sup>. Tüzel kişinin karar organını oluşturan kişi veya kişilerin korkutularak tüzel kişinin bir sözleşme yapmaya zorlanmasında, tüzel kişi, korkutulan taraftır<sup>523</sup>. Bu sebeple banka adına teminat mektubu sözleşmesini yapmaya yetkili kişinin korkutulması halinde korkutma fiilinin varlığından bahsedilir. Banka teminat mektubu sözleşmelerinde İdarenin bankayı korkutması ihtimali, hayatın olağan akışıyla örtüşmez. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından birinin yaptığı korkutma fiili sonucu sözleşmenin iptali, kamu ihale sözleşmelerine binaen verilen banka teminat mektupları bakımından pek olası değildir.

TBK, aldatma kurumundan farklı olarak üçüncü kişinin korkutmasını sözleşmenin diğer tarafının bundan haberdar olup olmadığına bakmaksızın iptal sebebi saymıştır. Keza TBK m.37/2: “*Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.*” lafzı açıktır. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından biri, üçüncü kişinin korkutması sonucu sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanında bulunmuş ve sözleşme kurulmuş olsa dahi bu sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak hakkaniyet gerektiriyor ise karşı tarafa bir tazminat ödemekle yükümlü olur. İdareye hitaben verilen teminat mektuplarında da istekli veya yüklenici, bankanın irade açıklamasında bulunmaya yetkili personelini korkutur ve bunun üzerine teminat mektubu sözleşmesi akdedilirse banka, sözleşmeyi iptal ederek

<sup>519</sup> Eren, Borçlar Genel, 452; Oğuzman/Öz, 113; Kılıçoğlu, 285.

<sup>520</sup> Oğuzmaz/Öz, Borçlar Genel, 114-115.

<sup>521</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, 115-116.

<sup>522</sup> Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: “Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Ve Kişiler Hukuku”, 549. Beta Yayınları, 10.Baskı, İstanbul-2013. (Başlangıç Kişiler)

<sup>523</sup> Eren, Borçlar Genel, 454.

İdareye ödeme yapmaktan kaçınabilir. Ancak banka hakkaniyet gerektiriyorsa İdareye belli bir miktar tazminat ödemekle yükümlü olur. Korkutan hakkında somut olayın özellikleri dikkate alınarak TCK hükümleri saklıdır.

Korkutmadan doğan iptal hakkı, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde kullanılmalıdır. Süre hak düşürücü olup re'sen nazara alınır.

### 3.2.2.3.2.1.3. Temsil Yetkisinin Bulunmaması

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına işlem yapmasına temsil denir<sup>524</sup>. Tüzel kişiliği haiz bankalar, iradelerini mevzuata uygun olarak kurulmuş olan organları aracılığıyla açıklarlar. Tüzel kişiliğin organları, tüzel kişiyi içeride yönetir, dışa karşı ise temsil ederler<sup>525</sup>. Dolayısıyla bankanın irade açıklamaya yetkili olan organları, bankanın temsilcisidir. Bankanın hukuki işlemleri ve borç altına girmesi de organları aracılığıyla gerçekleştirilir<sup>526</sup>.

Banka teminat mektubu sözleşmeleri, bankayı borç altına sokan işlemlerdir. Bu sebeple bu borçlandırıcı işlemin, bankayı temsile yetkili organlarca yapılması gerekir. Banka teminat mektubu sözleşmesinin banka ad ve hesabına işlem yapmaya yetkili olmayan kişilerce yapılması halinde banka, İdarenin ödeme talebi karşısında teminat mektubu sözleşmesine yönelik öneri beyanında bulunan organının temsil yetkisinin bulunmaması sebebine dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>527</sup>. Temsil yetkisinin bulunmadığı ya da bulunmasına rağmen yetki sınırlarının aşıldığı hallerde ise yetkisiz temsil söz konusudur<sup>528</sup>. TMK m.46 ve m.47, yetkisiz temsilin sonuçlarını düzenlemiştir. Yetkisiz temsil söz konusu olduğunda temsil olunan, bu işlemi onayabileceği gibi onamaktan kaçınabilir. Onama, yetkisiz temsilci tarafından yapılan bir sözleşmeye, daha sonradan temsil olunan tarafından verilen onaydır<sup>529</sup>. Onamaya kadar işlem askıda geçersizdir<sup>530</sup>. Onamayla birlikte hukuki işlemdeki eksiklik tamamlanır ve söz konusu işlem temsil

<sup>524</sup> Antalya, 580; Eren, Borçlar Genel, 477; Oğuzman/Öz, 211.

<sup>525</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, Başlangıç Kişiler, 549.

<sup>526</sup> Canbolat, 175.

<sup>527</sup> Doğan, Vahit: "Teminat Akreditifleri", 11 Vd. Gühfd, Cilt: V1, Sayı:1- 2, Haziran-Aralık 2004.

<sup>528</sup> Kılıçoğlu, 336; Oğuzman/Öz, 241; Antalya, C.1, 641. Tercier/Pichonnaz, 136.

<sup>529</sup> Eren, Borçlar Genel, 511.

<sup>530</sup> Oğuzman/Öz, 242.



olununun hukuk alanında hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>531</sup>. Bankanın bu işlemi onamaması halinde işlem, bankanın hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurmaz. Bunun sonucu olarak temsil yetkisini aşan yetkisiz temsilci, kural olarak zarara katlanır.

Teminat sözleşmesini düzenleyen kişilerin temsil yetkisi bulunmakla beraber, temsil yetkisinin aşılması suretiyle yüksek miktarda bir teminatın hazırlanması durumunda da banka, bu durumu savunma olarak ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>532</sup>. Ancak burada bankalarla ilgili istisnai bir durumu belirtmek gerekir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.54'te bankalar tarafından verilebilecek kredi miktarlarının sınırları belirtilmiştir. 5411 sayılı Kanun m.48'e göre, teminat mektupları da kredi sayıldığından bankaların teminat mektuplarıyla teminat altına alabileceği meblağ kanunen sınırlandırılmıştır. Fakat bu sınırlar bankaların kendi iç işleyişlerine ilişkin olup banka, iyiniyetli İdareye karşı bu savunmada bulunamaz<sup>533</sup>.

#### 3.2.2.3.2.2. Hakkı Sona Erdiren İtirazlar

Bankanın sahip olduğu savunma imkânlarından bazıları, hakkı sona erdiren itiraz niteliğindedir. Bu durumlarda hak, geçerli olarak doğmuş ve fakat ödeme talebinde bulunulduğunda sona ermiştir. Bunlar ifa, ibra, sonraki imkânsızlık ve takastır.

##### 3.2.2.3.2.2.1. İfa

Geçerli olarak kurulmuş olan bir borç ilişkisinin borçlu bakımından doğurduğu en önemli sonuç, borcun borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmesidir<sup>534</sup>. İfa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir<sup>535</sup>.

Banka, İdarenin yapmış olduğu ödeme talebini müteakiben teminat mektubu sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu para borcunu tam ve doğru bir şekilde ifa etmekle borcundan kurtulur. Dolayısıyla banka bir defa ödeme yapıp borcunu ifa ettikten sonra

<sup>531</sup> Eren, Borçlar Genel, 512.

<sup>532</sup> Canbolat, 175.

<sup>533</sup> Arkan, Teminat Mektubu, 71. Canbolat, 175. Ayrıca Bkz. Y. 11.Hd, T. 11.10.1983, E.1983/3351, K.1983/4207. ([Www.Kazanci.Com.Tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T: 19.02.2020, 16.23)

<sup>534</sup> Kılıçoğlu, 689.

<sup>535</sup> Eren, Borçlar Genel, 1020.

ikinci defa ödeme talebinde bulunulması halinde yapılan bu ifaya dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>536</sup>.

### 3.2.2.3.2.2.2. İbra

Tarafların aralarında mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik yapılan sözleşmeye ibra sözleşmesi denir<sup>537</sup>. TBK m.132 hükmüne göre de borç, tarafların yapacağı ibra sözleşmesiyle ortadan kaldırılabilir. İbra sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Hatta borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile ibra sözleşmesine ilişkin herhangi şekli bir zorunluluk yoktur<sup>538</sup>. Ancak uygulamada İdare, ibra iradesini yazılı olarak açıklar.

Banka teminat mektubu sözleşmeleri tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olup borçlu konumunda olan taraf, bankadır. Muhatapla bankanın yapacakları sözleşmeyle bankanın ibra edilmesi halinde bankanın artık herhangi bir ödeme yükümlülüğü kalmaz. Uygulamada genelde temel ilişkideki borç sona erdiğinde muhatap, garanti alacağından da vazgeçer. Teminat mektubu sözleşmelerinin bağımsız niteliği gereği temel ilişkideki borcun sona ermesi, aslında teminat mektubu sözleşmesinin de sona erdiği anlamına gelmez. Ancak temel ilişkide tatmin edilmiş muhatapın teminat mektubu sözleşmesine dayanarak ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder<sup>539</sup>.

İdareye hitaben verilen teminat mektupları kanunun belirlediği bazı hallerde, lehtara iade edilir. Bu iade, İdarenin artık garanti alacağından vazgeçtiği anlamına gelir. Dolayısıyla teminat mektuplarının iadesi, hukuki niteliği itibariyle bir ibra sözleşmesidir. İdare, mektubu iade ederek bankayı zımnen ibra etmiş olur. Dolayısıyla mektubu iade alarak ibra edilmiş olan banka, İdarenin buna rağmen bir ödeme talebiyle karşılaşarsa ibra sebebine dayanarak ödeme yapmaktan kaçınabilir.

<sup>536</sup> Canbolat, 179.

<sup>537</sup> İbra İle İlgili Detaylı Bilgi İçin Bkz. **Turanboy**, Nuri: “İbra Sözleşmesi”, Yetkin Yayınları, Ankara-1998; **Denizci**, Özlem Sibel: “Türk Borçlar Hukukunda İbra”. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. İstanbul-2009. **Eren**, Borçlar Genel, 1421; **Oğuzman/Öz**, 542; **Tercier/Pichonnaz**, 454;

<sup>538</sup> **Turanboy**, 76; **Denizci**, 49; **Eren**, Borçlar Genel, 1424; **Tercier/Pichonnaz**, 456.

<sup>539</sup> **Canbolat**, 181.

### 3.2.2.3.2.2.3. Kusursuz Sonraki İmkânsızlık

İmkânsızlık, edimin ifasının hiçbir şekilde mümkün olmaması anlamına gelir<sup>540</sup>. İmkânsızlık, taraflar arasındaki borç ilişkisinin kurulması aşamasında (başlangıçta) olabileceği gibi daha sonradan da olabilir. Başlangıçtaki imkânsızlık halinde, taraflar arasındaki sözleşme, kural olarak kesin hükümsüzdür. İmkânsızlığın taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması halinde ise borçlunun kusuruna göre iki farklı durum ortaya çıkar<sup>541</sup>. Sonraki imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlu kusurlu ise borca aykırılık söz konusu olur. Bu durumda borç sona ermeyip içeriği değişir ve edimin yerini, alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alır<sup>542</sup>.

Sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı ise borcun doğumundan sonra edimin borçlunun kusuru olmaksızın ifa edilemez hale gelmesidir<sup>543</sup>. TBK m.136'ya göre “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.*” Borçlunun, TBK m.136 hükmü gereğince, borcun sona ermesi haline dayanarak imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulması için bazı şartlar bir arada aranmalıdır. İlk olarak, edimin ifasının objektif olarak imkânsız hale gelmiş olması gerekir. Bu imkânsızlık, maddi olabileceği gibi hukuki de olabilir. Hukuki imkânsızlıkta edim konusu şey mevcuttur; ancak bir hukuk kuralı ya da yargı kararı nedeniyle borçlunun edimini ifa etmesi yasaklanmıştır<sup>544</sup>. Ayrıca bu imkânsızlığın sözleşme kurulduktan sonra doğmuş olması ve borçlunun bu imkânsızlığın doğumunda kusurunun bulunmaması gerekir<sup>545</sup>.

Banka teminat mektubu sözleşmeleri, bankanın borçlu konumunda olduğu tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Bankanın borcu, edimin niteliği itibariyle bir para borcu olup para borçları cins borcudur. Dolayısıyla daha önce de belirttiğimiz “cins yok olmaz” kuralı gereğince bankanın ediminin maddi olarak imkânsız hale gelmesi

<sup>540</sup> İmkânsızlık hususuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural**, Mustafa: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:491, 2178. Cilt. İstanbul-1976; **Topuz**, Seçkin/**Canbolat**, Ferhat, “Türk-İsviçre Ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, Aühfd Yıl 2008, C.57 S.3 (S. 673-718) (İmkânsızlık)

**Kılıçoğlu**, 851.

<sup>541</sup> **Dural**, 15 Vd; **Topuz/Canbolat**, 677-678.

<sup>542</sup> **Oğuzman/Öz**, 557.

<sup>543</sup> **Oğuzman/Öz**, 555; **Topuz/Canbolat**, İmkânsızlık, 678; **Tercier/Pichonnaz**, 458. **Eren**, Borçlar Genel, 1452; **Kılıçoğlu**, 1079.

<sup>544</sup> **Kılıçoğlu**, 854.

<sup>545</sup> **Kılıçoğlu**, 852 Vd; **Topuz/Canbolat**, 685 Vd; **Eren**, Borçlar Genel, 1453; **Oğuzman/Öz**, 557.

mümkün değildir. Ancak banka, sonraki hukuki imkânsızlığın ortaya çıkması halinde İdareye ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bankanın sahip olduğu bu savunma imkânı, hakkı sona erdiren bir itiraz niteliğindedir. Örneğin bankanın dövizle ödeme yapması, bankanın taahhüdünün tabi olduğu hukuk düzeni tarafından yasaklanmışsa, garanti veren banka, bu hususu İdareye karşı ileri sürebilir ve bu durumda ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>546</sup>.

### 3.2.2.3.3. Bankanın İleri Sürebileceği Def'iler

#### 3.2.2.3.3.1. Ödeme Talebinin Geçersizliğine İlişkin Def'iler

İdarenin ödeme talebini alan bankanın ödeme yapabilmesi için ilk koşul, bu ödeme talebinin hukuken geçerli bir ödeme talebi olmasıdır. Ödeme talebinin hukuken geçersiz olması halinde banka, bu durumu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Ödeme talebinin hukuka aykırı olduğunun tespitinde ilk bakılacak husus, teminat mektubu metnidir. Teminat mektubu metninde İdarenin ödeme talebinde bulunabileceği şartlar, belli bakımlardan belirlenmiş olabilir. İdare bu şartlara uymadan bir ödeme talebinde bulunursa banka bunu bir def'i olarak ileri sürebilir ve ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bir ödeme talebinin hukuken geçerli olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce, teminat mektubu sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olması gerekir. Ayrıca, ödeme talebinde bulunabilmek için teminat mektubunun süresine riayet edilmesi gerekir. Ödeme talebinde bulunan kişi de ödeme talebinde bulunmaya yetkili olmalıdır. Taraflarca ödeme talebinin şekli ve içeriğine ilişkin olarak garanti sözleşmesinde herhangi bir özel hükmün öngörülmesi halinde, belirlenen bu şekle ve içeriğe de uyulmalıdır<sup>547</sup>. Aksi takdirde hukuken geçerli bir ödeme talebinden bahsedilemez.

Uygulamada banka teminat mektubu metnini, İdareye vermesi için istekli veya yükleniciye verir. İdarenin mektubu kabulüyle birlikte teminat mektubu sözleşmesi kurulur. Ancak bu durum, İdareye ulaştırılan teminat mektuplarının sahte olma ihtimalini arttırır. İstekli veya yükleniciler ihaleye katılım veya ihale sözleşmesinin imzalanması için aranan şartları sağlamak için bazı hileli yollara başvurabilir. Örneğin

<sup>546</sup> Canbolat, 182.

<sup>547</sup> Canbolat, 188.

banka normalde daha az bir teminat vermesine rağmen mektup metinleri değiştirilerek banka daha yüksek bir meblağ için teminat vermiş gösterilebilir. Bu durum, İdarenin yapacağı ödeme talebinde ortaya çıkarsa banka, senedin sahteliği iddiasıyla ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bunun önüne geçmek için İdare tarafından garantiyi veren bankadan veya başka bir şubesinden teyit alınması yerinde olur. Bankanın vereceği teyit, metin üzerindeki imzaların sahte olmadığını, mektubun herhangi bir tahrifata uğramamış olduğunu ve riskin gerçekleşmesi halinde usulüne uygun ödeme talebi üzerine muhataba ödeme yapılacağı hususlarının teyidini içerir<sup>548</sup>.

Teminat mektubu sözleşmesinde ödeme talebinde bulunulabilmesi için belirli bir süre kararlaştırılmışsa, bu süreye de uyulmalıdır. Örneğin KİK m.35 hükmü uyarınca geçici teminat mektupları süreli olarak verilir. Bu süre, KİK m.32'ye göre belirlenen tekliflerin geçerlilik süresinden en az otuz gün fazla olup teklif geçerlilik süresinin uzatılması halinde, geçici teminat mektuplarının süresi de aynı süre ile uzatılır. Kesin teminat mektupların süresi de ihale konusu işin niteliği dikkate alınarak İdarece belirlenir. Dolayısıyla süreli olarak verilen bu teminat mektupları, süresi geçtikten sonra ödeme talebiyle bankaya ibraz edilirse banka ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Teminat mektubunun ödenmesi talebiyle karşılaşan banka, ödemenin teminat amacına aykırı bir şekilde talep edildiği savunmasında da bulunabilir. İdarenin yapmış olduğu ödeme talebinin, teminatın kapsamında bulunmayan bir duruma ilişkin olması, ödeme talebinde bulunulduğu sırada teminat konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması veya garanti konusu olayın artık gerçekleşmesinin mümkün olmaması durumlarında, teminat amacına aykırılıktan söz konusudur. İdare tarafından yapılan bu ödeme talebi, garantinin teminat sağlama amacını ihlal ettiğinden amaca aykırılık oluşturur ve hukuka uygun değildir<sup>549</sup>. “İlk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarında bankanın bu hususların hiçbirini detaylı bir şekilde inceleme imkânı olmadığı gibi inceleme yükümlülüğü de yoktur. Aynı şekilde İdare, riskin gerçekleştiğini beyan etmekle sorumlu olup ayrıca bunun ispatlanmasına gerek yoktur. Dolayısıyla teminat amacına aykırı bir ödeme talebinde bulunulduğu iddiası var ise, ödeme talebine derhal karşı çıkılması ve somut deliller öne sürülmesi gerekir. Aksi takdirde “ilk talepte” kaydını içeren mektupların amacına ve teminat işlevine aykırı davranılmış olur.

<sup>548</sup> Yener Coşkun, 250.

<sup>549</sup> Reisoğlu, 51.

### 3.2.2.3.3.2. Takas Def'i

Takas, karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir<sup>550</sup>. TBK m.139 hükmü uyarınca “İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.” Bunun sonucunda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer<sup>551</sup>. Takas, taraflardan birinin tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılır. TBK m.144'te sayılan istisnalar hariç karşı tarafın kabulüne ihtiyaç yoktur<sup>552</sup>. Takas bu niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>553</sup>. Takasın varlığı için, tarafların birbirinden alacaklı olması (karşılıklılık), bu alacakların aynı cinsten olması ve karşılıklı olarak muaccel olması gerekir<sup>554</sup>.

Kamu ihale sözleşmelerine binaen verilen banka teminat mektubu sözleşmelerinde de kural olarak takas mümkündür. Bunun için İdarenin teminat mektubunu düzenleyen bankaya bir para borcunun bulunması ve bu borcun muaccel olması gerekir. Takas hakkının kullanılabilmesi için daha önceden bu haktan feragat edilmemiş olması gerekir<sup>555</sup>. Eğer takastan feragat sözleşmesi yapılmış ise, banka bu hakkını kullanarak ödeme yapmaktan kaçınmaz. Bankanın teminat mektubu sözleşmesinde genel olarak def'i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmesi ise takastan vazgeçme anlamına gelmez; takastan feragat açık ve kesin bir şekilde aranmalıdır<sup>556</sup>. Aksinin kabulü, bankanın sorumluluğunu fazlasıyla artırır. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren teminat mektuplarının bankanın takas hakkını ileri sürme imkânını ortadan kaldırıp kaldırmadığının da incelenmesi gerekir. Kanaatimizce “ilk talepte” kaydı ifa zamanına ilişkin bir kayıt olup, bu kaydın bulunması halinde dahi teminat mektubu ilişkisinden doğan takas hakkından önceden zımni bir şekilde feragat edildiği kabul edilmemelidir<sup>557</sup>.

<sup>550</sup> Takas ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Aral**, Fahrettin: “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara-2010; **Tercier/Pichonnaz**, 468; **Oğuzman/Öz**, 570; **Kılıçoğlu**, 1088.

<sup>551</sup> **Aral**, Takas, 22; **Eren**, Borçlar Genel, 1425.

<sup>552</sup> **Aral**, Takas, 175 Vd.; **Eren**, Borçlar Genel, 1425-1426. **Kılıçoğlu**, 1089 Vd.

<sup>553</sup> **Eren**, Borçlar Genel, 1425.

<sup>554</sup> **Oğuzman/Öz**, 572 Vd. **Eren**, Borçlar Genel, 1426 Vd. **Kılıçoğlu**, 1089 Vd.

<sup>555</sup> **Aral**, Takas, 102; **Eren**, Borçlar Genel, 1430.

<sup>556</sup> **Canbolat**, 184-185.

<sup>557</sup> **Canbolat**, 186.

Geçerli bir takasın varlığı halinde banka, kendisine ödeme talebinde bulunan İdareye karşı takas hakkını kullanarak ödeme yapmaktan tamamen veya kısmen kaçınabilir.

### 3.2.2.3.3.3. Zamanaşımı ve Erteleme Def'ileri

Türk Borçlar Kanunu m.146 vd. zamanaşımını borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlemiştir. Zamanaşımı, borcu gerçek anlamda sona erdiren bir sebep olmayıp alacaklının elinden borçlu istemediği takdirde alacağı dava yoluyla takip ve tahsil etme imkânını elinden alır<sup>558</sup>. Zamanaşımı alacak hakkını sona erdirmez<sup>559</sup>. Ancak alacaklı bu hakkına dayanarak borçlu aleyhine herhangi bir dava açamayacağı gibi icra takibi de başlatamaz. Banka teminat mektubu sözleşmelerinde de bankanın borcu zamanaşımına uğrarsa banka bu savunmayla ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Birer garanti sözleşmesi olan banka teminat mektubu sözleşmeleri pozitif kanuni düzenlemelere konu olmamıştır. Banka teminat mektubu sözleşmelerine ilişkin kanun tarafından özel bir düzenleme getirilmediğinden, bu sözleşmeden doğan borç, TBK m.146 hükmü gereğince on yıllık zamanaşımına tabidir. Bu borca TBK'da yer alan zamanaşımının başlangıcı ile zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin hükümler de uygulanır. TBK m.149 hükmü gereğince zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla başlar. Teminat mektubu sözleşmesinden doğan borç, kural olarak İdarenin bankaya yapacağı hukuka uygun ödeme talebiyle birlikte muaccel olur. Süresiz verilen teminat mektupları açısından zamanaşımı bu tarihte başlar. Yani bankanın sorumluluğu genel zamanaşımı süresi olan on yıl sonrasına kadar devam eder<sup>560</sup>. İdarelere hitaben verilen süreli teminat mektupları “...bu tarihe kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacaktır.” ibaresini ihtiva eder. Bu durumda garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi ve İdarenin de yine bu belirlenen süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunması gerekir<sup>561</sup>. Aksi takdirde banka, sürenin dolduğu savunmasıyla ödeme yapmaktan kaçınabilir. Zamanaşımı, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine İdarenin yazılı olarak bankaya başvurmasıyla başlar. Hukuka uygun ödeme talebiyle birlikte bankanın borcu,

<sup>558</sup> Eren, Borçlar Genel, 1433. Oğuzman/Öz, 586; Tercier/Pichonnaz, 480; Kılıçoğlu, 1100.

<sup>559</sup> Kılıçoğlu, 1100.

<sup>560</sup> Kahyaoğlu, 125.

<sup>561</sup> Canbolat, 193.

on yıllık zamanaşımına tabidir. Garanti konusu olay gerçekleşmiş ve fakat İdare ödeme talebinde bulunmamışsa teminat mektubunda belirlenen süre sonunda bankanın borcu sona erer.

Banka ile İdare, yapacakları bir sözleşme ile ödemenin yapılmasını erteleyebilir. Sözleşme özgürlüğü kapsamında yapılan böyle bir sözleşmenin varlığı halinde İdare, bankadan ödeme talebinde bulunursa banka, erteleme def'ini ileri sürerek ödemedi kaçınabilir. Ancak belirtmek gerekir ki İdare ile lehtar arasındaki kamu ihale sözleşmesinden doğan edimin zamanının uzatılması teminat mektubu sözleşmesinin de uzatıldığı anlamına gelmez. Uygulamada İdare, kamu ihale ilişkisindeki edimin uzatılmasını müteakiben teminat mektubu sözleşmesinin de süresinin uzatılması için lehtara başvurur. Lehtar da bankaya talimat vererek sözleşmenin süresini uzattırır. İdare, istekli/yüklenici ile yaptığı sözleşme ile bu kişilere süre vermesine rağmen teminat mektubunun süresinin uzatılmasını istememiş olabilir. Bu durumda İdare bankadan ödeme talebinde bulunursa banka, ödeme talebinden doğan hakkın kötüye kullanımı savunmasıyla ödemedi kaçınabilir<sup>562</sup>.

#### 3.2.2.3.4. Teminat Mektubunun Ödenmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiği Savunması

##### 3.2.2.3.4.1. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması

Haklar kullanılmak için vardır, ancak hakkı iyi kullanmak, özellikle başkalarını zarara sokmak amacı ile kullanmamak lazımdır<sup>563</sup>. TMK m.2/2, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” hükmünü ihtiva eder. Kanun koyucu, bu kuralı koymakla, tarafların birbiriyle çelişen menfaatleri arasında bir denge kurmak ve adaleti sağlamak amacı gütmüştür<sup>564</sup>. Ancak hakkın kötüye kullanılmasından ne anlaşılması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması kurumu doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre; hakkın kötüye kullanılması, kanun tarafından çizilmiş sınırlar içerisinde kalınmakla beraber, hakkın

<sup>562</sup> Canbolat, 196.

<sup>563</sup> İmre, Zahit: “Medeni Hukuka Giriş”, 302. Fakülteler Matbaası, İstanbul-1980.

<sup>564</sup> İmre, 303.



kullanımının sosyal amacından saptırılma ve sosyal amacını aşmasıdır<sup>565</sup>. Hakkın kötüye kullanılması kurumu, hukukun şekilciliğinden doğan sertliği gidermek amacıyla ortaya çıkmıştır<sup>566</sup>. Hakkın kötüye kullanılması kurumu, TMK m.2/1’de belirtilen dürüstlük kuralının işleyişine yönelik getirilmiş bir yasak niteliği taşır. Yasal sınırlar içinde kullanılan ve başkasını gereksiz yere zarara sokmayan hak, gerçek hak, kötüye kullanılan hak ise görünüşte hak olarak adlandırılır<sup>567</sup>. Hâkim, kötüye kullanılan hakkın kötüye kullanılan bölümünü dikkate almaz; görünüşte hak oluşturan kötüye kullanılmış olan bölümüne hukuki himaye tanımaz ve fakat gerçek hakkı sonuna kadar korur<sup>568</sup>.

Hakkın kötüye kullanımının varlığının kabulü için bazı şartlar aranır. İlk olarak hakkın sahibinin hukuk düzenince tanınmış bir hakka sahip olması gerekir. Eğer hak sahibinin böyle bir hakkı yoksa hakkın kötüye kullanımından da bahsedilemez. Hakka dayanmayan davranışlar veya tasarruflar (hukuka aykırı fiil veya vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf gibi) hakkın kötüye kullanımı olarak adlandırılmaz<sup>569</sup>. Böyle bir halde, şartları varsa haksız fiilden söz edilebilir<sup>570</sup>. İkinci olarak, bu hakkın TMK m.2/1’de yer alan dürüstlük kuralına açıkça aykırı olarak kullanılması gerekir. Hakkın kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmek için hakkın amacına aykırı olarak kullanılması ve hakkı kullananın bu kullanmada çıkarının olmaması gerekir. Bu unsurun gerçekleşmesi bakımından dürüstlük kuralına aykırılığın objektif olarak bariz olması aranır; bunun değerlendirilmesi hâkimin görevidir<sup>571</sup>.

Hakkın kötüye kullanılması şartlarından birinin karşı tarafa zarar vermek olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre<sup>572</sup>, hakkın kötüye kullanımın söz konusu olabilmesi için hakkın bu şekilde kullanılmasından mutlaka başkaları için bir zarar veya zarar tehlikesi doğmuş olması gerekli değildir. Bir hak kendisine hukuk düzeni tarafından tanınmış ekonomik ve sosyal amaçlardan saptırılarak kullanılırsa, bu kullanma ile başkasına bir zarar verilmemiş olsa dahi, yine hakkın kötüye

<sup>565</sup> Edis, Seyfullah: “Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri”, 317. Sevinç Matbaası, Ankara-1979.

<sup>566</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, 177.

<sup>567</sup> Akyol, 22.

<sup>568</sup> Akyol, 22.

<sup>569</sup> Edis, 321. İmre, 309.

<sup>570</sup> İmre, 309.

<sup>571</sup> Edis, 322.

<sup>572</sup> Akyol, 21 Vd.

kullanımından bahsedilir. Doktrinde bir başka görüşe göre<sup>573</sup>, hakkın kullanımından başkaları için bir zarar doğmamış veya doğma tehlikesi mevcut değilse hakkın kötüye kullanılması kurumu uygulanamaz. Nitekim birine zarar verilmiş olması veya zarar tehlikesi bulunması hakkın kötüye kullanıldığının varlığı için zorunlu bir unsur değildir<sup>574</sup>. Kanaatimizce tartışma, hakkın kötüye kullanımı ve kanuna karşı hile kurumu arasındaki farkla yakından ilgilidir. Kanuna karşı hile, kanunun emredici bir hükmünden kurtulmak maksadıyla, kanunun diğer bir hükmüne bu hükmün amacına aykırı bir şekilde dayanmaktır<sup>575</sup>. Hakkın kötüye kullanımı, kanuna karşı hile kurumundan farklıdır. Kanuna karşı hile durumunda hakkın kötüye kullanımı kurumu gündeme gelmez. Kanuna karşı hile, sadece kanuna aykırı bir davranıştır, bu durumun TMK m.2 kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur<sup>576</sup>. Kanuna karşı hilede başka bir kişinin bundan zarar görmüş olması şart değildir; kanuna karşı hilede hukuk kurallarının otoritesi sarsılırken hakkın kötüye kullanımında kişilere tanınmış olan haklar dürüstlük kurallarının izin vermeyeceği şekilde amacından saptırılmalı ve hakların bu suretle amaçlarına aykırı olarak kullanılmasından da başkaları mutlaka zarar görmelidir<sup>577</sup>.

TMK m.2/2, bir hakkın açıkça kötüye kullanımını hukuk düzeninin korumayacağını belirtmiştir. Bunun anlamı, hakkın kötüye kullanımı halinde hak sahibinin elde etmek istediği yararı elde edememesidir<sup>578</sup>. Örneğin alacaklıda borcunu zamanında ödeyeceği kanaatini uyandırarak süresi içinde kanuni yollara başvurusunu önlemiş olan bir borçlunun, dava açıldıktan sonra zamanaşımı def'inde bulunması dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edip hakkın kötüye kullanımı teşkil eder<sup>579</sup>. Hakkını kötüye kullanan davacı ise davası reddedilir, davalı ise davacı lehinde uyuşmazlık karara bağlanır<sup>580</sup>. Bu, hakkın kötüye kullanılmasının “genel yaptırımı” olarak adlandırılır<sup>581</sup>. Özel yaptırımlar ise TMK ve TBK kapsamında bazı özel davaların açılabilmesidir<sup>582</sup>. Hakkın kötüye

<sup>573</sup> **Akipek**, Jale: “Türk Medeni Hukuku”, 183. C.I. Ankara-1973. **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: “Türk Medeni Hukuku” 341. C.I-Cüz 1, Umumi Esaslar. 7.Baskı, İstanbul-1968. **Edis**, 322.

**Akipek/Akıntürk/Ateş**, Başlangıç Kişiler, 188.

<sup>574</sup> **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut: “Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar”, 265. Vedat Kitapçılık, İstanbul-2012. (Medeni)

<sup>575</sup> **Akipek/Akıntürk/Ateş**, Başlangıç Kişiler, 188.

<sup>576</sup> **İmre**, 310.

<sup>577</sup> **Akipek/Akıntürk/Ateş**, Başlangıç Kişiler, 189.

<sup>578</sup> **Edis**, 324.

<sup>579</sup> **Akipek/Akıntürk/Ateş**, Başlangıç Kişiler, 189.

<sup>580</sup> **Edis**, 324.

<sup>581</sup> **Edis**, 324. **Akyol**, 120.

<sup>582</sup> **Akyol**, 122.

kullanımı iddiası olan taraf, eski hale getirme davası, kötüye kullanmanın önlenmesi ve durdurulması davası, maddi ve manevi tazminat davası, menfi tespit davası gibi davaları açabilir<sup>583</sup>.

#### 3.2.2.3.4.2. Teminat Mektubunun Ödenmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesi

##### 3.2.2.3.4.2.1. Genel Olarak

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, banka teminat mektubu sözleşmelerinden İdare lehine doğan alacak hakkı bakımından da uygulanır. İdarenin ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için bazı şartlar vardır.

İlk olarak İdarenin ödeme talebinde bulunma hakkı olmalıdır. Keza bir hak olsun ki bu hak kötüye kullanıldığı için ve kötüye kullanıldığı oranda hukuken korunmaya değer olmasın ve bu yüzden sadece görünürde bir hak niteliği taşıyın<sup>584</sup>. Dolayısıyla örneğin teminat mektubunun süresi geçmiş ise veya teminat mektubu sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz hale gelmişse, ortada İdarenin mevcut bir hakkından bahsedilemeyeceğinden hakkın kötüye kullanımından da bahsedilemez.

İkinci olarak; İdarenin ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanmış olması gerekir. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla iç içe olup birbirinden bağımsız düşünülemez. Bir hukuki ilişkide makul, orta zekâlı, dürüst ve ahlaklı kişilerden beklenen davranışlar, objektif iyiniyet (dürüstlük kuralı) kurallarını oluşturur. İdarenin ödeme talebi objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dürüstlük kuralına göre İdarenin, temel borç ilişkisi bakımından garanti edilen edim sonucuna ilişkin kendisinin bir talep hakkı olmadığını bilmesine rağmen bankadan ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanımına örnektir<sup>585</sup>. İdare, şekli olarak hak sahibi görünmekle beraber maddi olarak hakkını kötüye kullanarak ödeme talebinde bulunur. Bu durumun tespiti, bazı ispat zorluklarını beraberinde getirir. Keza banka, özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren

<sup>583</sup> Bkz. **Akyol**, 122 Vd.

<sup>584</sup> **Kaya**, Arslan: “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul-1995.

<sup>585</sup> **Canbolat**, 218.

teminat mektuplarında garanti konusu olayın gerçekleştiğinin ispatını inceleme yetkisini haiz olmayıp talepte bulunulduğu an derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. İdarelere hitaben kamu ihale süreçlerinde doğabilecek risklerin garantisi olarak verilen teminat mektuplarının tamamı “ilk talepte” kaydını içerir. Dolayısıyla bankanın İdarenin hakkın kötüye kullanımı teşkil eden ödeme talebini tespit ederek ödeme talebini reddetmesi uygulamada pek sık rastlanır bir durum değildir. Bu sebeptendir ki “ilk talepte” kaydını ihtiva eden teminat mektuplarında “önce öde sonra dava et” ilkesi geçerlidir<sup>586</sup>. Bu ilkeye göre banka, herhangi bir araştırma yükümlülüğü olmadan teminat tutarını ödeyecek; sonrasında ise yapılan ödemenin hukuka uygun bir ödeme olmadığını ispatlayarak muhataba karşı hukuki yollara başvurur<sup>587</sup>. Ancak bir teminat mektubunun “ilk talepte” kaydını ihtiva etmesi hakkın kötüye kullanımı savunmasında bulunulamayacağı anlamına gelmez.

İdarenin ödeme talebi, birçok durumda hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. İdare, kamu ihale sürecinde ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi hariç isteklilerin vermiş olduğu geçici teminat mektuplarını iade ederek teminat ilişkisini bitirir ve bankayı zımnen ibra etmiş olur. Bu durumda İdare, ibraya rağmen mektubu iade etmeyip ödeme talebinde bulunursa hakkın kötüye kullanımı söz konusudur<sup>588</sup>.

Garanti konusu riskin gerçekleşmesine İdare, kusuruyla yol açmışsa ödeme talebinde bulunamaz. Mesela İdarenin ihale üzerine bırakılan istekliyi kamu ihale sözleşmesini imzalaması için davet etmemesine rağmen geçici teminat mektubunun ödenmesini talep etmesinde durum böyledir. Geçici teminat mektupları, kamu ihale sözleşmesinin ihale üzerine bırakılacak istekli tarafından imzalanmaması veya imzalanamaması riskinin garantisidir. Fakat burada kamu ihale sözleşmesinin imzalanmaması, bizzat İdarenin kusurlu davranışı sebebiyle gerçekleşir. İdare, kendi yükümlülüğünü ihlal ederek kusurlu bir şekilde ve kanuna aykırı olarak sözleşmenin kurulmasını engellemiştir. Bu durumda da bankanın ödeme konusunda sorumluluğu doğmaz<sup>589</sup>.

<sup>586</sup> Arkan, Teminat Mektubu, 63.

<sup>587</sup> Arkan, Teminat Mektubu, 63.

<sup>588</sup> Akyol, Şener: “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, 57. Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006

<sup>589</sup> Arkan, Teminat Mektubu, 81.

İdare, bazen kamu ihale sözleşmesinin ifası için yükleniciye ek süre verebilir. İdare, yükleniciye temel ilişkiden doğan edimlerinin ifası için ek süre vermişse, bu durumda da teminat mektuplarının ödenmesi talebinde bulunamaz. Bu süre, gerek kanun gereği gerekse sözleşmeyle verilmiş olsun bir farklılık arz etmez. Ek süre yükleniciye verildikten sonra bu süre içerisinde ödeme talebinde bulunulması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder<sup>590</sup>.

#### 3.2.2.3.4.2.2. Teminat Mektubunun Ödenmesi Talebinin Hakkın Kötüye Kullanımı Teşkil Ettiğinin İspatı

İdarenin ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği tespit edildiye bankanın ödeme yapmaması gerekir. Banka, bazı hallerde bu durumu kendi tespit edebilir. Fakat durumun daha kolay tespit edilebilmesi için, ödeme talebi alınır alınmaz lehtara bu durum bildirilmelidir. Zira ödeme talebinin temel borç ilişkisinden kaynaklanan nedenlerle hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı, bu ilişkinin tarafı olmayan bankanın bilmesi her zaman mümkün değildir<sup>591</sup>.

Bankanın İdarenin ödeme talebini reddedebilmesi için hakkın kötüye kullanımının varlığının ispatı gerekir. Bu durumun ispatının nasıl olacağı hakkında pozitif bir düzenleme yoktur. Ancak Almanya’da ortaya çıkan ve Türk hukukunda ilk defa *Tekinalp* tarafından kullanılan “likit delil” kavramı, bu durumun ispatında başvurulan yoldur. *Tekinalp*.’e<sup>592</sup> göre likit delil, garanti veren bankanın kendi yorumunu, kanaatini ve değerlendirmesini katmaksızın, garanti alanın ödeme talebinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu gösteren delildir. *Reisoğlu*’na<sup>593</sup> göre, likit deliller sadece yazılı olabilir ve lehtar tarafından düzenlenen belgeler hiçbir zaman likit delil olarak kullanılamaz. Banka teminat mektubu sözleşmelerinin önemi ve HMK’nın ispat kuralları göz önünde tutulduğunda kanaatimizce da sadece yazılı delillerin likit delil olarak değerlendirilmesi ve bu delillerin objektif olarak dürüstlük kurallarına aykırılığı ispat eder nitelikte olması gerekir. Likit delil, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olan, herkes tarafından kolayca anlaşılabilen ve muhatabın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırılığını

<sup>590</sup> **Reisoğlu**, 45-46.

<sup>591</sup> **Canbolat**, 230.

<sup>592</sup> **Tekinalp**, 384-385; **Canbolat**, 231 Vd.

<sup>593</sup> **Reisoğlu**, 288 Vd.

ortaya koyan delildir<sup>594</sup>. Bu delillerin varlığı halinde banka, İdarenin ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğini ispatlayarak ödeme talebini reddedebilir. Ayrıca banka, ödeme yapması halinde İdareye karşı açılacak davayı kazanır.

Yüklenicinin gerçekte ifa edilmesi gereken mal olmayıp, paçavra ve talaş olduğunu gösterir nitelikte olan ilgili resmi daire tutanakları<sup>595</sup>, satılan makinelerin belirli bir kapasitede çalışacağını temin eden banka garantisinde kurulan makinelerin bu kapasiteye ulaştığını tespit eden bilirkişi raporu<sup>596</sup>, banka garantisi ile teminat altına alınan edimin ifa edildiğine dair İdare tarafından imzalanmış bir makbuz<sup>597</sup> veya borçlunun temel ilişkideki borcunu ifa ettiğini gösterir bir mahkeme kararı, likit delillere örnek olarak verilebilir.

#### 3.2.2.3.4.2.3. Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliğinde Olmasının Hukuki Sonuçları

Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun likit delillerle ispatı neticesinde bankanın ödeme yükümlülüğü doğmaz. Bu durumda bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmaması en önemli sonuç olmakla birlikte tek sonuç değildir; bu durum, teminat mektubu ilişkisinin yanı sıra karşılık ilişkisi ve temel ilişkide de bazı sonuçlar doğurur.

##### 3.2.2.3.4.2.3.1. Teminat Mektubu Sözleşmesi Bakımından Hukuki Sonuçlar

Hukuk düzeni bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumaz. Dolayısıyla İdarenin, bankaya ödeme talebinde bulunması bir hakkın kötüye kullanımı teşkil ederse bankanın ödeme yükümlülüğü doğmaz<sup>598</sup>. Bu durumda banka, hakkın kötüye kullanımına ilişkin bir savunma yaparak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Hatta söz konusu ödeme talebinin haksız ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun banka tarafından bilinmesi

<sup>594</sup> **Türkçü**, Ayşe Nilüfer: “Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması”, 65. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İüsbe, İstanbul-2005

<sup>595</sup> **Tekinalp**, 459.

<sup>596</sup> **Arkan**, Teminat Mektubu, 77.

<sup>597</sup> **Canbolat**, 235.

<sup>598</sup> **Canbolat**, 214; **Doğan**, 195;

halinde banka muhataba herhangi bir ödeme yapmamakla yükümlüdür<sup>599</sup>. Yargıtay da bir kararında bankanın, muhatapın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini biliyor olması durumunda bankanın ödeme yapmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>600</sup>. Bankanın hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunan İdareye ödeme yapmış olması halinde ödemiş olduğu tutar için daha sonradan İdareye başvurabilir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, bankanın muhatap konumunda olan İdareye başvurusunun dayanağının sebepsiz zenginleşme hükümleri olması gerektiğini ileri sürer<sup>601</sup>. Borçlu olmayan bankanın içine düştüğü hata sonucu yapmış olduğu ödeme, sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Keza, banka hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebinden dolayı İdareye karşı bir ödeme yükümlülüğü içinde değildir. Buna göre sebepsiz zenginleşmenin şartları oluşmuşsa banka, İdareye başvurarak ödemiş olduğu bedeli geri isteyebilir.

#### 3.2.2.3.4.2.3.2. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçlar

Bankanın hukuken vekâlet ilişkisi olarak nitelendirilen ve lehtar ile arasındaki karşılık ilişkisinden doğan en önemli yükümlülüğü, ödeme talebiyle karşılaştığında mümkün olan def'i ve itirazları ileri sürmektir. Bu yükümlülük, vekâlet sözleşmesindeki özen ve sadakat yükümünün gereğidir. Keza banka, bu def'i ve itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bu sayede de müşterisi konumunda olan lehtar hukuken korumuş olur. İdare, hakkın kötüye kullanımını teşkil eder bir biçimde ödeme talebinde bulunursa bankanın, ödeme yapmaktan imtina etmesi gerekir. Bu durumda ödeme yükümlülüğü bulunmayan banka, karşılık ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle teminat tutarını öderse ödediği tutar için lehtara rücu etme imkânını kaybeder<sup>602</sup>. Ancak banka, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek durumları bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa bu itirazı ileri sürme yükümlülüğü yoktur<sup>603</sup>. Bu yüzden ödeme talebinde bulunulması halinde istekli/yüklenici, İdareye karşı hakkın kötüye kullanıldığı itirazını ileri sürmesini talep ediyorsa, bankayı bu hususta

<sup>599</sup> **Ataseven, Binnur / Cömert, Oğuz:** “Banka Teminat Mektupları Bakımından İhtiyati Tedbir”, ([https://www.goksusafisik.av.tr/Articleletter/2020\\_Winter/GSI\\_Articleletter\\_2020\\_Winter\\_Article5.pdf](https://www.goksusafisik.av.tr/Articleletter/2020_Winter/GSI_Articleletter_2020_Winter_Article5.pdf)) (E.T: 22.02.2020, 22:20)

<sup>600</sup> Yargıtay 11. HD, T. 17.10.2014, E. 2013/11660, K. 2014/15876.

<sup>601</sup> **Serozan:** Rona: “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, 323. C.İı, 4.Baskı, İstanbul-2006. ; **Canbolat**, 240.

<sup>602</sup> **Canbolat**, 239.

<sup>603</sup> **Canbolat**, 244.

bilgilendirmeli ve likit delillerle bu talebin ileri sürülmesini istemelidir<sup>604</sup>. Bu husus önemlidir; keza İdareye hitaben verilen ve kamu ihale sürecinin garantisi olan teminat mektupları, “ilk talepte” ödeme kaydını ihtiva eder. Dolayısıyla istekli/yüklenici, bankayı bu hususta derhal bilgilendirmezse bankanın riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme yükümlülüğü olmadığından ödeme yükümlülüğü doğar ve İdareye ödeme yapılır.

### 3.2.2.3.4.2.3.3. Kamu İhale İlişkisi (Temel İlişki) Bakımından Sonuçlar

İdare tarafından yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılarak yapılması, kamu ihale sürecindeki olaylara dayanır. Kamu ihale sürecinde gerçekleşen veya gerçekleşmeyen bir olay üzerine İdare, riskin gerçekleştiğinden bahisle hakkını kötüye kullanarak ödeme talebinde bulunur. Bu durumda, temel ilişkinin borçlusunu konumunda olan istekli/yüklenicinin İdareye duyduğu güven zedelenir. Dolayısıyla bu ödeme talebi ve akabinde ödemenin yapılmasıyla birlikte İdarenin istekli/yükleniciye karşı dürüstlük kuralına aykırı bir davranışı ortaya çıkar. İstekli/yüklenici hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması nedeniyle teminat tutarının ödenmesinden önce veya sonra bir zarara uğrar. Bu zarar, İdareye duyulan güvenin kötüye kullanılması nedeniyle İdare tarafından tazmin edilmelidir.

İstekli/yüklenici, İdareye hitaben verilen teminat mektuplarının “ilk talepte” ödeme kaydını içermesi nedeniyle ilk başta likit deliller göstererek hakkın kötüye kullanıldığı itirazının banka tarafından ileri sürülmesini sağlayamayabilir. Bunun üzerine İdareye ödeme yapan banka, istekli/yükleniciye aralarındaki karşılık ilişkisi uyarınca rücu eder. Rücu borçlusunu konumunda olan istekli/yüklenici de bu meblağı bankaya ödemekle yükümlüdür. Bu durumda temel ilişki bakımından istekli/yüklenicinin malvarlığında İdarenin lehine olacak şekilde bir azalma meydana gelir<sup>605</sup>. İstekli/yüklenicinin fakirleşmesi ve İdarenin zenginleşmesi arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunur. Sebepsiz zenginleşmeye yol açan davranış, İdarenin teminat tutarını talep etme hakkını kötüye kullanmasıdır. Bu sebeple istekli/yüklenicinin İdareye karşı sebepsiz zenginleşmeye dayanarak rücu borçlusunu olarak bankaya ödediği miktarı ve varsa diğer

<sup>604</sup> Canbolat, 244.

<sup>605</sup> Canbolat, 246.



zararlarının karşılanması için İdareden iade talebinden bulunabilir<sup>606</sup>. Nitekim Yargıtay da bir kararında “...ödediği halde irat kaydedilen avans teminat mektubundan dolayı garanti veren bankaya karşı kontrgaranta olan davacı bu işlemde zarara uğrayacak, işveren ise avansın karşılığını mükerrer almış olacağından malvarlığında haksız zenginleşme meydana gelecektir...” değerlendirmesiyle bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir<sup>607</sup>.

### 3.2.3. TEMİNAT MEKTUPLARININ NAKDE ÇEVİRİLMESİ İSTEMİNE KARŞI İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ

#### 3.2.3.1. Genel Olarak İhtiyati Tedbir Kavramı ve İhtiyati Tedbir Şartları

Açılan bir davada yürütülen yargılama faaliyeti genellikle uzun sürer. Bu süre içerisinde dava konusu (müddeabih) zarar görebileceği gibi dava konusu hakkında geri dönüşü olmayan bazı olaylar cereyan edebilir. Aynı zamanda açılmış bir davanın (yargılamanın) devamı sırasında veya açılması düşünülen davanın açılmasına kadar ve yargılama sürecinde, dava ile ulaşılmak istenen sonuca (amaca) varılmasında güçlükler ortaya çıkabilir ya da dava sonucunda beklenen asıl (nihai-kesin) hukuki korumayı elde edememe olasılığı ortaya çıkabilir<sup>608</sup>. Davalının bu durumu bilerek ve isteyerek yapması da mümkündür. Bu da özellikle davacının hak kaybı yaşamasına neden olabilir. Bu sebeple hukuk düzeni, mahkemelere geçici hukuki koruma önlemleri olarak dava konusunu koruma altına alma yetkisi vermiştir. HMK m.389, bir geçici hukuki koruma kurumu olan ihtiyati tedbiri düzenlemiştir. İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır<sup>609</sup>. HMK ile yapılan bu düzenlemelere göre, geçici hukuki koruma, karşı tarafın kötüniyetli davranışlarını önlemek, dava sonucunu

<sup>606</sup> Reisoglu, 369; Kahyaoğlu, 102; Canbolat, 247.

<sup>607</sup> Y. 15.Hd, T.17.03.1986, E.1986/4097, K.1986/2019. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (E.T: 24.02.2020, 16.07)

<sup>608</sup> Günay, Erhan: “Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı: 148, S.109-115. Aralık-2018. Sütçü, Nezih: “İhtiyati Tedbir Ve İhtiyati Haciz”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt:34, Sayı:88, S.9-26. Ocak-2010. Arslan, Ramazan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, 7. Bankacılar Dergisi, Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar (Özel Sayı), 2013; Görgün, Şanal / Börü, Levent / Toraman, Barış / Kodakoğlu, Mehmet: “Medeni Usul Hukuku”, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2019.

<sup>609</sup> Pekcanitez, 2461. C.III; Kuru, 498. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz, 563; Günay, 109; Sütçü, 9.

güvence altına almak ve hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi (hayata geçirilmesi) için başvuru hukuki ve zorunlu bir çare; dava sonunda gerçekleşecek olan asıl (kesin) hukuki korumanın güvencesi, olarak tanımlanabilir<sup>610</sup>.

HMK m.389/1'e göre de: “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*”

İhtiyati tedbirin verilebilmesi için bazı şartlar öngörülmüştür. HMK m.389, ihtiyati tedbirin şartlarını düzenler. Buna göre ihtiyati tedbir bakımından iki temel şart bulunur. Bunlar, ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve ihtiyati tedbir sebebinin mevcut olmasıdır<sup>611</sup>. Bir hakkın mevcut olması HMK m.390/3'te “davanın esası yönünden haklılık” ibaresinden anlaşılır. Buna göre hâkim, daha davanın başında, hatta bazen davanın daha açılmadığı bir aşamada talep edenin ileri sürdüğü hakka bakarak haklılık öngörüsünde bulunması, yani dava sonunda da tedbir talep edenin haklı çıkacağı konusundaki kanaatinin, davanın reddedilecek olma ihtimaline ağır basması gerekir<sup>612</sup>. İhtiyati tedbir kararı, ancak uyuşmazlık konusu hakkında verilebilir<sup>613</sup>. İhtiyati tedbir sebebi ise; ihtiyati tedbir talebinin yapıldığı sıradaki mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından veya imkânsızlaşabileceğinden söz edilebilmesi halinde ihtiyati tedbir şartlarının var kabul edileceği anlamına gelir<sup>614</sup>. Bu durumlar için hâkime somut olarak bu sebeplerin sunulması, hâkimin de bu durumda bu sebepleri kararında belirtmesi gerekir. Somut bir sebep gösterilemiyor veya karar gerekçelendirilemiyorsa, ihtiyati tedbire karar verilemez<sup>615</sup>.

<sup>610</sup> Arslan, (Yenilikler) 8; Günay, 109; Sütçü, 9; Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, 733.

<sup>611</sup> Detaylı Bilgi İçin Bkz. Erişir, Evrim: “Geçici Hukuki Korumanın Temelleri Ve İhtiyati Tedbir Türleri”, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2013. Yılmaz, Ejder: “Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri” Yetkin Yayıncılık, Ankara-2001. Arslan (Yenilikler), 10; Pekcanitez, 2463. C.II; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 563. Kuru, 499;

<sup>612</sup> Pekcanitez, 2463. C.II; Sütçü, 12;

<sup>613</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 563; Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, 736 Vd.

<sup>614</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz 563. Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu, 736 Vd.

<sup>615</sup> Konuralp, Cengiz Serhat: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler”, İÜHF C. LXXI, S. 2, s. 225-274, 2013) Pekcanitez, 2467. C.II

İhtiyati tedbir, hukukta sıklıkla başvurulmuş bir geçici koruma önlemidir. İhtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için ihtiyati tedbir talep edenin korunmaya değer bir hakkı bulunmalı ve tedbir talep eden bu hakkın risk altında olduğunu mahkemeye somut sebeplerle göstermelidir. Hâkimin kanaati neticesinde talep haklı bulunursa, dava konusu (veya muhtemel dava konusu) üzerinde ihtiyati tedbir kararı verilir. Karar neticesinde maddi hukuka ve usul hukukuna dair birtakım sonuçlar doğar<sup>616</sup>. Özellikle Yargıtay, banka teminat mektupları ile ilgili kararlarında ihtiyati tedbire maddi hukuka etki eder bir işlev yüklemekte; temerrüdün tedbir kararı ile duracağı, yani bankanın ödeme yükümlülüğünün geçici olarak sona ereceğini kabul etmektedir<sup>617</sup>. Yargıtay, kararında, bankaya ihtiyati tedbir talebinin bildirilmesiyle artık bankanın temerrüdünden söz edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>618</sup>.

İhtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz mümkündür. İtirazın şartlarını HMK m.395, detaylı bir şekilde düzenlemiştir. İlgili maddeye göre, ikili bir ayırma gitmek gerekir. Bu ayırımın temel noktası, karşı tarafın hazır bulunup bulunmamasıdır.

HMK m.394/1'e göre "*Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz.*" Madde lafzından da anlaşıldığı üzere ihtiyati tedbir, karşı taraf dinlenmeden verilmişse, itiraza konu olabilir<sup>619</sup>. Ancak itiraz edilmesi, ihtiyati tedbir kararının icrasını durdurmaz. İhtiyati tedbir kararı, kural olarak icra daireleri tarafından yerine getirilir<sup>620</sup>.

HMK m.394/2'ye göre ise "*İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir.*"<sup>621</sup>

<sup>616</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Umar**, Bilge: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi", Yetkin Yayınları, Ankara-2014.

<sup>617</sup> **Pekcanitez**, 2497. C.II

<sup>618</sup> Bkz. **Pekcanitez**, 2497 C.II. Y.11.Hd. T.17.04.2013, E.2013/7485. K.2013/7548.

<sup>619</sup> **Görgün/ Börü/ Toraman/ Kodakoğlu**, 746.

<sup>620</sup> **Kuru**, 505.

<sup>621</sup> İhtiyati Tedbirlere Üçüncü kişiler de itiraz edebilir. Üçüncü kişilerin itiraz hakkını ve itirazın şeklini düzenleyen HMK m.394'e göre:

"(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

### 3.2.3.2. Teminat Mektuplarının Ödenmesi İsteminde İhtiyati Tedbir

#### 3.2.3.2.1. Önemi ve Geçerliliği

Teminat mektubu sözleşmeleri, birer garanti sözleşmesi olarak; lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden doğan borcun tam veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkması muhtemel risklerden doğabilecek zararları temin altına alan sözleşmelerdir. Bu sözleşmenin tarafları banka ve muhatap olup banka, tek tarafa borç yükleyen bu sözleşmenin borçlusu konumundadır. Lehtar, bu ilişkinin dışında olsa da banka teminat mektubu sözleşmeleri, teminat konusu bakımından sebebe bağlı olduğundan lehtardan tamamen bağımsız sözleşmeler olarak nitelendirilemez. Keza bankanın müşterisi konumunda olan lehtar, banka ile aralarındaki vekâlet sözleşmesi gereğince bankaya talimat vererek muhatap ile banka teminat mektubu sözleşmesinin kurulmasını sağlar.

Banka, muhatabın talebi üzerine yaptığı ödeme sonrasında lehtara rücu etme hakkına sahiptir. Banka, her ne kadar muhatabın ödeme talebinden sonra ödeme yapmakla yükümlüyse de, muhatap her durumda bu ödeme talebinde haklı olmayabilir. Muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya garantinin amacına aykırı olarak yapılması halinde bankanın ödeme yapma yükümlülüğü doğmaz. Hatta banka, ödeme yapmamakla yükümlüdür; aksi takdirde lehtara veya kontrgaranta rücu hakkını kaybeder ve bu kimselerin uğradığı zararlardan sorumlu olur. Fakat uygulamada özellikle “ilk talepte” ödeme emrini içeren teminat mektuplarında, bankanın ödeme talebinin hukuka uygun olup olmadığını inceleme yükümlülüğü çok sınırlıdır. Banka bu durumda yalnızca şekli bir inceleme yaparak muhatabın garanti konusu olayın gerçekleştiğine ilişkin beyanı (zımnen de olsa) üzerine ödeme yaparak borcunu ifa etmiş olur. Bu sebeple “ilk talepte” ödeme kaydını içeren teminat mektuplarının hukuka aykırı olarak tahsili, lehtar açısından bazı problemleri beraberinde getirir. Bu problemlerin başında, bankanın kendisine rücu etmesi ve hukuka uygun olmayan bir ödeme talebi yüzünden mükerrer olarak ödeme yapmaya mecbur kalmasıdır. Öte yandan bankanın

---

(4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.”

hak kazandığı komisyon ve masrafa ilişkin alacakları da lehtarın sorumlu olduğu diğer borçlarıdır.

Muhataba ilk talepte ödeme taahhüdünde bulunan banka, ödeme halinde kontrgaranta derhal rücu edebilir. Ayrıca bankanın mektubu tazmin etmesi de itibarı açısından çok önemlidir. Bu sebeplerle bankanın ihtiyati tedbir için mahkemeye başvurması beklenemez<sup>622</sup>. Bu durumu önlemek adına lehtarın bazı hukuki koruma yollarına başvurabilmesi gerekir. Nitekim doktrinde, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı olmayan lehtarın, mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak teminat mektubunun ödenmesine engel olup olamayacağı tartışılmıştır. Tartışmaların temel dayanak noktası, teminat mektubu sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme olduğu ve bu sebeple üçüncü kişi konumunda olan lehtarın ihtiyati tedbir talebinde bulunmasının teminat mektubu sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesini zedeleyip zedelemeyeceğidir<sup>623</sup>.

Kanaatimizce banka teminat mektubu sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin ihtiyati tedbir talebinde bulunabiliyor olması teminat mektubu sözleşmesinin bağımsızlığı prensibine zarar vermez. Nitekim UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 20'inci maddesinde de lehtara ihtiyati tedbir talebinde bulunma imkânı tanınmıştır. Keza bankanın garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yapabileceği inceleme çok kısıtlı olup ödeme yapmaktan kaçınabilmesi için lehtarın ihtiyati tedbir yoluna başvurabilmesi gerekir<sup>624</sup>.

Lehtarın ihtiyati tedbir kararı alabilmesi için ortada zarara uğrama ihtimali olan bir hakkının bulunması gerekir. İhtiyati tedbir, hukuki menfaati bulunan herkes tarafından talep edilebilir. Banka teminat mektubu ilişkisi açısından üçüncü kişi konumunda olsa da, lehtarın bu durumda hukuki menfaatinin bulunduğu tartışmasızdır. Zira muhataba yapılacak ödemenin akabinde banka lehtara rücu edeceğinden lehtarın bu ödeme sebebiyle zarara uğraması ihtimali yüksektir. Muhatabın hukuka aykırı ödeme talebinde

<sup>622</sup> **Reisoğlu**, 304.

<sup>623</sup> Detaylı Bilgi İçin Bkz. **Tunç Yücel**, Müjgan: “Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından Bir İnceleme”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C.8, No:107-108, 7-24. Yargıtay içtihatları, (Özellikle bkz. 11. HD 07.11.1983 T. 4883/4828 sayılı kararı) muhatabın ödeme talebinin lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişki kapsamında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına veya amaca aykırı olduğuna karar verilmesi halinde, bu durumun banka garantisinin bağımsızlığına aykırılık oluşturmadığı ve dolayısıyla ihtiyati tedbir yoluna başvurulmasının mümkün olduğu yönündedir. (**Ataseven/Cömert**, 60.)

<sup>624</sup> **Kaya**, 145.

bulunması durumunda, lehtarın bu talebi engelleyebilmesi için başvurabileceği iki yol vardır. Bu yollardan ilki, lehtarın bankaya likit deliller gösterip bankayı ikna etmesi neticesinde muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ispatlayıp bankanın ödeme yapmaktan kaçınmasını sağlamasıdır. Fakat “ilk talepte” ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında bu durum, zamansal olarak yapılması neredeyse imkânsız ve pratik açıdan mümkün olmayan bir yoldur. Bu durumda lehtar, ikinci bir yol olarak bankanın garanti bedelini ödemesini engellemek için mahkemeye başvurarak garanti bedeli üzerine ihtiyati tedbir koydurup hemen arkasından dava açabilir<sup>625</sup>.

Lehtarın bu yola başvurması halinde ihtiyati tedbir iki farklı şekilde verilebilir<sup>626</sup>. İhtiyati tedbir ilk olarak, bankaya karşı teminat bedelinin ödenmesinin yasaklanması şeklinde; ikinci olarak ise muhatabın ödeme talebinde bulunma hakkından geçici olarak men edilmesi şeklinde verilebilir<sup>627</sup>. Banka, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan bir ödeme talebi üzerine yapacağı ödeme sonucunda müşterisi konumunda olan lehtar, aralarındaki vekâlet ilişkisinden doğan özen borcunu yerine getirmeyerek zarara uğratabileceğinden bu zarar tehlikesinin önlenmesi açısından da lehtarın ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmesi lazımdır<sup>628</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda “ilk talepte” ödeme kaydını içeren teminat mektupları bakımından lehtarın bankaya ödeme yasağı konulabilmesi hakkında ihtiyati tedbir yoluna başvurabileceğini belirtmiştir<sup>629</sup>. Lehtarın mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak hukuka aykırı ödeme taleplerine dayanan ödemeleri engellemesi iki yolla olur: Bu yollardan ilki bankaya karşı ödeme yasağı getirilmesi, ikincisi ise muhataba karşı ödeme talebinde bulunma yasağı getirilmesidir.

Uygulamada teminat mektubu metnine, ihtiyati tedbir kararı alınsa dahi, bankanın ödeme yapmak zorunda olacağına dair bazı kayıtlar konulması muhatap tarafından

<sup>625</sup> Kahyaoglu, 87.

<sup>626</sup> Reisoğlu, Seza: “Teminat Mektuplarının Ödenmesinin İhtiyati Tedbir Kararı İle Önlenmesi Ve Sonuçları”, 472-473. Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara-1990, 471-481; Türkçü, 50; Ataseven/Cömert, 63-64.

<sup>627</sup> Doğan Vahit, 164-165. Canbolat, 297.

<sup>628</sup> Doğan Vahit, 168.

<sup>629</sup> Y. 11.HD, T.07.11.1983, E.1983/4883, K.1983/4828. Karar metninde şu şekilde hüküm tesis edilmiştir: “...muhatabın tazmin talebi halinde lehtarın yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleme durumunda olup olmamasına ve derhal istenilen tutarı ödemesi, diğer taraftan lehtarın teminat mektubunun ödenmemesi için mahkemeden tedbir kararı alarak ödemeyi engellemesi mümkün iken bunu yapmayarak bu ihmalkâr davranışlarının sonuçlarını, yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir işlemde bulunmamış olan bankaya yüklemenin yerinde olmamasına...” (Kazancı, E.T: 02.01.2020, 17:48)

istenebilir. Bu istemin reddedilmesi gerekir. Çünkü bu hükümlerin hukuki değeri bulunmayıp bu tarz bir anlaşma ile mahkemelerin yetkisi ortadan kaldırılamaz<sup>630</sup>. Bu istem yerine getirilse bile söz konusu kayıtlar hukuka aykırı olduğundan geçersizdir. Aynı şekilde lehtarın ihtiyati tedbir talep etmeyeceği yönünde banka teminat mektubuna konan bir hüküm de hiçbir şekilde lehtarını bağlamaz. Zira bir hakkın kullanılması imkanının doğmasından önceden feragat mümkün değildir<sup>631</sup>.

#### 3.2.3.2.2. Bankaya Karşı Ödeme Yasağı Getirilmesi

Lehtarın bazı şartlar altında bankanın muhataba karşı ödeme yapmasını engelleyecek bir ihtiyati tedbir kararı alması mümkündür. İhtiyati tedbir talebinde bulunan lehtarın temel dayanağı, muhatabın yapmış olduğu ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği veya garantinin amacına aykırı olduğu iddiasıdır<sup>632</sup>. Dolayısıyla lehtarın bu iddiasını ispatlaması gerekir.

İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil eder şekilde yapılıyor olması gerekir<sup>633</sup>. Hakkın kötüye kullanımı, kanaatimizce ihtiyati tedbir istenen mahkemede likit delillerle ispatlanmalı, yaklaşık ispat yeterli olmamalıdır. Aynı zamanda muhatabın garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunması halinde de ihtiyati tedbir kararı alınabilir. UNCITRAL Konvansiyonu'nun 19'uncu maddesinde de bu durum açıkça öngörülmüştür. Garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulması, muhatabın garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunması, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması veya garanti konusu olayın artık gerçekleşmesinin mümkün olmaması halinde gündeme gelir<sup>634</sup>. Bu durumda banka teminat mektubu sözleşmesi açısından menfaati bulunan üçüncü kişi konumunda olan lehtar, teminat göstererek ihtiyati tedbir kararı alınmasını mahkemeden isteyebilir. Lehtarın başvurusu

<sup>630</sup> Türkçü, 56.

<sup>631</sup> Türkçü, 57.

<sup>632</sup> Canbolat, 300.

<sup>633</sup> Kaya, 145; Doğan, 168; Canbolat, 302; Reisoğlu, 304.

<sup>634</sup> Bkz. Canbolat, 252 Vd.

üzerine mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde banka, artık belli bir süreliğine muhataba ödeme yapmaktan yasaklı hale gelir<sup>635</sup>.

### 3.2.3.2.3. Muhataba Garanti Alacağını Talep Etme Yasağı Konulması

Lehtar, bankaya ödeme yasağı konulmasının yanı sıra muhataba bankadan alacağını talep etme yasağı konulmasını da isteyebilir. Burada ihtiyati tedbir kararı, banka değil, muhatap açısından sonuç doğurur<sup>636</sup>. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için aynı bankaya karşı ödeme yasağı konulmasında olduğu gibi muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi veya garantinin amacına aykırılık oluşturması gerekir. Bu durumda, ihtiyati tedbir kararı verilmesinde hukuken menfaati bulunan lehtar, likit delillerle bu durumu ispatlayarak mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınması sağlayabilir<sup>637</sup>. Aynı şekilde ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için ayrıca lehtar tarafından içeriği ve miktarı hâkim tarafından belirlenecek bir teminat gösterilmesi gerekir<sup>638</sup>.

Verilen ihtiyati tedbir kararı, ödeme talebinde bulunulmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinin veya garantinin amacına aykırılık içereceği ihtimalinin ispatıdır. Bu sebeple bankanın ödeme yapmaktan kaçınması gerekir. Ancak bankanın bu ödemeden kaçınması için bu karardan haberdar olması, yani kararın bankaya tebliği gerekir. Aksi takdirde muhatap aleyhine verilmiş talep yasağı niteliğindeki bir ihtiyati tedbir kararının varlığına rağmen kendisine tebliğ edilmiş herhangi bir ihtiyati tedbir kararı bulunmaması durumunda bankanın, muhatap tarafından talep edilen ödemeyi yapması gerekir<sup>639</sup>.

<sup>635</sup> Yargıtay verdiği bir kararında, muhatabın talebinin haksız olduğunu bilen bankanın ödeme yapmaktan tedbir alınmasa bile zaten kaçınması gerektiğini vurgulamıştır. Bankanın böyle bir durumda ödeme yapması halinde lehtar ile aralarındaki sözleşmeyi ihlal edeceğini belirtmiştir. (Yargıtay 11.HD. 17.10.2014 T. 2013/11660 E. 2014/15876 K. Sayılı kararı) (Kazancı, E.T: 02.01.2020, 18:58)

<sup>636</sup> Canbolat, 312. Doğan Vahit, 180.

<sup>637</sup> Canbolat, 313.

<sup>638</sup> Nitekim HMK m.392/1'e göre de: "1) İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır."

<sup>639</sup> Durmaz, Bora: "Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı", 234. Legal Yayıncılık, İstanbul-2016.



### 3.2.3.3. İdareye Hitaben Verilen Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir

Kamu ihale sürecinde İdare, istekli veya yüklenicilerden çeşitli risklerin teminat altına alınması için teminat göstermelerini ister. Bu teminatlar, uygulamada 4734 sayılı KİK'e de uygun olarak genellikle banka teminat mektubu şeklinde gösterilir. İdareye hitaben 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar uyarınca gösterilen teminat mektupları, bazı hallerde gelir kaydedilir. Kanunların "gelir kaydetme" ibaresinden maksadı, İdarenin riskin gerçekleştiğinden bahisle bankadan ödeme talebinde bulunabileceği ve bankadan alınan ödemenin Hazineye gelir kaydedilmesidir. İdareye hitaben düzenlenen banka teminat mektupları her halükarda "ilk talepte" ödeme kaydını ihtiva eder. Dolayısıyla banka, İdarenin ödeme talebini aldığı anda, şekli bir inceleme sonucunda derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. Bankanın sahip olduğu çeşitli savunma imkânları olmakla beraber uygulamada bankanın İdareye karşı savunma imkânlarına başvurduğu pek söylenemez. Bankanın ödeme talebinden kaçınabilmesinin bir diğer yolu hakkın kötüye kullanılması yasağı ve garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulması savunması oluşturur. Banka teminat mektubu ilişkisinde lehtar konumunda bulunan istekli/yüklenici bu durumları ispat eder likit delillerle bankaya başvurup bankayı ikna edebilirse banka, İdareye ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Riskin doğmaması veya muhatabın hakkını kötüye kullanması halinde, bankanın kesin delillerin bulunması şartıyla resmi dairelerin tazmin talebini ret hakkı bulunmaktadır<sup>640</sup>. Ancak bankalar, prestij kaybı yaşamamak ve karşı tarafın İdare olması hasebiyle Devlet ile ters düşmemek için genellikle derhal ödeme yapar. Dolayısıyla muhatabı İdare olan teminat mektuplarının tazmininde lehtarın zarara uğraması çok olasıdır. Bunun için lehtarın, İdareye ödeme yapılmasını engellemek amacıyla ihtiyati tedbir yoluna başvurabilmesi düşünülebilir. Ancak bu mümkün değildir. Nitekim 4734 sayılı KİK m.34'te her ne suretle olursa olsun İdarece alınan teminatlar üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla İdareye hitaben verilen teminat mektuplarında ihtiyati tedbir yoluna başvurulması yasa hükmüyle engellenmiştir<sup>641</sup>.

<sup>640</sup> **Reisoğlu**, 318.

<sup>641</sup> KİK m.34'te yer alan bu yasağın Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle iptali gerektiği iddiasıyla Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. İtirazın konusu, ilgili maddenin Anayasanın Başlangıç'ı ile 2, 10, 11, 12, 36, 48, 90 ve 125. maddelerine aykırılığı iddiasıdır. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ilgili kanun maddesinin kuvvetler ayırımına, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasına, ve adil yargılanma hakkına aykırılığı ileri sürülmüş aynı

Kanaatimizce İdareye hitaben verilen teminat mektuplarında ihtiyati tedbir yoluna başvurulmaması yerinde değildir. Keza kamu ihale sözleşmeleri İdarenin özel hukuk sözleşmeleri olup İdare, yüklenici karşısında herhangi bir özel hukuk kişisi konumundadır. İdarenin kamu gücüyle donatılmadığı böyle bir durumda yasanın ihtiyati tedbir kararı alınmasına bir engel getirmesi çelişkili bir durum yaratır. Bu durum, kamu ihale sözleşmelerinin kamusal bir ihtiyacın giderilmesi amacı gütmesiyle açıklanabilir. Ancak bu açıklamaya katılmak da mümkün değildir. Zira alınan teminat oranları Devlet Hazinesinin büyüklüğü ile karşılaştırıldığında teminatın ödenmesine yönelik bir ihtiyati tedbir kararı konulması çok büyük bir zarar yaratmaz. Ancak bu zarar, istekli/yüklenicinin büyük bir zarara uğramasına yol açabilir. Aynı zamanda ihtiyati tedbir kararı, Devletin alacağını almasına sadece belli bir süreliğine engel olup Devletin alacağını alamaması anlamına da gelmez. İdarenin teminat mektuplarının ödenmesini talep etmeye yetkili personelinin, kasten veya ihmal ile, her zaman hukuka uygun davranmayacağı gerçeği karşısında, istekli veya yükleniciye ihtiyati tedbir kararı alma hakkı verilmelidir. Nitekim ihtiyati tedbirin haksız yere aldırıldığı ortaya çıkarsa Devlet zaten istekli veya yükleniciye karşı tazminat davası açabilir. Bu sebeple kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri niteliği karşısında, ilgili Kanun hükmünün kanaatimizce değişmesi gereklidir.

#### 3.2.3.4. İdareye Hitaben Verilen Teminat Mektuplarında Haciz ve İhtiyati Haciz

Haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulmasıdır<sup>642</sup>. Haciz İİK m.78-105 arasında düzenlenir. Haciz üzerine icra dairesi,

---

zamanda TBK kapsamındaki sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği prensiplerine de aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi istemi reddederek kanun maddesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Red gerekçesinde "...idarenin taraf olduğu sözleşmelerle diğerleri, aynı hukuksal özellikleri taşımadıklarından bunların aynı hukuksal konumda bulunmayan tarafları arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz." İbaresini kullanmıştır. Kanaatimizce Asliye Hukuk Mahkemesinin itiraz gerekçeleri haklı olup Anayasa Mahkemesi'nin red kararı yerinde değildir. Keza kamu ihale sözleşmelerinde tarafların eşitliği söz konusu olduğundan tarafların aynı hukuksal konumda bulunduğu kabulü ve değerlendirmelerin buna göre yapılması gerekir. (Anayasa Mahkemesi Kararı: T.19.06.2008, E. 2005/138, K.2008/124, RG Tarih-Sayı: 06.11.2009-27046)

<sup>642</sup> Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet:" İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı", 199. 3.Bası, Ankara-2016; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, İcra İflas, 233; Sütçü, 13.

borçlunun mal ve haklarını haczeder, satar ve elde edilen para ile alacaklının alacağını öder<sup>643</sup>. İİK m.257-268 arasında düzenlenen ihtiyati haciz ise, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun borcuna yetecek kadar malına geçici olarak hukuken el konulmasıdır<sup>644</sup>. İhtiyati haciz, HMK'da yer alan ihtiyati tedbirin özel bir türü olup sadece para alacakları için başvurulabilecek bir geçici hukuki koruma yoludur. Mahkemece ihtiyati hacze karar verilebilmesi için bazı şartların varlığı gerekir. İİK m.257, bu şartları düzenler<sup>645</sup>. Şartların gerçekleşmesi halinde mahkeme, ihtiyati hacze karar verir. Bu sayede alacaklının alacağı temin altına alınmış olur.

Banka teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadığından mektup metinlerinin kıymetli evrakta olduğu gibi haczi mümkün değildir<sup>646</sup>. Haciz talebinde bulunabilecek kişi, banka teminat mektubu sözleşmesi bakımından muhatap konumunda olan kişinin alacaklılarıdır. Banka teminat mektubu sözleşmelerinden doğan alacağın haczedilip haczedilemeyeceği sorunu, ödeme talebinde bulunulmuş olup olmamasına göre ikili bir ayrıma dayanarak incelenmelidir. Eğer muhatap tarafından bankaya ödeme talebinde bulunulmuşsa, icra takibinin borçlusunun (muhatap) alacağının haczine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Çünkü bu halde muhatap ödeme talebinde bulunmuş ve bankanın ödeme borcu doğmuştur<sup>647</sup>. Bu tür alacaklar İİK m.89 kapsamında haczedilir. Eğer muhatap bankadan ödeme talebinde bulunmamışsa alacak henüz doğmadığından muhatabın bankadan kesinleşmiş bir alacağı yoktur. Ancak riskin gerçekleşmesini müteakiben muhatabın bankadan müstakbel bir alacağı bulunur. Bu alacağın haczedilebilmesi de doktrin ve uygulamada kabul edilir<sup>648</sup>.

<sup>643</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, İcra İflas, 233.

<sup>644</sup> Bkz. Saldırım, Mustafa: "İhtiyati Tedbir Ve İhtiyati Haciz Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1997/2, S.203-222; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra İflas, 361. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, İcra İflas, 416.

<sup>645</sup> Detaylı bilgi için bkz. Uyar, Talih: "İhtiyati Haciz İsteminin Koşulları", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, 2585-2631. Özekes, Muhammet: "İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz", Seçkin Yayıncılık, Ankara-1999.

<sup>646</sup> Detaylı Bilgi İçin Bkz. Canbolat, Ferhat: "Banka Garantisinin Haczi Sorunu", Batider, Y.2008, C.XXIV, S.4, 157-173. Nitekim Yargıtay Da Bu Görüştedir. Bkz. Y. İid: T.25.06.1960, E.1960/4527, K.1960/4542. Y. İid: T.03.11.1966, E.1966/10795, K.1966/10869 (Kahyaoğlu, 94.)

<sup>647</sup> Doğan, 181.

<sup>648</sup> Arslan, Ramazan: "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiye Bildirilmesi Ve Sonuçları" AÜHFD, S.65 (4) 2016: 3217-3242

(<https://dergipark.org.tr/download/article-file/621796> (E.T: 06.03.2020, 15.34))

Doğan, 183; Kahyaoğlu, 94; Reisoğlu, 213.

KİK m.34/5, “*Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.*” hükmünü ihtiva eder. Hükümden İdareye hitaben düzenlenen teminat mektuplarından doğan alacağın hiçbir şekilde haczedilemeyeceği sonucu çıkar. Buna göre, İdarenin muhatap olduğu teminatlar bakımından söz konusu teminat, geçici teminat da olsa kesin teminat da olsa haczedilemez<sup>649</sup>. Bu yasak doktrinde bir görüşe göre<sup>650</sup> tüm alacaklılar bakımından geçerlidir. Bir başka görüşe göre ise<sup>651</sup>, bu yasak İdarenin alacaklıları bakımından getirilmiştir. Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Dolayısıyla haciz talebi İdarenin alacaklılarından geldiyse yasak söz konusu olup İdarenin banka nezdindeki alacağına ihtiyaten haciz konamaz. Ancak banka teminat mektubu ilişkisi açısından herhangi bir üçüncü kişi konumunda olmayan lehtarın banka teminat mektubundan doğan alacağa yönelik haciz talebinin yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

---

<sup>649</sup> **Canbolat**, 169. (Haciz)

<sup>650</sup> **Reisoğlu**, 216.

<sup>651</sup> **Kuru**, Baki:” Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, 133. Vedat Kitapçılık, 2.baskı, Ankara-2002.

## SONUÇ

Kamu ihale sözleşmeleri, kamu ihtiyaçlarını karşılayacak kamu alımlarını gerçekleştirmek için İdare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla taraflar arasında eşitlik söz konusudur. Ancak bu sözleşmeler vasıtasıyla ulaşılmak istenen sonuç, kamu yararının sağlanması olduğundan kamu ihale sözleşmeleri tipik birer özel hukuk sözleşmesi değildir. Bu sebeple kanun koyucu, bu sözleşmeleri özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bu ihtiyacın giderilmesi amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kabul edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, İdarenin kamu alımlarında uyması gereken esas ve usulleri düzenleyen Kanundur. İdare, bir mal, hizmet veya yapım işine ihtiyaç duyduğu zaman, kanunda öngörülen çerçevede bir ihale açar. İdarenin açmış olduğu ihale ilanı, borçlar hukuku anlamında öneriye davet niteliğindedir. İsteklilerin tekliflerini sunarak ihaleye katılmaları öneri, İdarenin ihale kararı akabinde ihale üzerine bırakılan istekliyi sözleşmeyi imzalaması için çağırarak karşılıklı imzaların atılması ise kabul anlamına gelir. Böylelikle imzaların atılmasıyla birlikte İdarenin kabul beyanı açıklanmış ve kamu ihale sözleşmesi akdedilmiş olur.

İdare, kamu ihale sürecinde uğraması muhtemel zararların güvencesi olarak istekli veya yükleniciden bir teminat göstermesini istemek zorundadır. 4734 sayılı Kanuna göre bu teminatlar ihale sözleşmesinden önce olabileceği gibi ihale sözleşmesinden sonra da olabilir. Bu teminatlar tedavüldeki Türk parası cinsinden gösterilebileceği gibi devlet iç borçlanma senetleri şeklinde de gösterilebilir. Ancak uygulamada en çok başvurulan bir üçüncü seçenek, banka teminat mektubu gösterilmesidir.

Garanti sözleşmesi niteliğinde olan banka teminat mektubu sözleşmesi, lehtar (istekli/yüklenici) ile muhatap (İdare) arasındaki temel ilişkiden (kamu ihale sözleşmesi) doğması muhtemel zararların banka tarafından garanti altına alınmasıdır. Teminat mektubu sözleşmeleri, İdare ile banka arasında kurulur. Bu sözleşmenin kurulmasını sağlayan, sözleşmeye aracılık eden kişi ise lehtardır. Dolayısıyla banka teminat mektubu sözleşmesinde üçlü bir ilişki söz konusudur. Bu üçlü ilişkide banka ile

lehtar arasındaki ilişkiye karşılık ilişkisi; banka ile muhatap arasındaki ilişkiye teminat mektubu ilişkisi; lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiye ise temel ilişki adı verilir.

Kamu ihale sürecine binaen İdareye hitaben verilen teminat mektupları açısından temel ilişki, kamu ihale sürecinin kendisi ve sonrasında kamu ihale sözleşmesidir. Banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisi ise vekâlet sözleşmesi hükmündedir. Keza lehtar, vekili konumundaki bankaya talimat vererek İdareyle sözleşme yapmasını ister. Banka da bu talimata uygun olarak müvekkilinin talimatı doğrultusunda teminat mektubu metnini hazırlayarak İdareye sunması için kendisine verir. Bu borçlar hukuku anlamında bir öneridir. İdarenin mektubu mevzuata ve ihale dokümanına uygun bulması sonucunda ise kabul söz konusudur ve teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olur.

İdareye hitaben verilecek teminat mektupları, geçici teminat mektupları, kesin teminat mektupları ve avans teminat mektuplarıdır. Geçici teminat mektupları ihaleye katılan her istekli tarafından teklif dosyası içinde İdareye sunulmak zorundadır. Geçici teminat mektubu, isteklinin ihale kendi üzerine bırakılmasına rağmen ihale sözleşmesini imzalamaması veya imzalamaya ehil olmaması riskine karşı gösterilir. Kesin teminat mektupları ise, kamu ihale sözleşmesini imzalayan ve artık “yüklenici” sıfatını alan özel hukuk kişinin sözleşmeyi gerektiği gibi ifa etmemesi riskine karşı gösterilir. İdarenin yükleniciye bazen de görülen işin ifası için bir ön ödeme yapması gerekir. Bu durumda yapılan ön ödemeler, yüklenicinin hakedişlerinden kesinti yapmak suretiyle geri alınır. Ancak İdare, bu ön ödemeleri geri alamama riskine karşı da kendisine bir teminat gösterilmesini ister. Bu gösterilen teminat da avans teminatıdır ve avans teminat mektubu şeklinde gösterilebilir.

Banka teminat mektubu sözleşmeleri, henüz pozitif düzenlemelere konu olmamıştır. Bu sebeple garanti sözleşmelerinin bir türü olan banka teminat mektubu sözleşmeleri herhangi bir kanuni şekle de tabi değildir. Ancak 4734 sayılı Kanun, İdareye hitaben gösterilecek teminat mektuplarının şeklini belirleme yetkisini Kamu İhale Kurumu'na vermiştir. Dolayısıyla gösterilen teminat mektuplarının Kurum'un gösterdiği şekle uygun olması gerekir, aksi halde sözleşme kurulamaz.

İstekli veya yüklenicinin göstermiş olduğu teminat mektupları, mevzuatın belirttiği bazı hallerde kendilerine iade edilir. Teminat mektuplarının iadesiyle birlikte teminat

mektubu sözleşmesi de sona erer. Bu iade aslında hukuken gerekli değildir. Çünkü teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadığından mektup metinlerinin iadesi zaruri değildir.

4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK, bazı durumlarda ise gösterilen teminatların gelir kaydedileceğini belirtmiştir. Teminat bedelinin gelir kaydedilebilmesi için İdarenin öncelikle bankadan ödeme talebinde bulunması gerekir. İdare, ancak teminat mektubu sözleşmesiyle garanti edilen riskin gerçekleşmesiyle ödeme talebinde bulunabilir. Mevzuat, teminatların gelir kaydedileceği durumları düzenlerken aslında garanti edilen risklerin ne zaman gerçekleşeceğini belirtmiştir.

Bu risklerin gerçekleşmesi üzerine İdare, bankadan ödeme talebinde bulunur. Banka, İdareye derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. Keza İdareye verilen teminat mektupları “ilk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarıdır. “İlk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarında, bu mektupların özelliği gereği bankanın garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme gibi bir yükümlülüğü yoktur. Banka, sadece şekli bir inceleme yaparak İdareye ödeme yapar. Ödemeyi alan İdare bu tutarı Hazineye gelir kaydeder. Uğramış olduğu diğer zararlarının tazmini amacıyla tazminat davası açma hakkı ise saklıdır.

Banka, yapılan her ödeme talebini kabul ederek ödeme yapmak zorunda değildir. Keza muhatabın ödeme talebi her zaman hukuka uygun olmayabilir. Bu durumda bankanın sahip olduğu savunma imkânları gündeme gelir. Banka sahip olduğu savunma imkânlarını kullanarak hukuka aykırı bir ödeme talebini reddederek ödeme yapmaktan kaçınır. Hukuka aykırılık, ödeme talebinin şekli, zamanı veya ödeme talebinde bulunabilecek kişi açısından olabilir. Bu aykırılıklar genelde senet metninden anlaşılabilir. Şekli bir incelemeden sonra bankanın bu aykırılıkları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınması gerekir. Hatta banka bu durumda ödeme yapmaktan kaçınmak zorundadır. Keza hukuka aykırı bir ödeme talebini incelemeden kabul edip ödeme yapan banka, lehtara veya kontrgaranta rücu hakkını kaybeder.

Ödeme talebinin hukuka aykırılığı her zaman senet metninden anlaşılabilir. Özellikle muhatabın hakkın kötüye kullanımı teşkil eder veya garantinin amacına aykırı şekilde ödeme talebinde bulunması durumunda hal böyledir. Bu durumda bankanın

ödeme talebinin esasına ilişkin bir inceleme yapması gerekir. “İlk talepte” kaydını içeren banka teminat mektuplarında ise bu mümkün olmamakla beraber bankanın böyle bir yükümlülüğü de yoktur. Bu sebeple banka, İdarenin ödeme talebiyle karşılaştığında bu durumu derhal lehtara bildirmelidir. Bankanın temel ilişkiye yabancı olması sebebiyle bu durumu tespit etmesi pek mümkün değildir. Dolayısıyla ödeme talebinin lehtara bildirilmesiyle birlikte hukuka aykırı ödeme talebi ortaya çıkarılabilir. Ödeme talebinin hukuka aykırılığının ispatı likit delillerle yapılır. Likit delil, bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini objektif olarak kuşku götürmez bir biçimde ortaya koyan delillerdir. Likit delillerin bankaya sunulmasıyla beraber banka, İdareye ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Banka teminat mektuplarının ödenmesine geçici olarak engel olunabilmesi ihtiyati tedbir kararıyla da sağlanabilir. İhtiyati tedbir kararı muhatabın ödeme talebinde bulunmasının yasaklanması suretiyle olabileceği gibi bankaya ödeme yasağı getirilmesi suretiyle de olabilir. Ancak kamu ihale sözleşmelerine binaen İdareye hitaben verilen teminat mektuplarının ödenmesine ihtiyati tedbir kararıyla engel olunamaz. Zira Kanun bu durumu düzenlemiş ve bu duruma özel bir yasak getirmiştir. Aynı şekilde İdarenin alacaklılarının İdarenin teminat mektubu dolayısıyla banka nezdinde sahip olduğu alacak üzerine haciz koydurabilmeleri de mümkün değildir. İlgili Kanun maddesi uygulamada bazı haksızlıklara yol açmaya müsaittir. Keza İdarenin her talebi hukuka uygun olmayabilir. Bu durumda mahkemelerin devreye girerek hak kayıplarının önlenmesi ve geçici hukuki himaye tedbirlerinin alınarak özel hukuk kişilerinin korunması gerekir. İlgili maddenin ilga edilerek İdareye hitaben verilen banka teminat mektuplarında da ihtiyati tedbir kararı ve haczin mümkün hale getirilmesi uygun olur. Böylece hem kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri niteliği güçlenecek hem de ihale sürecinde teminatlarla ilgili yaşanan uyuşmazlıklar daha az hak kaybıyla çözüme kavuşturulacaktır.



## KAYNAKÇA

- ABACIOĞLU**, Muhittin: “Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması”, 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-2003.
- AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya: “Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku”, Beta Yayınevi, İstanbul-2013.
- AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya: “Eşya Hukuku”, 2.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul-2018.
- AKİPEK**, Jale: “Türk Medeni Hukuku”, C.I. Ankara-1973
- AKYAZAN**, Sıtkı: “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, *BATİDER*, Cilt:7, Sayı:3, s.567-579. Haziran-1974. (*Tatbikat*)
- AKYAZAN**, Sıtkı: “Banka Teminat Mektupları”, *BATİDER*, Cilt:5, Sayı:1, s.16-33. Şubat- 1969. (*Banka Teminat*)
- AKYAZAN**, Sıtkı: “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, *BATİDER*, Cilt:8, Sayı:1, s.1-13. Haziran-1975. (*Zamanaşımı*)
- AKYILMAZ**, Bahtiyar / **SEZGİNER**, Murat / **KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, . Seçkin Yayınevi, 4.Baskı, Ankara-2013
- AKYOL**, Şener: “Banka Sözleşmeleri”, Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan, İstanbul-2001 (*Banka*)
- AKYOL**, Şener: “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006 (*Yasak*)
- ALIŞKAN**, Murat: “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, AÜHFD, Cilt:8, Sayı: 1-2, s.351 vd. 2005.
- ALTAŞ**, Hüseyin: “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi”, 77. Yetkin Yayınevi, Ankara-1998
- ALYANAK**, Servet: “Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ekim-2015. (*AB Kamu İhale*)

- ALYANAK**, Servet: “Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi (*Genel İlkeler*)
- ANTALYA**, Gökhan: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” C.V/1,1, 2.Baskı, Ankara-2019.
- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**, Hasan: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 12.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2019.
- ARAL**, Fahrettin: “Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki”, *BATİDER*, Cilt: 24, Sayı:2, s.189-200. Aralık-2007.
- ARAL**, Fahrettin: “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara-2010.
- ARKAN**, Sabih: “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, 63. *BATİDER*, C. 16, S. 4, 1992, s. 59-84
- ARSLAN**, Deniz: “İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı” *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:10, Sayı:103, s.34-40. Mart-2015.
- ARSLAN**, Ramazan: “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağıının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi Ve Sonuçları” *AÜHFD*, S.65 (4) 2016: s.3217-3242 (*Haciz*)
- ARSLAN**, Ramazan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, *Bankacılar Dergisi*, Bankacılık Uygulamasında Güncel Hukuki Sorunlar (Özel Sayı), 2013. (*Yenilikler*)
- ARSLAN**, Ramazan / **YILMAZ**, Ejder / **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema: “İcra ve İflas Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara-2016. (*İcra İflas*)
- ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder / **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema: “Medeni Usul Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara-2016. (*Medeni Usul*)
- ATASEVEN**, Binnur / **CÖMERT**, Oğuz: “Banka Teminat Mektupları Bakımından İhtiyati Tedbir”

**ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 18.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2018.

**ATUĞ**, Mustafa / **TAYTAK**, Mustafa: “Kamu Satın Alımları Kapsamında Doğrudan Temin Uygulamalarının Değerlendirilmesi ve Bir Vaka Analizi”, Sayıştay Dergisi, Cilt:29, Sayı:110, s.91-123. Temmuz-2018.

**AYHAN**, Fatma: “İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2012.

**AYRANCI**, Hasan: “Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)”, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.

**BAFRA**, Erdem: “Kira Sertifikalarının Kamu İhalelerine Katılımda Teminat Aracı Olarak Kullanılması Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:133, s.14-22. Eylül-2017.

**BARLAS**, Nami: “Banka Teminat Mektupları”, İstanbul-1986.

**BARLAS**, Nami: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri” Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı. İstanbul-1999” (*Çerçeve*)

**BAŞARA**, İzzet: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:22, Sayı:83, s.302-317. Temmuz-2009.

**BAŞPINAR**, Veysel: “Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı” Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara-1998

**BİLGİN**, Mahmut: “Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk”, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara-2011.

**BİLGİN**, Hüseyin: “Son Değişiklikler Işığında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:38, s.123-137. Ekim-2009.

**BİLİR**, Dilek: “Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-2010.)

- BUZ**, Vedat: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları”, Yetkin Yayınları Ankara-2007.
- CAN**, Ozan: “Kamu İhale Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara-2018.
- CANBOLAT**, Ferhat: “Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler” Yetkin Yayınları, Ankara-2009.
- CANBOLAT**, Ferhat: “Banka Garantisinin Haczi Sorunu”, BATİDER, Y.2008, C.XXIV, S.4, 157-173 (*Haciz*)
- CANBOLAT**, Ferhat: “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, s.255-270. Haziran-2008.
- CANBOLAT**, Ferhat / **TOPUZ**, Seçkin: “Kefalet İle Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar”, TBBD, Y.2008, S.78.
- ÇELİKTAŞ**, İbrahim: “4964 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, Cilt:14, Sayı:50-51, s.103-120. Temmuz-Ağustos-2003.
- ÇİYİLTEPE**, Hamdi: “Geçici Teminat Mektupları ve Geçici Teminat Mektuplarında İhale Konusu İşin Adının Hatalı Yazılmasının Sonuçları”, (*academia.edu*)
- DALDABAN**, İhsan İbrahim: “Şarta Bağlı Teminat Mektuplarına İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:5, s.272-287. Eylül-2017.
- DAVARCI**, Atakan / **BAYRAM**, Orkun: “Teminat Mektubu ve Hukuki Niteliği”, (<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/136malicozum/17.pdf>)
- DAVRAN**, Bülent: “Rehin Hukuku Dersleri”, Fakülteler Matbaası – İstanbul 1972
- DEMİRBOĞA**, Dursun Ali: “Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi”, Yetkin Yayınları, Ankara-2013.

- DERYAL**, Yahya: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun” (www.turkhukuk sitesi.com)
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, “Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri”, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009
- DOĞAN**, Elif: “Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara-2010.
- DOĞAN**, Vahit: “Banka Teminat Mektupları”, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara-2005.
- DOĞAN**, Vahit: “Teminat Akreditifleri”, GÜHFD, Cilt: VI, S.2, Aralık 2004.
- DOĞANYİĞİT**, Sadettin: “Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, 1450. Seçkin Yayınevi, Ankara-2016. (Kamu İhale)
- DOĞANYİĞİT**, Sadettin: “Haklarında Kamu Davası Açılanların İhale Yasağı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:4, s.118-121. Aralık-2006. (*Yasak*)
- DOĞANYİĞİT**, Sadettin: “İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, s.77-79. Eylül-2006. (*Engel*)
- DURAL**, Mustafa / **ÖZ**, Turgut: “Türk Özel Hukuku - Miras Hukuku” C.4, Filiz Kitabevi, İstanbul-2019.
- EDİS**, Seyfullah: “Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri”, Sevinç Matbaası, Ankara-1979
- EKŞİ**, Nuray: “ICC’nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Birörnek Kuralları” (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 758) (2010 Revizyonu – URDG 758) Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makalalar, (Editör: **EKŞİ**, Nuray. 1.Baskı, İstanbul-2011, s.159-168)
- EREN**, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Ankara-2019. Yetkin Yayınları (*Borçlar Genel*)

- EREN**, Fikret: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, Ankara-2019. Yetkin Yayınları  
(*Borçlar Özel*)
- ERİŞİR**, Evrim: “Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri”,  
Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2013.
- ERTANHAN**, Mesut: “Kamu İhale Kanununa Tabi İhalelerde Teklif Dosyası, Teklif  
Mektubu ve Geçici Teminat” Terazî Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:16, s.79-91.  
Aralık-2007.
- ERTAŞ**, Şeref: “Eşya Hukuku”, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 14.Baskı, İzmir-  
2018.
- ESENER**, Turhan / **GÜVEN**, Kudret: “Eşya Hukuku”, Yetkin Yayınları, 8.Baskı,  
Ankara-2019.
- GİRİTLİ**, İsmet / **BİLGEN**, Pertev / **AKGÜNER**, Tayfun: İdare Hukuku, DER  
Yayınları, 3.Baskı, İstanbul-2008
- GÖK**, Yaşar: “Kamu İhale Sözleşmelerine Hâkim Olan İlkeler” (*ilkeler*)
- GÖK**, Yaşar: “Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu”, Seçkin  
Yayınevi, 5.Baskı, Ankara-2012. (*Soru Cevap*)
- GÖK**, Yaşar: “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler”, Dış Denetim  
Dergisi, Sayı:2, Yıl:1, Ekim/Aralık-2010. (*Temel İlkeler*)
- GÖK**, Yaşar: “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Sözleşmenin Devredilmesi”,  
Mali Hukuk Dergisi, Sayı:135, Mayıs-Haziran 2008 (*Devir*)
- GÖNEN**, Dinçer / **İŞİK**, Hikmet: “Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve  
İlgili Mevzuat”, Birinci Bası-2003
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 16.Baskı, Bursa-2015.  
(*İdare*)
- GÖZLER**, Kemal: “Hukuka Giriş”, 10.Baskı, Bursa-2013. (*Giriş*)

- GÖZLER**, Kemal / **KAPLAN**, Gürsel: “İdare Hukuku Dersleri”, Ekin Yayınevi, 17.Baskı, Bursa-2015.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref / **TAN**, Turgut: “İdare Hukuku”, c.1, Turhan Kitabevi, Ankara-2007
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, 27.Baskı, Ankara-2008
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler” C.II, 3.Bası, Vedat Kitapçılık- İstanbul, 2014.
- GÜNDAY**, Metin: “İdare Hukuku”, İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Ankara-2017.
- GÜNDÜZ**, Şefika Deren: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2012
- HATEMİ**, Hüseyin / **GÖKYAYLA**, Emre: “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2015.
- HATİPOĞLU**, Fatma: “Banka Garantileri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1990.
- HÜTTINGER**, S.A: Bieterschutz durch Schadenersatz im deutschen und europaeischen Vergaberecht – Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Diss., Würzburg-2005.
- İMRE**, Zahit: “Medeni Hukuka Giriş”, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1980.
- İNAN**, Atila: “İhale Hukuku Ders Notları”, Öztepe Matbaacılık, 4.Baskı, Ankara-2016. (İhale)
- İNAN**, Atila: “Kamu İhale Kanunu Açısından Mücbir Sebep Kavramı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:27, s.125-128. Kasım-2008. (Mücbir Sebep)
- İSPİR**, Begüm: “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara-2009
- KAHYAOĞLU**, Emin Cem: “Banka Garantileri”, Beta Yayınları, İstanbul-1996.

- KALE**, Harun: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Feshin Sonuçları”  
([https://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1250.htm](https://www.turkhukusitesi.com/makale_1250.htm))
- KAPLAN**, İbrahim: “İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri”,  
Yetkin Yayınları, Ankara-2013
- KARACA**, Mehmet: “Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin  
Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi”, Seçkin Yayınları, Ankara-  
2009
- KAYA**, Arslan: “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde  
Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995,
- KELEŞ**, Âdem: “Tüketici Sözleşmelerinde Teminat”, Ankara Üniversitesi Sosyal  
Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. Ankara-2015.
- KEYİK**, Avşar Kemal: “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali, Kamu  
İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, 2008.
- KILIÇ**, Duygu: “Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri”, Adalet Yayınevi, 1. Baskı,  
Ekim-2010.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 22.Bası,  
Ankara-2018.
- KLIGNER**, M.H: Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers,  
Effektiver Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidung und Aufhebung der  
Ausschreibung im europaischen und deutschen Vergaberecht, Berlin-2005.
- KOCAMAN**, Arif: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”, Banka ve  
Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:15, Sayı:3, s.49-66. Haziran-1990.
- KONURALP**, Cengiz Serhat: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre  
İhtiyati Tedbir”, İÜHFM, Cilt:71, Sayı:2, s.225-274. 2013.
- KUNTALP**, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan  
Sorumluluk” Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul-1995



- KURU**, Baki: “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, Legal Yayınevi, İstanbul 2015
- KUTLU**, Meltem: “İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci”, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75. İzmir-1997.
- KÜÇÜK**, Salim: “Kamu İhale Sözleşmeleri Bağlamında Mücbir Sebep ve Sözleşmelerin Feshine Etkisi”, “Kamu İhale Hukuku Notları – Kamu İhale Hukuku 2018 Yılı Çalıştayı Tebliğleri” Aristo Yayınları. İstanbul, 2019. (Editörler: **ARSLAN**, Çetin / **HAKKAKUL**, Seyyid Ahmet / **GÜZEL**, Ezgi)
- KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan / **AKİPEK**, Şebnem: “Kamu İhale Sözleşmeleri”, Mali Hukuk Dergisi, 2003. Yıl: 18, Sayı: 103. s.39-50.
- METHİBAY**, Yaşar: “Harcama Hukuku” (Kamu Harcamalarının Hukuki Analizi), Orion Kitabevi, Ankara-2014
- NOMER**, Haluk: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Beta Yayınevi, İstanbul-2015.
- ODYAKMAZ**, Zeliha: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1-2), s.141-195. Ankara-1998.
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009. (Borçlar Genel)
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut: “Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar”, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2012. (Medeni Hukuk)
- OMAĞ**, Semra: “Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri”, BATİDER, Cilt:6, Sayı:2, s.325-342. Aralık-1971.
- OY**, Osman: “Bankacılık Uygulamasında Teminat ve Kefalet Mektupları”, İnterbank Uluslararası Eğitim Merkezi Yayınları, No:22.
- ÖNDER**, Bengisu: “Türk Hukukunda Banka Teminat Mektupları”, Ankara-2019.
- ÖNER**, Erdoğan: “Vergi Hukuku”, Seçkin Yayınevi, 6.Baskı, Eylül-2015, Ankara
- ÖZAY**, İlhan. : “Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Hukuk Fakültesi yayını, 1999.

- ÖZBOYACI**, Alper: “Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar” Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:31, Mart-2009.
- ÖZÇELİK**, Barış: “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:28, Sayı:123, s.303-324. Mart-2016.
- ÖZDEMİR**, Atalay: “Borçlar Yasasının 110.Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları”, Yargıtay Dergisi, Cilt:10, Sayı:1-2, s.253-270. Ocak-Nisan 1984.
- ÖZEK**, Ali / **KAYA**, Osman: “Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması” Güncellenmiş ve Geliştirilmiş II.Baskı.
- ÖZEKES**, Muhammet: “İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz”, Seçkin Yayıncılık, Ankara-1999.
- ÖZEN**, Burak: “Kefalet Sözleşmesi” Vedat Kitapçılık, İstanbul-2008.
- ÖZSUNAY**, Ergun: “Medeni Hukuka Giriş”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5.Baskı, İstanbul-1986.
- ÖZTÜRK**, Gülay: “Banka Teminat Mektuplarında Lehdarın Hak ve Yükümlülükleri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:5, s.20-27. Ocak-2007.
- PALACIOĞLU**, Tezer: “Banka Teminat Mektupları”, 11.İTO/İDA Yayınları, İstanbul Kalkınma Ajansı, Yayın No: 2018-10, Temmuz-2018.
- PAMUKÇU**, İzzettin: “Teminat Mektupları”, Ankara-1976
- PEKCANITEZ**, Hakan: “Medeni Usul Hukuku” C.2, 15. Bası, İstanbul-2017.
- PELLUMBİ**, Sokol: “Banka Kredi Hukukunda Teminatlar” , (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul -2006.
- PULAŞLI**, Hasan: “Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları”, 205. Adalet Yayınları, 5.Baskı, Ankara-2017.

- REGLER, R:** “Das Vergaberecht Zwischen Öffentlichen Und Privatem Recht”. Berlin-2007.
- REİSOĞLU, Seza:** “Garanti Mukavelesi”, Ajans-Türk Matbaası, Ankara -1963. (*Garanti*)
- REİSOĞLU, Seza:** “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler”, Turhan Kitabevi, Ankara-2003. (Teminat)
- REİSOĞLU, Seza:** “Teminat Mektuplarının Ödenmesinin İhtiyati Tedbir Kararı ile Önlenmesi ve Sonuçları”, s.471-481. Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara-1990.
- SALDIRIM, Mustafa:** “İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1997/2.
- SAYIN, İsmail Hakkı:** “Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” Mart-2008.
- SANCAR, Ayşe Esin:** “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2. Aralık-2014.
- SELÇUK, Emre:** “Banka Teminat Mektuplarının Tanımı, Unsurları, Tarafları ve Hukuki Niteliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:89, Sayı:2, s.363-371. Mart-2015.
- SEROZAN, Rona:** “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, C.III, 4.Baskı, İstanbul-2006.
- SOMUNCUOĞLU, Ünal:** “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Sorunlar”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Cilt:4, Sayı:6, s.399-404. Haziran-2014. (*Sorunlar*)
- SOMUNCUOĞLU, Ünal:** “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgaranti Sözleşmeleri”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, s.265-268. Aralık-2014. (*Teminat*)
- SONGUR, Damla / CEYLAN, Çiğdem:** “Banka Teminat Mektubu – Hukuki Niteliği ve Çeşitleri” Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:4, s.149- 177. Aralık-2014.

- SİRMEN**, Lale: “Eşya Hukuku”, Yetkin Yayınları – 3.Bası. Ankara-2015.
- SÜTÇÜ**, Nezi: “İhtiyati Tedbir ve ihtiyati Haciz”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt:34, Sayı:88, s.9- 26. Ocak-2010.
- ŞAHİNER**, Serhat: “Kamu İhalelerinde Teminatlar”, Adalet Yayınevi. Ankara-2016.
- ŞAKAR**, Ceren: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Aydın-2016.
- ŞEN**, Özey: “4735 Sayılı Kanun Çerçevesinde Sözleşmenin Devri”, 71-76. Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, 2010
- ŞENER**, Oruç Hami: “Ortaklıklar Hukuku”, Seçkin Yayınları, 2.baskı.
- TAN**, Turgut: “İdare Hukuku”, Turhan Kitabevi, Eylül-2011.
- TANÖR**, Reha: “Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme”, 191 vd. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, s.189-210. Temmuz-2004.
- TAŞPOLAT**, Ali: “Banka Garantileri”, İstanbul 1989
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, Melis: “Banka Teminat Mektupları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:83, Sayı:1, s.301-335. Ocak-2009.
- TEKİNALP**, Ünal: “Banka Hukukunun Esasları”, C.1, İstanbul-1998
- TEKİNSOY**, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”. AÜHFD, S.2, C.55, Ankara-2006.
- TEOMAN**, Ömer: “Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI (28-29 Nisan, 1995) Ankara-1995. s.107-144.
- TERCİER**, Pierre / **PICHONNAZ**, Pascal: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Oniki Levha Yayınları, İstanbul-2016 (Çeviren: **DEVELİOĞLU**, Murat)

- TOPRAK**, Eren: “Kamu İhale Sisteminde Yeni Bir Kavram: Çerçeve Sözleşme İhaleleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:19, s.141-166. Mart-2008. (Çerçeve)
- TOPRAK**, Eren: “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Düzenlenen Tarafların Eşitliği İlkesine İlişkin Değerlendirmeler”, Kamu İhale Hukuku 2018 Yılı Çalıştay Tebliği, Aristo Yayınevi, Mart-2019. (Eşitlik)
- TUNA**, Mustafa Oğuz: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul-2013.
- TÜRKÇÜ**, Ayşe Nilüfer: “Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜSBE, İstanbul-2005.
- TÜRKOĞLU**, Yekta / **ŞAKI**, Turhan / **EGEMEN**, Ercan: “İhale Hukuku ve İnşaat İşleri”, Olgaç Matbaası. Ankara-1985.
- UMUR**, Ziya: “Roma Hukuku Lügatı”, Fakülteler Matbaası – İstanbul, 1975
- USLU**, Yusuf: “Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları”, Kamu İhale Kurumu (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara-2006.)
- USTA**, Mahmut: “Teminat Mektupları”, Pamukbank T.A.Ş. Eğitim Bölümü Yayını, 3.Baskı, Yayın No:7, Nisan-1995.
- UYAR**, Talih: “İhtiyati Haciz İsteminin Koşulları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, 2585-2631
- UZ**, Abdullah: “Kamu İhale Kanunu 10/4-F Hükmü Bağlamında İhaleyi Yapan İdare Kavramı ve Kapsamı Üzerine Bir Değerlendirme ve Sağlık Bakanlığı Örneği” Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:66, Şubat-2012. (İdare)
- UZ**, Abdullah: “İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri”, Turhan Kitabevi, Ankara-2010. (Rejim)
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet: “Türk Medeni Hukukü” C.I-Cüz 1, Umumi Esaslar. 7.baskı, İstanbul-1968

- VURAL**, Muzaffer: “Teminat Mektupları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1981.
- YALÇINKAYA**, Merve: “Banka Teminat Mektuplarının Tanımı, Niteliği, Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler ve Geçerlilik Şartları”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, İstanbul-2016
- YASAN**, Mustafa: “İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1-2, s.27-63. Haziran-Temmuz/2012.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak: “Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)”, 15.Baskı, İstanbul-2018.
- YAZICI**, Zeliha: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları”, İller Bankası A.Ş. Uzmanlık Tezi, Haziran-2018.
- YENER COŞKUN**/ Hilal: “Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları”, İstanbul-2012.
- YILDIRIM**, Ramazan: “İdare Hukuku Dersleri II”, Mimoza Yayınevi, 2.Baskı, Konya-2012
- YILMAZ**, Ejder: “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Yayınevi, Ankara-2003.
- YILMAZ**, Ejder: “Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri” Yetkin Yayıncılık, Ankara-2001.  
(*Hukuki Himaye*)
- ZEVKLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, Emre: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Turhan Kitabevi, 19.Bası, Ankara-2019.
- ZOR**, Ömer Tuğrul: “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:90, s.77-86. Şubat-2014. (Ceza)
- ZOR**, Ömer Tuğrul: “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi”, Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara-2006. (Yasak)

## **İNTERNET KAYNAKLARI**

<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1029/1605.pdf>, Erişim Tarihi: 02.09.2019

[https://www.goksusafiisik.av.tr/Articletter/2020\\_Winter/GSI\\_Articletter\\_2020\\_Winter\\_Article5.pdf](https://www.goksusafiisik.av.tr/Articletter/2020_Winter/GSI_Articletter_2020_Winter_Article5.pdf)

<http://www.osmanlicaturkce.com/?k=teminat&t=%40>

<http://sozluk.gov.tr/>

[www.illerbankasi.gov.tr](http://www.illerbankasi.gov.tr), Erişim Tarihi: 23.09.2019

<https://docplayer.biz.tr/10906914-Kamu-ihale-sozlesmelerine-hakim-olan-ilkeler-1.html>.

(Erişim Tarihi: 23.09.2019)

<https://blog.e4734.com/kamu-i%CC%87hale-s%C3%B6zle%C5%9Fmesi%CC%87-kapsamındaki%CC%87-i%CC%87-C5%9Fleri%CC%87n->

[y%C3%BCr%C3%BCt%C3%BClmesi%CC%87nde-genel-kurallar-a2e9725e05c9](https://blog.e4734.com/kamu-i%CC%87hale-s%C3%B6zle%C5%9Fmesi%CC%87-kapsamındaki%CC%87-i%CC%87-C5%9Fleri%CC%87n-y%C3%BCr%C3%BCt%C3%BClmesi%CC%87nde-genel-kurallar-a2e9725e05c9) (Erişim Tarihi, 01.09.2019)

<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1029/1605.pdf>, Erişim Tarihi: 02.09.2019

<https://islamansiklopedisi.org.tr/beytulmal>

<https://ggm.gtb.gov.tr/eteminat-mektubu-uygulamasi-21022019-tarihinde-devreye-alinmistir>

<https://ggm.ticaret.gov.tr/data/5d67bb0113b87799c4cc2113/E-Teminat%20K%C4%B1lavuzu%2020.11.2019.pdf>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621796>