

Müteahhidin Kusuruna Dayalı İhale Sözleşmesinin Fesih

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu müteahhidin kusuru nedeniyle fesih kurumuna çeşitli maddelerde yer vermiştir.

Örneğin; (1) Müteahhidin iflas etmesi (m.17/b); (2) “Müteahhidin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi” (m.20/a); (3) “Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi” (m.20/b), (4) “Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi” (m.21/1) hallerinde sözleşme feshedilir.

Müteahhidin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine idarenin mehil verip sözleşmeyi feshedebileceğini ifade eden m.20/a, tüm borca aykırılıkları kapsayan çerçeve bir hüküm görünümündedir. Buna karşılık, m.25 hükmünde yer alan, yasak fiil ve davranışlardan bazıları da borca aykırı davranış teşkil ettiğinden (m.25/c, d, e ve f bentleri bu kapsamdadır.), bu ihtimalde idarenin fesih gerekçesini hangi maddeye dayandıracağı sorusu açıkta kalmaktadır. Konunun önemi m.20/a’ ya dayanan fesih bakımından yükleniciye en az on günlük bir mehil verilmesi gerekirken m.20/b’de uyarınca yapılacak fesih bakımından böylesi bir şart söz konusu olmamasından kaynaklanmaktadır.

i teknik anlamda fesih, sözleşmeyi ileriye etkili olarak ortadan kaldıran bir bozucu yenilik doğuran beyan olarak

telakki edilmektedir. Genel kabule göre şayet hukuki dayanağı olan bir fesih beyanı söz konusu ise beyanın muhataba varması ile sözleşme, beyanın varma anından itibaren ortadan kalkmış olur; ancak bu andan öncesine ilişkin olarak bir hükümsüzlük vuku bulmaz. 4735s. Kanununun 22. maddesinde ise bu prensipten bir nebze sapıldığı görülmektedir. Şöyle ki:

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 19 uyarınca yüklenicinin mali aciz içinde olduğu ve taahhüdünü yerine getiremeyeceğini bildirmesi ile m. 20/a uyarınca işin gereği gibi ifa edilmemesi veya geciktirilmesi halinde idarece çekilen ihtardaki sürenin hitamında borca aykırı durumda bir değişiklik olmamışsa bu sürenin dolumu ile 20. maddenin b bendinde veya 21. Maddede yer alan hususların gerçekleşmesi dolayısıyla fesih gerçekleşecekse bu hususların tespiti tarihinde sözleşme feshedilmiş sayılır. Lafzi bir yorumla esasta burada sözleşmenin idare tarafından feshedilmesinin değil, kanundaki belirli şartların husule gelmesi neticesinde sözleşmenin münfesih olmasının düzenlendiği söylenilebilir. Burada idare, sözleşmenin karşı tarafına bozucu yenilik doğuran bir beyan göndermemektedir.

İdarenin bu aşamadaki etkisi, birtakım davranışlarının (m.21 mucibindeki tespit gibi) kanundaki unsurların tamamlanmasında rol oynamasından ibarettir. Zira muhataba herhangi bir beyan ulaşmadan hükümsüzlüğün kanun gereği gerçekleşmesine rağmen fesih kavramından bahsetmek yerinde değildir. İdarenin bundan sonra m.22/f.1,c.son uyarınca yaptığı bildirim ise inşai değil izhari bir beyandır.

Yargıtay 15 HD E. 2004/6043 K. 2005/3488 kararının karşı oy gerekçesinde de ifade edilmiştir

("5.1.2002 tarihli 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununda fesih için genel hükümler dışında özel bir düzenleme getirilmemiş, hatta feshi düzenleyen 19, 20, 21 ve 22.maddelerinde akdin feshinin idarece karar alınmasından önce gerçekleşeceği açıklanmıştır.

Fesih gerçekleştikten sonra alınacak kararın ve fesih bildiriminin ise fesih iradesinin karşı tarafı bilgilendirmek amacıyla yapılacağı anlaşılmaktadır.

Yani akdin feshi için idarece bir karar alınmasına gerek yoktur. Bu karar idarenin i bünyesindeki işlemlerle ilgili olup, olayı belgelendirmek amacına yöneliktir.”)

Ancak bu yorum kabul edildiğinde, m.21/2 kapsamında işin %80 oranında tamamlandığı hallerde idarenin belirli şartlarda sözleşmeyi feshetmeyebilmeye muhayyer olduğunu açıklamak güçlük yaratır. Zira bu ihtimalde, yüklenicinin Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu evvelce tespit edilmiş ve dolayısıyla yukarıda ifade edilen lafzi yorum mucibinde sözleşme bu tespit ile münfesih olmuş sayılacaktır.

Hlbuki m21/2 hükmünde, idarenin maddede sözü geçen birtakım hususların varlığı halinde sözleşmeyi feshetmeyebileceği ve yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, idarenin bu aşamada sözleşmeyi ayakta tutup tutmama konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğunda tereddüt yoktur. İdarenin alacağı karar ile münfesih olmuş sözleşmeyi diriltmesi söz konusu olamayacağından m.22 hükmünün lafzı m21/2 hükmünde öngörülen durum ile çelişki içindedir.

Bu yüzden Yargıtay 15 HD'nin yukarıda anılan kararında çoğunluk görüşü, Borçlar Hukukunun genel prensiplerine uyulması gereğine itibar etmiş ve karara konu somut olayda idarece yapılan beyanı bir yenilik doğuran hakkın kullanımı olarak telakki etmiştir (Yarg. 15 HD E. 2004/6043, K. 2005/3488).

Yine sözleşmenin hkmszleşmesi m.22'de ifade edilen zamanlarda cereyan etmekteyse de idarece aynı madde çerçevesinde yapılan fesih ihbarı hukuki etkiden yoksun olmayıp, bir yenilik doğuran hakkın kullanımı mahiyetindedir.

Dolayısıyla, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda hükümsüzlüğün devreye girme anı bakımından kendine özgü bir hükmün getirildiği söylenmelidir.

Bu yorum tarzı, idare tarafından yüklenicinin gecikmesini müteakip 51. günde yapılan beyan ile sözleşmenin feshedilmiş olduğunu belirten; buna karşılık gecikme tazminatının bu süreye kadar değil, idarenin işin tamamlanması için verdiği süre olan 20 günün sonuna kadar (Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun eski 22. maddesi uyarınca hükümsüzlüğün devreye girdiği tarihe kadar) işletilmesi gereğini ifade eden Yargıtay kararına (Yarg. 13. HD E. 2006/8713 K. 2006/13605) da uygundur.

Madde 22 ile 21/2 arasındaki bu uyumsuzluk, hukukun önemli bir noktasında ciddi bir belirsizlik yaratmaktadır. Yukarıda, bu belirsizliği gidermek ve tutarlı bir sonuca ulaşabilmek için tercih edilmesi gereken yorumu açıklamış bulunmaktayız. Ancak yine de, bu halde dahi sözü geçen iki hüküm sözleşmeler hukukunun genel prensiplerine, özellikle yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin prensiplere aykırı düşmektedir.

Dolayısıyla, kanun yapma tekniğine aykırı olan bu iki maddenin değiştirilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir. Kanun koyucu, bu değişikliği yaparken hukukun genel prensiplerini ve maddelerin birbirleriyle olan ilişkisini göz önünde tutmalıdır. Kamu ihale sözleşmelerinin tasfiyesi konusunda hukuki güvenliğin sağlanması açısından böylesi bir değişikliğin yapılması elzemdir.

söz konusu feshin geriye etkili olarak mı yoksa ileriye etkili olarak mı hüküm ifade edeceğidir. Daha doğru bir ifade ile teknik anlamda fesihden mi yoksa dönmeden mi bahsedildiğidir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, fesih sürekli edimli borç ilişkilerinde, dönme ise ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır. Bir borç ilişkisinin sürekli edimli mi

yoksa ani edimli mi olduğu tespit edilirken ise, ifanın borçlu bakımından belirli bir zaman almasına bakılmaksızın, alacaklının ifaya olan menfaatinin bir anda mı gerçekleştiği yoksa belirli bir zaman fasılası içinde devam mı ettiği tetkik edilir. Şayet alacaklının ifaya olan menfaati bir anda sağlanıyor (satım sözleşmesinde satılanın teslimi gibi) ve ifa gerçekleşmiş oluyorsa ani edimli bir sözleşmeden bahsedilir ve böylesi sözleşmeleri sona erdirmeye yönelik beyanlar kural olarak dönme beyanı olarak kabul edilir.

Alacaklının ifaya olan menfaati belirli bir zaman fasılasında sürekli olarak devam ediyorsa (hizmet sözleşmesi gibi) bu defa sürekli edimli bir sözleşmenin varlığından bahsedilir ve sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik beyan fesih beyanı niteliğindedir. Dolayısıyla, kanunda geçen fesih teriminin teknik anlamda fesih olup olmadığı yapılan sözleşmenin türüne göre belirlenmelidir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında; satım, eser ve hizmet sağlama sözleşmesi yapılması mümkündür (m. 6). Bu çerçevede satım sözleşmesi söz konusu olmuşsa dönme, hizmet sağlama sözleşmesi söz konusu olmuşsa fesihten bahsedilecektir. Sürekli edimli sözleşmelere özgü özellikleri barındırması eser sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda tereddüt yaratmışsa

Yarg. İBGK E1983/3, K1984/1 kararın da eser sözleşmesi, çoğunluk fikrine göre ani edimli bir sözleşmedir.

Her ne kadar yüklenici eser konusunu imal ederken ifa davranışları belirli bir zaman fasılasına yayılmakta ise de yüklenicinin sonuç taahhüt ediyor olması, alacaklının ifaya olan menfaatinin zamana yayılmadığına işaret etmektedir.

Bununla birlikte, Yargıtay inşaat işlerini konu alan eser sözleşmelerinde borç ilişkisinin geriye yönelik olarak tasfiyesinin zorluğuna binaen böylesi sözleşmelerde, belirli şartlarla sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik beyanın dönme

değil; fesih olarak hüküm ifade edeceği görüşündedir

Aynı şekilde Yargıtay'ın, eserin bitme oranına göre sona erdirme beyanının ileriye etkili olarak hüküm ifade edebileceği istikametinde kararları mevcuttur

- Yarg. 15.HD E. 1996/6770, K. 1997/1356, T.13.3.1997;
- Yarg. 15HD. E. 1997/3723, K. 1997/5352, 12.12.1997;
- Yarg. 15HD E. 1998/2147, K. 1998/2779, T. 24.6.1998;
- Yarg. 15HD E. 1999/2473, K. 1999/3735, T. 21.10.1999;
- Yarg. 15HD E. 2000/5230, K. 2001/1311, T. 15.3.2001;
- Yarg. 15HD E. 2001/4235, K. 2002/409, T. 30.1.2002;
- Yarg. 15HD E. 2003/1903, K. 2003/5288, T. 6.11.2003;
- Yarg. 15HD E. 2003/4328, K. 2004/1320, T. 10.3.2004;
- Yarg. 15HD E. 2003/4987, K. 2004/1909, T. 5.4.2004;

Yarg. 15HD E. 2004/7507, K. 2005/505, T. 4.2.2005. Bu kararlarda görülebileceği üzere Yargıtay uygulaması eserin tamamlanma oranının % 90 civarında olması halinde dönme hakkının kullanımını kabul etmemekte, böyle bir iradeyi fesih olarak kabul etmektedir.

Dolayısıyla 4735 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan eser sözleşmelerinde de sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönelik beyanın bu prensipler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sona erdirmeye yönelik beyanın geriye etkili olup olmayacağına dair bir hüküm yoktur ve kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK'nın uygulanacağı ifade edilmiştir.