

**ihale sözleşmesinin tasfiye talebinde bulunulması üzerine sözleşmenin şartlı olarak tasfiye edilmesinden sonra bu talepten vazgeçilerek sözleşmeye devam edilmesine yönelik başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemin sözleşme ilişkisinin yeniden kurulup kurulamayacağı hk (Danıştay K)**

**Danıştay 13. Daire Başkanlığı  
2022/4656 K.**

**2022/1717 E. ,**

**.**

**“İçtihat Metni”**

**T.C.**

**D A N I Ş T A Y**

**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No:2022/1717**

**Karar No:2022/4656**

**TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Yapı Sanayi ve Ticaret A.Ş.**

**VEKİLİ : Av. ...**

KARŞI TARAF (DAVALI) :... Genel Müdürlüğü

VEKİLİ : Av. ...

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

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Karayolları Genel Müdürlüğü 1. Bölge Müdürlüğü'nce 08/10/2015 tarihinde gerçekleştirilen "İzmit (TEM Otogar (K1) KöprülÜ Kavşağı Dahil) Kandıra Yolu Km:0+000-3+200 ve Km:0+000-37+418 Kesimlerinin Yapım İşi" ihalesi uhdesinde kalan davacı şirket ile söz konusu işe ilişkin imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Geçici 4. maddesi uyarınca şartlı olarak tasfiye edilmesinin ardından davacı şirket tarafından 30/10/2019 tarihli dilekçeyle "ülke ekonomisinde meydana gelen iyileşmeden dolayı tasfiye talebinden vazgeçildiği, sözleşmeye devam edileceği"ne dair yapılan başvurunun reddine ilişkin ... tarih ve ... sayılı işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ... İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararda; 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden sözleşmelerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 60 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak başvurması kaydıyla, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak ve idarenin onayına bağlı olarak feshedilip tasfiye edilebileceği veya devredilebileceği, davacı şirketçe, davalı idareden, anılan düzenlemenin kendilerine de uygulanarak, sözleşmenin feshedilip işin tasfiye edilmesi talebi üzerine sözleşmenin tasfiyesinin şartlı olarak uygun bulunmasına ilişkin işlemin tesis edildiği, sonrasında davacı şirket tarafından, "ülke ekonomisindeki olumlu gidişat" sebebiyle tasfiye talebinden vazgeçilmesine ilişkin başvuruda bulunduğu, davalı idarece yapılan değerlendirmelerde, davacı şirketin iş programının

gerisinde kaldığı, süre uzatımı yapıldığı, 04/03/2016-09/12/2018 tarihlerini kapsayan iş sürecinin tasfiye değerlendirmesi (2019 yılı) sırasındaki gerçekleşme oranının %14,39 olduğu, şartlı tasfiyeye ilişkin imalatlarda da birtakım aksaklıklar yaşandığının belirtildiği, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca sözleşmenin tasfiye edilmesi hâlinde yüklenicilerin, fesih veya devir tarihine kadar gerçekleştirdiği imalatlar dışında idareden herhangi bir hak talebinde bulunamayacağı dikkate alındığında, sözleşmenin tasfiyesini talep etme iradesini ortaya koyarken basiretli bir tacir olarak hareket etmesi beklenen davacı şirketin, tasfiye kararı sonrası kişisel saikler ile, hakkında karar verilmiş olan tasfiye talebinden vazgeçerek sözleşmeye devam edilmesi isteminin, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile idari iş ve işlemlerdeki istikrar ilkesine uygun düşmediği anlaşıldığından, söz konusu başvurunun reddine ilişkin dava konusu 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; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

**TEMYİZ EDENİN İDDİALARI :** Davacı tarafından, Tasfiye Oluru verildiği tarihten sonra da imalatlara devam edildiği, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından sözleşmeye devam edilmesinin uygun olduğu, söz konusu işin tekrar ihale edilmesi durumunda ciddi anlamda kamusal zarar oluşacağı ileri sürülmektedir.

**KARŞI TARAFIN SAVUNMASI :** Davalı idare tarafından, söz

konusu sözleşmenin tasfiye edildiği, yalnızca 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinde "şart" olarak öngörülen, "trafik, can ve mal güvenliğinin sağlanması için gerekli imalatların tamamlanması"na ilişkin sürecin devam ettiği, devam eden süreçte asgari seviyede yapılması istenilen iş kalemlerinin dahî tamamlanamadığı 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 üçüncü fıkrasında, açılan davaların görev ve yetki yönünden öncelikle inceleneceği; 15/1-(a) maddesinde, idari yargının görevine girmeyen davaların görev yönünden reddedileceği; 14. maddesinin altıncı fıkrasında, ilk incelemeye ilişkin hususların sonradan anlaşılması hâlinde davanın her aşamasında 15. maddenin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmelerin tasfiyesi veya devri" başlıklı Geçici 4. maddesinde, "31/08/2018 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 başvurması 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 tâbi 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 Kanuna 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.

Dosyanın incelenmesinden, "İzmit (TEM Otogar (K1) Köprülü Kavşağı Dahil) Kandıra Yolu Km:0+000-3+200 ve Km:0+000-37+418 Kesimlerinin Yapım İşİ" ihalesinin davacı şirketin üzerinde kaldığı, ihale konusu işe ilişkin sözleşmenin 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi uyarınca şartlı olarak tasfiye edilmesinin ardından davacı şirket tarafından, 30/10/2019 tarihli dilekçeyle "ülke ekonomisinde meydana gelen iyileşmeden dolayı tasfiye talebinden vazgeçildiği, sözleşmeye devam edileceği"ne ilişkin talepte bulunduğu, bu talebin ... tarih ve ... sayılı işleme reddedilmesi üzerine anılan işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

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 adlî 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 sonrasında yüklenici tarafından tasfiyeden vazgeçilerek sözleşmenin devamının talep edilmesi üzerine idarece 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 anlatımla 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 düzenlemede 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 kaldırmayıcı nitelikte bir esası kapsamadığı, açılan davalarda ilgili kararnamenin uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, somut olayların özelliklerini ve Medenî Kanun'un 2. maddesini de dikkate alarak hâkimin tayin edeceğinin belirtildiği; kararnamelerde öngörülen hususların genel bir icap niteliğinde olup olmadığının tartışıldığı; çoğunlukca kararnamelerdeki hususların bu kararnameler kapsamına giren kuruluşları bağlayıcı ve genel bir icap niteliğinde bulunduğu ileri sürüldüğü, bir

görüŖe 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 görölmekte olan kamu hizmetinin devam etmesini temin edecek bir yardımın müteahhide yapılması gerektiğı, taahhüt sözleşmesinin subjektif ve akdi mahiyetteki mâlî hükümlerinin, idare tarafından öteki âkit yüklenici aleyhine değiştirilemez ise de, onun lehine değiştirilebileceğı, hizmetin devamını sağlamak için akdî bir tazminat niteliğinde olmamakla beraber tamamen yardım niteliğinde bir emprevizyon tazminatının ödenmesi yoluna gidildiğı, Bakanlar Kurulu kararnameleriyle yüklenicilere bir emprevizyon tazminatı ödenmesinin objektif ölçülerle kabul edildiğı, bu kararnamelerde öngörölen fiyat farkının nitelikçe bir emprevizyon tazminatı olduğu, yönettiğı 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 yürütölmesine, enflasyona ilişkin kusurlarını da iyi bilerek yaptığı düzenlemelerin, akdin tarafı olan idareyi bağlaması gerektiğinde kuşku bulunmadığı, böyle kararnameler çıkarmakla idarenin, Anayasanın 8. ve 48. maddelerine uygun davrandığı, zira Anayasanın 48. maddesine göre hem kamu yatırımlarının bir an önce gerçekleştirilmesinin, hem de özel teşebbüsün kararlılık içinde çalışmasının temin edildiğı, esasen bu davalarda davacıların, söz konusu kararnamelerin iyileştirici hükümlerinden yararlanmak isteyen yükleniciler olduğu, kararname özel hukuk ilişkisini etkilemez diyerek idareyi kendi kabul ettiğı metinle bağlı tutmamanın çelişki doğuracağı, idarenin 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 Medenî 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 bağılı olmadığının 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 tanıdığı, 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 23/06/1986 tarih ve E:1986/2, K:1986/2 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 erdirilmesi 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 geçmişte yürürlüğe konulan 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 görülmektedir.

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 güçlüğü 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, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi kapsamında, sözleşmenin tasfiyesi talebiyle yapılan başvuru üzerine idarenin işlem tesis etmesi 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 sözleşmenin ifası aşamasında sözleşme kurallarının uygulanması ve yorumlanmasından kaynaklı özel hukuk alanına ilişkin konular olduğu görölmektedir.

Bu sebeple, 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 aranılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin sözleşme kuralları bağlamında olayların özelliği dikkate alınarak değerdendirileceği ve buna göre karar verileceği, bu işlemin sözleşmenin uygulanması ve yürütölmesi aşamasına ilişkin ve doğuracağı sonuçların da adli yargının görev alanıyla ilgili olduğu göz önünde tutulduğunda, anılan madde kapsamında, sözleşmenin tasfiyesi talebiyle yapılan başvuruya ilişkin olarak tesis edilen işlemlerden ve bu işlemlere yönelik başvurulardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, 4735 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi kapsamında tasfiye talebinde bulunulması üzerine sözleşmenin şartlı olarak tasfiye edilmesinden sonra bu talepten vazgeçilerek sözleşmeye devam edilmesine yönelik başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemin sözleşme ilişkisinin yeniden kurulup kurulamayacağıyla ilgili bulunduğu dikkate alındığında özel hukuk alanına ilişkin bulunan uyuşmazlığın çözümünde adlî yargı yerinin görevli olduğu anlaşıldığından, davanın esası incelenmek suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uygunluk görölmemiştir.

**KARAR SONUCU :**

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu ... 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, 07/12/2022 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 Kanuna 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 Bakanlığının 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 Bakanlığının 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 görölüp 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 olarak tesis ettiği 4735 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 4. madde hükmünden yararlanılması istemiyle yapılan başvuru üzerine tesis

edilen işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde idarî yargı yerleri görevli olduğundan, uyuşmazlığın temelini oluşturan anılan madde kapsamında tasfiye talebinde bulunulması üzerine sözleşme şartlı olarak tasfiye edildikten sonra bu talepten vazgeçerek sözleşmeye devam edilmesine yönelik başvurunun reddine ilişkin dava konusu uyuşmazlığın çözümünde de idari yargı yerleri görevli olduğundan, davanın esası incelenerek verilen davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararına ilişkin istinaf başvurusunun reddine dair Bölge İdare Mahkemesi kararına yönelik temyiz istemi hakkında esastan yapılacak bir inceleme sonucunda karar verilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.