

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA GÖRE MÜCBİR SEBEPLER VE SONUÇLARI

FORCE MAJEURE AND ITS CONSEQUENCES ACCORDING TO PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS LAW

Ş. Barış ÖZÇELİK*

Özet: Mücbir sebep kavramı sözleşme hukuku açısından, borcun sözleşmeye uygun olarak ifasına engel olan, haricî, öngörülemeyen ve kaçınılmaz nitelikte olayları ifade eder. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesinde, bu Kanun'a tâbi sözleşmelerde mücbir sebep sayılabilecek bazı olaylar belirtildikten sonra, gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin de mücbir sebep sayılabileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede bir olayın mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken, mücbir sebep kavramının hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören unsurlarının varlığı aranmalıdır. Olayın mücbir sebep niteliğinde olduğu tespit edildikten sonra, bunun kamu ihale sözleşmesi açısından doğuracağı sonuçlar, borcun ifasını imkânsız kılan, geciktiren veya gereği gibi ifayı engelleyen mücbir sebepler bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Mücbir Sebep, Süre Uzatımı

Abstract: In contracts law force majeure includes external, unforeseeable and unavoidable events that prevent the performance of an obligation according to the contract. In Article 10 of the Public Procurement Contracts Law numbered 4735, certain events are stated as force majeure and it was also provided that others may also be considered as such by the Public Procurement Authority. In this regard in the determination of an event as force majeure, elements of force majeure as accepted in Turkish law and comparative law must be considered. Once an event is determined as force majeure its consequences on public procurement contract should be assessed taking into consideration whether it makes performance impossible or delays the performance or prevents the performance in conformity with contract.

Keywords: Public Procurement Contracts Law, Force Majeure, Time Extension

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
bozcelik@bilkent.edu.tr

GİRİŞ

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), Borçlar Kanunumuzun genel hükümlerinden farklı olarak, mücbir sebebi, genel bir sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak düzenlemiştir (KİSK 10). Bu yönüyle anılan Kanun, sözleşme hukukumuz bakımından istisnai bir düzenleme niteliği taşır. Öte yandan, KİSK, kamunun ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik her türlü sözleşmede uygulandığından, bu Kanun'a göre mücbir sebep kavramına nasıl bir anlam verileceği ve mücbir sebep teşkil eden olayların kamu ihale sözleşmeleri üzerindeki etkilerinin belirlenmesi pratik açıdan önem arz eder.

Çalışmanın konusu KİSK'e göre mücbir sebep sayılabilecek olayların ve bunların kamu ihale sözleşmelerine etkilerinin incelenmesidir. Bu bağlamda öncelikle mücbir sebep kavramının hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul gören unsurları ve sonuçları ele alınmış, ardından da bu unsur ve sonuçlar da göz önünde tutularak, kamu ihale mevzuatının konuya ilişkin hükümleri incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

A- Mücbir Sebep Kavramının Tanımı ve Unsurları

1. Tanım

Mücbir sebep kavramının tanımı ve unsurları konusunda tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, bu çalışmadan benimsenen yaklaşıma göre, mücbir sebep, "bir borcun veya genel bir davranış yükümünün ihlâline neden olan, borçlunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan (haricî), öngörülemez ve kaçınılamaz bir olay" olarak tanımlanmaktadır.¹ Buna bağlı olarak, bir olayın mücbir sebep sayılması için varlığı gerekli unsurlar, haricîlik, kaçınılamazlık ve öngörülemezliktir.

¹ Bkz. Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara 1961, s. 464; Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara 1966, s. 51-53; Erzan Erzurumluoğlu, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, Ankara 1970, s. 37 vd.; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi*, Ankara 1975, s. 176; A. Pulat Gözübüyük, *Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller*, Ankara 1977, s. 66 vd.; Hakan Acar, "Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukuki Sonuçları", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 45-46 (Mayıs-Haziran 2008), s. 10 vd. ; H. Tamer İnal, "Sözleşmenin Kurulması Esnasında Öngörülemeyen Sonraki İfa İmkânsızlığı ve Mücbir Sebep", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Ağustos 2014, s. 115 vd. Mücbir sebep kavramı konusunda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Günter Weick, "Force Majeure, Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014/2, s. 281 vd.

2. Mücbir Sebep Kavramının Unsurları

a) Haricîlik (*Externality, Betriebsfremdheit*)

Mücbir sebebin haricîliğinden, olayın kaynağının, borçlunun faaliyet sahasının dışında bulunması anlaşılır. Bu anlamda haricîlik, fiziksel anlamda bir haricîlik değildir. Burada söz konusu olan, somut borç ilişkisiyle bağlantılı olarak borçluya hukukî bir sorumluluk alanı çizilmesi, kaynağını bu alanda bulan engellerden borçlunun sorumlu tutulması ve bu alanın dışından kaynaklanan engellerde ise borçlunun sorumluluktan kurtulmasıdır.²

Haricîliğin mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul edilmesinin sonucu, belli bir faaliyetin tipik risklerinin mücbir sebep sayılmamasıdır. Örneğin, satım sözleşmesinde, satıcının henüz elde etmeden teslimini borçlandığı malların tedarik edilememesi, bu sözleşmenin tipik risklerindendir (*procurement risk, Beschaffungsrisiko*). Bu riskin gerçekleşmesi halinde, satıcı, haricî bir engelle karşılaştığını ileri süremez.³ Aynı şekilde, ifa için gerekli finansal imkân ve araçlara sahip olmama, borçlunun çalışanlarının veya işletme organizasyonunun yetersizliği, iflas veya tasfiye; üretim, muhasebe veya bilgi işlem sistemi hataları, gerekli personelin temin edilememesi, işyerinde grev, gibi engeller de haricî sayılamaz.⁴ Buna karşılık, deprem, yıldırım düşmesi, su baskını, yangın, şiddetli fırtına gibi doğa olayları; savaş, ihtilâl, ayaklanma, askerî darbe vb. gibi sosyal veya politik olaylar; mallara resmî makamlarca el konulması, ambargo, yabancı para transferinin yasaklanması, bir şeyin ithalatın, ihracatının veya piyasaya sürülmesinin yasaklanması ya da sınırlandırılması gibi hukukî olaylar veya taşıma ya da depola-

² Erzurumluoğlu, s. 38; Tandoğan, s. 464-465; Eren, (Sorumluluk) s. 179-180. Mücbir sebep haricîlik unsuru Taşınır Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (CISG), "borçlunun kontrolü dışındaki engel" (impediment beyond his control) olarak ifade edilmiştir: Bkz. Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht, 6. Aufl., München 2013, Art. 79, N. 11 vd. Bu şartın mücbir sebebin bir unsuru sayılamayacağı yönünde bkz. Silvio Giavonoli, "Zufall und höhere Gewalt im schweizerischen Recht", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, C. 54 (1935), s. 29 vd.

³ Claus Wilhelm Canaris, "Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB", Festschrift für Wolfgang Wie-gand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 181 vd.

⁴ Örnekler için Bkz. Dionysios P. Flambouras, "The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", Pace International Law Review, C. 13, S. 2, (2001) s. 267-268; Acar, s.14-15; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N.11 vd.

ma sırasındaki hırsızlık⁵ veya sabotaj, genel grev, genel enerji kesintisi gibi diğer olaylar, haricî nitelikte engeller olarak değerlendirilebilir.⁶ Bu tip engeller, diğer iki şartı da sağladıkları takdirde mücbir sebep sayılabilirler.

b) Kaçınılamazlık (*Unavoidability, Unvermeidbarkeit*)

Mücbir sebep kavramının diğer bir unsuru, olayın ve sonuçlarının kaçınılamaz, bertaraf edilemez nitelikte olmasıdır.⁷ Kaçınılamazlık, mücbir sebebin en tartışmasız unsurudur. Çünkü bu unsurun varlığı borçlunun kusurunun yokluğu anlamına gelir. Bu nedenle, kaçınılamazlığın mücbir sebebin temel unsuru olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Mücbir sebepten söz edebilmek için, hem ifayı engelleyen olaydan, hem de onun sonuçlarından kaçınmasının veya bunların üstesinden gelmesinin borçludan beklenememesi gerekir. Örneğin deprem, borçlunun kontrolü dışında gerçekleşen bir doğa olayıdır. Ancak özel yapı teknikleriyle, depremin etkilerinin önlenmesi veya azaltılması mümkündür. Başka bir ifadeyle, depremden değil, fakat depremin sonuçlarından kaçınmak veya onun etkisini azaltmak mümkün olabilir.⁸ Bu konuda üzerine düşeni yapmayan borçlu sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık, bir bölge için olağan sayılabilecek şiddette bir depremin sonuçlarını önleyebilecek bir yapı tekniği kullanılmış olmasına rağmen, meydana gelen depremin şiddetinin olağanın üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle bir borcun ifası mümkün olmamışsa, depremin etkileri kaçınılamaz nitelikte sayılabilir.⁹ Aynı şekilde, sözleşme uyarınca, deniz yoluyla taşınması kararlaştırılan malların bu yolla taşınması, haricî bir olay nedeniyle mümkün olmayabilir. Bu koşullar, söz konusu olayın mücbir sebep sayılması için yeterli değildir. Çünkü eğer, ticarî açıdan makûl bir alternatif (*commercially reasonable substitute*)¹⁰

⁵ Yarg. 11. HD, T. 27.9.1994, E.1194/4476, K.1994/6870 (Kazancı)

⁶ Örnekler için bkz. Eren, (Sorumluluk) s. 180; Tandoğan, s. 465; İnal, s. 142-143; Flambouras, s. 267.

⁷ Bkz. Erzurumluoğlu, s. 39-40; Eren, (Sorumluluk) s. 181; Tandoğan, s. 465.

⁸ Örnek için bkz. Christian von Bar/Reinhard Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, München 2002, s. 461.

⁹ Bkz. Acar, s.17.

¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N. 14; Cessare Massimo Bianca/Michael Joachim Bonell/Denis Tallon, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987, s. 582.

bulunması mümkünse, borçlunun bu alternatif yolu kullanarak borcunu ifa etmesi gerekir. Böylece örneğin, sözleşme konusu malların kara yoluyla gönderilmesi somut olayın şartları çerçevesinde ticarî açıdan makul bir alternatif teşkil ediyorsa, deniz yoluyla taşımada ortaya çıkan engel kaçınılamaz nitelikte sayılamaz.

c) Öngörülemezlik (*Unforeseeability, Unvorhersehbarkeit*)

Bir olay, haricî ve kaçınılamaz nitelikte olsa bile, mücbir sebep sayılabilmesi için üçüncü şart, o olayın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez olmasıdır.¹¹

Borcun ifasını engelleyen olgunun sözleşme kurulduğu sırada öngörülebilir olup olmadığı, objektif koşullara göre belirlenir. Buna göre, öngörülemezlik açısından önemli olan, borçlunun, borcun ifasına engel olabilecek bir olayın meydana gelebileceğine ilişkin gerçekçi bir ihtimali öngörmesinin mümkün olup olmadığıdır. Öngörülemezliğe ilişkin değerlendirmede, somut sözleşmenin süresi, sözleşme konusu malların piyasa fiyatlarında değişim eğilimi görülmesi veya borcun ifasına engel olan olayın ön belirtilerinin sözleşmenin kurulması aşamasında görülmekte olması gibi olguların da dikkate alınması gerekir.¹² Öte yandan, borçlunun sözleşmeye uygun davranmasını engelleyen olayın sözleşme kurulduktan sonra öngörülebilir olması, bu şart bakımından değil ancak kaçınılamazlık şartı bakımından önem arz eder. Zira engel, sözleşme kurulduktan sonra öngörülebilir hale gelmişse ve borçlunun o olayın etkilerini bertaraf etmek için yeterli zamanı veya imkânı olmasına rağmen bunu yapmamışsa, kaçınılamazlık şartı gerçekleşmediği için, o engel mücbir sebep sayılmamalıdır.¹³

Doktrinde bir görüş, öngörülemezliği mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul etmemekte ve öngörülebilir olsa bile borçlunun karşı koyamayacağı (kaçınılamaz) engellerin mücbir sebep sayılabileceğini ileri sürmektedir.¹⁴ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira eğer ifanın önünde, sözleşme kurulduğu sırada borçlunun öngördüğü veya

¹¹ Yarg. HGK, T.17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310; Yarg. 19. HD, T. 25.10.2002, E. 2002/4558, K.2002/6953 (Kazancı)

¹² Flambouras, s. 271.

¹³ Bianca/Bonell/Tallon, s. 581.

¹⁴ Bkz. Erich-Hans Kaden, "Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 31, Y. 1967, s. 611.

öngörmesi gereken bir engel varsa, bu engel kaçınılmaz nitelikte olsa bile, borçlunun o sözleşmeyi yapması başlı başına bir kusur teşkil eder (Übernahmeverschulden).¹⁵ Bu durumda borçlu ya sözleşmeyi hiç yapmamalıdır ya da sözleşmeye söz konusu engele karşı kendisini koruyacak bir kayıt koymalıdır. Bunlardan birini yapmayan borçlu, söz konusu olayın gerçekleşme riskini üstlenmiş olur. Bu nedenle de böyle bir olayın gerçekleşmesi nedeniyle borcunu ifa edemezse, bunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır.

B- Mücbir Sebeplerin Sözleşme Üzerindeki Etkileri

1. Genel Olarak

Mücbir sebeplerle sözleşmeye aykırı davranan borçlu, bunun olumsuz sonuçlarından sorumlu tutulamaz. Sözleşmeye aykırılık hukukumuzda imkânsızlık (hiç ifa etmeme), temerrüt (zamanında ifa etmeme) ve gereği gibi ifa etmeme olmak üzere üç ana türe ayrıldığından, mücbir sebebin sözleşme üzerindeki etkisini de her bir tür için ayrı ayrı incelemek gerekir.

2. İfa İmkânsızlığının Mücbir Sebepten Kaynaklanmasının Sonuçları

Borcun ifası imkânsız hale geldiğinde borcu aynen ifa yükümü sona erer. Bu sonuç, tabiat ve mantık kurallarının bir gereği olup, borçlunun kusurundan bağımsız olarak ortaya çıkar. Sona eren aynen ifa yükümünün yerine tazmin yükümünün doğup doğmayacağı, doğacaksa tazminatı kimin, kime ödeyeceği, imkânsızlıktan hangi tarafın sorumlu olduğuna göre belirlenir.¹⁶

¹⁵ Bu yönde bkz. Simone Gloor, *Das vertragliche Übernahmeverschulden - Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme*, Zürich 2012, s. 13 vd; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 2009, s. 833-834, N. 65; Erzurumluoğlu, s. 41 (Bu sonuca yazar, "öngörülemezlik" yerine "sezilemezlik" kavramını kullanmaktadır.). Aynı doğrultudaki uygulamalara örnek olarak bkz. Yarg. 19. HD, T. 25.10.2002, E. 2002/4558, K. 2002/6953 (Kazancı); BGE 111 II 354.

¹⁶ Bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 11. Bası, İstanbul 2013, s. 462, 570-571; Ş. Barış Özçelik, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, Y. 2014, s. 582 vd.; Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı*, İstanbul 2014, s. 195 vd.

İfa, mücbir sebep sayılabilecek bir olayın gerçekleşmesi neticesinde imkânsız hale gelmişse, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık söz konusu olur. Bunun sonuçlarını düzenleyen TBK 136'ya göre *"Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer."* (f. 1) Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır (f. 2). Böylece mücbir sebep sonucunda imkânsız hale gelen edimin borçlusu, herhangi bir tazminat ödemeksizin borcundan kurtulur. Buna karşılık kural olarak karşı edimi talep hakkını kaybettiği gibi, kendisine ifa edilmiş edimleri de iade etmekle yükümlü olur.

3. İfanın Gecikmesinin Mücbir Sebepden Kaynaklanmasının Sonuçları

İfası mümkün bir borcun mücbir sebeplerin etkisiyle zamanında ifa edilmemesi durumunda kural olarak borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır (TBK 117 vd.).¹⁷ İfanın mücbir sebepler sonucunda gecikmesi, geçici imkânsızlık (*temporary impossibility, vorübergehende Unmöglichkeit*) olarak da adlandırılmaktadır.¹⁸ Bu durum, kanunda veya sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmadıkça, kendiliğinden borcun ifa zamanının ertelenmesi sonucunu doğurmaz.¹⁹ Borçlu bor-

¹⁷ İstisnaen, sözleşmenin mutlak kesin vadeli işlem niteliği taşınması veya borcun ifasının önündeki engelin ortadan kalkıp kalkmayacağının bilinmemesi gibi hallerde, geçici nitelikteki engeller de sürekli sayılıp, imkansızlık hükümleri (TBK 112, 136) uygulanır. Bkz. Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976, s. 123; Oğuzman/Öz, s. 462; Dilşad Keskin, "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. XI, S. 1-2, s. 216; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, s. 451 N. 63.10.; Özçelik, s. 584.

¹⁸ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 1040; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 186, N. 1; Arnd Arnold, "Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform", Juristen Zeitung, Y. 2002, S. 18, s. 866; Özçelik, s. 583.

¹⁹ Bu yönde bkz. Dural, s. 123; Koller, s. 869, N. 189; Claus Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, Juristen Zeitung, Y. 2001, S.10, s. 516; Arnold, s. 869; aksi yönde bkz: Serozan, s. 186, N. 1, s. 218 N. 3.

cunu zamanında ifa etmemekle her durumda temerrüde düşer. Gecikmenin mücbir sebepten kaynaklanması, yalnızca borçlunun, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından kurtulmasını sağlar. Bu bağlamda alacaklı gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteyemeyeceği gibi (TBK 118), borçlu, beklenmedik halden doğacak zarardan da sorumlu tutulamaz (TBK 119).²⁰ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise alacaklı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyemez.²¹ Sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun kusurunu gerektirmediğinden,²² alacaklı gerekli şartları yerine getirdikten sonra sözleşmeden dönebilir. Ancak kusura bağlı olan, menfi zararının tazminini isteyemez (TBK 125/III). Aynı şekilde, ifasına başlanmış olan sürekli borç ilişkilerinde, TBK 126 uyarınca, borçlunun kusurundan bağımsız olarak sözleşmeyi feshetme imkânına sahip olan alacaklı, anılan hüküm çerçevesinde zararının tazminini talep edemez.²³

4. Gereği Gibi İfa Etmemenin Mücbir Sebepten Kaynaklanmasının Sonuçları

Borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerde,²⁴ borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK 112). Bu çerçevede alacaklı dilerse sözleşmeye aykırı ifayı reddedip borçluyu temerrüde düşürebilir; dilerse TBK 112'den doğan tazminat talep etme hakkını saklı tutarak ifayı kabul edebilir.²⁵ Birinci durumda temerrüdün sonuçları uygulanırken, ikinci durumda, alacaklının borçludan sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etme hakkı doğar.

²⁰ Bkz. Vedat Buz, *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998, s. 104-105; Serozan, s. 228 N. 11; Schwenzer, s. 465 N. 64.04, s. 466 N. 66.06.

²¹ Eren, (Borçlar) s. 1119; Schwenzer, s. 470 N. 66.26; Oğuzman/Öz, s. 526.

²² Bu yönde bkz. Buz, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 529; Serozan, s. 235 N. 16; Eren, (Borçlar) s. 1123.

²³ Her ne kadar TBK 126 hükmünde, tazminatın, borçlunun kusurunu gerektirdiği vurgulanmamışsa da borçlu temerrüdü halinde alacaklının talep edebileceği tüm tazminatlar gibi, TBK 126'ya dayanan tazminatın da borçlunun kusuruna bağlı olduğu ve kusursuzluğunu ispat edebilen borçlunun zarardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 538-540; Serozan, s. 241 N. 20; Özçelik, s. 596.

²⁴ Gereği gibi ifa etmeme kavramı hakkında bkz. Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara 2011, s. 73 vd.

²⁵ Aral, s. 74-75.

Borçlu mücbir sebeplerle edimi gereği gibi ifa edememiş ve alacaklı sözleşmeye aykırı ifayı reddetmiş ise borçlu, bu şekilde düştüğü temerrüdün, kusura bağlı olan sonuçlarından sorumlu tutulamaz.²⁶ Alacaklının sözleşmeye aykırı ifayı kabul etmesi sonucunda TBK 112'nin uygulanması halinde, bu hükümden doğan tazminat talep etme hakkı, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememiş olması şartına bağlı olduğundan, borcun bir mücbir sebep nedeniyle gereği gibi ifa edilemediğini ispatlayan borçlu tazminat yükümlülüğünden kurtulur. Örneğin, ifa yerinde uygulanan ve mücbir sebep niteliğindeki bir yasak nedeniyle, borcunu, ifa etmesi gereken yerden başka bir yerde ifa edebilen borçlu, alacaklının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmaz.²⁷

II. KİSK'E GÖRE MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

A- KİSK 10/I'de Açıkça Mücbir Sebep Sayılan Haller

Kanun, kamu ihale sözleşmesine konu borcun ifasını engelleyen bazı olayları açıkça mücbir sebep olarak saymıştır. Bu olaylar, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık ve kısmî veya genel seferberlik ilânıdır.

Doğal afetler, büyük ölçüde tabiat olaylarının etkisiyle meydana gelen, üretim, altyapı, ulaşım ve haberleşme gibi genel hayatın zorunlu vasıtalarının akışını çoğunlukla aniden bozan, jeolojik veya meteorolojik olaylardır.²⁸ Nelerin doğal afet sayılabileceği konusunda 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun esas alınabilir.²⁹ Anılan Kanun'un birinci maddesinde, "Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde" bu kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hükümde sayılanların yanısıra tsunami, yanardağ patlaması, kasırga, kuraklık gibi hallerde doğal afet sayılabilir.

²⁶ Bkz. yuk. I, B, 3.

²⁷ Benzer bir örnek için bkz. F. İtir Bingöl, Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011, s. 263.

²⁸ Bkz. <http://www.icisleriafad.gov.tr/dogal-afet-nedir-ve-afetlerin-zellikleri> (E.T.: 15.1.2016)

²⁹ Bkz. Salim Demirel, "Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebebe Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 55.

Kanunî grev, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında, *“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan”* grev olarak tanımlanmıştır.

Genel salgın hastalık kapsamında değerlendirilebilecek haller için, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun ülke genelinde yaygın ve salgın olabilecek hastalıklara ilişkin 57. maddesi esas alınabilir.³⁰

Kısmî veya genel seferberlikten ne anlaşılması gerektiği ise, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'na göre belirlenmelidir. Bu Kanun'a göre (m. 3) genel seferberlik, *“Ülkenin tümüne yönelik bir tehdidin karşılanması, mevcut bütün güç ve kaynakların kullanılabilmesi için ülkenin bütününde uygulanan seferberlik”,* kısmî seferberlik ise *“Ülkenin bir veya birden fazla bölgesinde uygulanan ve bütün güç ve kaynakların kullanılmasını gerektirmeyen seferberliktir.”*

KİSK 10'un ikinci fıkrasına göre *“Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.”* Bu hüküm, mücbir sebep kavramının tanımına³¹ uygun olarak, maddede sayılan olayların gerçekleşmiş olmasının tek başına yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaya yetmeyeceğini ortaya koymaktadır. Zira mücbir sebep sayılan olayın yanı sıra yüklenicinin kusurlu bir davranışı da borcun ifa edilememesine neden olmuşsa, yüklenici sorumluluktan kurtulamaz. KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde belirtilen olaylardan biri gerçekleşmiş olmakla birlikte borcun ifa edilmemesi başka sebeplere dayanıyorsa (yani gerçekleşen olayla borcun ifa edilmemesi arasında illiyet bağı yoksa) yine yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Aynı şekilde, gerçekleşmiş olayın sonuçlarının ortadan kaldırılması ve borcun ifa edilmesi mümkün iken yüklenici bunu yapmamışsa, yine sorumlu olur.³²

³⁰ Demirel, s. 55.

³¹ Bkz. yuk. I, A, 1.

³² Bu durumda mücbir sebep kavramının “kaçınılamazlık” unsuru gerçekleşmemiş

Son olarak yüklenici, sorumluluktan kurtulabilmek için, borcun ifasına engel nitelikteki olayın meydana gelmesinden itibaren yirmi gün içinde durumu kamu ihale sözleşmesinin alacaklısı konumundaki idareye bildirmek ve mücbir sebep olduğunu iddia ettiği olayı belgelemekle yükümlüdür.

KİSK'e tâbi herhangi bir sözleşmenin borçlusu, KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde sayılan olaylardan biri nedeniyle borcunu ifa edemezse, hükmün ikinci fıkrasında öngörülen şartları da gerçekleştirmek kaydıyla, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kurtulur.³³ Kanun'da öngörülen şartlar çerçevesinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının yüklenici hakkında uygulanmayacağına dair karar verme yetki ve sorumluluğu, kamu ihale sözleşmesinin alacaklısı olan idarededir. İdarenin böyle bir kararı verebilmesi için, KİSK 10/I'nin ilk dört bendindeki olaylardan birinin ve maddenin ikinci fıkrasındaki şartların gerçekleştiğinin idarece tespiti yeterli olup, ayrıca Kamu İhale Kurumu'na başvurulmasına gerek bulunmamaktadır.³⁴ Alacaklı idareyle yüklenici arasında, anılan şartlar gerçekleştiği halde borcun ifasını engelleyen olayın idarece herhangi bir gerekçeyle mücbir sebep kabul edilmemesi ve yüklenici aleyhinde haksız olarak sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının uygulanmasından doğan davalar adlî yargıda görülür.³⁵

B- KİSK 10/I'in (e) Bendi Uyarınca Mücbir Sebep Sayılabilecek Haller

KİSK 10/I (e) bendi uyarınca, "*Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller*" de mücbir sebep olarak kabul edilebilir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi³⁶ (YİĞŞ) 47/IX ile Mal Alımlarına Dair Tip Sözleşme³⁷ nin (MATS) 25. maddesi de aynı yönde hükümler içermektedir.³⁸ Ancak anılan düzenlemelerde, Kurum tarafından yapılacak be-

olur. Bkz. yuk. I, A, 2, b.

³³ Bkz. aşa. III.

³⁴ Demirel, s. 57.

³⁵ Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T. 16.5.2005, E. 2005/16, K. 2005/36; Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, T. 16.6.2003, E. 2003/47, K. 2003/51 (Bkz. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, E.T.: 15.1.2016).

³⁶ RG, 4.3.2009, S.27159 (Mükerrer) (Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, EK-8)

³⁷ RG, 4.3.2009, S.27159 (Mükerrer) (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, EK-7)

³⁸ Anılan hükümlerde sözü edilen belirleme, uygulamada Kamu İhale Kurulu ka-

lirlemenin dayanması gereken esaslar konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu konuda öncelikle mücbir sebep sayılabilecek olaylarla ilgili olarak KİSK 10/II'de yer alan “yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması” kayıtları dikkate alınmalıdır. Bu kayıtların yanı sıra, KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde mücbir sebep sayılan haller ile KİSK'le ilgili ikincil mevzuat da göz önünde bulundurulduğunda, bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği belirlenirken, söz konusu kavramın hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören, yukarıda³⁹ incelenen unsurlarının esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği'nin⁴⁰ 25.3.4 hükmüne göre “...4735 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında bu durumlarda hem öngörülemezlik, hem de önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Anılan maddenin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek “benzeri diğer haller” için de bu iki kriterin bir arada sağlanması şartı aranmaktadır. Buna göre idarelerce yapılacak başvurularda mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun öngörülemezlik ve önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerekmektedir. Aynı tebliğin 25.3.5 hükmüne göre de “ihale dokümanındaki şartları okuyup kabul ederek teklif veren isteklilerin, ihale konusu işi ihale dokümanına uygun bir şekilde yerine getirmelerini mümkün kılacak hazırlık ve programlama çalışmalarını, ihale konusu edimin ifasını zora sokmayacak şekilde önceden müdebbir bir tacirin sorumluluğunu taşıyarak gerçekleştirmeleri gerekmektedir.” Anılan Kanun ve Tebliğ hükümlerinin sonucu olarak, ancak kaynağını borçlunun risk alanı dışında bulan (harici), borcun

rarlarıyla, alacaklı idarelerin başvurusu üzerine ve genellikle her bir somut olay değerlendirilmek suretiyle yapılmakta, söz konusu kararlara karşı ise idari yargıya başvurulabilmektedir. Böylece sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir durum hakkında karar verme yetkisi Kamu İhale Kurulu'na, bu kararın denetimi ise idari yargıya bırakılmış olmaktadır. Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili meselelerin özel hukuka tâbi olduğu, bunlarla ilgili uyuşmazlıkların ise adli yargıda görüleceği prensibi (bkz. dn. 35'te belirtilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları) karşısında, KİSK 10/1-e hükmü ve ilgili ikincil mevzuat hükümlerinin isabetli düzenlemeler olduğu söylenemez. Zira bu düzenlemelerin öngördüğü mekanizma çerçevesinde, belli bir olayın Kurum ve idari yargı tarafından mücbir sebep sayılmaması ve bu nedenle ilgili idare tarafından sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının uygulanması üzerine, yüklenicinin mücbir sebep iddiasını, -yukarıda anılan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında görevli olduğu sonucuna varılan- adli yargı önünde tekrar nasıl ileri sürebileceği sorusu yanıtız kalmaktadır.

³⁹ Bkz. yuk. I, A, 2.

⁴⁰ RG, 22.8.2009, S. 27327.

sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifasını engelleyen, öngörülemez ve kaçınılmaz (önlenemez) nitelikte olayların mücbir sebep olarak kabul edilebileceğini söylemek mümkündür.⁴¹

Kamu İhale Kurulu'nun sözleşmeye aykırılığın mücbir sebepten kaynaklandığı görüşünü benimsediği kararlarına şu örnekler verilebilir:

- Bir yapım işinin, mevsim normallerinin öngörülemez derecede üzerinde miktarda meydana gelen yağmur ve kar yağışını nedeniyle tamamlanamaması,⁴²
- Mal (kırsal motorin) teminine ilişkin sözleşmenin kurulmasından sonra yürürlüğe giren hukukî düzenlemeler nedeniyle teknik şartnamede belirtilen nitelikte mal temininin imkânsız hale gelmesi,⁴³
- Hizmet alımı sözleşmesine konu ambulans helikopterin düşmesi,⁴⁴
- Yüklenicinin yurt dışındaki tedarikçisinin, ülkesindeki mevzuat gereği öncelikle o ülke hükümetinin taleplerini karşılamakla yükümlü olması ve ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra ilgili hükümetten böyle bir talep gelmiş olması nedeniyle sözleşme konusu malın zamanında teslim edilememesi.⁴⁵

Kanımca sonuncu olayda söz konusu olan türde bir engelin mücbir sebep sayılması isabetli değildir. Zira her şeyden önce satış sözleşmesinde satıcının satılanı temin edememesi riski (*procurement risk*,

⁴¹ Ortada mücbir sebep sayılabilecek bir durum bulunmamasına rağmen idarece yükleniciye süre uzatımı verilmesi halinde, gecikme cezası tahakkuk ettirilmemiş olmasından doğan kamu zararı sorumlulara ödetilir. Bkz. Sayıştay 6. D, T. 15.10.2009, K. 11975 sayılı kararı: "Yüklenici firmaya döşeme plakları üretim sürecinin uzun sürmesi ve dolayısıyla yükleniciye geç teslim edileceği gerekçesiyle süre uzatımı verilmiş olup, bu sebep yukarıda belirtilen mücbir sebeplerden hiç birine girmediği gibi idarenin neden olduğu bir sebep de değildir. Çünkü; yüklenici firmanın, taahhüt konusu yapım işinde kullanacağı malzeme ve ekipmanı planlamak suretiyle ihaleye katılması gerekir. Açıklanan gerekçeyle, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olarak süre uzatımı verilip gecikme cezası kesilmesine engel olmak suretiyle neden olunan kamu zararının sorumlulara ödettirilmesine, karar verildi." (Kararın tam metni için bkz. Kazancı, E.T.: 15.1.2016)

⁴² Kamu İhale Kurulu, 12/10/2009 Tarih, 2009/DK.D-138 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁴³ Kamu İhale Kurulu, 3/3/2011 Tarih, 2011/DK.D-27 Sayılı Kararı (Bkz. www.kik.gov.tr, E.T.: 15.1.2016).

⁴⁴ Kamu İhale Kurulu, 24/02/2009 Tarih, 2009/DK.D-26 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org,, E.T.: 15.1.2016).

⁴⁵ Kamu İhale Kurulu, 9/4/2009 Tarih, 2009/DK.D-53 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

Beschaffungsrisiko) bu sözleşmenin tipik risklerinden olup, haricî nitelikte bir engel sayılamaz.⁴⁶ Ayrıca bu engel yurt dışındaki tedarikçinin ülkesindeki mevzuattan kaynaklandığına göre, yüklenici açısından öngörülemeyen nitelikte de değildir. Dolayısıyla bu şartlar altında bir mücbir sebepten söz etmek mümkün olmamalıdır.

Kamu İhale Kurulu'nun, aşağıdaki örnek kararlarda ise, kanımca da isabetli olarak, borcun ifasını engellediği ileri sürülen olayların mücbir sebep teşkil etmeyeceği görüşünü benimsemiştir:

- Sözleşme konusu malların tesliminin ekonomik buhran ve global ekonomik kriz nedeniyle gecikmesi,⁴⁷
- İdarenin meydana gelen yangın nedeniyle sözleşme konusu şeye kararlaştırılardan daha az ihtiyaç duyması,⁴⁸
- Küresel ekonomik kriz nedeniyle üreticinin hammadde tedarikinde ve üretimde gecikmesi ile kurum ödemelerinde meydana gelen aşırı gecikmeden doğan nakit sıkışıklığı nedeniyle malzemelerin gümrükten çekilmesinin gecikmesi,⁴⁹
- Sözleşme kapsamında idareye teslimi gereken etleri taşıyan aracın kaza yapması,⁵⁰
- Sözleşme gereği teslim edilmesi gereken araçların Bakanlar Kurulu'nun vergi indirimi öngören kararından sonra oluşan yoğun talep nedeniyle zamanında teslim edilememesi,⁵¹
- Sınırlı sayıdaki üreticilerden birinin fabrikasında patlama meydana gelmesi üzerine, yüklenicinin tedarik anlaşması yaptığı üretici firmaların malı başlangıçtaki şartlarla yükleniciye ulaştıramaması nedeniyle sözleşme konusu malın tesliminin gecikmesi.⁵²

⁴⁶ Bkz. yuk. I, A, 2, a.

⁴⁷ Kamu İhale Kurulu, 5/10/2009 Tarih, 2009/DK.D-137 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org E.T.: 15.1.2016).

⁴⁸ Kamu İhale Kurulu, 7/9/2009 Tarih, 2009/DK.D-128 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁴⁹ Kamu İhale Kurulu, 20/7/2009 Tarih, 2009/DK.D-100 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁵⁰ Kamu İhale Kurulu, 27/4/2009 Tarih, 2009/DK.D-57 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁵¹ Kamu İhale Kurulu, 13/4/2009 Tarih, 2009/DK.D-54 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁵² Kamu İhale Kurulu, 11/04/2011 Tarih, 2001/DK.D-53 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org).

KİSK 10/I'nın ilk dört bendinde sayılan mücbir sebeplerde olduğu gibi, Kamu İhale Kurumu tarafından bir olayın mücbir sebep sayılabileceği sonucuna varılması halinde de, yüklenici hakkında sözleşmeye aykırılığın sonuçları uygulanmaz.⁵³ Yine burada da yüklenicinin, mücbir sebep teşkil eden olayın meydana gelmesinden itibaren yirmi gün içinde durumu kamu ihale sözleşmesinin alacaklısı konumundaki idareye bildirmiş ve olayın gerçekleştiğini belgelemiş olması gerekir (KİSK 10/II).

III. MÜCBİR SEBEPLERİN KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNE ETKİLERİ

A- Genel Olarak Kamu İhale Sözleşmelerine Aykırılığın Sonuçları

Kamu İhale Sözleşmesine aykırılığın sonuçları, KİSK 20'de düzenlenmiştir. Kanun'un 10 ve 20. Maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, bu hükmün, kamu ihale sözleşmesinde yükleniciye isnat edilebilen sebeplerden doğan sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını düzenlediği anlaşılmaktadır. KİSK 20 uyarınca *"Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi"* halinde, *"ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir."* Görüldüğü üzere KİSK 20 hükmü, sözleşmenin hiç, gereği gibi veya zamanında ifa edilmemesi hallerinin tümünü birden kapsayan, genel bir sözleşmeye aykırılık hükmü niteliği taşımaktadır.⁵⁴ Böylece KİSK 20 uyarınca, yüklenicinin herhangi bir surette sözleşmeye aykırı davranması durumunda, idarece kendisine en az on günlük bir süre verilecek, bu süre boyunca ihale dokümanında öngörülen cezaî şart işleyecek ve süre sonunda sözleşmeye aykırılık giderilmemişse, sözleşme sona erdirilecek,⁵⁵ kesin teminat ve varsa ek teminatlar gelir

kik.gov.tr, E.T.: 15.1.2016).

⁵³ Bkz. a.ş. III.

⁵⁴ Dilek Bilir, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2010, s. 111.

⁵⁵ Genel olarak Kanun'da ve özel olarak KİSK 20'de sözleşmenin sona ermesiyle ilgili olarak sadece fesihden söz edilmesi isabetli değildir. Zira her şeyden önce

kaydedilecek, idarenin ayrıca bir zararı söz konusu ise, bu da genel hükümler çerçevesinde yüklenici tarafından tazmin edilecektir.

B- Sözleşmeye Aykırılığın Mücbir Sebeplerden Kaynaklanmasının Sonuçları

1. Genel Olarak

KİSK 23'e göre *"Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir."* Bu hükümde yalnızca sözleşmenin feshinden bahsedilmiştir. Buna karşılık KİSK 10/II'de yer alan *"Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere"* ifadesi göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmeye aykırılığın mücbir sebepten kaynaklanması halinde bunun tek sonucunun sözleşmenin sona erdirilmesi olmadığı, "süre uzatımı verme" seçeneğinin de bulunduğu anlaşılır. Tüm bu hükümler, borçlar hukukunun temel ilke ve kavramları çerçevesinde yorumlandığında şu tablo ortaya çıkmaktadır: KİSK 10 ve KİSK 23'te sözleşmenin feshiyle kastedilen, kamu ihale sözleşmesinin ifasının sürekli olarak imkânsız hale gelmesi sonucunda, TBK 136 uyarınca, edim yükümlerinin karşılıklı olarak ve tazminat gerektirmeksizin sona ermesidir. Buna karşılık süre uzatımıyla kastedilen ise, mücbir sebep sonucunda ifanın gecikmesi durumunda, mücbir sebebin etkili olduğu süre boyunca yüklenici hakkında gecikmeye bağlı sonuçların uygulanmaması olsa gerektir.⁵⁶ Süre uzatımı ayrıca bazı hallerde, gereği gibi ifa etmemenin mücbir sebepten kaynaklanması durumunda da yükleniciyi bunun sonuçlarından kurtarabilir.⁵⁷

KİSK'in anılan hükümlerini dikkate alarak, mücbir sebeplerin kamu ihale sözleşmesi üzerindeki etkilerini, KİSK 36 uyarınca söz konusu Kanun'da hüküm bulunmadığı için uygulanacak TBK hükümleri

yüklenicinin ediminin ifasının tarafların sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda, karşılıklı edim yükümleri ayrıca bir beyana gerek olmaksızın, kanun gereği sona erer. Ayrıca fesih yalnızca sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelerin ileriye etkili olarak sona erdirilmesini ifade eder. Buna karşılık satım ve eser sözleşmesi niteliğinde kamu ihale sözleşmeleri, âni edimli sözleşmeler olup, bu nitelikteki sözleşmeler fesih değil, dönme yoluyla geçmişe etkili olarak sona erdirilirler. Bu nedenle fesih yerine sözleşmenin sona ermesi veya sona erdirilmesinden bahsetmek daha isabetli olurdu.

⁵⁶ Bkz. aşı. III, B, 3.

⁵⁷ Bkz. aşı. III, B, 4.

çerçevesinde, sözleşmeye aykırılığın türlerine göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

2. Mücbir Sebeplerle İfanın İmkânsız Hâle Gelmesinin Sonuçları

Yüklenicinin ediminin mücbir sebep sayılan bir olay neticesinde tümüyle ve sürekli olarak imkânsız hale gelmesi durumunda, yüklenici borcu aynen ifa yükümünden kurtulur (TBK 112). Bu, mücbir sebepten bağımsız, tabiat ve mantık kurallarını gereği olarak ortaya çıkan bir sonuçtur. Her ne kadar KİSK'in çeşitli hükümlerinde, imkânsızlığı da kapsayacak şekilde sözleşmenin feshinden söz edilmişse de, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde edim yükümlerinin karşılıklı olarak sona ermesi kanun gereği (TBK 136/II) ortaya çıktığından, idarenin sözleşmenin sona erdirilmesi yönündeki kararı ve bildirimi, edim yükümlerinin sona ermesi bakımından açıklayıcı bir nitelik taşır.

İmkânsızlığın mücbir sebepten kaynaklanması etkisini, yüklenici hakkında KİSK'in sözleşmeye aykırılığa bağladığı sonuçların (KİSK 20) uygulanmamasında gösterir. KİSK 23'te bu durum, "*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun anlamı, yüklenicinin, aynen ifa yükümünden tazminat gerektirmeksizin kurtulmasıdır. Bu durumda, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, öngörülen gecikme cezası (cezaî şart) da talep edilemez (TBK 182/II).⁵⁸

KİSK karşı edime, yani idarenin ücret ödeme borcuna ilişkin herhangi bir hüküm içermediği için, bu konuda KİSK 36 delâletiyle TBK 136/II uygulanır. Bu hüküm uyarınca yüklenicinin aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulmasının sonucu olarak, karşı edim, yani idarenin ücret ödeme borcu da sona erer. Yükleniciye yapılmış bir ödeme varsa, bunun da sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesi gerekir (TBK 136/II).

Mücbir sebep teşkil eden olay sonucunda ifa kısmen imkânsızlaşmışsa, TBK 137'nin uygulanması gerekir. Buna göre kural olarak yüklenicinin, edimin imkânsızlaşan kısmını aynen ifa yükümü

⁵⁸ Bkz. Dural, s. 127; Eren, (Borçlar) s. 1187.

sona erer. Ancak tarafların kısmî imkânsızlığı öngörselerdi, sözleşmeyi hiç yapmayacaklarının açıkça anlaşılabilirdiği hallerde, borç tümüyle sona erer. Yüklenicinin borçtan kısmen kurtulduğu ve alacaklı idarenin de kısmî ifaya razı olduğu hallerde, karşı edim (ücret) de kısmî ifaya karşılık gelen oranda ifa edilir. İdarenin kısmî ifayı kabul etmemesi halinde ise TBK 137/II uyarınca tam imkânsızlık hükümleri uygulanır. Diğer bir ifadeyle yüklenici aynen ifa borcundan, idare de ücret ödeme borcundan tamamen kurtulur.

3. Mücbir Sebeplerle İfanın Gecikmesinin Sonuçları

Yukarıda ifade edildiği üzere KİSK 23, yüklenicinin ediminin mücbir sebep sayılan bir olay neticesinde sürekli olarak imkânsız hale gelmesinin sonuçlarını düzenleyen bir hükümdür. Buna karşılık Kanun, mücbir sebeplerle borcun ifasının gecikmesinin sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Yalnızca mücbir sebepleri düzenleyen KİSK 10/II'de "süre uzatımı verilmesi" ifadesi geçmekte ancak süre uzatımının ne olduğu, şartları ve sonuçlarına dair bir hüküm yer almamaktadır. Oysa ki; uygulamada daha çok rastlanılan sözleşmeye aykırılık biçimi, borcun sürekli imkânsızlık nedeniyle hiç ifa edilememesi değil, geçici engeller nedeniyle zamanında ifa edilememesidir.

Mücbir sebeplerle ifanın gecikmesi konusuna kamu ihale sözleşmeleri açısından baktığımızda genel hükümlere ilişkin olarak yukarıda⁵⁹ söylenenlerden daha farklı bir tablo ortaya çıkar. Esasen KİSK konuyu TBK'dan farklı şekilde düzenleyen bir hüküm içermemektedir. Ancak, KİSK 53'e dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerin ekinde yer alan genel şartname ve tip sözleşmeler, mücbir sebeplerle borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda idarenin yükleniciye "süre uzatımı" vermesini gerektirmektedirler. Örneğin yapım işlerine ilişkin her türlü kamu ihale sözleşmesinin bir parçası niteliğindeki YİGŞ'nin 29. maddesinin ikinci fıkrasında "*Sözleşmesinde belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.*" hükmü yer almaktadır. Keza MATS'nin 24 ve 25. maddeleri ile Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin⁶⁰ 35. maddesi de

⁵⁹ Bkz. yuk. I, B, 3.

⁶⁰ RG, 4.3.2009, S.27159 (Mükerrer) (Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği,

aynı yönde hükümler içermektedir. Kanımca süre uzatımı öngören bu hükümler, taraflar arasında, borcun mücbir sebeplerle zamanında ifa edilmemesi halinde, ifa zamanının erteleneceği yönünde bir anlaşma hükmündedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme hükmü niteliğindeki bu hükümlerin gereği olarak, idare, mücbir sebeplerle borcunu zamanında ifa edemeyen yükleniciye süre uzatımı vermek zorundadır. Böylece ifa zamanı ertelenmiş ve borcunu zamanında ifa edemeyen yüklenici temerrüde düşmemiş olur. Bunun sonucu olarak da yüklenici, TBK hükümlerinden farklı olarak temerrüdün sadece kusura bağlı sonuçlarından değil, tüm sonuçlarından kurtulur. Bu nedenle yüklenicinin gecikme cezası veya herhangi bir tazminat ödemesi gerekmediği gibi, idare de sözleşmeden dönemez. Burada açıklanan nedenlerle, eser sözleşmesi niteliğindeki kamu ihale sözleşmelerinde, yüklenicinin işe zamanında başlayamaması veya gereken tempoda sürdürememesinin mücbir sebeplerden kaynaklanması durumunda da idarenin TBK 473/I uyarınca sözleşmeden dönememesi, aksine yükleniciye süre uzatımı verilmesi gerekir.⁶¹

4. Mücbir Sebeplerle Borcun Gereği Gibi İfa Edilememesinin Sonuçları

Daha önce belirtildiği gibi, TBK hükümleri uyarınca, mücbir sebeplerden kaynaklanan gereği gibi ifa etmeme hallerinde, alacaklı sözleşmeye aykırı ifayı kabul etmediği takdirde borçlunun sorumlu olmadığı temerrüt; kabul ettiği takdirde borçlunun sorumlu olmadığı gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur.⁶² Mücbir sebeplerin borcun gereği gibi ifasını engellemesi durumuyla ilgili olarak KİSK'te herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte YİĞŞ ve MATS hükümlerinin, KİSK 10 da göz önünde bulundurularak değerlendirilmesinden, kamu ihale sözleşmeleri açısından bu konunun genel hükümlere benzer şekilde ele alındığı anlaşılmaktadır.

YİĞŞ 25 hükmü uyarınca yapım işinin sözleşmeye aykırı olması durumunda idare, yükleniciden sözleşmeye aykırılığın giderilmesini ister. Bu durumda borcun ifası gecikmiş olur. Gereği gibi ifa etmeme-

EK-8)

⁶¹ Bilir, s. 115- 116; İbrahim Kaplan, "İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 381 vd.

⁶² Bkz. yuk. I, B, 4.

nin mücbir sebeplerden kaynaklanması etkisini bu noktada gösterir. Zira bu durumda, söz konusu Şartname'nin 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yükleniciye mücbir sebebe dayalı olarak süre uzatımı verilmesi ve aynı hükmün birinci fıkrasında öngörülen gecikme cezasının uygulanmaması gerekir.

Mal Alımlarına Dair Tip Sözleşme'nin 33.1. maddesine göre de *"Yüklenici teslim, montaj ve ambalajlama şekli ve durumu, sözleşme ve şartnamelere uymayan veya eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen malları, İdarenin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya düzeltmek zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa bu sözleşmenin gecikme cezasına ilişkin hükümleri uygulanır."* Tip sözleşmenin bu hükmü karşısında, herhangi bir açıdan kamu ihale sözleşmesine aykırı mal teslim eden yüklenici, idarenin değiştirme veya düzeltme talebi üzerine ifa zamanını geçirirse, gecikme cezasıyla karşı karşıya kalır. Ancak sözleşmeye aykırılık mücbir sebeplerden kaynaklanmışsa, bir önceki başlık altında açıklanan şekilde ve tip sözleşmenin 25. maddesi uyarınca yükleniciye süre uzatımı verilmesi gerekir. Bu durumda temerrüt söz konusu olmayacağından, temerrüdün sonuçları ve özellikle gecikme cezası uygulanamaz.

SONUÇ

Sözleşme hukuku açısından mücbir sebep, sözleşmenin herhangi bir surette ihlâline neden olan, harici, öngörülemeyen ve kaçınılmaz nitelikte bir olaydır. Kusura bağlı sorumluluk prensibinin benimsendiği hukuk sistemimizde, mücbir sebep nedeniyle borcun hiç, zamanında veya gereği gibi ifa edilememesi, borçluyu, sözleşmeye aykırılığın bu üç türünün, kusura bağlı sonuçlarından kurtarır.

KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde, kamu ihale sözleşmelerinde mücbir sebep sayılabileceği açıkça belirtilmiş olan olaylar, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık ya da kısmî veya genel seferberlik ilânıdır. KİSK 10/I-e bendi uyarınca ise, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen benzeri haller de mücbir sebep sayılabilir. Kurumca yapılacak belirlemede mücbir sebep kavramının hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören unsurlarının varlığı aranmalıdır.

Borcunu mücbir sebepler nedeniyle ifa edemeyen yüklenici, KİSK 10/II hükmünde öngörülen diğer şartları da sağlamak kaydıyla,

Kanun'un sözleşmeye aykırılığa bağladığı sonuçlardan kurtulur. İfa'nın mücbir sebepler sonucunda imkânsız hale gelmesi durumunda, yüklenici ve idare karşılıklı olarak edim yükümlülüklerinden kurtulurlar. Mücbir sebepler ifanın gecikmesine yol açmışsa, idarenin yükleniciye süre uzatımı vermesi gerekir. Böylece yüklenici temerrüde düşmemiş olduğundan, idare sözleşmeyi sona erdiremeyeceği gibi, yüklenicinin herhangi bir tazminat veya gecikme cezası (cezaî şart) ödemesi de gerekmez. Mücbir sebeplerle borcun gereği gibi ifa edilemediği durumlarda, yükleniciye sözleşmeye aykırılığı giderebilmesi için süre uzatımı verilmesi gerekir.

Kaynakça

- Acar Hakan, "Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukukî Sonuçları", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 45-46 (Mayıs-Haziran 2008), s. 7- 23.
- Akıntürk Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Aral Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- Arnold Arnd, "Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform", *Juristen Zeitung*, Y. 2002, S. 18, s. 866-871.
- Bianca Cessare Massimo/Bonell Michael Joachim/Tallon Denis, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987.
- Bilir Dilek, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2010.
- Bingöl F. İtir, Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011.
- Buz Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998
- Canaris Claus Wilhelm, "Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB", *Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, s. 179-254.
- Canaris Claus Wilhelm, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", *Juristen Zeitung*, Y. 2001, S.10, s. 499-524.
- Demirel Salim, "Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebep Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 55-60.
- Dural Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013 (Borçlar).
- Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi, Ankara 1975 (Sorumluluk)
- Erzurumluoğlu Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.

- Flambouras Dionysios P., "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, (2001), s. 261-293.
- Giavonoli Silvio, "Zufall und höhere Gewalt im schweizerischen Rechte", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, C. 54 (1935), s. 1-40.
- Gloor Simone, *Das vertragliche Übernahmeverschulden - Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme*, Zürich 2012.
- Gözübüyük A. Pulat, *Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller*, Ankara 1977.
- Gündoğdu Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı*, İstanbul 2014.
- İnal H. Tamer, "Sözleşmenin Kurulması Esnasında Öngörülemeyen Sonraki İfa İmkânsızlığı ve Mücbir Sebep", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Ağustos 2014, s. 115-164.
- Kaden Erich-Hans, "Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 31, Y. 1967, s. 606-630.
- Kaplan İbrahim, "İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara 1999, s. 377-393.
- Keskin Dilşad, "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2007, C. XI, S. 1-2, C. XI, S. 1-2, s. 209-231.
- Koller Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 2009.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 11. Bası, İstanbul 2013.
- Özçelik Ş. Barış, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, Y. 2014, s. 569-621.
- Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, *Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht*, 6. Aufl., München 2013.
- Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Bern 2009.
- Serozan Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, İstanbul 2014.
- Tandoğan Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara 1961.
- Von Bar Christian/Zimmermann Reinhard, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II*, München 2002.
- Weick Günter, "Force Majeure, Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014/2, s. 281-312.