İDARİ SÖZLEŞME REJİMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Ayhan Tekinsoy

ANKARA 2002
T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HÜKÜKÜ ANABİLİM DALI

İDARİ SÖZLEŞME REJİMİNİN
TEMEL ÖZELLİKLERİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Metin Günday

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı ve Soyadı
Prof. Dr. Mehmet Günday
Prof. Dr. Erdal Özer
Prof. Dr. Erhan Şahin
Dos. Dr. Ali Ulusoy

İmza

Tez Sınav Tarihi:
02.12.2002
İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR .............................................................................. III

GİRİŞ ................................................................................................. 1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ FAALİYETİN ARACI OLARAK İDARİ SÖZLEŞMELER ........... 4

I. İDARE VE SÖZLEŞME .................................................................. 4
   A. SÖZLEŞME KAVRAMI ............................................................... 4
   B. İDARENİN SÖZLEŞME YAPMASI ............................................. 6
   C. İDARENİN SÖZLEŞME YAPMA YETKİSİNİN TEMELİ ............... 11
   D. İDARENİN TEK YANLI İşLEM İLE SÖZLEŞME ARASINDA SEÇİM YAPMASI ................................................................. 23

II. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ VE İDARİ SÖZLEŞMELER ............ 30
   A. GENEL OLARAK ..................................................................... 30
   B. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ ARASINDAKI AYRIMIN DAYANAKLARI. 32
   C. TÜRK HUKUKUNDA İDARİ SÖZLEŞMENİN ALGILANIŞI ......... 39
       1) Tek Yanlı İdari İşlem Değerlendirmesi ...................................... 40
       2) Kamu Hizmetinin Yürürlülmesi Usulü Değerlendirmesi ....... 49

III. İDARİ SÖZLEŞME KURAMI ..................................................... 51
   A. GENEL OLARAK ..................................................................... 51
   B. İMTİYAZIN İDARİ SÖZLEŞME REJİMİNE ETKİSİ ................... 54
   C. YASAMA ORGANININ MÜDAHALELERİNİN ETKİSİ ............... 62
   D. İDAREYE TANINAN ÜSTÜN YETKİLERİN ETKİSİ ................... 68

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ SÖZLEŞMELERİN BELİRLENMESİ ...................................... 85

I. GENEL OLARAK ......................................................................... 85

II. YASANIN NİTELEDİĞİ SÖZLEŞMELER .................................... 88
   A. YASAYLA NİTELEME NİN ANLAMI ...................................... 88
   B. YASAYLA NİTELEME NİN ETKİSİ ...................................... 91
ÜÇÜNÇÜ BÖLÜM

TEMEL İDARİ SÖZLEŞME TIPLERİ ............................................. 150
I. GENEL OLARAK ................................................................. 150
II. KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLMESİ İÇEREN SÖZLEŞMELER ...... 151
   A. KAMU HİZMETİ İMTİYAZI .............................................. 151
      1) Tanım – Genel Olarak ........................................... 151
      2) Özellikleri ............................................................ 161
      3) Hukuksal niteliği ...................................................... 167
         a) Sözleşme Görüşü ................................................. 167
         b) Karma İşlem Görüşü ............................................. 168
   B. BENZER SÖZLEŞMELER .................................................. 171
      1) Müşterek Emanet ..................................................... 171
      2) İltizam ................................................................ 173
      3) Yap İşlet Devret ..................................................... 184
III. DIĞER SÖZLEŞMELER ..................................................... 187
   A. BAYINDIRLIK İMTİYAZI ................................................. 187
   B. HİZMET SÖZLEŞMELERİ ................................................. 190

SONUÇ ................................................................................. 196

KAYNAKÇA ......................................................................... 201
### KISALTMALAR

<table>
<thead>
<tr>
<th>Acronym</th>
<th>Full Form</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>AID</td>
<td>Amme İdaresi Dergisi</td>
</tr>
<tr>
<td>AMKD</td>
<td>Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi</td>
</tr>
<tr>
<td>AÜHF</td>
<td>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</td>
</tr>
<tr>
<td>AÜHFD</td>
<td>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</td>
</tr>
<tr>
<td>AÜSBF</td>
<td>Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi</td>
</tr>
<tr>
<td>AY</td>
<td>Anayasa</td>
</tr>
<tr>
<td>AYM</td>
<td>Anayasa Mahkemesi</td>
</tr>
<tr>
<td>B.</td>
<td>Baskı</td>
</tr>
<tr>
<td>bkz.</td>
<td>Bakınız</td>
</tr>
<tr>
<td>C.</td>
<td>Cilt</td>
</tr>
<tr>
<td>Çev.</td>
<td>Çeviren</td>
</tr>
<tr>
<td>D.</td>
<td>Daire</td>
</tr>
<tr>
<td>Dan.</td>
<td>Danıştay</td>
</tr>
<tr>
<td>DD</td>
<td>Danıştay Dergisi</td>
</tr>
<tr>
<td>DDDK</td>
<td>Danıştay Dava Daireleri Kurulu</td>
</tr>
<tr>
<td>DDDUH</td>
<td>Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti</td>
</tr>
<tr>
<td>DKD</td>
<td>Danıştay Kararlar Dergisi</td>
</tr>
<tr>
<td>dn.</td>
<td>Dipnot</td>
</tr>
<tr>
<td>E.</td>
<td>Esas</td>
</tr>
<tr>
<td>fasc</td>
<td>Fascicule</td>
</tr>
<tr>
<td>i.b.a.</td>
<td>italik bana aittir</td>
</tr>
<tr>
<td>İÜHF</td>
<td>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</td>
</tr>
<tr>
<td>İÜHFHM</td>
<td>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası</td>
</tr>
<tr>
<td>JCA</td>
<td>Juricasseurs administratif</td>
</tr>
<tr>
<td>JCP</td>
<td>Juricasseur périodique (édition générale)</td>
</tr>
<tr>
<td>K.</td>
<td>Karar</td>
</tr>
<tr>
<td>k.t.</td>
<td>Karar tarihi</td>
</tr>
<tr>
<td>L.G.D.J.</td>
<td>Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence</td>
</tr>
<tr>
<td>m.</td>
<td>madde</td>
</tr>
<tr>
<td>No</td>
<td>Numara</td>
</tr>
<tr>
<td>P.U.F.</td>
<td>Presses Universitaires de France</td>
</tr>
<tr>
<td>R.D.P.</td>
<td>Revue du droit public et de la science politique</td>
</tr>
<tr>
<td>RG</td>
<td>Resmi Gazete</td>
</tr>
<tr>
<td>RISA</td>
<td>Revue international des sciences administratives</td>
</tr>
<tr>
<td>s.</td>
<td>sayfa</td>
</tr>
<tr>
<td>S.</td>
<td>Sayı</td>
</tr>
<tr>
<td>SBFD</td>
<td>Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi</td>
</tr>
<tr>
<td>T.</td>
<td>Tome</td>
</tr>
<tr>
<td>T.C.</td>
<td>Tribunal des conflits</td>
</tr>
<tr>
<td>TODOAIE</td>
<td>Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü</td>
</tr>
<tr>
<td>UM</td>
<td>Uyuşmazlık Mahkemesi</td>
</tr>
<tr>
<td>vb.</td>
<td>ve benzeri</td>
</tr>
<tr>
<td>vd.</td>
<td>ve devamı</td>
</tr>
<tr>
<td>Y.</td>
<td>Yıl</td>
</tr>
</tbody>
</table>
GİRİŞ

İdare işlevinin yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleri, aracılığıyla kamusal etkinliğin özelliklerine göre biçimlenmiş olmaları nedeniyle genel hukuksal işlem kategorisinden temelli farklılar içerir. Bu çerçevede idari işlemler, tek yanlış idari işlem ve idari sözleşme olarak iki kategori oluşturmaktadır.

İdari sözleşme, genel hukuksal bir kategori olan sözleşmenin idari işlev ve kamu hizmetiyle karşılaşma ve dönüşmesi sonucu ortaya çıkmıştır. İdari rejimin yanı sıra, idari sözleşme kavram ve rejiminin ortaya çıkma ve gelişiminde de Fransız uygulaması önem taşımıştır. Fransız idare hukukunun genel etkisi doğrultusunda, idari sözleşmeye ilişkin Fransız kuram ve uygulaması, Türk idare hukukunu büyük ölçüde belirlemiştir. Bu etki uzunca bir dönem, yalnızca kavram ve kurallar düzeyinde kalmamış, bir zihniyet olarak idare hukuğu sorunlarının algılanışında da kendini göstermiştir.

Türk öğretisinde idari sözleşmelerle ilgili yapılan açıklamalar, büyük ölçüde, Fransız idare hukuku öğretisinin ve Conseil d'État'nin bu konudaki kararlarını sistemleştirmesi, yorumlaması ve bazen dönüştürmesiyle ortaya koyduğu idari sözleşme kuramı ve rejiminden mülhem, çoğu zaman da doğrudan aktarmadır. Başka alanlarda geçerli olabilecek ve fark edilmeye bilecek bu yaklaşım, idari sözleşme açısından iki yönden sorunludur.
Öncelikle, Türkiye'de idari sözleşme uygulaması uzunca bir dönem kamu hizmeti imtiyazı açısından söz konusu olmuş, farklı idari sözleşme tipleri ortaya çıkmamıştır.

İkinci olarak, Danıştay uygulamasının, idari sözleşmeler az sayıda davaya konu olsa da, Fransız idari sözleşme kuramından farklı yönde gelişmiş olmasına rağmen; Türk öğretileri, Danıştay uygulamasına çoğu zaman kayıtsız kalmış, bazen de bu değişimi görememiştir. Tek yanlı idari işlemler alanında benimsenen kuram ve yapılan açıklamaların Türk yargı organlarının kararlarında karşılıklarını bulmak mümkündür, bu durum, idari sözleşme alanında söz konusu değildir: Öğretil ve yargı aynı dilden konuşamamaktadır.

Bu durum, çalışma açısından önemli zorluklar doğurmakta ve degenilebilecek sorun alanı bir ölçüde kısıtlamaktadır. Türk hukukunda idari sözleşme sorunu büyük ölçüde idari sözleşme ölçütlerinin belirlenmesi sorununa indirgenmiş ve bu alana sıkıştırılmıştır. İdari sözleşme yeye uygulanacak genel bir rejim ise varsayılmuştur. Bu nedenle idari sözleşme alanının temel özelliklerinin saptanması ve idari sözleşme algılanışını belirleyen etkenlerin araştırılması tezin temel eksenini oluşturmıştır.

Bu çerçevede, birinci bölümde, idari faaliyetin hukuksal aracı olarak sözleşme ve özellikle idari sözleşme üzerinde durularak, idarenin sözleşme yapma yetki ve olanağı tartışılacak, idari sözleşme kuramının temel öğeleri üzerinde durulacaktır.

Özel hukuktan farklı bu özel rejime tâbi olacaktır idare sözleşmelerinin saptanmasında kullanılabilecek ölçütler ve bunların içeriği ikinci bölümde
tartışılacaktır. Bu yapılrken, soyt bir ölçüt anlayışı bir kenara bırakılarak neden (ölçüt) ve sonuç (özel hukuksal rejim) arasındaki bağ temel alınacaktır.


Tüm bu değerlendirmelerde, bir karşlaştırmalı hukuk araştırması yapılmamakla birlikte, kullanılan kavramların Fransız orijinalleri ya da benzerleri de dikkate alınmış, benzerlik ve farklılıklara deşinilerek öğretili ve yargı kararlarının anlamlandırmasına yönelik bir zemin oluşturulmaya çalışılmıştır.
BİRİNCİ BÖLÜM

İDARI FAALİYETİN ARACI OLARAK İDARI SÖZLEŞMELER

I. İDARE VE SÖZLEŞME

A. SÖZLEŞME KAVRAMI

Özgür ve eşit irade sahibi kişilerin aralarında bir hukuksal ilişki kurma ya da bu ilişkiyi değiştirme ve kaldırma, düzenlemeye aracı olarak sözleşme, özel hukuk alanında yaygın olarak kullanılmaktadır. Sözleşme özgürlüğü, Anayasa’nın “herkes(in) ... sözleşme hürriyet(ine) sahip” olduğunu belirten 48. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Sözleşme yoluya kişiler, aralarında uygulanacak hukuk kurallarını serbestçe belirlemeekte ve yasaların açıkça yasaklamadığı alanlarda ve konularda diledikleri biçimde sözleşme yapabilmekteidirler.

İki taraflı hukuksal işlemler arasında incelenen sözleşmenin, temel kurucu unsuru tarafların irade beyanlarındır. Zira, sözleşme, belli bir hukûkî sonuca yönelik, karşılıkli ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuksal işlemidir.¹

¹ Lâle SIRMEN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (Ders Notları), Ankara 1996, s. 58; Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 5. Bari, Istanbul 1994, s. 263.


---


3 Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s.50.

4 SIRMEN, Borçlar Hukuku, s. 90.
sözleşme tiplerinin dışında karma nitelikli bir sözleşme ilişkisini taraflarca yaratılması mümkündür.


**B. İDARENİN SÖZLEASEME YAPMASI**

İdarenin girdiği hukuksal ilişkilerde de sözleşme, özel kişiler arasındaki ilişkilerde olduğu kadar yaygın olmakla birlikte, önemli bir yer tutmaktadır. Sözleşme, idarenin kullanabileceği hukuksal araçlardan biri olarak belirtilmekte ve görevlerini yerine getirirken genellikle ve çoğunlukla tek yanlı işlemler yapmakla birlikte, idarenin bazı durumlarda sözleşme yoluna başvurabileceğini kabul

---

5 EREN, C. I. s. 369 vd; ARAL, s.50.

edilmektedir. Günümüzde sözleşme yapma yolu, “otoriter olmayan ya da daha az otoriter olan” bir idare yöntemi olarak görülmekte ve ilgililerin katılım yoluyla idarenin etkililiğini sağlamak için kullanılan tekniklerden biri olarak değerlendirilmektedir.


Zaman zaman idarenin bu tür yetkilerinden “hak” olarak söz edilmekle birlikte (takdir yetkisi yerine takdir hakkı gibi) bunun yanlıs bir kullanım olduğu açıktır.
hukukunun temel kuralları ve sözleşme ilkeleri çerçevesinde kamu gücünün kullanımını açısından farklı bir dengeye ulaşabilir.

Özellikle idari sözleşme, idari faaliyeti yerine getiren devletin ve kamu gücüyle donatılmış diğer organların, bu faaliyeti gerçekleştirmeye araçlarından biri olarak değerlendirilmektedir.\(^{10}\) Bu açıdan, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında müzikere ve anlaşıma dayalı yöntemlerin geliştiği ve bunların tek yanı li işlemlerle hareket etmeye tercih edildiği gözelebilir.\(^{11}\) Ideolojik ve politik duruşla sıkı bağlı olan bu pratik, idarı rejimi benimseyerek idareye uygulanacak özel bir hukuk alanı oluşturan ülkeler açısından, en azından kurumsal düzeyde, sorunlar oluşturulmuştur. Bu sorunlar bir yandan sözleşmenin (idarenin kamu hukuğu ve özel hukuk alanlarındaki faaliyet ve işlemlerini kapsayacak biçimde) idari pratik içindeki yerinin, bir yandan da klasik idare hukuku yöntem ve araçlarıyla karşılaşan sözleşmenin uğradığı ya da uğrayacağı değişikliğin saptanmasını gerektirir.

Kamu gücünü kullanarak kamu yararını gerçekleştirmeye yönelen idari işlevin tipik aracı idari işlemleridir.\(^{12}\) İdare, bütün faaliyetlerinin nihai amacı olan kamu yararını gerçekleştirmek için, girdiği hukuksal ilişkilerde özel kişilere oranla üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanmaktadır. İdare, “kamu yararını gerçekleştirmek

\(^{10}\) Spyridon FLOGAITIS, Les Contrats Administratifs, Bibliothèque de Droit Public Européen Volume 1, London 1998, s. 21 vd. FLOGAITIS, kitabının birinci bölümünde idari sözleşmeyi, (kamusal) yönetimini bir aracı olarak incelemektedir.

\(^{11}\) André de LAUBADERE/ Frnck MODERNE/ Pierre DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Tome Premier, Paris 1983, s. 19 vd.

için (...), özel kişilerle eşit olmamak, özel kişilere oranla üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış olmak zorundadır”  


Idarenin hareket tarzına ve bunun nedenlerine ilişkin bu saptamalar genel “idée ideoloji”ni oluştururur ve idarenin eylem ve işlemlerleri buradan yola çıkarak değerlendirilir. Bu konuya ilişkin genel bir çözümleme yapmak, çalışmanın ilgi alanı dışında kalmakla birlikte, bir anlamda idare hukukunun kurucu varsayıımı olan “kamu yararı” kavramının ve bunun sözleşmeler alanına yansımasını çok zaman hukuk teknliğinin değerini ortadan kaldırdığımı ve idare hukuku ilişkilerini, şekilsiz bir kamu yararı – özel yarar çatışmasına indirgediği saptanabilir. İdari sözleşmeler

13 GÜNDAİL, s. 16.
14 GÜNDAİL, s. 17.
alanında, örneğin, idarenin sözleşme ve sözleşmeci üzerindeki yetkilerinin çekincesiz kabullenilerek bunlara yapılan vurgu ve övgünün yansısıyla sözleşmeci özel kişinin kär peşinde koşan çıkarıcı (kötü) olarak tanımlanması, aslen, idare hukukunda böyle bir ilişki biçiminin neden var olduğu sorusunu akla getirmelidir.15

Böyle bir yaklaşımın idare, kamu yararı ve bunu gerçekleştirmeye yönelik idare pratığine ilişkin ön kabullerin yansıısı idare hukukunun niteliğinden kaynaklanan teknik sorunlarla da bağlantılı gözlü edilemez. Tâbi olduğu kuralların özel hukuk ya da kamu hukuku olması önemli olmaksızın sözleşmenin bir tarafında, kamu gücüyle donatılmış, tek yanlış işlem yapıma yetkisine sahip, sözleşmenin konusuya karşılaştırdığında çok daha geniş bir alanda faaliyette bulunman kamu tümelkisi ile her yer almaktadır. Bunların sözleşmeden doğan yetkileriyle (haklarıyla) üstlendikleri görevlere bağlı yetkileri arasında net bir ayrım yapmak ve aradaki geçişleri önlemek güçtür. Bir yanda yaptığı işlemlerin ilgisinin üzerinde doğrudan etki doğurması asıl olan idare varken, idarenin sözleşme ile ilgili ya da sözleşmeyi etkileyen işlemlerle çoğu zaman tek yanlı işlem olarak görülebilir.

Nitekim idare, sözleşme ilişkisinde hiçbir zaman yalnızca bir sözleşmeci taraf olarak yer almaz: Üstlendiği görevler ve sahip olduğu genel üstünlükler itibariyle sözleşmenin karşı tarafına göre fazla birtakım yetkileri (kamu yararına yönelik işlemler tesisi) ve bir yandan da dar bir hareket alanı (işlemlerinin kamu yararıyla

sınırı olması) söz konusu olabilir ve bütün bunlar sözleşme ilişkisini etkiler. Bu durum, idarenin sözleşme ve özellikile de idari sözleşmede üstünlik ve ayrıcalıklara sahip olması biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmeyi doğrudan etkileyen işlemler biçimine de bürunebilir. Bu nedenle de idare hukuğu alanında sözleşme işlemlerinin saptanmasında belirgin bir güçlük yaşanması ve sonuçta kamu gücünden kaynaklanan birtakım yetkilerin sözleşmeye tahmil edilmesi yaygın, ve sözleşme ilkelerini yoksayan, bir tavırdır.


C. İDARENİN SÖZLEŞME YAPMA YETKİSİNİN TEMELİ

İdarenin sözleşme yapma yetkisi, idareye bu yönde yetki veren yasalara ve bunların bulunmaması durumunda da idarenin “tüzel kişilerlik sifatından kaynaklanan hak ehliyetine” 16 dayandırılmaktadır. ONAR’a göre, idarenin “bir hukuvi şahıs sıfatıyla bütün medeni ve ticari mukaveleleri aktedebileceği tabi”dir. 17 DURAN da, idarenin de “özel kişiler gibi, Medeni Hukuk çerçevesinde, alım-satım, kira, hizmet,

16 DURAN, Ders Notları, s. 427; GÜNDAY, s. 166.
istisna v.b. akitleri yapabil(çeğini)ı belirtirken idarenin tuzuılşılığını dikkate almakta

Ancak idarenin tuzuılşılıkten kaynaklanan hak ehliyeti nedeniyle sözleşme yapabileceği görüşü, idare hukuku ilke ve kuralları açısından değerlendirilmeli ve tuzuılşılığın, sözleşme yapma açısından yasal yetkinin yanında ikinci bir

kaynak/dayanak olup olamayacağı tartışılmalıdır.19 Nitekim böyle bir temellendireme arayışına giren AZRAK’a göre, bu açıdan “ön planda gelen problem, İdarenin kanuni sarahat olmaksızın mukavele akdetme yetkisini bulunup bulunmadığıdır” 20 AZRAK sorunu incelerken, öncelikle ONAR ve DERBIL’in ifadelerinden hareketle Türk öğretiline göre, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve kamu hizmetleriyle ilgili olarak idari sözleşmeler, hatta kamu hizmetleri alanında da özel hukuk sözleşmeleri yapabileceği kabul edildiğini saptamakta, bazı yasalarda yer alan idari sözleşmelerle ilgili hükümlerin idarenin ancak yasalarda açık düzenlemeye olan durumlarda idari sözleşme yapabileceği biçiminde dar yorumlanmasının isabetli

18 DURAN, Ders Notları, s. 427.

19 Kaldi ki bu tür bir ikili dayanak anlayışı genel hukuk açısından da sorunlu sayılabilir. Bu yaklaşımlı mantıksal sonuçlara götürürsek, yasaya yetki verilen durumlarda tuzuılşılık olmadan da sözleşme yapılabileceği kabul etmek gerekir ki bunun özel hukuk alanında ne tür sonuçlar doğuracağını tartışmaya açılır.

olmadiğini belirtmektedir. 21 1961 Anayasasının, yürütleme görevinin yasalar çerçevesinde yerine getirileceğini öngören 6. maddesi hükümün ve bu maddenin gerekçesinde yer alan “Kanun olmayan yerde, Türk Hukukuna göre yürütleme de yoktur. Yürütleme Organi, kaynağı kanundan almayın bir tasarrufta bulunamaz” ifadesinin, ilk bakışta idarenin ancak yasada açık düzenlemeye varsa idari sözleşme yapma yoluna gidebileceği biçiminde anlaşılabileceğini söyleyen AZRAK, böyle bir anlayışı kabul etmemektedir. Bu görüşünü temellendirirken izlediği yöntem şöyledir:


Saniyen, Anayasasının 130. maddesine göre ‘Tabii servetler ve kaynakları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaşdır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Arama ve işletmenin Devletin özel teşebbüsle birleşmesi suretiyle veya doğrudan doğruya özel teşebbüs eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır.’


Bu görüşlerin, pozitif dayanakların yorumunda, sosyal devlet ilkesinin her alana müdahale eden devlet anlayışından yola çıktiği saptanabilir. Dönemsel olarak, bu yaklaşımın kabulünde egemen sosyal devlet anlayışı açısından sorun görünmemektedir. İdarenin yalnızca hakimiyete dayanan tasarruflar yapmaktan sıyrılp özellikle sana da ticari nitelikli kamu hizmetlerinin sahibi olarak ortaya çıkması ve bunların yürütülmesinde sözleşme yolunun uygun araç görülmesi, bu faaliyetin dayanaklarının araştırılmasıındaki düşünce sürecinin ana motifi olmaktadır. Bu faaliyetlerin yerine getirilmesinde, idarenin bir yandan kamu hukukuna bağlı kalırken bir yandan da sözleşmeyi kullanabilmesi, ekonomik alana yönelik müdahalenin biçimini oluşturacaktır. Devletin görev ve yetki alanı genişlerken devletin hukuku, sözleşme üzerinden bu alanlarda kendini gösterebilecektir. Kaldı ki, AZRAK’ın sorunu daha çok idari sözleşme yönünden ele alması ve sözleşme

22 AZRAK, “İdari Mukavele...”, s. 536.
yapma yetkisini bu alana sıkıştırarak tartışması, idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapma yetkisine ilişkin fazlaca bir sorun olmadığı biçiminde yorumlanabilir. Nitelikte HÂTEMÎ, kamu tüzelkâşiliğini incelerken,


Boylelikle HÂTEMÎ, doğrudan doğruya tüzelkâşilik kavramından yola çıkarak, tüzelkâşilerin, kişilik hukukta hak ve borçlara ehil olma anlaştığı gelene göre doğal olarak, her türlü özel hukuk ilişkisine girebileme yeteneklerini (ehliyetlerini) vurgulamakta ve kamu tüzelkâşilerinin kaynağını anayasadan alması gereken yetkilerini, kamu gücünün kullanılmasına ilişkin yetkiler olarak değerlendirmektedir.

Bu iki değerlendirmeyi birlikte ele alırsak karşımıza şu iki sonuç çıkmaktadır: İdare,yasada öngörülmese de idari sözleşme yapma yetkisine sahiptir (AZRAK);

23 Hüseyin HÂTEMÎ, Medeni Hukuk Tüzelkâşileri I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979, s. 120-121.
aynı zamanda da (argümantasyon tarzıyla birincisini geçersiz kılsa da) özel hukuk alanında her türlü işlem, bu arada sözleme, yapma yetkisine sahiptir (HÂTEMİ). Ancak bu birlikte, kuşkusuz, yüzeysel bir birlikteliktir ve farklı hukuk dallarının içe dönük değerlendirilmesinden kaynaklanan bu sonuçların “cem’ân” kabulü mümkün değildir.


Bu konu, idarenin hukuk düzeni içinde hareket ederken kullanabileceği araçlarla ilgilidir. Hukuk düzeninde bir kişi olarak idare, sözleme hukuksal aracını kullanabilme yetkisine sahiptir. Yani idare tarafından yapılan bir sözleşme hukuk düzeni açısından geçerli bir hukuksal işlemdir. Ancak genel kuralın böyle belirlenmesi, idarenin her türlü sözleşmeyi akdetsme yetkisinin olduğu anlamına

---

24 Bu değişikliğin ne kadar biliinç olduğu tartışılır olmakla birliktle bu düzenleme, “Hukuku âmme müesseseleri, hukuku âmme kam娘娘lara tâbidir” (m.52) biçimindeki öncesi düzenlemeneden lafzen farklılık göstermektedir. Yeni düzenleme karşısında, kamu tüzelkşilerinin hak ve fiil ehliyetini özel hukuk tüzelkşileriyle eş tutan görüşlerin daha kolay savunulabilmesi mümkündür.
gelmez. İdare hukuku ilke ve kuralları, burada devreye girmekte ve devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin fiil ehliyetini sınırlamaktadır. Medeni Kanun düzenlemesine tüzel kişilerin, gerçek kişiler övgü olmayan hak ve borçlara ehil olduğunu öngörmüştür. Kanundaki bu ana kural yanında, kamu tüzel kişilerine ilişkin yasa hükümlerinin saklı tutulmuş olması, doğrudan, bu yasalarla yasaklanmadığı sürece her türlü medeni hukuk işleminin kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceği anlamına gelmez. Sorun kamu hukukündaki yetki kuralları ve kamu tüzel kişilerinin girdiği hukuksal ilişkinin niteliği çerçevesinde çözülecektir ki bu iki belirleyicinin de birbirinden bütünyle bağimsız olduğu söylenecektir.


Kaldi ki tüzelisilik vurgusu, idarenin örgütlenişi ve işleyişi açısından da çoğu zaman gereksiz görülebilir. Pekala tüzelisiliğe sahip olmayan idari birimler de sözleşme yapma yoluna gidebilirler. Bu, özel hukuk yaklaşımu açısından sorunlu görülse de –çünkü, sonuç itibariyle idare, kamu görevlileri aracılığıyla faaliyette bulunsada da tüzelisidir- idarenin örgütlenişiyle bağlantılı özel bir durum olarak
değerlendirilmelidir. Hiyerarşik yapılanma içinde kamu görevlileri, üstlendikleri görevler çerçevesinde idari işlem yapmanın yanısıra sözleme de akdedebilirler. Bu durumda idare, ajanının gerçek kişiliğini kullanarak sözleme ilişkisine girmiş olur.


Idareyi düzenleyen yasalar idarenin görev ve yetki alanı belirler. Ancak bu alan içinde idari faaliyet (tâbi olduğu hukuksal rejinin kamu hukuku ya da özel hukuk olması farklıtmekszizin) söz konusu olabilir. Sözleme ya da tek yanlış işlem bizatihi idarenin tuzelkişilikten kaynaklanan doğal faaliyeti değil, yüklendiği görevleri yerine getirmekte kullanabileceğini hukuksal araçlara vardır. Ancak bu, idarenin her zaman dilediği hukuksal aracı kullanabileceğini anlamına da gelmez. Bu açıdan yine temel belirleyici, hukuksal metinlerdir. Bu durumda öncelikle, idarenin bir konuda faaliyette bulunabilmesi için, bunun idarenin görev alanına sokulmuş olması
gerekir, ki, bunun belirleyecek organyasama organı ve belirlemedede kullanılacak araç da yasama işlemidir. Kamu hukukunun temel ilkesi “yetkisizlik”dır ve idarenin, açıkça öngörülmeyen bir yetkiye kullanımı Türk anayasal sistemi açısından söz konusu olamaz.

Idareyi belli bir faaliyeti yine getirmekle görevlendiren yasalar, aynı zamanda bu faaliyetin hangi usuller kullanılarak görüleceğini de belirler. İdarenin görevlerini yine getirirken kullanabileceği olağan usul ise, emanet usulü olarak bilinen, hizmetlerin bizzat (devlet) idare tarafından (kendi ajan, örgüt ve malları kullanılarak) kamuusal yöntemlerle yine getirilmesidir. Emanet usulü, bir kamu türzelkişisinin yasaya belli bir hizmeti görmekle görevlendirilmesiyle ya da bir hizmeti yine getirmek üzere bir kamu türzelkişiliğinin oluşturulmasıyla ortaya çıkabilir. Bu durumda türzelkişilik usulün de belirleyicisidir.


27 Türk hukukunda klasik yaklaşıma göre, “Emanet suretiyle idare edilen işlerin bir kısmını doğrudan doğruya Devlet hüküm şahsi, bir kısmını da âmne idareleri ve âmne müesseseleri gibi diğer âmne hüküm şahsları görevler. Âmne müesseseleri tarafından görülen hizmetler mustakil bir hüküm şahsiyeti haiz bir teşekkûb şeklinde görülürler. Fakat bunlar da teşekkûb ve vasat olan Devlete ait olduğu için netice itibariyle emanet saymak lazım gelir” (ONAR, C. I, s. 43). DURAN da, “emanet(ê), Kamu İdareleri (...) ile idari kamu kurumlarının kendi personel, para, araç ve gereçleri ile doğrudan doğruya kamu hizmeti görmesi” usulü olarak tanımlamaktadır (DURAN, Ders
İdarenin görevine giren hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüğe özgü olmayan bir kısmının özel kişiler tarafından yerine getirilmesinin mümkün olduğunu belirten DURAN, bu tür "kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse görüürülebilmesi (...) bunun kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır, yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçmez ve dilediği yöntemi kullanamaz"28 diyerek bu alanda yasal düzenleme gereğini vurgulamaktadır.

İdarenin görev ve yetikleri söz konusu olduğuna göre, bazı hizmetlerin yerine getirilmesinde sözleşme yollonun kullanılması, idarede yetki kullanımını düzenleyen kurallar çerçevesinde de değerlendirilmelidir. İdarenin hizmetin görülmesini sözleşmeyeyle devretmesiyle yetki devri arasında bir ölçüde benzerlik bulunmaktadır. İdarenin kendi içindeki yetki ve görev dağılımında bile katı ve sıkıksıkya yasaya bağlı bir sistem benimsenmişken, idarenin açık yasal dayanak olmaksızın hizmetin görülmesi amacıyla sözleşme yoluna gitmesi ve idare dışında bir kişiyi görevlendirmesi mümkün görülemez.

Ancak, idarenin sözleşme yoluna başvurması, yalnız belli bir hizmetin görülmesi amacıyla yönelik değildir. İdarenin, hizmeti yerine getirirken gereksinim duyduğu personel ve araçları sağlamak üzere de sözleşme yapması mümkündür. Bu durumda idare, yine yasalarda öngörülen personel istihdam yöntemleri çerçevesinde

---


28 DURAN, "Yap-Işlet-Devret", s. 151.
sözleşme yapabilir. Ayrıca yasaya idareye verilen görevlerin yerine getirilmesi kapsamında olmamak üzere, görevle ilgili mal ve hizmet alımlarında olağan olarak sözleşme yolunun kullanılması gerekir. Sözleşmenin idare tarafından yaygın olarak kullanılması aslen bu çerçevede mümkündür ve kamu tüzelkşiliğinden kaynaklanan hak ehliyeti bu aşamada idarenin sözleşme yapma yetkisini kullanmada bir araç olarak görülebilir. Dolayısıyla, idarenin “tüzelselğinden kaynaklanan hak ehliyeti” dilediği alanda ve konuda genel bir sözleşme yapma yetkisini içermez. Tüzelselğinin tek başına kaynak olarak görülmesi bir yöyleye, devlete bağlanamayacak bazı hak, yetki ve sorumlulukların kaynağını oluştur福德a fiskus (hazine) kuramından yararlanması anlamında eski bir düşünceye dayanmasının yanı sıra, kamu hukukunun düzenlediği ilişki biçimlerinin çözümlemesinde yetersiz ve yanlış olacaktır.


29 Örneğin Devlet Memurları Kanunu, sözleşmeli istihdam yöntemi öngöröttedir.
Bu düzenleme, yatırıım ve hizmetlerin yerine getirilmesinde özel hukuk sözleşmelerinin kullanılabilmesine ilişkin olmakla birlikte, düzenleme'nin idarenin sözleşme yapma yetkisi üzerinde bir değişiklik doğurup doğmadığını tartışılabilir.\textsuperscript{30}

Anayasa'da yatırım ve hizmetlerin idari sözleşme (ya da sözleşme) yoluyla gerçekleştirilebileceğine ilişkin açık bir hüküm olmadıguna göre, bu hükümün, böyle bir yetkinin zaten var olduğundan hareketle düzenleniği ve dolayısıyla idarenin açık yasal dayanak olmaza da yatırım ve hizmetleri (idari) sözleşme yoluyla gerçekleştirebileceği savunulabilir. Gerçekten de idarenin üstlendiği yatırım ve hizmetleri idari sözleşme yoluyla yerine getirmesi, özel hukuk sözleşmelerini kullanarak yerine getirmesi/getırtmesi karşısında daha olağan sayılabılır.


Bu düzenleme idarenin, yürütüğü yatırım ve hizmetler açısından ancak yasada öngörülen durumlarda özel hukuk sözleşmesi yapabileceği ve dolayısıyla

\textsuperscript{30} Bu hükümün, yasama organının idari sözleşme – özel hukuk sözleşmesi arasındaki seçim yetkisine ilişkin sonuçlar ileride ayrıca tartışılacaktır.
sözleşmenin niteliğini belirlemeye takdir yetkisinin bulunmadığı sonucunu da içermekle birlikte zaten Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları bu doğrultudadır.

D. İDARENİN TEK YANLI İŞLEM İLE SÖZLEŞME ARASINDA SEÇİM YAPMASI

İdarenin, ilgilenin iradesi olmakizin tek yanlış işlemler yapma yetkisine sahip olması, her zaman bu yöntemi kullanacağı anlamına gelmemektedir. İdare karşılıklı iradelerin uyumuna31 dayanan işlemler de yapabilir. Bazen, idarenin amacına ulaşmak için tek yanlış işlem ya da sözleşme yapma yollarından birini seçmesi mümkündür. İdarenin ihtiyaç duyduğu bir mali elde etmek için uygulayabileceği farklı yöntemler, bu durumun klasik örneğini oluşturmaktadır: İdare, örneğin bir taşınmaz sahibiyle bir sözleşme ilişkisine girerek satın alabileceği gibi, karşı tarafın

31 Belirtmek gerekir ki idarenin karşılıklı iradelerin uyumuna dayanan işlemler yapması her zaman için sözleşme yapması anlamına gelmemektedir. Örneğin bir kişinin memur olarak atanabilmesi için bu yönde bir isteğinin, iradesinin olması gerekmekte ve ilgilenin iradesi ile idarenin iradesi bu konuda uyuşmaktadır. Ancak bu durum işlemi tek yanlı olmaktan çıkarmamakta ve ilgilenin iradesi, idarenin tek yanlı iradesinin etkililiğini gerçekleştirecek bir koşul olarak ortaya çıkacaktır (RİCHER, s. 51). Ayrıca memurрук statüsüne girme ilgiliye getireceği yükümlülükler nedeniyle kişi özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşır ve bu tür ilgiliye yüküyle yüklenen idari işlemlerde, açık yasal dananak yerine geçmek üzere ilgilenin bir talepte bulunmuş olması aranır (GÜNDAY, s. 123). Bu tür işlemlerin ilgili ile idare arasında yapılan bir sözleşme olduğu yolundaki görüşler zamanla terkedilmiş ve bu tür işlemlerde, ilgilenin talebinin yapılan işlemenin dayanağı, sebep unsurunu oluşturduğu ve asıl işlemin idarenin tek yanlı iradesi ile ortaya çıktığı kabul edilmiştir (GÜNDAY, s. 123). Bu tür işlemler, idari işlem kurumında isteğe bağlı işlemler arasında değerlendirilmekte ve tek yanlı olduklarından küçük düzeylendiktedir (Celâl ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990, s. 24). Bu açıklamalar çerçevesinde “karşılıklı iradelerin uyuması”nden idarenin tek yanlı işlemlerinin karşısında yer alan “iki yanlı
sözleşme yapmaya yanaşmaması ya da sözleşme koşulları üzerinde anlaşmaya varılamaması gibi durumlarda kamulaştırma yöntemini kullanarak da elde edebilir. Bu ikinci durumda idare, karşılıklı irade uyuşumunu aramaksızın tek yanlı üstün iradesini kullanacaktır.

İdarenin sözleşme ile tek yanlı işlem arasında seçim yapabilesi, ona tanınan mutlak bir yetki değildir. Öncelikle mevzuatta hangi durumlarda ne tür işlemler yapılabileceği belirtmiştir ve ayrıca idare farklı hukusal araçlar arasında seçim yapma yetkisinin varolduğu durumlarda bunu, takdir yetkisinin kullanımına ilişkin genel kabul çerçevesinde, durumun gerekleri doğrultusunda en uygun aracın seçilmesi yönünde kullanmak zorundadır.

İdarenin idari işlemler yanında sözleşme yoluna başvurabilmesi çeşitli nedenlerle mümkün görülmektedir.


İdari işlem ve sözleşme arasında seçim yapma farklı alanlarda söz konusu olabilir: istinmval-satın sözleşmesi, memur atama-sözleşmeye personel çalıştırma, kanun malmın tahsis-intifa hakkı kurulması ya da satin sözleşmesi vb. (RICHER, s. 51).


RICHER, s.52.

AZRAK, “İdari Mukavele...”, s. 523 vd.; Pertev BİLGEN, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970, s. 2; ONAR, C. I, s. 506 vd.; C. III, s. 1590 vd.; GÜNDAY, s. 166 vd.
Öncelikle idare, kamu hizmetlerinin görülmesini sağlamak üzere özel kişilerle sözleşme ilişkisine girebilecektir. İdarenin kamu hizmetini bizzat üstlenerek kendi personeli, örgütü ve mallarıyla yerine getirmesi yanında, özel kişilerle konusu kamu hizmetinin görülmesi olan sözleşmeler yapması klasik uygulamalardandır.

İdarenin üstlendiği görevleri yerine getirirken ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri sağlamak üzere sözleşme yapması mümkün olduğu gibi yukarıda belirtildiği üzere, bazı durumlarda zorunludur. Ayrıca bireylerin kamu hizmetlerinden yararlanmasını yöntemi olarak, tek yanlış işlemlerin yanı sıra sözleşme yapma yolunun uygulanması da söz konusudur. İlgililerin elektrik, doğalgaz, su ve benzeri hizmetlerden yararlanmaları, hizmeti yürütten idarelerle yapacakları abonman sözleşmeleriyle gerçekleştirilmektedir.


İdarenin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesini gerektiren faaliyetleri söz konusu olduğunda, yasalarla açıkça yetki verilmemişse bu durumda idare kamu gücune dayanarak tek yanlı üstün iradesini etkin kılamayacak ve dolayısıyla idari işlem yapamayacaktır. Bu durumda temel araç sözleşme olacaktır.

36 RICHER, s. 52 vd. Örneğin İdare, bir menkul mala ihtiyaç duyduğunda normalde sözleşme yapma yoluna gidecektir çünkü istimval istisnai bir yetki olarak düzenlenmiştir.
Yani idare, ancak koşulları varsa kamulaştırma yetkisini kullanabilecektir, aksi halde karşı tarafın iradesiyle uyuşma yoluna gidecektir.\(^37\)

Idari işlem yapma yetkisi yalnızca idari organ ve makamlar tarafından kullanılabildiğinden, kamu gücünün özel kişiler tarafından kullanılmasına yönelik düzenlemeler anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Anayasa Mahkemesi, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına “yapı ruhsatıyesi” verme yetkisi tanıyan yasayı, “(...) ‘ruhsat verme’ idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur” saaptamasını yaptıktan sonra, yeminli büro elemanlarının Anayasa’nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen “kamu görevlileri” kapsamında olmamaları nedeniyle anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.\(^38\) Bu durumda, özel kişilere kamu gücünü kullanarak tek yanlı idari işlemler yapma yetkisi, sözleşme yapma yoluyla da verilememeyecektir.\(^39\)

Anayasa’nın 169. maddesine göre “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir”. Bu durumda idarenin devlet ormanlarının işletilmesine ilişkin olarak sözleşme yapması

\(^37\) Kamulaştırmaya ilgilı örnek, eski yasa dönmene ilişkinidir. Ancak bir ilkenin belirlenmesinde hâlâ örnek olarak kullanılabılır.


\(^39\) RICHER, s. 52.
mümkün değildir.40 Açıklar ki bu, ormanlarla ilgili olarak hiçbir sözleşme yapılamayacağı anlamına gelmez. Ancak özel kişilerin ormanların işletilmesine katılması sonucunu doğuracak biçimde sözleşme yapılması yasaklanmıştır. Danıştay, tabiat parkı ve milli park niteliğindeki ormanlara “giriş ücretlerinin tahsili, (bu alanlarda) otopark hizmetinin yürütülmesini, büfe ve kir gazinosu hizmetlerini, plaj kullanımı ve buna bağlı hizmetleri, tuvalet, lavabo, piknik, masa ve ocaklarının, çocuk oyun alanları ve spor tesislerinin bakım ve onarımını ve korunmasını” özel kişiye veren ihale işleminin iptali için açılan davada, bu işlerin “Anayasanın 169/2. maddesinde belirtilen işletme kapsamında değerlendirilele” yeceğine karar vermiştir. Ayrıca “milli parklar ve orman içi piknik alanlarında daha iyi hizmet verilebilmesi amacıyla bu hizmetlerin devlet adına özel kişilerin görüşmesinde kamu yararına aykırılıktan söz edilmeyeceği açıklıtır”.41

Bu kararıyla Danıştay “ormanın işletilmesi” kavramını oldukça dar yorumlamıştır. Milli park niteliğindeki orman alanlarında işletmenin bu örnekte görüldüğünden fazla hangi unsuru içereceği tartışılamanmıştır. Ayrıca işletme açısından temel önemde sayılabilecek hizmeti gören (işleten demek daha doğru olacaktır) özel kişinin gelir elde etme yöntemi ve bu gelir üzerinde (varsa) idarenin hakları üzerinde durulmadığı gibi, devlet ormanlarının bir özel mülkiyet konusu olmadığı da dikkate alınmıştır. Kanımca bu unsurların tartışılmasıyla, ihale edilen

---


işin, oranın işletilmesi anlamına geldiği ve bu nedenle de Anayasa’da öngörülen yasak kapsamında olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu noktada işlemin salt kamu yararına olduğu yargısı, olaydan koparak soytlaşılmakta ve hukuken kullanılmabilir bir araç olmaktan çıkmaktadır.

Yetki veren yasalarda, idarenin yapacağı sözleşmenin türü ya da niteliği de belirlenmiş olabilir. Bu durumda idarenin sözleşme yapma yetkisinin yanı sıra farklı bir sözleşme akdeme yetkisinin de olmadığı sonucu ortaya çıkar; çünkü, yasa açıkça sözleşmeyi de nitelemiştir. ÖZAY, idarenin “özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşme arasında bir seçim olanağına” sahip olmadığını ve bunun yasa tarafından belirleneceğini vurgulamaktadır.42

Vergi hukuku alanında, idarenin tek yanılı işlemle sözleşme arasındaki seçim yetkisi çok sınırlı görülmektedir. Vergilerin kanunluğu ilkesi “(...) yalnız verginin konusunun, matrahının, yükümlülüsünün, oranının, vergiyi doğuran olayın, ödenme zamanının kanunla saptanmasını içermekle kalmamakta, bunların ötesine geçerek, kanunla saptanan bu öğelere göre verginin tarh ve tahsilinin kanuna uygun olarak yapılmasını, yürütülmesini de bir direktif olarak koymaktadır”.43 Bu çerçeve vergi dolayısıyla devlet ve birey arasındaki ilişki sıradan bir alacak-borç ilişkisinden

42 İl Han ÖZAY, Günsüşğunda Yönetim, Alfa, İstanbul 2002, s. 444. “Türk hukukunda (...) idare bir kamu hizmetinin icrasını özel hukuk sözleşmesi ile uzun süreli olarak, üçüncü bir kişiye devredemeyecektir” (Meltem KUTLU, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Yayınları No: 75, İzmir 1997, s. 13).

43 Ahmet KUMRULU, “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, AÜHFD, C.36, S.1-4, 1979, s. 150.
farklıdır ve hem vergi borcunun doğuşu ve öğelerinin hem de tahsilinin yasaya düzenlenmesi gerekir.


Vergilerin kanunlılığı ilkesinin bu anlaşılış tarzı, vergilerin toplanmasını, bunun bir kamu hizmeti olarak görülerek, özel kişilere yerine getirilmesini sağlayacak sözleşmeler yapılmasına da engeldir.

44 Nami ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1982, s. 100.

45 ÇAĞAN, s. 101.


48 Böyle bir uygulamada Adana Belediyesi tarafından girişilmiş olmakla birlikte sorun yargıyla yansımadan çözülmüşdür (ÖZAY, Gümüşğın'da Yönetim, dn. 403).
II. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ VE İDARI SÖZLEŞMELER

A. GENEL OLARAK

İdare, tek yanlı işlemler alanından çıkararak sözleşme alanına girdiğinde karşıımıza klasik olarak idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler arasındaki en genel ayrım çıkmaktadır. Fransız ve Türk hukuk sistemlerinde, idarenin yaptığı sözleşmeler, tabii oldukları hukuksal rejim ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarını görmekle görevli yargı yerleri farklı olan iki tıpe ayırmaktadır: Özel hukuk rejimine tabi olan ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı organları tarafından çözüldüğü idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve kamu hukuku rejimine tabi olan ve uyuşmazlık durumunda idari yargı organlarının görevli olduğu idari sözleşmeler.49

İdarenin taraf olduğu sözleşmeler söz konusu olduğunda, yukarıda belirtilen iki tür arasında ayrılmaksızın, üst kavram olarak “iddarenin sözleşmeleri”nden söz edilmekte, bu sözleşmeler arasında olayın sözleşmelerden farklı özel bir hukuksal rejime tâbi olanları ayırdetmek için de “idari sözleşme” terimi kullanılmaktadır.


Fransa’da özellikle Conseil d’État’nin içtihadiyla gelişen idari sözleşme kategorisi, aktıır ki, öncelike idarenin sözleşmeleri arasından bir kısmın

gösterdikleri özellikler nedeniyle genel sözleşme kuramından farklılık gösteren bir kategori oluşturduğu kabulüne dayanır. Günümüzde bu kategorinin varlığı üzerine bir tartışma yürütülmesi anlamlı görünmeyebilir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, 1946 tarihli bir kararında 3546 sayılı Yasanan 23. maddesinin (B) bendinde “umumi hizmetlerden birini ifa maksadiyle akdedilen sözleşmelerden dolayı âkîdler arasında çıkan ihtilafların çözülmesini idari kazaya aidyeti” nedeniyle “hususi hukuk mukavelelerinden başka bir mukavele tasavvur olunabilip olunamayacağı yolundaki nazariyatı tahli ve taharride ameli bir faide mühahza edilemez” görüşünü benimsemiştir. ⁵⁰ Ancak idari sözleşmelere uygulanacak rejinin saptanmasında, bu konudaki görüşlerin değerlendirilmesinin yararlı olacağı açıktır.

**B. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ ARASINDAKİ AYRIMIN**

**DAYANAKLARI**

DUGUIT, böyle bir ayırımı reddeder ve bir özel hukuk sözleşmeyle (contrat civil) idari sözleşme arasında temelde bir farklılığın bulunmadığını, kurucu unsurları biraraya geldiğinde sözleşmenin her zaman aynı niteliklere ve sonuçlara sahip olduğunu savunur. Buna göre, özel kişiler arasında akdedilen sözleşmelerden farklı olarak idari sözleşmeler söz konusu olamaz. Yalnızca kamu hizmeti amacıyla yapılalmaları nedeniyle idare mahkemelerinin görevli olduğu sözleşmeler vardır. Bu sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasındaki fark, ticari amaçla akdedilmiş

---

olmaları nedeniyle ticaret mahkemelerinin görevine giren ticari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farka benzer.\(^{51}\)

DUGUIT'ın görüşlerinin aksine, öğretinin çoğunluğu idari sözleşmelerin hukuksal rejininin “otonom” nitelik taşıdığını ve özel hukuk sözleşmelerinden ayrıldığını kabul etmektedir. Bu alandaki ikinci önemli durak olan JEZE, idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında esaslı bir ayrım olduğunu, bunun da idari sözleşmeler etkilerinin, özel hukuk sözleşmelerinkilerle aynı olmamasından kaynaklandığını belirтир. DUGUIT’ın kuramının olgularla çeliştiğini ve güncel Fransız kamu hukukunun bu tezi benimsemediğini belirten JEZE’e göre idare mahkemelerinin görevli olmasının nedeni idari sözleşmelerin kamu hizmeti amacıyla yapılmış olmasını kaynaklanmaz. İdari sözleşmelerde idare mahkemelerinin görevli olmasının nedeni bu sözleşmeler özel bir hukuksal rejin uygulanmasıdır. İdari sözleşmeler bir özel kurallar bütününe tâbidir. Bu özel kurallar da kamu hizmetinin gereklendiklerinde kaynaklanır. DUGUIT’ın kuramında doğru olan, idari sözleşmelerin özel kurallarının kamu hizmetinin işlemesini sağlamak amacına yönelik olmasıdır. Ancak, Fransız kamu hukukunda idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında temelli bir ayrım olmadığını söylemek yanlışdır.\(^{52}\)

DUGUIT ve JEZE’ in görüşlerine değinen LAUBADERE/ VENEZIA/ GAUDEMET’ ye göre, kavram olarak sözleşme idare hukukunda ve özel hukukta

\(^{51}\) Léon DUGUIT, Traité de Droit Constitutionnel, T. 1, 3. baskı, Paris 1927, s. 44. Ayrıca bkz. BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 2 vd.; LAUBADERE/ VENEZIA/ GAUDEMET, s. 791-792.
ortaktır. Ancak bu iki tipe sözleşmenin tabi olduğu hukuksal rejim arasında, en azından kısmen, farklı vardır. Sözleşme kavramı tek bir kavramdır ve DUGUIT’nin belirttiği gibi sözleşme “belli bir hukuksal kategoridir”. İdare hukukunda da, özel hukukta olduğu gibi, sözleşme subjektif hukuksal durumlar yaratan bir irade uyuşumudur. İradelelirin uyuşmasını ve subjektif hukuksal durumlar doğurmasını, her sözleşmede bulunan iki temel unsur olarak belirleyen yazarlara göre, bu iki unsur da idari sözleşme kuramında yer almaktadır. 53 Ancak idari sözleşmeler rejimi otonom bir rejimdir. İdari sözleşmeler, özel hukuktan genellikle farklı olan idare hukuku kurallarına tâbidir ve bazen bu kurallar özel hukukun temel kurallarıyla çelişebilir. İdari sözleşmelerin bu özelliği, kamu hizmeti kavramı ve bu kavramın gereklirinden kaynaklanmaktadır; çünkü idari sözleşmelerin amacı kamu hizmetinin yürütülmesine yöneliktir. Özel kişiler arasındaki sözleşmeler eş değerdeki çıkarlar arasında yapılırken, bir kamu hizmetini yürütten kamu tuzelkısı ile bir özel kişi arasında yapılan sözleşmeler eşit olmayan çıkarlar arasında yapılmaktadır. Burada tarafların iradesi arasında değil, temsil ettiğleri çıkarlar arasında eşitsizlik olduğunu vurgulamaktadırlar. Özel kişilerin çıkarları karşısında genel çıkara (kamu yararına) öncelik tanınamaktadır. 54

52 Gaston JEZE, Les Contrats Administratifs de L’Etat, des Départements, des Communes et des Etablissements Publics, Tome I, Paris 1927, s. 8-9. Ayrıca bkz. BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 3 vd.; LAUBADERE/ VENEZIA/ GAUDEMET, s. 792.

53 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 792. Yazarlar, idari sözleşmelerin, tüm sözleşmeler gibi bireysel ve subjektif hukuksal sonuçlar yarattığını belirterek DUGUIT’nin “bir sözleşmenin her zaman aynı etkilere sahip olduğu” görüşünün haklı olduğunu ve bu görüşün, bir kamu görevlisinin atanmasında olduğu gibi sözleşme niteliğinde olmayan irade uyuşmalarıyla sözleşmeyi ayırmak bakımından önemli olduğunu belirtmektedirler.

54 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 792-793.
Medeni hukuk kurumlarının idare hukukunda da yer alabilidine ancak bunların kamu yararı, kamu hizmeti ve kamu gücü gibi esasların etkisyle idare hukuku alanında değişik bir nitelik kazandıklarını belirten ONAR, idarenin sözleşmelerinden bir kısmının, yasanın nitelendirmesi ya da nitelikleri ve konularının özelliği nedeniyle idari nitelik taşıdığını, bir kamu hizmetinin işletilmesi için yapılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ve müşterek emanet sözleşmelerinin bu tür sözleşmeler olduğunu belirterek idarenin bunlar dışındaki sözleşmelerinin bazen medeni hukuk sözleşmesi, bazen de idari sözleşme niteliğineбурюнне bileceğini söylemektedir.55

Özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir idari sözleşme kategorisinin varlığını kabul eden ONAR, bu ikinci tür sözleşmeleri kamu hizmeti kavramıyla açıklamaktadır: "(...) Amme hizmeti mefhumunun değişmesi ve amme hizmetlerinin yayılması neticesi olarak bir çok medeni hukuk müesseseleri gibi akit müessesesi de idare hukukuna geçmiş ve fakat diğer müesseselerde olduğu gibi bu müessese de medeni hukukta mahiyetini değiştirecek amme hizmetlerinin ve idare hukukunun bünyesine uygun bir şekil almıştır. İdari mukaveleler de idari usullerin temelini teşkil eden idare kudretinin icrai karar, re'sen hareket etme gibi unsurları ile idari rejinin esasını teşkil eden adliye karşısında idarenin istiklal prensibine dayanmaktadır. Bu bakımdan idari mukaveleler idari usullerden birini teşkil eder".56

ONAR’a göre, idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasındaki fark sözleşmenin uygulanma aşamasında ortaya çıkmaktadır: “İdare mukaveleleri

55 ONAR, C. III, s. 1606.
56 ONAR, C. III, s. 1591.
teşekkürleri bakımından bir benzerlik arzederler; yani bu mukavelelerin gerek idari mukavele ve gerekse medeni mukavele kategorisine girenleri teşekkür bakımından ve hususiyle akıdn idareye taalluk eden iç sahası bakımından aynı usul ve şekil kaidelerine tâbi tutulur.

Fakat içra sahasında, müeyyidelerde ve tasfiye sahasında idari mukavelelerin karakterleri görülür; bu sahada idari mukavelelerle medeni mahiyetteki diğer idare mukaveleleri ayrı hükümlere tabidirler.\(^{57}\)

ONAR, “(...) ne âkîdîn idare olması, ne mevzuun âmme hizmeti bulunması ve ne de âkitlerin yapılsı, in’îkat şekilleri akıdn idari mukavele sayılması için kâfi değildir” diyerek idari sözleşmelerin ayırdedici özelliğini “(bunların) idare kudretine dayanması, bu kudretin unsur ve karakterlerini ihtiyaçta etmesi” nedeniyle “idari usullerden birini tenset etmesi” olarak açıklamaktadır.\(^{58}\)

Sözleşme kavramından ve bu kavramın unsurlarından yola çıkan BILGEN, LAUBADERE doğrultusunda, sözleşmenin idare hukukunda ve özel hukukta tek bir kavram olduğunu, “idare hukukunda da özel hukukta olduğu gibi subjektif hukuki durumlar yaratıcı iradelerin uyuşması” niteliği taşıdığını, ancak bunların hukuksal rejininin “tamamen otonom bir rejim” oluşturduğuunu belirtmektedir.\(^{59}\) Böylelikle “(i)dari sözleşmeler özel hukukta temel kural sayılabilen bazı kurallara tamamen zıt olabilen idare hukuku kurallarına tâbi olabilirler. Çünkü icralarına işlemlerini kolaylaştırmak veya gerçekleştirmek amacı ile aktedildikleri kamu hizmetinin ve

\(^{57}\) ONAR, C. III, s. 1627.

\(^{58}\) ONAR, C. III, s. 1595.

\(^{59}\) BILGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 4-5.
idare hayatının gereklileri üstün yer tutar. Başka bir deyişle, idari sözleşmeler hukuki rejinindeki farkı hızlı gösteren sebeb idari sözleşmelerin farklı çıkarların temsilcileri arasında yapılmasına karşılık özel hukuk sözleşmelerinin eşdeğer çıkarların temsilcileri arasında akdoluğunun bulunmalarıdır”.

DUGUIT’in bu alandaki görüşleri, mutad olduğu üzere, her çalışmada vurgulanmakla birlikte, bunların açıklımlarının yeterince değerlendirildiği söylenemez. İdari sözleşmeler rejininin otonom niteliği ve buna yapılan vurgu, bunların sözleşme niteliğini silecek içerikte düşünülmemelidir. Görüşlerini, öğretmenin “ilginç”, “değişik” ve benzeri değerlendirmelerle bir kenara atma eğilimli olduğu DUGUIT’in karşısında savunanlar, büyük ölçüde idari uygulamada “idari sözleşmenin bir vakia olması”ndan kaynaklanır.


İlke olarak özel hukuk kurum ve çözümlerin idare hukuku alanında kullanılabileceği ancak bunların “mahiyet” değiştirerek bu alanın bünyesine uygun bir şekil alacakları görüşü gerçekçi, kamu hukuku alanında özel hukuktan

60 BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 5. Ayrıca bkz. İsmet GİRİTLİ/ Pertev BİLGEN/ Tayfun AĞÜNER, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 830 vd.
esinlenilmesi mümkün olmakla birlikte, sözleşmenin nasıl bir “mahiyet” değişimine uğradığı kolay açıklanamaz. Sözleşmenin, örneğin, özel hukukta ve idare hukukunda vesayetin farklılığı derecesinde bir değişime uğramadığı açıklıktır.62

Idare hukuku alanında sözleşme genellikle saf biçimiyi görünümez. Özellikle bir kamu hizmetinin yürütülmesiyle ilgili sözleşmeler açısından, saf bir sözleşme değil tek yanlış işlemlerle sözleşmenin özel bir bileşimi söz konusudur63 ve sorunun özgür ya da farklı yanıını bu durum oluşturur. Ayrıca idarenin işleyişiyile ilgili kurallar, idarenin girdiği sözleşme ilişkilerini de etkileyecek niteliktedir ve sözleşmenin bu kurallarla karşılaşması nedeniyle özel hukukta farklı bir rejim; yasalar, düzenleyici işlemler ve yargı içtihatlarıyla yaratılmaktadır.

Getirilen çözümler, idarenin işleyiş ve denetimi ile ilgili aslen sözleşme dışı etkenlere dayanır. İdari sözleşme belki de temel özelliği, zaten, bu alanda sözleşme dışı etkenlere karşı aşırı duyarlı ve bu etkenler karşısında çekinik karakter taşımadası yatkınlardır. İdari sözleşmeler rejimi de bu nedenle, özel hukukta ayıran bir kurallar bütünü olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu

61 “(İ)nsa ve binası adlı kazadan farklı olan idari kazada hâkim adli esaslardan ilham alması umumen kabul edilmiş hukuk kaidelerindendir” Danıştay Umumi Heyeti’nin 37/238 sayılı kararı, DKD, S. 1, s. 58-60. Hükmvet ve Fenerler İdaresi arasındaki çikan uyuşmazlık nedeniyle, dolaylı yoldan, Danıştay tarafından hakem seçilmesine ilişkin kararda dile getirilmekle birlikte bu yargının uygun olduğu ölçtü derecho diğer alanlarda geçerli olduğu kabul edilebilir.

62 Özel hukukta esinlenme konusunda idari vesayet klasik örnek sayılabilmesi birlikte, idari vesayetin özgünün niteliğini artık medeni vesayet – idari vesayet kararlaştırılmış gerekli olduğu, kâraman idare hukukunda oluşturulmuş biçiminin özel hukukla ahenklerinin kalmadığı ve böyle bir kararlaştırma eğiliminin çoğun zaman yalanız sonuçları doğuracağı söylenebilir.

63 Örneğin, kamu hizmetinin sözleşmeye götürülmesinin tipik biçimi olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin karma işlem niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.
durum, herhalde, sözleşmenin özel hukukla bağlantısının bütünyle koparıldığı anlamına gelmez. Taraf iradelerinden, sözleşme kurallarının yorumuna kadar sözleşmenin birçok unsuru açısından sözleşme hukukunun ilke ve kurallarından yararlanabilir.

C. TÜRK HUKUKUNDA İDARI SÖZLEŞMENİN ALGILANIŞI

Fransız hukuku doğrultusunda Türk hukukunda da idarenin sözleşmeleri arasındaki ayır ve idari sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir. Daha önce vurgulandığı gibi, idari sözleşme temel olarak, kamu hukuğu ağırlıklı ve idarenin kamu yararının temsilcisi olarak üstün yetkilere sahip olduğu bir hukuksal rejime tabi bir hukuksal kategori olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede idari işlemler, bireysel idari işlem (idari karar – tek yanlış idari işlem) ve idari sözleşmeler ayrıntıyla incelenmektedir. 64

Yargı kararlarında da, idari sözleşmenin varlığı konusunda bir tereddüt yaşanmamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yukarıda anılan kararında65, idari sözleşme, bir vakia olarak kabul edilerek, özel hukuk sözleşmelerinden farklılığının “Türkiye’de idari kaza sistemi(nin) Anayasa ile kabul edilm(esi)” ve “umumi hizmetlerden birini ifa maksadıyla akdedilen sözleşmelerden dolayı akıtlar arasında çıkan ihtilafların çözülmesinin idari kazaya aidiyeti(nin) de 3546 numaralı kanunun 23.uncu maddesinin (B) bendinde tasrih edilm(esine)” dayandırıldığı görülebilir. Türk yargı organlarının buradan yola çıkarak yaptığı değerlendirmelerde, Fransız

64 GÜNİDAY. s. 166 vd.

hukukunda oluşturulan kuramdan ayrılan iki temel ve özgün yaklaşım saptanmaktadır. ONAR’ın, idari sözleşmenin idari usullerden birini oluşturduğu ile ilişkin saptamanın açıklımları, yargı organlarının idari sözleşmeyi kavrayışlarında belirginleşmiştir.

1) Tek Yanlı İdari İşlem Değerlendirmesi

Bu alanda Türk hukukunun özgün yönlerinden birini, idari sözleşmeye bir (tek yanlı) idari işlem olarak yaklaşmak oluşturulmaktadır. Danıştay kararlarında idari sözleşmelerin idari işlem niteliğinde olduğu vurgulanmaktadır. Ancak bu durum, idari işlemlerin tek yanlı idari işlemler (idari kararlar) ve iki yanlı idari işlemler (idari sözleşmeler) biçiminde sınıflandırılımsından kaynaklanmamaktadır. Danıştay doğrudan doğuya, idari sözleşmeyi bir tek yanlı idari işlem olarak algılamakta ve önüne gelen sorunu iptal davası yoluya çözmektedir.

Bu yaklaşım, Fransız uygulamasından temelli farklı bir nitelik taşımaktadır. Öğreti, Fransız uygulamasından etkilenerek, idari sözleşmelerere karşı iptal davası açılamayacağını belirtmekle birlikte Danıştay’ın müstakar uygulaması ters yönde

66 ONAR, C. III, s. 1591.
67 Örneğin GÜNDAY, s. 110 vd..
olsun. Bu konuda Fransa'da oluşturulan sistemde idarenin yargısal denetiminin sağlanması açısından önemli eksiklikleri olmakla birlikte, bu konuya yaklaşımın temelini idari sözleşmelerin subjektif sonuçlar dışarıda iki yanlı bir hukuksal işlem olarak kabul oluşturur. Bu nedenle sözleşmeler alanında, hem tarafların hem de üçüncü kişilerin sözleşmenin iptalini sağlamak üzere iptal davası açamayacakları ve sözleşme ile ilgili davaların tam yargı davası olarak çözüleceği kabul edilmiştir.69

Bununla birlikte, ayrılabılır işlem kuramı çerçevesinde idarenin, sözleşmeden bağımsız olarak sonuç doğurabilen tek yanlı işlemlerine karşı iptal davası açma olanağı bulunmaktadır.70 Ancak bu durumda da, dava konusu işlemin iptali, sözleşmenin geçerliliği üzerinde doğrudan etki doğurmamaktadır.71

Bu konuda öğreti ile Danıştay arasındaki, yaklaşım farklılığının yanlısı, iletişimin de kopuk olduğu açıktır. Öğretide öteden beri sözleşmelerin imza aşamasına kadar yapılan ve bu arada sözleşmenin imzalanmasına dair işlemlerin iptal davasına konu olacağı kabul edilmektedir. Sözleşmeden ayrılabılır nitelikteki


70  COCATRE-TILGIEN, s. 91 vd..

71  SEZGİNER, s. 165.

Öğretinin sözleşmeyi iki yanlı işlem olarak değerlendirme kesin Danıştay’ın bu konudaki yaklaşımına göre, iptal davasının konusunu oluşturma bakımından tek yanlı işlemle idari sözleşme arasında fark bulunmamaktadır. Nitekim, Türkiye Elektrik Kurumu ile Azot Sanayi TAŞ arasında yapılan enerji satış

72 Danıştay bu kurumdu, karma işlemlerde ilgili olarak uygulanmıştır.

73 DURAN’ın bu konudaki yorumunu ilginçtir. “İdari Usul” konulu bir sempozyumda sorduğu sorudan yola çıkarak bu konudaki görüşünü saptamak mümkündür: “(Bir idari sözleşmenin iptali ancak taraflarca idari yargılan istenmeyi üçüncü kişiler isteyemez görüşü) öteden beri bilinen ve uygulanan bir kural fakat (...) Danıştay karar yerine işlem kullanılmaya başladığından bu yana idari sözleşmeyi de bir işlem sayarak, iptal davasına konu yapan kişilerin bu taleplerini, bu davalarını kabul etmektedir” (Lütfi DURAN tarafından sorulan soru, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Başkanlığı Başimevi, Ankara 1998, s. 117).


sözleşmesinin iptali istemiyle Gemlik Belediye Başkanlığı tarafından açılan davada Danıştay, “idari sözleşmelerden dolayı idare ile diğer taraf arasında çıkacak uyuşmazlıkların görüş ve çözümü idari yargı organı olarak Danıştay'a ait olduğu gibi, anılan sözleşmelerden dolayı üçüncü şahısların mevcut, meşru ve aktüel bir menfaatlerinin ihlal edilmesi ve sözleşmeinin mevzuata aykırılığından dolayı iptali için açılan davalarla ilişkin yargı denetimi de Danıştay'a aittir” görüşüyle davaya bakmuş ve sonucu sözleşmenin, yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle, iptaline karar vermiştir.75

Danıştay’ın bu uygulaması sonrası kararlarında da, artık konunun tartışılmasına bile gerek duyulmaksızın, sürdürülmiştir. İdari sözleşme ile ilgili görev kuralının işlevi, sözleşmeyi idari yargı alanına sokmakla sınırlı sayılımış ve buradan yola çıkılarak idari yargıdaki tüm araçların idari sözleşmeler açısından da uygulanabileceğini kabul edilmiştir:

“İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlık, İdarenin tek yanlı işlerinde olduğu gibi idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir.

İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden birisi ile hukuca aykırı olmaları nedeniyle açılan iptal davalarında, idari yargı yerinde yapılan re’sen inceleme sırasında, işlemlerin belirtilen hallere aykırılık taşıyıp tasvirmasına göre karar verilebileceği tartışmasız olup, dava konusun idari sözleşmenin yargı yerince incelenmesi sırasında da yukarıda deşinilen hususların dikkate alınacağı tabiitdir”76.


Danıştay bu kararlarında, ayrılabilir işlem kuramını uygulamakizin doğrudan sözleşmenin iptali yoluna gitmiştir. İdare, her türlü eylem ve işleminde hukuka bağlı davranış ve ancak yasanın kaynaklanan yetkiler kullanmak zorunda olduğuna göre, sözleşmenin hukuka aykırılık taşıması nedeniyle iptal edilebilmesi mantıksal görülebilir. Muhtemelen bu nedenle kararda bu sorun yeterli ve kavrayıcı bir biçimde tartışılmamıştır. Ayrıca anılan ilk kararda, sözleşmenin iki tarafının da idare ve dolayısıyla davası konumunda olmasını, sorunu bir ölçüde perdelediği düşünülebilir. Ancak dava konusu işlemin (sözleşmenin) unsurları açısından bakıldığında, iki ayrı iradenin söz konusu olmasını, en azından daha açık ve temelli bir argümantasyonu gerektiği görülebilir. Nitekim taraflardan birinin özel hukuk kişi olması durumunda, idarenin sözleşme yapma iradesinin değil sözleşmenin iptal edilmesinin sözleşme ilişkisini tamamıyla gözardı ettiği ortaya çıkacaktır.

İdare tek tarafı işleme bir sözleşme ilişkisine girmeye karar vermekle birlikte, gerçek ya da varsayımsal olarak iki farklı iradenin belli bir konuda uyuşmasıyla oluşan sözleşmenin, taraf idarenin tek yanlış işlemi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. İdare hukukunda sözleşmenin varlığından söz edilecekse bunun bir sonucu da, sözleşmenin hiçbir zaman idarenin tek yanlış işlemi

77 "İptal davası ancak bir karara yanı bir taraflı bir tasarrufa karşı açılabileceğinden bir akde karşı iptal davası açıklamaz, mesela bir imtiyaz mukavemesinin veya bu mukavelenin bazı hükümlerin iptali için bir dava açılması. Ancak bu mukaveye dair verilmiş kararlar, mesela mukavelenin tasdiki hakkındaki karar iptal davasına mevzu olur.

İdare mukavellerinin hazırlık ve akdin teşekkürü saşılardan, akit henüz tekemmül ve akit taayyün etmeden (...) ittihad edilmiş olan kararlar akdi mahiyette olmadıkları, akit henüz mevcut bulunmadığı ve binaenâleyh bunlar tamamıyla tek tarafı bir tasarruf ve karar mahiyetinde oldukları için iptal davasına mevzu olurlar" (ONAR, C. III, s. 1777).

Danıştay'ın 13.5.1977 tarihli kararı, sözleşmeye karşı açılacak iptal davasının dayanakını ve gerekləsini daha açıklıkla ortaya koymaktadır:

"521 sayılı Danıştay Kanununun 30 uncu maddesinin (A) bendinde idari işlemler hakkında yeterli, şekil, sebep, konu ve maksat yönerilenden biri ile kanuna ayaרקı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davaların; aynı maddenin (c) bendinde de, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için aktedilen idari mukavelelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların Danıştay'da görüleceği yazılı bulunmaktadır.

İmtiyaz Tadil Sözleşmesi ve Şartlaşmasının iptalı için açılan bu dava, yukarıda anılan kanunun 30 uncu maddesinin (c) bendine göre değil (A) bendine dayanılarak açılmış bulunmaktadır.

İdari sözleşmelerin tipik bir örneğini teşkil eden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, devletin aslen sahibi bulunduğu bir kamu hizmetini başka bir şahsa veya kurulusa devretmesinden ibarettir. Ancak, bu devir keyfiyeti, kamu idaresi ile, kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere hizmetin yürütülmesini yüklenen arasında uyuşma sonucunda imzalanandan bir akitle gerçekleştirmekle beraber, hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemekte ve kamu idaresini aslen sahibi olduğu bu işin gerçek sorumlusu olmaktadır da çıkarmamaktadır.

Anayasa'nın 114 üncü maddesinin birinci fikrasında, 'idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yarğı yolu açıklı’ denilerek suretiyle, idarenin idari maksatla tesis ettiği her çeşitli tasarrufların yarğı denetimine tabi tutulacağı belirtildiğine göre, idari işlem niteliğinde bulunduğu kuşkusuz bulunan imtiyaz sözleşmelerinin yarğı denetimi dışında bırakılması düşünülemez, hak ve menfaatleri ihlal edilen üçüncü kişilerin bu işlemlere karşı dava hakkının bulunduğu açıklı.
Aksine bir uygulamanın kabulü, iki tarafın anlaşarak ortaya koyduğu fakat kanuna aykırı, kamu düzenini ihlâl eden sözleşmelerin yürütüüp gitmesine neden olur ki, bu durum kanuna aykırı sözleşme yapılamayacağı veya önceleri kanuna uygun bir sözleşmede kanuna aykırı yeni hükümler getirilerek değişiklik yönünden gidilemeyeceğine ilişkin genel hukuk kuralına aykırı düşeceğini gibi hukuk devletinde böyle bir anlayışın yeri de olamaz. Esasen, bu husus yazılı hukukumuzda böyle olduğu gibi doktrinde de kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu nedenlerle, dava konusu İmtiyaz Tadil Sözleşmesine karşı açılan davanın Danıştay’da görüleceğine ve bu davada, Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü’nün menfaat ilişkisinin ve dava açma bakımından da ehliyetinin bulunduğuna oybirliği ile karar ver(ilmiştir)”78

Yargısal araçlar kullanılarak, idarenin girdiği sözleşme ilişkisi nedeniyle sorumlulugunu yoluna gidilmesi ve bellii bir yönde hareket etmeye zorlanması düşünülebilir.79 Ancak bu, imzalanmakla birlikte artık yalnızca idarenin iradesini yansıttığı söylenemeyecek sözleşmenin, idare tarafından geçmişe ya da geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılmasını -bu tam da özel hukuk anlamında idarenin sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğunu doğuracak niteliktedir- sağlayacak araçların geliştirilmesini gerektirir. Taraflar arasında idari sözleşmenin uygulama aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar nedeniyle açacak davalar dışında, özel kişiler idari yargıda davalı konumunda olamazlar. Bu durumda özel kişi taraf olmadığı bir davanın sonucundan doğrudan etkilenecektir çünkü dava konusu olan idarenin (oluşum ya da uygulanma aşamasında) sözleşme üzerinde sonuc doğuran tek yanlış iradesi değil doğrudan sözleşmedir. Özel kişiler tek yanlış işlemlerinin iptalinden de doğrudan etkilenebilirler. Ancak sözleşmeler açısından sorun, olağan

---

79 SARICA’ın yukarıda dn. 68”de deşinilen görüşü, bu yolun tipik örneğini oluşturmakta olması.
bir etkilenmenin ötesinde, özel kişinin iradesinin de idari yargıda denetlenmesinden kaynaklanır.


Bu kararda davaların yanı sıra davacının niteliğine ilişkin saptama açısından bakıldığında, Danıştay’ın sözleşmeye karşı açılacak iptal davasında, tek yanlı işlere karşı açılacak davada olduğu gibi menfaat açısından geçerli genel formülasınu kullandığı görülmektedir. Sözleşmenin objektif hukuk kurallarına ayrırlık tasarısının denetlenmesi söz konusu olduğundan davacının niteliğine ilişkin, örneğin sözleşmeye sonuçlanan prosedürde yer alma ve benzeri, özel bir durumun varlığı kabul edilmemiş demektir.


İptal kararının genel etkisi nedeniyle bu kararın bir diğer sonucu da, özel kişinin belli yönde bir sözleşme yapmaya zorlanmasıdır. İptalin sözleşmenin ücretli ilişkin bölümüyle ilgili olması temel haklar açısından da sorun doğuracaktır. Özel kişinin, iptal kararından sonra da sözleşmenin değişen biçimliyle bağlı olduğu kabul edilirse, bu durum nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan bir dava açarak sözleşmenin iptalini (feshini) istemesi çok daha ilginç olasılıkları gündeme getirecektir.

Tüm bu değerlendirmeler, Danıştay’ın idari sözleşmeyi algalayışının ve sözleşmeye yaklaşımının, tüm sözleşme anlayışını gözardı ettiği ve idare hakkında sözleşme tanınan yeri, hem de sözleşme niteliğini ortadan kaldıran, daralttığını göstermektedir.

İstikrar kazanan bu uygulama karşısında, Türk hakkında idari sözleşme kategorisinin, tek yanlış idari işlemlerin özellikle gösteren bir türü, bir alt ayrı olmaktan öteye gidemeyeceği açıktır.

2) Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Usulü Değerlendirmesi

Danıştay’ın idari sözleşme, tek yanlış idari işleme aynı kategoride düşünmesinin temelinde, ileride genel idari sözleşme kuramı üzerine değerlendirmeler yapılırken belirtileceği gibi, Danıştay’ın idari sözleşme ile kamu hizmeti imtiyazı arasında kurduğu doğrudan bağ ve sonuç olarak bu ikisini aynı şey sayması yatmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşme kategorisinin yaratılmasında önemli bir işleve sahip olmuştur. Idari sözleşmeler rejininde yer alan birçok kural, aslen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kural ve hükümlerinden oluşmaktadır.

Yargı organlarının idari sözleşme ölçütlerine yüklediği anlam ve idari sözleşme alanını dar tutma eğilimlerinin temelinde de bu yaklaşım bulunmaktadır. İdari sözleşme Türk hakkında, kamu hizmetinin bir türevi olarak görülmüş ve
yorumlanmıştır. İzleyen bölümlerde, idari sözleşme alanının daraltılması sonucunu doğuran bu yaklaşım, ayrıntılı olarak irdelenenecektir.

---

82 Kamu hizmetinin yürütülmesine özel kişilerin katılmını sağlayan sözleşmeler dışında, kamu hizmeti sayılmanakla birlikte bazı milli servetlerin işletilmesine ilişkin sözleşmeler de idari sözleşme sayılmaktadır. Bu durum, "(...) bazı komular(ın), (...) İdareye özgü bir düzenleneşe gereksinin gösterme(siyle)" açıklanmaktadır (GÜNÂDAY, s. 169). Ancak aynı şekilde sayılabilecek bu uygulamalar, temel yaklaşımı bertaraf etmez.
III. İDARİ SÖZLEŞME KURAMI

A. GENEL OLARAK

Fransız hukukunda, idarenin akdedtiği sözleşmelerle ilgili çalışmalarda, bir süre, idarenin bayındırlık imtiyazları, levazim temini sözleşmeleri, imtiyaz gibi belli başlı sözleşmelerinin çözümlenmesi ve betimlenmesiyle yetinilmiş ve idarenin tüm sözleşmelerine uygulanabilecek bir genel sözleşme kuramı idare hukuku alanında yer almamıştır. Fransız öğretisinde bu yöndeki ilk ve önemli adım JEZE tarafından atılmış ve idarenin tüm sözleşmelerine uygulanacak genel bir sözleşme kuramı idare hukuku alanında geliştirilmiştir.83

Buna göre idarenin sözleşmeleri, yukarıda da incelendiği gibi, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak ikiye ayrılmakta ve bu iki ana kategori, farklı hukuksal rejimlere tabi olmaktadır. Hemen belirtmek gerek ki, farklı hukuksal rejim, sözleşmenin sonuçları ve yürütülmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır.84 Sözleşmenin yapılandırılması aşaması ise her iki kategori sözleşme için


84 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 792, 793; PEQUIGNOT, § 7 vd.; BILGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 5, dn.15.
aynrå ve sözleşme ilişkisine giren bir kamu tüzeliği olduğu için ancak idare hukuku kuralları içinde hareket etmek zorundaydı. Bu aşamada idarenin yetkileri, kararları ve karar alma usulleri bütünyle idare hukuku kurallarına tâbidir. İdare, bir özel hukuk ilişkisine girse de, bu aşamada gerek örgütlenme gerek yetkiler açısından kamu hukuku kaynaklı bir işlem ortaya koymakta, sözleşme ilişkisine herhangi bir kişi olarak girmemektedir.\(^85\)

İdarenin özel hukuk sözleşmelerine, uygulanma aşamasında özel hukukta sözleşmelere ilişkin kurallar uygulanmakta ve bu nedenle bu sözleşmeler, bir ölçude, idare hukukunun ilgi alanı dışında kalmaktadır.\(^86\) İdari sözleşmelere ise, özel hukukta farklı özel bir hukuksal rejim uygulanmaktadır ki idare hukukundaki sözleşme kuramının özgünün yanını bu farklı hukuksal rejim oluştururaktadır.

Bu rejimin içeriği ve ortaya çıkardığı sorunların çözümlenebilmesi açısından idari sözleşme kuramının kaynağı üzerinde durmak yararlı olacaktır. Genel yaklaşına göre, tüm idari sözleşme türleri için geçerli, ortak kurallardan oluşan bu rejim idari sözleşmelerin genel kuramını oluştururaktadır. Farklı idari sözleşme türleri söz konusu olduğunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk, her idari sözleşme için geçerli bu kurallarla, özel olarak o tür sözleşmeler için öngörülmüş kurallardan

\(^{85}\) GÜNDAY, s. 166-167.

\(^{86}\) Bir ölçude, çünkü bu sözleşmelerle bağlantılı olmakla birlikte, bütünyle sözleşmeye dayanmayaan işlemler açısından idare hukuku kuralları uygulanabilir.
olsunacaktır. Ayrıca, her türlü idari sözleşme için geçerli olacak bir rejim/kuram mevzuat, içtihat ve öğretinin katkılarıyla oluşturulabilir.

Fransa'da idari sözleşmelerin özel hukuksal rejimi, yasakoyucu tarafından sistematik bir biçimde düzenlenmemiştir. Yalnızca belirli bazı sözleşmeler için ongörülen kurallardan söz etmek mümkündür. Bu nedenle bu rejim yarışa, özellikle de Conseil d'Etat kararlarıyla oluşturulmuş, içtihat niteliği belirgin bir rejimdir. Öğreti, bu kararlardan yola çıkarak idare hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde tutarlı bir kuram oluşturulmaya çalışmıştır.


Örneğin, “imtiyaz bir idari sözleşme olduğundan, idari sözleşmelerde idarenin sahip olduğu yetkiler bu sözleşmelerde de geçerlidir” (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku I, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 132).

PEQUIGNOT, § 9.
uygulamasında, idareye tanınan sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, idari sözleşmelerin ayrıt edici bir unsuru olarak değerlendirildiğinden; Türk hukukunda idari sözleşme kuramının oluşumuna etkileri bakımından ayrı bir alt başlık altında incelenmiştir.

**B. İMTİYAZIN İDARI SÖZLEŞME REJİMİNE ETKİSİ**

İdari sözleşme kuramının Fransa’daki gelişimi açısından yapılacak bir ilk değerlendirme şunu ortaya çıkarmaktadır: “İdare hukukunda genel sözleşme kuramı, belki de paradoksal bir biçimde, büyük ölçüde imtiyaz konusunda oluşturulmuştur”. İdari sözleşme kuramını değerlendirme için, öncelikle bu saptamanın açımları üzerinde durmak gerekir.

İdari sözleşme kuramının temelleri, “kamu hizmeti” kavramının idari işlevin ve idare hukuğu alanının tanımlanmasında temel belirleyici olarak kabul edilmeye başlandığı dönemde atılmıştır. Bu dönemde idari sözleşme ve kamu hizmeti kavramları birlikte oluşum süreci yaşamıştır. Nitekim kamu hizmetinin idare hukukundaki seyri incelendiğinde, kamu hizmetinin idare hukukunun konusu ve ölçütü olmasına, kamu hizmetlerinin görülmesi yöntemlerine, kamu hizmetleri arasındaki ayrışmaya (örneğin ticari ve sınıai kamu hizmetlerinin ortaya çıkmasına) ve kamu hizmetine egemen olan ilkelere ilişkin Fransız yargı organlarının kararlarının öneşli bir bölümü doğrudan, bir kısmı da sonuçları itibariyle idari sözleşme kavramına ilişkindir. Olusum sürecindeki bu ortaklık bir yana, kamu hizmetlerinin görülmesinde kamu hukuğu usullerinin egemen ve yaygın olduğu bir

---

89 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 787.
ortamda ve “kamu hizmeti”nin gereklerinin değişik hukusyal kurumlar – ve bu arada idarenin sözleşmeleri- üzerindeki başkalarıcu etkisini mutlak olarak kabul eden bir anlayış idari sözleşme kuramına damgasını vurmuştur.

Devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin artması ve bunların görülme yöntemlerinin çeşitlenmesi, özel kişilerin yerine getirdikleri bazı hizmetlerin kamu hizmeti çerçevesinde değerlendirilmesi ve kamu hizmetinin işleyişine özel kişilerin katılması sağlayan hukusyal araçların oluşturulması sonucunu doğurmuştur. Kamu hizmeti imtiyazi ve yaratığı hukusyal rejim bunun örneğini oluşturmaktaadır.

Bu koşullar altında, idari sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyazı örnek alınarak tanımlanmaya çalışılmış ve bunların hukusyal rejiminde de kamu hizmeti imtiyazının özellikleri belirleyici kabul edilmiştir. DRAGO, idari sözleşmeler alanında içtihadin “belle époque” unun (altın çağının) 1890-1930 arasında yer aldığı ve bu dönemdeki kararların asıl olarak kamu hizmeti imtiyazıyla ilgili olduğunu belirtmektedir. DRAGO’ya göre, hükümet komiserlerinin ve yazarların, imtiyazi, idari sözleşmenin “type meme”i (ta kendisi) olarak kabul etmeleri ve imtiyazın kurallarını diğer idari sözleşme türlerine uygulamaya çalışmaları bundan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeın ölçüt üstünde ısrarla dururken ve idarenin ayrıcalıkları değerlendirilirken/vurgulanırken siklikla bütün sözleşme fikri geri plana itilmiştür. Sözleşmenin ruhunu oluşturan “do ut des” unutulmuş ve idareyle sözleşme

---

90 Roland DRAGO, “Paradoxes sur les contrats administratifs”, Mélanges Flour, 1979, s. 152.
91 DRAGO, “marchés publics” den (kamu ihaleleri) söz etmektedir.
92 Verdirmek için vermek.
yapanlar, ortak yarı (bien commun) gerçekleştirmek için idarenin her türlü isteğini yerine getirmeyi kabul eden bir tür aziz gibi görülmüştür.93

Türk hukuku açısından da durum Boyledir: “(Müşterek emanet ve imtiyaz mukaveleleri), doğrudan doğruya âmme hizmetlerine taalluk eder ve idari mukavelelerin tam tiplerini teşkil eylerler”.94 ONAR’ın, Danıştay’ın idari sözleşmelere ilişkin ilk prensip kararını olduğunu belirttiği, Nafia Vekâleti – İstanbul Tramvay Şirketi davasında verilen 26 Şubat 1935 tarihli karar da imtiyazla ilgilidir.95 Danıştay, bu kararında imtiyazın tanımı yaptığını sonra “Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müstak mükellefiyetler tarih etmek itibarile idari mukaveleler mecmuasına dahil(dir)” görüşüyle idari sözleşmelerin varlığını teyid etmekte, yine imtiyaza ilişkin değerlendirmeler yaparken “her mukavele gibi idari mukaveleler dahi tarafların tevzini menafii esasına istinat eder”96 diyerek idari sözleşmelere ilişkin ikinci saptamayı yapmaktadır. Dolayısıyla bu karar, aslen imtiyaz sorunuya ilgilenmekte ve özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir idari sözleşme kategorisinin varlığını kabul etmekle birlikte, bunların tarafların çıkarları arasında denge esasına dayandığı ve taraflara idare hukukundan kaynaklanan

93 DRAGO, s. 152.
94 ONAR, C. III, s. 1592.
95 ONAR, C. III, s. 1593-1594; Karar metni için bkz. Necmi OSTEN, İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, Arkadaş Basmevi, İstanbul 1938, s. 34-41.
96 OSTEN, s. 37, 40.
yükümlülükler getirdiği\textsuperscript{97} dışında, idari sözleşme kuramı açısından temel ilkeler koymamaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24 Ocak 1946 tarihli kararı, idari sözleşmeler rejimi açısından daha aydınlatıcıdır.\textsuperscript{98} Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararıyla, 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununun 23. maddesinin (B) bendindeki, “umumi hizmetlerden birini ifa maksadiyle akdedilen sözleşmelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilafların” idari yargı tarafından çözüleceğine ilişkin hükümden yola çıkarak idari sözleşme kategorisini tanımlamaktadır.

Mahkeme’ye göre bu hüküm, özel hükümlerinden farklı bir idari sözleşme kategorisinin kabul edilmesi için yeterlidir.\textsuperscript{99} İdari sözleşmelerin temel özelliğini, bir kamu hizmetinin görülmesi şeklinde oluşturulmaktadır: “Bir âmme hizmetinin tanzim ve işlemlerini temin maksadıyla münakıt olan ve idari prensip ve kaideleleri

\textsuperscript{97} Böylece Danıştay, “idari mukavelelerin idare kudretine dayandığı ve idari usullerden birini teşkil ettiği ve âmne hizmeti imtiyazi mukavelelerinin de bu cinsin en kavetli ve karakteristik (i.b.a.) bir nevi bulunduğunu kabul etmektedir” (ONAR, C. III, s. 1594).


\textsuperscript{99} “Türkiye’de idari kaza sistemi Anayasa ile kabul edilmiş ve umumi hizmetlerden birini ifa maksadiyle akdedilen sözleşmelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilafların çözümüne idari kazaya aidiyeti de 3546 numaralı kanunun 23 üçüncü maddesinin (B) bendinde tasrîh edilmiş olduğu
harekete getiren idari mukaveleler, Devletin âmme kudretine dayanmakszının tamamen bir ferd gibi hareket ettiği ve tam bir mûsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arzeder”. İdari sözleşmelerle özel kişiler “hizmetin işlmesine istirak ettirildi” dişi için, “bunlara adı mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmil” edilir ve “hizmeti umumun menfaatına uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin aileâde bir ferd mevkiinde kalmaması” gerekir ki, bunun sonucu olarak “âmme hizmetlerinin icap ve zaruretleri, icranın devaminca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salâhiyetinin idari otoriteye tanınması”, “hizmetin yürütmesinde aksaklık husule getiren âkid hakkında zecri hükümler vaz’ı” ve hatta “el koyma” söz konusu olabilir. Ayrıca bu sözleşmelerin özellikleri arasında “üzun müddetli olmak” ve “genel şartnamelere dayanmak” da bulunmaktadır ve tüm bu özellikleri kapsayan bir ifadeyle, bu sözleşmelerde “âdi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutâd olmuştur”.

Muhtemelen uyuşmazlığın özelliği ve bu konuda özel yasal düzenleme söz konusu olmasının nedeniyle Mahkeme, kararında açıkça imtiyazdan söz

100 8 Şubat 1937 tarih ve 3116 sayılı yasanın 31. maddesine göre “Devlet ormanları Devlet tarafından işletildir”. Bu yasanın “yûrûtûtu girmesinden evvel işletilmesi hususi teşekkürlerle bırakılmış olan orman mukavelelerinin feshedileceği” ângörülmüş ancak geçici 5. maddesiyle “mevcut mukavelelerin Bakanlar Kurulu kararyla on sene müddetle mer’iyyette bırakılabileceğini” düzenlemiştir. ONAR’ın bu konudaki yorumu ilginçtir: “Bu kamûnum Devletin evvelce Devlet ormanlarını işletmek üzere akedtmiş olduğu mukavelelerin feshedileceğini göstermesi de bunların işletilmesinin artık bir hususi hukuk mukavelesi mevzuu olmaktan çıktığına delâlet eder” (ONAR, C. II, s. 1370). 9 Temmuz 1945 tarih ve 4785 sayılı yasayla “bütün ormanların hiçbir işlem ve bildirime lüzum olmaksızın devletleştirildiği” kabul edilmiştir.

Bu kararla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka nokta da bir sözleşmein idari sözleşme olabilmesi için Mahkeme’nin saygıği özelliklerin birarada aranıp aranmayacağını sorunudur. Mahkeme, belirttiği özelliklerden hangilerinin bir sözleşmeyi idari kıldığı, hangilerinin sözleşmein “idari” sayılmasını bir sonucu olduğu üzerinde durmuştur. Ancak sonraki tarihli bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi genel tavrını ortaya koymaktadır. 26.2.1953 tarihli kararda, “(d)oğrudan doğruya bir âmme hizmetinin işlemesineirror maksadını istihdafa etmeyen (...) mukaveleleere âdi mukavele tipi vermek hususunda idareye bir salâhiyetzilik isnad edilemeyeceği” belirtilerek bayındırlık işi içeren bir sözleşme

---

101 BİLGÈN, kararın Zindan ve Çangal ormanlarının işletilmesi imtiyazi nedeniyle verildiğini ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu sözleşmeyle ilgili sonraki bir kararında (UM, E. 1946/25, K. 1946/11, k.t. 5.7.1946, RG 6.8.1946 – 6378) sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olduğunu belirtildiğini ifade ederek,“(…) bu kararlıarda, idari sözleşme teriminin kamu hizmeti imtiyazi sözleşmesi kavramını ifade etmemek için kullanıldığı kansı”ni tasımaktadır (BİLGÈN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 70, dn. 1); ancak, Mahkeme’nin neden bu tarihi tıtkılı, karardan anlaşlamamaktadır.

102 Bu sorun ve yol açtığı karışıklık, idari sözleşme alanının genel sorumunu oluşturmakta. Mahkeme kararında da, genelde yapıldığı gibi, idari sözleşme ölçütleriyle sözleşmein tâbi olacağı hukuksal rejimin unsurları birbirine girmiştir.

Görüldüğü gibi, Türk yargı içtihatlarında idari sözleşme, uzunca bir dönem imtiyazlar açısından söz konusu edilmiştir. Yargı organları böyle bir sözleşme kategorisine atıf yapmakla birlikte, bu kategoriyi tarif ederken aslen imtiyaz rejimini tarif etmektedirler. Zaten imtiyaz dışında bir idari sözleşme türünün varlığına, yargı kararlarında rastlamak için uzunca bir süre beklemek gerekmistir.


---

104 AZRAK, İdari Mukavele, s. 538.
106 DURAN, “İdari Mukaveleler”, s. 431.
Öğretide, Danıştay'ın önceki tarihli kararlarıyla bu kategoriyi tamıdıği da savunulmaktadır. Ancak ULER, bu kararın, Fransa'daki idari sözleşme uygulamasından önemli farklılıklar ve ayrıklıkları içerdığını ve Türk hukukunda idari iş sözleşmesi kategorisinin yerleşmiş olduğu anlamına gelmediğini belirtmekte ve "klasik idari sözleşmeler teorisinin prototype'i(nin) iş sözleşmeleri değil, fakat, birçok prensiplerin gerçek sahibi olan imtiyaz sözleşmeleri" olduğunu, Danıştay'ın bu davada sorunu çözerken klasik idari sözleşme kuramını uygulamadığı sonucuna varmaktadır. İdari hizmet sözleşmelerinin, özel kişinin kamu hizmetinin yürütülmesine katılması için verdiği söylenilmekle birlikte, Türk hukuku açısından, yargı kararlarında anılması, öğretmen tarafından kabul edilmesine karşın, imtiyaz rejimi dışında bir genel idari sözleşme kuramının ve giderek türünün varlığında söz etmek güç görünmektedir.

İmtiyaz rejimi ile idari sözleşme kuramı arasındaki bu ilişkinin ve genel idari sözleşme kuramı kurallarının aslen imtiyaz yönteminin kurallarını aldığının vurgulanması gerekşiz görülebilerdi: İmtiyaz gerçekten bir sözleşme ya da tipik ve tam bir idari sözleşme olsaydı. Gerçekten de yukarıda belirtilen paradoks, bir sözleşme olmaktan çok bir kamu hizmetinin değildirmesi yöntemi olma özelliği ağır basan imtiyaz rejininin bir sözleşme kuramına temel alınmasıдан kaynaklanmakta ve idari sözleşme rejinini, imtiyaz rejinine sıkıştırmaktadır.

107 İsmet GİRİTLİ, "Henri Capitant Derneği'nin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler", İÜHFM, C. XXX, S. 3-4, s. 496; BİLGEM, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 78 vd.

108 ULER, "Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler", özellikle s. 228 vd.


110 DRAGO, s. 153.
C. YASAMA ORGANININ MÜDAHALELERİNİN ETKİSİ

Fransız hukukunda tarihsel olarak, Blanco kararından (T.C. 8 Şubat 1873) önce, idarenin sözleşmelerinin nitelik itibarıyla özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmekteydi. Bunun nedeni, sözleşmenin bir otorite işlemi (hakimiyet tasarrufu) değil, yürütme işlemi (temşiyet tasarrufu) olması ve bundan dolayı da adli yargı organlarının görevine girmesiydi. Bu kuram, devletin idari bir otoritenin kararıyla borçlu sayılabileceği kuramıyla düzeltilmiş olmakla birlikte, bu durumda da idari yargı organlarının görevli olması yine sözleşmenin niteliğinden değil, yalnızca uyuşmazlığın konusundan kaynaklandmaktadır.\textsuperscript{111}


Ancak idare hukukunun ve idari yargının ölçütündeki bu değişim döneminin öncesinde ve sonrasında, Fransız yasakoyucusu, bazı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı organları tarafından çözüleceğini öngörmüştür. Bu tür düzenleme, aktarıt ki, idare sözleşmelerini yargı organlarının önüne, çözümlemesi ve çözülmesi gereken bir sorun olarak koymıştır. Varılacak sonuç,

\textsuperscript{111} PEQUIGNOT, § 8.
uygulanacak ölçütt ne olursa olsun, bu durumda, yargı organlarının idare sözleşmelerine kayıtsız kalması mümkün değildir.

Nitekim, 28 Pluviöse VIII. yıl yasasının 4. maddesiyle, bayındırlık işi sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Conseil de Préfecture\textsuperscript{112} görevlendirilmiştir. Böylelikle bu sözleşmeler, idari sözleşme rejiminin o dönemdeki içeriği bir kenara bırakıldığında, baştan itibaren idari sözleşme sayılmalıdır. Özel kişinin gelir elde etme yöntemiyle bayındırlık işi sözleşmesinden farklılık göstermekle birlikte imtiyazlar da, kolaylıkla bu hüküm kapsamında değerlendirilmiştir.\textsuperscript{113}

11 Haziran 1806 tarihli kararnamenin 13. maddesiyle, devletin, bir kamu hizmetinin işlenmesi için gereken taşın malları sağlamak için yaptığı levazım sözleşmeleri idari sözleşme sayılmalıdır. Yargı organları, bu hüküm yorumlayarak, yerel yönetimler (collectivites locales) tarafından yapılan bu tür levazım sözleşmelerinin de idari sözleşme olduğu sonucuna varmışlardır.\textsuperscript{114}

17 Haziran 1790 ve 26 Eylül 1793 tarihli yasaların uygulanmasıyla, devletin taraf olduğu kamu istikrazlarının idari sözleşme oluşturduğu kabul edilmiş, 17 Haziran 1938 tarihli kararname ile, kamu emlakin işgaliyle ilgili her türlü sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların idari yargının godevinde olduğu belirtilmiştir.\textsuperscript{115}

\textsuperscript{112} Türk idari teşkilatında İl İdare Kurulu karşılığı olan organ.

\textsuperscript{113} PEQUIGNOT, § 44.

\textsuperscript{114} PEQUIGNOT, § 52.

\textsuperscript{115} PEQUIGNOT, § 56-69.
Ülkemizde idari yargının görevlerine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, Fransa’da’daki farklı bir durum olduğu saptanabilir. 1868’de kurulan Damştay, Şurayı Devlet Nizamnamesinin 2. maddesine göre “hükûmet ile eşâs beyinde olan davayı rû’yet etme(kle)” göreveveralmişdi. Şurayı Devlet, birisi “adliye dairesi” olmak üzere beş daireden oluşuyordu ve Dördüncü Dairesi “umuru nafia ve ticaret ve ziraat için mevzu olup bunun vazifeleri dahi turuk ve maabirin ve ebniyei umumiyyenin tesviye ve tanzimine ve umuru ticaret ve ziraatin tevisiine müteallik olan hususatı ve bunun için verilen imtiyazat ve mukavelâtı tetkik ve müzakere eylemektir”. “Eşâs ile hükûmet beyinde olan davalar hangi daireye müteallik ise o dairede fasl ve rûyet olunur”.

Ancak bu düzenlemeler Şurayı Devlet Nizamname Dahilisi ile değiştirilmiş ve bir Muhakemat Dairesi kurularak “Şurayı Devlete ait ve muhavvel olan muhakemat” bu daireye bırakılmıştır. Nafia Dairesinde ise “turuk ve maabirin

116 Düstur, I. Tertip, C. I, s. 703 (Metinlerin günümüz alfabetesine çevirileri için bkz. İsmail Hakki GÖRELİ, Devlet Şurası (Şurayı Devlet) – (Damştay), Yeni Matbaa, Ankara 1953, s. 9 vd.).

117 Düstur, I. Tertip, C. I, s. 707-718.

118 Bu düzenlemenin gereken niteliğindeki arz tezkeresine göre, “(...) Şurayı Devletin vezaifi asliyesi içinde bir nevi mahkeme selâhiyeti dahil olduğu halde zikrolunan nizamname esasının dördüncü maddesinde hükümün eşâs ile idare arasında tahaddüs eden davalar müteallik olduklarını devairde (...) rûyet ve fâslotunmakta olup deavii mabhusenin öyle müteferrik ve umuru idare ile karşık surette rûyeti ise ahkâmı hukukiyyenin idare işlerinden bilkiyle tefêrika hakkında mukarrer olan esas adaletkarine muvafîk olamadıghı ve ashabi deavinin hukûka begayet mütezêm olan emniyetlerini istikmale kifayet edemediği misillü (...) hem şu teşeddüt ve tefêriyâ mahal kalmanak hem de deavîr idare ile davası olanlar ahkâmı vâkûdan dâlayı ezserînev temîn olunmak için icrası Şurayı Devlete muhavvel olan muhakemat ve rû’yeti deavi maddelerinin devaire înkusamu terk ile ciheti vahdete rapt ve tevski muvafîk maslahat ve maddelü gûrûnerek (...) mûtalââtı meşruhaya tevfikan Şurayı Devlete ait muhakemat ve deavinin merci rû’yeti olmak
ve ebniye umumiyanın tanzim ve tesviyesi ve umuru ziraat ve ticaretin tevsi ve
demir yolları inşası ve limanlar imāl ve tesisi ve nehir ve göllerin tathiri ve ebhar ve
enharda vapurlar işletilmesi ve her türlü şirketlerin teşkili ve orman ve maden
idarelerine müteallik umurun tanzimi ve bu esaslar üzerinde arzı taahhüt dat eden
kumpanya müessisleri ile Saltanatı Seniye beyinde akdolunacak mukavelat ve
verilecek intiyazatın şeraiti hakkında dairei mahsusaları tarafından takdim olunan
levayih ve tekaririn mütala ve mubahere olunacağı belirtilmiştir.  

Ayrıca, “idari
dairelere müteallik işlerden heyeti umumiyede mubahere olunacak mevad” arasında,
“maadin intiyaz ve ihalesi” ile “demiryollarının ve turuku âdiyenin tayini mevakii ve
tetkiki intiyazi” da sayılmuştur.

29 Şevval 1287 ve 9 Kanunusani 1286 (1870) tarihli İdarei Umumiye
Vilayat Nizamnamesinin 78. maddesinde, Meclisi İdarei Vilayetin inceleyeceği idari
davalar (deavii idare) arasında “hükümetle efrat beyinde emvali emiriye
iltizamatına ve mukavelatı saireye dair olan deavi” de sayılmuştur.

Şurayı Devlet’in kuruluşlarının ardından, Şurayı Devlet’in ve Divanı Ahkâmi
Adliye’nin bakacakları davaların hangileri olduğuna ilişkin tereddütleri gidermek
için çıkarılan 6 Rebiülevvel 1286 (1870) tarihli İradei Seniye’de, “devair idare ile
eşhas beyinde tekevün eden deavii hukukiynin devlet gerek müddde olsun gerek

sfatıyle (…) Muhakemat Dairesi unvanıyla bir daire teşkil edilmesi tensip olun(muştur)”
(GÖRELİ, s. 13 vd.).

119 GÖRELİ, s. 15-16.
120 GÖRELİ, s. 16.
121 GÖRELİ, s. 19-20.
müdddealeyh olsun umumen Şurayı Devlette hal ve faslolumması lazım geleceği’’ belirtilmektedir.122

Ancak 1872 (Zilkadde 1288)de çıkarılan bir irade seniye ile “Muhakemat Dairesinin dahi heyeti müntehabisyle Divanı Ahkami Adliye Nezareti’ne ilhaki’’na karar verilmiştir.123 Bu dönemde ilişkin kaynaklar çok sınırlı olduğundan, uygulanan kuralların niteliği üzerine fazla bir şey söylemek mümkün görünmüyor. 5 Cemaziyelahir 1289 (1872) tarihi irade seniye ile de Şurayı Devletin mevcut üyeleri iki daireye ayrılmıştır. Bu daireler yargısal bir görev üstlenmemiştir.124


Sonraki dönemlerde de çeşitli düzenlemelere konu olan Şurayı Devlet, imtiyazlarla ilgili inceleme görevini sürdürmüş, “1338 (1922) tarihinde İstanbul’un Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin idaresine intikal ettiği sıradan tatili faaliyet eden İstanbul’daki bütün merkez daireleri meyanında lãğvedilmiş vaziyete girmiştir”.125

122 GÖRELİ, s. 22.
123 GÖRELİ, s. 24.
124 Karar metni için bkz. GÖRELİ, s. 25.
125 GÖRELİ, s. 37
Cumhuriyet döneminde Şurayı Devlet, 23 Teşrinisani 1341 tarih ve 669 sayılı “Şurayı Devlet Kanunu” (RG, 7 Kanunuevvel 1341) ile kurulmuş ve 6 Temmuz 1927 tarihinde göreve başlamıştır. 669 sayılı yasaya göre Şurayı Devlet’in idari görevleri arasında “maden imtiyazına ait mukavelename ve şartname layihaları” ile “nafia işleri imtiyazları ve bu imtiyazı mutazammının veya ona ait işlere mukavelename ve şartname layihalarını”ni incelemek yer almıştır.

Şurayı Devlet’in bakacağı davalar arasında “hidemati umumiyyeden birini ifa maksadı ile aktedilen mukavelelerden dolayı âkidler arasında tekevvün eden ihtilaflar” sayısı, “iktisat ve nafia işleri imtiyazı” ile “maadin tasarruf ve imtiyazatı” hakkındaki ihtilafın, dava daireleri aleni heyetinde görüleceği belirtilmiştir.126 Bu yasada, 21 Temmuz 1931 tarih ve 1859 sayılı yasaya yapılan değişiklik ve ekler, Şurayı Devletin sözleşmelerle ilgili görevleri açısından bir farklılık yaratmıştır.

21 Aralık 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu ve bunu değiştiren ve ek hukümler getiren 4904 sayılı yasa (Danıştay Kanunu) uyarınca da Danıştay’ın “imtiyaz mukavele ve şartnameleri hakkında mütalea beyan” edeceği idari görevleri arasında sayılmuş ve “Umumi hizmetlerden birini ifa maksadiyle aktedilen mukavelelerden dolayı âkidler arasında çıkan ihtilaflar” (m. 23/b) Danıştay’ın yargısal görevleri arasında yer almıştır.127 521 sayılı Danıştay Kanunu ve 1982

---

126 GÖRELİ, s. 48-49.

127 1924 Anayasasi’nn 51. maddesinde Danıştay’ın “idari davaların rütvet ve hal, (...) imtiyaz mukavele ve şartnameleri tüzere beyan müsaltalaa” edeceği belirtilmiş, 26. maddede “inhisar ve mâli taahhûdû müzakamarin mukavelât ve imtiyazatın tasdik ve feshî” TBMM’nin bizzat yerine getireceği görevler arasında sayılmıştır.
Anayasal döneminde 2575, 2576 ve 2577 sayılı yasalarla getirilen düzenlemeler de bu yönde olmuştur.

Görüldüğü gibi, Danıştay ve daha sonra diğer idari yargı yerlerinin görevlerine ilişkin düzenlemeler hep genel bir hizmetin (kamu hizmetinin) görülmesi amacıyla yapılan sözleşmelerden kaynaklanan davaları esas almıştır. İdari yargıya ilişkin temel yasalar dışında, idare sözleşmelerinden bazılarında idari yargının görevli olduğunu gösteren yasa hükümleri de bulunmakla birlikte bunlar oldukça sınırlı kalmıştır.

Bu düzenlemeler, Danıştay'ın, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılan imtiyaz ve benzeri sözleşmeler dışındaki sözleşmeleri idari sözleşme olarak nitelemesini ya da böyle bir sorunu gündemine almasını gerektirecek bir tür dışarıdan müdahale olmuştur, Danıştay da idari sözleşme kategorisini çeşitlendirme gerekşinimi duymamıştır.


**D. İDAREYE TANINAN ÜSTÜN YETKİLERİN ETKİSİ**

İdarenin, idari sözleşmeler üzerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu genel kabul gören bir düseyce. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit irade sahibi olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesiyle sözleşme
hükümlerini değiştirmesi ve karşı tarafı, sözleşmede önceden kararlaştırılmamış yükümlülükler altında sokması genel olarak mümkün görülmemektedir. Sözleşme iki tarafın hak ve yükümlülükleri arasında bir dengeye dayanır ve geçerliliğini her iki tarafın iradesinden alır. Bu nedenle sözleşmeyle kurulan ilişkinin taraflardan birinin iradesiyle başkalaştırılması ve sözleşmeyle bağlılığın bu durumda da sürmesi, sözleşme düşüncesinin özune ayırtırdır.

İdari sözleşme rejininde temel vurgu, idarenin üstün yetkilerine yapılmaktadır. Bu çerçevede, idarenin gözetim ve denetim yetkisi, müeyyide uygulama yetkisi, tek yanlı fesih yetkisi gibi üstünlükleri belirtilmekle birlikte, bunların da özel hukuk sözleşmelerindeki yetkilerle benzerlik taşıdığı ya da sözleşme yer alımları nedeniyle uygulanabilecekleri görülebilir. Örneğin, müeyyide uygulama yetkisinden bahsedilmekle birlikte, sözleşme yer almayan ya da yasalarca öngörülmemiş bir müeyyidenin idare tarafından uygulanabileceğini düşünmek yalnızlıdır. İdari sözleşme rejininde idarenin üstün yetkileri, kamu hizmeti gereklерine bağlandığından, bu gereklerein sözleşmenin içeriğini değiştireme etkisinin temel eksen kabul edilmesini gerektirir.

Bu açıdan bakıldığında, idari sözleşmeler rejininin özel hukuk rejininden esaslı biçimde ayrıldığı nokta, idarenin sözleşmeyi tek yanlış değiştirilebilmesi ve sözleşme ilişkinin bu değişen şartlar altında devam edebilmesidir.128 Genel sözleşme kurumından esaslı bir kopuşu içeren bu yetkinin varlığı, dayanağı ve kapsamı açıklanmaya muhtadır.
Idare hukuku öğretisinde bu ilkenin genel anlaşılış biçimi şöyle özetlenebilir:

1. İdarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisi vardır ve bu yetki bütün idari sözleşmeler için geçerlidir.

2. İdarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisi, kamu hizmetinin gereklerinden ve değişen koşullara uydurulmak zorunda olmasından kaynaklanır.

3. Tek yanlı değişiklik yetkisi, sözleşmenin düzenleyici işlem niteliğindeki hükümleri açısından geçerlidir.


Türk idare hukuku öğretisinde idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisi mutlak ve kesin ifadelerle kabul edilmektedir.

İdari sözleşmenin karakteristik özellikleri arasında bu yetkinin bulunduğunun belirten ONAR'a göre, “idari mukavelenin istinat ettiği şartnameler idari birer tasarruf mahiyetinde oldukları için bu tasarrufların tabi olduğu usuller dairesinde idare tarafından tek tarafı olarak değiştirilebilir ve bu değişiklik tabii olarak mukavele üzerine tesir eder ve mukaveleyi tadjil etmiş olur. (...) İdari mukavelelerin...

128 "İdari mukavelelerin bu karakteri bunları medeni ve ticari mukavelelerden tamamen ayırr. Çünkü bu mukavelelerin bir âkit tarafından tek tarafı olarak değiştirilmelerine imkan yoktur" (ONAR, C. III, s. 1596).
(...) bu karakteri idarenin icrai karar almak salahiyetine ve binaenaleyh idare kudretine dayanmaktadır".129

İdarenin bu yetkisinin temelinde kamu hizmetinin özellikleri yer almaktadır.
"İdari mukavelelerde idareye tanınan (...) tek tarafından değişiklik yapabilmek salahiyeti bu mukavelelerin mevzularının âmme hizmeti ve âmme menfaatiyle olan âlaka ve irtibatına dayanır: bu mukavelelerin mevzuu doğrudan doğruya âmme hizmetini, âmme emlâkını ve âmme menfaatini alâkadar ettiği için bu hizmetleri görmek ve bu menfaatleri korumak vazıfe ve mes‘uliyetini üzerine almış bulunan idareye de böyle bir salahiyet tanımak zoruridir".130

ONAR’ın bu kesin ifadeleri, öğretisin sonraki çalışmalarında da geliştirilerek açımlanmış ve idarenin tek tarafından değişiklik yapma yetkisi, idari sözleşmenin en önemli özelliği olarak mutlaklaştırılmıştır. Ancak bu yetki temellendirilirken, saflı mantıksal bir yöntem izlenerek kamu hizmetinden yola çıkılmakta ve başka herhangi bir kanıta ihtiyaç duyulmaksızın yetkinin varlığından söz edilmektedir.

Türk hukukunda idari sözleşme alanındaki birçok kuram ve uygulamada olduğu gibi, tek yanılı değişiklik yapma yetkisi konusunda da temel kaynak ve referans Fransız hukukudur. Günümüz Fransız öğreti ve uygulamasında bu yetkinin varlığını kabul edilmekle birlikte, önemli eleştiriler ve kapsama ilişkin farklı değerlendirmeler de yapılmaktadır. Bu nedenle Fransız hukukunun bu konudaki gelişimi, bu yetkinin içeriğinin saptanabilmesi açısından yararlıdır.

129 ONAR, C. III, s. 1596-1597.

130 ONAR, C. III, s. 1630.
Fransız hukukunda, Conseil d’État’nin, idari sözleşmenin mali olmayan hükümlerini, karşı tarafın zararları tazmin edilmek koşuluyla, idarenin tek yanlış olarak değiştirilebilme yetkisine sahip olduğunu benimsediği kabul edilmektedir. Bu kabul, imtiyazla işletilen tramvayların hareket saatlerinin idare tarafından değiştirilmesine ilişkin işlemin hukuka uygun bulunduğunu 11 Mart 1910 tarihi des tramways de Marseille kararından kaynaklanmaktadır. Ancak idarenin bu yetkisinin varlığı ve kapsamı konusunda önemli eleştiriler de yapılmıştır.

L’HUILLIER’in, idarenin tek yanlış değişiklik yapma yetkisine ilişkin ünlü itirazındaki açıklamalarını izleyerek sorunu ortaya koymak mümkündür. L’HUILLIER’ye göre, idarenin bu yetkisinin varlığına ilişkin anlayış, öğretideki tuhaf bir gelişmeden kaynaklanır. 1910 tarihi ünlü karara yazdıkları notlarda, HAURIOU ve JEZE, bu karardan kamu hizmeti imtiyazının tüm unsurlarıyla bir sözleşme niteliği taşımadığı sonucunu çıkarmışlar ve şartnamenin hizmetin organizasyonuyla ilgili hükümlerinin düzenleyici nitelikte olduğunu ve bunların idare tarafından tek yanlış olarak değiştirilebileceğini kabul etmişlerdir. JEZE, sonraki çalışmalarda, kamu hizmeti imtiyazından kaynaklanan bu kuralı genelleştirek idarenin, sözleşmenin icrası sırasında karşı tarafın yükümlülüklerini artırma ya da azaltma yetkisine sahip olduğunu ve bunun genel bir ilke olarak tüm idari sözleşmelerle uygulanabileceğini kabul etmiştir. PEQUIGNOT da genel idari sözleşme kuramıyla ilgili tezinde bu anlayışı, idari sözleşmenin “değişebilirliği”

131 RICHER, s. 225.


133 L’HUILLIER, s. 87.
kuramı adı altında sistematize etmiştir. Ancak JEZE, 1945'te yazdığı bir karar notunda bu görüşünü değiştirecek, tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin mutlak olmadığını, yalnızca kamu hizmeti imtiyazlarında ve bayındırlık imtiyazlarında geçerli olduğunu ve bu sözleşmelerin doğasından kaynaklandığını belirtmek, söz konusu yetkiyi sınırlama yoluna gitmiştir: JEZE’e göre, değiştirilen sözleşme değil, hizmetin organizasyonudur. Dolayısıyla hizmetin işleyişine ilişkin değişiklikler yapılması, sözleşmenin bizatihi idari sözleşme olmasından değil, konusundan kaynaklanmaktadır.

Bu konudaki eleştirilerin temel iki yönü vardır. Birincisi, kamu hizmeti imtiyazıyla ilgili bir kararın genelleştirilerek tüm idari sözleşmeler için kabul edilmesine yöneliktir. Gerçekten de, hem somut olay itibarıyla hem de kavramsallaştırılmış biçimiyile, kamu hizmetinin gereklerine bağlıyan bir kuralın, tüm idari sözleşme türlerine uygulanması tutarlı bir yaklaşım değildir.

İkinci eleştiri, karara olayda kullanılan yetkinin kaynağı ve niteliğine yöneliktir. İdarenin davaya konu olan karar, tren seferleri tarifesini düzenleme konusunda idareye verilmiş yasal bir yetkiye dayanmaktadır. Kararda Conseil d’État, bu yetkiye yorumlayarak, yetkinin seferlerin güven ve konforunun sağlanmasının

---


135 L’HUILIER, s. 87; BENOIT, § 1; André de LAUBADERE, “Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, RDP, 1954, s. 41 v.d.

136 Türk hakkında idari sözleşme türlerinin sınırlı sayıda olması ve temelde kamu hizmeti imtiyazı ve türevlerinden oluşması nedeniyle bu noktadan pratikte bir sorun yaratmayacağını düşünülebilir.
yanısırı kamu yararına yönelik olarak hizmetin normal işleyebilmesi için seferlerde gerekli değişiklikler ve eklmeler yapılmasını da içerdiğiini ve mevzuatta yer almayan bir yetkinin kullanılmayacağını belirtmektedir.\textsuperscript{137} BENOIT, bu yetkinin sözleşme çerçevesinde düşünülemeyeceğini, mevzuatta öngörülmüş bulunan bir kolluk yetkisi olduğunu ve kamu makamlarının tek yanlış yetkileri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.\textsuperscript{138} Bu açıdan bakıldığında, karardan çıkılabilecek tek genel ilke, idari sözleşme hükümlerinin, yasaların idari makamlara verdiği yetkilerin kullanılmasını engellemeyeceğidir.\textsuperscript{139}

Farklı yargı kararlarını değerlendiriren LAUBADERE, tek yanlış değişiklik yetkisini yine idarenin kamu hizmetlerinin düzenlenmesindeki yetkisine dayandırmakta ve idari sözleşmelerde “değişebilirlik” ilkesinin mutlak biçimde anlaşılması gerektiğini belirtmekle birlikte bunun, genel idari sözleşme kuramının bir unsuru olduğunu kabul etmektedir.\textsuperscript{140}

Bu durumda, tek yanlış değişiklik yapma yetkisinin dayanağının saptanması, uygulama alanının ve niteliğinin belirlenmesinde de önem taşıyacaktır. Bu yetki, sözleşmeden mi kaynaklanır, yoksa referansı sözleşme dışında olmakla birlikte sözleşme üzerinde etki doğuran bir düzenleme (metin) ya da ilke midir?

\textsuperscript{137} L’HUILLIER, s. 88.
\textsuperscript{138} BENOIT, § 8.
\textsuperscript{139} L’HUILLIER, s. 88. L’HUILLIER, Conseil d’Etat’ın idarenin tek yanlış değişiklik yapabileceğini kabul etmediği bazı kararlarının da olduğunu ve fakat öğretinin bu kararları anmadığını da belirterek aksi yöndeki bu kararlardan örnekler vermektedir.
RICHER, bu yetkinin genel nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin tartışmada 1910 tarihli kararda sözleşme dışındaki bir metne dayanılsının önemli olmadığı görüşüyle, bu yetkinin sözleşme temelli olmamakla birlikte sözleşmeye uygulanan bir yetki olduğunu belirtmekte ve her zaman için sözleşmeye dışsal olan ve fakat ona uygulanın bir yetkinin varlığını kabul etmektedir. Bu yetki, hizmetin düzenlenmesi yetkisidir ve tek yanlış değişiklik yapma yetkisi de bu yetkinin bir uygulaması olarak kabul edilebilir.141

Bu kuralın kaynağına ve içeriğine yönelik eleştiriler önemli olmakla birlikte, Conseil d'Etat, 2 Şubat 1983 tarihli Union des transports publics kararıyla, tek yanlış değişiklik yapma yetkisinin “idari sözleşmelere uygulanacak genel kurallar”ın bir parçası olduğunu kuskuya yer bırakmayacak biçimde kabul etmiştir.142 Bu kararla birlikte Fransız hukukundaki tartışmanın, en azından Conseil d'Etat kararları yönünden ortadan kalktığı söylenebilir.

Boylelikle bu ilkenin temelinde, idarenin kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde ve iyi işlenmesini sağlamak konusunda sahip olduğu vazgeçilmez yetki yer almaktadır.143 Hizmetin iyi işlenmesini sağlamak üzere değişen koşullar nedeniyle kamu hizmetlerinin bu koşullara uyarlanmasını sağlayan değişkenlik ve uyarlanma ilkesi, sözleşme üzerinde, idarenin tek yanlış değişiklik yapma yetkisiyle etkili olabilecektir. Bu çerçevede, idarenin tek yanlış değişiklik yapma yetkisi,

140 LAUBADERE, “Du pouvoir de l’administration d’imposer...”, s. 63.
141 RICHER, s. 225-226.
142 RICHER, s. 226.
143 Bu formülasyon JEZE’e aittir.
hizmetin organizasyonuyla ilgili düzenleyici hükümleri açısından geçerli olacak ve tamamen sübjektif sonuçlar doğuran sözleşmenin akdi hükümleri bu yetkiye konu olamayacaktır.

Tek yanlış değişiklik yetkisinin varolması, bunun sınırlıdır biçimde kullanılabileceği anlamına gelmez. Yapılan değişiklikler belli bir sınırda olmalı ve sözleşmeyeyle kurulan ilişi kayı t bütünyle başkalaştıracak nitelik taşılamalıdır. Sözleşmenin öngörüdüğü temel dengeyi bozan çok önemlidir değişikliklerin yapılması durumunda sözleşmeci özel kişinin idarenin kesidir nedeniyle sözleşme esetmek ve yetkisine sahip olacağını kabul edilmektedir. “Kamu hizmetinin uyarlama ilkesinin idareye sınırlı, gerekçesiz, istenildiği zaman kullanılabileceği ve mali yükü özel hukuk kişi üzerinde bırakılabileceği bir yetki vermediği aktarırlar.144

Bu sınır çerçevesinde değişiklik yetkisinin kullanılması durumunda, karşı tarafın yapılan değişiklikler nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi için tazminat isteme hakkı ortaya çıkacaktır.145 Bu durum, mali denge ilkesiyle açıklanmakta ve sözleşmede yapılan değişikliklerin bu mali dengeyi bozması durumunda tazminat yoluya yeni bir dengenin oluşturulması zorunlu görülmektedir.


145 Pertev BİLGEN, İdare Hukuku Dersleri - İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 234.
Belirtildiği üzere, sözleşme menin akıdî hükmülerinde değişiklik yapılamayacağı yönünde güçlü bir inanç olmakla birlikte, idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin varlığı kabul edildikten sonra, bunun yalnızca düzenleyici hükümlerle sınırlı olarak değerlendirilmesi kimi zaman anlamlı olmayabilir. Bu yetkinin kullanılmasının karşılığını, sözleşmenin mali dengesinin korunması ilkesi ve bu ilke çerçevesinde sözleşmeci özel kişiye tazminat ödenmesi oluşturulmaktadır. Sözleşmeçi özel kişinin bu yolla tatmininin mümkün olduğu durumlarda, akıdî hükümlerde değişiklik yapılması kabul edilebilir. Örneğin sözleşme, özel kişinin elde edeceğii gelirin idare tarafından karşılansmasını içeriyorsa bu durumda tek yanlı değişiklik yapma yetkisi kullanılmalayacaktır. Ancak özel kişinin gelirini, imtiyaz örneğinde olduğu gibi, başka yollardan sağlamanın durumunda idarenin, doğacak zararı karşılayarak sözleşmenin mali dengesini koruması koşuluyla tek yanlı değişiklik yetkisinin olduğu kabul edilebilir.¹⁴⁶

Tek yanlı değişiklik yapma yetkisi, hizmetin örgütlenişi ve düzenlenişi nin idarenin yetkisinde olmasının yarısında sözleşmenin süresiyle de bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Kamu hizmetinin örgütlenişiinde değişiklik yapılması genellikle kısa dönemlerle ortaya çıkabilecek bir zorunluluk sayılamaz. Ortaya çıkan zorunluluk ve sözleşmenin süresi arasındaki bağlantılı çerçevesinde, gerece kısa süreli sözleşmelerde bu yetkinin kullanılmalayacağı sonucuna varılması taraflı bir mantıktır.

Sorunun başka bir boyutunu, sözleşmede açıkça tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sınır getirilmesi durumunda nasıl bir yorum yapılması gerektiği oluşturulur. Tek yanlı değişiklik yetkisinin idari sözleşme zimnen yer aldığı kabul edilmekle

¹⁴⁶ RICHER, s. 227.
birlikte bu yetkinin sözleşme hükümleriyle açıkça kaldırılmasının mümkün olması gerekir. Ancak bu yetkinin kaynağı, idarenin kamu hizmetinin düzenlenmesindeki vazgeçilmez yetkisi oluşturuyorsa, sözleşmedeki açık yasaklamansın da geçerli olamayacağı savunulabilir.

Türk yargı kararlarında idarenin tek yanlış değişiklik yapma yetkisi, maden işletme imtiyazları dolayısıyla tartışılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, idari sözleşme rejiminin çoğu unsurunda olduğu gibi, bu ilkenin de anıldığı yargı kararları bulunmaktadır. Ancak bir ilkenin salt yargı kararında anlaşılmasında, o ilkenin kabul edildiği ve uygulanacağı anlamına gelmez. Türk hukukunda, doğrudan tek yanlış değişiklik yetkisini tartıştığı kararlar sınırlıdır.


147 L’HUILLIER, s. 90.
hukuki mesnetten mahrum bulunan davanın reddine” karar vermiştir. Karar, bu yönüle yine idarenin bu yetkisinin niteliği ve kapsamlı açısından yeterli değerlendirmeler yapmaya elverişli değildir.

Bu konuda esaslı bir tartışma, Danıştay’ın bir işiştirası görüşünde yapılmıştır.149


150 Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yazarıvara göre, “görünür rezerv 10-15 yıl içinde istisnarl edilebilecek madenler işletme ruhsatnamesine, 40 yılından fazla bir sürede istisnari mümkün görünlen madenler de işletme imtiyazına mevzu yapılmaktadur”.

151 Bakanlık yazarıvara göre, “son senelerde; sanayileşme gayretlerimizin tahakkuku için temel bir faktör teşkil eden elektrik enerjisi üretimi bakından yurdumuz, sıkıntılı günler yaşamakta ve dar boğazlardan geçmektedir. Günden güne artan ihtiyacı karşlayabilmek için yeni santralar
değiştirilmesinin” icap ettiği düşünmektedir. Ancak Maden Kanununun 77.
maddesi şartname tadilinin (hem işletme ruhsatı hem de imtiyazı açısından)
madencinin istemine bağlı olduğunu düzenlemiştir. Kanunun 68. maddesi ise,
işletme ruhsatnameli madenlerde idarenin de şartnamenin tadilini isteyebileceğini
öngörmektedir. Bu hükmüllerin yanı sıra “imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin,
değişen şartlara göre tadili(nin) idare hukukunun genel bir prensibi” olduğunu da
dikkate alan Bakanlık, yasa hükmüleri karşısında bu ilkinin uygulanabilirliği
konusunda tereddüte düşerek konunun Danıştay tarafından incelenmesini
istemiştir.152

Konuyu inceleyen Danıştay 3. Dairesi, 6309 sayılıyasada şartnamenin
hazırlanmasına ilişkin özel usul kurallarına atıfta bulunarak,153 “(maden) imtiyaz
sözleşme ve şartlaşmalarının kesin şeklini alması kanunen bazı işlemlere tâbi
kılınmış olup, bu şekilde kesinleşen sözleşme ve şartlaşmaların hükmülerine taraflar

kurulmasıerekmektedir. Hidrolik santrallerin yağış reşiminden etkilenmesi, inşalarının uzun
zaman olması, Fuel Oil santrallerinin pahali ve dışa bağmlı olması mahzurlara mukabil kömür
madenlerimizin zengin olușu sebebi ile kömür dayalı santraller kurulması(nı) memleketimiz için
zarurî” görtülmektedir. Dolayısıyla “bu santrallere lüzumlu yeteri miktarda kömür elde edebilmek
için kamu ve özel sektör elindeki maden işletmelerinde istihsali artırmak mecburiyeti ortaya

152 Bakanlık yazısı, Başbakanlık tarafından Danıştay’a sunulmuştur.

153 52. maddeye göre “51 inci maddeye göre tabi olacağını işletme şekli kararlaştırılan bulunmuş maden
çin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca, işletmenin teknik, iktisadi ve mali şartlarının ve
işletme haklı sahibinden alınacak nakdi temini'nin miktarını gösterir bir şartname hazırlanarak
buluçuya tebliğ edileceği; bulucusu tarafından bir ay içinde bu hususta Bakanlık nezdinde
yapılacak itirazlarını Danıştayca inceleneceği ve bu kabul madenlere ait şartname esaslarının
süresinde itiraz olunmamak veya itiraz üzerine Danıştayca tadil veya tasdik olunmak suretiyle
kesin şeklini alacağı hukuşlenmiştir”. (karar s. 252)
aynun uymak zorunda oldukları gibi, onu tek tarafından olarak değiştirmek yetkisini de haiz" olmalıdırlarını kabul etmiştir. Ayrıca, genellikle imtiyazın uzun süreli verilmesinin bir sonucu olarak zaman içinde ortaya çıkabilecek gereksinimlerin idarenin tek yanlış değişiklik yapmasına dayanak olarak gösterilmesine karşın. 3. Daire, “maden işletme imtiyazının en az kırk yıl gibi uzun bir süreyle verilmekte olması”ni, “sözleşme ve şartlaşmaların kesin ve müşterak esaslarına bağlanmasını gerektirir(diği) ve idareye de bunları sonrasında tek tarafından olarak değiştirme yetkisi(nin) tanına”mayacağı biçiminde yorumlamıştır. Ayrıca “şartlaşmalarındaki asgari istihsal ve imrar miktarı, sahada cevherin istimari için gerekli sermaye ve yer altı ve yerüstü tesisleriyle, yanı kanunun 52 nci maddesine göre tesbit olunan diğer şartlarla da doğrudan doğruya ilgili bulunduğu cihetle sadece asgari istihsal ve imrar miktarını artırmak maksadıyla bir taraf olarak yapılacak bir değişiklik, şartlama ile tesbit olunan şartların tamamını etkiler ve işletme imtiyazı sahibine sözleşme ve şartlama ile tanınmış olan haklarının ihlaline yol açar” (s. 252). Bunların yanı sıra, Maden Kanununun, idarenin imtiyazlarıyla ilişkilerini düzenlemiş ve idareye tek tarafından değişiklik yetkisini vermemiş olmasını rağmen, tarafların şartnamelerinde değişiklik yapabilmelerine ilişkin hükmüter öngörümuş olması nedeniyle "imtiyazlı kömür madenlerinin sözleşme ve şartlaşmalarında idarece asgari istihsal ve imrar miktarını yükseletcek istikamette değişiklik yapılamayacağı" sonucuna varılmıştır.

Bu karar Danıştay Genel Kurulu’nda görüşülmuş ve konu yeni bir çözümü bağlanmıştır. Danıştay bu kararında, idarenin maden imtiyazi sözleşmelerinde tek yanlış değişiklik yapma yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir ve karar genel olarak kamu hizmeti imtiyazları ve idari sözleşmeler rejimi açısından da Danıştay’ın (istişari) görüşünü ortaya koymaktadır.

ondan yararlanma hakkını vermiş, ancak kendisi bir yükum altına girmemiş bulunduğunu genellikle kabul edilen bir esas olduğu için bu imtiyazlarda idarenin değişiklik yetkisini sınırlayan unsurların daha da dar olduğu kabul olunmaktadır”.

Danıştay ayrıca, maden imtiyazlarında şartnamenin hazırlanış sürecini dikkate alarak “bu imtiyazlarda, işletme hakkı sahibiyle anlaşmalı suretile saplanması esaslar yer almamaktadır. Bütün bu koşulları idare tek taraflı düzenlemektedir” sonucuna ulaşmaktadır. “Kamu hizmeti imtiyazları yönünden duraksamasız kabulü gereken idarenin değişiklik yapma yetkisi”, maden işletmeciliği teknik anlamda kamu hizmeti sayılmasa bile maden imtiyazlarında geçerli sayılmalıdır. İdarenin kamu yararını gerçekleştirmeye yönelmiş olması, bunun için temel neden kabul edilmektedir.

Danıştay, idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin idari sözleşmeler açısından idare hakkının genel bir kural olduğu kabul etmekle birlikte, yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanımını sınırlayabileceği de kabul etmektedir. Bu çerçevede, Maden Kamununun ilgili maddelerini de incelemiş ve bu maddelerin, idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisini düzenlemememiş olduğunu ifade ederek

154 “Maden Kamununun 52. maddesi hükümne göre, bulunmuş maden için bakanlıkça, işletmenin, teknik, ictisadi ve mali şartlarını ve işletme hakkı sahibinden almak için tevmini miktarnı gösterir bir şartname hazırlanmakta, bulucuya tebliğ edilmektedir. Bulucusu tarafından bir ay içinde bu hususta yapılacak itirazlar Danıştay’ca incelemekte ve kesin şekilini almaktadır”.

155 “Kamu yararı düştüncesile anama ve işletilmesi birinci derecede Devlete görev olarak verilmiş olan madenlerin, gerekirse 99 yıl gibi çok uzun bir süreyle imtiyaz sözleşmesine bağlanması halinde, kamu yararına akyor ve belki kamuya zararlı bir biçimde işletilmesine Devletin göz yumması ve sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma olanağından faydalanamaması gibi bir durumu, gerek Anayasa, gerekse idare hükümünün genel ilkeleri ve idari sözleşmelerin özellikleriyile bağlaştırma olanağı yoktur”.

83
bu durumda genel ilkenin (tek yanlış değişiklik yapma yetkisinin) uygulanabileceğini sonucuna varmıştı.

Tek yanlış değişiklik yetkisi, kamu hizmetine bağlı olduğu ölçüde mantıksal bir çıkarım olarak kabul edilebileceği de, Türk hukukunda bu yetkinin sınırları ve koşullarıyla ilgili yargılanma kararları bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandan yargılanan yargılanma kararlarında, aynı nedenlerin farklı sonuçların kabulü için kullanılabilmesi de, bu yetkinin sanıldığı kadar mutlak bir yetki olmadığını gösterir. Tek yanlış değişim yapma yetkisinin istisnai nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. İdari sözleşmeler için geçerli bu istisinin, genelleştirilerek idari sözleşme rejiminin ana unsuru haline getirilmesi ve mutlakaştırmalması, idari sözleşmelerin algılanmasını da sakatlayabilecek niteliktedir.
İKİNCİ BÖLÜM
İDARI SÖZLEŞMELERİN BELİRLENMESİ

I. GENEL OLARAK

İdari sözleşmeler kategorisi, mevzuat, yargı organlarının kararları ve öğretiler tarafından kabul edilmekte ve bunların özel bir hukuksal rejime tabi olduklarını belirtilmektedir. Bununla birlikte idari sözleşmelerin, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırdedilmesinde önemli zorluklar bulunmaktadır. İlk bakışta böyle bir zorluğun yaşanması anlamlı görünmeyebilir. Madem ki idarenin “hukuksal rejimleri farklı olan”, “özel hukuk kurallarından farklı kurallara tabi bulunan”, “idarenin üstün yetkilerle donatıldığını” sözleşmelerinin olduğu bir vakıadır, o halde hukuk düzeninde yer alan çeşitli hukuksal işlemler arasında bu kategoriyi bulup çıkarmakta neden güçlüç çekilsin?

İdari sözleşmeler, herkesin var olduğunu bildiği ama belirli bir kısım örnekleri (özellikle de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) dışında bulmakta zorluk çektği bir hukuksal kurum niteliğindedir. Hukukun birçok alanında böyle bir sorunun yaşanması mümkün olmakla birlikte bu durum, idari sözleşmeler açısından
özellikle geçerlidir. Bu durumun, farklı bir hukuksal rejime sahip olma anlamında büyük ölçüde yargı kararlarıyla yaratılan bu kategorinin, bir hukuksal kurumun oluşumunda temel unsurlar olan yasal düzenlenmeler, idari uygulamalar, yargı organlarının yorumları ve tüm bunları sistemleştiriren örgütünün çalışmasına ilişkin girdilerde ortaya çıkan değişimler ve devletin ve idarenin işlevlerine ilişkin olarak dönemsel anlayış farklılıklarının hukuk sisteminde ortaya çıktığı ilişkiler nedeniyle "istikrarlı" bir hale gelmesesinden kaynaklandığı söylenebilir.

İdari sözleşmenin tanımlanması ve niteliği konusunda çekilen sıkıntılı aslında tamamının kendiinde ortaya çıkmaktadır. "İdari" nitelemesi doğrudan, içeriği kamu hukuğu ilke ve kurallarıyla belirlenen özel bir hukuksal rejime atıf yaparken, "sözleşme" belki de ilk hukuksal biçim olarak özel hukukun tipik ve temel kavramıdır. Dolayısıyla bu ikisinin bir araya gelmesi aslında iki farklı hukuk düzeninin karşılışması ve kaynaşması anlamına gelmektedir.

İdare çok çeşitli alanlarda ve amaçlarla sözleşme akdetme yoluna gittiğinden, idarenin sözleşmeleri arasında hangilerinin idari sözleşme olduğunu saptamak ilk bakışta mümkün olmayabilir: "(İ)dari mukaveleler (...) mahiyet itibariyle medeni ve ticari mukavelelerden farklı olduğu halde bu idari mukavelelerin karakterlerini her

156 İdari sözleşmelerin "kamu hukukunun en ümitsiz bölümlerinden biri olduğu" görüşü sebepsiz değildir. LIET-WEAUX, RA, 1956, 498'den aktaran BILGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 22.

157 İdari sözleşmelerde vurgu elbette bunların tabi olduğu hukuksal rejime ve idare hukukuna olmakla birlüke, bu sözleşmelerin değişik aşamaları ve unsurları açısından uygulanacak idare hukukundaki sözleşme kurallarının özel hukuk kurallarından bütünlüyle farklı olması gerekmez. Özel hukuktan esinlenilen ya da özel hukukta kişiler aynı kuralların uygulanması mümkündür (LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 793, dn. 1).
zaman kolayca görmek ve bunları medeni ve ticari mukavelelerden ayıracak kriterleri bulmak kolay değildir.\textsuperscript{158}

Ayrı hukuksal rejimlerin uygulanması söz konusu olduğuna göre idarenin bir sözleşmesiyle karşılaşıldığında bunun idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşme mi olduğunu belirlemek önemlidir. Ancak bu sorun idarenin her sözleşme için söz konusu değildir. Bazı sözleşmeler, yasanın öngörmesi ya da konuları nedeniyle her zaman idari sözleşme niteliği taşımaktadır.\textsuperscript{159} Bunlar dışındaki sözleşmeler, idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyabilir ki aslen idari sözleşmeinin belirlenebilmesi için geliştirilen ölçütlер bu tür sözleşmelerin niteliğini saptamak için kullanılır.

\textsuperscript{158} ONAR, C. III, s. 1595.

\textsuperscript{159} LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMÉT, s. 793.
II. YASANIN NİTELEDİĞİ SÖZLEŞMELER

A. YASAYLA NİTELEMENİN ANLAMI

İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerin niteliklerinin ilgili yasalar tarafından belirlenmesi söz konusu olabilmektedir. Genelde idari sözleşmeler incelenirken yasanın belirlediği idari sözleşmelerden söz edilmekte birlikte, yasayla belirlenme olasılığının idarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından da geçerli olabileceğini gözardı etmemek gerekir.


Yasakoyucunun nitelemesi doğrudan bir niteleme olabileceği gibi, dolaylı bir niteleme de olabilir.160

Sözleşmenin niteliğinin yasayla belirlenmesinden anlaşılmasıgereken, sıkılıkla, ilgili yasalarda sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için görevli yargı organlarının belirlenmesidir.\(^{161}\) Yasakoyucu koyduğu görev hükümleriyile idarenin akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninde çözüleceğini, dolayısıyla bu sözleşmelerin hukuksal rejimini saptamaktadır: Esasa uygulanacak hukuk usul kuralını izleyecektir.\(^{162}\) Görev kuralıyla niteleme yasakoyucunun sözleşmeyi dolaylı olarak nitelemesidir.


\(^{161}\) PEQUIGNOT, § 18 vd.; LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 793. “Kanun görevli yargı merceinin idari yargı yerleri olduğu hukümdar koymuşsa, sonuç olarak, ortada, kanunun nitelediği idari sözleşme var demektir” (BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 10).

\(^{162}\) BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 3 dn. 9.

Yargı organlarının görev alanlarını düzenleyen genel hükümler de, bunlar açık niteleme özelliği taşımadığı sürecе, sözleşmenin yasayla nitelenmesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-c maddesinin 1999 yılında değişiklikten önceki biçiminde yer alan “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”ın idari davalar arasında sayılması yasayla açık niteleme değil, genel bir görev hüküm niteliğindedir. Ancak 2575

---

163 Cumhuriyet döneminde geleneksel olarak Danıştay’ı düzenleyen yasalarda bu yönde hükümler yer almıştır: 669 sayılı Şurası Devlet Kanunu m. 19/b. “Hidemati umumiyyeden birini ifa maksadiyle akdedilen mukavelelerden dolayı akitler arasında tekevün eden ihtilaflar”, 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu m. 23/b, “Umumi hizmetlerden birini ifa maksadiyle akdedilen mukavelelerden dolayı akitler arasında çıkan ihtilaflar”, 521 sayılı Danıştay Kanunu m. 30/c, “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari mukavelelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”. 669 ve 3546 sayılı yasalarda, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari mukavelelerden değil, yalnızca bu amaçla akdedilen mukavelelerden söz edilmiş olması, bu tür sözleşmelerin, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek Danıştay’ın görevine girdiğiine ve Danıştay da idare hukuğu kurallarını uyguladığına göre, yasa tarafından idari sözleşme olarak nitelendiği biçiminde yorumlanabilirse de, bu yönde
sayılı Danıştay Kanununun 24/1. maddesinde yer alan, 1999 değişikliğinden önceki biçimyle, Danıştay'ın “imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümle” yeceği hükmünün imtiyaz sözleşmeleri açısından yasayla yapılan bir niteleme olduğu düşünülebilir. 1999 yılındaki değişiklikler sonrasında, her iki hüküm de kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinin, tahkim yolu öngörülmemişse, idari yargının görevine girdiğiini belirtmekte ve yasayla niteleme özelliği taşımaktadır.

B. YASAYLA NİTELEMEMİN ETKİSİ

Ancak idari sözleşmeyle özel hukuk sözleşmesi arasında esaslı bir fark olduğunun kabul edilmesi, çoğu zaman yasayla yapılan nitelemenin yargı organları tarafından farklı biçimlerde yorumlanması olasılığını doğurur. Nitekim Fransız idare hukuku uygulamasında yasanın nitelediği idari sözleşme kategorisi, sanıldığından karmaşık bir yapı oluşturmakta, bazen yasal niteleme sorunu çözmemektedir. Yargı organları, önlerine gelen sorunu çözerken hukuksal işlemlerin niteliğinden yola çıkarak karar verirler. Niteliği gereği idari sözleşmelerin varolduğu kabul edildiğinde, yargı organlarının yasak oyuncunun iradesini bu çerçevede yorumlamaları

bir uygulama gerçeğleştemiştir. 3546 sayılı yasa hükümünde degerlendiren DERBIL de, “Bu metne göre kamu hizmetlerinden birini yapmak maksadıyle düzenlenmiş her türlü sözleşmeden dolayı taraflar arasında çıkan davaların mutlaka idare mahkemelerinde yargılanmaları gerektiğini düşündüce belirmetekdir” sonucuna ulaşmaktadır (Süheyl DERBIL, İdare Hukuku, 5.Bası, AÜHF Yayınları, No: 133, Ankara 1959, s. 576). Yine 23. madde dolayısıyla, “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinden birini yapmak maksadıyle aktedilen sözleşmelerden olduğu için, şekil nasıl olursaolsun (i.b.a.), idari sözleşmelerden saygılmak lazımdır” (DERBIL, s. 594).


Anayasa Mahkemesi, geliştirdiği içtihatta idari yargının mahfuz bir görev alanı olduğunu ve “idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idari yargının

165 11 Haziran 1806 tarihli Kârname uyarınca devletin taraf olduğu malzeme satın alınması sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda Conseil d’État görevlidir. Ancak mahkemeler, idari sözleşme ölçütlerini uygulayarak bu unsurları taşımayan sözleşmelerin Kârnamenin düzenlediği malzeme satın alınması sözleşmesi olmadığı sonucuna vararak Kârnamenin uygulama alanı daraltılmıştır (BILGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 13 vd.).

166 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 794. Örneğin, 17 Mayıs 1809 kârnamesi uyarınca belediye vergilerine ilişkin iltizam sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tâbidir. (Fransız ve Türk hukuk sistemlerinin yasama ve yürütme işlemleri açısından farklılığı bu çalışmalarında, konunun özelliği itibaryla, özel olarak incelenmemekte ve yasakoyucu terimi yasa güç ve etkisinde düzenleme yapma yetkisine sahip organların için kullanılmaktadır).
görev alanına girdiği”ni kabul etmektedir.167 Bu durumda yasakoyucu bir sözleşmenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşme sayılması konusunda sınırlı bir yetkiye sahip olacaktır.

Son dönemde karşılaşılan sorun, yasakoyucunun birtakım sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunu belirterek bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı organlarını görevli saymasından kaynaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi idari yargıının görev alanının anayasal güvence altında olduğunu kabul ettiğiinden, görüşle tutarlı olarak, idari nitelik taşıyan sözleşmeler ancak idari yargıının görev alanına girecektir. Bu nedenle de yasalarda yer alan görev hükümlerinin, bu yasalarla düzenlenen sözleşmelerin niteliğinden yola çıkılarak anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmeleri gerekir.

3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-Işlet-Devret Modeli Çerçevevesinde Yapırılması Hakkında Kanun”un 5. maddesinin anayasaya ayrırlığıni inceleyen Anayasa Mahkemesi de bu yöntemi uygulamıştır. 3996 sayılı yasa, “köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, artırm a tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletişim, dağıtım, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, ototol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanım yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap-ışlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları” düzenlemektedir (m. 2). Yasanan 5. maddesine göre “Yüksek

Planlama Kuruluşu belirlenen idare ile sermaye şirket veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.

Anayasa Mahkemesi bu yasa uyarınca akdedilecek sözleşmeleri, yargı kararları ve öğreti tarafından geliştirilen idari sözleşme ölçütleri açısından değerlendirilmiş ve yasakoyuncunun yap-ışlet-devret adını verdiği sözleşmelerin aslen imtiyaz sözleşmesi, yanı idari sözleşme olduğunu saptayarak, bunların özel hukuk hükümlerine tabi olacağını yolundaki hüküm, "idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı netimine dışına çıkar"diği gerekçesiyle anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, idarî yargı'nın görev alanına ilişkin değerlendirmesinde, Anayasa'nın "Kanuni hakim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önune çıkarılama" hükümünü de kullandığına göre, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerin idare hukuку kurallarına, ve dolayısıyla idarî yargı denetimine tâbi kılınmasına yönelik bir yasal düzenleme de anayasaya aykırı bulacağı söylenebilir. 168


Bu düzenlemeye göre, “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırıım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılabilceğini veya devredilebileceği kanunla belirlenir”. Amaçlanan, özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde karşılaşılan Danıştay incelemesi engelini asmak ve üçüncü kişilerin sözleşmeye karşı
açıklarını iptal davalarını engellemektir. Bunun bir aracı olarak “yatırım ve hizmetlerin” özel hukuk sözleşmelerine konu kabulümesi ise bazı soruları beraberinde getirir.

İlk olarak, “yatırım ve hizmetler”in ne anlama geldiği tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları kamu hizmeti ile kamu hukuku rejimi arasında doğrudan bir bağlantılı kurduğundan, maddede yer alan “yatırım ve hizmetler”in kamu hizmeti niteliği taşıması durumunda özel hukuk sözleşmelerine konu edilemeyeceği yönünde bir içtihadın gelişmesi sürpriz sayılamamalıdır. Yargı organları, bazı yatırımların öteden beri özel hukuk sözleşmesine konu olduğunu kabul etmektedir.

Ancak hizmetlerin özel kişilerine görürülmesi söz konusu olduğunda, kamu hizmetinin negatif etkisinin devreye sokularak, kamu hizmetinin ancak kamu hukuku rejimi çerçevesinde özel kişilere görürülmesini sağladığı görüşüyle özel hukuk sözleşmesine konu edilebilecek hizmetlerin çok sınırlı olabileceğini düşünülebilir: Maddede açıkça kamu hizmetlerinin, halihazırda kabul edilen niteliğinin elvermesi ölçüsünde özel hukuk rejimine bağlanılamayacağı dışında, bütünleyle özel hukuk rejimine tahi kabulüemekte olduğunu bir kural yer almamaktadır.

---

169 Değişiklik gerçekcesinde bu yönde bir ifade yer almamaktadır. Ancak bu süreçte, yap-işlet-devret sözleşmelerinin üçüncü kişilerce açılan davalar sonucu iptal edilmesi tetikleyici olmuştur.


171 “Anayasanın yeni 47/4. madde hükümd’nün, kamu hizmetleri de dahil olmak üzere İdarenin üstlendiği veya üstleneceği faaliyetlerin tanımı ve hangi kriterde göre belirleneceği konusunda bir düzenleme içermesi (diğini)” belirten (s. 5) ULUSOH’a göre, “bu düzenlemeden pozitif hukuk

Üçüncü sorun, özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere yaptırılan yatırım ve hizmetlerin tahi olacağı hukuksal rejimle ilgilidir. Çok doğaldır ki yasannın özel hukuk sözleşmesi öngörmesi durumunda, kurulan ilişkinin esasına özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak yargı organlarının kamu hizmeti olarak değerlendirdiği yatırım ve hizmetlerin goûtürülmesi için yapılan özel hukuk sözleşmeleri, uygulanacak rejim itibarıyla farklılık gösterecektir. Bu sözleşmeler, kamu hizmeti ve kamu yararı gereklere nedeniyle özel hukuk alanında “özel” bir sözleşme tipi olarak algılanmak zorundadır. Bu sözleşmelerde ve eklerinde yer

anlamında çıkarılabilecek tek kesin sonuç, istismasız bütün kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tahi tutan bir yasal düzenlemenin, Anayasanın bu 47/4 hükümne aykırı olacaktır. Diğer yandan, bu hüküm tek tek sayımak ve bütün kamu hizmetlerini kapsamamak şartıyla, yasa koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tahi tutarak özel kişilere goûtürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir” (s. 12) (Ali ULUSOY, “Yeni Anayasaal Durumda Kamu Hizmeti ve
alacak kamu hizmetinin işleyişi ve örgütlenişiyle ilgili hükümlerin yorumunda ve uygulanmasında, bu kez idare hukuku kurallarının adli yargı organlarına ödünç alınması düşünülebilir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda kamu hizmetinin, en azından yargı organları tarafından, belir bir hukuksal rejimi (kamu hukuku rejimi) gerekli olduğu kabul edildiği sürecde, anayasal düzenlemenin pozitif etkisinden çok psikolojik etkisinden söz etmemiz mümkündür. Yargı organları, bütünyle pozitivist argümantasyon çerçevesinde farklı çözümleri benimseyebilir. Psikolojik etki, kamu hizmetlerine ilişkin geleneksel paradigmanın değiştiği yönünde olursa, anayasakoyucunun amaçladığı değişim gerçeklesebilir. Ancak belirtmeye çalıştığım gibi, bunun pozitif düzenlemelerin zorunlu sonucu olduğu söylememez.

III. İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ

Yasanın açıkça belirtmediği sözleşmeler açısından, bunlara uygulanacak hukuksal rejinmin saptanmasında yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğreti tarafından sistemleştirilen ölçütlерin kullanılması gerekmektedir. İdari sözleşme ölçütleri aslen burada devreye girmekte ve bir sözleşmenin tâbi olduğu hukuksal rejinin ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarını çözmekle görevli yargı organlarının saptanmasında kullanılmaktadır.

Sözleşmenin niteliğinin saptanmasında, organik ve maddi ölçütlere kullanılarak sözleşmenin taraflarına, konusuna ve içeriğine ilişkin değerlendirmelerden yola çıkılarak sonuca varılmaktadır. Taraflardan birinin kamu tüzelişisi olması organik ölçüttü oluştururken, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve özel hukuku așan hükümler içermesi maddi ölçüt çerçevesinde değerlendirilir.

A. ORGANİK ÖLÇÜT - KAMU TÜZELKİSİSİ ŞARTI

İdarenin sözleşmeleri arasında bir kısmının idari sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı araştırıldığına göre, idarenin her türlü sözleşmesinde olduğu gibi idari sözleşmelerde de taraflardan birinin idare olması normaldır. Bu nedenle de, kamu tüzelişisi şartı, idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri bakımından ayırdedici
bir ölçü olma özelliği göstermez. Ancak bu şart genel olarak idari sözleşmenin organik ölçüü olarak kabul edilebilir. Önkoşul niteliğindeki bu ölçüe göre sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması gerekir.


Kamu tuzelkâsîsi şartı temel bir özellik olmakla birlikte bu konuda iki soruna değinilmesi zorunludur:

Bunlardan birincisi kamu tuzelkâsîlerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerdir. İki tarafın da kamu tuzelkâsîsi olması durumunda bu sözleşmelerin kural olarak idari sözleşme sayılır sayılmayacağı düşünülebilir.172 Ancak kamu tuzelkâsîsi ölçüü gerçek bir ölçü olmayıp, yalnızca sözleşmeye idare arasındaki bağı ortaya koymaya yönelik olduğundan, iki kamu tuzelkâsîsı arasındaki ilişkinin her zaman kamun hukukuna tâbi bir ilişki olduğunu düşünmek yanıltıcıdır. Kamu tuzelkâsîlerinin her türlü faaliyet ve işlemlerinin kamun hukukuna tâbi olmadığını açıklar. Iki kamu tuzelkâsîs, aralarındaki ilişkinin kamun hukukuna tâbi olmadığı bir alanda sözleşme yapabilirler.173 İki özel hukuk kişi arasında yapılan sözleşme menin

172 Nitekim Fransız Uyüşmazlık Mahkemesi, 21 Mart 1983 tarihi UAP karanında, iki kamu tuzelkâsîs arasında yapılan sözleşme, konusu itibariyla taraflar arasında özel hukuk ilişkilerineктив vermemesi kaydıyla, ilke olarak idari nitelik taşıdığı kabul etmiştir.

173 Sunai ticari kamu hizmetlerinde kullanılarak yapılan sözleşmelerin özel hukuka tâbi olduğunun kabul edildiğine değinilmiştir. Bu durumda hizmeti sağlayan kamu tuzelkâsîsinin, hizmetten
özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde güçlü bir karinenin varolduğu kabul edilebilirse de iki kamu tüzelkişisinin yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olduğu yönünde bir karine söz konusu olamaz. Bu tür sözleşmelerde ancak organik unsurun gerçekleştiği kabul edilebilir ki bu durum, idari sözleşmenin saptanmasında ilk aşama olmaktan öteye bir belirleyicilik taşımaz.


İkinci sorun, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin idari nitelik taşımalarının mümkün olup olmadığını, Belli koşullarda, iki özel kişi


174 BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 33. Yukarıda dipnotta değinilen UAP kararında, iki kamu tüzelkişisi arasındaki sözleşmenin ilke olarak idari sözleşme olduğu kabulünün bakış açısını terse çevirdiği söylenebilir.


176 Kararda, idari sözleşmelerin özellikleri olarak sözleşmenin, “idarenin diğer tarafına nazaran üstün hak ve yetikilerini içeren hikümler taşı(matı)’na değinilmesi de bu husus özel olarak tartışılmasıdır. Danıştay’ın bu unsurun çok doğal olarak sözleşmede varolduğunu kabul ettiği düşünülebilir.
arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme özelliği taşıyabileceğini, Fransız hukukunda kabul edilmiştedir. Genel kural iki özel kişi arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasıdır. Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 tarihli kararıyla, otoyol imtiyazcısı konumundaki karma ekonomik yapıları şirkete müteahhit arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir.177 Mahkeme, bu şirketlerin özel hukuk kişileri olmalarına rağmen devlet hesabına hareket ettiklerini benimserken, genel olarak özel hukuk tüzelkûsûnun değil karma ekonomi yapıları bir şirketin söz konusu olmasını, otoyol yapımının aslen devlete ait olmasını ve karma ekonomi yapıları şirketin kamu hizmetini yerine getirdiğini dikkate alarak karar vermiştir.178

Fransa'da istisnaen179 kabul edilen bu çözümün Türk hukuku açısından geçerli sayılmasını gerektirecek bir uygulama söz konusu olmadığı gibi yargı kararlarında da böyle bir duruma rastlanmamaktadır.180 Bir sözleşmenin idari


179 Peyrot kararında benimsenen çözümün karma yapıları şirketlerin yanısıra özel şirketlere ve hatta bayındırık işlerı dışındaki işlerle de uygulanıldığı görülmektedir. Ayrıca imtiyazçıyla özel kişi arasında yapılan kamu malının işgaline ilişkin sözleşmeler de organik ölçütünün istisnası kabul edilmektedir (RICHER, s. 110 vd., özellikle 118 vd.).

180 Fransa’daki uygulamaya değinen DURAN’a göre, “Türk yüksek mahkemelerinin bu ölçüde ileri gitmesi beklenemeyez; zira idari sözleşme alanını esasen dar tutma eğilimi hakimdir; bir de buna
sözleşme olabilmesi için Türk hukukunda mutlak olarak taraflardan birinin idare olması gerektiğini\(^{181}\) son yıllara kadar rahatlukla söylenebilir.

Kamu hizmeti imtiyazları açısından soruna bakildiğinde, imtiyazcıyla hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkinin öteden beri özel hukuk ilişkisi sayılması bu yargıyi güçlendirmektedir. Ancak son dönemde telekomünikasyon alanındaki düzenlemeler nedeniyle tarafların her ikisinin de özel hukuk tuzelkısı olduğu sözleşmelerin idari sözleşme olup olamayacağı tartışılabilir.

Ülkemizde GSM mobil telefon hizmetleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yoluya görülülmektedir. İmtiyazla görülen bu hizmete işletmeciler, farklı şebekele arasında arabağlantı sağlanabilmesi için de ayrıca sözleşme yapmak zorundadırlar. Ankara 9. İdare Mahkemesi, Türk Telekom ile özel işletmeciler arasındaki arabağlantı sözleşmesini (Şebeke Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi) idari sözleşme olarak nitelendirmiştir.\(^{182}\) Ancak arabağlantı sözleşmeleri yalnızca, kamu tuzelkısı olan Türk Telekom ile imtiyazçı özel şirketler arasında değil, GSM hizmeti yürüten özel şirketler arasında da imzalanacaktır. Arabağlantı sözleşmesinin içerdığı hükümler itibariyle\(^{183}\) değil, bir imtiyaz sözleşmeINE dayanması nedeniyle

\(^{181}\) BILGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 33.


\(^{183}\) ULUSOY’a göre, “Yasal düzenlemelerde arabağlantı sözleşmelerinin hangi hukuksal rejime tahi olacaklarını konusunda açık bir hürme yer verilmediğine ve fakat, arabağlantı işletmecilerin aralarında serbest iradeyle yapacakları bir anlaşımayı tahi tutulduğu göre, herhangi bir tarafın bu anlaşmada üstün ve ayrıcalıklı konumda olduğu, diğer bir deyimle, tarafların eşit konumda olduğu kabul edilmiştir demektir. Tarafların kendı nizalıyla ve tamamen eşit konumda olduklarını anlaşmalara dayanan sözleşmelerin ise idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olduğu.
niteliği itibariyle idari sözleşme olduğu kabul edilirse, Türk hukukunda da, taraflarının ikisi de imtiyazçı özel kişi olan bir idari sözleşme türünün ortaya çıktığı söylenebilir.

B. MADDİ ÖLÇÜT

Yukarıda belirtildiği üzere maddi ölçüt, sözleşmenin düzenlediği ilişkinin niteliğinden ve sözleşme hükümlerinden yola çıkılarak sözleşmenin tabi olacağı hukuksal rejinin saptanmasında kullanılır. İdari yargı düzeninin varolmasının sonucu olarak, idarenin birtakım sözleşmelerinin de idari işlev kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur. Farklı yargı ve hukuk düzenlerinin olması, yasal düzenlemelerde açıkça yer almasa bile idarenin bazı faaliyet ve işlemlerinin, niteliklerine bakılarak farklı hukuksal rejimlere tabi olması gerekir. Yargı organlarının idari sözleşmeleri ayırt etmek için kullandığı bu ölçüt içtihadi ölçüt de denilmektedir.¹⁸⁵

Bu bağlandı, Fransız yargı kararlarında idari sözleşmelerin ayırdedilmesinde temel iki ölçüt kullanılmaktadır: Kamu hizmeti ölçütü ve özel hukuku aşan şartlar ölçütü. Ancak bunların bütünyle tanımlanmış ve zamandan bağımsız genel geçerli olduğunu düşünmek yanılıştır. Yargı organları bu iki ölçütü, farklı zaman


¹⁸⁴ İdare Mahkemesi kararında sözleşmenin hangi gerekl绎yle idari sözleşme olduğu üzerinde durulmamıştır. Muhtemelen , taraflardan birinin kamu özeliksi olması ve sözleşmenin imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle kamu hizmetine ilişkin olduğu düşüncesiyle bu sonucu varmıştır.

¹⁸⁵ RICHER, s.84.

Genel olarak ölçütler ve bunların sözleşmeyi nitelededeki değerlerine değinmeden önce, yargı kararlarında nasıl kavramsalştırıldıklarına bakmak yararlıdır. Bu yapılmışken öncelikle Fransız yargı organlarının kararlarında ve bu kararları işleyen Fransız öğretisinde ölçütlerin nasıl anlaşıldığı sağılacaktır, sonra da Türk öğretisinde savunulan görüşler belirtilcektir. Türk yargı organlarının kararlarında bu ölçütlerin nasıl yer alıguna ve kullanıldığına ilişkin çözümleme ise ayrı bir başlık altında yapılacaktır. Bu tercihin iki nedeni vardır:

Öncelikli neden, Türk öğretisinde yaygın olan, Fransız ve Türk idare hukuku sistemlerinin paralel, giderek aynı olduğu kamısından kaynaklanır. Genellikle, gerek idari sözleşme kavramının gerekse bunun ölçütlerinin ve -kısımi farklılıkları içermekle birlikte- uygulamasının her iki hukuk sisteminde aynı olduğu kabulünden yola çıkılarak çözümleme yapılır. Buna eşlik eden bir başka anlayış ise, hukuksal kavram ve kurumların evrensel geçerliliği olan ve her hukuk sisteminde arzı farklılıklar dışında aynı olan kategoriler olarak kabul edilmesidir. Bu yaklaşımanın, en azından idari sözleşmeler alanında, tartışmasız kabullenilemeyeceği ve bazen Türk hukukunu

186 Bu sorunun öncülü açıklık: İki farklı yargı düzeni ve idareye uygulanacak iki farklı hukuksal rejim vardır.
anlamamızı engelleyen, Türk hukukuna bakışımızı sakatlayan bir işleve bürunebileceği gösterilmeye çalışılacaktır.

İkinci neden ise, ana akımdan hukukçuların yanısıra eleştirel yaklaşımlarla da beslenen bu kaynağı gelişirdiği kavramların ve açıklımlarının saptanmasının, Türk hukuk sisteminin idari sözleşmeye ilişkin çözümlerini algılamakta, bir değerlendirme aracı olarak, yararlı olabileceği düşünülmesidir. Bu, bir anlamda, bunların ideal tip olarak değerlendirilmesidir.

1) Kamu Hizmeti Ölçütü


Kamu hizmeti, ilke olarak belli bir hukuksal rejime, kamu hukuğu rejimine atıf yapar. Sözleşme ise klasik özel hukuk aracıdır. Bu ikisinin özel bir bileşimi idari sözleşmeyi oluşturur. Ancak sözleşmeyle düzenlenen ilişkinin kamu hizmetiyle herhangi bir bağlantı, sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli görülmemektedir. İdari sözleşmenin bir unsuru, dolayısıyla onu özel hukuk sözleşmelerinden ayıracak bir ölçüt olarak sözleşmenin kamu hizmetiyle bağlantısı belli bir yoğunluk ve tarzda olmalıdır. Bu bağlantının ne olması gerektiğine ilişkin yaklaşım aynı zamanda kamu hizmetinin tanımlanması ve tâbi olacağı hukuksal rejimin belirlenmesiyle ilgilidir.
Uzun geçmişi içinde Fransız idare hukukunda, kamu hizmeti idari sözleşmelerin ayırdedilmesinde özel biçimlerde kullanılmıştır. Bu tarihi ve kullanım biçimlerini değerlendirirken, kavramların düz bir çizgide kullanıldığı ve onlara hep aynı anlamlar yüklentiği düşünülmemelidir. İdari faaliyet, kamu hizmeti ve idari sözleşmeye ilişkin farklı bakış açıları ve yargılar bu süreç içinde birbirlerinin yerini almış, kavramlar soyut ve birbirinden bağımsız olarak değil etkileşim içinde oluşmuş ve yögrulmuştur.

Bu durumda farklı dönemlerde verilen yargı kararlarının o dönemlerde geçerli anlayıslardan yararlanılarak incelemesiyile varılacak sonuçlar ve bunların doğru ya da yanlış olarak nitelendirilmesiyle kavrayıcı bir anlayış oluşturulamaz. Kamu hizmetinin idari sözleşme ölçüttü olarak yerinin saptanmasında, sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişkinin gerekli şart, yeter şart, gerekli ancak yetmez şart ve benzeri biçimlerde incelemesi ve her kategori için çok sayıda karar bulunması mümkündür.187

Ancak bunun yapılabilmesi için soruna tek yönden bakılarak farklı unsurlardan birinin (kamu hizmetinin) sabitlenmesi ve değişkenin (idari sözleşme) buna göre saptanması gerekir. Oysa kamu hizmeti söz konusu olduğunda, bu kavramın sabitlenmesi yalnızca bir yanlıştırдан ibaret sayılmalıdır. Kamu hizmetinin bir ölçüt olarak değeri, yargı organlarının sözleşmeye kurulan hukuksal ilişkinin anlamına ve hangi alanda yer aldığına dair yargılanıyla bağlantılıdır. Kamu hizmetinin yürütülme usulleri ve bu usuller içinde idarenin özel hukuk alanında

187 PEQUIGNOT, § 120 vd., BİLGİ, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 37 vd..
kalabileceği (bir başka ifadeyle kamu hukuku alanından çıkabileceği) noktaların saptanması sözleşmenin niteliğini belirleyecktir.

Öncelikle, Fransız idare hukuku, kamu hizmeti kavramının oluşumunu ve krizini yaşamış, bunlarla birlikte biçimlenmiştir. Günümüzde kamu hizmeti krizinden sözüldüğünde, kamu hizmeti alanının daralmasına/daraltılmasına atıf yapılar. Oysa yüzyl başlarında kamu hizmetinde, Türk idare hukukunun büyük ölçüde yabancı olduğu bir genişleme krizı yaşanmış ve idare hukuku bu krizden yöntemlerini ve kavramlarını yenileyerek çıkarmıştır.188

Bu süreçte, kamu hizmeti ya da idari sözleşme kavramlarından birini sabitleyerek çözümleme yapmak yanlışdır. Bunlar (karşılıklı) etkileşim içinde oluşmuştur.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararıyla birlikte hakimiyet tasarrufları – temşiyet tasarrufları teorisi terkedilmiş ve kamu hizmeti idare hukukunun alanının saptanmasında kullanılmaya başlanmıştır. İdarenin sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme biçiminde ayrılmış bu içtihattan kaynaklanır.

Önceki dönemde idarenin tüm sözleşmeleri herhangi bir ayrıma yapılmaksızın tek bir rejime, temşiyet tasarrufları rejimine tabi tutulmuştur. Sözleşmenin temşiyet tasarrufu olarak değerlendirilmesi, bir yandan bunun idarenin otoritesi kullanılarak oluşturulmadığını gösterirken bir yandan da sözleşmeye uygulanacak rejimin idare hukukunun ilgi alanı dışına çıkarılmasıya yol açar. Temşiyet tasarrufu olmak
Itibarıyla idarenin sözleşmeleri arasında herhangi bir ayrıının yapılması anlamlı sayılmaz. Özellikle idare hukukunun ve idari yargının oluşum aşamasındaki yaklaşım dikkate alındığında, idarenin adliyeden bağımsız olmasını, idari yargı alanında kalma imtiyazını kullanması gerektirecek bir ilişki söz konusu değildir. 189

Ancak kamu hizmetinin genel olarak idare hukukunun ve idari yargı yetkisinin temeli ve ölçütü olarak kabul edilmesinin mantıksal sonucu da idari sözleşmenin belirlenmesinde bu kavramın kullanılmasıdır. 190 Fransız yargı organlarının idari sözleşmeye ilişkin kararlarının gelişimi, kamu hizmetinin tabi olacağı rejimin ve dolayısıyla idare hukukunun alanının saptanması eksenine oturmuştur.

**Blanco** kararında konulan ilkeler doğrultusunda, idari sözleşmenin tanımlandıında kamu hizmeti ilk kez 6 Şubat 1903 tarihli Terrier kararında kullanılmıştır. 191 Dava, engereklerle mücadele amacıyla, öldürülen yılın başına ödül

189 Onur KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 89 vd..

189 “(...) idare fertlerle müsavi şartlar ve usuller altında tasarruflar yapabilir. Alım ve satım, kira, bir vasyetin kabulü, kendisine miras yolu ile intikal eden bir maldan veya mirasçılık sıfatından yahut bir vasyetten çıkacak ihtilaflar bu mahiyette değildir. Burada hakimiyet, emir (imperium) bahis mevzuu olmaz, şu halde bu gibi tasarruflardan çıkacak ihtilafların idari kaza mercilerine götürülmesi için bir sebep yoktur” (ONAR, C. III, s. 1870).

190 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 145.


LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 146.

Hükümet Komisleri Romieu’nün hizmetin görülmesinde özel yürütüm – kamusal yürütüm arasında yaptığı ayırma ve idarenin bu konudaki takdir yetkisine ilişkin görüşleri, Blanco karanında komulan ilkeler doğrultusundadır.
olanaklardan ve ayrıcalıklardan yararlanmayıp bütünyle bir özel kişi durumunda olmayı/kalmayı seçebilir.195


Bu konudaki ikinci önemli karar, Conseil d’Estat’nın 4 Mart 1910 tarihli Théron kararıdır.198 Bu kararla, başboş köpeklerin yakalanarak hayvan barınağına

195 Hükümet Komiseri Romieu’nün görüşleri, bkz. LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 146.
196 “(...) Romieu eski hakimiyet ve temşiyet tasnifini, başka ve realiteye daha uygun bir şekilde ifade etmektedir: hükümet komiseri, tasarrufları hakimiyet ve temşiyet olmak üzere ikiye ayrırmakta ancak eskilerin temşiyet tasarrufu diye vasmifandırmakları tasarrufu, âmme temşiyeti ve hususi temşiyet olmak üzere iki kısında âmle alan temsili ve âmme temşiyeti tasarruflarının idari kazanın hususi temşiyet tasarruflarının ise adli kazanın vazife sahasına gireceğini kabul etmektedir” (ONAR, C. III, s. 1873; BİLGİN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 47).
197 “(...) âmme hizmetlerin ifasında iki usulden yani idari usul ile hususi hukuk usullerinden hangisinin tatbik edildiği gözünden tutulmaka birincisine âmme temşiyeti ‘gestion publique’ ikincisine hususi temşiyet ‘gestion privée’ denilmekte ve ancak birinciler idare hukukunun mevzuuna ve tatbik sahasına alınmaktadır. İdari kaza ile adli kazanın salahiyeti sahalarının tayininde bu kriterle yer verilmektedir” (ONAR, C. I, s. 97).
198 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 147.

Bu karardan kısa bir süre sonra Conseil d'État’nin 31 Temmuz 1912 tarihli Granits des Vosges kararı, kamu hizmetinin idari sözleşmelerin ölçütü olarak kullanılmasında farklı bir durum yaratmıştır. Dava, Lille şehir yollarına kaldırım yapılması için gereken taşların sağlanması ilişkin levazım sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta kaynaklanmışdır. Karar öz olarak, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için kamu hizmeti amacıyla yapılmasının yeterli olmadığı, ayrıca özel hukuku aşan şartlar içermesi gerektiğini yönündedir.

Bu kararla birlikte kamu hizmetinin sözleşmenin niteliği üzerindeki etkisinin zayıfladığı kabul edilmektedir. Ancak bu karar çerçevesinde de kamu hizmeti

199 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 147. Hükümet Komiseri Pichat, idarenin Medeni Kanunun 1710, 1779 ve 1780. maddelerindeki türden bir hizmet sözleşmesi yapmış olmakla birlikte konumun bir kamu hizmetinin yürütülmesi olduğunu ve bir imtiyaz niteliği taşıdığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 38 vd.

Conseil d'État'nin 20 Nisan 1956 tarihli *Epoux Bertin* kararı ve bu kararı a contrario doğrulayan 11 Mayıs 1956 tarihli *Gondrand* kararı, kamu hizmetinin idari sözleşme ölçütü olarak yeniden ön plana geçmesine ve kamu hizmetiyle sözleşme arasında yeterince açık bir bağın olması durumında kamu hizmetinin sözleşmeye idari nitelik vermeye yeterli kabul edilmesine yol açmıştır.

Ancak kamu hizmetiyle her türlü ilişki sözleşmenin idari sözleşme olmasını gerektirmez. Sözleşmeye kamu hizmetinin bizzat icrasının sözleşmeciye verilmiş olması durumunda kamu hizmeti sözleşmenin niteliğini belirleyecek ve ayrıca sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi aranmayacaktır.201 Bu yönde *Bertin* kararı kamu hizmetinin görülme usulüne ilişkin bir başka yaklaşımı ortaya koyar: Kamu hizmeti, kamusal usullere esitlenmemektedir ancak kamusal usulün vazgeçilmez olduğu bir çekirdek alan vardır. Bu çekirdek alanı, özel kişinin kamu

200 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 151 vd.

201 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 155 vd. Nitekim Gondrand kararında sözleşme, bir kamu hizmetinin gereksinimlerinin karşılanması amacıyla yapılmış olmakla birlikte konusu bu kamu hizmetinin bizzat yürütülmesi olmadığından idari sözleşme sayılamanmıştır.
hizmetinin yürütülmesini bizzat üstlenmesi ya da hizmetin yürütülmesine katılması oluşturulmaktadır.

2) Özel Hukuku Aşan Şartlar

Özel hukuku așan şartların sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde kullanıldığı ilk ünlü karar, Conseil d’État’nin yukarıda değinilen 31 Temmuz 1912 tarihli *Granits des Vosges* kararıdır. Karara konu olan sözleşmenin, özel şirketin herhangi bir bayıdırlık işi görmesini içermemesi ve tek konusunun, özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerin kural ve koşulları çerçevesinde malzeme sağlanması olması nedeniyle idari sözleşme niteliği taşımadığı kabul edilmiştir. Kararın getirdiği yeni ölçütte göre, idari sözleşme artık kamu hizmeti amacına yönelik olmasıyla değil, sözleşmenin içerdiği hükümlere göre tanımlanacaktır.\(^{202}\)


\(^{202}\) LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 149; BILGEN, İdare Sözleşmelerin Kriterleri, s. 50 vd.

\(^{203}\) RICHER, s. 86.
Özel hukuku aşan şartlarla ilgili en önemli sorun, bunların nasıl tanımlanacağıdır. Bu şartların özel hukukta farklılık içermesi gerektiğini açıklar. Ancak bunların belirlenmesinde yaşanan güçlük, tartışmayı bu kez de idari sözleşmenin ölçütünün içeriği üzerinde yoğunlaştırılmıştır. Fransız hukukunda bu tür şartların saptanmasında önemli zorluklarla karşılaşılmıştır.\textsuperscript{204}

RICHER, özel hukuku aşan şart konusunda genel bir ölçütün bulunmadığını ve yargusal çözümlerin bazen öngörulemez olduğunu belirterek bunun, özel hukuku aşan niteliğin değerlendirilmesinin bir ölçüde subjektif olmasına ve özel hukukun gelişerek eskiden kabul edilmeyen ya da istisnai görülen tekniklere yer açmasına bağlamaktadır.\textsuperscript{205}

Bu tür şartların temel özelliği özel hukuku aşan (exorbitante) nitelik taşmasıdır. Fransız yargı kararlarında ve öğretisinde bu şartlardan farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Ortak hukuktan farklı şartlar, özel hukuka yabancı şartlar, özel hukuka göre sözleşmelerde yer alması yasaklanan şartlar, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan şartlar vb..\textsuperscript{206}

Burada ikinci bir sorun karşımıza çıkar: Özel hukuku aşan şartlar, o alana ait olmama anlamında özel hukukla ilişkili olduğundan, yalnızca idare hukuku alanında kalınarak saptanamaz. Birtakım şartların özel hukuku aşığıının saptanmasında özel hukuk da referanslardan biri olduğuna göre, özel hukukun özelliklerinin bu şartları

\textsuperscript{204} BİLGİN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 127. Yazan, Fransız hukukundaki bu tartışmanın Türk hukuku bakımından önemli olmadığını belirtmektedir.

\textsuperscript{205} RICHER, s. 87.

\textsuperscript{206} Bkz. VEDEL, "Remarques...", s. 545 vd.
dişlayıp dışlamadığını belirlemek gerekir. Özel hukuk alanında hukuka ayırı ama kamu hukuku alanında hukuka uygun olabilecek şartlar çok sınırlıdır ve çoğunlukla özel hukuku aşan şart, özel kişiler arası ilişkilerde mümkün ya da alışillé olmayan bir şart anlamına gelir. Özellikle özel hukuk ilişkilerinde alışillé olmayan, normal sayılamayacak şartların, salt bu nedenle özel hukuk kuralları çerçevesinde mutlaka yasak ya da imkansız görülemeyeceği düşünüldüğünde sorun çözelemez.  


Özel hukuku aşan şartların bu anlaşılması biçiminde nedeniyle, bu konuda yargı organlarının geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilerek, genellikle bu tür şartların bir listesinin yapılması yoluna gidilmektedir.

Conseil d’Etat kararlarında, idarenin alacağı yarışsal yollara başvurmaksızın tahsil edebilmesi, uyuşmazlıkları çözüme bağlamak için re’sen hareket etme yetkisi, diğer âkit üzerinde kontrol, yönlendirme ve denetim yetkisi,
karşılık taraflı kamu yararına yönelik yükümlülükler üstlenmesi, idarenin çalıştırılacak personelle ilgili yetkilere (örneğin bunların çıkarılmasını isteme) sahip olması, tek yanlış değişiklik yapma yetkisi, idarenin (kıraya verdiği salonda) oynanacak oyunların belirlenmesinde yetki sahibi olması ve oyunlardan gösteri vergisi alınmayacağı kaydı, idare ajanları tarafından tutulan tutanakların geçerli olacağı kayıdır, (restaurant işletilmesinde) idareye çalıştırılacak personel ve tariffe üzerinde yetki tanıması konularındaki sözleşme hükümlerinin özel hukuku aşan şart kapsamında görüldüğü belirtilmektedir. 211 Fransız öğretisinde, bu tür şartların dışında, özel kişinin kamu hizmetinin işlenmesine katılmasıının birazıhi özel hukuku aşan şart olarak değerlendirildiği de olmuştur.

Türk hukukunda, yargı organları genel ifadelerle, sözleşmenin idarenin diğer tarafına göre üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşımasını ölçüt olarak kullanmaktadırırlar. BİLGEN, Danıştay’ın 11.1.1966 tarihi kararında ilk kez “özel hukuku aşan hüküm ve şartlar” terimini kullandıgıını ve “bununla bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşılı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesini” ifade” ettiği belirtmektedir. 212 Yazara göre, “(...) Türk Hukukunda, özel hukuku aşan şartların tanımı konusunda, Fransız hukukunda olduğu gibi bir kriz ve zorluk yoktur. Yalnız kamu kudreti imtiyazlarına bağlanabilen şartlar Yüksek Mahkemelerce özel hukuku aşan şartlar olarak kabul edilmektedir” 213

211 RICHER, s. 88-89; CHAPUS, s. 496-497.
212 BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 131.
213 BİLGEN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 131.


Nitekim BALTA, sorunu netlikle ortaya koymaktadır: “(B) bir sözleşmede kamu hukukuna bağlı (...) şartların bulunması ona idari nitelik veremez. Çünkü sözleşmenin idari oluşunun bütün ile idare hukukuna bağlı olması sonucu doğurur. Sözleşmede kamu hukukuna aid bir kısım şartların bulunması böyle bir sonuç çıkarmaya yetmez. Nitekim benzer şartlar özel hukuk sözleşmelerinde de yer
alabilir. Böyle bir durum sadece ilgili sözleşmenin kamu hukukuna bağlı bir takım şartları kapsadığı anlamına gelir."²¹⁴

3) Özel Hukuku Aşan Hukuksal Rejim


²¹⁴ BALTA, İdare Hukukuna Giriş, s. 190.

²¹⁵ Karara ilişkin açıklamalar LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 158-159’dan alınmıştır.

²¹⁶ Fransız öğretisinin genel algılayışı bu olmakla birlikte farklı görüşler de ileri sürülmüşdür.

²¹⁷ RICHER, s. 108.
Bu kararla birlikte özel hukuku aşan şart ölçüttü özel hukuku aşan rejime doğru kaymıştır ve bu ikisi arasında önemli bir fark olmadığını savunanlar bulunduğu gibi, kararın getirdiği çözümün yenilik içerdiğini kabul edenler vardır.


Bu durumda, özel hukuku aşan rejim, idari sözleşmein tek ölçüttü haline gelecek ve sözleşme ancak bir kamu hukuku ortamında yapılrsa, yani sözleşmein idari sözleşme olması gerektiği izleniminin edinilmemesinin mümkün olmaması nedeniyle idari sözleşme kabul edilecektir. Diğer ölçütlər ise bu “kamu hukuku iklimi”nin saptanmasında kullanılabaktır.

218 Prosper WEIL, “Le critère du contrat administratif en crise”, Mélanges Offerts a Marcel Waline, s. 833.
219 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 159.
220 WEIL, s. 845.
221 WEIL, s. 847.
222 WEIL, s. 848.
Bu anlamıyla özel hukuğu aşan rejim, sözleşmenin içeriği ve hükümlerinin dışında, özel bir rejime vurgu yaparak sözleşmeye kurulan ilişkiye bir bütün olarak ele alması nedeniyle önemlidir.

4) Maddi Ölcütlerle İlişkin Değerlendirme

1956 yılındaki kararlardan (Bertin ve Grimouard kararları) itibaren sözleşmenin, karşı tarafta kamu hizmetinin yürütülmesi görevini vermesi ya da özel hukuğu aşan şartlar içermesi durumunda idari sözleşme sayılacağı kabul edilmiştir.223 Bu durumda, kamu hizmeti ve özel hukuğu aşan şart ölçütlerini birbirinin alternatif olarak kullanmak ve birinin varlığı halinde sözleşmeye idari nitelik tanımak mümkündür.

Fransız hukukunda, sözleşmenin idari sözleşme olabildiği için bu iki ölçütün birlikte aranması gerektiği kabul edilmesek, idari sözleşme ölçütü, alternatifli ölçüt olarak adlandırılmaktadır. Ancak ilkenin bu biçimde kabulünün sorunları büyük ölçüde çözüceği düşünülse de asıl sorun bu ölçütlerin içeriğinin saptanmasında ortaya çıkmaktadır. Bu içerik sorumundan bağımsız olarak düşünülemecek çeşitli ayrıksı durumların kabul edilmesi de ölçütlerin güvenilirliğini tartışmaktadır. Örneğin, ekonomik alandaki kamu hizmetlerinden yararlananlarla yapılan sözleşmelerde, tarafardan birinin kamu tüzelikisi olması, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve çoğu durumda özel hukuğu aşan şartlar içermesine rağmen bu sözleşmelerin 1961'den sonraki dönemde mutlak olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmasını açıklamak güçtür. Ya da kamu tüzelkisilerinin hizmet akdiyle personel çalıştırması durumunda, üst düzey bazı görevlilerle yapılan sözleşmeler
dişindaki sözleşmelerin özel hukuka tâbi olacağınıın kabul edilmesi, ölçütler sorunlu hale getirmektedir. Bu durumda idari sözleşme ölçütlerinin, beklenen öngörulebilirliği, en azından pratik bir yöntem olarak ölçütlerin uygulanmasıyla ulaşılacak sonucun kesinliğini, ortadan kaldırmaktadır.


223 WEIL, s. 831.
IV. TÜRK YARGI KARARLARINDA KULLANILAN ÖLCÜTLER

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay, idari sözleşmelerle ilgili ilk kararlarından bu yana, Fransız yargı organlarının geliştirdiği ölçütleri sözleşmenin niteliğinin saptanmasında kullanmıştır. Ancak Türk yargı organlarının bu ölçütlerde verdiği anlam, teker teker ölçütlerde verdiği değer ve bunları kullanım biçimi farklı ve özgün bir içtihat oluşturmaktadır. Bu kararların incelenmesiyle ortaya çıkan bir yargıyı baştan belirtmekte yarar var: Türkiye'de idari sözleşme kavramı ortaya çıkışıyla birlikte kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde algılanmış ve bu nedenle de idari sözleşme kamu hizmetinin yürütülmesinde bir yöntem olarak görülmüştür. İdari sözleşme ölçütlerinin yargı organlarına kullanılmasına ve sonuçta idari sözleşme kategorisinin, öğretenin öteden beri eleştirdiği, 224 konu itibarıyla çok sınırlı bir alana sıkıştırılmasına damgasını vuran bu yaklaşımın, kamu hizmetinin yürütülmesinde kamusal rejimin zorunlu olduğu varsayımı/kabulü, bir idari usul olarak idari sözleşme kategorisinin kabul edilmesine yol açmış ve sözleşmeye konu olabilecek diğer alanlar iradi olarak dışlanmıştır.

Ayrıca kamu hizmetinin görülmesini içeren sözleşmeler dışında birtakım sözleşmelerin yasama organı tarafından yasayla idari sözleşme olarak nitelenmemesi

224 ONAR, C. III, s. 1605; DURAN, Ders Notları, s.431; AZRAK, "Idari Mukavele...", s. 538.
ya da bunlardan doğacak uyuşmazlıkların idari yargıya bırakılmaması nedeniyle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle yargı kararlarında telaffuz edilmeye başlayan idari sözleşme kategorisinin diğer bazı sözleşmeleri de kapsayacak biçimde genişletilmesi gerektiğini ortaya çıkarmış ve yargı organlarına hissedilmemiştir.225

Danıştay’ın imtiyaza ve dolayısıyla idari sözleşmelerine ilişkin ilk kararı 26 Şubat 1935 tarihli İstanbul Tramvay Şirketi kararıdır. Bu kararda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımı yapılarak bunun diğer idari sözleşme türlerinden farklı nitelik taşıdığı belirtilmektedir. Kararda şu gerekçelere yer verilmiştir:


226 Karar metni için bkz.: OSTEN, s. 38-39.
Karara hakim olan genel yaklaşım, yürütülken hizmetin ve sözleşmenin niteliğinin *apacıq* olduğu yönündedir. Çünkü, hizmete ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın kamu hizmeti olduğu kabul edilmiş, imtiyaz sözleşmesinin de idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla idarenin özel hukuktan farklı yetkilere sahip olması belirtilmiş, bunlar tartışılmamıştır. Bu durumda, ilk ilke, kamu hizmetinin görürlülmesine ilişkin sözleşmelerin niteliği gerektiği idari sözleşme olduğu olduğudur. Bunun dışında herhangi bir ölçüt aranmasına gerek kalmamaktadır çünkü kamu hizmetiyle ba derece bir ilişki uygulanacak hukuksal rejimi de beraberinde getirmektedir. Kararda, şirketle tanınan bazı hak ve ayrıcalıklardan, sözleşmenin nitelenmesi için yararlanılmaması da niteliği gerektiği idari sözleşme anlayışının benimsendiğini göstermektedir.227

Kararda, imtiyaz sözleşmesinden “âmme hizmetinin temsiyet şekli” olarak söz edilmesi, bir başka sonucu da kabul edildiğini gösterir. Kamu hizmetinin yürütülmesinde asıl olan kamusal usuludur ve kamu hizmeti, kamu hukuğu kurallarını beraberinde getirir.

Mahkeme, sözleşmeye kamu hizmeti arasında bir ilişkinin kurulmadığı durumlarda ise sözleşme hükümlerine bakarak sonuca ulaşacaktır.

227 Devlet Şurası Umumi Heyeti’nin, Maliye Vekaleti ile Fenerler İdaresi arasında çıkan uyumsazlığın çözümü için hakem seçilmişine ilişkin 37/238 sayılı kararında da aynı yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Maliye Vekaletinin başvurusunda dayanak olarak “Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 250 nci maddesi hakemin davayı rüyete selahiyetli hakim tarafından intihap olacağı amir bulunması gösterilmiş, kararda da “bir amme hizmetinin ifası nispeten mümkünün vekâid ve imtiyaz mukavelesi”nden söz edilerek uyumsazlığın “bir amme hukuğu ihtilafi olduğu” kabul edilmişdir (DKD, S. 1, s. 58-60).
Yol yapımına ilişkin sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi nedeniyle açılan davada verilen 24.5.1939 tarihli karar, kamu hizmetiyle ilişkin bakımından açıklayıcı olabilir. Bu davada Savcı,

“Davada bahis mevzuu olan mukavelenin muhtevası, bir amme hizmeti olan umumi bir yolun inşasına dair bulunmasına ve tarafların mukaveleye bağlı şartname kabul etmesine ve yine mukavelede idare için tek taraflı bir fesih salâhiyeti kabul edilmiş olmasını göre, bu mukavelenin âmme hukuku rejimine tâbi idari bir mukavele olduğunda şüphe edilemez.

(...)

Her ne kadar bu babadaki mukavelenamenin 11 inci maddesinde (Bu mukavelenamenin tefsir ve idari ahkmından mütevellit davalar Yozgat mahkemelerinde hal ve faslonur.) diye bir kayd varda da idari davalar hukuku âmminin bir şubesi olan idare hukukunun bir kısmını teşkil eylediğinden bu hususta hükümleri muhtevi Devlet Şurası Kanunu da hukuku âmme kanunlardır. Hukuku âmmede âad kanunlar ise intizami âmme kanunlardır. Bu kâbîl hükümler hilaflına mukavele caiz değildir”

görüüşüyle sözleşmenin idari nitelik taşıdığıni ve uyumsazlığın Danıştay’ın görevine girdiğini savunsada da, bu görüş benimsenmemiştir:

“Hadise, hukuku hüsusiye sahasına dahil bir mukavelename hükümünün yerine getirilmemesinden mütevellid olup, esasen idareye fesih salâhiyeti mezkur mukavelenamenin 7 nci maddesile tanınmış ve 11 inci maddesile de mukavelenamenin tâbikatından mütevellid davaların Yozgat mahkemesinde görüleceği tasrih edilmiş olduğundan dannanın vazife noktasından reddine

karar verilmiştir.”228

Yol yapımının kamu hizmeti olarak nitelendirilmemesi nedeniyle mi yoksa sözleşmenin içeriği itibarıyla idari sözleşme özelliği taşıdığınnin saplanması nedeniyle mi bu yönde karar verildiğinin açık değildir. Yine de karardan a contrario sonuçlar çıkarmak mümkün değildir. İdarenin sahip olduğu fesih yetkisinin akıdi niteliğine

228 Dan. 5. D., E. 1939/1038, K. 39/822, k.t. 24.5.1939, DKD, S. 10, s. 72-73.
vurgu yapılmış olması, niteliği gereği idari sözleşme anlayışının benimsendiğini gösterebilir. Zira, sözleşme kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olsaydı, bu tür kayıtlar taşımmasına gerek olmaksızın idari nitelik taşıyacak ve idarenin birtakım yetkiler kullanımı mümkün olacaktır. Ancak bu yargının diğer kararlarla desteklenmesi gerektiği açıktır. Danıştay'ın hiç yalpalamadan, öğretide bayındırlık imtiyazı olarak adlandırılan sözleşmeleri özel hukuk sözleşme olarak görmesinin temelleri bu kararda, açıkça belirtilmemekle birlikte bulunabilir.\textsuperscript{229}

Bu dönemde, sözlemselde kurulan ilişkinin yanısıra sözleşme metnine yer alan hükümlerin de sözlemenin niteliğini saptamakta kullanıldığı kararlar bulunmaktadır. Sözleşmenin hükümlerinin incelemesine yoluna gidilmesi, idarenin sözlemenin niteliğini belirleme konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu anlamına gelir. Ayrıca böyle bir inceleme sözlemenin \textit{niteliği gereği idari sözleşme} olmadığını varsayımından hareket eder.

İzmir Belediyesi ile İzmir İmalat ve İnşaatı Umumiye Türk Anonim Şirketi arasında yapılan ve genel olarak yol yapımını ve tramvay işletme hakkı verilmesini

içeren sözleşme dolayısıyla Dava Daireleri Umumi Heyetinin 24.9.1940 tarihi kararın sorunu bu çerçevede tartışmıştır.

Savcının görev sorununa yaklaşımı şöyledir:


230 Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, k.t. 24.9.1940, DKD, S. 14, s. 52-56. 21 Mart 1934 tarihli sözleşmede, “gümüşk dairesi önünde Basmahanye kadar büyük caddeinin açılması için yapılacak istimalı bedellerinin şirket tarafından verilmesi ve bu caddein lağım hazine ile inşa için belediye beş bin lira kadar bir para tediyesi mukahilede bu caddein her iki tarafından yirmi beş metre dahilinde olan emlak ve akarleti istimalı bedeli şirket tarafından tediye edilmek üzere şirkette devir ve ferağ ve bu yollara müntehâ yolların dolore lüzum kalmayan yollar ile yol fazlalarının bedelsiz şirkette devir ve ferağ ve yine bulvara muvazi ve bulvarla irtibatlı belediyece kabul olunan caddelerin genişletilmesi halinde bu yolların da iki tarafındaki belediyenin istihdami haklarının tamamen şirket devri ve bulvar üzerinde tramvay işletme hakkı ve şirketin tesis maksadına muvaflı her nevi hususatta musavi şartları haiz olanlara tercili hususları taraflarca kabul edilmiş”tir. Şirket, “(...) belediyenin hak ve selahiyetlerini sarih bir kanun olmadıkça ferdere devredemiyecliğinde ve keza hudutsuz ve müddetsiz bir ruchan hakkı itasına salahiyeti olmamı ve tramvay imtiyazi ihalesi yol ve yol fazlası ve istimalı olunan akaratin devir ve temlikli muayyen eşkâl ve merasime tabii olduğunu şirketke karşı bir iяз taahhüdü esasen hükümüz olduğu cihetle bu mukaveleinin ehlîyet ve salahiyet noktasyonun butlannına karar verilmesi” istemiyle daha açımsızdır.

mukavele hukuku hususiye esaslarla ine’ikat etmiş olmasına rağmen ihtiva ettiği hükümler itibarile vukuu mukarrer istimlak muamelesine davacı şirketi teşvik etmiş olmakla beraber belediyenin kudreti amemesine tealluk eden kanuni diğer bazı hususları ezçümle uzun müddetle tramvay işletme ruhsatı tanımaktak ve asrı apteşhaneler kuşad ve işletilmesine mülaket etmek gibi olanların nefsindé cem etmiş ve aktindeki gaye ye mütenaziran muhtevi bulunduğu bu nevi şartlar ve onlardaki hususiyet dolayisile idari mukavele karakteri göstermekte bulunmuş olduğu sebebinden bundan tevellüd edecektihilafının mercii rüyet ve halli idari kaza olmak lazım gelir".

Bu görüşlere karşı Umumi Heyetin verdiği sonuç ilginçtir:

“İdare velev ki âmme menfaati ile alakadar bir ihtiyaç temin bakımından olsun aktedecği mukavelelerde hususi hukuk hükümlerine veya idari mukavele ismile anilan şekilde âmme hukuku hükümlerine istinad suretile akid yapmakta serbesttir. Bu serbesti dolayisile yaptığı akitlerin de idari veya adlı kaza murakabesine tahi olacağını tabiitdir.

İdari kazanın vazifesi mukavelenin âmme hukuku ve rejimlerinin tatbiki suretile hazırlanmış olması halinde teessüs eder.

Mukavelenin âmme hükümlerine istinad ettiği tebeyin edecek husus ta (mukaveleye umumi bir şartname ilhak edilmesi, müteahhidin şahsın umumi hizmetin işlmesine ıştiraki, işin mahiyetinin zaruri olarak âmme hizmetine mülhak bulunması, mukavelede mülhakdis ihtilaflarını hallinde idari kazanın selahiyeti sarahaten kabul edilmiş olması gibi) akdin metin ve mahiyetinden istidlal olunur.

Müstedi şirketin istinad ettiği mukavelede hususi hukuk hükümlerine rûchân verilmiş olduğu görülmekte olmasına mebnidir ki,

(...) 

Davanın vazife noktasından reddine"
karar verilmiştir. ONAR, bu prensip kararının “çok müphem” olduğunu belirtmektedir. Karardan, bu ilkelerin sözleşmenin hangi hükümlerine nasıl uygulanarak sonuca varıldığının anlaştılamaması da ayı bir sorundur. \(^{232}\)

\(^{232}\) ONAR, C. III, s. 1602.

129
Dava Daireleri Umumi Heyeti’nin 8.7.1941 tarihli kararı, niteliği gereği idari şöyleleme anlayışı ile kamu hizmeti ve özelahkanı aşan şartlar ölçütlerinin kullanımının, sonraki kararlarla iyice yerlescektir, tipik örneğini oluşturmaktadır:

“Bir mukavelenin idari mukavele olup olmadığını tayin için yalnız akdin mevzuuna değil mukavelenin zat ve mahiyetine ve şekline de müracaat lazım.

İdarenin âmme hizmetlerinin ifasında muharrik ve saiki âmme menfaati olmakla beraber bu gaye ve şartlar altında yapılan bütün mukavelerin idari kaza mürakabesine tâbi olması zaruri değildir.

Âmme hizmetinin işlemesi için salahiyetli makamlar mesela imtiazzı mukavelere gibi âmme hizmetlerine istiraki tazammun eder mahiyette mutebârîz bir âmme mukavelerle karakterini taşıyan mukaveler haricinde ammenin menfaatine muvafîk görüntülerin şekil ve surette mukavelerini dilerlerse hususi hukuk âhümûllerine uygun ve medeni bünyede, dilerlerse âmme hukuku âhümûllerine tâbi idari mahiyette tanzim edebilerler.

Bu tanzim tarzı intizami âmmeye muhalif bir vazife tavizi manasını tazammun etmez“.

Savcı,

“Îdare tarafından âmme nef’ine arzolunacak bir hizmeti başarmak kastı ve niyetle hakiki veya hükmü şahisla aktedilmiş bulunan bir mukavele idari mukaveler arasında yer alır. Hadisede mevzubahs mukavele de umumi bir yolun âmme nef’i mülahazasile inşa ve ikmali maksadile aktedilmiş olmak haysiyeti ile idari mukaveledir”.

görüşünü savunmuştur. Ayrıca savcı görüşünden, sözleşme genel mahkemelerden birini yetkili kılın bir yetki hüküm bulunduğu anlaşılmaktadır.

---

233 BİLGİN, karara idarenin sözleşmenin türünü seçme yetkisine ilişkin başlık altında yer verdiğini göre, karara konu olayda özel kişisin bir kamu hizmetinin işlemesine katılmaması nedeniyle bu sonucu varlığı kanısında olduğu sorelenabilir (BİLGİN, İdare Sözleşmelerin Kriterleri, s. 89).

Mahkemenin idari sözleşmenin asıl tipi olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini gördüü ve imtiyaz niteliği gereği idari sözleşme sayıldığı açıktr. Özel kişinin kamu hizmetinin görülmesine katılması sağlanma nedeniyle imtiyaz rejimi, sözleşmenin kendisinde yer alan hükümler ne olursa olsun, kamusal yürütüm çerçevesinde değerlendirilmektedir. İmtiyaz, kamu hukuku rejiminin birlikte getirecektir. Ancak imtiyaz niteliği taşımayan sözleşmeler söz konusu olduğunda idarenin seçim yetkisi vardır ve seçimini idari sözleşme yönünde kullanıp kullanmadığı, sözleşme hükümlerinin incelenmesiyle ortaya çıkacaktır.


Niteliği gereği idari sözleşme yaklaşımında sözleşmenin kamu hizmetinin kamusal yürütümünde bir araç olarak görülmesi, idari sözleşmenin kamu hizmetinin bir türevi olarak açıklanması anlamına gelir. Bu tür sözleşmeler de, idare ile sözleşme özel kişi arasında ancak kamu hizmetinin özelliklerini doğrultusunda bir ilişki kurabilir ve bu nedenle de kamusal rejimi içerir.
Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24.1.1946 tarihli üç kararı, Danştay kararlarıyla geliştirilen bu anlamın teyidi ve temel esaslarının saptanması niteliğindedir. Zaman ve Çangal ormanlarının işletilmesine ilişkin 1926 tarihli sözleşmenin idarece feshedilmesi üzerine çıkan uyuşmazlık dolayısıyla verilen kararda idari sözleşme kamu hizmeti amacıyla tanımlanmıştır:

“Mevzu hukuk muvacehesinde idari mukavelelerin mevcudiyetini tanımak ve ancak idari mukavelelerin gayesini teşkil eden (âmme hizmeti) tabirinin mana ve medlülünü düşümsmek icabeder. Bir âmme hizmetinin tanzim ve işlenemesini temin maksadiyle münakit olan ve idari prensip ve kaideleri harekete getiren idari mukaveleler, Devletin âmme kudretine dayanmaksızın tamamen bir Ferd gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanana hüsusi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arzeder.

Bu mukavelelerde âkid olan özel veya tüzel kişiin, hizmetin işlenmesine iştirak ettirilmesi, bunlara adi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili, hizmeti, umumun menfaatine uygun bir şekilde yürütümele görevli ve sorumlu olan idarenin alelade bir Ferd mevkinde kalması, âmme hizmetlerinin ıcap ve zararetleri icranın devamına deşifreleçeğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salahiyetin idari otoriteye tamması, hizmetin yürütmesinde aksaklık husule getiren âkid hakkında zeceri hükümler vaz’ı, el koyma ve uzun maddedi olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukavele hudutlarını așan şartların bulunması mutad olmuştur”

Bu temel ilkelerin somut olaya uygulanmasında Mahkeme öncelikle ormanların hukuksal rejimini araştırmış, orman rejimine ilişkin düzenlemelerin incelenmesinden sonra, ormanların işletilmesinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve bunlara ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olamayacağına hükümmuştur.


236 “(...) 4785 numaralı kanun ise, bütün ormanların hiçbir işlem ve bildirime lüzum olmaksızın Develletleştirilmiş olduğunu tansis etmiş ve esasen tafsil edilen âmme kaideleriyle idare ve
Salt bu neden, idari sözleşmenin varlığını kabul için yeterliyken, Uyuşmazlık Mahkemesi sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesini de gerekçe olarak kullanmıştır:

“Muhteva itibariyle de bu mukavele, adı mukavele hudutlarını aşan bir çok kayıt ve şartları ihtiva etmektedir. Ezcümle Ormanın teşcir, imar ve muhafazası, Hükümetçe muadillerine verilen nisbette maaş verilme şartıyla kafi mikarda muhafız kullanılması ve yine maaş şirkete tediye olunmak üzere şirkete nezdinde Hükümet komiseri bulundurulması, memur ve müstahdemler için konut inşa ve disperser ihdasi, amelenin Türk vatandaşlarından seçilmesi ve müstahdeminin çocuklarının okutturulması, Avrupaya öğrenci yollanması, yardım sandığı tesi gibi âkîd şirkete mecburiyetler tahmili bu zümredendir”.


“Ormanın teşcir, imar ve muhafazası’nın bu tür şartlar arasında sayılmasıyla kamu hizmetinin görülmesinin bizatihi özel hukuku aşan şart olduğu düşüncesinin kararda yer aldığı ise, ifadenin açıkça taşınması karşısında, savunulamaz.

Ancak bu hükümlerin sayılıdığı paragrafin hemen ardından yer alan hükümlerle, sözleşmenin bir kamu hukuku ilişkisi kurduğu saptanabilir:

“Hizmet nefine istimlak kadesinin cereyan edebilmesi ve hariçten getirilecek makine, alât ve edevat gibi işletme ile ilgili esya ve levazımın

işletmesi âmne hizmetleri arasına girmiş olan orman işlerinin Devletin esaslı fonksiyonlarından sayılması lazım geleceğini müeyyid bulunmuştur. (...) âmne emlakinden sayılmasında tereddüt olunanayacak bulunan, istismar ve idaresi münhasır Devletin inhassına bırakılmış olan Ormanların işletmeçesine ait olan mukavelelerin (...) hususi hukuk kaidelerine tabiyetini kabule imkan görülmemiştir”. 133
gümüşk resminden muafiyeti ve müteşebbisin, hizmetin ifasına istirak ettirilmesi ve elli senelik uzun bir süre kabulü gibi mümtaz şartların mevcudiyeti, mukaveleyi hususi hukuk mukavelelerinden ayıran ve bundan başka bir kategoriye aidiyetini yok nazarda gösteren hususiyetlerden ve farık vaflardandır

Mahkemenin bu gerçekçelerle sözleşmeye idiari söyleşme olarak nitelerken kullandığı bir başka ifade ise çelişkilidir:

"Mukavelede idareye resen fesih hakkının tanımlı olması; âmme hizmetlerinin tanzim ve idaresinde yegane vazifeli ve sorumlu olan Hükümetin, kararlar almak ve aldığı kararları icra mevkiine koymak hususunda bir fert gibi bir mahkemeden karar almak mecburiyetinde olamayacağı ve mahkemeye başvurma mecburiyetinin bu icrai kararlarından müteessir olan fertlere taalluk edeceği yolundaki âmme hukukunun esası bir kaidesinin tebaruz ettirilmiş bir ifadesidir. Ve sadece hizmet nef'ine olarak konulmuş olan bu kayıt, bahis mevzu olan işleme mukavelesinin karakteristik vasıfını taşın ve bir idiari mukavele olarak kabulüne kifayet edebilir". (i.b.a.)

Mahkemenin bu ifadesine büyük bir önem atfedmek mümkün görünmemektedir. Sözleşmenin idiari söyleşme olduğu saptandıktan sonra, bu ifadenin varılan sonucu güçlendirmek için kullanıldığı düşünülebilir. Kararda belirtilmemekle birliktede uyuşmazlığıda söz konusu olan bir imtiyaz sözleşmesidir. İmtiyaz sözleşmelerinin nitelik itibariyle idiari söyleşme sayılması nedeniyle, sözleşmede re'sen fesih yetkisinin yer almaması, sözleşmenin idiari söyleşme olmadığı anlamanı gelmez. Re'sen fesih yetkisinin bulunması, idiari söyleşme belirtilerinden biri olabilir ve bu biçimde vurgulanması gerekсидir. Kaldi ki, Danıştay'ın yukarıda anlan kararında, sözleşmede yer alan fesih yetkisinin idare tarafından kullanılmış nedeniyle açılan davada bu yetki, sözleşmenin özel hukuk

237 Dan. 5. D., E. 1939/1038, K. 39/822, k.t. 24.5.1939, DKD, S. 10, s. 72-73.
sözleşme olarak kabulünde kullanılmıştır. Bu iki karar arasında yalnızca görünüde bir çelişki vardır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, sözleşmede yer alan görev ve yetkiye ilişkin hükümlerin geçerliliğine ilişkin temel ilkeyi de bu kararla koymmuştur. Sözleşmede “mukaveleden mütevellid ihtilafat(ın) Devletin kanunları ve umumi kaideler dairesinde” çözüleceği belirtilmiştir. Mahkeme bu hükümün anlamını yorumlamıştır:

“Mahkemelerin vazifelerini tayin, âmme nizamından olup bu yolda sarıh bir metin mevcut olduğu takdirde bir mukavele ile tarafların bunu değiştirmek kudretleri tanınamayacağı, hukuk esasları icabından(dür).

(...) Umumiyet ve hususiyet ancak aynı kategoriye dahil kanunlar ve teşekkürler arasında cari bir vafif bulunduğu cihetle âmme hukuku ve hususi hukuk gibi hukukun iki esaslı ve ana kolumu temsil eden adlı ve idari mahkemeler arasında bu yolda bir tefrika ve bu iki mahkemenin vazifelerini tayin hususunda böyle bir kıstas kabulüne de ilmen cevaz olamaz”.


Bu dönemde, imtiyaz ve benzeri sözleşmeler dikkate alınarak yapılan idari sözleşme tanımlamalarındaki temel unsurlar şunlardır:
1. Taraflardan birisi idaredir


3. İdareye birtakım üstün hak ve ayrıcalıkların tanınması gerekir. Bu, sözleşmenin özel hukuku așan şartlar içermesi ya da sözleşmenin düzenlediği ilişkinin kamu hukuku alanında kalmasyyla mümkündür.

4. Sözleşme uzun bir süre için yapılmalıdır.

Sözleşmenin uzun süreli olması dışındaki unsurlar üzerinde herhangi bir tereddüt yaşanmamıştır. Kararlarında bazen, sözleşmeye bir şartname eklenmesi, idari yargının görevli olduğunun sözleşmede belirlenmesi ve benzeri ölçütlerden de söz edilmiştir. Ancak bu tür ifadelerin bunların gerçek birer ölçüt olarak kullanıldığı yönünde yorumlanması güçtür. Uyuşmazlık Mahkemesi, sözleşmenin uzun süreli olmasını bir ölçüt olarak kullanırken, Danıştay makul süre ölçütünü öne çıkarmıştır. Ancak sonraki kararlarda sözleşmenin süresi, niteliğin belirlenmesinde belirleyici

238 Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, k.t. 24.9.1940, DKD, S. 14, s. 52-56.

239 Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, k.t. 24.9.1940, DKD, S. 14, s. 52-56.

görülmemiştir. Bunun yerine, sözleşmenin sürekli bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması yeterli sayılmıştır.

Son dönemde yap-işlet-devret sözleşmeleri dolayısıyla verilen Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bu çizgi, önemli bir değişime uğramaksızın günümüzde de sürdürmektedir. Bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna ulaşan Danıştay 10. Dairesinin 29.4.1993 tarihi kararında 241 idari sözleşme şöyle tanımlanmıştır:

“Bir sözleşmeın idari sözleşme sayalabilmesi için, taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlik tanınması gerekmektedir”.

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadi da bu yönüdedir:

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayalabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumuy da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinizin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetim özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir”. 242

Uyumazlık Mahkemesi ise, yukarıda da anılan bir kararında,

“İdari sözleşme, İdarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlış değişiklik yapabilir ya da sözleşme feshine gidebilir” 243

diyerek, sözleşmenin yetki ve sebep ögelerini de idari sözleşmelerin tanımına dahil etmiş; yakın tarihlı bir kararında da idari sözleşmeleri, konu ögesini de kapsayacak biçimde şöyle tanımlamıştır:

"Taraflarından biri kamu tüzel kişi olan, konusu kamu hizmetiyle ilgili bulunan, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralları özel hukuktan çok kamu hukuku kuralları olan ve yöntem üstün hak ve yetkiler tanıyan sözleşmelerin "idari sözleşme" olduğu yerleşik yargısal içtihatlarda kabul görmüş bulunmaktadır" 244


Sınai ya da ticari kamu hizmeti kategorisindeki hizmetlerden kişilerin yararlanmasını abonman sözleşmesi ya da benzer sözleşme tipleriyle olmaktadır. İlk baktısta bu sözleşmelerin de, taraflarından birinin idare olması, konusunun kamu hizmetiyle ilişkili olması ve genellikle özel hukuku aşan ya da özel hukuktan farklı şartlar içermesi nedeniyle idari sözleşme sayılması mümkündür.


Danıştay’ın ilk kararlarıyla birlikte kullanıcılarla yapılan sözleşmelerin özel hukuka tâbi olacağı kabul edilmiştir. 5. Daire 10.3.1939 tarihli kararında, belediyenin su sahtelerinin sarfıyatı eksik göstermesi nedeniyle kaldırılması ve belediye meclisince belirlenen tarife üzerinden bedel alınmasına ilişkin kararın iptali istemiyle açılan davayı,

245 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 153’de bu yöndeki belirli başlı kararlar sayılmaktadır.
246 Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcılara yaptığı sözleşmeler, içerdikleri hükümlerden bağımsız olarak, her zaman özel hukuk sözleşmesidir. CE, 13 Ekim 1961, Campran-Roy. Bu kararla, bu sözleşmelerle ilgili görev blok olarak özel hukuk yargıcına verilmiştir. (FLOGAİTIS s. 162)
247 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 153.
248 RICHER, s. 108. T.C. 17 Aralık 1962, Dame Bertrand kararı.
249 Dan. 5. D., E. 1938/1941, K. 1939/103, k.t. 10.3.1939, DKD, S. 8, s. 84-85. Su bedelinin hesaplanmasından kaynaklanan uyumuzuzik konusunda aynı yönde Dan. 5. D., E. 1939/1420, K. 1941/1278, k.t. 28.7.1941, DKD, S. 18, s. 52-53.
“Hadise, belediyanın hukuku hususiyeye kaidelerine tevfikan ferd sıfatı ile sattığı su bedelinden mütehaddis ihtilafa taalluk etmek ve rüyeti adli mahkemelerin salahiyeti kazaiyesi dahilinde bulunmaka olmasına binaen”

görev yönünden reddetmiştir.250

Bu kararla, idarenin özel hukuka tâbi bir faaliyetinin olması durumunda, kurulan ilişkiden kaynaklanan tüm uyusmazlıklar ve idarenin bu faaliyete ilişkin tüm işlemleri blok olarak özel hukuk alanında bırakılmaktadır. Belediyanın elektrik satış sözleşmesini feshetmesi nedeniyle açılan davada 11. Daire’nin 25.2.1970 tarihli kararında da aynı kural benimsenerek dava,

“Davacı ile davally arasında aktedilmiş ve idari nitelikte olmayan sözleşmenin uygulanmasından dolayı akteler arasında çıkmış olan uyusmazlık hususı hukuku ilgilendirmekte ve çözümu de adli yargı yerlerine ait bulunmaka oldugundan”

görev yönünden reddedilmiştir.251

Bu konuda Uyusmazlık Mahkemesi’nin görüşü de aynı yöndedir:


250 Belediyanın faaliyetine ilişkin olarak su satma gibi doğrudan bir niteleme de, aslında faaliyetin bir kamu hizmeti olarak görülmemiş anlamına gelebilir.


Türkiye Azot Sanayi T.A.Ş. ile Türkiye Elektrik Kurumu arasında imzalanan elektrik enerjisi alm-satım sözleşmesinin iptali için Gemlik Belediyesi tarafından açılan davada Danıştay'ın sözleşmenin niteliğine ilişkin değerlendirme farklı olmuştur.

"Konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafına nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan idari sözleşmelerden dolayı idare ile diğer taraf arasında çıkacak uyuşmazlıkların görün ve çözümü Danıştay'a ait(tir).

(...)

Bu nedenle devamlı ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla davalı idareler arasında aktedilen idari sözleşmeden dolayı (...) açılan işbu dava Danıştay'ın görevine gir(mektedir.)"\textsuperscript{253}

Danıştay'ın bu kararının abonman sözleşmeleri açısından bir istisna doğurup doğurmadığı tartışılabilir. Gerçekten de kullanılan argümantasyon yöntemi ve ölçütler açısından bu karar, ana akımın dışında kalmaktadır. Ancak kararın yakından incelenmesiyle farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Öncelikle, uyuşmazlık doğrudan doğruya sözleşmeden, sözleşme hükümleriyile ilgili bir hukuka aykırıltan kaynaklanmamaktadır. Gemlik Belediyesi'nin sözleşmenin iptali istemiyle dava açmasının nedeni, Belediye ile TEK arasındaki görev dağılımı çerçevesinde belediye sınırları içinde elektrik dağıtımı ve işletilmesinin belediyeye ait olduğu iddiasıdır.\textsuperscript{254}


\textsuperscript{254} "Uyuşmazlık; 1312 sayılı Yasannın 3 ve 27 nci maddeleri karşısında Türkiye Elektrik Kurumunun, belediye hudutları içinde dağıtım şebekeleri kurup kuramayacakları ve bu şebekelerden enerji satıp satamayacaklarını noktasına ilişkin" (Bkz. s. 511).
Nitekim Danıştay, 1580 ve 1312 sayılı yasaların hükümlerini yorumlayarak belediye sınırları içinde elektrik dağıtımını konusunda TEK'in değil Belediyenin yetkili olduğuna karar vermiş ve sözleşmeyi iptal etmiştir.

Bu davada önemli olan, ne sözleşmenin idari nitelik taşması ne de, kararın bir başka yönünü oluşturan, üçüncü kişilerin idari sözleşme aleyhine iptal davası açıp açamayacakları sorunudur. Danıştay, önündeki somut sorunu çözmek için, olayda bir tek yanlı işlem saptayamadığından, sözleşmeyi idari olarak niteleyerek davada görevliliğini gerçekleştirmiştir. Bu nedenle bu karar, idari sözleşme ölçütlerinin kullanımı açısından yol gösterici sayılmaz.

Danıştay’ın yeni tarihi bir kararı bu tür sözleşmeler açısından, gerekçeleri itibariyle değil sonuçlar itibariyle, biraz daha “efrâdını câmi ağıyârını mâni” sayılabilir. Karara göre,


Bu sözleşmeler idare tarafından yazılı şekilde hizmetten faydalanmak isteyenlere sunulmakta ve onlar da sözleşmeyi kabul ve imza ederek akde katılmaktadır.

Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir: bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlar. Bu nedenle meydana getirildiği durumda genel bir hukuki durumdur ve subjektif sözleşmelerle bu kurallar değişirilemeyeceğinden, subjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünecektir.

Bu nedenledir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu

Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki çözüme yapılmadan önce çözüme şartlarının tek tarafından olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğu kabul etmek gerekir.

Aksı takdirde, yukarıda belirtildiği gibi kamu hizmetinin ifasındaki bazı koşulları düzenleyen tarife vs. değişikliklerin daha önceden yapılan abonman sözleşmelerine uygunlanmaması gerekir. Bunun da sürekli arzeden ve günün koşullarına göre maliyeti değişen kamu hizmetlerinde kabulünün imkansız olduğu açıktır.

Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların idarece tek tarafından olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüş ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemek.

İdarenin tek tarafından olarak kamu gücune dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir.\textsuperscript{255}

Bu tür sözleşmelerde sorun büyük ölçüde, idarenin -idari sözleşmeler değiş- özel hukuk sözleşmeleri ile tek yanlış işlemler arasındaki ilişkinin çözümlenmesinde yatar. İdare, sunduğu hizmetten yararlananlarla özel hukuk ilişkisine girişe bile tek yanlış işlemler yapma yetkisini de elinde tutmaktadır. Hizmetin örgütlendiş ve

düzенlenişine ilişkin işlemler, idarenin tek yanlı işlemleridir. İdarenin ilgiliyle arasındaki ilişkinin özel hukuk hükümlerine tâbi olması, idarenin bu ilişkiniyi etkileyen her türlü işlem ve eyleminin özel hukuk alanında kalacağı anlamına gelmez. Abonman sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleridir ancak bu, idarenin tek yanlı işlemlerinin idari yargı organları tarafından iptal davası yoluyla denetlenmesine engel değildir. İdarenin faaliyetinin ve buna yönelik işlemlerinin idari niteliği, sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu olayda karada tartışılması gereken sözleşmenin niteliği değil, idarenin aldığı kararın tek yanlısı idari işlem niteliğidir. Örneğin, bu tür ilişkilerde idarenin kamu yararını gerçekleştirmeye amacı ya da tekel yetkisine sahip olup olmadığı önem taşır. Önümüzdeki dönemde, idarenin ya da imtiyazlı özel kişilerin bu alanda tekel olmaları ortadan kalktığında sorunun çözümü için farklı yollar benimsenebilir.

Türk yargı organlarının klasik olarak özel hukuk sözleşmesi kategorisinde kabul ettiği idare sözleşmelerinin bir çeydini de, çeşitli dönemlerde yasaların adı değişmekte birlikte, devlet ihalelerine ilişkin yasa çerçevesinde yapılan sözleşmeler

oluşturur. Öğretide bu sözleşmelerin *pratik mülahazalarla* idari yargı denetimi dışında kabul edildiği belirtilmekle birlikte, ne yargı kararlarında böyle bir gerçekçeye rastlanır ne de öğretide bu ifadenin açıklımı ve gerçekçeleri açıklanmıştır. YAYLA’ya göre, abonman sözleşmeleri ile yol ve benzeri bayındırlık işi taahhüt sözleşmeleri de idari sözleşme olarak kabul edilebilir, “(y)alnız, pratik düşünceler ve uyumsuzlıkların olağan yargı yerlerinde çözümlemesinin kolaylığı böyle bir sınırlamayı hakkı gösterebilir”.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından yapılan ayrırm aslen bu sözleşmeler için geçerlidir. İdarenin sözleşmenin imzalanmasına kadar yaptığı işlemler idari niteliktedir ve idari yargı denetimine tâbidir, sözleşmenin uygulanma aşaması ise bütünüyle özel hukuk kurallarına tâbidir. Bu ilkenin açıklanmasında kullanılan temel argüman, idarenin özel hukuk alanında olsa bile bir ilişkiye girerken karar alma sürecinin idare hukuku kurallarına tâbi olduğunucludur. Ancak bunun doğru bir argümantasyon yöntemi olduğu düşünülemez. Bu yaklaşım, idarenin özel hukuk sözleşmesi akdederken de temel saikinin kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan yola çıkar. Ancak idarenin kamu yararını amacıyla girdiği bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin imzalanmasından itibaren neden özel hukuk kurallarına tâbi olabileceğini açıklamakta yetersizdir: Sözleşme imzalanmakla idarenin kamu yararını gerçekleştirmek için hareket etme zorunluluğu ortadan kalkmış midir?

Sorun yargı organlarının bu yondeki içtihadinin, bilinçsiz de olsa, kavrumsallaştırılmasından ve rasyonelleştirilmesinden kaynaklanır. Bu yaklaşımın

---

257 YAYLA, s. 129.

258 YAYLA, bunun gerçekçesinin suistimalleri önlemek olduğunu belirtmektedir (YAYLA, s. 127).
öncülünü, yargı organlarının kararlarının rasyonelleştirilmesi ve kuramin bu kararlara uyarlanması oluşturur. Ancak bu yaklaşım, sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen aşamayla uygulanması aşamasında nedensiz bir ayrıma dayanır. İdare hukukunda sözleşme kuramıyla açıklanmasa gerekmeğen ilişki biçimlerini sözleşmeler alanına taşımaya yelenmek, kuramin kendini iç tutarlıktan yoksun hale getirmektedir.

Burada karşımıza Türk yargı organlarının övgün yaklaşımı ortaya çıkar ve bunun idari sözleşme kuramıyla ilişkilendirilmesi gerekmez. Bu yaklaşım iki öncülden hareket etmektedir. Öncelikle, sözleşme ilişkisinin özel hukuka tahi olması önemli olmakizin idarenin tek yanlı işlemleri idari yargı denetimine tahi olur. İdari işlemin tek yanlılığı, daha doğrusu idari niteliği, sözleşmeden değil, üstlendiği görevlerden kaynaklanır.

Sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi, biçimsel bir nitelik taşımaz ve biçimsel sonuçlar doğurmaz. Sözleşmenin, idari sözleşme kabul edilmesi aslen, bir biçim olarak sözleşmeye ilişkin değil, sözleşmeyeyle kurulan, sözleşmenin düzenlediği ilişkin niteliğine dair bir saptamadır. Sözleşmenin niteliğinin saptanmasında temel ve yalın soru şu olmalıdır: Sözleşmenin düzenlediği ilişki bir idare hukuku ilişkisi midir?

Sorun bu biçimde ortaya konulduğunda, sözleşmenin konusunu, hükümlerini ve sözleşme ilgilendiren, düzenleyen sözleşme dışı kuralları bu ilişkiye nitelememize yarayan "belirtiler demeti" olarak görüp bunların bir bütün olarak değerlendirilmesiyle sonuca varılmıştır.

Bu çerçevede, özel kişinin kamu hizmetini bizzat göremesini ya da hizmetin görülmesine katılmmasını içeren sözleşmeler idari sözleşme niteliği taşıyacaktır.
İdarenin, kamu hizmetinin örgütleniş ve işleyişine ilişkin kuralları belirleme yetkisi, sözleşmeye kaldırlamaz. İdarenin hizmetle ilgili kararları, doğrudan sözleşme üzerinde de sonuç doğuracaktır. Kurulan ilişki kamu hukuğu ilişkisi, rejim kamu hukuku rejimi olacaktır. Bu aşamada, idari kamu hizmetlerine ya da sınıai ve ticari nitelikli kamu hizmetlerine uygulanacak kamu hukuku rejiminin yoğunluğu, sözleşme ilişkisini de belirleyecektir.

Sözleşme, idarenin kamu gücü kaynaklı yetkilerini özel kişi Lehine kullanmasını gerektiren hükümlerin bulunması durumunda yine sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Özel kişiye tanınan ayrıcalıklar, ancak kamu hukuku işlemleriyile gerçekleştirelibilir ve bu nedenle de kamu hukuku rejiminin uygulanması gerekir. Özel kişi Lehine kamulaştırma yapılabilmesi, özel kişinin bazı vergi ve harçlardan muaf tutulması ve benzeri ayrıcalıklar sözleşmenin uygulanmasıyla doğrudan bağlantılıdır ve bunların tahi olduğu kamu hukuku rejimi, sözleşme yorum ve uygulanmasına da kaçınılmaz olarak kendini gösterecektir.

Sözleşmenin özel hukuku așan şartlar içermesi, kesin bir ölçüt olarak değerlendirilemez. Öncelikle bu tür şartların büyük bölümünün özel hukuk sözleşmelerinde yer alanlayacağı görüşü geçerli değildir. Türk özel hukukunda Borçlar Kanunu m. 19/2’ye göre “Kanunun kat’hı surette emreyleceği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler mütettebellidir”. Bu hüküm sözleşmenin konusuyla ilgili olmakla birlikte, tarafların hak ve yetkileri de dahil olmak üzere sözleşmenin kurdüğü ilişkinin bütünü açısından da geçerlidir. Özel hukuk alanında sözleşme kuramının ulaştığı düzeyi dikkate aldığımızda, idari sözleşmeerde yer alan hükümlerin özel hukuk
sözleşmelerinde yer alamayacağı söylenemez. Ayrıca ticari sözleşmelerde tarafılara tanınan hak ve yetkiler, büyük ölçüde idari sözleşme hükümleriyile benzer sayılabilir.


Özel hukuku aşan şartları kamu gücü ayrıcalıklarına yani kamusal usullere bağlayan bu yaklaşıma, ancak sözleşmeye kurulan ilişkinin niteliğini dikkate alması yönüyle anlamlı sayılabilir. Bu niteliği temel belirleyici sayan “özel hukuku aşan rejim” ise bir ölçüt olarak kullanıma açısından basit ve net olmamakla birlikte idari sözleşmenin açıklanmasında daha gerçekçidir.

Özel hukuku aşan rejim, sözleşmenin konusundan (kamu hizmetinin yürütülmesi) ya da sözleşmeyi düzenleyen yasalardan kaynaklanır. Kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelerin bu tür bir rejimin iyi bir örneği olduğu düşünülebilir. Devlet
İhale Kanununun öngörüdüğü rejim, idare ve karşı taraf sözleşmeci açısından içerdiği hak ve ayrıcalıklarla hem zorunlu hem de yeterli bir idari sözleşme rejimi sayılmalıdır. Böylece, idarenin özel hukuk alanında yalnızca objektif iyiniyet kurallarıyla bağlı olarak hareket ettiği yanlışması da ortadan kaldırılarak işlemlerini, bir hakkın kullanılmasının ötesinde kamu yararını gerçekleştirmek üzere yapan ve bu nedenle de kamu hukuku rejinine tâbi olan idare anlayışı, bu alanda da, benimsenebilir.
ÜÇUNCÜ BÖLÜM

TEMEL İDARİ SÖZLEŞME TİPLERİ

I. GENEL OLARAK

Önceki bölümlerde belirtildiği gibi, idarenin farklı amaçlarla farklı konularda sözleşme ve dolayısıyla idari sözleşme yapabilir. İdarenin, faaliyette bulunurken akdettiği idari sözleşmeler, farklı biçimlerde ayırına tutulabilir ya da her sözleşme bağımsız olarak incelenebilir. Ancak daha genelleştirici bir yaklaşımla, bu sözleşmelerin konularına göre iki temel kategoriye incelenmesi mümkündür. Sözleşmelerin düzenlenme alanları ve konusuna göre bir ayırma tabi tutularak kategorileştirilmeleri, farklı sözleşme tipleri arasındaki ortak yönlerin saptanması açısından yararlıdır.

Sözleşmelerin konusuna göre ayırım yapıldığında ilk kategoride, idarenin bir kamu hizmetinin özel kişilere görülmesini sağlamak üzere yaptığı sözleşmelerden oluşan kamu hizmeti sözleşmeleri yer alır. İkinci kategoriyi ise daha genel bir kapsamda, kamu hizmeti sözleşmelerinin dışında kalan idari sözleşmeler oluşturmaktadır. 259

---

259 FLOGAİTİS, s. 87 vd. Bu ayırım, niteliği gereği idari sözleşme kategorisi ve taşıdığı hükmüler nedeniyle idari sözleşme sayılan sözleşmeler ayırına da denk düşmektedir.
II. KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLMESİ İÇEREN SÖZLEŞMELER

A. KAMU HİZMETİ İMTİYAZI

1) Tanım – Genel Olarak

İdare hukuku öğretisinde “(i)mtiyaz, İdarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişiçe kurulması ve/veya işletilmesi usulü” olarak tanımlanmakta ve özel kişi tarafindan “belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletilmesi ya da kurulmuş olanın bir kamu hizmetinin sadece işletilmesi”ni içermektedir.260 Günümüzde yerleşik tanımlama olmakla birlikte ONAR tarafından yapılan tanımlanma bununla farklıdır: “İmtiyaz mukavelesi, bir âmme hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, temin edilecek salâhiyetler ve taahhüt olunan malî menfaatler mukabilinde hususî bir şahıs tarafından ifasını tazammun eden bir mukaveledir”.261 Ancak ONAR‘ın tanımda hizmetin kurulması ya da işletilmesi konusunda bir açıklama yer almadığından, bu farkın görünüşte bir fark olduğu söylenebilir.

261 ONAR, C. I, s. 536.
İmtiyazın günümüzdeki anlamına ve değerlendirilishi ne teknar dönmek üzere, imtiyazın hukuk sistemimizde ortaya çıkıș ve gelişimi üzerinde durmak istiyoruz. Bilindiği gibi imtiyaz yöntemi Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde ortaya çıkmıştır. Çökmekte olan İmparatorlukta kamu hizmeti anlayışı da gelişmediğinden, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik yatırım ve faaliyetler eksik kalmıştır. 

Burada yapılan istenen bu dönemin tahlli değil; ancak İmparatorluğun ve yabancı sermayenin içinde bulunduğu özel koşullarda yabancılar verilen imtiyazlarla bu uygulamanın ortaya çıktığı vurgulanmalıdır. Bu dönemde demiryolları, posta, telgraf ve telefon hizmetleri, fenerler, liman ve rútim hizmetleri, tramvay ve tünel hizmetleri, elektrik, gaz, su vb hizmetler ile ilgili olarak yabancılar imtiyazlar verilmiştir. Ancak dönemin özellikleri de göz önünde alındığında bunlardan imtiyaza ilişkin genel ve tutarlı bir rejim çıkarmak mümkün görünmemektedir. Ortaya çıkan sorunları çözmek için bir araç gerekmis ve imtiyaz bir çözüm olarak uygulanmıştır. Örneğin İstanbul ve çevresi telefon imtiyazı için “1909 (1327) yılında Meclis-i Ayan ve Meb’usan’da kabul edilen tek maddelik bir


263 Bu dönemin değerlendirilmesi ve imtiyazlar için bkz. TAN, “Osmanlı İmparatorluğunda....”.

264 TAN, “Osmanlı İmparatorluğunda...”, s. 298 vd..
kanunla Maliye Bakanlığına bu imtiyazı verebilme izni verilmiştir” 265 TAN, bu dönemdeki imtiyaz sözleşmelerinden çıkan birtakım özellikleri şöyle özetlemektedir:

- imtiyaz süreleri sözleşmelere göre 20-99 yıl arasında değişiklik göstermektedir,

- sözleşmenin onanmasından itibaren belli sürede, imtiyaz alanın bir teminat yatırması gerekmektedir,

- imtiyazcının üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmesi (projenin verilmesi, yapımına başlanması, yapının bitirilmesi vb) için ayrı ayrı süreler öngörülmüş, bu sürelerе uymaması durumunda yaptırımlar öngörülmüşdür,

- imtiyazcı lehine kamulaştırma yapılabilmesi mümkündür,

- devletin yapılan işleri denetlemesi söz konusu olup bunun için yapılacak masraflar imtiyazcı tarafından karşılanmaktadır,

- imtiyazcı, imtiyaz gelirinden bir kısmını hükümet ve belediye payı olarak ödemek zorundadır,

- imtiyazcının çalıştıracağı personelin bir kısmının yabancı uyruklu olabileceği öngörülmüş,

- imtiyazcılар bazı vergi, resim ve harçlardan muaf tutulmuştur,

265 TAN, “Osmanlı İmparatorluğunda...”, s. 300.
- imtiyaz süresinin sonunda tesislerin her çeşitli borçtan arınmış olarak iade edilmesi gerektktedir, imtiyaz süresinin son dönemlerinde yapılan tesis ve iyileştirmeler için istisnai hükümler yer almaktadır,

- imtiyazçının yükümlülüklerini belirlerde yerine getirmemesi ya da zorlayıcı sebep olmadan işletmeye ara vermesi durumunda imtiyazını kaybedeceği, hükümün işletmeye geçici ya da kesin olarak elköyabileceği öngörülmüştür.266

Bu dönemdeki imtiyazlarda kamu hizmetlerinin görürlülmesinden çok, diplomatik, kişisel ya da yerel çaklar ve özellikle de devlete yeni bir gelir kaynağı sağlama amacı ön plandadır.267 Kaldı ki bu sözleşmelerde yer alan birçok hüküm, dönemin çalkantısı ve farklı ekonomik çakların devreye girmesiyle, uygulananamamıştır.268

İmtiyaz konusundaki ilk genel düzenlemenin, Takvimi Vekayı’de 24 Haziran 1326’da yayınlanan 10 Haziran 1326 tarihli Menafiî Umumiyeye Mütellelî İmtiyazat Hakkında Kanun olduğu söylenebilir.269 TAN’ın yukarıda belirtilen gözlemlerinde

266 TAN, “Osmanlı Imparatorluğuunda…”, s. 323-325.
267 ÖZTÜRK, İmtiyaz Sözleşmeleri, s. 40-41; TAN, “Osmanlı Imparatorluğuunda…” , s. 292.
268 TAN, “Osmanlı Imparatorluğuunda…” , s. 294-295, 324 vd..
269 Cumhuriyet öncesi dönemde örneğin 30 Mayıs 1282 - 8 Sefer 1284 tarihli Demiryollarının Usülü Zabitasına Dair Nizamname’ye 11 Mart 1330 tarihli ek 1. ve 2. maddelerde imtiyazdan söz edilmekte; 13 Mart 1329 - 17 Rebiülâh 1331 tarihli ve 1987 yılına kadar İl Özel İdaresi Kanunu olarak kullanılan düzenlemenin 78. maddesinin 3. bendinde (Değişik: 3 Nisan 1330) “Şehir ve kasabalarda menafiî belediyelere ait ve şeraitli Devletçe mütelleh kavaide muvafık olmak ve müddeti kirk seneyi tecavüz etmemek üzere hayvan, buhar ve elektrikle çevrilmüş tramvaylar inşa ve elektrikle veya havagaziyle tenvirat icros içinde kudreti elektrikteydi ve zirve ve şırıba salı slow islesi için imtiyaz itas” vilayete ait hidematu mahalliye arasında sayılması; 9 Şubat 1331 tarihli Menafiî Umumiyeye Mütellelî Hususat İçin Efrada Ait Arazi ile Taş Ocaıklarının

Öncelikle, geçmişte uygulanan bazı yöntemlerin “imtiyaz” adını taşması, bunların bugün kullanılan anlamda “imtiyaz”la, aynı nitelikte olmaları bir yana, akrabalıklarını tartışmasız kabul etmemizi gerektirmek. Osmanlı Devleti, bugün


Bu aşamada, Osmanlı uygulamasında imtiyazdan, yalnızca kamu hizmeti imtiyazlarının anlaşılmadığı açıktır. Bazı sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazi olarak adlandırılması, bu sözleşmeler üzerine yapılan bir çalışma sonrasında bunların niteliklerinin ortaya konulmasıyla mümkün değildir. Örneğin bu dönemde, imalat ve sanayi alanlarında çeşitli imtiyazlar tanunmuştur ve bunlar ilgilen sözleşmelerde, örneğin imtiyaz süresinin bitiminde tesislerin idareye geçmesi gibi, bugünkü anlamıyla imtiyaza benzer hükümler bulunmaktadır. Bu konu bkz. ÖKÇÜN, “XIX.
kamu hizmeti sayılabilecek hizmetlerin\textsuperscript{271} kurulması ve işletilmesini yabancılarla imtiyaz vererek gerçekleştirmiştır ancak “bu konuda, maden ve taşıocaklarının aksine, herhangi bir yasal düzenlemeye gerek görülmemiş ve devlet, hükümranlık yetkisini kullanarak, ayrı ayrı ve değişik koşullara imtiyaz sözleşmeleri yapmak yolunu seçmiştir”\textsuperscript{272}. Farklı dönemlerde farklı çözüm yolları benimsenebilir. Ayrıca, idare hukuku öğretimizde pek işlenmemiş olsa da, imtiyazın tanımlanmış, tamamlanmış tek tip bir yöntem olduğu da kabul edilmemelidir. Hukuksal kurumlar zaman içinde farklılaşabilir, değişik anlamlar yüklenebilir ve bunlara yeni unsurlar eklenebilir. Türk hukukunda “imtiyaz”dan genellikle kamu hizmeti imtiyazi (ve sözleşmeleri) anlamaktadır. Oysa bu kavramın çok daha geniş bir anlamda kullanılması ve kamu hizmetiyle bağlantılı olmakla birlikte farklılık içeren türleri kapsayan bir genişlik ve

\begin{flushright}
Yüzyılın ikinci Yarısında İmalat Sanayi Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri”,

AÜSBFD, C. 27, 1972. s. 135-166.

\textsuperscript{271} Demiryolu, liman, rihtim, fener, havagaza, elektrik, su, telefon, tramvay vb.


156
esnekliğe kavuşturulması mümkündür. Nitekim Fransa’daki gelişimi incelemek bu konuda mümkün olanların saptanmasında ufukacağı olabilir.

Fransa’da, tarihi daha eski dönemlere de dayandırılabilmekle birlikte imtiyaz, XVIII. ve XIX. Yüzyıllarda demiryolları, aydınlatma, su dağıtımı vb. alanlarda kullanılmıştır. Ekonomik açıdan önem taşıyan bütün etkinliklerde devletin müdahale etmeyerek tarafılsız kalması, kamu hizmeti imtiyazlarının temelindeki siyasal felsefenin ana ilke ve düşüncesiidir. Devlet, ekonomik açıdan önemli ya da verimli alanlarda, bunların kamusal açıdan özel önem taşıdığını kabul etmekle birlikte, bu hizmetleri bizzat kurarak faaliyette bulunmak yerine, bu alanları özel kişilere bırakır. Bunun sonucunda, özel girişimciler kendi kapitalist varlıklarını devlet sayesinde gerçekleştirmiş olurlar.\(^\text{273}\) Aslında bu yanlış bir kapitalizmdir; özel teşebbüler kâr sağlarken olması zararları kamu iktidarına bırakırlar. Çünkü bunlar tekel hakkına sahiptirler ya da en azından ayrıcalıkları vardır ve her hal ve kârda güvenceli olan kamu hizmetlerini yürütürler.\(^\text{274}\) Fransız hukukunda, imtiyaz yönteminin tarihsel olarak iki kaynağı olduğu kabul edilmektedir: Maden imtiyazları ve bayındırlık imtiyazları.\(^\text{275}\)

Günümüzde kullanılan anlamıyla kamu hizmeti imtiyazı, genelde sanılanın aksine, aslında oldukça yeni bir kavramdır.\(^\text{276}\) HAURIOU, Conseil d’Etat’yi

\(^{273}\) FLOGAİTIS, s. 89.

\(^{274}\) G. BRAIBANT, Le Droit Administratif Français, Paris, PFNSP/Dalloz, 2. baskı, 1988, s. 116’dan aktaran FLOGAİTIS, s. 87.

\(^{275}\) MESCHERIAKOFF, s. 366.

\(^{276}\) George DUPUIS, “Sur la concession de service public”, Dalloz 1978, s. 223. DUPUIS, 1880’lerde bu konuda çalışmalar yapan AUCOC ve LAFERRIERE’in sorunla ilgilenmediklerini,
düberleyen 31 Mayıs 1910 tarihli kararının davalarla ilgili 3/1. maddesi de ilk kez "kamu hizmeti imityazı" ibaresinin yer aldığı belirtmektedir. 1910 kararname ile pozitif hukuka geçen bu yeni terimi, 1904 tarihli bir karar notunda kendisi "icat etmiş" ve demiryolları, tramvay ve benzeri imityazları, bayındırlık imityazından (concession de travaux publics) ayrıarak bu tür imityazların gerçek adımı kamu hizmeti imityazı (concession de service public) olduğunu belirtmiştir. Bunlar da bayındırlık imityazını içermekle birlikte, asıl olanla (kamu hizmeti) ikincil nitelikte (bayındırlık iși) olanın birebirinden ayrılmazı gerektğini savunmuştur.277

Fransa’da sözleşme pratiğinde imityazın çeşitli olduğu ve nadiren saf halıyla var olduğu kabul edilmektedir. İimityazın klasik anlamından farklı uygulamalar söz konusu olabilmekte ve bu nedenle de imityazın bazı unsurlarının değişebileceği benimsenmektedir.278 Bununla birlikte genel imityaz kategorisi içinde üç ana kategorinin varlığı saptanabilir.

Bunlardan birincisi kamu hizmeti içermeyen bayındırlık imityazdır ve istisnai bir tip sayılmaktadır. Bunun klasik örneğini su gücüne (force hydraulique) ilişkin imityazlar oluşturmaktadır. İkinci tipi, kamu hizmeti ve bayındırlık imityazı

---

DUGUIT’nin “imityaz” sözçüğünü, kamu hizmetine atf yapmakşzın, yalnızca demiryolları, bouille blanche ve maden imityazları biçiminde kullandığını belirtmektedir.

277 DUPUIS, s. 223.

278 RICHER, Contrats, s. 398. Örneğin, imityazın tarihinde önemli yeri olan demiryolu imityazlarında, İkinci İmparatorluk döneminde devlet garantisiyle ilgili hükümler yer almaya başlamıştır ki bu durum, imityazının hizmeti tüm sorumluluk kendi indebeler olmak üzere yürütmesine ayrı bir durumdur.
oluşturmakta dır. Bu tip imtiyazlar, örneğin su dağıtımı gibi, bir kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini içermektedir. Üçüncü tip ise kamu hizmeti imtiyazıdır.\footnote{Danıştay'ın imtiyaz (ve idari sözleşmelerle ilgili) ilk\footnote{Danıştay'ın "idari mukaveleleri dair ilk prensip kararı" ONAR, C. III, s. 1593; "imtiyaz mukavelesi ile ilgili (...) ilk prensip kararı" DURAN, "İdari Mukaveleler", s. 439. Bu kararın tam metnini eserine alarak hukuk dünyasında kazandıran OSTEN de, "imtiyaz ihtilâfları hakkında Fransız Devlet Şurası kararları pek zengindir. Türk Devlet Şurasının bu hususta verdiği yegâne karar, Tramvay Şirketi Nafha Vekâleti arasında tahaddüs eden ihtilâf hakkındaki 26 Şubat 935 tarihli kararını" demektedir (OSTEN, s. 22). Karar, Şurayı Devlet Deâvi Daireleri Genel Heyeti tarafından verilmiştir.} kararında imtiyazın tanımı yapılmıştır. Buna göre,

"yardımlı veyayardımsız, menafî garantisini muhteve veya bu garantiden ârî olarak bir âmme hizmetinin masrafi kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten mütefî olanlardan muayyen bir tarifé daresinde bir ücret istifasî hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için görürlmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere "âmme hizmeti imtiyazı mukaveleleri’ denir".\footnote{OSTEN, s. 37. Danıştay’ın bu tanımı, Fransız hukukunda imtiyazın klasik tamımı olarak kabul edilen ve Gaz de Bordeaux davasında (C.E. 30 Mart 1916) hükümet komiseri Chardenet tarafından yapılan tanımın büyük ölçüde benzerdir: "c’est le contrat qui charge un particulier ou une société d’exécuter un ouvrage public ou d’assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d’intérêt, et que l’on rémunère en lui confiant l’exploitation de l’ouvrage public ou l’exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l’ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public. RICHER, s. 403. RICHER, bu tanımı, yukarıda anlan üç tip sözleşmeyi içerdigiini belirtmektedir. Danıştay tarafından kullanlan tanunda, “ouvrage public” ve bunla bağlantılı ifadeler yer almadığından, bayındırlık imtiyazlarının tamam dışı bırakıldığı söylenebilir.}}

Danıştay’ın bu anlayışı, kamu hizmetine ve bu hizmetin gerçek sahibi olan idarenin, hizmetin gerekleri nedeniyle sahibi olduğu yetkilere vurgu yaparken, sözleşme düşünsesini yalnızca özel kişinin hizmeti yerine getirmesi nedeniyle çıkar
sağlamasına indirgeyerek geri plana itmektedir. Bu durumda hizmetten yararlananların, hizmetin niteliği ve işleyişi dolayısıyla, idareye karşı ileri Sürebilecekleri talepler, idarenin sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak karşı sözleşmeciyeye yöneltebileceği taleplere dönüşmekte ve aradaki sözleşme ilişkisine galebe çalabilmekektedir.

2) Özellikleri

Yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğrete tarafından sistemleştirilen biçimyle imtiyazın özelliklerini şöyle özetlemek mümkündür:

- Bir kamu hizmetinin görülmesi özel kişiye devredilmektedir.

İmtiyaz kamu hizmetinin görülmesi yöntemlerinden biridir. İmtiyaz alan özel kişi, genellikle de özel hukuk tüzelkişisi olarak şirketler, kamu hizmetini yerine getirmekle yükümlüdür. Türk hukukunda imtiyazın özel kişilere verileceği vurgulanmaktadır. Ancak kamu tüzelkişilerine imtiyaz verilemeyeceğine dair açık bir vurgu yapılmamaktadır. DURAN, 1326 sayılı yasaya göre Türk Anonim Şirketi statüsüne sahip tüzelkişilerin imtiyaz alabileceği, ancak bunun Bakanlar Kurulu tarafından verilecek imtiyazlar için geçerli olduğunu, yasama organının özel bir yasayla gerçek ya da başka tür tüzelkişilere ve hatta kamu tüzelkişilerine imtiyaz verebileceğini belirtmektedir. 283 DURAN’a göre bu durum, klasik uygulamaya

282 OSTEN, s. 38-39.

283 DURAN, Ders Notları, s. 331. YAYLA’ya göre, “son zamanlarda, idare içinde yer alan, yeni kurulmuş bazı kamu kurumlarına da, (...) imtiyaz verilmektedir. Fakat asıl, yerleşmiş anlamıyla imtiyaz sözleşmesi özel kişilerle yapılandır”. YAYLA, s. 123. İmtiyazın klasik (geleneksel) tipinde imtiyazı, özel bir kişi, sıkıklıkla da (anonim şirket türünde) bir özel hukuk tüzelkişisidir. FLOGAITIS, s. 91, 95.

Fransız uygulamasında imtiyazın özel kişi olmadığı durumlar mevcuttur. Bu konuda iki özel durum ayırdedilmektedir: Öncelikle imtiyaz, sermayesinin bir bölümü kamu tuzelkâsı/leri tarafından sağlanan société d’économie mixte’lere de verilebilmekte ve bu durum, imtiyazın genel hukuksal rejimi üzerinde bir değişiklik yaratmamaktadır. Çünkü bu tür şirketler de özel hukuk hükmülerine tâbi anonim şirket statusundadır. Ayrıca 1946’daki millileştirmenin ardından elektrik ve gaz dağıtımını (kamu) hizmetleri, établissement publics niteliğindeki EDF ve GDF tarafından yerine getirilmektedir. Millileştirmeye sonrasında, özel şirketlerle yerel

---


yönetimler arasında var olan imtiyaz ilişkisinde, bu kamu kuruluşları özel şirketlerin yerini almış ve bu durumyasama organının iradesiyle ortaya çıkmıştır.286

- İmtiyazı veren idare ile imtiyazçı arasında bir sözleşme yapılmaktadır.

İmtiyaz, kamu hizmetinin sözleşmeyle özel kişilere görülülmesi yöntemi olarak kabul edilmektedir. Ancak aşağıda imtiyazın hukuksal niteliğine ilişkin açıklamalarda değinileceği üzere, günümüzde imtiyaz saf bir sözleşme ya da yalnızca sözleşme unsuru içeren bir yöntem olarak görülmemekte, kurulan ilişkinin bir karma işlem niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.

- Kamu hizmetinin görülmesi, özel kişinin bu kamu hizmetini kurması ve işletmesi veya yalnızca işletmesi anlamına gelir.


286 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 884.
İmtiyaz ilişkisinde imtiyazçının tanınan haklar, üstlendiği yükümlülükle orantılı olacaktır. İmtiyazçının yükümlülüklerinin ağırlığı oranında, imtiyazçının sağlanan olanaklar artacaktır. Özellikle imtiyaz süresinin saptanmasında bu yükümlülüklerin dikkate alınması gerekir.

- Özel kişinin kamu hizmetini görmesi, ya hizmetin bütünüyle özel kişi tarafından yerine getirilmesini ya da özel kişinin hizmetin işlermesine katılması ya da ortak olmasının içerir.

Kamu hizmeti imtiyazında özel kişinin hizmeti görmesi esastır. Ancak, hizmetin bütünüyle özel kişiye devredilmesi gerekmemektedir. Özel kişi, hizmetin görülmesi için gerekten faaliyetlerin bir kısmını da yerine getirebilir. Hizmetin bir bölümünün özel kişiye devri, imtiyaz sisteminin esası üzerinde etkili değildir. Örneğin, idari sözleşme kuramı açısından önemli sonuçları olan Théron ve Époux Bertin kararlarında, bütün bir kamu hizmeti imtiyazi söz konusu olmayıp, özel kişiler kamu hizmetinin yürütülmesine katılmakta ya da ortak olmaktadırlar ve bu özel kişiler bir yandan da kendi özel faaliyetlerine devam etmektedir. 287

Dolayısıyla kamu hizmeti imtiyazında, tanıım itibarıyla, özel kişinin kamu hizmetinin işlermesine katılması ya da ortak olması yeterli sayılmakta, ayrıca özel kişinin tek amacının da faaliyet konusunun bizatihi kamu hizmetini yerine getirmek olmasının gerektiği kabul edilmektedir.

- Özel kişi, kamu hizmetini masrafları, kâr ve zararı kendine ait olmak üzere işlemir.

287 FLOGAİTIS, s. 100.
İmtiyazın saf biçiminde, kamu hizmetinin işlenmesi için gereken masrafların özel kişi tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak kamu hizmeti imtiyazının bayındırılık imtiyazını da içermesi durumunda, özel kişi hizmetin ilk kurulumunu da masrafları kendine ait olmak üzere gerçekleştirecektir.

İmtiyazçı hizmeti, tüm sorumluluğu üzerine alarak işletir. Bu durumda, işletmenin tüm risk ve tehlikesi kendine ait olacak, işletme sonucunda ortaya çıkacak kâr ve zararı üstlenecektir. Ancak bu ilkenin de kesin ve istisnasız olduğu söylenemez. İmtiyazçıya, birtakım yarar ve kolaylıkların sağlanması, örneğin alm ve kâr garantisi vb. garantiler verilmesi mümkündür. Bu durumlarda “sınırlı riskli imtiyaz” dan söz edilebilir. İmtiyazın ideal tipinde, hizmetin yürütülmesinde tüm sorumluluk imtiyazçıya ait olmakla birlikte, imtiyaz tarihinde önemli yeri olan demiryolu imtiyazlarında, ikinci İmparatorluk döneminin beri, devlet garantisini içeren bir hüküm yer almıştır. Dolayısıyla, bu tür hükümlerin yeni ortaya çıktığı düşünülmemelidir. İmtiyazçıya tanıman kâr garantisi, imtiyazın ideal tipine (saf biçimine) aykırı olsa da tarihinde bir yenilik değildir.

- İmtiyazının geliri, kamu hizmetinin işletilmesinden kaynaklanmaktadır.

İmtiyaz usulünün en önemli özelliklerinden biri, imtiyazçıın hizmeti görmesinin sonucu olarak gelir elde etmesidir. Kurulan mantık açıklar: İmtiyazçı, yürütüğü hizmet nedeniyle, hizmetten yararlanılarandan belli bir ücret alacak ve bu

288 Ifade, DEMICHEL’e aittir. André DEMICHEL, Grandes Services Publics et Entreprises National, Paris, Dalloz, 1974, s. 77’den aktaran KARAHANOĞULLARI, s. 324.

289 RICHER, s. 398.


Ancak günümüzde, sınav ve ticari kamu hizmetlerinin yanı sıra diğer kamu hizmetlerinin de imtiyaza verilebileceği kabul edilmektedir. Bu kabul, imtiyazının gelir elde etme yöntemine ilişkin farklı bir bakış açısıyla mümkün olmaktadır. İmtiyazının gelirini hizmetin işletilmesinden sağlaması esastır. Gelirin mutlaka kullanımlardan ücret alınması yoluyla elde edilmesi gerekmez. Diğer yollardan gelir elde etmek mümkünse, imtiyaz yöntemi uygulanabilir.
3) Hukuksal niteliği


a) Sözleşme Görüşü


290 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 885.
Sözleşmenin konusunu oluşturan faaliyet, sözleşme tarafları dışında
kullanıcılarla sunulması da bu sözleşmenin “üçüncü kişi lehine sözleşme” olmasıyla
açıklanmıştır. Kamu hizmeti imtiyazının saf sözleşme olarak algılanışı Fransız idare
hukuku yazarının önemli yazarları tarafından eleştirilmiştir: İmtiyaz, üçüncü kişi
lehine sözleşme sayılamaz çünkü bu tür sözleşmelerde lehine sözleşme yapılan
üçüncü kişinin açıkça belirtilmesi gerekir. Oysa imtiyazda böyle bir durum söz
konusu değildir. Ayrıca, ortada bir kamu hizmetinin varolduğu kabul edildiğinde,
kamu hizmetinin görülmesi için yapılan bir işlemin sözleşme olması mümkün
değildir çünkü kamu hizmetlerinin örgütleniği, idarenin tek yanlı ve münhasır
yetkisinde olduğu kabul edilmekteydi.\textsuperscript{292}

\textit{b) Karma İşlem Görüşü}

Sözleşmenin kamu hizmetiyle ilişkisini değerlendiriren ve bu ikisinin biraraya
gelmesinden kaynaklanan karma işlem görüşü, imtiyazın saf bir sözleşme
sayılamayacağı ve içerdiği hükümlerin sözleşme ve düzenleyici işlem niteliği taşıdığı
görüşe dayanır. Bu görüşün de iki farklı yorumu yapılmıştır. İlk yoruma göre,
imtiyazın kullanıcılarla ilişkileri düzenleyen hükümleri düzenleyici işlem
niteliğindedir çünkü hizmetin örgütlenişiyile ilgilidir. İmtiyaz veren idare ile
imtiyazçı arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler ise sözleşme niteliğindedir. Bu
yorum da, saf sözleşme görüşüyle benzer nedenlerle eleştirilmştir.\textsuperscript{293}

\textsuperscript{291} LAUBADERE/VENEZIA/ GAUDEMET, s. 885.
\textsuperscript{292} LAUBADERE/VENEZIA/ GAUDEMET, s. 886.
\textsuperscript{293} LAUBADERE/VENEZIA/ GAUDEMET, s. 886.

DUGUIT, bu farklı hükümlerin saptanmasına basit ancak kesin bir ölçüt kullanmaktadır. Hizmet emaneten yürütülseydi kabul edilemeyecek olan hükümler akdi niteliktedir. Kamu hizmetinin uyması gereken kuralları içeren, yani kamu hizmeti idare tarafından doğrudan yerine getirilseydi de geçerli olacak hükümler düzenleyici niteliktedir. 297

294 LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 887.
295 DUGUIT, T. 1, s. 420.
296 DUGUIT, T. 1, s. 421.
297 DUGUIT, T. 1, s. 421.
Türk hukukunda ONAR, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin karma nitelik taşıdüğünü kabul ederek bunlarda, maddi açıdan üç farklı işlem nitelik ve kategorinin bulunduğu belirtmektedir: Kural işlem, şart işlem ve subjektif işlem.298


Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerindeki şart işlem özelliği, sözleşmenin bütünü açısından değerlendirilmeli ve klasik şart işlem çerçevesinde düşünülmemelidir. İmtiyazda yer alan düzenleyici hükümler oranında, imtiyaz

298 ONAR, C. I, s. 536.

299 ONAR, C. I, s. 536-540. Ssubjektif işlem niteliğindeki hükümlerin akdi nitelik taşıdığını ve iki tarafın rıza olmadıkça değiştirilemeyeceğini belirtmektedir. S. 538.
ilişkisinin şart işlem niteliği taşıdığı düşünülebilir. İmtiyazın hizmeti önceden belirlenen kurallar çerçevesinde sunması gerekmektedir. İmtiyazın bu yönüyle şart işlem niteliği taşıdığı savunulabilir.


B. BENZER SÖZLEŞMELER

1) Müşterek Emanet

Müşterek emanet usulü de kamu hizmetinin özel kişiye sözleşmeyele gördürülmesi usullerinden biridir. Bu usulde idare, bir kamu hizmetinin yürütülmesini sözleşmeyle bir özel kişiye vermekte ve hizmetin işletilmesiyle sağlanan gelir üzerinden hizmeti yürütten kazanç sağlanmaktadır. “Kamu (hizmeti)
masrafları, hasar ve zararı İdareye ait olmak üzere, gelir üzerinden belli bir pay veya götürü bir ücret karşılığı özel bir kişiye” görürlüılmektedir.\textsuperscript{304}

Müşterek emanetin, emanet usulüyle imtiyaz arasında yer aldığı kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin tesisleri idareye aittir. Bu usulu emanete yaklaştırılan, özel kişinin idare hesabına hareket etmesidir.\textsuperscript{305} Ancak burada kamu hizmetinin devri söz konusu olduğundan, özel kişiyle idare arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesinden farklıdır. Özel kişiye hizmetin yürütülmesi devredilmiştir. Yine özel kişinin idare hesabına hareket etmesi, imtiyazdan daha az bir serbestliğe sahip olması ve özel kişinin üzerindeki idare denetiminin imtiyaza göre daha sıkı olması sonucunu doğurur. Özel kişi idareden belli bir ölçüde bağımsızdır.\textsuperscript{306}

Özel kişinin kazancını idareden elde etmesi nedeniyle, bu yöntemde kamu hizmetinin devri niteliği taşımadığı ileri sürülebilse de, özel kişinin geliri doğrudan hizmetin işletilmesinden sağlanmaktadır. Hizmetten elde edilen hasilatin belli bir orani özel kişiye verilmektedir; bu müşterek emanette zorunlu bir unsur olarak görülmektedir. Ayrıca özel kişiye birtakım primlerin verilmesi de mümkündür.\textsuperscript{307}

Özel kişinin zarara katlanması ise, özel kişi hizmeti bütünüyle kendi sorumluluğunda işletmediği ve malvarlığı, işletmenin dışında yer aldığı -sermaye ve

---

\textsuperscript{304} GÜNDAY, s. 234.

\textsuperscript{305} RICHER, s. 415.

\textsuperscript{306} RICHER, s. 415-416.

\textsuperscript{307} MESCHERIAKOFF, s. 375.
tesisler idareye aittir- için olanaksız görülmektedir.308 Bu durum, müşterek emanette özel kişiye sağlanan özel bir olanak değil, kurulan ilişkisinin doğal sonucudur. 309

Türk hukukunda, Fenerler İdaresinin müşterek emanet usulunun bir örneği olduğunu kabul edilmektedir. Çıkan uyuşmazlıkta görevlendirilen hakem heyeti, sermayenin devlet tarafından karşılanması, müteahhidin “hasıltan kendisine ayrılan menfaat hissesi iktifa” etmesi, “müteahhitlerin fener rüşsununu devlet namına tahsil etmekte olmaları” nedenleriyle müşterek emanet sözleşmesinin söz konusu olduğunu kabul etmiştir.310 311

2) İltizam

308 MESCHERIAKOFF, s. 375.
310 Karar metni için bkz. OSTEN, s. 45.
Türk hukukunda genel kabul göre tanımıyla iltizam, "mültezim" denilen özel kişiye, götürü veya oranlı kazanç ya da ücret karşılığında anlaşmaya bir idari işin gördürülmesi yoludur". Osmanlı döneminde tarım ürünleri vergisinin toplanmasında iltizam usulünün uygulandığı, ancak Cumhuriyet döneminde bu, yola başvurulmadığı belirtilmektedir. DURAN, iltizamin "sadece göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki Hazineye ait dalyan ve volilerden yararlanmak ve bir de Devlet tekelinde bulunan reassurans (mükerrer sigorta) hakkını işletmek hususunda başvurulan bir muamele" olduğunu belirtmektedir.

İltizamın kamu hizmetinin görülme usullerinden biri olarak ortaya çıkmakla birlikte zamanla, gerekken altı cap tesisleri ile inşaatların yaptırılması anlamını da kazandığı belirtilmektedir. ÖZAY, 28 Mayıs 1988 tarih ve 3465 sayılı yasada düzenlenen "erişme kontrollü otoyolu" yapılmasına ilişkin sözleşmelerin iltizam niteliğinde olduğu görüündüür: "(...) bir kamusal mal olan 'otoyol'ları, Devlet ve İdare, büyük inşaat ve tesisat işlerini konu alan ve uygulama ile mahkeme intertwatlarına göre Borçlar Kanununun 355-371 inci maddelerinde öngörülmuş

maiyyetindekilerin maaslarının tesviye olunacağı" hakkında (Tarih: 21/Ş /1273 (Hicri), Dosya No: 220, Gomlek No: 100, Fon Kodu: A.) MKT.NZD).

312 DURAN, Ders Notları, s. 333: GÜNDAY, iltizamin müşterek emanet usulünün mali konularda uygulanma biçimi olduğuunu belirtmektedir, GÜNDAY, s. 234.

313 ONAR da, "iltizam usulü(nin) Devletin toplama hakkı olduğunu muhlet vergilerin tahsil salaşiyetinin, tahmin edilen maktu bir şekilde test olunan bir bedel mukabilinde, bir ferde devredilmesinden ibaret" olduğunu ve Gülhane Hatt-ı Hümâyûna ile lağvedildiğini belirtmektedir (ONAR, C. II, s. 708).


315 DURAN, Ders Notları, s. 333-334; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 474.

316 ÖZAY, Günsüzünde Yönetim, s. 250.
bulunan ‘istisna akdi’ ile, yani parasını ödeverek yapacağına, müteahhidin masrafları üstlenerek daha sonra bunu işletme yoluyla amorti etmesi ve kâra çevirmesi yöntemi izlenmektedir ki, bazıları buna ‘bayındırlık imtiyazı’ deseler bile gerçekten ortaya konulan usul ‘iltizam’dan başka bir şey değildir’. \(^{317}\) Ancak iltizamin ve bayındırlık imtiyazının klasik tanım ve uygulamaları dikkate alındığında, anılan sözleşmenin iltizam niteliği taşıması mümkün değildir ve tipik olarak bayındırlık imtiyazıdır.

Taahhüt ve iltizam mukavelelerinden söz ederken, “bu iki mukavele de âmme hizmetinin işlemesi ile alakalı değildir. İmtiyaz mukavelelerinde ise âmme hizmetinin işletilmesi mukaveyenin mevzuunu teşkil eder: imtiyaz sahibi sıfatını alan müteahhit burada bir âmme hizmetinin işletilmesini üzerine almıştır”\(^{318}\) diyen ONAR, iltizamı, kamu hizmetinin görülmesi yöntemi olarak kabul etmemektedir.\(^{319}\) Nitelikim iltizamı, bayındırlık işleri yapılması\(^{320}\), menkul mal ya da belli bir hizmetin


\(^{318}\) ONAR, C. III, s. 1600.


\(^{320}\) “Amme hizmetlerinin baza kısımları hususî müteşebbslere ifa ettirilib. Bilhassa hizmet için lazım gelen malzememin temin ve tedariki artırma ve eksiltme usulleri dairesında müteahhit denilen hususî müteşebbslere tevdi olunur. Ayni suretle hizmetin bazı operasyonları da böyle
sağlanması anlamlında kullanılmaktadır. OSTEN de iltizami, bayındırlık işi yapılmasına olarak algılarak "taahhüt ve iltizam yalnızca taaluk ettiği halde, imtiyaz(ın) aynı zamanda işlemeyi de tazammun" ettiğini belirtmektedir. ODYAKMAZ, bir kamu hizmetinin görürlülmesinin yanı sıra, "belli bir şeyin teslimi konusunda yapılan sözleşme"nin de mali iltizam sözleşmesi olduğunu belirtmekte ve günümüzde "askeri birliklerin, okulların beslenme ve giyimle ilgili ihtiyaçlarının belirli süre içerisinde düzenli bir şekilde sağlanması ve teslimi için yapılmakta" olduğunu yazmaktadır. ODYAKMAZ, sözleşmeyi de "mali iltizam sözleşmesi" olarak adlandırmaktadır ve bu sözleşmenin içeriğini, bir hizmetin bir bedel karşılığı bir kişiye görürlülmesi olduğunu belirtmektedir.

mütteahhidere yaptırılır. Meselâ yollarnın yapılması ve işletilmesi amme hizmetinde yolun yapılması işi bir mütteahhide veriliir. Buna iltizam usulü denir". ONAR, C. I, s. 45-46.


322 Belirtmek gerekir ki, OSTEN de ONAR gibi "iltizam"i tek başına değil "taahhüt ve iltizam" biçiminde kullanılmaktadır. Buradan, o dönemdeki algılamsın bu yönde olduğu sonucu çıkarlabılır.

323 Zehra ODYAKMAZ, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", GÜHFD (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), C. II, S. 1-2, 1998, s. 155.

324 ODYAKMAZ, s. 155.

325 iltizamın, günümüzdeki kullanım alanlarına ilişkin bilgi temel olarak DURAN’ın yazıklarından kaynaklanmaktadır. Ancak bu örnekleri ilişkin tatmin edici ve iltizamın niteliğini saptamaya yarayacak bir bilgiye ulaşmak mümkün olmamıştır.

olduğunandan bu(nun) bir tür 'kira' sayılabil(eceğini)" belirterek, bedelin özel kişi tarafından idareye ödeneceğini vurgulamaktadır.\textsuperscript{327}

DURAN, “müşterek emanet ve iltizam usullerinde İdarenin özel kişilere sözleşme ile bir hizmet veya iş tevdı etmesi söz konusu ise de; bunun gerek mevzuu, gerek şartları kamu hizmeti imtiyazından tamamen ayrı ve farklıdır. Bu itibarla, sözleşmeli usulleri imtiyazla karıştırmamak gerekir” diyerek kamu hizmeti ile iltizam arasında bir ilişki görmediğini ortaya koymaktadır.\textsuperscript{328}


\textsuperscript{327} ÖZAY, Günüştğında Yönetim, s. 250, dn. 399.

\textsuperscript{328} DURAN, Ders Notları, s.334.

\textsuperscript{329} DERBİL, s. 595.
kabul etmekte ve imtiyaz ile arasındaki farkın, hizmet için gerekten taşınmaz ve taşınır malların idare tarafından sağlanmasından kaynaklandığını belirtmektedir.\footnote{İfade netir: “İmtiyaz sözleşmelerini iltizam sözleşmelerinden ayırdeden fark: imtiyaz sözleşmelerinde gerekli taşılı ve taşışızları sağlamak müteahhiide, iltizamda ise kamu idaresine aittir”. DERBİL, s. 599.}

TAN da iltizamı, kamu hizmetinin belirli süreli bir sözleşmeye özel kişiye görüürülmesi olarak tanımlamakta, hizmet için gereklen tesislerin idare tarafından sağlanması, özel kişinin hizmeti yürütmesinin karşılığı olarak idareye götürü bir bedel ömesini ve özel kişinin işletmenin tüm risk ve tehlikelerinin üstlenerek hizmetten yararlananlardan bir bedel alınmasını iltizamın belirgin özelliklerinden saymaktadır. İltizam, imtiyazda ayıran noktayı ise, iltizamda tesislerin idare tarafından kurulması olduğunu belirtmektedir.\footnote{Turgut TAN, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 12-16 Ocak 2000, C. I, s. 460-461.}

Fransız hukukunda da iltizam çok daha teknik bir anlamda, bir kamu hizmetinin görüürülmesi yöntemi olarak kullanılmaktadır. Buna göre iltizam, bir kamu hizmetinin işletilmesin bir sözleşme uyarınca “mültezime” verilmesi anlamına gelir. Mültezim hizmeti, idare tarafından kurulan tesisleri kullanarak kendi adına işletir ve karşılık olarak da belli bir miktarı sözleşmeci kamu tuzelkişisine öder.\footnote{LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 317. RICHER, Contrats, s. 405-406.} Fransız uygulamasında iltizam, özellikle su dağıtımları alanında olmak üzere, şehir içi taşıma hatları ve otoparkların işletilmesi, için kullanılmaktadır.\footnote{CHAPUS, s. 576; LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 318 vd.; RICHER, Contrats, s. 405 vd.} iltizam sözleşmesinin üç temel özelliği bulunmaktadır.\footnote{CHAPUS, s. 576; LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 318 vd.; RICHER, Contrats, s. 405 vd.}
- Öncelikle mültezim, bir kamu hizmetini kendi adına işletir ve bundan gelir elde eder.


- Üçüncü olarak mültezimin, bunların karşılığı olarak, idareye belli bir para ödemezi gerektmektedir. Çünkü kamu hizmeti idare tarafından kurulmuştur. Mültezim bunun finansmanına katılmamıştır.

Görüldüğü üzere, iltizam kamu hizmetinin özel kişilerere görülülmesi yöntemlerinden biridir. İmtiyazdan farklı konusunda değişik fikirler ileri sürülmektedir. TAN, imtiyazlar arasındaki farkı hizmetin görülmesi için gereken tesislerin idare tarafından sağlanmasını görmekteidir. Bu durumda “imtiyaz”ın kamu hizmetinin hem kurulması hem de işletilmesi anlamına geldiğiini savunmuştur.

334 LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 317.

sonucu çıkarılabilir. OSTEN'in yukarıda belirtilen görüşü, zaten iltizamı hizmetin görürlenmesi yöntemi olarak kabul etmediğinden farklı bir temele oturmaktadır ancak iltizam bir yana, buradan da imtiyazın hizmetin kurulma ve işletme aşamalarını kapsadığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

DURAN da, iltizam ve imtiyaz arasında bunların “mevzuu ve şartları”nın “ayrı ve farklı” olduğunu belirtmekle birlikte bunları tasrıl etmemektedir. ÖZAY'ın, bir yandan iltizamda tesislerin idare tarafından sağladığı kabul etmesine karşın, otoyol yapımını ve işletmesini içeren bir yöntemi iltizam olarak nitelemesi çelişkidiridir. DURAN, bu yöntemin bayındırlık imtiyazı olduğu görüşündedir. Bayındırlık imtiyazının özelliğini ise, sözleşmecinin kamusal bir inşaat ya da tesisin yapımını üstlenmesi ve kendisi tarafından sağlanan finansman giderlerini karşılamak üzere bu tesisleri belirli süreyle işletme hakkı elde etmesi olarak saptamaktadır. Erişme kontrollü otoyollara ilişkin olarak öngörülen sözleşme tipi, hem otoyol yapımı hem de bunun işletmesini öngörüdüğünden

336 TAN, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, s. 460.
337 DURAN, Ders Notları, s. 334. Yukarıda belirttiğim gibi bundan yalnızca, kamu hizmeti ile iltizam arasında bir ilişki görümediği sonucunu çıkarabiliriz.
338 ÖZAY, Günsüşünde Yönetim, s. 250, 251.
339 "Bayındırlık işleri imtiyaz, idareye ait taşınmazlar üzerinde kamuun yarılarlanacağı ve kullanacağı kamusal mallar arasında yer almak üzere, özelliklerini bulunan inşaat ve tesisatin yapıp kurulması ve işletme mesi konusunda özel müteşebbis ile kamu tuzel kişiliği arasında bağlanan bir sözleşme ile gerçekleştirildir. Bayındırlık imtiyazının, benzeri sözleşme ve işlemlerden farklı ve belirgin yanı; inşaat ve tesisatı üstlenen özel kişinin, karşılık olarak, para yerine belirli süre işletmenin gelirini elde etmesi ve fakat bunun klasik bir kamu hizmeti niteliğini taşımayabilmesidir"(DURAN, “ Yap-İşlet-Devret”, s. 156 vd.; DURAN, Ders Notları, s. 332).
iltizam kapsamında değerlendirilmesi, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde mümkün görünmemektedir.


CHAPUS, iltizam ile imtiyaz arasındaki farkı, öncelikle, mültezimin kazanç elde etme yöntemiyile (le mode de rémunération du fermier) açıklamaktadır. Buna göre, mültezimin kazancı, hizmetin işletilmesiyle elde edilen gelirle idareye ödenen


miktar arasındaki farktan oluşmaktadır. Ayrıca hizmetin işletilmesi için gereken tesisler idare tarafından sağlanmaktadır.\textsuperscript{342}

Bir kamu hizmetinin özel kişi tarafindan tüm sorumluluğu üstlenilerek görülmesini ve hizmetin görülmesinden kaynaklanan bir kazanç elde edilmesini içermeleri nedeniyle, imtiyaz ve iltizam birbirine çok benzemektedir. Bunların ayrılmasında iki unsur önem taşır. Birincisi, hizmetin işlemesi için gereken tesisleri ilgilidir. Bu noktada, tesislerin özel kişi tarafından yapılması konusunda bir farklı olmakla birlikte, yalnızca işletmeyi içeren imtiyazlar da söz konusu olabileceğinden, bu unsur yeterli sayılammaktadır. İkinci unsur, mültezinin idareye belli bir miktar ödemesiyle ilgilidir. Ancak imtiyazda da böyle bir yükümlülük öngörülebileceğinden, bu unsur da ayrım için yeterli sayılammaktadır.\textsuperscript{343}

Bu değerlendirme arından LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, “imtiyaz ile iltizam arasında nitelik farkı değil derece farkı olduğu” sonucuna varmakta ve iltizamin, imtiyazın yumuşatılmış biçimı olduğunu belirtmektedirler.\textsuperscript{344} Ayrıca uygulamanın, bunları birbirine yaklaşık olduğu ve bazen de karıştırdığı, aslında iltizam niteliğinde olan sözleşmelerin siklikla imtiyaz olarak adlandırıldığı vurgulanmalıdır.\textsuperscript{345} Fransa’da geniş uygulama alanı bulan imtiyaz ve iltizam,

\textsuperscript{342} CHAPUS, s. 576.
\textsuperscript{343} LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 319.
\textsuperscript{344} LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 319.
\textsuperscript{345} RICHER, Contrats, s. 406. Açıklar ki, bu durumda sözleşmenin nitelendirilmesi yargı organı tarafından yapılacaktır.
birbirinden net çizgilerle ayrılan yöntemler olmaktan çok, birbiriyile geçişleri olan benzer yöntemler olarak algılanmaktadır.

Fransız ve Türk öğretmenlerindeki bu yaklaşım farkının "iltizam" yönteminin ülkemizde gelişen farklı bir uygulama ve bunu destekleyen yargı kararlarından kaynaklanmadığı açıklar. Türk idare hukuku öğretisinde iltizam, bir kamu hizmetinin görürlüme yönteminden çok Osmanlı döneminde vergi toplama yöntemlerinden biri olarak düşünülen, yapılan eksik ve çoğu zaman yanlış tanımlarla kaybedilmiş bir kategoridir.

3) Yap İşlet Devret


346 "(...) 'iltizam' ile 'imitiyaz'ın birbiriyile karşılıklı olması ve biri yerine diğerinin söz konusu olduğunun sanılması, (da) olanın ve hatta sıradandır". ÖZAY, "Ortak Yararlı İşletme", s. 57.

Özel hukuk kısıtlı değerlendirmelerde, bu yöntem genel olarak farklı sözleşme tiplerini içerebilen bir karma sözleşme türü olduğu kabul edilmiştir. 350


349 Bu süreç ve eleştirisi için bkz. GÜNDAY, s. 306 vd.

Ancak genel yaklaşım, bu yöntemin imtiyazın ta kendisi ya da bir türevi olduğunu yönündedir.351


Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması sonucunda, bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılacağını gibi garip bir durum ortaya çıkmıştır. Ancak, bu yöntem kamu hizmeti imtiyazına benzemekle birlikte onun saf tipinden ayrılan yeni yöntemler oluşturulabileceğini göstermesi açısından farklı bir deneyimin yaşanmasına yol açmıştır.

III. DIĞER SÖZLEŞMELER

A. BAYINDIRLIK İMTİYAZI

Bayındırlık imtiyazi, devletin, bir bayındırlık eseri yapırmak için borç almak yerine, işin yapımını bir özel kişiye vermesi ve özel kişinin koyduğu sermayeyi bayındırlık eserinin bir tür işletilmesiyle elde etmesini sağlayan bir yöntemdir.352 Bayındırlık imtiyazi, sıkılıkla kamu hizmeti imtiyazıyla birlikte görülür. Kamu hizmeti imtiyazının, hizmetin görülmesi için gereken tesislerin yapılmasını da içermesi durumunda, ilk aşamada bayındırlık imtiyazı söz konusu olacaktır.

DURAN, bayındırlık işleri imtiyazının “idareye ait taşınmazlar üzerinde kamunun yararlanacağı ve kullanacağı kamusal mallar arasında yer almak üzere, özelliklerini bulunan inşaat ve tesisatin yapıp kurulması ve işletilmesi konusunda” yapılacağını ve “belirgin yanı(nın) inşaat ve tesisati üstlenen özel kişinin, karşılık olarak, para yerine belli bir süre işletmenin gelirini elde etmesi ve fakat bunun klasik bir kamu hizmeti niteliğini taşımayabilirmesi (olduğunu)” belirtmektedir.353

352 MESCHERIAKOFF, s. 366.
353 DURAN, “Yap-İşlet-Devret”, s. 156.

Bayındırlık işi sözleşmeleri ile bayındırlık imtiyazlarının birbirinden netlikle ayrılmaması ve genellikle ikisinin birlikte değerlendirilmesi, giderek aynı sözleşme tipi sanılması Türk öğretisinin bir özelliği olup, ancak bu yaklaşımla, bayındırlık işi sözleşmelerinin yargı organlarına idari çözüme kabul edilmemesine yönelik eylemler yersizdir.

İkinci özellik, bayındırlık imtiyazındaki letmenin kamu hizmeti niteliği taşımamasıdır. “Otoyol inşaatı ve işletmesi sözleşmesi, karayolu taşımaciği kamu hizmeti olmadığını, bayındırlık işi imtiyazının prototipi kabul edilmektedir.”

354 KIRATLI, bayındırlık işinin temel özelliklerinin “işin kamu hizmeti için veya kamu yararına yapılması, işin bir kamu tümel kişisi hesabına veya onun öğretim ve denetimi altında yapılması, işin bir taşınmaz malın ilişkin olması” olduğunu belirtmektedir (Metin KIRATLI, “Idarenin Bayındırlık Hizmetleri”, AÜSBFD, C. XXVII, No. 4, Aralık 1972, s. 53). İşletme içermeyen bu yöntem, bayındırlık imtiyazı dışındadır.


3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”la getirilen düzenleme bu tipik örneğin Türk hukukuna aktarılması niteliğindedir. 3996 sayılı “Bazı yatırımlar ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”da yer alan bazı yatırımların da, bunların kamu hizmeti niteliği taşımaması ölçüsünde, bayındırlık imtiyazi sızılabileceği açıklıktır.357 Bu nedenle Danıştay ve Anayasa Mahkemesi’nin, bu yasa çerçevesinde yapılacak tüm yatırımlar ve hizmetlerin kamu hizmeti imtiyazi oluşturacağı yönündeki kararları yanlış bir yaklaşımdır ürününüdür.


Yargısal içtihatlarda, yalnızca kamu hizmetinin görülmesiyle ilgili sözleşmeler niteliği gereği idari sözleşme sayıldığından bayındırlık imtiyazlarının zorunlu olarak idari sözleşme kabul edilmesi gerekmemektedir.

**B. HİZMET SÖZLEŞMELERİ**

Kamu idarelerinin ve kamu kurum ve kuruluşlarının yürütüklерini görevleri yerine getirmek üzere farklı biçimlerde personel istihdam etmesi mümkündür. Bu personelin bir bölümünde sözleşmeye istihdam yöntemi kullanılmaktadır.

İdarenin personeliyle yaptığı sözleşmenin niteliği yargı kararlarında ve öğretide tartışılmasıdır. Kamu hizmetlerinde sözleşmeli personel kullanımı farklı açılardan değerlendirilebilir. Öncelikle, sözleşmeli personel uygulamasının, bireylerin kamu hizmetlerinin görülmesine katılmaları anlam taşıması nedeniyle niteliği gereği idari sözleşme olması gerektiğini düşünülebilir. Buna karşılık, idarenin yalnızca hizmet temini amacıyla sözleşmeli personel istihdam etme yoluna gittiği, dolayısıyla yapılan sözleşmelerin zorunlu olarak idari sözleşme olması gerektiğini de savunulabilir.

nedenle hizmeti bizzat yürütten idarenin ihtiyaç duyduğu bazı hizmetleri sağlamak üzere sözleşme yoluna başvurması, kamu hizmetinin görülmesini içeren sözleşmeler kapsamında düşünülemez.

Fransız hukukunda kural, hizmetin memurlar eliyle yürütülmesi olmakla birlikte, idarenin hizmet akdiyle personel istihdam etmesi de mümkündür. Sınıai ve ticari kamu hizmetlerinde ilke, hizmet akitlerinin özel hakkına tâbi olmasıdır. Ancak, bu kamu hizmetlerinde yönetici konumundaki personelin kamu hakkına kurallarına göre çalıştırılacağı kabul edilmektedir. İdari kamu hizmetlerinde ise, statüter olmayan personel, çalıştırılma biçimi ne olursa olsun, kamu hakkına kurallarına tâbidir. Bu durumda bunlarla yapılan sözleşmeler idari sözleşme niteliği taşıyacaktır.358

Danıştay, uzunca bir dönem, idarenin yaptığı hizmet sözleşmelerinin özel hukuk sözleşme niteliği taşıdığına karar vermiştir. Bu yönde verilen kararlarda, sözleşmeye personel istihdam eden kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk kurallarına tâbi tutulmuş olmasının önemli bir etkisi vardır. Kamu tüzelişilerinin, ilgili yasalarında özel hukuk hükümlerine tâbi olarak faaliyette bulunacağı yolındaki hükümler, bunların yaptığı sözleşme bloklarını blok olarak özel hukuk alanında bırakılmasına yol açmıştır.359

358 RICHER, s. 101-102.

359 Ziraat Bankası ile memurları arasındaki ilişki özel hukuk kurallarına tâbidir, Dan. 1. D., E. 1938/722, K. 1938/644, k.t. 28.3.1938, DKD, S. 8, s. 78; Sümerbank özel hukuka tâbi olduğundan, çalıșanlarıyla ilişkini de özel hukuka tâbidir, Dan. 5. D., E. 1939/1790, K. 1939/454, k.t. 4.4.1939, DKD, s. 72; Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumu hakkındaki yasa uyarınca Kurum ile memuru arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisidir, Dan. 5. D., E. 1940/394, K. 1940/262, k.t. 14.3.1940, DKD, S. 13, s. 70; Devlet Denizyolları ve Devlet Limanları İşletme Umum

657 sayılı Devlet Memurları Kanunun öngörüdüğü istihdam biçimlerinden biri olan sözleşmeli personel uygulaması 1980 sonrasında hızla yayılmıştır. Özellikle Kamu İktisadi Teşebbüslerinin bu yöndeki uygulamaları nedeniyle son dönemde


DURAN, "İdari Mukaveleler", s. 431. Aksı görüş GİRİTLİ, "İdari Mukaveleler", s. 496


DURAN, "İdari Mukaveleler", s. 431.

GÜNDAİY, s. 177.
idari hizmet sözleşmesi, yargı organlarının gündemine girmiştir.\textsuperscript{365} Anayasa Mahkemesi, Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkındaki 233 sayılı KHK’yi değiştiren ve ek düzenlemeler getiren 308 sayılı KHK ile ilgili kararında, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde ası ve sürekli görevlerde sözleşmeyle çalıştırılacak personelle yapılan sözleşmelerin idari sözleşme olması gerektiğine karar vererek genel bir idari hizmet sözleşme kategorisi yarattığı söylenebilir.\textsuperscript{366} Bu kararda kabul edilen ilkeye göre,

“(…) KİT’lerde de kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili kararlar idari nitelik taşıdığı gibi, ası ve sürekli kamu görevini yerine getiren çalışanlar hakkındaki işlevleri de aynı niteliktedir. Yönetimle görevlileri arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku kurallarıyla düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir. Şu halde, KİT’lerin, öngörülen düzende çalışacak sözleşmeli personeli, kamu görevli niteliği dışında olamaz. Sözleşme, kamu hukuku ilişkisini değiştiremez ve ortadan kaldırmanız. Bunların, yönetimle ilişkilerinden çıkan uyuşmazlıklar, kamu hukukuna göre ancak idari yargı yerinde çözümlenir.”\textsuperscript{367}

Uyuşmazlık Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesi’nin kararının ardından verdiği karara göre,

\textsuperscript{365} Bu dönemde önce Anayasa Mahkemesi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi’nin öğretim üyeleriyle olan ilişkisini özel hukuk hükümlerine tâbi tutan yasa hâkimtti, diğer gerekçelerin yansıysa “Devletin başta gelen eğitim ve öğretim hizmetlerini doğrudan doğruya yürütten öğretim üyesinin üniversite ile olan ilişkisinin bir kamu ilişkisi olduğu” gerekçesiyle de iptal etmiştir. AYM, E. 1976/1, K. 1976/28, k.t. 25.5.1976, AMKD, S. 14, s. 184. Bu durumda, kamu hizmeti gören personelin idari sözleşme ile istihdam edilmesi gerektiği düşünülebilir.


\textsuperscript{367} Aynı karar s. 505-506.
“(…) sözleşmeli personel statüsünün düzenlemeye ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok kamu hukuku esaslarına uygun bulunması karşısında idareyle vatandaş arasında idare hukukuna giren bir anlaşmazlık söz konusu olmaktadır.”

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin KİT’lerde oluşturulan personelle ilgili ilke kararında, “özellikle kapsamında bulunan ya da bulunmayan Kamu İktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli ya da kapsam dışı statüde çalışan personelin kuruluşları ile ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların görüş ve çözüm yerinin idari yargı olduğu” kabul edilmiştir.

Mahkeme, sözleşmeli personele uygulanacak kuralların niteliğine bakarak karar vermektedir:

“Davacının hizmet sözleşmesinin incelenmesinden, görev ünvanının şube müdürü olduğu; herhangi birendir kayaya üye olamayacağı; sözleşmenin, 233 sayılı KHK ve sözleşme hükümleryle genel hükümlerde belirlenen nedenlerle feshedilmesi veya sona ermesi durumlarda ilgiliye iş sonu tazminatı ödenceği; sözleşme ile yer almayan hususlarda 233 sayılı KHK ile Kurum Personel Yönetmeliği hükümlerinin uygulanacağı yolunda düzenlemelere yer verilmiş olup, ayrıca davada idarenin savunmasında Emekli Sandığı iş tirakısi olduğu belirtilen davacının, sözleşme ve/veya kapsam dışı personel statüsüyle çalıştığı anlaşılmasıdır.

Bu durum karşısında, özellştirme kapsamında alınmış bulunan Deniz Nakliyatı T.A.Ş.’de çalışan davacının, statüsü itibariyle aslı ve sürekli kamu hizmeti gören ve 4046 sayılı Yasa’da belirtilen kamu personeli olduğu kuşkusuzdur.”


Son dönemde benimsenen yaklaşımda, bir kamu hizmetinin görülmesinden çok, kamu tuzelkişilerinin personel üzerinde sahip olduğu yetkiler göz önünde tutularak buna göre bir değerlendirme yapıldığı ve idarenin kamusal yetkiler kullandığının tespit edilmesi durumunda sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.
SONUÇ

İdari sözleşmeler alanında öğretinin ve zaman zaman yargı organlarının idare açısından bir dikensiz Gül bahçesi tasvirleri, aslen bu alanda soyut bir kamu yararı anlamışından kaynaklanan ve sözleşme özelliklerini tamamıyla bertaraf eden bir yaklaşımın ürünüdür. Hatta giderek, bu algılanışta sözleşmeye yer olmadığı, idari sözleşmenin aslında, tek yanlı idari işlemin özel bir alanda özel bir görünümünden ibaret olduğu sonucuna varılabilir. Genel ilkelerden yola çıkılamak doğru bir başlangıç olmakla birlikte, yolun sonunda hala elde genel ilkeler dışında teknik bir aracın kalmamasının ve sözleşmenin yorumu ve uygulanmasını, farklılık gösterdiği özellikle vurgulanmakla birlikte, özel hukuk araçlarına bırakılmasının şartı olarak karşılanması gerekir.

Türk hukukunda idari sözleşmenin yaygın uygulamasının olmaması, yargı organlarının idari sözleme rejimine ilişkin yaklaşımının ve bu rejimi nasıl algıladıklarının saptanmasını güçlendirmektedir. Bazı kararlarla, bütünlüklü bir idari sözleme rejiminden söz edilmekle birlikte, bu rejimin gerçekten uygulanmasına yargı kararlarında rastlanmamaktadır. İdari sözleşmeye ilgili yargı kararları, bunların özel hukuk sözleşmelerinden ayırdedilmesi sorununda odaklanmaktadır.

Sözleşmeye karşı iptal davası açılabilmesi yolunun kabul edilmesi, yargı organlarının idari sözleşmeye tek yanlı bir işlem gibi algılanmasının sonucudur. Bu yaklaşımanın bir diğer sonucu, idari sözleşme uyuşmazlıklarını da, genellikle, iptal

İdarenin, sözleşmeyi, faaliyette bulunurken bir hukuksal araç olarak kullanabileceğini açıklar. Ancak, salt tuzelkişiliğe sahip olması nedeniyle idarenin dilediği konularda sözleşme yapabileceğini görüş kabul edilemez. Tuzelkişilik, genel olarak, idarenin yetkilerinin temeli olarak görülmemelidir. İdari işleyişe ilişkin kamu
hukuku kuralları, sözleşme akdetme yetkisine de temel alınmalıdır. Bu nedenle idarenin sözleşmelerinde, başka bir dayanak aranmasına ihtiyaç kalmayacaktır.

Fransız hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da, idari sözleşme anlayışının gelişmesinde ana neden imtiaz uygulamaları olmuş ve idari sözleşme imtiaz dolayımıyla algılanmıştır. Nitekim, idare hukuku kitaplarında kamu hizmeti imtiyazlarıyla ilgili bölümlerde idari sözleşme rejininin temel kurallarına ilişkin bölümler arasındaki benzerlik, bunun göstergesidir. İdari sözleşme, imtiyazdan türetilmiştir.

Hal böyle olunca, diğer bazı etkenlerle birlikte, idari sözleşme kategorisinin yalnızca kamu hizmetinin görülmesi yöntemi olarak algılanması ve bu nitelikteki sözleşmelere sıkıştırılması anlaşılabilir.


Oysa, bu koşul dışında da sözleşmeyeyle kurulan ilişkinin kamu hukuku kurallarına tabi olması mümkündür. Burada temel ölçüt, idarenin kullandığı yetkilerin kaynağı ve tabi olması gereken hukuksal rejim olmadığı, idarenin kamu hukuku kaynaklı yetkiler kullanabildiği ya da kullanılması gereken durumlarda


İdari sözleşmenin özel hukuk sözleşmesinden farklı olduğunu açıklar. Ancak salt bir kamu hizmetinin görüldüğü yöntemi olarak değerlendirilmesi, bu kuruma taşıyamayacağı bir yük getirmektedir. İdari sözleşme, genel sözleşme kurumundan
bütünüyle kopmuş ve başkalarışmış değildir, idareye dilediğince hareket serbestisi sağlayamaz. Aksi yaklaşım, sözleşme düşüncesini yok ederek idari sözleşmeyi de idarenin kullanabileceği değişik bir araç olmaktan çıkarır.
KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AKDAĞ, Mustafa  Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi, C. 2 (1453-1559), Cem Yayınevi, İstanbul 1995.


--------


BILGEN, Pervin  Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İcithatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970. (İdari Sözleşmelerin Kriterleri).
İdare Hukuku Dersleri - İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.

CHAPUS, René

ÇAĞAN, Nami
Vergilendirmeye Yetkisi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1982.

DERBİL, Süheyp

DUGUIT, Léon

DURAN, Lütfi

EMİROĞLU, Kudret
Gündelik Hayatımızın Tarihi, Dost Kitabevi Yayınları, Şubat 2001, Ankaracık

ERBERK, İbrahim Ali

EREN, Fikret

ERKUT, Celâl
İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990.

FLOGAITIS, Spyridon

GİRİTLİ, İsmet -
İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.

BİLGEN, Pertev -

AKGÜNER, Tayfun

202
GÖRELİ, İsmail Hakkı: Devlet Şurası (Şura'yı Devlet) - (Danıştay), Yeni Matbaa, Ankara 1953.


LAUBADERE, André de: Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Tome
MODERNE, Franck - 

DEVLOLVE Pierre

--------

ONAR, Siddik Sami

OSTEN, Necmi
İdari Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.

ÖNCEL, Mualla -
KUMRULU, Ahmet -
ÇAĞAN, Nami


ÖZAY, İl Han
Günüşğında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996. (Günüşğinda Yönetim).

ÖZBUDUN, Ergun

ÖZTÜRK, Burak K.

PEQUIGNOT, Georges
Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Université de Montpellier – Faculté de Droit, Perpignan, 1945.

RICHER, Laurant

SARICA, Ragip
İdari Kaza, İÜHF Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul 1942.

SEZGİNER, Murat
İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından

SIRMEN, Lâle

Borçlar Hukuku, Genel Hükmümler (Ders Notları), Ankara - 1996.

ULUSOY, Ali


VEDEL, Georges


ZEVKLİLER, Aydın

MAKALELER

AZRAK, Ali Ülkü


------

“Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, İÜHFM, C. XXXVI, S. 1-4, 1971, s. 44-78.

------

“Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, İHİD, Y. 1, S. 2, Ağustos 1980, s. 3-9.


BENOIT, Francis-Paul

“De L’inexistence d’un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs”, JCP 1963, No: 1775

BILGEN, Pertev

“Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında”, Kamu Hukuku Bülteni, S. 3, Mart 1990

COCATRE-TILGIEN, André


DİNÇER, Güven

“İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, DD, Y. 3, S. 8, 1973, s. 18-23.

DRAGO, Roland

“Paradoxes sur les contrats administratifs”, Mélanges Flour, 1979, s. 151-163.

DURAN, Lütfi

“İdari Mukavele”, İÜHFM, C. XXXII, S. 1, 1966, s. 351-359

“Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değin Son Kararları Üzerine Mülahazalar - III”, AİD, C. 18, S. 4, Aralık 1985, s. 63-82.


DUPUIS, George “Sur la concession de service public”, Dalloz 1978


GONIDEC, P. F. “Contrat et recours pour excès de pouvoir”, RDP, 1950, s.58-80.

KAPLAN, İbrahim “Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri”, BATİDER, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 3-42.

KIRATLI, Metin “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, AÜSBFD, C. XXVII, No. 4, Aralık 1972, s. 53-81.


KUTLU, Meltem “İdari Usul ve İdare Sözleşmeleri”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Bildiriler), 17 -18 Ocak 1998, Başbakanlık
LAUBADERE, André de
“Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, RDP, 1954, s. 36-63.

L’HUILLIER, Jean
“Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l’administration?”, Dalloz 1953, C.87, s. 87-90.

MERİÇ, Osman

ODYAKMAZ, Zehra
“Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, GÜHFD (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan), C. II, S. 1-2, 1998, s. 141-195.

ÖKÇÜN, Gündüz
“XIX. Yüzyılın İkinci Yarısında İmalat Sanayi Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri”, AÜSBFD, C. 27, 1972, s. 135-166.

ÖZAY, İl Han

PEQUIGNOT, Georges

PREVOST, Jean-François
“A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)”, R.D.P., 1971, s.817-842.

SIRMEN, Lâle
TAN, Turgut


------


------

“İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, SBFD, C. 50, No. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 291-309.

------


------

“İdare Hukuku ve Tahkim”, AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3-23.

------


ULER, Yıldırım

“Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler”, AÜHFD, C. XXII, S. 1, s.215-238. “Sözleşmeli Personel, İdari Sözleşmeler”,

ULUSOY, Ali D.

“Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları” Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve

209

VEDEL, Georges
“Remarques sur la notion de clause exorbitante”,
L’évolution du Droit Public Études en l’Honneur
d’Achille Mestre, Sirey 1956, s. 527-561.
“Remarques…“.

WEIL, Prosper
“Le critère du contrat administratif en crise”,
Mélanges Offerts a Marcel Waline, s. 831-848.

ZABUNOĞLU, Yahya
ÖZET

İdarenin görevlerini yerine getirirken kullanabileceği bir hukuksal araç olan idari sözleşme, genel hukuksal bir kategori olan sözleşmenin idari işlev ve kamu hizmetiyle karşılaştığı ve dönüşümsesi sonucu ortaya çıkmıştır. İdari rejimin yanısıra, idari sözleşme kavramı ve rejiminin ortaya çıkma ve gelişiminde de Fransız uygulaması önem taşımıştır. Ancak Türk hukukunda idari sözleşme uygulaması, bundan temelli farklar da içermektedir. İdari sözleşme kategorisinin oluşturulmasında, kamu hizmeti imtiyazının önemli etkisi olmuş ve idari sözleşme kuralları, kamu hizmeti imtiyazından örnek alınarak oluşturulmuştur. Türkiye'de uzunca bir dönem boyunca, imtiyaz dışında bir idari sözleşme uygulamasının olmaması da bu etkiye güçlüştüştür.

İdari sözleşmelerin belirlenmesinde klasik olarak “kamu hizmeti” ve “özel hukuku aşan şart” ölçütleri kullanılmakla birlikte, bu ölçütlerin yeterli olmadığını açıklar. Bunlar yerine, sözleşmeye kurulan ilişkinin niteliğine dayanan bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. İdari sözleşmeler, temel olarak kamu hizmetinin görülmesini içeren sözleşmeler ve diğer idari sözleşmeler olarak iki kategoride incelenebilir.

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında imtiyaz, kamu hizmetinin görülülmesinde kullanılabilecek tek tip olarak kabul edilmektedir. Ancak bu uygulamanın değişmesi ve imtiyazın farklı sözleşme tiplerini kapsayan genel bir kategori haline getirilmesi mümkündür. Bu durumda, kamu hizmetinin devrini içeren sözleşmeler, imtiyaz başlığı altında toplanabilir. Günümüzde, idari sözleşme yalnızca kamu hizmetinin yerine getirilmesinde bir araç olarak algılanmakla birlikte, bu
yaklaşım idari sözleşmenin sözleşme niteliğini ortadan kaldıracak sonuçlar doğurmamalıdır. İdari sözleşme, farklı bir hukuksal rejime tabi olsa bile, genel sözleşme kategorisinden bağımsız olarak düşünülmemelidir.
RESUME

En tant qu’un instrument juridique que l’administration peut utiliser en exécutant ses fonctions, le contrat administratif est né en résultat de la rencontre entre le contrat qui est une catégorie juridique générale et la fonction administrative, le service public et de l’évolution de contrat. En outre du régime administratif, l’application française avait encore une longue importance à l’apparition de concept et le régime de contrat administratif et à leur développement. Quoique ça, l’application du contrat administratif en droit turc se montre de majeures différences que celle-ci. À la création de la catégorie de contrat administratif, c’était la concession de service public qui avait une importante influence et les règles de contrat administratif se sont produites selon celle-ci. En Turquie, pendant une grande durée, l’inexistence de l’application de contrat administratif sauf la concession de service public forfaisait cette influence.

Alors que “le service public” et “les clauses exorbitants” sont utilisés à la distinction de contrat administratif, on ne peut pas dire que ces critères sont susceptibles de le distincter. Au lieu de ceux-ci, il faut préférer une solution résultant de la nature de la relation constituée par le contrat. En fait, les contrats administratifs peuvent être étudiés en deux catégories: Ceux qui contiennent l'exécution d’un service public et les contrats administratifs qui ne la contiennent pas.

Par arrêts du Conseil d'Etat (Danıştay) et de la Cour constitutionnelle (Anayasa Mahkemesi), la concession est acceptée en tant qu’un seul type q’on peut utiliser à l’exécution de service public. Quoique ça, cette application peut changer et
la concession peut évoluer en tant qu’une catégorie générale qui contient de différents types de contrat. En ce cas, les contrats de délégation de service public peuvent se réunir sous le titre de concession. Aujourd’hui, le contrat administratif n’est accepté que comme un instrument à la réalisation de service public. Mais il faut dire que cette acceptation ne doit pas engendrer des résultats qui détruisent la nature contractuelle de contrat. Bien que le contrat administratif soit soumis à un différent régime juridique, il ne doit pas être réfléchi tel qu’il est indépendant de la catégorie générale de contrat.