

## İDARİ MUKAVELE KAVRAMININ TEORİ VE TATBİKATTAKİ GELİŞİMİNE DAİR MUKAYESELİ BİR İNCELEME

*Asistan A. Ülku AZRAK*

### GİRİŞ

İdare fonksiyonunun modern Devlette süratle genişlemesi, bir yandan İdarenin ticarî ve sınaî mahiyette teşebbüslerle toplumun ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak zorunluluğunda oluşu, bir yandan da toplumların dünya görüşünde ve teknik şartlardaki büyük değişmeler gibi gerçeklerle ilgilidir. Sözü geçen fonksiyon genişlemesi ise modern bürokrasinin (çok defa da haksız olarak) şikâyet edilen memur ve hizmetliler kadrosunun kabarıp şişmesi sonucuna varmasını gerektirmektedir.

Böyle bir sonucun önlenmesi konusunda başvurulan çarelerden biri, İdarenin görevlerinin gündün güne artan bir kısmını idarî mukaveleler yoluyla özel müteşebbislere gördürmesidir. İdarî mukavelelerin taallûk ettikleri görevlerin, kamu yararı gibi hayatî önem taşıyan bir konuyla ilgili oluşu dolayısıyla, bir çok ülkelerde bu mukavelelere karşı ciddi şüpheler beslenmiştir. Bazı ülkelerde, kamu yararını tehlikeye atmamak için bu gibi mukavelelerde İdareye üstün yetkilerin tanınmış olmasına karşılık, İngiltere, İtalya ve Avusturya gibi bazı ülkelerde idarî mukavele kavramı çok dar tutulmakta ve İdarenin ancak hususî hukuk şahsı olarak hareket ettiği alanlarda, diğer âkitlerle eşit şartlar altında âdi mukaveleler yapmasına geniş ölçüde cevaz verilmektedir.

Bizim burada yapacağımız inceleme konunun fazla geniş olması dolayısıyla sadece dört ülkede (Fransa, Almanya, Avusturya ve Türkiye) idarî mukavele kavramının sınırları, uygulama alanları ve karakteristiklerine ait bir mukayeseye münhasır kalacaktır.



## I

## YABANCI ÜLKELERDE İDARİ MUKAVELE KAVRAMI

## 1 — Fransız Hukukunda İdarî Mukaveleler.

A) İdarî mukavele kavramı, ilk defa Fransız hukukunda doğmuştur. Bu kavramın doğuşunda ve gelişmesinde Conseil d'Etat'nın rolü büyüktür. Gerçekten daha 19. yüzyılın ikinci yarısında Conceil d'Etat içtihatları ile bu kavramın oluşumuna büyük ölçüde yardım etmiştir.

Fransız hukukunda idarî mukavele (contrat administratif), Fransız İdare Hukuku sisteminin bütünü içerisinde mütalâa edilmek gerekir. Bu itibarla bu kavramın, Fransız hukukundaki anlam ve şümulü ile başka bir hukuk sistemine aktarılması hemen hemen imkânsız denecek kadar güçtür.

Fransa'da «contrat administratif» kavramının menşeiini tespit etmek için Uyuşmazlık Mahkemesinin (tribunal des conflits) 3.2. 1873 te verdiği BLANCO kararına kadar geriye gitmek gerekir<sup>1</sup>. Bu karara vesile teşkil eden olay şöyledir: Bordeaux şehrinde, Devlete ait bir tütün fabrikasının iki binası arasındaki caddeden geçen bir çocuk, fabrikanın el arabalarından birinin sadmesiyle yaralanmıştır. Mahkeme bu olayda «İdarenin, eskiden kamu hukuku alanına dahil addedilmeyen bazı faaliyetlerinin, artık idarî kaza mercilerinin görev alanına girdiğini» beyan ederek ihtilâfın çözümünün Conseil d'Etat'nın görev alanına dahil olduğu içtihadında bulunmuştur. İdare Mahkemesinin görev kaidelerinden, maddî kamu hukuku hükümlerinin, mahkemenin murakabe alanı içerisinde uygulanacağı sonucu çıkarılmıştır. Bu suretle «idarî faaliyet» kavramının çevresi günden güne genişlemekte bulunmuştur.

Şüphesiz ki contrat administratif kavramı, İdarenin hususî hukuk alanında bazı mukaveleler (contrat de droit commun) yapmak yetki ve imkânını bertaraf etmiş değildir. Gerçekten İdarenin mukavelesi (contrat de l'administration) kavramı, idarî mukavele (contrat administratif) kavramından daha geniş olup bu sonuncusuyla birlikte İdarenin hususî hukuk mukavelelerini (contrat de droit commun) de içine almaktadır. Bununla beraber tatbikatta

1) Cf. T.C. 8.2.1873, arrêt BLANCO, Recueil Dalloz, 73.3.17.



idarî mukavelelerin alanının günden güne genişlemesi, İdarenin hususî hukuk mukavelelerinin alanının daralmasını intaç etmiştir. Bu genişlemenin sebebi ise, Fransa'da 19. yüzyılın sonundan beri kamu hizmeti (service public) alanının mütemadiyen genişlemesinde aranmalıdır. Zira Fransa'da idarî mukavele kavramı, kamu hizmeti kavramı ile sıkıca bağlı olarak mütalâa edilmektedir. Gerçekten M. WALIN'e göre idarî tasarruf, bir kamu hizmetinin yürütülmesi zımında aktelebilir<sup>2</sup>. Bu böyle olunca kamu hizmeti kavramını da belirtmek gerekmektedir. L. ROLLAND'ın yaptığı tarife göre «kamu hizmetleri, idare edenlerin yüksek yönetimi altında bulunan ve kolektif ihtiyaçların tatmini hedefine yönelmiş olan, kamu menfaati ile ilgili müessese ve teşebbüslerdir»<sup>3</sup>. Fransa'da kamu hizmetinin karakteristiği şurada kendini göstermektedir ki, Alman hukukundaki kamu kurumu (Anstalt) kavramından farklı olarak, idarî fonksiyonlar, bunların süljelerinden mücerret olarak kavranmağa çalışılmaktadır. Bu idarî fonksiyonlar bizzat idare tüzel kişileri tarafından ifa edilebileceği gibi, özel kişiler (müteşebbisler) tarafından da ifa edilebilir (tabii ülke müdafaası ve bazı kültür sahaları hariç olmak üzere). Şu halde bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını tayin eden, bizzat onun hedefi ve muhtevası, bünyesidir.

Fransa'da gerek doktrin, gerekse içtihatlar kamu hizmeti kavramını tayin eden şu üç prensip üzerinde birleşmektedir:

1. Kamu hizmetinin devamlılığı sağlanmalıdır (règle de continuité),
2. Kamu hizmetini bizzat görmek veya kendi denetimi altında bir özel müteşebbise gördürmek durumunda olan İdare, bu hizmetin teşkilât ve fonksiyonuna müteallik kuralları, değişen kolektif ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak maksadıyla, her zaman değiştirebilmelidir (règle de mutabilité).
3. Kamu hizmetinin, idare edilenlere arzında, eşitlik kuralına uyulmalıdır (règle d'égalité).

B) Kamu hizmetiyle idarî mukavele arasındaki münasebet üç şekilde tezahür edebilir:

1. Kamu hizmetini teşkil eden bir görevin yerine getirilmesi, bir idarî mukaveleyle, özel bir müteşebbise devredilebilir. Kamu hiz-

2) Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, B. 7, 1957, s. 495.

3) Louis ROLLAND, *Précis de droit administratif*, B. 10, 1955, s. 16.



metinin yürütülmesine taallük eden bu cins mukaveleler «kamu hizmeti imtiyazı mukavelesi» (concession de service public) adını alır.

2. Kamu hizmetinin kurulabilmesi için gerekli eşyanın temin ve teslimi veya kamu hizmetinin mütemmim cüzü mahiyetindeki gayrimenkullerin inşası, idarî mukaveleyle bir özel şahsa devredilebilir.

3. İdarî mukavele, kamu hizmeti ile bundan istifade edici durumunda olan fertler arasındaki münasebetlere de taallük edebilir.

C) Yukarıda idarî mukavelelerin prototipleri gösterilmiş olmakla beraber, Fransız hukuku bu konuda «*numerus clausus*» prensibine bağlı kalmadığı için idarî mukaveleleri sistematize etmek her zaman kolay değildir. Esas itibariyle mukavele serbestliği vardır. Yani İdare Hukuku alanında mukavele yapıp yapmamak İdareye bırakılmıştır. Şu halde kanunî sarahat olmayan hallerde İdare yapacağı mukavelelere, hâlin icaplarına göre, idarî mukavele veya hususî hukuk mukavelesi karakteri verilebilir. Fakat, bazı hallerde Fransız kanun koyucusu bir takım mukavelelere idarî mukavele-karakteri vermiştir (contrats administratifs par détermination de la loi). Tabii bunun aksi de vârittir. Yâni, kanun bazı hallerde mukaveleden doğacak ihtilâfların, adli kazanın görev alanına girdiğini belirtmişse, kanunun bu ihtirazî kaydından, mukavelenin idarî mahiyette olmadığı sonucu çıkarılmaktadır<sup>4</sup>.

Diğer taraftan, âkitlerin sübjektif iradeleri de bir takım objektif kriterlerle sınırlandırılmıştır. Bu kriterler âkitlerin iradelerinin tefsirinde uygulanarak mukavelenin mahiyeti hakkında bir hükme varılır. Şu halde meselâ, bünyesi ve muhtevası itibariyle objektif açıdan hususî olan bir mukaveleye, âkitler idarî mukavele adını vermiş olsalar bile, bu nazarı itibare alınmaz ve mukaveleye hususî hukuk mukavelesi karakteri tanınır. Şimdi Fransız hukukunda bu objektif kriterlerin nelerden ibaret olduğunu görelim :

a. Bir kere geleneksel telâkkiye göre İdarenin bazı faaliyet alanlarında hususî hukuk hükümleri câridir. Bu alanlardan biri İdarenin iktisadî ve sınaî teşebbüsleri (service commerciaux et industriels), diğeri ise İdarenin özel mülkiyetine dahil mallarının idaresi, işletilmesidir (exploitation patrimoniale ou domaniale)<sup>5</sup>. Bu alan-

4) Cf. André de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, C. I, s. 53 - 54.

5) *CE*. 8.11.1929 - *Sirey* 1930 III 39. WALINE, *op. cit.*, s. 495 - 496.



larda yapılacak mukaveleler de pek tabii olarak hususî hukuk mukavelesi karakterini taşır.

b. Saniyen, mukavelenin izafî (specifique), mahsus muhtevası, onun idarî karakter taşımasını gerektirir. Meselâ, mukavelede hususî hukukun tanımadığı bir müessese, bir yetki hükmü bahis konusu ise bu mukavele hususî hukuk mukavelesi değildir. Bunun en tipik örneğini, İdarenin mukavelede âmme kudretini kullanma yetkisini derpiş etmiş olmasıdır. Bu gibi hususî hukuktan inhiraf eden mukavele hükümleri (clauses exorbitantes du droit commun), teori ve pratikte idarî mukavelelerin, hususî hukuk mukavelelerinden ayırt edilmesinde uygulanan önemli bir kriteri teşkil etmektedir<sup>6</sup>. Fransız doktrininde bu kriter pek te yeni değildir. Gerçekten G. JEZE, 1926 da 3. baskısı yayınlanan eserinde, İdare ile diğer âkidin iradeleri arasındaki eşitsizliğin (yâni İdarenin üstün üetkisini mahfuz tutmuş olmasının), idarî mukavelelerin esaslı bir karakteri olduğu fikrini ileri sürmüştü<sup>7</sup>.

c. Nihayet, İdarenin âmme kudretine tam mânâsıyla sahibolduğu alanlarda, kanun İdare ile fertler arasındaki münasebetleri bizzat düzenlemiş olup, bu alanlarda artık mukaveleler alanında olduğu şekilde bir irade serbestliği câri değildir. Bu gerçeğin önemi, bilhassa bir akit olup olmadığı hususunda tartışılan memur tâyini konusunda kendisini gösterir. Fransa'daki tatbikat öteden beri memur ile İdare arasındaki münasebetin akdî bir münasebet olmadığı merkezindedir.

D) İdarî mukavele kavramının Fransız doktrinindeki gelişimini böylece inceledikten sonra, araştırmanın tam olabilmesi için mahkeme içtihatlarında tespit edilmiş olan hükümleri de nazarı itibara almak gerekir.

a. İdarî mukavelelerin kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu menfaatiyle sıkıca bağlı olmasının, bu gibi mukavelelerde İdarenin üstün yetkilerini saklı tutmasına sebep olduğuna yukarıda işaret edilmişti. Bu üstünlüğün ne şekilde tezahür ettiğini, Fransız Devlet Şûrasının içtihatları açıkça ortaya koymaktadır.

6) Cf. A de LAUBADÈRE, op. cit., s. 77 vd.

7) Cf. Gaston JEZE, Les principes généraux du droit administratif, B. 3, 1926, C. III, s. 299. Gerçekten Jeze, eserinde idarî mukavelede, tarafların eşitsizliği hakkında şunları söylemektedir:

«Le contrat administratif proprement dit suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité...».



Şöyle ki, bir kere İdare, mukavelenin genel şartlarını tespit eden bir şartname kısmını (*chaier des charges = vecibeler defteri*) hazırlayarak, bunu mukavelenin muhtevasına ithal eder. Bu şartnamede İdarenin haiz olduğu üstün yetkiler (tek taraflı müeyyide uygulanması, ihtarda bulunulması, direktif verilmesi v.s.) derpiş edilir. Bu yetkiler, kamu hizmetinin, günün ihtiyaçlarına uydurulması zorunluğuna dayanır. Bu sebeple, bilhassa bir imtiyaz mukavelesine dayanarak kamu hizmetini işleten bir özel müteşebbis, teknik şartların ve sosyal ihtiyaçların değişmesine ayak uydurmak zorundadır. Fransız Devlet Şûrası bir kararında, bir şehri gaz lâmbalarıyla aydınlatmak üzere imtiyaz almış bir müteşebbisin, teknik ilerleme sonucunda bu gaz lâmbalarını elektrikli lâmbalara tahvil etmek mükellefiyetini de yüklemiş olduğu içtihadında bulunmuştur<sup>8</sup>. Keza bir başka kararda ulaştırma imtiyazı almış olan bir müteşebbisin, işletmeyi değişen trafik plânına uydurmayı da taahhüt etmiş addolunacağı belirtilmektedir<sup>9</sup>.

b. İdarî mukavelenin taallük ettiği kamu hizmetinin devamlı surette, aksamadan görülmesi zorunluluğu karşısında mukavele şartlarının yeknesak ve muntazam şekilde uygulanması gerektiği âşikâr olmakla beraber bazan elde olmayan sebeplerle bu şartları yerine getirmek imkânsızlaşır. İşte bu gibi hallerde mücbir sebebin varlığı kabul edilerek, emprevizyon teorisi uygulanır ve imtiyazlı müteşebbisin iktisadî durumu düzeltilerek, kamu hizmetinin devamlılığı, aksamaması sağlanır. Tabii bu, sadece mukavelenin dayandığı ekonomik dengenin korunarak, imtiyazlı müteşebbisin menfaatlerinin sağlanması değil, ön plânda kamu hizmetinin muntazam görülebilmesi maksadına matuftur<sup>10</sup>.

## 2 — Alman Doktrin ve Tatbikatında İdarî Mukaveleler.

A) Kara Avrupası ve bilhassa Fransız Hukukunda «İdarî Mukavele Teorisi» nin ortaya atılmasını müteakıp, Alman doktrini de bu mesele üzerine eğilmekte gecikmemiştir. Gerçekten Alman doktrininde «İdarî Mukavele» kavramı üzerinde çalışmalar yapan ilk hukukçu, Otto MAYER olmuştur. O. MAYER, Fransız İdare

8) LONG - WELL - BRAIBANT, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 1956, No. 9, s. 28 vd (CE 10.1.1902).

9) Ibid., No. 26, s. 84 vs. (CE 21.3.1910).

10) Ibid., No. 36, s. 114 vd. (CE 30.3.1916).



Hukuku ile uzun yıllar uğraşmış ve bu alanda mukayeseli incelemeler yapmış bir hukukçudur<sup>11</sup>.

Hemen şunu ilâve etmek gerekir ki Alman doktrininde «İdarî Mukavele» kavramına karşı menfi davranış, Otto MAYER ile başlamıştır. Müellife göre, İdare Hukukunda sùjelerin eşitsizliği prensibinin hâkim olmasına karşılık, Hususî Hukuk alanında doğmuş olan «Akit Teorisi» nde sùjelerin mutlak eşitliği prensibi câridir. Bu sebeple Akit Teorisinin, İdare Hukuku alanına aktarılmasına imkân yoktur<sup>12</sup>. İdare Hukuku sùjelerinin eşitliğine rastlanan istisnâî hallerde (meselâ Ademi Merkezîyet İdarelerinin birbirleri karşısındaki eşitliği) dahi, O. MAYER «mukavele» kavramı yerine «idarî tasarruf» kavramını ikame etmiştir.

O. MAYER'in bu menfî davranışına karşılık, Alman Kamu Hukukunun Paul LABAND ve Georg JELLINEK gibi diğer otoriteleri ise mukavele kavramına, O. MAYER'in verdiği den daha geniş bir anlam vermeğe çalışmışlardır<sup>13</sup>. Bunun üzerine Alman doktrininde O. MAYER'in çizdiği yoldan belirli bir ayrılma başlamıştır. Diğer müellifler hiç değilse komün idareleri arasındaki irade eşitliği ne dayanan münasebetlerde mukavele kavramının kabul edilmesi gerektiği fikrini savunmağa başlamışlardır<sup>14</sup>. Beri yandan pozitif hukukun yarattığı bir takım kurumlar, Kamu Hukuku Mukaveleleri tipinin unsurlarını taşıdığı için, müellifler bunlara atıf yaparak doktrinde idarî mukavele kavramına yer vermeğe çalışmışlardır. Fakat, bu teşebbüsler yeterli olamamıştır. Çünkü doktrin, idarî mukavele teorisini kurmağa çalışacak yerde, pozitif hükümlerin tahliliyle yetinmiştir. Sistematik ve kararlı bir hüviyet taşımayan bu davranışın tipik bir örneğine F. FLEINER'in fikirlerinde rastlamak mümkündür. Gerçekten bu müellife göre, fertlerin İdare ile olan münasebetlerinde idarî mukavele kavramının kabul edilebilmesi için iki şartın varlığı aranır: bir kere kanun, İdareye bir mu-

11) O. MAYER, *Theorie des Fransösischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, s. 290 vd.

12) O. MAYER, 1) *Zur Lehre vom öffentlichen Verträge* (Archiv für öff. Recht, 1887, C. 3, s. 1 vd.) 2) *Deutsches Verwaltungsrecht*, B. 2, 1917, C. II, s. 262 vd.

13) P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1901, C. I, s. 419.

G. JELLINEK, *System der subjektiven öff. Rechte*, 1892, s. 210 vd.

14) Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, B. 2, 1929, s. 243 vd.



kavele yapma yetkisini vermiş olmalıdır, ikincisi bahis konusu muamele İdarenin dışındaki sùjelerin rızasına baēlı bir hâkimiyet tasarrufu (zustimmungsbedürftiger Hoheitsakt) mahiyetini taşımamalıdır<sup>15</sup>.

Görüldüēü gibi Alman doktrininde, «İdarenin iki taraflı muameleleri» kategorisinde en geniş alanı «kabul şartına baēlı idarî tasarruflar» işgal etmekte, ancak pozitif hukukun açıkça «mukavele» niteliğini bahsettiēi muameleler ise istisnaen bu kategoriye dahil addolunmaktadır.

Klâsik Alman doktrininde idarî mukavele kavramının bu kadar daraltılması sebepsiz deēildir. Gerçekten idarî mukavele kavramının yaygınlaşmasına karşı, bilhassa O. MAYER'in ileri sürdüēü endişeler hukuk politikasına ait iki ciddi sebebe dayanıyordu:

1. İdarî mukavelelerle hukuk eşitliğinin bozulması tehlikesi,
2. İdarenin mukaveleyle bağlanması dolayısıyla âmme menfaatlerinin ihmale uğraması tehlikesi.

Bu sebepler, O. MAYER'i takip eden müelliflerin de sık sık idarî mukavele fikrine karşı olmalarını gerektirmiştir. Bu arada dikkati çeken bir nokta da K. Freiherrn von STENGEL'in daha 1890 da «idarî mukavele» fikri lehinde ileri sürdüēü delillerin Alman doktrininde hemen hiç nazara alınmamış olmasıdır. Gerçekten bu müellif o tarihte şu fikri ileri sürmüştü:

İradelerin birleşmesi vâkiasına dayanan mukavele fikri, bu iradelerin tamamen serbest olarak izharı için, tarafların birbirinden baēımsız olmasını gerektirir. Bu irade serbestliēi ve baēımsızlık, ancak tarafların birbiri karşısında tam mânasıyla eşit olması şartıyla mümkündür. Şüphesiz ki bu şekilde telâkki olunan bir «mukavele kavramı», sadece hususî hukuk alanında esaslı surette rol oynar. Bu kavramın kamu hukukundaki bir tezahürü ise Devletler Hukuku alanında görülür. Çünkü uluslararası anlaşmalarda, tarafları teşkil eden Devletler, birbirleri karşısında tam mânasıyla eşit ve baēımsız hukuk sùjeleri durumundadır. Asıl münakaşalı olan cihet, İdare Hukuku alanında da bu tarzda bir mukavele fikrinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bunu menfî surette cevaplandırılanlar, İdarenin, fertler karşısında daima üstün emredici ve zorlayıcı bir kuvvet olarak görüldüēüğünü ve bu sebeple, İdare

15) Cf. Fritz FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, B. 8, 1928, s. 210 vd.



ile fertler arasında irade eşitliğinden bahsedilemeyeceği fikrindedirler. Alman hukukuna göre İdarenin eşya hukuku alanında Hazine (Fiskus) olarak görünüşü ve bu şahsiyetiyle fertlere nazaran üstünlük ihraz etmediği gözönüne alınırsa bu fikre katılmak güçtür. İdarenin tamamen hususî hukuk şahsı olarak görüldüğü bu hallerden sarfı nazar, kamu hukuku alanında da bir takım mukaveleler aktedebileceği, bir gerçektir. İdare, hususî hukuk alanında fertlerle tamamen eşit şartlar altında muamele yapabiliyorsa, aynı şeyi kamu hukuku alanında da yapabilmesine bir engel yoktur. Eğer İdarenin vergi koymak veya istimlak yapmak gibi çarelerden istinkâf ederek görevlerini yerine getirmek için hususî hukuk vasıtalarından faydalanması Devlet kavramına aykırı düşmüyorsa, kamu menfaatini sağlamak üzere, ferdî hizmetlerden, zor kullanacak yerde, mukavele aktederek faydalanması da keza Devlet fikrine ve İdarenin karakterine aykırı sayılmamalıdır<sup>16</sup>.

B) Alman doktrininin İkinci Dünya Savaşından sonraki gelişmesinde idarî mukavele fikrinin artık yerleşmiş bulunduğu ve eskisine nazaran daha geniş bir anlam taşıdığı görülmektedir. Herşeyden önce idarî mukavelenin kabul edilebilmesi için, kanunun açık bir hükmüne (yâni İdareye bu hususta yetki vermiş olmasına) dayanılması gerektiği fikri, H. PETERS ve E. FORSTHOFF tarafından hemen hemen aynı ifadelerle reddedilmiştir<sup>17</sup>.

Bununla beraber FORSTHOFF, idarî mukavelelerin menfi bir sınırı bulunduğunu da gözden kaçırmamıştır: kanunlar idarî mercileri, tipik idarî görevleri yerine getirirken mutlaka İdare Hukukuna has üstün yetkilerini doğrudan doğruya kullanmağa mecbur etmişlerse, bu takdirde idarî mukavelenin uygulanması caiz değil-

16) *Karl Freiherrn von STENGEL*, Vertrag (auf dem Gebiete der Verwaltung), Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Freiburg, 1890, C. II, s. 701 vd.

17) *Hans PETERS*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, s. 154: «Solche Vereinbarungen sind auch dort zulässig, wo die Gesetze nichts bestimmen...»

*Ernst FORSTHOFF*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, B. 7, 1958, s. 250 vd. «Im Verwaltungsrecht sind öffentlich-rechtliche Verträge eine häufige Erscheinung. Vielfach werden sie in den Gesetzen selbst als Mittel zur Regelung einzelner Verhältnisse vorgesehen, nicht selten aber entbehren sie auch des gesetzlichen Anhalts...».



dir<sup>18</sup>. Şu halde, İdarenin idarî mukavele akdetmek yetkisi, kanunun sâkit olduğu hallerde (bu kanunun tefsiri suretiyle = preter legem) var, fakat kanunun yasak ettiği hallerde (kanuna aykırı olacağı için = contra legem) yoktur.

Alman doktrininde tartışılan önemli problemlerden bir başkası da, idarî mukavelenin bağlayıcı karakteriyle, kamu menfaatinin ne şekilde telif edilebileceği meselesi olmuştur. Genel olarak kabul edildiğine göre, bu iki kavramın telifi, ancak kamu menfaatini temsil eden makamlara, bazı hallerde bu menfaati koruyabilmek için anlaşma şartlarından belirli ölçüde inhiraf edebilmek yetkisinin verilmesi suretiyle mümkün olur. Bazı müelliflere göre bu konuda İdareye, hususî hukukta uygulandığından daha geniş an'amda uygulanmak üzere, «*clausula rebus sic stantibus*» kaidesine başvurma imkânının tanınması gerekir. Şöyle ki şartların esaslı surette değişmesi dolayısıyla kamu menfaati tehlikeye giriyorsa, mukaveleden ya tamamen rücu veya kısmen inhiraf etme yetkisinin kabul edilmesi, idarî mukavelenin bünyesinden doğan bir zorunluktur. Şu kadar ki kâr yahut zararlarıdaki önemsiz değişmeler, bu yetkinin kullanılması için yetmez<sup>19</sup>. Diğer bazı müellifler ise bu gibi hallerde İdarenin durumunu kuvvetlendirmek taraftarı olarak kamu menfaatinin tehlikeye girmesi hallerinde İdarenin, müktesep haklar doğuran idarî tasarrufları ne şartlar altında geri alabiliyor veya feshedebiliyorsa, idarî mukaveleden de aynı şartlar altında rücu edebileceğini, yâni müktesep haklar doğuran ferdî idarî tasarrufların feshi veya geri alınması hakkında uygulanmakta olan kuralların, idarî mukavelelerde de kıyasen uygulanması gerektiği fikrini ileri sürmüşlerdir<sup>20</sup>.

İdarî mukavelenin, İdarenin hususî hukuk alanında yaptığı mukavelelerden ayrılması meselesine gelince.. Genel olarak kabul edildiğine göre, idarî mukaveleyi, İdarenin hususî hukuk mukavelelerinden ayıran keyfiyet, bu mukavelenin hususî hukuk değil, kamu hukuku münasebeti doğuran muhtevasıdır. Mukavelenin taraflarının taşıdığı sıfat, bu konuda pek rol oynamamakla beraber, idarî mukavelenin taraflarından biri daima kamu tüzel kişisidir. Fakat bu keyfiyet, idarî mukavelenin her iki tarafının da kamu tüzel kişisi olmasına engel değildir<sup>21</sup>.

18) E. FORSTHÖFF, op. cit., s. 254.

19) Ibid., s. 257.

20) H. PETERS, op. cit., s. 155.

21) Ibid., s. 154.



İdarî mukavele kavramının bir hukukî gerçek olarak doktrin tarafından da kabul edilmesi şeklindeki gelişim, her şeyden önce mahkeme içtihatlarının Birinci Dünya Savaşından itibaren bu kavrama sık sık yer vermeğe başlamasıyla ilgilidir. Gerçekten önce mahkeme içtihatları ve bunu takiben kanun koyucunun müspet yöndeki yasama faaliyeti nihayet doktrini de idarî mukavele kavramı konusunda çekimser davranmaktan vazgeçirmiştir. Bu, FORSTHOFF'un da belirttiği gibi, nazariyecilerin hukukî gerçeklerle olan bağlarının kopması tehlikesi karşısında takınılmış zoraki bir davranış gibi görünmektedir. Bu sebeptendir ki, Almanya'da idarî mukavele kavramının gelişimi, daha ziyade dış zorlamalarla ortaya çıkmış olup, hukuk doğmatığı bakımından, henüz temeli sağlamlaştırılmamış bir duvarın örülüşüne benzetilmektedir<sup>22</sup>.

C) Alman hukukunda idarî mukavele kavramının gerçek gelişimini kavrayabilmek için, mahkeme içtihatlarının incelenmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. Gerçekten içtihat, idarî mukavele niteliğinin tayininde doktrin kadar çekimser davranmamaktadır. Burada Prusya, Bavyera Yüksek İdare Mahkemeleri ile Weimar Cumhuriyetinin Reich Yüksek Mahkemesi ve şimdiki Federal İdare Mahkemesi kararları, sistematik surette, muhtelif gelişim safhalarına göre incelenecektir:

a. Tatbikatın, ötedenberi üzerinde hiç bir tereddüt göstermediği bir idarî mukavele tipini, komün idarelerinin bir kamu hizmetini müştereken kurmak veya işletmek hususunda akdettikleri mukaveleler teşkil etmektedir. Şu olayda bunun tipik bir örneğini görmek mümkündür:

A. ve B. komün idareleri, kendi arazileri üzerinden geçecek olan bir su kanalını, müştereken inşa edip kullanmak üzere bir mukavele yapmışlardır. İnşaat bittikten sonra, A. komün idaresi aynı kanalı askerî makamların da istifadesine arz etmiştir. Bunun üzerine, B. komün idaresi, bu hareketin mukavelenin ihlâli mahiyetinde olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. Dâvayı gören *Bavyera İdare Mahkemesi*, 24 Kasım 1905 tarihli kararında, bir hususî hukuk mukavelesi değil, bir idarî mukavele- nin bahis konusu olduğunu, ve bu sebeple, ihtilâfın

22) *Max IMBODEN*, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958, s. 13.



İdare Hukuku prensiplerine göre çözümlenmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur<sup>23</sup>.

b. Kanun koyucunun kabul ettiği pozitif hükümler muvacehesinde Yüksek İdare Mahkemesi müteaddit kararlarında, yol inşasına müteallik olmak üzere fertlerle, İdare arasında yapılan mukavelelerin idarî mahiyette olduğunu kabul etmiştir<sup>24</sup>.

c. İçtihatlara göre, bir ferdin kamu hukukundan doğan bir borcuna (vergi, harç v.s.) müteallik olmak üzere İdare ile bu fert arasında kamu hukuku alanında aktedilmiş bir mukavelelenin zımında, borçtan kurtarma taahhüdü gibi hususî hukuk alanına giren bir anlaşmanın bulunması, bahis konusu mukavelelenin idarî karakterine halel getirmez<sup>25</sup>.

d. Okul, hastahane gibi âmme emlâki inşaatlarının müteşebbis fertlere yaptırılması hakkındaki mukavelelerin idarî mahiyette olduğu genel olarak içtihadta kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

e. Keza, komünlerde enerji ihtiyacının karşılanması maksadıyla fertlerle komün idaresi arasında yapılan imtiyaz mukavelelerinin idarî mahiyet taşıdıkları kabul edilmektedir.

### 3 — Avusturya Hukukunda İdarî Mukaveleler.

Avusturya doktrinindeki gelişim, idarî mukaveleler alanında bazı bakımlardan Alman doktrininin etkisi altında kalmış olmakla beraber, bilhassa İkinci Dünya Savaşından sonra literatürde göze çarpar bir çekimsellik hissedilmektedir. Gerçekten Alman doktrini önceleri idarî mukaveleler kavramı karşısında menfî bir davranış takınmışken, modern Alman müelliflerinde idarî mukavele kavramını geliştirmek ve uygulandığı sahaları genişletmek yolunda bir gayretin varlığına yukarıda işaret edilmmişti. Avusturya'da ise aksine olmuş ve meselâ R. HERRNRITT, 1925 te yayınladığı eserinde idarî mukavelelerin uygulandığı alanların çeşitliliğini belirttiği halde<sup>27</sup>, kendisinden tam 29 yıl sonra W. ANTONIOLLI'nin idarî mu-

23) Cf. Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, C. XXVII, s. 35.

24) OVG. «Oberverwaltungsgericht», 51/282 (5.12.1907).

25) OVG., 68/186, (17.3.1915).

26) OVG. 31/152 (10.3.1902).

27) Cf. Rudolf HERRNRITT, Österreichisches Verwaltungsrecht, Tübingen, 1925, s. 64 - 65.



kavele kavramını son derece daralttığı ve hattâ bazan ilgililerin rızasına bağlı idarî tasarruflar kategorisiyle karıştırdığı görülmektedir<sup>28</sup>.

Şu kadar ki, doktrindeki bu menfi davranışın sebepleri her şeyden önce pozitif hukukta aranmalıdır. Gerçekten ufak, tefek değişikliklerle bugün hâlâ yürürlükte olan 1920 Avusturya Anayasası 18. maddesinde «bütün idarî fonksiyonlar, ancak kanuna dayanılarak yerine getirilebilir»<sup>29</sup> hükmünü sevkedince, bu hüküm hayli dar bir tefsire tâbi tutulmuş ve bundan, İdarenin ancak kanunî sarahat olan hallerde re'sen hareket edebileceği sonucu çıkarılmıştır. Bu böyle olunca, İdarenin kamu hukuku alanında mukavele yapabilmemesinin, ancak kanunî sarahata müsteniden mümkün olacağı âşikârdır.

Fakat bununla da kalınmamış ve şekli idare hukuku sahasında 1925 te yapılan «İdarenin basitleştirilmesine matuf reformlar» da İdare daha fazla kanunî kayıtlara bağlanmıştır. Gerçekten 1925 tarihli «Umumî Faal İdare Usulü Kanunu» nun 6. maddesinin 2. bendine göre, «idarî mercilerin yetkileri, tarafların uyuşması yoluyla ne vazolunabilir, ne de değiştirilebilir». Bu hüküm, İdarenin mukavele serbestliğini önemli surette daraltan bir hüküm olmuştur. Zira kanunların sâkit oldukları hallerde de, bu hükme göre, İdare mukavele yapamayacaktır.

Bu suretle Avusturya'da idarî mukavelelerin alanı çok daralmış ve hemen hemen sadece, iki kamu tüzel kişisinin yaptıkları idarî mukavelelere münhasır kalmıştır. Gerçekten bugün tipik idarî mukavele örneği olarak doktrinin gösterdiği yegâne mukavele, daha önce Alman hukukunda da gördüğümüz, komün idarelerinin bir kamu hizmetini birlikte, müştereken yürütmek üzere akdettikleri mukaveledir.

İdare ile fertler arasındaki münasebetler bakımından mukavele kavramı kesin surette reddedilmektedir. Bunun gerekçesi de kamu kudretinin buna tâbi olan idare edilenler hakkında kullanılışının tarafların irade eşitliğine dayanan mukavelelerin konusu olmayacağıdır<sup>30</sup>.

28) Walter ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1954, s. 200.

29) Art. 18 - Abs. 1: «Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.»

30) W. ANTONIOLLI, op. cit., s. 201.



Bununla beraber Avusturya mevzuatında HERRNRITT'in dar anlamda idarî mukavele veya orijinal ifadesiyle, kamu hukuku mukavelesi adını verdiği ve İdare ile fertler arasında aktebilecek mukavelelere nâdiren yer verdiği görülmektedir. Misal olmak üzere, hizmet ve istikraz mukaveleleriyle, faiz garantisi mukaveleleri zikredilebilir<sup>31</sup>.

## II

### TÜRK HUKUKUNDA İDARİ MUKAVELE KAVRAMI

1. Türkiye'de idarî mukavele teorisi ve tatbikatı esas itibarıyla Fransız doktrininin ve Conseil d'Etat'nın kabul ettiği prensiplerin etkisi altında kalmış olmakla beraber, şurası da belirtilmelidir ki, bilhassa tatbikat, Fransa'daki tekâmül seviyesine varamamıştır.

Önce doktrinde ileri sürülmüş olan fikirleri inceleyelim. Bu konuda ön plânda gelen problem, İdarenin kanunî sarahat olmaksızın mukavele akdetme yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Türk doktrinde bu meseleyi tam mânâsıyla aydınlatıcı, kesin bir fikir ileri sürülmemiş olmakla beraber, bazı eserlerde İdarenin mukavele serbestliğinin sınırlanmış olmadığına delâlet eden bir takım ifadelere rastlamak mümkündür.

Gerçekten, saygı değer Hocam Profesör Sıddık Sami ONAR, idarî mukavelelerin tipik örnekleri olan müşterek emanet, imtiyaz, taahhüt, iltizam, istikraz ve hizmet mukavelelerine işaret ettikten sonra demektedir ki: «İdarenin akdettiği mukavelelerin sadece bunlardan ibaret olmadığı, bir hükmî şahıs sıfatıyla bütün medenî ve ticarî mukaveleleri aktebileceği tabiidir. Ancak yukarıda söylediğimiz mukaveleler, sadece İdarenin bünyesine, âmme hizmetlerinin yapısına mahsus bir mahiyet arzettikleri için İdare Hukukunda ayrı bir yer tutarlar. Ancak İdareye mahsus bu mukavelelerin hepsi de idarî mukavele sayılmaz, hattâ aynı mukavele bazan hususî bir mukavele, bazan da idarî mukavele mahiyetinde görünür»<sup>32</sup>.

Müteveffa Profesör Süheyp DERBİL ise bu konuda şunları söylemektedir: «Kamusal İdareler ile özel kişiler arasında akte edilen sözleşmelerin konuları pek çeşitlidir... (bu) sözleşmeler yalnız satış ve imtiyaz sözleşmelerinden ibaret olsa, birincilerine «âdi», ikinci-

31) R. HERRNRITT, op. cit., s. 65.

32) Cf. Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İst., 1960, C. II, s. 1213.



lerine «idari» vasıflarını vermek... kolay olurdu. Halbuki bu iki tip arasında satın alma, inşaat sözleşmeleri gibi vesaire bir takım sözleşmeler vardır ki idari veya âdi nitelikte olduklarını kestirmek güçtür...»<sup>33</sup>.

İki müelliften nakledilen bu fikirlerden zımnen anlaşılacağı gibi İdarenin her hangi bir kamu hizmetiyle ilgili bir mukavele akdetmesine (tabii milli savunma, ve önemli kültür hizmetleri hariç olmak şartıyla) ve bu mukaveleye idari veya hususi mukavele niteliği vermesine hukuki bir engel yoktur. Şu halde Fransız doktrinine göre olduğu gibi, Türk doktrinine göre de İdare, âkitlerin idarelerinin eşitliğine dayanan hususi mukaveleler aktebileceği gibi, kamu hizmetiyle ilgili olmak üzere idari mukaveleler (ve hattâ kamu hizmetleri alanında da hususi mukaveleler) akdetmekte serbesttir.

Mevzuata gelince; gerçi Belediye Kanunu ve Muhasebei Umumiye Kanunu gibi bazı kanunlarda idari mukavelelerle ilgili hükümler bulunmaktadır<sup>34</sup>. Fakat bu demek değildir ki İdarenin mukavele yapma yetkisi, kanun koyucunun açık iznine bağlıdır. Bu kanunlardan Belediye Kanunu, Belediyelerin hakları, salâhiyetleri ve imtiyazları başlığını taşıyan 19. maddesinde Belediyenin su, elektrik, havagazı v.s. tesisatı kurmak ve işletmek hakkına sahibolduğunu belirttiğinden sonra, bu hakkını imtiyaz vermek suretiyle de kullanabileceğini ifade etmiştir. Yoksa bu hükümden, kanunda ancak sarahat olan hallerde idari mukavele aktebilebilir şeklinde daraltıcı bir anlamın çıkarılması isabetli değildir<sup>35</sup>.

1961 Anayasasının ilgili hükümlerine gelince; «yürütme görevinin, kanunlar çerçevesinde... yerine getirileceğini» bildiren 6. madde, İdarenin yetkilerini ve hareket serbestliğini kısar mahiyette görülerek, Avusturya Anayasasının yukarıda zikredilen 18. maddesinin tefsirine benzer şekilde tefsir edilmesi ve bu suretle idari mukavele akdetme yetkisinin, ancak kanunî sarahat ile İdareye verilebileceği, böyle sarahat olmayan hallerde İdarenin mukavele serbestliğinin bulunmadığı iddiasının ileri sürülmesi mümkündür. Nitekim, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda böyle bir iddiayı teyid eder mahiyette ifadelere rastlanmaktadır. Şöyle ki Komis-

33) Cf. Süheyy DERBİL, İdare Hukuku, Ankara, 1950, C. I, s. 186, dip notu: 162.

34) Cf. Belediye Kanunu, M. 19, B. 4/A.

Muhasebei Umumiye Kanunu, M. 135.

35) Belediyenin bu yetkisine ait daha geniş izahat için bakınız. Lâtfi DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1957, s. 200 vd.



yon bahis konusu maddenin gerekçesinde şunları söylemiştir: «Yürütme, sadece kanunların uygulanması demektir. Kanun olmayan yerde, Türk Hukukuna göre yürütme de yoktur. Yürütme Organı, kaynağını kanundan almayan bir tasarrufta bulunamaz...». Bunun doğru olduğu kabul edilirse, bilfarz Bayındırlık Bakanlığı, bir kamu hizmetinin idarî mukavele yoluyla özel kişilere gördürülmesine karar verebilmek için kanunlarda sarahat aramak zorunda kalacaktır.

Bir kere, Komisyonun gerekçesinin yüzde yüz doğru olduğu söylenemez. Belki tüzük ve yönetmelik ısdar edebilmek için önce bir kanunun bulunması, bu tasarrufların sebep unsuru bakımından gereklidir. Fakat yürütme, sadece kanunların icrasından, uygulanmasından ibaret sayılamaz. Gerçi idarî mukaveleler mutlaka Bakanlar Kurulunun kaide - tasarruf nev'inden bir tasarrufuna (ki bu tasarruf genel şartnameyi tespit eder) dayanmak zorundadır. Ancak Bakanlar Kurulu böyle bir kaide - tasarruf yapabilmek için, mutlaka bu tasarrufun dayandığı kanunda idarî mukavele aktedilmesine mezuniyet verilmiş olması şartını aramak zorunda kalmamalıdır.

Saniyen Anayasanın 130. maddesine göre «Tabii servetler ve kaynakları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. 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». Eğer gerçekten idarî mukavele ile bir kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesi veya kamu hizmeti eşyasının iltizam ve taahhüt yoluyla özel teşebbüsten sağlanması, kanunun açık sarahatına bağlı olsaydı, Anayasanın yukardaki istisnai hükmü koymasına hacet kalmazdı. Anayasa koyucunun abesle işgal etmiş olduğu da iddia edilemez. Keza Anayasanın 131. maddesi şu hükmü sevk etmektedir: «... Devlet ormanları kanuna göre Devletçe yönetilir ve işletilir. Devlet ormanlarının... yönetimi ve işletilmesi özel kişilere devrolunamaz». Bu hüküm de önce belirttiğimiz fikrimizi teyid eder mahiyettedir. Bu hükümlerin muhalif mefhumu (argumentum e contrario) şudur: Anayasanın ve kanunların yasak etmediği hallerde İdare daima mukavele serbestisine sahiptir.

2. İdarî mukavelelerin kriterlerine gelince, esas itibariyle Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatlarından faydalanmış olan doktrin, bu kriterleri şu şekilde tespit etmektedir<sup>36)</sup>:

36) Cf. S. S. ONAR, op. cit., s. 1217 - 1225.



- a. Âkitlerden en az birinin İdare olması,
- b. mukavelenin konusunun kamu hizmetiyle ilgili olması,
- c. âkitlerin İdareye üstün yetkiler tanımak suretiyle mukaveleye idarî karakter bahşetmek maksadını takibetmiş bulunmaları.

İdareye üstün yetkilerin tanınmasından maksat, herhalde mukavelenin icraî karar ve re'sen hareket gibi İdarî Rejimin unsurlarını ihtiva etmesidir. Bunun tabii bir neticesi olarak ta idarî mukavelelerden doğan ihtilâflar, ancak İdare Mahkemesi önünde halledilebilir. Nitekim Danıştay Kanununun 23. maddesinin B. bendi de «umumî hizmetlerden (yâni kamu hizmetlerinden) birini ifa maksadıyla aktedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilâflar» ın Danıştay Dâva Dairelerinde rüyet ve hallolacağını bildirmiştir. Yalnız buradaki «umumî hizmetlerden birini ifa maksadıyla...» ibaresini dar tefsir ederek idarî mukavele kavramını sadece imtiyaz mukavelelerine münhasır kılmak doğru olmaz. Aşağıda izah edeceğimiz gibi içtihatlar da bu ibareyi dar tefsir etmemişler ve sadece kamu hizmetlerinin ifası maksadıyla aktedilen mukavelelerin değil, aynı zamanda kamu hizmeti eşyasının temini maksadıyla aktedilen mukavelelerin de bazı kayıt ve şartlarla idarî mukavele hükmünde olabileceğini zımnen kabul etmişlerdir.

3. İdarî mukavele kavramının tatbikattaki gelişimi bugüne kadar izale edilememiş olan bir takım tereddütlere rağmen az çok tatminkâr sayılabilir.

Bir kere İdarenin mukavele serbestisine sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay 1941 tarihli bir kararında şunları söylemiştir: «Âmme hizmetinin işlenmesi için salâhiyetli makamlar, meselâ imtiyaz mukaveleleri gibi âmme hizmetlerine iştiraki tazammun eder mahiyette mütebariz bir âmme mukaveleleri karakterini taşıyan mukaveleler haricinde âmmenin menfaatine muvafık gördükleri şekil ve surette, mukavelelerini dilerlerse hususî hukuk hükümlerine uygun ve medenî bünyede, dilerlerse âmme hukuku hükümlerine tâbi idarî mahiyette tanzim edebilirler. Bu tanzim tarzı intizamı âmmeye muhalif bir vazife tavizi mânâsını tazammun etmez...»<sup>37</sup>. Şu halde Danıştay, İdarenin imtiyaz veya diğer neviden idarî mukavele yahut bir hususî mukavele yapması keyfiyetini onun takdirine bırakmaktadır.

37) Cf. E.: 41/141 - K.: 41/216, Kararlar Dergisi, 1942, sayı: 19, s. 55.



Saniyen Uyuşmazlık Mahkemesinin vazettiği kriterlere göre bugün tatbikatta kabul edilen idarî mukavele kavramı, sadece iki tip mukaveleyi kapsamaktadır: imtiyaz ve müşterek emanet mukaveleleri. Çünkü Uyuşmazlık Mahkememiz 1953 tarihli bir içtihadında «bir nâfia işinin gördürülmesine müteallik mukavelenin... kısa müddetli olması dolayısıyla hususî hukuk manzumesine dahil olduğu» nu belirtmek suretiyle doktrinde ve o tarihe kadarki içtihatlarda tespit edilmiş olan kriterlere bir yenisini ilâve etmiştir ki o da mukavelenin devamlı olmasıdır<sup>38</sup>. Şu hale göre nâfia işi taahhüt mukaveleleriyle, iltizam mukaveleleri İdare tatbikatımızda sık sık görülmekle beraber idarî mukavele vasfını haiz olamayacaklardır. İdarî mukavele kavramını Fransız hukukundakine nazaran önemli surette daraltmış olan bu kriterin, içtihatlarda yerleşip yerleşemeyeceğini de zaman gösterecektir.

### III

### SONUÇ

İdarî faaliyetlerin günden güne genişlemesi yeni hukukî şekiller ortaya çıkardığı gibi, eskiyen hukuk müesseselerinin yerlerini şimdiye kadar pek ilgi çekmeyen yenilerine terketmeleri sonucunu doğurmaktadır. Burada yaptığımız kısa mukayeseli incelemeden de anlaşılacağı gibi, idarî faaliyet alanlarının genişlemesi sonucunda idarî mukavele kavramı da gittikçe genişlemekte ve gelişmektedir.

Öteyandan bir çok hukuk sistemlerinde göze çarpan gelişme, idarî faaliyetlerin konularının potansiyel olarak idarî mukavelelere de konu teşkil edebileceği yönündedir. Bu gelişme, idarî mukavelelerin ancak kanunî sarahate müsteniden aktedilebilecekleri yolundaki eskimiş telâkkinin bugün artık terkedilmeğe yüz tutmuş bulunması gerçeği ile ilgilidir.

İdarî mukavelelerin bu tarzda gelişip genişlemesi, tabii olarak kamu hayatında bir çok yeni problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu problemlerin çözümü, bilhassa kalkınma safhasında bulunan ülkeler için sosyal ve ekonomik bakımlardan büyük bir önem taşımaktadır. Her şeyden önce ekonomik hayata gittikçe daha geniş ölçüde müdahale eden ve sosyal ihtiyaçları karşılamak için

38) Uyuşmazlık Mahkemesinin 26.2.1953 ve 1953/6 sayılı kararı (Resmî Gazete: sayı 8380).



yepyeni alanlarda faaliyet göstermekte olan modern İdarenin, görev alanının bu suretle süratle genişleyişi, onu teknik ve kadro kıfayetsizliğinden doğan bir takım güçlükler karşısında bırakmaktadır. Aşikârdır ki bu güçlükler karşısında İdare faaliyet alanlarını daraltarak, yüklendiği görevleri azaltabilmek için bazı işleri tamamen, özel teşebbüsün esas itibariyle kâr gayesi güden inisiyatifine terkedecek değildir. Şu halde İdare için tek çıkar yol kalmaktadır ki o da, İdarenin, bizzat yapmasında fayda umulmayan önemli işleri, sıkı kontrolü altında özel kişilere yaptırmasıdır.

Bu alanlarda İdarenin, kendini hususî hukuk hükümlerine tâbi kılarak, diğer âkitlerle eşit şartlar altında mukavele yapması her zaman isabetli sonuçlar doğurmaz. Bilhassa bunun Türkiye'deki mahzurlarını dikkate almak gerekir. Bundan önce, tatbikatta görüldüğü gibi İdarenin bir âmme emlâkini alelâde kira mukavelesiyle bir özel müteşebbise kiralaması, halkın bu emlâkten faydalanma hakkının, hukuka aykırı olarak kayıtlanması gibi bir takım sakat sonuçlar doğurmaktadır. İdarenin bu gibi hususlarda çok dikkatli olması gerekir.

Saniyen, bilhassa nafıa işleri taahhüt ve iltizam mukavelelerinde sosyal fonksiyonu olan bütçeye ekonomik gerçeklere aykırı olarak, lüzumsuz külfetler yükletilmesinden kesin olarak kaçınmak lâzımdır. Bunu sağlamak için de, bilhassa Türkiye için yapılması gereken işler vardır. Bir kere Muhasebei Umumiye Kanunu ile Arttırma ve Eksiltmeler hakkındaki Kanunun yeniden gözden geçirilerek, idarî mukavelelerin oluşum safhasında mevcut bazı aksaklıkların giderilmesi yerinde olur. Bundan başka idarî mukavele aktedilirken sıkı bir idare içi kontrolün kurulması kaçınılmaz bir zorunluk olmuştur. Aksi halde bazı yetkilerin kötüye kullanılmasının önüne geçilemeyecektir.

Nihayet, yapılan ilân üzerine İdare ile bir idarî mukavele akdetmeğe talip olan özel müteşebbislere, tam eşit muamele yapılarak, her şeyden önce ekonomideki rekabet kurallarına uyulması, fakat bu meyanda görülecek işin icaplarının da gözden uzak tutulmaması gereklidir.

Bu ve bizim gözümüzden burada kaçmış bulunması muhtemel olan buna benzer hususlarda yapılacak reformlarla idarî mukavele müessesesinin, kamu hayatımızda faydalı bir fonksiyon ifa eder duruma getirilebileceğini ümit ediyoruz.