

**Danıştay ihale emsal
Kararı, Büyükşehir
Belediyesine ait bir hizmet
(yönetim) binası inşaatı
devam etmekte iken, yüklenici
ile yapılan spor kompleksleri
yapımına ilişkin sözleşmenin,
yüklenicinin kusuru
olmaksızın, esaslı unsurları
.....sayılı Meclis Kararıyla
değiştirilerek söz konusu
yerin hizmet (yönetim) ve
sosyal tesis alanı olarak
düzenlenmesi ve böylece
sözleşmenin ifasının hukuken
imkansız hale getirilmesi
suretiyle.....yılında yersiz
bir şekilde belediye**

bütçesinden.....TL tutarında kamu zararına neden olduğu gerekçesi

6. Daire, 537/515, T. 29.1.2018

sözleşmenin esaslı unsurlarının değiştirilmesi

.....tarih vesayılı asıl İlâmın 2'nci maddesi ile tazmin hükmolunan konu ile ilgili olarak Temyiz Kurulununtarihli ve tutanak numaralı bozma kararı üzerine 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 55'inci maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince konunun görüşülmesine karar verildi.

Asıl İlâmın 2'nci maddesiyle, ... Büyükşehir Belediyesine ait bir hizmet (yönetim) binası inşaatı devam etmekte iken, yüklenici ile yapılan spor kompleksleri yapımına ilişkin sözleşmenin, yüklenicinin kusuru olmaksızın, esaslı unsurlarısayılı Meclis Kararıyla değiştirilerek söz konusu yerin hizmet (yönetim) ve sosyal tesis alanı olarak düzenlenmesi ve böylece sözleşmenin ifasının hukuken imkansız hale getirilmesi suretiyle.....yılında yersiz bir şekilde belediye bütçesinden.....TL tutarında kamu zararına neden olduğu gerekçesiyle bu tutarın tazminine karar verilmişti.

Bu tazmin hükmüne karşı Üst Yönetici sıfatıyla sorumlu tutulan adına Vekili Avukat tarafından Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine anılan Kurulca.....tarih vesayılı İlamın 1'inci maddesiyle, somut olayın kronolojik süreci detaylı olarak açıklandıktan sonra;

Tazmin hükmünün, “.....sayılı Büyükşehir Belediyesi Meclis Kararı alınmak suretiyle sözleşmenin esaslı unsurları ortadan kaldırılarak sözleşmesinin ifasının imkânsız hale getirildiği ve bu nedenle belediyenin çeşitli davalara muhatap kılındığı ve bu davalar sonucunda tazminat ödemek durumunda bırakıldığı” şeklindeki temel düşünce üzerine kurulmuş olmasına rağmen tazmin hükmüne esas tutarın, tazminata dair bir mahkeme kararına dayanmadığı; icra takibi sonucunda ödenmek durumunda kalınan ve hukuken de iadesi gereken bir tutarın faizi ve fer'inden (tahsil harcı, icra ve inkâr tazminatı ve icra masraflarından) ibaret bulunduğu, yüklenici tarafından menfi ve müspet zararlarının tazmini amacıyla açılan tazminat davasının ise, derdest (sürmekte) olup henüz bir karar verilmediği,

Diğer taraftan, her ne kadar temyize esas ilamda ve bu ilama karşı temyiz başvurusunda bulunan sorumlularca “sözleşmenin ifasının imkânsızlığı” üzerine yoğunlaşmışsa da burada esas olay sözleşmenin feshe ilişkin hükümlerinin gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklandığı,

İster ilamın işaret ettiği şekliyle büyükşehir belediye meclis kararı neticesinde isterse sorumluların savunmaları karşısında mahkeme kararlarıyla sözleşmenin uygulanamaz hale geldiği kabul edilsin, sözleşmenin feshe ilişkin hükümlerinin oldukça açık olduğu, bu hükümlere uygun olarak inşaata ilişkin maliyetlerin (müteahhitlik karı hariç) genel hükümlere

(sebepsiz zenginleşme hükümlerine) göre hesaplanarak tasfiye işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekirken, idarece böyle yapılmayarak Büyükşehir Belediye Başkanı adına Hukuk Müşaviri vasıtasıyla düzenlenen bir yazıyla sözleşme hükümlerine devam etme iradesinde olan yükleniciye sözleşmenin uygulanmasının imkânsız hale geldiği ve bu yazı ekinde gönderilen ilamın ihtilaf konusu olan imar plan değişikliği doğrultusunda hareket edilmesi gerektiğinin bildirildiği, bu yazının doğal neticesi olarak yüklenici tarafından sözleşme neticesinde büyükşehir belediyesine ödenen tutarın iadesine ilişkin icra takibine başlandığı ve bu icra takibi neticesinde büyükşehir belediyesi, sözleşmenin feshine ilişkin hükümlerine riayet edilmemesinden dolayı, sorumluların dilekçe eklerinde mahiyetini belirttikleri faiz, icra inkâr tazminatı vb. ödemeleri yapmak zorunda bırakıldığı,

Sorumlularca yüklenici tarafından icraya verilen tutara itiraz edilmesi sonucu mahkeme kararı gereğince ilama konu bedellerin ödendiği iddia edilmekte ise de; bu bedellerin ödenmesine "sözleşmenin feshe ilişkin hükümlerine riayet edilmemesi" sonucu sebebiyet verildiğinin değerlendirildiği, bu nedenle söz konusu durumun, yargı kararını uygulamaya müstenit plan değişikliğini, bu husustaki ilkeler ve planlama esaslarına uygun olarak yerine getirme niyetindeki sayılı Meclis Kararına hasretmenin doğru olmadığına ortaya çıktı,

Oluşan bu yeni durum karşısında tazmin hükmünün yalnızca sözleşme hükümlerine uyulmaması sonucu ödenmek zorunda kalınan faiz ve icra inkâr tazminatı ve kurulacak illiyet bağı neticesinde bu ödemelere sebebiyet veren sorumlular açısından yeniden değerlendirilmesi gerekmekte olduğu, buna ilişkin tutarların yıllar itibariyle yeniden tespitinin ise, faiz ve icra inkâr tazminatı ödenmesine karar veren yargı kararlarının da detaylarıyla incelenmesini zorunlu kıldığı,

ana gerekçesi ve bu gerekçeye,

Aynı idarenin.....yılı hesabında da aynı konunun sorgu konusu edildiği, mevcut belgelerden söz konusu ödemelerin emanetten yapıldığının anlaşıldığı, dolayısıyla, emanetten ödenen paraların giderleştirme tarihinin netleştirilmesi ve buna göre kamu zararı olup oluşmadığının tespitinin yapılması gerektiği,

İlama esas olayda fiili imkânsızlığın herhangi bir öneminin olmadığı, idarenin yüklenicinin sözleşmenin devamına ilişkin hiçbir talebine olumlu cevap vermeyerek kendi iradesiyle sözleşmenin uygulanmasını engellediği, kaldı ki, iptali gerçekleşen imar plan notunun sadece bir parselle ilişkin olduğu, o parselde sadece istisnai bir hüküm getirildiği, dolayısıyla, ilama konu alanın plansız kalması gibi bir durumdan söz edilmesinin mümkün olmadığı, olayın sadece sözleşmenin uygulanmaması açısından değerlendirme yapılarak sorumlulukların ve kamu zararı tutarının yeniden belirlenmesinin icap ettiği,

Yüklenicinin; sözleşmenin imkânsızlığı sebebiyle meydana gelen zararının tazmini amacıyla, ... Büyükşehir Belediyesine karşı, ... Ticaret Mahkemesinde, ... Esas sayılı dosya ile tazminat davası açtığı, bu davanın devam ettiği, dolayısıyla, bu konuyla ilgili olarak kamu zararı değerlendirmesi yapabilmek için, olayın bütün yönleriyle değerlendirilmesi, yani; sözleşmenin fiilen imkânsız hale gelip gelmediği, şayet imkânsız hale geldiyse bunun yargı kararları sebebiyle mi yoksa belediye meclis kararlarından mı kaynaklandığı, belediye meclis kararlarından kaynaklandı ise hangi tarihli meclis

kararlarından kaynaklandığının ortaya konulması gerektiği, süreçte yapılan bütün idari işlemler ve mahkeme kararları değerlendirilmeden, sadece sayılı meclis kararına ifa imkânsızlığının yüklenmesinde hukuki isabet bulunmadığı,

Ayrıca; şayet sözleşmenin ifasının imkânsız hale geldiğine mahkemece karar verilir ise; eski BK. 117 ve yeni BK. 136'ncı maddesine göre taraflar, karşı taraftan aldığı edimi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermekle yükümlü olacağından, bu aşamada, yüklenicinin ihale bedeli olarak idareye ödediği tutarın, sözleşmenin ifasının imkânsızlığının idarece kendisine bildirilmesinden sonra, ilamsız icra takibi sonucu belediyece yükleniciye yapılan ödeme ve ilamın konusu olan tutar, devam eden tazminat davasından sonra idarenin ödemesi gereken bir borç şekline de dönüşebileceği,

Bütün bu nedenlerle, ... 1. Ticaret Mahkemesinde,Esas sayılı dosya ile yüklenici tarafından açılan tazminat davasında, konu tüm yönleriyle değerlendirileceğinden, bu davanın neticelenmesinin beklenmesi gerekirken; sadece sayılı meclis kararına istinaden bu meclis kararını alan meclis üyelerinin sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirdikleri gerekçesiyle/kusurlu oldukları kabulüyle sorumlu tutulmalarında, kamu kaynağı olup olmadığı bu aşamada belli olmayan tutarın, kamu kaynağı/kamu zararı olarak değerlendirilmesinde, hukuki isabet bulunmadığı,

İlamda “..... sayılı Büyükşehir Belediyesi Meclis Kararı alınmak suretiyle sözleşmenin esaslı unsurları ortadan kaldırılarak sözleşmesinin ifasının imkânsız hale getirildiği” ve bu nedenle “belediyenin çeşitli davalara muhatap kılındığı ve bu davalar sonucunda tazminat ödemek durumunda bırakıldığı”ndan bahsedilmekte ise de; tazminine hükmedilen tutar yüklenicinin

sözleşme karşılığında belediyeye vaat ettiği tutarın zamanında ödenmemesi sonucu belediye bütçesinden çıkan faiz ve fer'inden oluştuğu, bu nedenle, Hukuk Müşavirinin düzenlediği bir yazıyla sözleşmenin uygulanamaz hale geldiğinin anlaşılmakta olduğu, ilamda bahsedilen plan değişikliklerinin ikinci planda kaldığı, bu yönüyle, sorgu ve sonrasında yargılama aşamalarının en başından itibaren yeniden başlatılması gerektiği,

Sürecin sağlıklı bir biçimde değerlendirilebilmesi için, tamamen teknik mahiyette olan ve uzmanlık gerektiren bu konuda farklı mahiyette hukuki mütalaalar ve bilirkişi görüşleri de olduğu dikkate alındığında, bütün bu mahkeme kararlarının neticesinin beklenmesi ve yeniden yapılacak değerlendirmede bu kararların göz önüne alınması gerektiği,

şeklindeki ilave gerekçelerle tazmin hükmünün bozulmasına ve yeniden hüküm tesisi için dosyanın Dairemize gönderilmesine karar verilmiştir.

Sorumlulardantarafından Sayıştay Temyiz Kuruluna yapılan temyiz başvurusu üzerine anılan Kurul, sırayla;.....tarih vetutanak sayılı kararlarıyla, söz konusu tazmin hükmü Üst Yönetici adına Avukat'nın temyiz başvurusu üzerine düzenlenen.....tarih ve tutanak sayılı İlamıyla bozulduğundan Kurulca yapılacak işlem olmadığına, ancak aynı mahiyette olan bahse konu dosyaların gereği yapılmak üzere bozma kararı verilen dosya ile birleştirilerek Dairemize gönderilmesine karar vermiştir.

Temyiz Kurulunun anılan kararlarına istinaden Dairemize havale

edilen söz konusu dosyaların birleştirilerek incelenmesi ve duruşmada hazır bulunanlar ile Sayıştay Savcısının sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği düşünüldü:

Mülkiyeti Genel Müdürlüğüne ait ...m² yüzölçümüne sahip ... ada ...parsel üzerinde yer alan ve bölgeye ilişkin ... ölçekli imar planında “Bölgesel Kentsel Spor Alanı” olarak tanımlanan ve ...m² bölümde vaziyet planında yerleri gösterilen UEFA kriterlerine uygun ... kişi seyirci kapasiteli stadyum, ... kişi seyirci kapasiteli uluslararası standartlara uygun kapalı spor salonu ile mülkiyeti ...Genel Müdürlüğü’ne ait ... Merkez ...Mahallesinde bulunan ... ada ... parsel üzerinde ...ölçekli imar planında “Bölgesel Kentsel Spor Alanı” olarak tanımlanan ve vaziyet imar planında yerleri gösterilen ... kişi seyirci kapasiteli “Kapalı Yüzme Havuzu” ve ... kişi seyirci kapasiteli “Kapalı Spor Salonu” ile (peyzaj dahil) çevre düzenlemesinin; ... ada 1 parseldeki taşınmazın ifraz edilerek ... m² lik kısmının “ticari alan” olarak mülkiyet hakkı A. Ş. ve sözleşme harici.....A.Ş. ortaklığına ait olmak üzere arsa karşılığı yapım ihalesiortaklığı tarafından kazanılmış vetarihinde sözleşmesi imzalanmıştır.

... İdare Mahkemesi tarafındangün vesayılı dosya kapsamında yapılan yargılama neticesinde “...blok boyu ve derinliği şartı aranmaz...” şeklindeki plan notunun iptaline karar verilmiş, bahse konu yere ilişkin planın diğer unsurları yönünden herhangi bir iptal hükmü kurulmamıştır. Söz konusu karar belediyeye.....tarihinde tebliğ edilmiştir. Denetçinin sunduğu dosyanın incelenmesinde, Belediye Başkanı’ın seçim öncesi söz konusu ihaleyi iptal edeceğini ve bu yere iş merkezi yaptırmayacağını ifade eden beyanatlarının olduğu görülmüştür.

... Büyükşehir Belediye Meclisinin.....tarih vesayılı kararı, kararın alındığı tarihte söz konusu alan ile ilgili ..., ... ve ..., ölçekli planlar iptal edilmemiş, bu planlar yürürlükte iken belediye başkanının teklifi üzerine belediye meclisi sayılı kararı alarak ihalenin devamı engellenmiş ve bunun sonucunda yüklenicinin yapmış olduğu ödemeler ve masraflarını talep etmesi üzerine kamu zararı ortaya çıkmıştır. Söz konusu alana ilişkin ... ve ... ölçekli planın iptali istemi ile açılan dava, ... İdare Mahkemesinin.....tarih vekararı ile reddedilmiş, verilen ret kararı Danıştay ...Dairenin sayılı kararı ile bozulmuş, bu bozma kararı anılan ... ölçekli planda yapılan değişiklikten sonra.....tarihinde belediyeye tebliğ edilmiştir. Her ne kadar daha sonra ... ve ... ölçekli nazım imar planlarında değişiklik öngören ve..... sayılı belediye meclis kararları Danıştay'ın bozma kararından sonra ... İdare Mahkemesince sayılı Karar ile iptal edilmişse de; söz konusu iptal kararı idareye ...ölçekli planda yapılan değişiklikten sonra.....tarihinde tebliğ edilmiştir.

Özetle, ... Büyükşehir Belediye Meclisinin.....tarih ve sayılı Kararı, kararın alındığı tarihte plan ve dayanağı kararlar yürürlükte olup iptali gerektirecek bir yasal mevzuat bulunmamaktadır. "...blok boyu ve derinliği şartı aranmaz..." şeklindeki plan notunun iptali planın tamamının iptalini değiştirmediğinden yüklenicinin bu konudaki talebi hiç dikkate alınmadan bu alan plansız gibi değerlendirilmiştir. Oysa bir alanın plansız kalabilmesi için o planın iptal edilmesi gerekirdi. Söz konusu proje ile ilgili olarak; ... Büyükşehir Belediyesi tarafından, açıklanan mahkeme kararlarının amaç ve ifadesi aşılarak yeni bir irade ortaya konulmuş, sözleşmelere konu alanın imar planı niteliği yukarıda belirtilen.....tarihli sözleşmeye konu ihaleyi imkansız kılacak şekilde değiştirilmiştir.

... Büyükşehir Belediyesi tarafından, ...Mahallesi ... ada ...parseldeki ...ölçekli imar planı ... İdare Mahkemesi'nce iptal edildiğinden yargı kararı sonucuna göre işlem yapılacağı hususu yükleniciye bildirilmiş, yüklenici.....tarihli cevabi yazısında "... Yargı kararının sözleşmenin ifa edilmesini engeller nitelikte bulunmadığı, kararın henüz kesinleşmediği ve yargılama sürecinin devam ettiği, yasal hakları saklı kalmak üzere ifaya devam etmek arzusunda olduğu ve sözleşmelere konu ... ada ...parsele ilişkin ...ölçekli imar planının sözleşmeye uygun hale getirilerek ifaya devam edilmesi, inşaatlara ait yapı ruhsatlarının tarafına verilmesi..." yönündeki talebi idareye bildirilmiştir.

Daha sonra ... Büyükşehir Belediye Meclisi'nin.....tarih ve sayılı Kararı ile sözleşmelere konu ... ada ..parselde kayıtlı ...m² taşınmaz hakkında ...ölçekli imar planında değişiklik yapılarak, bahse konu taşınmaz MGA/Ticaret Alanı olmaktan çıkartılıp, ... Büyükşehir Belediyesince halihazırda sürdürülmekte olan ve yapımı uzun zamandır devam eden Belediye Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı inşaatı mevcutken bir kez daha, Belediyesi Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı olarak düzenlenmiştir.

.....tarihli sözleşme gereği, ticari alan olarak düzenlenip mülkiyetinin yükleniciye devri öngörülen, karşılığında da özetle bahse konu spor tesislerinin inşaatının yaptırılacağı bu taşınmazın, ... ölçekli imar planında Büyükşehir Belediye Meclis Kararı ile Büyükşehir Belediyesi Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı olarak düzenlenmesi, sözleşmede öngörülen mülkiyet devri işlemini mevcut belediye yönetimi iradesiyle imkansız hale getirmiştir.

Zaten bu durum, idarenin.....tarih vesayılı yazısı ile

yükleniciye bildirilmiş, “... İdare Mahkemesi’ninsayılı hükmü gereği yapılan imar planı değişikliği sonucu sözleşmenin ifasının hukuken imkansız hale geldiği” belirtilmiştir.

Dava kapsamında davacı idare özetle; “... İdare Mahkemesininsayılı kararının, anılan gayrimenkulün imar planı niteliğinin değiştirilmesini zorunlu kılmadığı üst planlarda merkezi gelişim aksı olarak öngörülen bu gayrimenkulün Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı olarak planlanmasının plan hiyerarşisine ve kamu yararına aykırı olduğu”nu beyan ederek ilgili işlemin iptalini talep etmiştir.

Davalı ... Büyükşehir Belediyesi, açılan bu davaya ilişkin gönderdiği savunmasında; “Anılan değişikliğin ... İdare Mahkemesininsayılı kararının zorunlu sonucu olduğunu, söz konusu karar ile taşınmazın plansız alanda kaldığını” beyan etmiştir, halbuki söz konusu mahkeme kararı “blok boyu ve derinliği”ne ilişkin plan notunun aynı kalmasından dolayı verilen bir iptal kararıdır.

Nitekim yapılan yargılama sonunda ... İdare Mahkemesi’nin,sayılı kararı ile “şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırı işlemin iptaline” karar vermiştir.

Aynı kararda mahkemece belirtilen diğer bir husus ise; “..... Büyükşehir Belediyesince söz konusu plan değişikliğinin ... İdare Mahkemesininsayılı kararının zorunlu sonucu olduğu ileri sürülüyorsa da anılan kararın salt blok boyu ve derinliği şartı aranmaz biçimindeki plan notunun iptaline yönelik olduğu ve bundan başka kullanım fonksiyonu olmayıp

planın diğerk unsurlarını değiştirmek gereği doğurmadığı...”dır.

.....tarihli sözleşmenin ifasının, ... Büyükşehir Belediye Meclisinin.....tarih ve sayılı kararı ile imkansız hale gelmesinden sonra yüklenici ve ... tarafından mahkeme aracılığı ile tespitler yaptırılmıştır.

... Sulh Hukuk Mahkemesinin İş sayılı dosyası, ... Sulh Hukuk Mahkemesinin..... İş sayılı dosyası ve ... Sulh Hukuk Mahkemesininİş sayılı dosyasından tanzim edilen bilirkişi raporları,.....tarihli sözleşmenin ... Büyükşehir Belediyesinin kusuru ile imkansız hale geldiği ve haksız olarak feshedildiği tespitlerine yer vermekte, bu haksız fesih işlemi nedeni ile yükleniciye ödenecek tazminat tutarını belirlemektedir.

Ayrıca, yüklenici tarafından söz konusu ihtilafın sulh ve uzlaşma yoluyla czlmesi için talepte bulunulmuş, bu hususta ... Büyükşehir Belediye Meclisinin.....tarih vesayılı kararıylaadlı işe ait protokolün ... İdare Mahkemesininsayılı kararı ile ifasının hukuken imkansız hale geldiğinden bahisle, ykleniciA.ř. ile yapılan sözleşmenin feshi için Belediye Encümenine yetki verilmesine karar verilmiştir. ... Büyükşehir Belediyesi Encümeninin.....tarihli kararı ile “...sözleşmenin feshi, işin tasfiyesi, hesap mutabakatı yapılması ve tasfiye sözleşmesi imzalanması hususlarının temini konusunda kendilerine verilen yetkinin mümkün olmayacağı, konunun yargılama yoluyla czlmesi gerektiği...” ifade edilmiştir. Bu karar üzerine deA.ř. yargıya başvurmuştur.

Öte yandan, ... İdare Mahkemesininsayılı yargılama dosyası, sözleşmeye konu alanların ... ve ... ölçekli imar planlarında değişiklik yapan.....tarih vesayılı Büyükşehir Belediye Meclis Kararlarının iptali istemiyle açılan davaya ilişkindir.

Bahse konu dava dosyasına ilişkin olarak; davaya bakan mahkemece, "...davaya konu kamu kuruluş alanının, iptali istenen meclis kararları ile doğuya doğru büyütülerek merkezi gelişim aksı olarak belirlendiği, merkezi gelişim aksı olarak belirlenen yerlerde günlük ticari, sosyal ve kültürel faaliyetlerin yapılacağına ilişkin plan notu bulunduğu, ... ölçekli planda bu yerlerin kentsel bölgesel spor alanı olarak belirlendiği, bunlar arasında iptali istenen planla öngörülen hususların bulunmadığı, üst ölçekli plana aykırı olan alt ölçekli plana dair meclis kararlarının hukuka aykırı olduğu" gerekçesi ile meclis kararlarını iptal etmiştir. İptal işlemi ... Büyükşehir Belediye Meclisi'nin.....tarih ve sayılı kararının alındığı tarihten sonradır.

Her ne kadar Temyiz Kurulunun bozma kararında ; "İlamdaki tazmin hükmününsayılı Büyükşehir Belediyesi Meclis Kararı alınmak suretiyle sözleşmenin esaslı unsurları ortadan kaldırılarak sözleşmenin ifasının imkansız hale getirildiği ve bu nedenle belediyenin çeşitli davalara ve bu davalar sonucunda tazminat ödemek durumunda bırakıldığı şeklindeki temel düşünce üzerine kurulduğu, oysa tazmin hükmüne esas tutarın, tazminata dair bir mahkeme kararına dayanmadığı, icra takibi sonucunda ödenmek durumunda kalınan ve hukuken de iadesi gereken bir tutarın faizi ve fer'inden (tahsil harcı, icra ve inkâr tazminatı ve icra masrafından) ibaret bulunduğu," belirtilmekte ise de; İlamdaki tazminat ifadesinin sehven kullanıldığı, bu ifade ile icra takibi sonucu yapılan ödemelerin kast edildiği İlamın bütününde açıkça

anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'nci maddesi uyarınca Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Kamu zararının belirlenmesinde mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, esas alınmaktadır. Dolayısı ile Dairemizin İlamında da açıklandığı üzere ... Büyükşehir Belediye Meclisi.....tarih vesayılı Kararı ile işe ilişkin sözleşmeye konu ... ada ... parselde kayıtlı ... m² taşınmaz hakkında ... ölçekli imar planında değişiklik yapılarak, bahse konu taşınmaz MGA/Ticaret Alanı olmaktan çıkarılarak sözleşmenin uygulanmasını imkansız kılmış ve bunun sonucunda da olaya konu ödemeler nedeniyle kamu zararına sebep olunmuştur. Belediye meclisince iptal kararı alınmayıp gerekli olan yasal prosedür izlenmiş olursa idi, bu giderler belediye bütçesinden haksız yere ödenmeyecek ve kamu zararına da neden olunmayacaktı. Söz konusu işlem sonucunda.....yılında neden olunan kamu zararı tutarı.....-TL olup, bu tutarın-TL'si tahsil harcı,-TL'si faiz,-TL'si icra inkar tazminatı ve-TL'si de ödenen icra masrafından oluşmaktadır.

Yine Temyiz Kurulunun söz konusu kararında, "Tazmin hükmünün yalnızca sözleşme hükümlerine uyulmaması sonucu ödenmek zorunda kalınan faiz ve icra inkâr tazminatı ve kurulacak illiyet bağı neticesinde bu ödemelere sebebiyet veren sorumlular açısından yeniden değerlendirilmesi gerektiği," ifade edilmişse de; Dairemizin İlamı incelendiğinde de görüleceği üzere illiyet bağı detaylı bir şekilde tartışılmış ve kamu zararının sadece faiz ve icra inkâr tazminatından oluşmadığı, mevcut ihalenin idarenin kusuru ile iptal edilmesi sonucu ödenen tahsil harcı, faiz, icra inkar tazminatı ve icra masrafından oluştuğu açıkça vurgulanmıştır.

Anılan Kurul, "Tazmine ilişkin tutarların yıllar itibariyle yeniden tespiti, faiz ve icra inkâr tazminatı ödenmesine karar veren yargı kararlarının da detaylarıyla incelenmesi, yeni duruma göre oluşacak sorumluların tespiti, yargı kararını uygulamaya müstenit plan değişikliğini, bu husustaki ilkeler ve planlama esaslarına uygun olarak yerine getirme niyetindekisayılı Meclis Kararını alan belediye meclis üyelerinin ilamda bahsi geçen ödemede herhangi bir kusurları bulunmayıp sorumluluklarının kaldırılması ve yüklenici ile sulh yoluna giderek sözleşmenin fesih hükümlerini uygulamak yerine bunun aksini yaparak büyükşehir belediyesini faiz ve icra inkâr tazminatı ödemek zorunda bırakanların ve ödenmek zorunda kalınan tutarların yıllar itibariyle tespit edilip sorumlulukların ve kamu zararına esas tutarların yeniden belirlenmesi," şeklindeki gerekçeyle de tazmin hükmünü bozmuşsa da; yukarıda belirtildiği üzere Dairemizin İlamında konu detaylı bir şekilde incelenmiş vesayılı meclis kararı ile kamu zararı arasında gerekli illiyet bağı kurulmuştur. Ayrıca dosya ve eklerindeki belgeler ile yargı kararları titizlikle incelenip değerlendirilerek karar verilmiştir.

Ayrıca Temyiz Kurulu "Aynı idarenin.....yılı hesabında da aynı konunun sorgu konusu edildiği görülmüş olup mevcut belgelerden söz konusu ödemelerin emanetten yapıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, emanetten ödenen paraların giderleştirme tarihinin netleştirilmesi ve buna göre kamu zararı oluşup oluşmadığının tespitinin yapılması için tazmin hükmünün bozularak dosyanın Dairesine gönderilmesi gerektiği" şeklindeki ek gerekçeyle de tazmin hükmünün bozulmasına karar vermişse de; söz konusu ödeme emanetler hesabında yapılan bir ödeme değildir. Nitekim bu konu ile ilgili olarak yapılan müzakere sonucunda söz konusu iddia heyetin çoğunluğu tarafından kabul edilmemiş ve sadece bir üye ayrışık oy kullanmış ve bu ayrışık oya düzenlenen ilamda yer verilmiştir.

Yine Temyiz Kurulu, "Kamu zararı değerlendirmesi yapabilmek için, olayın bütün yönleriyle değerlendirilmesi, yani; sözleşmenin fiilen imkânsız hale gelip gelmediği, şayet imkânsız hale geldiyse bunun yargı kararları sebebiyle mi yoksa belediye meclis kararlarından mı kaynaklandığı, belediye meclis kararlarından kaynaklandı ise hangi tarihli meclis kararlarından kaynaklandığının ortaya konulması, süreçte yapılan bütün idari işlemler ve mahkeme kararları değerlendirilmeden, sadece sayılı meclis kararına ifa imkânsızlığının yüklenmesinde hukuki isabet bulunmadığı, ...Ticaret Mahkemesinde, ... Esas sayılı Dosya ile yüklenici tarafından açılan tazminat davasında, konu tüm yönleriyle değerlendirileceğinden, bu davanın neticelenmesinin beklenmesi gerektiği, kamu kaynağı olup olmadığı bu aşamada belli olmayan tutarın, kamu kaynağı/kamu zararı olarak değerlendirilmesinde, hukuki isabet bulunmadığı," şeklindeki ek gerekçeyle söz konusu tazmin hükmünü bozmuşsa da; Dairemizin İlamında kamu zararı bütün yönleri ile değerlendirilmiş, sözleşmenin ifasının imkansızlığının yargı kararı sonucu değil,sayılı meclis kararı ile oluştuğu delilleriyle ortaya konmuştur. ... Ticaret MahkemesininEsas sayılı Dosyası ile konun bir ilgisi olmadığı vurgulanmış bu sebeple de konu hüküm dışı bırakılmayarak tazmin kararı verilmiştir.

Kaldı ki 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 78'inci maddesinin ikinci fıkrasında, adli, idari ve askeri mahkemelerce verilen hükümler Sayıştayın denetim yapmasına ve hükme bağlamasına engel olmadığı belirtilmiştir.

Bu nedenle, sorumlular ve vekillerinin duruşma sırasında ... Asliye Ticaret Mahkemesinin.....tarih vekararının dikkate alınarak konu hakkında ilişilecek husus bulunmadığına

karar verilmesi gerektiği yönündeki savunmalarının da kabulü mümkün değildir.

Temyiz Kurulu ayrıca "Sürecin sağlıklı bir biçimde değerlendirilebilmesi için, tamamen teknik mahiyette olan ve uzmanlık gerektiren bu konuda farklı mahiyette hukuki mütalaalar ve bilirkişi görüşleri de olduğu dikkate alındığında, bütün bu mahkeme kararlarının neticesinin beklenmesi ve yeniden yapılacak değerlendirmede bu kararların göz önüne alınması gerektiği " şeklindeki ek gerekçeyle söz konusu tazmin hükmünü bozmuşsa da; 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun Temyiz Kurulunun görevleri ile ilgili 55'inci maddesinin yedinci fıkrasında "Temyiz Kurulu temyiz olunan hükmü olduğu gibi veya düzelterek tasdik eder, bozar ya da Kurul üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kaldırır. Bozma halinde evrak yeniden karara bağlanmak üzere o kararı veren daireye gönderilir." hükmü yer almakta olup Temyiz Kurulunun Daireden konunun hüküm dışı bırakmasını talep etme yetkisi bulunmamaktadır.

Konu sözleşme hukuku çerçevesinde değerlendirildiğinde;

İdarenin sözleşmeleri, tabi olduğu hukuk rejimi bakımından idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu hukuku ilkelerine bağlı olan idari sözleşmeler kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olup, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idareye tek yanlı iradesiyle kullanabileceği bazı ayrıcalıklar sağlamaktadır. Bu sözleşmelerden doğan ihtilaflar idari yargının konusuna girmektedir.

Özel hukuk ilkelerine bağlı olan sözleşmeler; Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku hükümlerine göre akdedilen sözleşmelerdir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerin uygulaması özel hukuk ilkelerine bağlıdır ve taraflar eşit haklara sahiptir. Bu sözleşmelerden doğan ihtilaflar adli yargının konusuna girmektedir.

Anılan işin ihalesi 2886 sayılı Kanun'a göre yapılmış olup, bu Kanun'un 62'nci maddesi sözleşmelerin haklı nedenlerle feshini düzenlemiştir. "Müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması" başlıklı anılan maddeye göre:

- Sözleşme yapıldıktan sonra işin artışı veya eksilişine ilişkin 63'üncü maddede sayılan haller dışında yüklenicinin taahhüdünden vazgeçmesi,
- Taahhüdünü sözleşme ve eklerine uygun olarak yerine getirmeyerek taahhüdün ihlali,

hallerinde,

İdarenin 10 gün süreli ihtarı üzerine, protesto çekmeye veya hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminat gelir kaydedilmekte ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilmektedir. Dolayısıyla, 2886 sayılı Kanun yüklenicinin fiilleriyle sözleşmenin feshini ve bu durumda yapılacakları ile idare tarafından sözleşmenin feshini düzenlememektedir.

2886 sayılı Kanun'un "Görevlilerin sorumluluğu" başlıklı 86'ncı maddesinde;

"İhale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililer, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezası uygulanacağı gibi, fiil ve davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması da yapılır. Ayrıca, tarafların bu yüzden uğradıkları zarar ve ziyan da kendilerine ödettilir." denilmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 1'inci maddesine göre, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleriyle sözleşme tamamlanır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ve yasada öngörülen usul ve esaslara uyularak imzalanan bir sözleşme; aynı Kanun'un 19'uncu maddesine göre, Kanun'un kesin olarak emrettiği hukuk kurallarına veya kanuna, ahlaka, adaba ve kamu düzenine veya şahsi hükümlere ilişkin haklara aykırı olmadığı sürece ve 20'nci maddesinde öngörüldüğü gibi konunun imkânsız olması, ahlak ve adaba aykırı olması gibi nedenlerle mutlak şekilde batıl olmadığı takdirde geçerli bir sözleşmedir.

Borçlar Kanunu'nda, kural olarak; "İrade Özgürlüğü" ilkesinin yansıması olan "Sözleşme Yapma Serbestisi" ilkesi ve "Ahde Vefa" ilkesinin yansıması olan sözleşmeye bağlılık ve yükümlülüğün ifası ilkesi geçerlidir. Ahde vefa ilkesi gereği taraflar, aralarında akdettikleri sözleşme ile bağlı olup sözleşme hükümlerini her koşulda yerine getirmekle mükelleftirler. Sözleşme yapmak bir bakıma istikbali görmektir. Sözleşmenin süresinden önce veya karşılıklı edimler ifa edilmeksizin sözleşmenin feshi, ifa alacaklısına karşı

haksızlık, sözleşme kavramına ve hedefine, sosyal ve ticari güvene aykırılık teşkil eder.

5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'na göre, Belediye teşkilatının en üst amiri olarak belediye teşkilâtını sevk ve idare etmek, belediyenin hak ve menfaatlerini korumak, belediyenin gelir ve alacaklarını takip ve tahsil etmek belediye başkanının temel görev ve yetkilerindendir.

Belediye meclis gündemi belediye başkanı tarafından belirlenmektedir. Belediye başkanı, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebilmekte, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabilmektedir.

Belediye Meclisinin.....tarih vesayılı kararının alınıp kesinleştiğitarihe kadar yargılama konusu ... ada .. parselde bulunan alan ile ilgili ..., ... ve ... ölçekli planları iptal eden bir yargı kararı mevcut değildir.sayılı meclis kararının alındığıtarihte ..., ... ve ... ölçekli planlara göre söz konusu alanın MGA alanı olarak gözüktüğü ve bu uygulamanın ihalenin yapıldığı ve yüklenici ile anlaşıldığı üzere yapılacak işlerde bir aksaklığa neden olmadığı açıktır. Sadecesayılı meclis kararının alındığıtarihte.....tarih ve sayılı meclis kararı ile getirilen “blok boyu ve derinliği aranmaz” plan notunun iptali belediyeye tebliğ edilmiş olduğu, plan notunun iptali ..., ... ve ... ölçekli planları iptal edeceği yönünde bir mevzuat ve yargı kararı bulunmadığı, zaten alınan yargı kararı imar mevzuatına uygun olup zemin katın altında bağımsız bölüm yapılmasının mümkün olmadığı, imar yönetmeliği ve ... ölçekli

plana göre blok derinliği aranmaz plan notunun kaldırılması burada inşaatın yapımını etkilemeyecektir. “Blok boyu ve derinliği aranmaz.” Plan notunun iptal edildiği ... 2. İdare Mahkemesinin.....tarih ve ...sayılı kararı belediyeye.....tarihinde tebliğ edilmiştir. İmar Uygulama Yönetmeliğine ve ... lik planlara göre inşaatın yapılmasında bir sakınca olmadığı açıktır. ... Asliye Ticaret Mahkemesininkararında sunulan bilirkişi raporunda “... İdare Mahkemesi tarafından dava konusu taşınmazların bulunduğu alandaki plan notunun mahkeme tarafından iptal edilmesinden önceki inşaat durumu ile plan notunun mahkeme tarafından iptal edilmesinden sonra parsel üzerine yapılacak inşaat emsalinde herhangi bir değişikliğin söz konusu olmadığı, plan notunu iptal eden ... 2. İdare Mahkemesinin kararında sadece “Blok boyu ve derinliği aranmaz.” ibaresinin iptal edilmiş olduğu, Belediye meclisinin ... İdare Mahkemesinin almış olduğu “Blok boyu ve derinliği aranmaz.” ibaresinin kaldırılması yerine, parselin durumunu ... Büyükşehir Belediyesi Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı” olarak değiştirmiş olduğu, bu durumun yükleniciye sözleşme ile verilecek olan ... ada ... parselde yapacak olduğu binanın yapılmasını imkânsız hale getirdiği gibi taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirdiği” ifade edilmiştir.

Her ne kadar savunmalarda ..., ... ve ... ölçekli planların iptal edildiğini, yerleşik yargı kararlarında plan notunun iptalinin ilgili planları iptal ettiğinden bahsedilmekte ise de bu yönde bir karar sunulamadığı, oysa Danıştay ...Dairesininsayılı kararında ve benzer birçok kararda görüleceği üzere “... ve ... ölçekli planların iptal edilmesi ... ölçekli planları kendiliğinden yürürlükten kaldırmaz. Bu planlar idari işlem tesis edilerek iptal edilmediği sürece yürürlüktedir.” Danıştay ...Dairesinin.....tarih vesayılı kararı da aynı yöndedir. Danıştay ... Dairesininkararında da “Plan notları plan bütünlüğünü bozucu nitelikte olamaz, nazım imar

planı plan notları ile planlama yetkisinin alınamayacağı” kararları verilerek ... ve ... ölçekli planların iptal edilmesinin dahi ... ölçekli planları kendiliğinden yürürlükten kaldırmayacağına karar verilmiştir.

... Büyükşehir Belediye Meclisinin.....tarih vesayılı kararlarında, ... ve ... ölçekli planlardaki sosyal tesis ve spor alanlarının bir kısmının (...m2) ticari alan haline getirilmesine yönelik karara karşı açılan davada ... İdare Mahkemesinin.....tarih ve sayılı dosyasıyla açılan iptal davasında mahkeme yürütmenin durdurulmasını kabul etmediği, yapılan itirazda Bölge İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı verdiği, mahkemenin bu karara uymadığı ve davayı reddettiği, dosyanın temyizen Danıştay ... Dairesininsayılı dosyasıyla karar bozulduğu ve ... İdare Mahkemesisayılı kararla ... ve ... ölçekli planları iptal etmiş ve bu karar belediyeye.....tarihli meclis kararından çok sonra.....tarihinde tebliğ edilmiştir. Karar Başkanlık talimatı ile temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Dolayısı ile.....tarihinde plan notu haricinde bir plan iptal edilmemiş ve halen mevcut planlar yürürlükte olup taşınmazın ticari alan olarak kullanılmasında.....tarihine kadar yasal bir engel bulunmamaktadır. Fiili bir imkânsızlık söz konusu değildir.

Danıştay ... Dairesinin.....tarihsayılı kararısayılı Belediye meclis kararından iddia edildiği gibi hemen sonra değil yaklaşık 4 ay sonra.....tarihinde tebliğ edilmiştir. Dolayısı ile.....tarih vesayılı meclis kararının alındığında planın uygulanmasının yargı kararları ile uygulanmaz hale geldiği iddiası gerçekleri yansıtmamaktadır. İddia edilen “idare mahkemelerinin ve Danıştay’ın diğer kararları ile sözleşmenin uygulanamaz hale geldiğinin bir dayanağı bulunmamaktadır. ...nın ... Büyükşehir

Belediyesininsayılı meclis kararına karşı açtığı iptal davasında mahkemenin imar planları iptal ettiği gerekçesi ile bu yeni planı ve yıllarında iptal etmesi.....yılında alınan bir kararın gerekçesi olamaz. ... İdare Mahkemesisayılı kararla ... ve ...ölçekli planları iptal etmesinden sonra bu yönde bir karar verilmiştir. Çünkü söz konusu Bakanlık daha önce ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranıldığı ve sözleşmeye belediyenin edimini yerine getirmeyerek aykırı davranması üzerine yargı yoluna gitmiştir.

... Büyükşehir Belediyesi; ... İdare Mahkemesi'nin "...blok boyu ve derinliği şartı aranmaz..." şeklindeki plan notunun iptali, bahse konu yere ilişkin planın diğer unsurları yönünden herhangi bir iptal hükmü kurmayanilevesayılı kararlarına istinaden, Büyükşehir Belediye Meclisinin.....tarih vesayılı Kararı ile sözleşmelere konu ... ada ... parselde kayıtlı ...m² taşınmaz hakkında ... ölçekli imar planında değişiklik yaparak, MGA/ Ticaret Alanı olanı olmaktan çıkartıp Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı olarak düzenleyerek sözleşmenin ifasını hukuken imkânsız hale getirmiş olmasını, sözleşmenin feshine dayanak olarak kullanamaz. Zira, anılan mahkeme kararları plan notunun iptaline ilişkindir. Kaldı ki bahse konu kararlar idarece temyiz de edilmemiştir. ... Büyükşehir Belediye Meclisinin almış olduğu karar ise, daha önce imzalanmış sözleşmenin esaslı unsurlarını ortadan kaldırarak, sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle yükleniciye yersiz olarak ödenmek durumunda kalınan sorgu konusu ödemeler kamu zararı olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak, Büyükşehir Belediyesi sözleşmenin ifasının imkansız olduğunun mahkeme kararıyla tespiti ile sözleşmeyi feshedebilir veya üst ölçekli imar planlarını da sözleşmenin

ifasını mümkün kılacak şekilde değiştirebilirdi. İdare, bu iki yolu da tercih etmemiş, yargı kararından önce.....tarikh vesayılı Büyükşehir Belediyesi Meclis Kararını alarak sözleşmenin ifasını imkansız kılan taraf konumuna düşmüştür.

.....sayılı Büyükşehir Belediyesi Meclis Kararı alınırken bahse konu ihalenin konusuz kalacağını ve sözleşmenin fesihle sonuçlanacağını idarece biliniyor olması tabii olup, bu suretle Belediye yapılan ödemelere ilişkin davalara muhatap kılınmıştır. Sözleşme idarenin kusuru nedeniyle feshedilmiş olduğundan sonuçlarına da katlanmak durumundadır. Zira Belediyenin kendi kusurundan dolayı hak talep etmesi mümkün bulunmamaktadır.

Öte yandan, 5216 sayılı Kanun'da da açıkça belirtildiği üzere; belediye meclisi, belediyenin karar organıdır. Dolayısıyla, belediye meclisinin icrai işlem yapmaması, almış olduğu kararlardan dolayı sorumlu olmamasını gerektirmemektedir.

Açıklanan gerekçelerle Daire kararı yerinde olup söz konusu kararda ısrar edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla; Belediye Meclisi tarafından sözleşmenin ifasını imkansız kılan imar planı kararı alması ve bunun sonucunda neden olunan.....-TL kamu zararınınilesayılı'a müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereğince hüküm tarihinden itibaren işleyecek faizi ile ödettirilmesine,

Her ne kadar Denetçi tarafında düzenlenen esas sorguda bahse

konu kamu zararındanda sorumlu tutulmuşsa da; Harcama Yetkilisi ve Gerçekleştirme Görevlisinin sadece icra dairesine yapılmış olan ödemenin muhasebeleştirilmesinde imzalarının bulunduğu, Ön Mali Kontrol Yetkilisi ve Muhasebe Yetkilisinin de sadece tahakkuk etmiş giderin ödenmesi sürecinde yer aldıkları,’ın isesayılı Meclis Kararında kabul oyu vermediği ve bu nedenlerle de kamu zararının oluşumunda herhangi bir dahilleri bulunmadığı anlaşıldığından, kamu zararından sorumlu tutulmamalarına,

Anılan Kanun’un 55’inci maddesi uyarınca Ek İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla,

Karar verildi.

Karşı Oy:

Üye ... ve Üye ...’ın karşı oy gerekçesi;

Büyükşehir belediyesi ile yüklenici arasında akdedilen ... tarihli sözleşme, niteliği itibarıyla arsa karşılığı inşaat sözleşmesi olup, yüklenici, eser sözleşmesinin bir türü olan bu sözleşme ile bir yapım işini gerçekleştirmeyi ve onu büyükşehir belediyesine teslim etmeyi taahhüt ederken; büyükşehir belediyesi de meydana getirilen esere karşılık arsa devrini taahhüt etmektedir.

Nitekim somut olayda yüklenici, sözleşme konusu stadyum,

kapalı spor salonu, olimpiik yüzme havuzu, peyzaj ve otoparklar yapmayı ve bir miktar parayı (... + KDV) Büyükşehir Belediyesiine ödemeyi taahhüt ederken; Büyükşehir Belediyesi de bu yapıların şartname ve sözleşmeye uygun olarak yapılması, iskân ruhsatları alınarak teslim edilmesi halinde ... kendisine devredilecek ... m²'lik alanın mülkiyetini yükleniciye geçirme edimini üstlenmiştir.

Büyükşehir belediyesi tarafından, arsa karşılığı inşaat ihalesine çıkılmadan ve ...tarihli sözleşme akdedilmeden önce, protokol gereği ifraz edilen ..m² alanın yükleniciye devrini mümkün kılabilmek amacıyla bu alana ilişkin imar planlarında değişiklik yapılması yoluna gidilmiş ve bu kapsamda ...tarihli ve ...sayılı Meclis Kararları ile ...ve ...ölçekli nazım imar planlarında değişiklikler yapılmış ve bu planlara uygun olarak alınan tarihli ve ... sayılı Meclis Kararıyla mevcut ... lekli uygulama imar planlarında spor tesisleri alanı olarak planlı olan bölgenin ... m²'lik bölümü merkezi geliş(tir)me aksı olarak düzenlenmiş ve son olarak ... tarih ve ... sayılı ve ... tarih ve ... sayılı Meclis Kararlarıyla "Blok boyu ve derinliği aranmaz." plan notunun eklenmesine karar verilmiştir.

İhale bu şartlar altında gerçekleştirilmiş ve ardından Sözleşme bu hukuki durum çerçevesinde kurulmuş, yüklenici merkezi geliş(tir)me aksı olarak planlanan ve ticari alan olarak belirlenen, kat ve derinlik serbestisi tanınan ...m² alanın işin sonunda kendisine devredileceği bilgisi ve kabulüyle taahhüt altına girmiştir.

Ancak, inşaat sözleşmesi, doğal olarak, yapıldığı tarihteki imar durumunu (planını) esas almış iken, bilahare idari yargıda açılan iptal davaları sonucunda, sözleşme gereği yükleniciye bırakılacak olan taşınmazda sözleşme hükümleri

kapsamında inşaat yapılması ve tasarruf edilebilmesi imkânı kalmamıştır. Zira önce ... tarih ve ... sayılı Meclis Kararını iptal eden ... tarih ve ... E., ... K. sayılı ... İdare Mahkemesi Kararı ile imar planının “Blok boyu ve derinliği aranmaz.” şartının iptal edilmesi, yapının mimari şekli de dâhil birçok esaslı unsurunun değişmesine neden olmuştur. Yine ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararı da, ... İdare Mahkemesinin ... tarih ve ... E., ... K. sayılı kararıyla; şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir (Daha sonra bu karar; Danıştay ... Dairesinin ... tarihli kararıyla onanmıştır).

Bilahare, sözleşmenin gereğini yerine getirmek adına yeniden blok boyu ve derinliğine ilişkin esneklik tanıyan bir düzenleme yapılması ya da taşınmazın ticari alan olarak belirlenmesi imkanı hukuki açıdan ortadan kalktığından, ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararıyla üst ölçekli planlara da uygun olduğu kanaatiyle söz konusu alanın “hizmet (yönetim) ve sosyal tesis alanı” olarak düzenlenmesi kararlaştırılmıştır.

Ardından Danıştay ... Dairesinin (... tarih ve ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararından 12 gün sonra) ... tarihli ve ...E., ...K. sayılı bozma kararı üzerine ... İdare Mahkemesi ... tarih ve ...E., ...K. sayılı kararıyla; ... ölçekli planda spor alanı olarak planlanmış yerin ticari alan olarak belirlenmesini ve buna göre spor alanı kapsamı dışında kullanım şekli belirlenmesini öngören ... ve ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararları, plan hiyerarşisine ve kamu yararına aykırı bularak iptal etmiştir.

Aynı gün söz konusu alanı “... Belediyesi Hizmet (Yönetim) ve Sosyal Tesis Alanı” olarak belirleyen ... sayılı büyükşehir

belediye meclis kararı da ...İdare Mahkemesinin ...tarikh ve ...E., ..K. sayılı kararıyla, “üst norm olan ..ve ... ölçekli nazım imar planı değışikliğıne ilişkin ... tarih ve ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararlarının hukuka aykırı olduğuna karar verildiğinden, ... ve ... ölçekli imar planlarına göre yapılan ... ölçekli imar planı değışikliğıne ilişkin dava konusu ... tarih ve ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararında da şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uyarlık bulunmadığı” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Aslında tek başına bu yargı kararı bile yukarıda belirtilen imkânsızlığın münhasıran ... sayılı büyükşehir belediye meclis Kararına hasredilmesinin doğru olmadığını açıkça ortaya koymuştur.

Bu durumda, merkezi geliş(tir)me aksı olarak planlanan ve ticari alan olarak belirlenen ve kat ve derinlik serbestisi tanınan ... m² alanın işin sonunda kendisine devredileceğı bilgisi ve kabulüyle taahhüt altına giren yüklenici ile akdedilen sözleşme yukarıda açıklanan yargı kararlarıyla imkânsız hale gelmiştir. Başka bir deyişle, sözleşme ile kararlaştırılan edimlerin tarafların iradesi dışında kalan nedenlerden ötürü sözleşme hükümleri kapsamında yerine getirilmesi imkânsızlığı ortaya çıkmış; hukuki imkânsızlık veya hukuki nedenle fiili imkânsızlık meydana gelmiştir. İmkânsızlık, sözleşmenin yapıldığı sırada olmayıp, daha sonra meydana gelmiş; bu nedenle, sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde işin ifasına imkân kalmamıştır. İdare, yargı kararlarına uygun işlem tesis etmek zorundadır. Çoğunluk görüşünde “sözleşmenin ifasının imkânsızlığının mahkeme kararıyla tespit ettirilmesi ve bu tespitten sonra ve tespite göre sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi” gereğine uyulmadığı ifade edilmekte ise de, burada sözleşmenin feshi söz konusu değildir; ifanın imkânsız hale gelmesi söz konusudur. İfanın imkânsız hale geldiğı olgusu da, Danıştay ... Dairesinin ... tarihli kararından hemen sonra, -aynı zamanda mahkeme

kararlarının yerine getirilmesinin gereği olarak- ... tarihli yazı ile yükleniciye elden tebliğ edilmek suretiyle bildirilmiştir.

Özetle, idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın diğer kararları ile sözleşmenin uygulanamaz hale geldiği sabit olduğu gibi, bir an için ... sayılı Meclis Kararının alınmamış olduğu ve bu karara ilişkin yargısal iptal kararının verilmemiş olduğu varsayılsa bile, aynı taşınmazı ilgilendiren bu diğer yargı kararları karşısında bu taşınmaza "ticari alan kararı" getirilmesi yasal olarak mümkün olamayacak ve bu alana alışveriş merkezi ve konut inşaatı yapılamayacak, dolayısıyla idarenin sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmesi zaten mümkün olmayacaktır. Ayrıca yüklenici işe devam etmiş olsaydı, zikredilen idare mahkemeleri ve Danıştay kararlarının kesinleştiği tarihe kadar daha fazla iş yapılmış olacak ve Belediye daha yüksek tutarlar ödemek zorunda kalacaktı.

Kaldı ki, Danıştay ve idare mahkemesi kararlarında ... ölçekli planın esas alındığı, alt ölçekli planların buna uygun olması gerekliliğinin vurgulandığı ve meclis kararlarının iptal gerekçelerinin ... planına uygun olmaması olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda Büyükşehir Belediyesince yapılması gereken, ... ölçekli plana uygun olacak şekilde alt ölçekli planlar ... düzenlenmesidir. Zira yargı kararları ... ölçekli planı değil; buna uygun olmayan alt ölçekli planları (nazım imar planlarını ve uygulama imar planlarını) hukuka aykırı bulmuştur. Bu nedenle hukuken, ...ölçekli planın sözleşmenin ifasını mümkün kılacak şekilde değiştirilebileceğinden söz edilemeyeceği sabit olup, ... ölçekli planın "çevre düzeni planı" niteliğinde olması ve çevre düzeni planı yapma yetki ve görevinin ... tarihli ve ... sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile değişik 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 9'uncu maddesi gereğince Çevre ve Şehircilik Bakanlığına ait olması karşısında bu

konuda yetkisi ve görevi bulunmayan Büyükşehir Belediyesinin sözleşmeye uygun bir çevre düzeni planı ... ölçekli) yapmasının mümkün olmadığı da aşikârdır.

Ayrıca çoğunluk görüşünde, kararın alındığı tarihte ... ve ...'lik planların, ...'lik plana aykırı oldukları gerekçesiyle, henüz iptal edilmediği; bu planlar yürürlükte iken ... sayılı belediye meclis kararı ile işin devamının engellendiği belirtilmekte ise de, yukarıda açıklandığı üzere ...'lik planlarda düzenlemeleri içeren ... ve ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararları, ilgili mahkeme kararlarıyla ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararından önce iptal edilmiş ve yüklenici ile İdare arasındaki sözleşmenin İdareye yüklediği yükümlülükler açıkça olmasa da “zımnen” uygulanamaz hale gelmiştir. Kaldı ki bahsedilen ... ve ...'lik planların (yani .. sayılı büyükşehir belediye meclis kararlarının), ...'lik plana aykırı oldukları, ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararından 12 gün sonra alınan Danıştay ...Dairesinin ... tarihli bozma kararıyla ve bozma yönünde hüküm tesis eden ... İdare Mahkemesinin ...tarihli kararıyla da teyit edilmiştir. Söz konusu Danıştay ve idare mahkemesi kararlarının ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararından sonra alınmış olması, ... ve ...'lik planların (yani ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararlarının), ...'lik plana aykırı oldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Bir başka ifade ile İdare, ... tarihinde ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararını almamış olsaydı bile, yukarıda zikredilen Danıştay ve idare mahkemesi kararlarından sonraki bir tarihte benzer bir kararı zaten alacak idi. Dolayısıyla, ... ve ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararlarının mahkemece iptal edilmesi üzerine İdare, idare hukukunun temel prensipleri çerçevesinde, hukuka aykırı bulduğu bir idari işlemi -henüz ... sayılı büyükşehir belediye meclis kararlarını iptal eden mahkeme kararları çıkmadan önce- düzeltme yönünde bir inisiyatif kullanmış bulunmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar karşısında belediyenin idare mahkemesince verilen iptal kararının gereğini yerine getirdiği ve yerine getirmekle de zorunlu olduğundan kendisine bir kusur izafe edilmesinin mümkün olmadığı, ortada hukuki bir imkânsızlık bulunduğu, bu imkânsızlığın sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan bir imkânsızlık olduğu, bu durumda, yüklenicinin, (eski) Borçlar Kanunu'nun 117'nci maddesi uyarınca sadece sebepsiz zenginleşmeye dayanarak, yapmak zorunda kaldığı ve davalının mamelekinde zenginleşme yaratan sözleşme kapsamındaki doğrudan masrafları isteyebileceği kabul edilse bile [ki, açılan tazminat davalarında sözleşme ve eki dokümanlarında yer alan aksine bir düzenleme nedeniyle bunların dahi istenilmesinin mümkün olmadığına yönelik belediyenin (vekillerinin) iddiaları bulunmakta olup] esasen, ihale konusu işe ilişkin özel hukuk sözleşmesinin ifasının imkânsız hale gelip gelmediği, bu imkânsızlığın belediyenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve bundan dolayı belediyenin tazminat ödemek yükümlülüğünde olup olmadığı, -hesap yargılaması kapsamının dışında kalan- münhasıran Borçlar Hukukunun kapsam ve konusuna giren ve adli yargı mercileri tarafından incelenip değerlendirilmesi gereken hususlardır. Nitekim (alacağın temlik sözleşmesiyle yüklenici yerine geçen) ... Limited Şirketi tarafından ... Büyükşehir Belediyesi aleyhine ... Asliye Ticaret Mahkemesinin ...Esasında açılan ve dava da münhasıran bu tartışmalara ilişkin olup, ... tarihi itibarıyla de sonuçlanmış ve ... sayılı karar alınmıştır.

Söz konusu kararın "Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe" kısmında:

"Bütün bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; taraflar arasındaki sözleşmenin dayanağı olan ... Büyükşehir Belediyesi'nin ...tarihli ve... sayılı Meclis kararı ile onaylanan

... imar planı ... 2. İdare Mahkemesi'nin ... tarih, ... esas ve ... karar sayılı ilâmıyla iptâl edilmesi sonucu sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmiş, hukuki imkânsızlık doğmuştur. Davalı idare de idare mahkemesi kararı uyarınca sözleşmenin uygulanma olanağının artık kalmadığını belirterek sözleşmeyi fesih etmiştir. Uyuşmazlık, mahkeme ilâmına dayalı imkânsızlıktan idarenin sorumlu olup olamayacağı ve sözleşmenin ayakta tutulması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Bu durumlara ilişkin alınan bilirkişi raporlarına göre, imar planının mahkeme kararıyla iptal edilmesi sonucu imar planında esaslı değişikliğin zorunlu olduğu, bu nedenle ifanın imkansız olduğu, idare mahkemesi kararı sonrası sözleşmenin ifasının imkansız hale geldiği belirtilmiştir. Bu haliyle karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerinde tarafları, sözleşmeyi ifaya zorlamak objektif iyiniyet kurallarına aykırıdır. (TMK. 2.mad.). Nitekim, inşaatın geldiği aşama (% 4, 5, 6 vs) da gözetildiğinde davalı idareyi değişen koşullara uymaya zorlamak hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Diğer yandan, mahkeme ilâmına bağlı iptâl kararı bulunması nedeniyle somut olayda kusur değerlendirmesi yapılması ve davalı idareye kusur verilmesi de doğru değildir. Bu hale göre, sözleşmenin, sözleşme sonrası hukuki imkânsızlık sonucu ifa edilemeyeceği kabul edilmelidir. Diğer bir anlatımla, sözleşme sonrası objektif imkânsızlık haline göre uyuşmazlık sonuçlandırılmalıdır. Buna göre davacı ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir, kâr kaybı (olumlu zarar) isteyemez.

Buna göre, davacının gerçekleştirdiği yatırımın bedeli (yapılan inşaat ve diğer harcamalar toplamı) konunun uzmanı bilirkişi heyeti tarafından ...TL olarak hesaplanmış olup, davacı tarafından ... İcra Müdürlüğü'nün ... esas sayılı dosyasında (ihale bedeli+Belediyeye yatırılan asıl alacak için başlatılan takip dosyası) davalı Belediye'den ...TL tahsil edildiğinden, tahsil edilen bu miktar çıkartıldığında, kalan

...TL'nin davalıdan tahsiline, kâr kaybı (olumlu) zararına ve diğer taleplerine ilişkin istemin ise tümüyle reddine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”

denilmek suretiyle dava, zorunlu inşaat harcamalarının karşılanması dışında, ... Büyükşehir Belediyesi lehine sonuçlanmış ve Büyükşehir Belediyesinin, yalnızca ihale bedeli ve ferileri ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre o güne kadarki yapılan işlerin bedelini ödemesi yönünde karar verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Büyükşehir Belediyesi herhangi bir tazminat ödemeye mahkûm edilmemiştir. Bu kararla beraber de İdareye herhangi bir kusur atfedilemeyeceği, sözleşmenin mahkeme kararlarıyla objektif imkânsızlık nedeniyle sonlandırıldığı sonucu ortaya çıkmıştır.

Bunun yanı sıra, (temyiz aşamasında olduğundan) henüz kesinleşmemiş olmasına rağmen ... Müdürlüğü tarafından ... Büyükşehir Belediyesi aleyhine ... Asliye Hukuk Mahkemesinin ... esasında açılan alacak davası sonunda verilmiş, “büyükşehir belediye meclisi kararları, idare mahkemesi kararları ile iptal edildiğinden, taraflar arasında akdedilen sözleşme koşullarında imalatlar yapılamayacağı, sözleşmelerin sürdürülmesinde ifa imkânsızlıkları oluştuğu, bu imkânsızlıkların objektif imkânsızlık niteliğinde olduğu, Borçlar Kanunu kapsamında davalının giderim yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı” şeklinde davanın reddine ilişkin sorumluların sözleşmenin ifasının imkânsızlığının kendilerinin almış olduğu karardan kaynaklanmadığını destekler nitelikte ... tarihli ve ... sayılı bir karar da bulunmaktadır.

Yüklenici, sözleşme gereği belediyeye ödediği ihale bedeli, KDV ve sözleşme damga vergisinin iadesi için ... İcra Müdürlüğünün ... sayılı dosyası üzerinden ilamsız icra takibine

başlamış, ...TL asıl alacak ve ...TL (%..) işlemiş faizin iadesini istemiştir. Büyükşehir Belediyesi ise, sözleşmenin imkânsız hale gelmesi ve bu sözleşme kapsamında alınanların iadesinin gerekmesi nedeniyle talep edilen tutarın ihtilaflı kısmını; yani sözleşme kapsamında peşin olarak tahsil etmiş olduğu ihale bedeli (... TL) ile KDV'den oluşan asıl alacağa itiraz etmemiş, ancak faiz oranına ve faiz yürütülen tarihlere ilişkin olarak itirazda bulunmuştur. İtiraz üzerine icra takibi durmuş, yüklenicinin "itirazın kaldırılması" talebi üzerine ... İcra Hukuk Mahkemesince verilen ... tarihli kararla, ...-TL olarak talep edilen işlemiş faizin yalnızca ...-TL'lik kısmına yönelik itirazın kaldırılmasına; bu miktar üzerinden hesap edilecek %... icra inkâr tazminatının davacıya (yüklenici firmaya) verilmesine karar verilmiş, kararın yüklenici tarafından temyizi üzerine Yargıtay ... Hukuk Dairesi tarafından, ... tarihli kararla temyiz itirazları da reddedilmiştir. Ancak, tashihi karar aşamasında ise, Yargıtayın ...tarih ve ... E., ... sayılı bozma kararıyla, müteahhit firmanın alacağı "sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak" olarak nitelendirilerek işlemiş faizin tamamına ilişkin itirazın kaldırılmasına, takibin devamına ve ...-TL faiz üzerinden hesap edilecek ... icra inkâr tazminatının da alacaklıya ödenmesine karar verilmiştir.

Yüklenicinin alacağını tahsil etmek amacıyla başlattığı icra takibinde faize ilişkin itiraz prosedürü sonucunda ödenen faiz ve icra inkâr tazminatının kamu zararı olarak kabulü mümkün olmayıp, itiraz, kamu kaynaklarının korunması amacıyla yapılmış yasal bir başvuru yoludur. Takip üzerine idarece yapılan incelemede faizin yanlış hesaplandığı tespit edilmiş, fazla ödeme yapmamak adına itiraz müessesesi işletilmiştir. Nitekim gerek İcra Hukuk Mahkemesi ve gerekse temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay... Hukuk Dairesi önce idarenin itirazının haklılığına, daha sonra karar düzeltilmesi aşamasında itirazın kaldırılmasına kanaat getirmiştir. Bu

durumda, kamu kaynağını korumak adına yapılan ve yapılmaması halinde hukuki sorumluluk doğurabilecek olan itirazın “yersiz” olduğundan ve bu itirazda bulunmanın yaptırımını olan inkâr tazminatının kamu zararına sebebiyet verdiğinden söz etmek mümkün değildir.

Sonuç olarak; açıklanan gerekçelerle bahse konu ödeme hakkında ilişilecek husus bulunmadığına karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.