

kamu menfaatini süre kaybı yönüyle olumsuz yönde etkileyeceği, işin önemli bir kısmının (%71,70) tamamlanmış olduğu, işin süresinin 720 gün olduğu, işin fiziki ve nakdi gerçekleşme oranının %71,70 olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde yüklenicinin iş programının gerisinde kaldığının anlaşıldığı” gerekçeleriyle reddedildiği, ilgili mevzuat uyarınca imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle Bakanlığın görüşü alınarak ve idarenin onayına

**bağlı olarak sözleşmelerin
feshedilip tasfiye
edilebileceğinin
düzenlendiği, bu konuda
idareye takdir yetkisinin
tanınmış olması k(Danıştay K)**

Danıştay 13. Daire Başkanlığı
2022/4769 K.

2022/3211 E. ,

▪

“İçtihat Metni”

T.C.

D A N I Ş T A Y

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2022/3211

Karar No:2022/4769

TEMYİZ EDEN (DAVALILAR) : 1- ... Bakanlığı

VEKİLİ : Av. ...

2- ... Bakanlığı

VEKİLİ : Hukuk Müşaviri Av. ...

KARŞI TARAF (DAVACILAR) : 1- ... İnşaat Taahhüt Yatırım
Ticaret A.Ş.

2- ... İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari
Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının
temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Kültür ve Turizm Bakanlığı İzmir Rölöve ve Anıtlar Müdürlüğü'nce 25/01/2017 tarihinde gerçekleştirilen "Kütahya Arkeoloji ve Maden Müzesi Yapımı Teşhir Tanzimi ve Çevre Düzenlemesi İşi" ihalesi üzerinde bırakılarak sözleşme imzalanan davacılar tarafından, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca yapılan sözleşmenin feshi başvurusunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı İzmir Rölöve ve Anıtlar Müdürlüğü işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca (Bakanlık) söz konusu başvurunun; "işin tasfiye edilmesi durumunda idare tarafından yeniden ihaleye çıkılacağı, bu yeni ihale sürecinin ise kamu menfaatini süre kaybı yönüyle olumsuz yönde etkileyeceği, işin önemli bir kısmının (%71,70) tamamlanmış olduğu, işin süresinin 720 gün olduğu, işin fiziki ve nakdi gerçekleşme oranının %71,70 olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde yüklenicinin iş programının gerisinde kaldığının anlaşıldığı" gerekçeleriyle reddedildiği, ilgili mevzuat uyarınca imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle Bakanlığın görüşü alınarak ve idarenin onayına bağlı olarak sözleşmelerin feshedilip tasfiye edilebileceğinin düzenlendiği, bu konuda idareye takdir yetkisinin tanınmış olduğu, Bakanlığın olumsuz görüşü doğrultusunda Kültür ve Turizm Bakanlığı İzmir Rölöve ve Anıtlar Müdürlüğü'nce başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ...Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nce; ilgili mevzuat hükmü uyarınca idarenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ihalesi yapılan sözleşmelerin imalat girdilerinin fiyatlarında meydana gelen beklenmeyen artışlar nedeniyle sözleşmenin feshedilerek işin tasfiye edilmesi istemiyle

yapılan başvurular hakkında takdir yetkisi bulunmakta ise de; idarenin takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, takdir yetkisi çerçevesinde tesis edilen işlemlerde kamu yararının ve hizmet gereklerinin gözetilmesinin gerektiği, kamu yararı gözetilirken davacı şirketlerin durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiği, davacıların başvurusu üzerine İzmir Rölöve ve Anıtlar Müdürlüğü'nün imalat girdilerinde meydana gelen artışlar nedeniyle davacıların sözleşme hükümlerini devam ettirebilmesinin mümkün olmadığı ve talebinin değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşüne rağmen Bakanlığın bağlayıcı olmayan görüşünün olumsuz olduğundan bahisle gerekçe gösterilmeksizin söz konusu başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle, davacının istinaf başvurusunun kabulü ile ... İdare Mahkemesi'nce verilen kararın kaldırılmasına, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENLERİN İDDİALARI : Davalı Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından, söz konusu başvurunun yasal süresi içinde yapıp yapılmadığının tespit edilmesi gerektiği, Bakanlığın olumsuz görüşünün ihaleye konu iş özelinde tavsiye niteliğinde verilmiş bir görüşten daha belirleyici, kesin ve kapsayıcı bir görüş olduğu, öte yandan ihaleye konusu işin, 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında feshedilerek tasfiyesine ilişkin tüm işlemlerin davacının mutabakatı ile tamamlandığı; davalı Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından, söz konusu başvuruya ilişkin olarak nihai karar sözleşmeye taraf idarede olmak üzere olumsuz yönde görüş verildiği, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davacılar tarafından, temyize konu kararın hukuka uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'IN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

USUL YÖNÜNDEN:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3/a bendinde, dilekçelerin görev ve yetki yönünden inceleneyeceği, 15/1-(a) maddesinde, adli yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmelerin tasfiyesi veya devri" başlıklı Geçici 4. maddesinde, "31/8/2018 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan (3'üncü maddesindeki istisnalar dâhil) ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmeler, imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurusu kaydıyla, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak idarenin onayına bağlı olarak feshedilip tasfiye edilebilir veya devredilebilir. Bu durumda devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar, devir tarihi itibarıyla aranacak olup devirden veya fesihten kaynaklanan kısıtlama ve yaptırımlar uygulanmaz. Yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen sözleşmelerde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartları aranmaz. Sözleşmesi feshedilen veya sözleşmeyi devreden yüklenicinin teminatı iade edilir. Bu fıkra kapsamında devredilen sözleşmeler ile bu fıkra kapsamına girmekle birlikte devredilmeyen sözleşmelerde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde

yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurması kaydıyla süre uzatımına ilişkin kısıtlama ve şartlara tabi olunmaksızın Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü alınarak idare tarafından süre uzatılabilir.

Sözleşmenin bu madde kapsamında feshedilerek tasfiye edilmesi veya devredilmesi durumunda yüklenici, fesih veya devir tarihine kadar gerçekleştirdiği imalatlar dışında idareden herhangi bir hak talebinde bulunamaz. Yüklenici tarafından, işin idarece uygun görülecek can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik tedbirlerin alınması şarttır. Bu kapsamda düzenlenecek fesihnamelerden ve devredilecek sözleşmelerden damga vergisi alınmaz.” kuralına yer verilmiştir.

Anılan Kanun maddesinin gerekçesinde, “Madde ile, sözleşmelerin imalat girdilerinde meydana gelen beklenmeyen fiyat artışları dolayısıyla ülkemizin kalkınması için çok önemli olan büyük projelerin ve kamu hizmetlerinin aksamamasını ve oluşan mağduriyetlerin giderilmesini teminen yüklenicilere idare onayına bağlı olarak fesih ya da devir hakkı verilmesi amaçlanmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

37 sayılı Esas Komisyon Raporu’nda ise, “2018 yılı Temmuz ve Ağustos aylarında yaşanan kur artışları nedeniyle firmaların bu dönemde büyük zararlarla karşı karşıya kaldığı” tespitinde bulunulmuş ve “4735 sayılı Kanun’da sözleşmenin maliyet artışları için olağan fiyat artışlarına yer verildiği ve bu fiyat artışlarının üzerinde gerçekleşen fiyat artışlarının da beklenmeyen fiyat artışı olarak değerlendirildiği” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

4735 sayılı Kanun’un Geçici 4. maddesinin incelenmesinden, 31/08/2018 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun’a göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerin, imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurması kaydıyla, Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın görüşü alınarak idarenin

onayına bağlı olarak feshedilip tasfiye edilebileceği veya devredilebileceği; bu fıkra kapsamına girmekle birlikte devredilmeyen sözleşmelerde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurusu kaydıyla süre uzatımına ilişkin kısıtlama ve şartlara tâbi olunmaksızın Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak idare tarafından süre uzatımına gidilebileceği anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, "Kütahya Yeni Arkeoloji ve Maden Müzesi Yapımı, Teşhir Tanzimi ve Çevre Düzenlemesi" ihalesinin davacı şirketlerin üzerinde kaldığı, davacı şirketler tarafından, ihale konusu işe ilişkin sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca feshedilmesi talebiyle yapılan başvurunun ... tarih ve ... sayılı işleme reddedilmesi üzerine anılan işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı görölmektedir.

4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca sözleşmenin tasfiyesi talebinden kaynaklı uyuşmazlıkların görüm ve çözümü konusunda Dairemizin kararları idarî yargı mercilerinin görevli olduğu yönünde olmakla birlikte, aynı konuda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan bir davada ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlığı üzerine verilen Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararında, "4734 ile 4735 sayılı Kanunlar kapsamında ihaleye çıkılması aşamasında, ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen süreçte tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idarî yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adlî yargı yerlerine ait olduğu genel kabulü doğrultusunda; dava konusu işlemin ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin tasfiyesine ilişkin olduğu; uyuşmazlık, sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanmasa da sözleşme hükümlerinin borçlar hukuku kapsamında yorumlanmasından kaynaklandığı; bu itibarla,

ihale aşaması tamamlanıp taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan ve sözleşmenin imzalanmasından önceki olgu ve olaylara da dayanmayan uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.” gerekçesi ile davanın çözümünde adli yargının görevli olduğuna karar verilmesi sonrasında, Dairemizin bütün üyelerinin katılımıyla konunun yeniden değerlendirilerek müzakere edilmesi üzerine, aşağıda aktarılan gerekçeler doğrultusunda içtihat değişikliğine gidilmiştir.

Bakılan davada görevli yargı yerinin tespiti bakımından, 4735 sayılı Kanun’un Geçici 4. maddesi kapsamında yapılan sözleşmenin tasfiyesi talebi üzerine tesis edilen işlemin sözleşmenin uygulanması bağlamında mı ele alınacağı yoksa sözleşmeden bağımsız olarak idarenin kamu gücü kullanarak tesis ettiği tek yanlı bir işlem mi olduğunun, başka bir ifade ile idarenin söz konusu işlemi tesis ederken sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenici ile eşit konumda hareket edip etmediğinin ortaya konulması önem arz etmektedir.

Geçmişte bu konuda benzer uygulamalar, kamu yatırımlarının yüksek enflasyon nedeniyle durma aşamasına geldiğinin tespit edilmesi üzerine fiyat uyarlaması yoluyla kamu sektörüne ait işlerin fiyat artışı etkilerinden korunarak bir an önce bitirilmesini sağlamak, ayrıca çeşitli nedenlerle tamamlanması artık imkânsız hâle gelmiş işlerin tasfiyesini mümkün kılarak bunların başka yükleniciler eliyle daha fazla geciktirilmeden bitirilmesini temin amacıyla Bakanlar Kurulu’nca çıkarılan fiyat farkı kararnameleri kapsamında yapıldığından, bu konuya ışık tutması açısından söz konusu kararnameler kapsamında yapılan başvurular üzerine tesis edilen işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıklarda yargı yerlerince verilen kararlara değinilmesi yerinde olacaktır.

Bakanlar Kurulu’nca çıkarılan bu tür kararnamelerin idare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt edilen işlerden doğan uyuşmazlıklar üzerine açılan davalarda uygulanması ve geçerli hukuki sonuçlar doğurabilmesinin mümkün olup

olmadığı konusunda yapılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu toplantısında; Anayasa'nın 8. maddesiyle Devletin yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'na verildiği, Bakanlar Kurulu'nun Anayasa'dan aldığı bu yetki ve görevin doğal sonucu olarak ve Devletin ekonomisinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından ve bu arada özellikle kamu yatırımlarının bir an önce gerçekleşmesini temin amacıyla kanunlara aykırı olmamak şartıyla bu alanda düzenlemelerde bulunabileceği, kararnamelerin Anayasa'nın kabul ettiği, yasalardan alınan yetkilere dayanılarak çıkarıldıklarının kabulü gerektiği, ilgili kararnamelerin yükleniciler tarafından idare aleyhine açılan davalarda geçerli hukukî sonuçlar doğurabileceği, ancak bu durumun hâkimin takdir hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte bir esası kapsamadığı, açılan davalarda ilgili kararnamenin uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, somut olayların özelliklerini ve Medeni Kanun'un 2. maddesini de dikkate alarak hâkimin tayin edeceğinin belirtildiği; kararnamelerde öngörülen hususların genel bir icap niteliğinde olup olmadığının tartışıldığı; çoğunlukça kararnamelerdeki hususların bu kararnameler kapsamına giren kuruluşları bağlayıcı ve genel bir icap niteliğinde bulunduğunun ileri sürüldüğü, bir görüşe göre; kararnamelerle taahhüt sözleşmelerine müdahalenin mahiyetinin emprevizyon (öngörememe) meselesi olduğu, şartların değişmesiyle ortaya çıkan durum, artık tarafların iradelerine uygun düşmeyeceğinden akdin şartlarının, bu yeni duruma uydurulması ve bunun için de taahhüt sözleşmesiyle görülmekte olan kamu hizmetinin devam etmesini temin edecek bir yardımın müteahhide yapılması gerektiği, taahhüt sözleşmesinin subjektif ve akdi mahiyetteki mâlî hükümlerinin, idare tarafından öteki âkit yüklenici aleyhine değiştirilemez ise de, onun lehine değiştirilebileceği, hizmetin devamını sağlamak için akdî bir tazminat niteliğinde olmamakla beraber tamamen yardım niteliğinde bir emprevizyon tazminatının ödenmesi yoluna gidildiği, Bakanlar Kurulu kararnameleriyle yüklenicilere

bir emprevizyon tazminatı ödenmesinin objektif ölçülerle kabul edildiği, bu kararnamelerde öngörülen fiyat farkının nitelikçe bir emprevizyon tazminatı olduğu, yönettiği ülkenin gerçeklerini en iyi bilen ve ekonomiyi düzenleyen ve önceden yapılan eser sözleşmelerindeki şartlarla yüklenicilerin taahhütlerini yerine getiremeyeceklerini ve bayındırlık hizmetlerinde büyük gecikme ve aksamaların olacağını tespit eden Bakanlar Kurulu'nun akde ilişkin olmamakla beraber ekonominin yürütülmesine, enflasyona ilişkin kusurlarını da iyi bilerek yaptığı düzenlemelerin, akdin tarafı olan idareyi bağlaması gerektiğinde kuşku bulunmadığı, böyle kararnameler çıkarmakla idarenin, Anayasa'nın 8. ve 48. maddelerine uygun davrandığı, zira Anayasa'nın 48. maddesine göre hem kamu yatırımlarının bir an önce gerçekleştirilmesinin, hem de özel teşebbüsün kararlılık içinde çalışmasının temin edildiği, esasen bu davalarda davacıların, söz konusu kararnamelerin iyileştirici hükümlerinden yararlanmak isteyen yükleniciler olduğu, kararname özel hukuk ilişkisini etkilemez diyerek idareyi kendi kabul ettiği metinle bağlı tutmamanın çelişki doğuracağı, idare iyileştirme ve emprevizyon tazminatı verme konusunda iradesini açıklamış ve yüklenici de bunu istediğini bildirerek irade beyan etmiş iken, idareye veremezsin, yükleniciye de isteyemezsin denilmesinin mümkün olmadığı, idareye takdir hakkı veren kararnamelerin kapsamına giriyorsa fiyat farkı vermemeyi yeğleyen idarenin durumu takdir yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığının Medeni Kanun'un 2. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 365/2. maddesi çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirilmesi ve şartlar kabul edilirse, o kararnamelerin dahi uygulanması gerektiği, dilekçede 365. madde yazılmasa bile, bu maddenin uygulanmasının zorunlu olduğu, hâkimin davacının ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı olmadığı ifade edildiği; diğer bir görüşte ise, sözleşmelerle ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 365. maddesinde tarafların dışındaki bir unsurun yani hâkimin sözleşmeye müdahale ederek onu değiştirebilmesine imkân tanındığı, içtihadı birleştirmeye

konu olan davalarda da, sözleşmenin yanlarından biri olan müteahhit eser sözleşmesindeki ücretin Bakanlar Kurulu'nca kabul edilen kararnameler doğrultusunda artırılmasını veya sözleşmenin tasfiyesini talep etmiş olmakla, onun aslında Borçlar Kanunu'nun 365/2. maddesi uyarınca hâkimden sözleşmeye müdahale ederek onu değiştirmesini istemiş bulunduğu, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 7/7993 sayılı Kararname'nin gerekçesinde de bu tür sözleşmeler bakımından Borçlar Kanunu'nun 365. ve 371. maddelerindeki koşulların gerçekleştiği kabul edilerek bu kararnamelerin çıkarıldığının belirtildiği, o hâlde Bakanlar Kurulu'nca da devlet yatırımlarıyla ilgili uzun süreli sözleşmeler bakımından Borçlar Kanunu'nun 365/2. maddesindeki şartların gerçekleşmiş olduğu kabul edildiğine göre, bu tür davaların anılan madde hukukî kalıbına oturtularak çözüme kavuşturulması gerektiği, kararnamelerin idare aleyhine açılan davalarda hukukî sonuçlar doğurabileceğine ilişkin çoğunluk görüşüne esas itibarıyla katılmakla beraber, bu görüşün asıl dayanağını Borçlar Kanunu'nun 365/2. maddesinden almasının icap ettiği ve gerekçeye bu bölümün de katılması gerektiğinin ileri sürüldüğü; sonuç olarak ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararla, "(...) İdare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle yükleniciler tarafından idare aleyhine, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 8/505, 8/2574 sayılı ve benzeri kararnamelere dayanılarak açılan davalarda bu kararnamelerin genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukukî sonuçlar doğurabileceğine, sözü edilen kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin olayların özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından tespit edileceğine (...)" karar verilmiştir. Öte yandan, 18/08/2001 tarih ve 24497 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu Sektörüne Dâhil İdarelerin İhalesi Yapılmış ve Yapılacak İşlerde İhale Usul ve Şekillerine Göre Fiyat Farkı Hesabında Uyacakları Esaslarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Esaslar" başlıklı 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu

Kararı ile eklenen Geçici 17. maddenin 2. fıkrasında, ihale tarihi, Esasların yürürlüğe girdiği tarihten önce olan işler ile sözleşmeleri yapılmış ve devam eden işlerde; müteahhitler veya taşeronların, geçici maddelerde getirilen Esasların yürürlük tarihinden itibaren otuz gün içinde hiçbir şart öne sürmeden idareye başvuracakları, dilekçelerinde; a) İşe, sözleşmelerine göre devam etmek, b) Geçici maddelerde getirilen esaslara göre işe devam etmek, c) Sözleşmelerinin tasfiyesi; isteklerinden birini belirtecekleri, belirtilen şekilde yazılı olarak süresi içinde başvurmayan müteahhitler veya taşeronların sözleşmelerine göre işe devam etmeyi kabul etmiş sayılacakları belirtilmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrasında da, bu maddenin 2/c bendine göre sözleşmelerinin tasfiyesini isteyen müteahhitlerin veya taşeronların sözleşmelerinin, hiçbir tazminat ve herhangi bir nam altında masraf ödemedi ve müteahhitlerin veya taşeronların tasfiye taleplerini idareye bildirdiği tarihten sonraki günler için gecikme cezası kesilmeden tasfiye edileceği kurala bağlanmış ve tasfiye işlemlerinin ne şekilde uygulanacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

İdarî yargı mercilerince bu karar kapsamında fiyat farkı ödenmesi veya sözleşmelerin tasfiyesi talebiyle yapılan başvurular üzerine idarelerce tesis edilen işlemlere karşı açılan davaların adlî yargı yerlerince çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir. (Örnek kararlar için bakınız. Danıştay Onuncu Dairesi'nin 30/11/2005 tarih ve E:2002/4570, K:2005/7436 sayılı; 17/06/2006 tarih ve E:2003/2583, K:2006/2470 sayılı; 10/04/2006 tarih ve E:2004/9835, K:2006/2285 sayılı; 10/03/2006 tarih ve E:2004/9793, K:2006/1838 sayılı; Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 04/05/2016 tarih ve E:2014/1868, K:2016/1401 sayılı kararı). Danıştay Onuncu Dairesi'nin 30/11/2005 tarih ve E: 2002/4570, K: 2005/7436 sayılı kararında, "İdareyle davacı şirket arasında yapılmış olan sözleşmeyle kurulan özel hukuk ilişkisinin, 2001/2862 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinden yararlanarak sözleşmenin tasfiye edilmesi suretiyle sona

erendirilmesi isteğinden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümü; sözleşmenin ifası aşamasına ve sona erdirilmesine ilişkin olmasının yanı sıra her hâlde doğuracağı sonuçların yaratacağı uyuşmazlıkların da adlî yargının görev alanıyla ilişkili olacağı dikkate alındığında adlî yargının görevinde bulunmaktadır.

Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 23/06/1986 tarih ve E:1986/2 K:1986/2 sayılı kararıyla da, idare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle yükleniciler tarafından idare aleyhine, Bakanlar Kurulunca çıkartılan Kararnamelere dayanılarak açılan davalarda bu kararnamelerin genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve mahallî idareler açısından geçerli hukukî sonuçlar doğurabileceğine, sözü edilen kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin olayların özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından tespit edileceğine karar verilmiştir. Bu itibarla idarî yargının görev alanına girmeyen dava konusu uyuşmazlığın esası hakkında verilen temyize konu kararda hukukî isabet görülmemiştir." gerekçesiyle bu tür uyuşmazlıkların adlî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir.

İdare ile yaptığı eser sözleşmesiyle bir işin yapılmasını taahhüt eden yüklenicinin sözleşme şartlarında yaşanan değişiklik nedeniyle durumunun olumsuz etkilenmesi ve işin yürütülmesinin güçleştiğinin tespiti üzerine eskiden Bakanlık Kurulu kararnameleriyle müteahhitlerin bu zor durumdan kurtulmasına yardım etmek ve kamu hizmetinin aksamaması adına fiyat farkı verilmesi veya işin tasfiye edilmesi gibi çözüm yollarının getirildiği; bu kapsamda yüklenicilerin yaptığı başvurulardan kaynaklı uyuşmazlıklarda kararnamedeki kuralların hukukî sonuç doğuracağı ve geçerli olacağı, yani kararnameler ile sözleşmeye müdahale edilmesinin mümkün olduğu, kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin olayların özellikleri dikkate

alınarak hâkim tarafından Medenî Kanun'un 2. maddesi dikkate alınarak özel hukuk kuralları çerçevesinde belirleneceği, bu minvalde idareyle yüklenici arasında sözleşmeyle kurulan özel hukuk ilişkisinin sona erdirilmesinden kaynaklı uyuşmazlığın sözleşmenin ifası aşamasına ilişkin değerlendirme yapılmasını gerekli kılıyor olmasının yanında özel hukuk ilişkisinin sona erdirilmesinin doğuracağı sonuçlar itibarıyla da adlî yargının görev alanıyla ilişkili olduğu sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi ve gerekçesi ile komisyon raporu incelendiğinde, 2018 yılı Temmuz ve Ağustos aylarında kur artışı dolayısıyla yaşanan maliyet girdilerindeki olağan dışı fiyat artışları beklenmeyen fiyat artışı kabul edilerek ülkenin kalkınması için çok önemli olan yatırım projelerinin ve kamu hizmetlerinin aksamaması ve oluşan mağduriyetlerin giderilmesine yönelik olarak yüklenicilere idare onayıyla fesih veya devir imkânı tanıyan özel bir düzenleme yapıldığı, genel icap niteliğindeki Bakanlar Kurulu kararnameleriyle yüklenicilere tanınan hakların bir benzerinin bu kez kanun ile düzenlendiği görölmektedir.

Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi kapsamında yüklenicinin yaptığı başvuru değerlendirilirken idarenin ne şekilde hareket edeceği, neye göre karar vereceği ve talebe yönelik tesis ettiği onaylama veya onaylamama işleminin mahiyetinin açıklanması gerekmektedir. Bu madde uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak sözleşme fesih yoluyla tasfiye edilebileceğinden veya devredilebileceğinden, Kanun ile söz konusu hak kendisine verilen yüklenicilerin başvurusu üzerine fesih talebi idarece değerlendirilirken, sözleşme şartlarına bakılarak sözleşme kuralları çerçevesinde uygun görülürse talebe muvafakat edileceğinden veya uygun görülmezse talep reddedileceğinden ve bu işlem tesis edilirken sözleşme kapsamında karar verileceğinden, idarenin kamu gücü ayrıcalığı kullanmaksızın akdin diğer tarafı olarak eşitlik temelinde hareket ederek karar vereceği dikkate alındığında,

söz konusu işlemin sözleşmenin ifası ve uygulanması aşamasına ilişkin ve idarenin özel hukuk alanında tesis ettiği işlemler niteliğine sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Aksi bir değerlendirmede, kanun koyucu maliyetlerdeki fiyat artışını peşinen kabul ettiğine göre her başvuru sahibinin sözleşme fesih talebinin başkaca kayıt ve şarta bakılmaksızın onaylanacağı anlamı çıkacaktır ki, yüklenicinin dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeye riayet ederek işini süresinde yapıp yapmadığı, ifa güclüğü içerisine düşüp düşmediği, bahsi geçen maliyet artışının yükleniciyi etkileyip etkilemediği, fiyat artışlarından kaynaklı mağduriyetinin giderilmesi için sözleşmede fiyat farkı verilmesi şeklinde alternatif mekanizmaların öngörülüp öngörülmediği gibi hususların dikkate alınmaması sonucu doğacaktır. Ancak kanun koyucunun, fesih talebini değerlendirdikten sonra onaylayıp onaylamama konusunda idareye takdir yetkisi tanıdığı dikkate alındığında, böyle bir sonucu amaçlamadığı anlaşılmaktadır.

Nitekim, dava konusu işlemin tesis edilmesi aşamasında, işlemin sebep unsurunu oluşturan ve dayanak alınan Bakanlık görüşü oluşturulurken dikkate alınan sözleşmede fiyat farkının olup olmadığı, iş programına uyulup uyulmadığı, basiretli tacir gibi davranılıp davranılmadığı ve bunlara benzer inceleme kıstaslarının bulunduğu, belirtilen hususların sözleşme kurallarının uygulanması ve yorumlanmasından kaynaklı özel hukuk alanına ilişkin konular olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi kapsamında sözleşmenin tasfiyesi talebiyle yapılan başvuru üzerine idarenin sözleşme kurallarına ve işin durumuna bakarak ve yükleniciyle eşit konumda hareket ederek işlem tesis ettiği, Kanun'da aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin sözleşme kuralları bağlamında olayların özelliği dikkate alınarak değerlendirileceği ve buna göre karar verileceği, bu işlemin sözleşmenin uygulanması ve yürütülmesi aşamasına ilişkin ve doğuracağı sonuçların da

adli yargının görev alanıyla ilgili olduğu göz önünde tutulduğunda, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varıldığından, davanın esası incelenmek suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun kabulü ile dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uygunluk görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalıların temyiz isteminin kabulüne;
2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun kabulü ile dava konusu işlemin iptali yolundaki ...Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca BOZULMASINA,
3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ...Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesine, 14/12/2022 tarihinde kesin olarak oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

7161 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 4. maddenin kapsam ve amacının ortaya konulması gerekmektedir. 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin incelenmesinden, 31/08/2018 tarihinden önce 4734 sayılı Kanun'a göre ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerin, imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurması kaydıyla, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak idarenin onayına bağlı olarak feshedilip tasfiye edilebileceği veya devredilebileceği; bu fıkra kapsamına girmekle birlikte devredilmeyen sözleşmelerde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurması kaydıyla süre

uzatımına ilişkin kısıtlama ve şartlara tâbi olunmaksızın Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak idare tarafından süre uzatımına gidilebileceği anlaşılmaktadır. 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, mücbir sebep olarak kabul edilebilecek durumlara örnekler (doğal afetler ve benzeri) verildikten sonra, söz konusu hâllerin 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" şartlarının gerçekleşmesi gerektiği kurala bağlanmış iken; 7161 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle 4735 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 4. maddede, 31/08/2018 tarihinden önce ihalesi yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği 18/01/2019 tarihi itibarıyla devam eden sözleşmeler için "imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi" durumu bizzat kanun koyucu tarafından Kanun'dan yararlanma şartı olarak kabul edilmiş olup, anılan maddede belirtilen imkânlardan faydalanmak isteyen yükleniciler açısından Kanun'un 10. maddesinde yer alan yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi gibi şartların gerçekleşmesi aranmayacaktır.

4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi ve gerekçesi ile komisyon raporuna bakıldığında, 2018 yılı Temmuz ve Ağustos aylarında yaşanan kur artışları nedeniyle imalat girdilerinin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi üzerine, kamu hizmetlerinin aksamaması ve oluşan mağduriyetlerin giderilmesini teminen yüklenicilere, "fesih", "sözleşmenin devri" ve "süre uzatımı" gibi imkânlardan faydalanma hakkının getirildiği; daha açık bir ifadeyle, anılan düzenlemenin getiriliş amacının, 2018 yılı Temmuz ve Ağustos aylarında yaşanan kur artışları nedeniyle imalat girdilerinin fiyatlarında yaşanan beklenmeyen fiyat artışları sebebiyle yüklenicilerin yaşadığı mağduriyetlerin

giderilmesi ve kamu hizmetlerinde aksama yaşanmamasının temini olduğu anlaşılmaktadır.

İhaleye çıkma kararından sözleşme imzalanıncaya kadar idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idarî yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan ihtilâfın ise adlî yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de; sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği sözleşme sürecinden ayrılabilir nitelikteki idarî işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idarî işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların idarî yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir.

4735 sayılı Kanun'un "Sözleşmelerin tasfiyesi veya devri" başlıklı Geçici 4. maddesinde, kanun koyucu, imalat girdilerinde beklenmeyen fiyat artışlarının meydana geldiğini kabul ettiğinden, Kanun'da belirtilen şartları taşıyan yüklenicilerin başvurmaları hâlinde başkaca bir hususa bakılmaksızın talepleri doğrultusunda bağlı yetki çerçevesinde idarece şekli bir değerlendirme yapılarak işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, Kanun'da başvuru şartları ve sonuçları bütünüyle belirtildiğinden çoğunluk görüşünde ifade edildiği üzere, idarece davacının fesih talebi değerlendirilirken sözleşme bağlamında iş programına uyulup uyulmadığı, ifa güçlüğü olup olmadığı, dürüstlük kuralına göre sözleşmeye riayet edilip edilmediği, fiyat farkı verilip verilmediği gibi hususların bu Kanun maddesi kapsamında incelenemeyeceği, Bakanlığın değerlendirmesinde esas aldığı hususların Kanun'da yer almadığı, Kanun'da belirtilmediği için idarenin görüş yazısı hazırlarken yaptığı incelemenin kanunun düzenleme amacına uygun düşmediği sonucuna varılmakla, bahsi geçen özel kanun kapsamında belirtilen şartların var olup olmadığı, yüklenicinin bu düzenlemeden yararlanıp yararlanamayacağı

ortaya konulup, idarenin işlemi tesis ederken takdir yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı değerlendirileceğinden, işlemin idari işlem mahiyetine sahip olduğu anlaşılmıştır.

Bu itibarla, sözleşme imzalandıktan sonra ihtilâf çıkmış olsa bile, sözleşme hükümlerinden bağımsız olarak idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı tesis ettiği 4735 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 4. madde hükmünden yararlanılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde idarî yargı yerleri görevli olduğundan, temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararı hakkında temyiz incelemesi yapılarak esastan bir karar verilmesi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.