

İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖLÇÜTLERİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

An Assessment on the Criteria of Administrative Contracts

Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL*

Geliş Tarihi: 08.02.2020 Yayına Kabul Tarihi: 06.04.2020

Öz

İdari sözleşmelerin ölçütleri genel olarak organik ölçüt (sözleşmenin taraflarından birinin idare olması) ve maddi ölçütler (sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmenin idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanıması) olarak kategorize edilir. Bu ölçütler, zaman içinde yargı kararları tarafından oluşturulmuş ve öğretici tarafından sistematize edilmiştir. Ancak, gün geçtikçe toplumsal ihtiyaçların artması ve yeni faaliyet alanlarının ortaya çıkmasıyla birlikte klasik idari sözleşme ölçütleri yetersiz kalmaya başlamıştır. Bundan dolayı, bir sözleşmenin hukuksal niteliğini ve tabi olacağı hukuksal rejimi belirlerken "rekabet" unsurundan yararlanılabilir. Bu bakımdan, çalışmada idari sözleşme ölçütlerine ek, seçimlik veya yardımcı bir unsur olarak kullanılabilir rekabet unsuru da ele alınmış ve kamusal korunma gereksinimine dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari Sözleşme, İdari Sözleşmelerin Ölçütleri, Kamu Hizmeti, Kamu Gücü, Rekabet, Tekel, Kamusal Korunma Gereksinimi.

Abstract

The criteria of administrative contracts are generally categorized as organic criteria (administration of one of contracting parties) and material criteria (relates to conduct of public service of the contract and recognition of privileges of public power to administration of the contract). These criteria were created by judicial decisions over time and systematized by doctrine. But, with the increase of social needs day by day and the emergence of new areas of activity classical the criteria of administrative contracts have become insufficient. Therefore, while determining the legal nature of a contract and the legal regime to which it will be subject, the "competition" element can be used. In this regard in the study, the competition element that can be used as an additional, optional or auxiliary element to the criteria of administrative contracts has also been addressed and the public protection requirement has been pointed out.

Keywords: Administrative Contract, Criteria of Administrative Contracts, Public Service, Public Power, Competition, Monopoly, Public Protection Requirement.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi;
k.c.ozel@gmail.com; ORCID ID: 0000-0002-0223-0382

GİRİŞ

İdare, faaliyetlerini yerine getirirken tek yanlı işlemler yapabileceği gibi birbiriyle uyuşan iradeler sonucunda iki yanlı işlemler de yapabilir. İdarenin iki yanlı işlemleri idare hukukunda kendini “idarenin sözleşmeleri” olarak gösterir. İdare, faaliyetlerini yürütürken çeşitli mal ve hizmetlere ihtiyaç duyabilmekte (Günday, 2011: 183), idarenin bu ihtiyaçlarını her zaman tek yanlı işlemlerle karşılaması mümkün olmamakta, bu sebeple idare sözleşme yapma yoluna da başvurabilmektedir (Onar, 1966: 1591).

İdarenin sözleşmelerinden hangilerinin idari sözleşme sayılarak kamu hukuku alanına dahil edileceği, hangilerinin özel hukuk sözleşmesi sayılarak özel hukuk alanına dahil edileceği kesin sınırlarla belirlenebilmiş değildir. Öğretide ve yargı kararlarında bu konunun yüzyılı aşkın bir geçmişinin olduğu, buna rağmen tam bir açıklığa kavuşturulamadığı görülmektedir (Çal, 2010: 224). İdari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin birbirinden çeşitli ölçütler getirilerek ayrılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu çabanın esas nedeni sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının ve sözleşmeden kaynaklı uyumsuzluklarda görevli yargı yerinin saptanmasında yatmaktadır. Zira sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları ve uyumsuzluğu görececek görevli yargı yeri, idarenin bir sözleşmesinin idari sözleşme sayılıp sayılmamasına göre farklılık gösterecektir.

İdarenin sözleşmelerinin birbirinden ayrılması için gözetilen ve onlarca yıldır idari sözleşmelerin alışılmış ölçütlerinin genellikle “sözleşmenin taraflarından birinin idare olması”, “sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması” ve “sözleşmenin idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınması” şeklinde üçlü bir kategorizasyona tabi tutulduğu görülmektedir. Bu üç ölçütün birbirine ek veya seçimlik olduğu yönündeki kabul, öğretide baskın bir şekilde varlığını sürdürmektedir. Ancak, öğretideki bu baskın görüş, söz konusu ölçütlere yardımcı bir unsur olarak görülebilecek “rekabet” unsurunun varlığına hemen hemen hiç değinmemiştir. Değinen görüşler ise azınlıktadır (Yayla, 2010; Çal, 2010). Öğretide -idari sözleşmeler de dahil olmak üzere- idare hukuku alanında ekonomik değerlendirmelerin eksikliği fark edilmiş olacak ki, Karahanoğulları rekabet unsuru gibi unsurlara idare hukukunda değinilmediğini, genel olarak

ekonomik yaklaşımların idare hukukunda hemen hemen hiç kullanılmadığını belirtmiştir (Karahanoğulları, 2015: 9). İdari sözleşmeler alanında da kendini gösteren ekonomik yaklaşımların azlığı dikkate alınarak, çalışmamızda klasik idari sözleşme ölçütlerini yok saymaksızın, bunlara ek, seçimlik veya yardımcı olarak görülebilecek bir unsur olarak rekabet unsuruna da yeri geldikçe değinilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın amacına ulaşabilmesi yolunda mehz Fransız ve Türk hukukundan yararlanılmaya özen gösterilecektir. Bu bağlamda, idari sözleşmelerin ölçütleri konusunda kaleme alınmış öğretilerdeki görüşler üzerinde -konunun sınırlarını aşmayacak boyutta- durulacak, bunun yanı sıra yargı kararlarından -gerekli görüldüğü ölçüde- yararlanılacaktır.

1. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ

1.1. Genel Olarak

İdare hukukunda kendine özgü bir tanımı olan sözleşmeye geçmeden evvel, esas itibarıyla bir özel hukuk kavramı olarak ortaya çıkan ve gelişen “sözleşme” kavramı üzerinde durmak isabetli gözükmemektedir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 1. maddesine göre, sözleşme, “ *tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*”. Benzer şekilde Kılıçoğlu’na göre, sözleşme, “*iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlemdir*” (Kılıçoğlu, 2011: 52). Öğretilerde de buna benzer tanımların bulunduğu göze çarpmaktadır (Eren, 1998: 190-195; Akıntürk, 1994: 17; Nomer, 2011: 19; Odyakmaz, 1998). Görüldüğü üzere, sözleşmenin temelinde birden fazla irade beyanı bulunmaktadır. Bu beyanların karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir ki o hukuksal işleme sözleşme denebilsin. Örneğin, A, B’nin evini kiralamak istediğini beyan eder, B de evini A’ya kiraya vermeyi kabul ederse bu durumda birbirine yönelmiş ve uygun irade beyanları bulunduğu kabul edilir ve bir kira sözleşmesi oluşur (Gözler ve Kaplan, 2018: 420). Bu kira sözleşmesi aynı zamanda bir hukuksal işlem olarak kabul edilir.

Esasında bir özel hukuk kavramı olan sözleşme, idare hukuku alanında uygulandığında, idare hukukunun özelliklerinden etkilenmekte ve kendine özgü bir yapıya kavuşmaktadır (Akyılmaz vd., 2019: 463). Onar da idare hukukunda gö-

rülen sözleşme kavramının medeni hukuktaki sözleşme kavramından farklı olduğuna şu şekilde değinmiştir: *“Amme hizmeti mefhumunun değişmesi ve amme hizmetlerinin yayılması neticesi olarak birçok medeni hukuk müesseseleri gibi akit müessesesi de idare hukukuna geçmiş ve fakat diğer müesseselerde olduğu gibi bu müessese de medeni hukuktaki mahiyetini değiştirerek amme hizmetlerinin ve idare hukukunun bünyesine uygun bir şekil almıştır”* (Onar, 1966: 1591).

Gerçekten de idare hukukunda uygulanan sözleşme kavramının, sözleşme serbestisinin kısıtlı olması, sözleşmeci karşı tarafın seçiminde belli kıstaslara uyulması gerekliliği gibi özellikleri düşünüldüğünde, idare hukukundaki sözleşme kavramının özel hukuktaki sözleşme kavramına göre daha farklı algılanması gerektiği ve bazı sıkı kurallar içerdiği söylenebilir. Bununla birlikte, idarenin sözleşmelerine taraf olacak sözleşmeci karşı taraf da sözleşmenin şartları bakımından sınırlanmıştır. Genellikle sözleşme şartnamesinin bu şartları belirlediği görülür. Böylelikle sözleşmeci taraf da idare gibi, önemli şartları önceden idarenin tek taraflı iradesiyle belirlenmiş bir sözleşmeye adeta katılır (Yayla, 2010: 164). Bu sebeple, idarenin abonman sözleşmeleri gibi sözleşmelerine “katılmalı (iltihaki) sözleşmeler” de denilmektedir. Zira örneğin, elektrik dağıtımına ilişkin bir abonman sözleşmesinde ilgilinin pazarlıkla fiyat belirlemesi mümkün değildir (Yıldırım vd., 2018: 394). İlgililer abonman sözleşmelerini ya olduğu gibi kabul edip imzalarlar (katılırlar) ya da kabul etmeyip imzalamazlar (katılmazlar).

İdare diye nitelenen tüzel kişiler, tek yanlı işlemler yapabildiklerinden, özel hukuk alanında görülenden farklı olarak sözleşmelere ikinci derecede başvururlar. Yani idare hukukunda sözleşme usulü diğer usullerin yanında yer alan bir yoldur (Yayla, 2010: 163). Ancak, özel hukukta sözleşme, aslolan ve yaygın bir usuldür (Waline, 1939: 609, aktaran Yayla, 2010: 163). Yani idare hukukunda -ruhsat gibi- tek yanlı tasarruflar esas, iki yanlı bir tasarruf olan sözleşme yolu istisnadır; özel hukukta ise esas olan sözleşmedir, sözleşmenin taraflarının iradelerinin eşitliği, karşılıklılığı ve uyuşmasıdır.

İdarenin sözleşme yoluna başvurması çeşitli ihtiyaçlara dayanır. Kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek için idarenin yeterli bütçesi, teknik aracı ve personeli olmayabilir; idare, tek taraflı işlemler gibi alışılmış usullerle hizmetin gerektirdiği personeli bulamayabilir; benzer şekilde idare, özel kişilerle rekabet koşulları oluşturabilmek, piyasayı düzenlemek, üreticiyi ve tüketiciyi korumak

adına özel hukuk tahtında sözleşmeler yapabilir. Bunun gibi, idarenin yeraltı kaynaklarını işletmek üzere veya borç para sağlamak amacıyla sözleşme yoluna başvurduğu da görülmektedir (Yayla, 2010: 163). İdarenin söz konusu ihtiyaçları, her faaliyetin tek yanlı işlemlerle yapılamayacağını göstermektedir. Bu bakımdan, kimi zaman idarenin sözleşme yoluna gitmesinin bir zorunluluğa dayandığı düşünülse de, idarenin sözleşme ilişkisine girmesi mutlak bir zorunluluk olarak değerlendirilmemelidir.

İdarenin faaliyetlerini yürütürken sözleşme yoluna başvurmasının bir başka nedeninin de, son yıllarda devletin müdahalelerini, idare edilenler ve yerel idareler tarafından daha kolay kabul edilebilir kılmak olduğu dile getirilmektedir. Bunun yanında, yeni sözleşme türlerinin ortaya çıktığı ve kamu tüzel kişileri arasında sözleşme kuramının gelişmeye başladığı kabul edilmektedir. Son yıllarda seyreden bu gelişmeleri piyasa ekonomisinin gerekleriyle açıklayanlar bulunmakla birlikte, kamunun ekonomiye müdahalesinde önemli bir araç olarak niteleyenlerin de mevcut olduğu ifade edilmektedir (Tan, 2019: 303). İdare hukukunda, egemenlik yetkisinin kullanımının irade uyumundan daha önemli olduğu, ekonomiye müdahalede sözleşmesel tekniklerin kullanımının tercih edildiği ileri sürülmektedir (Kutlu, 1997: 11). Fransız idare hukukunda idarenin sözleşme yapma yoluna başvurmasının ise, bireysel ve ekonomik özgürlüğe saygı ilkesinden kaynaklandığı söylenmektedir. Bazı hallerde sözleşme yöntemine, idarenin tek yanlı karar alma yetkisinden daha sık başvurulduğu, bunun sebebinin ilgililerin katılımının ve işbirliğinin sağlanması olduğu dile getirilmektedir (Kutlu, 1997: 12).

Öte yandan, idarenin tek yanlı işlemleri, iki yanlı işlemleri olan sözleşmelerle karıştırılmamalıdır. İdarenin tek yanlı işlemlerinden olan kamulaştırma işlemi, askere alma işlemi, memur atama işlemi, idari para cezası uygulama yahut vergilendirme gibi yetkileri tek yanlı idari işlem olarak kabul edilmektedir. Zira burada birbirine uygun, karşılıklı iradeler yoktur; bunun yerine idarenin bizzat kendi iradesiyle tek yanlı olarak uyguladığı hukuksal işlemleri vardır.

İdare, faaliyetlerini genellikle tek yanlı işlemler yaparak yürütmekte, tek yanlı işlemlerinin yanı sıra toplumsal gereksinimlerin karşılanması ve faaliyetlerin yürütülmesiyle ilgili olarak belli sınırlar çerçevesinde özel hukuk kişisi gibi sözleşme yapabilmekte, hatta kamu gücünden kaynaklanan ve özel hukuku aşan yetki-

lere sahip olarak kamu hizmetiyle ilgili bir konuda da sözleşme yapabilmektedir (Kutlu, 1997: 5).

İdari tasarruflar genellikle tek yanlı olarak tezahür etmekle birlikte, idare gerçek veya tüzel kişilerle karşılıklı irade beyanına dayanan değişik nitelikte sözleşmeler de yapmaktadır (Akyılmaz vd., 2019: 463). Bu sözleşmelere genel olarak “idarenin sözleşmeleri / idarenin mukaveleleri” denmektedir. İdarenin sözleşmeleri, kendi içinde “idari sözleşmeler” ve “(idarenin) özel hukuk sözleşmeleri” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrıma gidilmesinin nedeni, çalışmanın başında da belirttiği üzere, sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarını ve sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda görevli yargı yerini belirleme ihtiyacıdır.

1.2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin özel hukuk kurallarını gözeterek meydana getirdiği sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin uygulanması esnasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklara kural olarak özel hukuk kuralları uygulanmakta ve bu sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm yeri kural olarak adli yargı kolunda görevli mahkemeler olmaktadır. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir (Günday, 2011: 184). Borçlar Kanunu’na göre, sözleşmenin oluşumu için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunması gerekir. Bu şekilde oluşturulmuş sözleşmeler, “özel norm” niteliğinde olup taraflar için bağlayıcı nitelik arz eder (Özyörük, 1977: 22; Akyılmaz vd., 2019: 464).

Türk hukukunda idarenin araç - gereç satın alması, taşıma, her çeşit yaptırma, bayındırlık işleri sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri sayılmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de 1999 tarihli bir kararı bu yöndedir (UYM., T. 21.06.1999, E. 1999/8, K. 1999/17, R.G., T. 21.09.1999, S. 23823). Ancak, bu sözleşmeler Fransız hukukunda idari sözleşme sayılmaktadır (Akyılmaz vd., 2019: 465; Labadère vd., 1983: 125 vd.; Rivero, 1990: 143-144; Vedel ve Delvolvé, 1990: 370-373, aktaran Odyakmaz, 1998).

Benzer şekilde, elektrik, su, gaz, taşıma gibi sınıai ve ticari kamu hizmetlerinden yararlananların bu hizmetleri yürüten kamu kurumlarıyla yaptıkları abonman sözleşmeleri de Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay tarafından

özel hukuk sözleşmeleri olarak değerlendirilmekte ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı kolunda çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir (Telefon faturasının iptali istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesinin gerektiği hakkındaki karar için bkz. UYM., T. 14.11.1994, E. 1994/26, K. 1994/28, R.G., T. 11.12.1994, S. 22138; Belediyenin, su borcu bulunduğunu ileri sürerek konut abonesinin suyunu kesmesinden doğan davanın, taraflar arasındaki su aboneliği sözleşmesinin tabi olduğu özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkındaki karar için bkz. UYM., T. 06.12.1999, E. 1999/48, K. 1999/47, R.G., T. 09.03.2000, S. 23988; Elektrik abonesi olan davacının, elektrik tüketim miktarına göre tahakkuk ettirilen faturalarda hizmet bedeli karşılığı olmayan “K/K bedeli” adı altında aboneliklerden kayıp kaçak bedeli alınmasının yasal olmadığı iddiasıyla kayıp - kaçak bedeli adı altında ödenen bedelin faiziyle birlikte davalıdan tahsili istemiyle açtığı davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkındaki karar için bkz. UYM., T. 05.05.2014, E. 2014/464, K. 2014/516, www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, E.T. 06.02.2020; Ayrıca bkz. Yrg. 4. HD., T. 16.06.1975, E. 975/3743, K. 975/7667, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt II, S. 16, s. 819; Danıştay 8. D., T. 23.06.1997, E. 997/18, K. 997/2229, Danıştay Dergisi, S. 95, s. 536 vd.). Öğretide de abonman sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir (Yayla, 2010: 165; Akyılmaz vd., 2019: 465; Tan, 2019: 307). Ancak, idare tarafından tüketicilere sunulan, kamu hizmeti özellikleri taşıyan ve idareye kimi kamu gücü ayrıcalıkları tanıyan abonman sözleşmelerinin, yargı kararları ve öğreti bakımından büyük çoğunlukla özel hukuk sözleşmesi sayılması tutumu kendi içinde birtakım soru işaretleri barındırmaktadır. Zira abonman sözleşmeleri sayılan özellikler bakımından kamu hukuku ilkelerini de içinde barındırmaktadır.

Öte yandan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4/3 hükmüne göre, “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*” 4735 sayılı Kanun'un 36. maddesine göre de, “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” Bu hükümler göz önüne alındığında, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerinin özelliklerini yansıttığı söylenebilir. Uyuşmazlık Mahkemesi de 4735 sayılı Kanun uyarınca yapılan sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak görmektedir. Nitekim Mahkeme, 2005 tarihli bir

kararında, dava konusu edilen inşaat yapım sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması karşısında, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğunu belirtmiştir (UYM., T. 16.05.2005, E. 2005/16, K. 2005/36, www.kararlar.uysmazlik.gov.tr, E.T. 06.02.2020). Ancak, Tekinsoy'a göre, kamu ihalelerine uygulanan mevzuata göre yapılan her türlü sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılacağına dair kategorik değerlendirme yanlıştır (Tekinsoy, 2006: 223).

Bu aşamada, "ayrılabilir işlem kuramı"na dikkat çekmek gerekir. İdarenin sözleşmelerinde ayrılabilir işlem kuramına göre, sözleşmenin değişik aşamalarında idare tarafından yapılan tek yanlı işlemlerin bulunduğu kabul edilir. Bu kabulün önemi, sözleşmenin oluşum aşamasında, idarenin tek yanlı hukuksal sonuç doğuran işlemlerinin olması ve bu işlemlere yönelik idari yargıda iptal davası açılabilmesi yahut işlemi yapan idari makam tarafından işlemin değiştirilebilmesi veya kaldırılabilmesidir (Kutlu, 1997: 8-9). Ayrılabilir işlem kuramına göre, sözleşmeden ayrılabilen ve dava konusu edilebilen tek yanlı işlemlerin, sözleşmenin çeşitli aşamalarında idarece yapılan tek yanlı işlemler olduğu, bunlardan sözleşme ilişkisinden ayrı olarak bir hukuksal değer oluşturan işlemlerin idari yargıda iptal davasına konu olabileceği ifade edilmektedir (Erkut, 1990: 40; Kutlu, 1997: 10).

Bununla birlikte, zincir işlem kuramına göre, bir idari işlemin yapılma sürecinin parçası olan ve icrai nitelikte olmayan işlemler kural olarak iptal davasına konu edilemezler. Bu işlemlerin hukuka aykırılıkları nihai işlemin dava edilmesi durumunda, nihai işlemlerle birlikte ileri sürülebilir. Ancak, halka işlem, iptal davasına konu olabilecek nitelikleri bünyesinde barındırıyorsa, yani nihai işlemden bağımsız olarak ilgililerin hukuksal durumunu etkiliyorsa ayrılabilir işlem kuramı gereğince iptal davasına konu edilebilmektedir (Sezginer, 2000: 56-59).

Ayrılabilir işlem kuramına göre, sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idari işlemler bağımsız olarak iptal davasının konusu olabildiğinden (Odyakmaz, 1998), bu düşünceden hareketle, bir sözleşmeyi tüm aşamaları bakımından özel hukuk sözleşmesi sayıp adli yargı denetimine tabi tutmanın doğru düşmeyeceği, sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemleri idare hukuku alanında sayıp idari yargı denetimine tabi tutmanın gerektiği sonucuna varılabilir. Bu minvalde, özel hukuk sözleşmelerinin hazırlanması aşamasında, yani sözleşmenin yapılmasına kadar

olan aşamanın idare hukuku alanında sayılması ve doğacak uyuşmazlıkların idari yargı denetimine tabi olması; sözleşme yapıldıktan sonra, yani ihale kararını takiben imzalanmış bulunan özel hukuk sözleşmelerinin özel hukuk alanında sayılması ve doğacak uyuşmazlıkların adli yargı denetimine tabi olması gerektiği kabul edilmektedir (Akyılmaz vd., 2019: 464-465; Tan, 2019: 308; Odyakmaz, 1998). Danıştay da bir kararında, “İdarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir” diyerek ayrılabilir işlem kuramına işaret etmiştir (Dş. 10. D.. T. 03.12.1998, E. 998/2595, K. 998/4026, Danıştay Dergisi, S. 100, s. 413 vd.). Genel kabul bu şekilde olmakla birlikte, Tekinsoy, sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen aşama ile uygulanma aşamasının ayrılmasının nedensiz olduğunu söylemektedir. Yazara göre, idare hukukunda sözleşme kuramıyla açıklanması gerekmeyen ilişki biçimlerini sözleşmeler alanına taşımak, kuramın kendisini iç tutarlıktan yoksun hale getirir (Tekinsoy, 2006: 223).

1.3. İdari Sözleşmeler

İdari sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejimine ve idare hukuku kurallarına, ilkelerine tabidir (Günday, 2011: 184). İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı kolunda çözümlenir. İdare, idari sözleşmelere tüzel kişilik sıfatına dayanarak katılmakta, sözleşmeci karşı tarafla eşit koşullarda katılmamakta ve tam tersine idare bu sözleşmelere kamu yararının temsilcisi olarak katılmaktadır (Günday, 2011: 184). İdari sözleşmelerde, idarenin temsil ettiği kamu yararı ile özel hukuk kişinin temsil ettiği kişisel yarar bir arada bulunsa da, kamu yararı kişisel yarara üstün olacağından, idari sözleşmelerin -iki özel hukuk kişinin kişisel yararını gerçekleştirilmeyi amaç eden- özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejime sahip olması doğal görülmelidir.

Bununla birlikte, 1999 Anayasa değişiklikleriyle Anayasa m. 125’te yapılan değişikliklerle idari sözleşme sayılan kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine milli veya milletlerarası tahkim yolunun açılması göz ardı edilmemelidir. Bu düzenlemeyle birlikte imtiyaz sözleşmelerine tahkim yolu açılmış, böylelikle ülkenin geleceğini etkileyebilecek ekonomik faaliyetleri konu alan bu sözleşmelerin idare hukuku kurallarına tabi olmaması ve idari yargı denetimine girmemesi ihtimali doğmuştur. Bu hassas durum, -imtiyaz sözleşmeleri özelin-

de- idari sözleşmelerin idari yargı denetimine tabi olmasına bir istisna getirmiştir. Ortaya çıkan bu anayasal durumun kötüye kullanılması halinde, aslında idari yargı alanına dahil olabilecek sözleşmelerin bu alandan uzaklaştırılmasının, adli yargı alanına dahil edilmesinin ve hatta bunu da aşarak, bu sözleşmelerden kaynaklı uyumsuzluklarda Türk hukuku dışındaki başka hukuk kurallarının uygulanmasının yolu açılabilir. Bu yol da, idare mahkemelerinin ve daha ileri giderek Türk hukukunun ve yargısının etkisini azaltabilecek, kısıtlayabilecek ve devre dışı bırakabilecek. Bu sebeple, egemenlik yetkisi ve buna bağlı olarak yargılama yetkisi zedelenebilecektir.

Diğer yandan, idari sözleşmelerin gerçekten bir sözleşme olup olmadığı uzunca bir süre öğretilerde tartışılmıştır. Söz konusu tartışmaların sebebi, idari sözleşmelerde tarafların eşitsizliği, idarenin sözleşme hükümlerini tek yanlı değiştirebilme ve feshedebilme yetkilerinin olması şeklinde özetlenebilir. Özel hukuk alanında yer bulan “katılnalı sözleşme” kavramı idare hukukunda da kullanılmaktadır. Buna göre, sözleşme hükümleri tarafların serbest iradesi sonucunda oluşturulmamakta, yalnızca bir tarafça oluşturulmaktadır. Diğer tarafın sözleşmeye katkısı, imzalamak veya imzalamamak tercihinde bulunmaktan ibarettir (Laubadère vd., 1983: 67; Akyılmaz vd., 2019: 471; Kalabalık, 2019: 181). Bu özelliği itibarıyla, katılnalı sözleşmeler tek yanlı bir işlem olarak görülmekte ve bir sözleşmeden ziyade “katılım işlemi” olarak değerlendirilmektedir (Akyılmaz vd., 2019: 471). Özay da idari sözleşmelerin iki taraf arasında imzalandığı için sözleşme ismini aldığı, aslında bunların birer katılma işlemi olduğunu, bu sebeple karma işlem niteliği taşıdığını, sözleşmenin hükümlerinin çoğunluğunun genel düzenleyici işlemlerden oluştuğunu, yalnızca mali hükümlerin tarafların anlaşmasıyla tespit edildiğini ifade etmektedir (Özay, 2017: 511).

Duguit de farklı bir bakış açısıyla idari sözleşme ile sözleşme ayrımının olmadığını savunmaktadır. Duguit, idari sözleşme kavramını reddetmekte, “sözleşme, sözleşmedir” demektedir (Çal, 2010: 227). Duguit’ye göre, “... Devlet yaptığı sözleşmelerle giriştiği teahhütlerden her an sıyrılabilir, devlet teahhütlerine istediği müddetçe ve istediği ölçüde bağlıdır. ... Halbuki sözleşme devlet taraflardan biri olsa da olmasa da sözleşmedir ve sözleşmede taraf olan devlet teahhütleriyle en küçük bir uyruğu gibi bağlıdır ve bağlı olmalıdır” (Duguit, 1954: 157). Duguit, özel hukuk kişileri arasında yapılmış olan sözleşmelerden farklı bir idari sözleşme kategorisi olmadığını, çünkü sözleşmenin kurucu unsurları bir araya geldiğinde sürekli

aynı karakterlere sahip olduklarını ve aynı hükümleri doğurdıklarını ileri sürmüştür. Yazar, daha ziyade kamu hizmetleri üzerinden bu sözleşmelere bir sonuç bağlamıştır. Bu düşünceye göre, idari sözleşme olmadığından, bu sözleşmelerin kamu hizmetleri sebebiyle yapılan sözleşmeler olduğu kabul edilerek doğacak uyuşmazlıklarda “*idare mahkemelerinin görevli olduğu sözleşmeler*”in var olduğu kabul edilmelidir (Giritli vd., 2008: 1013).

Öğretide ifade edilen bu görüşlerin aksine, günümüz öğretisinde ve yargı kararlarında idare hukukuna özgü sözleşmelerin de olabileceği neredeyse ittifak halinde kabul görmektedir. Zira idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri birbirinden farklı amaçlara hizmet etmekte, birbirinden farklı niteliklere sahip olmakta, birbirinden farklı özelliklerle varlığını sürdürmekte ve dolayısıyla da birbirinden farklı hukuksal rejime tabi olmaktadır. Bu sebeple, günümüzde idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasındaki esas sorun, bu sözleşmelerin nitelendirilmesi ve bu nitelendirmeye bağlı olarak ortaya çıkan hukuksal anlamlar ve sonuçlardır. Bu anlam ve sonuçları belirlemek için de -bir yere kadar- kanun koyucunun iradesine, ancak özellikle idari sözleşmelerin ölçütlerine başvurmak gerekmektedir.

2. SÖZLEŞMELERİN KANUNLA NİTELENDİRİLMESİ

2.1. Genel Olarak

Sözleşmenin taraflarının bir sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelemesi yeterli değildir. Zira bu konuda kanun koyucunun iradesi devreye girmektedir (Sancakdar vd., 2015: 553). Bir sözleşmenin hukuksal niteliği kanunla - kanun koyucunun iradesiyle belirlenmişse, burada “*teşrii kriter (kanunla nitelendirme)*” bulunduğu kabul edilir. Bu durumda, ilgili kanunda sözleşmenin hukuksal niteliğine ilişkin düzenleme esas alınır. Kanunla nitelendirme söz konusuysa idari sözleşme ölçütlerine başvurmaya gerek kalmamakta, zira ilgili sözleşmenin hukuksal niteliği kanun koyucu tarafından ortaya konulmuş bulunmaktadır.

Kanunla nitelendirme, “*doğrudan nitelendirme*” şeklinde olabileceği gibi “*dolaylı nitelendirme*” şeklinde de olabilir (Gözler ve Kaplan, 2018: 422; Akyılmaz vd., 2019: 472; Tekinsoy, 2006: 185; Çal, 2010: 228). Bir kanun doğrudan doğruya bir sözleşmenin “*idari sözleşme*” yahut “*özel hukuk sözleşmesi*” olduğuna dair bir düzenleme içeriyorsa bu durumda “*doğrudan nitelendirme*”nin olduğu var sayılır

ve ona göre hareket edilir (Gözler ve Kaplan, 2018: 422). Örneğin, 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, “Devlet Tiyatroları sanatkar memurları, uygulatıcı uzman memurları ve uzman memurları sanat ve yönetim kurulu kararı üzerine Genel Müdürle aralarında yapılacak bir yıl süreli idari sözleşmelerle göreve alınırlar”. Bununla birlikte, kanun koyucu koyduğu görev hükümleriyle idarenin imzaladığı sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların hangi yargı kolunda çözüleceğini ve dolayısıyla bu sözleşmelerin hukuksal rejimini belirlemişse burada bir “dolaylı niteleme” olduğundan bahsedilir (Bilgen, 1970: 3; Tekinsoy, 2006: 185-186). Bilgen'e göre, “Kanun görevli yargı merciinin idari yargı yerleri olduğu hükmünü ortaya koymuşsa, sonuç olarak ortada kanunun nitelediği idari sözleşme var demektir” (Bilgen, 1970: 10). Benzer şekilde, kanun görevli yargı yerinin adli yargı yeri olduğunu belirtmişse bu durumda ortada bir özel hukuk sözleşmesinin olduğu dile getirilmektedir. Örneğin, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir”. 3996 sayılı Kanun'un bu maddesinde geçen “sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir” hükmünden hareketle söz konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu, özel hukuk rejimine tabi tutulduğu ve dolayısıyla görevli yolunun adli yargı olduğu sonucuna gidilebilir.

2.2. Kanunla Nitelemenin Türk Hukukundaki Süreci

Kanunla niteleme, Fransız hukukunda doğal karşılanmıştır; ancak Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Anayasa Mahkemesi, 1994 tarihli bir kararıyla kanun koyucunun bir sözleşmenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi sayılması hususunda sınırlı bir yetkiye sahip olduğunu ve “niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının olanaksız” olduğunu belirtmiştir (AYM., T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt I, S. 31, s. 300; Tekinsoy, 2006: 188). Kanun koyucunun kimi sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirterek bunlardan ileri gelen uyumsuzlukların çözümünde adli yargı organlarını görevli sayması, zamanla ciddi bir hukuksal soruna dönüşmüştür (Tekinsoy, 2006: 188-189).

Zaman içinde kanunla nitelemenin bir sorun haline dönüşmesi, 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesinde değişikliğe gidilmesine sebep olmuş ve Anayasa'nın 47. maddesine 4. fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile kanun koyucuya idarenin yaptığı sözleşmelerin niteliğini belirlemede takdir yetkisi tanınmıştır (Çağlayan, 2018: 245). Anayasa'nın söz konusu 47/4 hükmüne göre, “Devlet, kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredileceği kanunla belirlenir”. Bu düzenlemeyle amacın, 1999 yılına kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde karşılaşılan Danıştay incelemesini aşmak, üçüncü kişilerin yap-işlet-devret sözleşmelerine ilişkin açtıkları iptal davalarını sonlandırmak ve çeşitli yatırımların özel hukuk sözleşmelerine konu olabilmelerinin önünü açmak olduğu dile getirilmektedir (Tekinsoy, 2006: 190). Şayet Anayasa'nın 47/4 hükmünün getirilmesinin amacı, kanun koyucunun, yatırımcıların sunacakları hizmetin ve yapacakları yatırımların özel hukuk sözleşmelerine konu edilebilmesini sağlamak ise, bu durum idari sözleşmelerin ve idari yargının etkisini azaltabilecek bir sonucu beraberinde getirebilir. Düzenlemenin uygulanması, kanun koyucunun keyfiyetine bırakılırsa, -imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun açılmasında olduğu gibi- idari yargıdan ve hatta kimi zaman tahkim şartına kapı aralanarak Türk hukukunun yargılama yetkisinden uzaklaştırılan sözleşmelerin ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Böyle bir tabloyla karşılaşmamak adına, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak denetim -keyfiyeti önleme adına- önem taşımaktadır.

Kanun koyucuya Anayasa tarafından verilen “yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırabileceği veya devredileceği” yetkisinin sınırı ne olmalıdır? Çal'a göre, kanun koyucuya böyle bir yetkinin verilmesi benimsenmelidir (Çal, 2009b: 1881-1888). Ancak, kanun koyucunun bir alanı keyfince kamu hizmeti yahut idari sözleşme olarak düzenlemesi veya bir alanı kamu hizmeti yahut idari sözleşme olmaktan çıkarması gibi “sorgulanamaz mutlak bir yetki”den söz edilemez. Zira kanun koyucu anayasal kurguyla ve hukukun evrensel ilkeleriyle sınırlıdır (Çal, 2010: 228). Nitekim kanun koyucunun keyfi bir tutumla, bir kanun hükmü aracılığıyla bir alanı kamu hizmeti yahut idari sözleşme olarak kabul etmesi veya etmemesi Anayasa Mahkemesi tarafından denetime tabi tutulabilecek ve şartlar oluşmuşsa ilgili hüküm iptal edilebilecektir.

3. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖLÇÜTLERİ

3.1. Genel Olarak

Kanun koyucunun iradesi sonucunda ortaya çıkan kanunların niteliğini açıkça belirtmediği sözleşme açısından, sözleşmeye uygulanacak hukuksal rejimin belirlenmesinde yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğreti tarafından sistemleştirilen idari sözleşme ölçütleri devreye girmekte, bu ölçütlere başvurmak gerekmektedir (Nohutçu, 2018: 296; Tekinsoy, 2006: 192). İdari sözleşme ölçütleri, -kanunla nitelemeye olduğu gibi- uygulanacak hukuk kurallarının ve tabii olunacak hukuksal rejimin belirlenmesinde kullanılmaktadır.

İdari sözleşmelerin ölçütleri, esas itibarıyla idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki ayrımı ortaya çıkarmada kullanılmakla birlikte, yanı sıra bu ölçütler daha geniş anlamda idarenin sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmelerini de birbirinden ayırmaktadır.

İdari sözleşme ölçütleri genel olarak, “sözleşmenin taraflarından birinin idare olması (taraflara ilişkin ölçüt)”, “sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması (kamu hizmeti ölçütü)” ve “sözleşmenin idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanınması (kamu gücü ölçütü)” şeklinde üçlü kategoriye ayrıldığından, bu üç ölçüt üzerinde durulacaktır.

Kamu hizmetiyle başlayan idari sözleşme ölçütü tespit etme süreci, zamanla kamu hizmeti ölçütünün tek başına yetersizliğinin anlaşılması neticesinde diğer ölçütlerin de eklenmesine yol açmış ve bu süreç toplumdaki gereksinimler değiştiği ölçüde evrim yolculuğuna devam edecektir. Bu yolculukta örneğin, önceleri idari sözleşme ölçütü olarak görülen “süre ölçütü” zaman içerisinde aranmaz hale gelmiştir (Duran, 1982: 430). Nitekim Danıştay da önceleri, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin hizmeti yürütmeye yetecek bir süreyi kapsamaması gerektiğini ölçüt olarak kabul etmekteydi (Dş. 8. D., T. 11.01.1966, E. 965/933, K. 966/44, Danıştay Kararları Dergisi, S. 101-102, s. 308). Ancak, Danıştay’ın bu tutumu eskide kalmış; günümüzde Danıştay süre ölçütünü başlıca bir ölçüt olarak ele almamaktadır.

Öğretide, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için “(1) taraflara ilişkin ölçüt”, “(2) kamu hizmeti ölçütü” ve “(3) kamu gücü ölçütü” unsurlarından

-bilhassa ikinci ve üçüncü unsurların- birlikte (kümülatif) bulunması gerektiği dile getirilmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2006: 542-552; Duran, 1982: 430-433; Tekinsoy, 2006: 206; Çal, 2010: 229). Türk yargı kararlarında da unsurların / ölçütlerin birlikteliğinin arandığı görülmektedir (AYM., T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt I, S. 31, s. 300; AYM., T. 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, R.G., T. 20.03.1996, S. 22586). Bununla birlikte, öğretide, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için ikinci ve üçüncü unsurdan yalnızca birinin ilk unsurla (tarafalara ilişkin ölçütlerle) birlikte bulunması gerektiğini, yani ikinci ve üçüncü unsurların birbirine alternatif unsurlar olduğunu ifade eden görüşün azınlıkta olduğu gözlemlenmektedir (Gözler ve Kaplan, 2018: 426; Tekinsoy, 2006: 205-206). Azınlıkta olan bu görüş, kaynağını daha çok Fransız hukukundan almaktadır. Zira Fransız hukukunda bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için ikinci ve üçüncü unsurun birlikte aranmasının gerekmediği, bu unsurların birbirinin alternatifi olduğu kabul edilmektedir (Atay, 2018: 564; Tekinsoy, 2006: 206). Özetle, Fransız hukukunda idari sözleşme ölçütlerinin “birlikte aranmama” anlayışı varken, Türk hukukunda “birlikte aranma” anlayışı hakimiyetini sürdürmektedir.

İşte bu özellik arz eden gelişmeler karşısında, idari sözleşme ölçütlerinin birlikte bulunup bulunmaması tartışmasını, kimi idari faaliyetlerin idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamaması durumunu ve idari sözleşme ölçütlerine yardımcı bir unsur olarak rekabet unsurunu ele almak isabetli gözükmektedir.

3.2. Tarafalara İlişkin Ölçüt

“Organik ölçüt” de denilen taraflara ilişkin ölçüt, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için her şeyden evvel o sözleşmenin taraflarından en az birinin idare yani kamu tüzel kişisi olması gerekliliğine denir (Akyılmaz vd., 2019: 474; Günday, 2011: 184; Gözler ve Kaplan, 2018: 423; Odyakmaz, 1998; Memiş, 2017: 225; Tekinsoy, 2006: 206). Bu sebeple, idarenin taraf olmadığı bir sözleşmenin, idari sözleşme ve hatta idarenin sözleşmesi olmadığı da dile getirilmektedir (Günday, 2011: 184). Tan’a göre ise, organik ölçüt belirleyici bir unsur değildir. Zira idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapma olanağı da bulunduğundan, taraflardan birinin idare olduğu her sözleşme kendiliğinden idari sözleşme olarak nitelendirilemez (Tan, 2019: 310). Yani taraflara ilişkin ölçüt, bir sözleşme

leşmenin idari sözleşme olarak belirlenmesi anlamında tek başına ve kesin bir belirleyiciliğe sahip değildir.

İki kamu tüzel kişinin kendi aralarında yaptığı sözleşmelerin -organik ölçütü sağladığından-, ilk bakışta -karine olarak- idari sözleşme sayılabileceği düşünülse de iki kamu tüzel kişisi arasındaki ilişkinin her zaman kamu hukukuna tabi olmadığı belirtilmelidir. Nitekim iki kamu tüzel kişisi kamu hukukuna tabi olmayan bir alanda da sözleşme yapabilir. Fransız ve Türk hukukunda iki kamu tüzel kişinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin idari sözleşme olabileceği kabulü vardır (Tekinsoy, 2006: 193). Buna örnek olarak, Azot Sanayi A.Ş. ile Türkiye Elektrik Kurumu arasında imzalanan sözleşmeye ilişkin uyuşmazlık gösterilebilir. Danıştay, bu iki kamu tüzel kişisi arasında imzalanan elektrik enerjisi alım-satım sözleşmesinin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararında, taraflardan en az birinin idare olduğu ölçütüne değinmiş ve elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretinin kamu hizmeti olmasını değerlendirerek sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna varmıştır (Dş. 12. D., T. 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141, Danıştay Dergisi, S. 26-27, s. 509-512; Tan, 2019: 310; Tekinsoy, 2006: 193). Kararda görülmektedir ki, Danıştay, sözleşmeyi idari sözleşme sayabilmek için yalnızca organik ölçüt olan taraflara ilişkin ölçütü yeterli görmemiş, bunun yanında bir maddi ölçüt olan kamu hizmeti ölçütüne de vurgu yapmıştır. Karar, Türk hukukunda idari sözleşme ölçütlerinin birlikte aranması anlayışının emarelerini taşımaktadır. Bununla birlikte, Danıştay'ın iki kamu kuruluşu arasında imzalanan sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi saydığı kararları da vardır (Dş. 8. D., E. 984/495, K. 985/46, Çeşitli Belediye İşleri ile İlgili Danıştay Kararları, s. 133 vd.; Tan, 2019: 311).

Öte yandan, iki özel hukuk kişinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin idari sözleşme sayılmasının olası olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Fransız hukukunda genel kural, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir. Nitekim Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Société Entreprise Peyrot kararında, Mahkeme, otoyol imtiyazcısı olan karma ekonomik yapılı şirket ile müteahhit arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararında, bu gibi şirketlerin özel hukuk kişileri olmalarına rağmen, devlet hesabına hareket ettiklerini belirtmiş, otoyol yapımının aslen devlete ait olduğunu ve bu yapım işinde kamu hizmetinin yerine getirildiğini vurgulamıştır (Akyılmaz vd., 2019: 474; Tekinsoy, 2006:

194). Bu kararlar da görülmektedir ki, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için bir organik ölçüt olan taraflara ilişkin ölçütten daha ziyade bir maddi ölçüt olan kamu hizmeti ölçütü ön plandadır. Bununla birlikte, Fransa'da istisnai olarak kabul edilen bu anlayışın, Türk yargı kararları bakımından geçerlilik taşımasını gerektirecek bir uygulama neredeyse bulunmadığından, Türk yargı kararlarında genellikle taraflardan birinin idare olması -yani organik ölçütün bulunması gerektiği- önem taşımaktadır (Tekinsoy, 2006: 194). Bu bağlamda, Duran'a göre, Türk yüksek mahkemelerinin Fransız yüksek mahkemeleri gibi ileri gitmesi beklenmemelidir. Zira Türkiye'de idari sözleşme alanını dar tutma eğilimi hakimdir (Duran, 1982: 431). Ülkemizde idari sözleşme alanını dar tutma eğilimine abonman sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir. Abonman sözleşmelerinin -sözleşmenin taraflarından birinin idare olması gibi- birçok idari sözleşme özelliğini taşımasına rağmen, özel hukuk sözleşmesi sayılmaları ve adli yargı denetimine tabi olmaları örnek olarak gösterilebilir.

3.3. Kamu Hizmeti Ölçütü

Kamu hizmeti kavramına karşılık gelmek üzere "kamu işi", "kamu ödevi" ve "kamu görevi" terimleri (Yayla, 2010: 72) ile "faaliyet", "iş", "uğraş", "kamu kuruluşları" anlamları kullanılmaktadır (Tan, 2019: 365). Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmeti, "faaliyet", "iş" "uğraş" anlamına gelmekteyken; Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmeti, "kamu kuruluşları" anlamına gelmektedir (Tan, 2019: 365; Yıldırım ve Çınarlı, 2019: 201).

Kamu hizmeti kavramı, kamu yönetiminin ve idare hukukunun temel kavramlarından biridir (Tan, 2019: 365; Yıldırım vd., 2018: 411). İdare hukukunun konusunun kamu hizmeti olduğunu kabul eden ve kamu hizmetini idare hukukunun adeta belkemiği olarak gören bir yaklaşım da vardır. Hatta Onar'a göre, idare hukuku kamu hizmeti hukukudur (Onar, 1936). Kamu hizmeti kavramı, birçok idare hukuku kavram ve faaliyeti açısından belirleyici bir etkiye sahiptir (Yıldırım vd., 2018: 411). Örneğin, çalışmamız açısından kamu hizmeti, bir idari sözleşme ölçütü olarak belirleyici etki göstermektedir.

İdare hukuku bakımından bu denli öneme sahip olan kamu hizmeti kavramının, içeriğinin belirsiz olması, kapsamına ilişkin farklı anlayışların bulunmasından dolayı üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmamaktadır (Gülan, 1988: 147). Kamu hizmeti kavramı, kanunlarda ve yargı kararlarında sık sık kullanılmasına

rağmen, tek ve geçerli bir tanımı bulunmamaktadır (Tan, 2019: 365). Truchet'e göre, "Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır; yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır" (Truchet, 1982: 428, aktaran Gülan, 1988: 147). Öğretinin kamu hizmetini tanımlamada başarısız olduğunu söylemek güçtür, zira üzerinde uzlaşılammış da olsa kamu hizmeti kavramına ilişkin birçok tanım vardır. Ancak, öğretinin kamu hizmeti üzerinde "tartışılmaz bir ortak tanım" ortaya koyabildiğini söylemek esas güçlüktür. Zira üzerinde tartışmasız bir şekilde uzlaşmış kamu hizmeti tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, her faaliyetin kamu hizmeti olmaya elverişli olduğu, ancak bir faaliyetin bu niteliği kazanması veya kaybetmesi hususunda yere ve zamana göre siyasi makamların iradesinin etkili olduğu dile getirilmektedir (Yıldırım ve Çınarlı, 2019: 201).

19. yüzyılın başlarında Fransa'da "Kamu Hizmeti Okulu" veya "Bordeaux Okulu / Öğretisi" olarak isimlendirilen, Léon Duguit ve Gaston Jèze gibi hukukçuların öncüsü oldukları görüşe göre, devletin toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla giriştiği faaliyetler kamu hizmeti niteliğini taşır. Bu görüş zaman içindeki toplumsal değişimlere bağlı olarak önemini kaybetmiş olsa da, günümüzde hala ölçüt-kavram olarak kullanılmaktadır (Tan, 2019: 366).

Öğretide, kamu hizmeti kavramı için birbirinden farklı tanımlar yapılmaktaysa da, hemen hemen tüm tanımlarda, faaliyetin kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi organik unsuru ve giderilmesinde kamu yararı bulunan toplumun genel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması maddi unsuru birlikte kullanılmaktadır (Yıldırım vd., 2018: 412; Gözler ve Kaplan, 2018: 477; Yayla, 2010: 72; Tan, 2019: 368-369; Günay, 2011: 330; Akyılmaz vd., 2019: 541; Atay, 2018: 596; Ulusoy, 2004: 13; Gülan, 1988: 148; Artantaş, 2018: 16).

Anayasa'da kamu hizmeti kavramının hem organik unsuruna hem de maddi unsuruna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir" ile 71. maddesinde yer alan "Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir. ..." hükümlerinde kamu hizmeti kavramının organik anlamda kullanıldığını; Anayasa'nın 47. maddesinde yer alan "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hal-

lerde devletleştirilebilir” düzenlemesi ise kamu hizmeti kavramının maddi anlamda kullanıldığını gösterir. Buna ek olarak, öğretilerde, kamu hizmeti, belli bir usulü, yöntemi, hukuksal rejimi ifade ediyorsa orada kamu hizmetinin “şekli unsuru”-nun var olduğu kabul edilmektedir (Günday, 2011: 330; Atay, 2018: 596-597).

En geniş tanımlardan biri olarak kabul edilebilecek Anayasa Mahkemesi’nin tanımına göre ise, kamu hizmeti, “.. devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir” (AYM., T. 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, R.G., T. 20.03.1996, S. 22586).

Kamu hizmeti kavramının tanımlamanın zorlukları ve kavramın sınırlarını belirlemenin güçlükleri bu kavramın idari sözleşme ölçütü olarak kullanıldığı sözleşmeler alanına da yansımaktadır.

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması yolunda yararlanılan iki maddi ölçüt vardır. Bunlardan birincisi bu başlık altında incelenen “kamu hizmeti ölçütü”, ikincisi bir sonraki başlık altında incelenecek olan “kamu gücü ölçütü”dür. Maddi ölçütler, sözleşmenin taraflarından ziyade, içeriğine yani konusuna ilişkin ölçütlerdir (Gözler ve Kaplan, 2018: 425). Kamu hizmeti ölçütü, sözleşmenin konusunu oluşturan hukuksal ilişkinin niteliğiyle ilgili bir kavramdır. İdarenin imzaladığı sözleşmenin kamu hizmetiyle belli bir ölçüde irtibatının bulunması durumunda o sözleşmenin idari sözleşme sayılması sonucu ortaya çıkabilir (Tekinsoy, 2006: 196). Çal’a göre, bu ölçüt, idarenin sözleşmelerinin kamu hizmetine ilişkin olması değil, daha ziyade o hizmetin yürütülmesine ilişkindir (Çal, 2010: 231). Öğretilerdeki bir görüşe göre, bir sözleşmenin kamu hizmetiyle irtibatlı olması, sözleşmenin bir kamu hizmetinin işlenmesini sağlamak amacıyla yapılması gerekliliğini, sözleşme konusunun kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini ifade etmektedir (Yıldırım vd., 2018: 395). Örneğin, özel bir şirket kanalizasyon işinin gerektirdiği tesisleri yapıp işletmeyi üstlenmişse yahut bir tiyatro sanatçısı Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü’yle hizmet sözleşmesi imzalamışsa, bu sözleşmeler idari sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Zira bu gibi işlerde sürekli veya uzun süreli olarak bir kamu hizmetinin yürütülmesi söz konusu olmaktadır (Yayla, 2010: 167). Ancak, bir kişinin kamu hizmetin-

den yararlanmasını sağlayan sözleşmeler idari sözleşme olarak görülmemektedir (Akyılmaz vd., 2019: 475).

Kamu hizmeti, kural olarak bir hukuksal rejime, yani kamu hukuku rejimine yönlenir; ancak sözleşme ise kural olarak özel hukuka ilişkin bir kavramdır. İdari sözleşme ise, bu iki kavramın bileşimidir. Bu bakımdan, sözleşmeyle düzenlenen ilişkinin kamu hizmetiyle herhangi bir bağlantısı sözleşmenin idari sözleşme olarak sayılması için yeterli görülmemekte, sözleşmenin kamu hizmetiyle olan irtibatı “*belli bir yoğunluk ve tarzda*” olmalıdır (Tekinsoy, 2006: 197).

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1973 tarihli *Blanco* kararına binaen hakimiyet tasarrufları ile temşiyet tasarrufları teorisi bir kenara itilmiş ve kamu hizmeti kavramı idare hukukunun alanının belirlenmesinde kullanılmaya başlanmıştır. Esasında idari sözleşmelerin, idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi şeklinde ayrılması bu karardan ileri gelmektedir (Tekinsoy, 2006: 198). *Blanco* kararıyla ortaya konulan ilkeler ışığında, idari sözleşmenin tanımlanmasında kamu hizmeti kavramı ilk kez 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier* kararında kullanılmıştır. Söz konusu karara ilişkin dava, engerekle başa çıkabilmek amacıyla öldürülen yılan başına ödül vaat edilmesinden kaynaklanmıştır. Buna göre, Saine-et-Loir İl Genel Meclisi, öldürülüp getirilecek her yılan başına ödül vaat etmiş ve bunu duyurmuş, ilan etmiştir. Ancak, umulandan fazla sayıda yılan avlanması sebebiyle ayrılan ödenek yetersiz kalmış ve Terrier isimli kişi vaat edilen parasını alamamıştır. Ortada ilan yoluyla icap ve yılanların avlanarak bu icabın kabul edilmiş olması sebebiyle sözleşme bulunduğundan, davada sözleşmenin niteliğinin saptanması gerekmiştir. Davanın görülmesi sonucu verilen kararda, yılan avlama faaliyetinin bir kamu hizmeti olduğuna ve bu sebeple sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıdığına karar verilmiştir (Tekinsoy, 2006: 198-199). Görüldüğü gibi, kararda sözleşmenin niteliği saptanırken sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olduğundan yola çıkılmıştır.

Bu konuda diğer bir önemli karar ise, Conseil d'Etat'nın 4 Mart 1910 tarihli *Thérond* kararıdır. Kararda, sözleşmeye konu faaliyetin kamu hizmeti amacıyla yapılmış olması, sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli görülmüştür. Bu karardan bir süre sonra ise, Conseil d'Etat'nın 31 Temmuz 1912 tarihli *Granits des Vosges* kararı, kamu hizmetinin idari sözleşmelerin bir ölçütü olarak kullanılmasında farklı bir durum ortaya çıkarmıştır. Kararda, bir sözleşmenin

idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin kamu hizmeti amacıyla yapılmasının yeterli olmadığı, buna ek olarak özel hukuku aşan şartlar içermesi gerektiği belirtilmiştir (Tekinsoy: 2006, s. 200). *Granits des Vosges* kararı bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için hem kamu hizmeti ölçütünün gerekliliğine hem de kamu gücü ölçütünün içerisinde değerlendirilebilecek “özel hukuku aşan şartlar”ın bulunması gerekliliğine işaret etmiştir. Bu kararlar birlikte, kamu hizmeti ölçütünün sözleşmenin niteliği üzerindeki etkisinin zayıfladığı öne sürülse de, Conseil d’Etat’ın 20 Nisan 1956 tarihli *Epoux Bertin* kararı ve bu kararı aksiyel doğrulayan 11 Mayıs 1956 tarihli *Gondrand* kararı, kamu hizmetinin idari sözleşme ölçütü olarak yeniden ön plana geçmesine vesile olmuştur (Tekinsoy: 2006: 200-201). Ancak, yine de bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için -diğer ölçütleri görmezden gelerek- yalnızca kamu hizmeti ölçütüne başvurulması gerektiği sonucuna gitmek güçtür.

Öte yandan, sözleşmelerin niteliği bağlamında, bir idari sözleşmenin kamu hizmeti özelliklerinden dolayı idari sözleşme sayılması konusunda, hizmetin yürütülmesi veya yürütülen bu hizmete katılmanın gerektiği hususu Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın çeşitli kararlarında mevcuttur. Bu iki yüksek mahkemenin kararlarında, kamu hizmetinin yürütülmesini veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmayı konu alan sözleşmeler idari sözleşme niteliğinde görülmüştür (AYM., T. 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, R.G., T. 20.03.1996, S. 22586; Dş. 12. D., T. 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141, Danıştay Dergisi, S. 26-27, s. 509 vd.; Dş. 10. D., T. 29.04.1993, E. 1991/1, K. 1993/1752, Danıştay Dergisi, S. 88, s. 463 vd.). Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, söz konusu kararlarında sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olması durumunda, böyle bir faaliyetin özel hukuk sözleşmesiyle düzenlenemeyeceğini, idari sözleşmeyle düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-c hükmünde düzenlenen “*kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmeler*” hükmünde de kamu hizmeti ölçütünün belirtilerini görmek mümkündür.

Günday, yargı kararları ve 2577 sayılı Kanun’un 2/1-c hükmü birlikte değerlendirildiğinde, idarenin kamu hizmetlerine ilişkin yaptığı -abonman sözleşmeleri gibi- kamu hizmetinden yararlanma olanağı tanıyan her sözleşmenin ve -kamu hizmetiyle ilgili malların satın alınması gibi- kamu hizmetiyle ilgili işlere ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaması gerektiğini ifade etmek-

tedir. Yazara göre, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmeci karşı tarafın kamu hizmetini doğrudan doğruya yürütmesi yahut bu hizmetin yürütülmesine katılması(nı öngörmesi) gerekmektedir (Günday, 2011: 185-186).

Bununla birlikte, Anayasa m. 47 üzerinde de durulmalıdır. Anayasa m. 47'ye göre, özel kişilerce görülebilecek kamu hizmetleri bulunmaktadır. Çal'a göre, bu hizmetler idare tarafından ruhsat verilerek yürütüldüğünde, idarenin bu hizmetlerden dolayı asli sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmelidir (Çal, 2010: 235). Bununla birlikte, bir hizmetin, rekabet içerisinde toplumsal gereksinimleri yeterince ve gereği gibi karşılamadığı tespit edildiğinde, bu hizmetin kamusal alana taşınması gerektiği savunulmaktadır (Çal, 2010: 236). Bu durumda, böylesi hizmetlerin birer idari sözleşme niteliği taşıyacağı söylenebilir. Böylelikle kamu-sallık imkan dahiline sokulmuş ve yurttaşların özgürleşmesine katkı sunulmuş olacaktır (Özdemir, 2013: 5). Zira yurttaşlar özel hukuk kişilerince yeterli ve gereği gibi işletilmeyen hizmetlerin olumsuz sonuçlarından korunma imkanı bulmuş olacaklardır.

Kamu hizmeti ile idari sözleşme bağının kurulması hususunda öğretinin tutumu üzerinde de durulmalıdır. Çal'a göre, "... öğreti bugüne kadar sentetik bir analizle veya yaklaşımla konuyu ele almış ve konunun esası yerine kamu hizmeti kavramına yüklenen özelliklerden hareket etmiştir. Oysa, kamu hizmetine yüklenen özellikler, ortada bir kamu hizmeti olmasa dahi gündeme gelebilecek niteliklerdir ve vaktiyle kamu hizmeti kavramıyla ortaya çıkan olaylar neticesinde bu özellikler kamu hizmeti kavramına "yapıştırılıverdiği" gibi, öyle de kalmıştır" (Çal, 2010: 237). Bu bağlamda, örneğin, kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyen -Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi gibi- kimi alanlarda kamusal ilkelerin uygulanması gereksinimi göz ardı edilmektedir. Bu sebeple, analitik bir yaklaşım gerekli görülmektedir (Çal, 2010: 237). Bundan ötürü, bir kamu hizmeti alanında kamu hizmeti ilkelerinin niçin uygulanması gerektiği analitik bir bakış açısıyla ele alınmalı ve bu yolla idari sözleşmeler bakımından gerçek bir ölçüt ortaya konulmalıdır (Çal, 2009a: 175-179). Böylelikle toplumsal yararın korunabilmesine yönelik, kamu hizmeti ismiyle adlandırılıp adlandırılmadığına bakılmaksızın herhangi bir alanda aynı kamusal ilkelerin uygulanması sağlanabilecektir (Çal, 2010: 237-238).

3.4. Kamu Gücü Ölçütü

İdari sözleşmelerde kişisel yarar ile kamu yararı karşı karşıyadır. Ancak, kamu yararı kişisel yarardan daha üstün bir konumda olduğundan, idarenin idari sözleşmelerde bazı üstün yetkilere ve ayrıcalıklara sahip olduğu görülmektedir. Bu üstün yetkilere ve ayrıcalıklara, “kamu gücü ayrıcalıkları” denilebilir.

Diğer yandan, kamu hizmeti ölçütünün bazı alanlarda gerçekleşen faaliyetleri idari sözleşme olarak nitelendirmede eksik kalması sonucunda, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için diğer bir maddi ölçüt olarak kullanılan “kamu gücü / amme kudreti ölçütü” ortaya konulmuştur. Kamu gücü ölçütü kullanılırken, “özel hukuku aşan şartlar”, “özel hukuku aşan hukuksal rejim” üzerinde de durulmaktadır. Aksi yönde görüşler olmakla birlikte (Tekinsoy, 2006: 205), öğretide bu kavramların sık sık birbirinin yerine kullanıldığı ve benzer anlamlara geldiği görülmektedir. Bu sebeple, çalışmanın bu bölümünde söz konusu kavramlar birlikte ele alınacaktır.

Léon Duguit ve Gaston Jèze tarafından kurulan Kamu Hizmeti Okulu’na karşı olan kamu gücü ölçütü, Fransa’da Maurice Hauriou tarafından, ülkemizde ise ilk kez Pertev Bilgen tarafından savunulmaya başlanmıştır (Çal, 2010: 238). Hauriou’ya göre, idare hukukundaki temel iki kavram olan “kamu hizmeti” ve “kamu gücü” kavramları arasında kamu gücü kavramı, idare hukukunun sınırı ve içeriğiyle idari yargıcın yetki alanının belirlenmesinde öncelikle rol oynar (Atay, 2018: 593). Bilgen’e göre de, kamu hizmeti bir idari sözleşme ölçütü olmaktan uzaktır (Bilgen, 1970: 133).

Kamu gücü ölçütünü savunan Bilgen’e göre, Türk hukukunda özel hukuku aşan şartlar sadece kamu gücü imtiyazlarına bağlanan, yani idarenin icrai karar alma ve tek yanlı hareket yetkilerini kullanmasını sağlayan şartlardır. Yazara göre, sözleşmenin idari niteliği, özel hukuk sözleşmeleriyle aralarında ortaya çıkan hüküm farklılıklarından, yani sözleşmenin kendisinden doğar. Bu sebeple, kamu gücü ölçütüne “özel hukuku aşan şartlar” da denilmektedir (Bilgen, 1970: 136). Richer, özel hukuku aşan şartların, özel kişiler arasında mümkün olmayan ya da alışıldık olmayan şartlar anlamına geldiğini belirtmektedir (Richer, 1999, aktaran Tekinsoy, 2006: 202). Chapus da özel hukuku aşan şartların eşitliğe aykırı şartlar olduğunu dile getirmektedir (Chapus, 1997: 496 vd., aktaran Tekinsoy, 2006: 203).

Özel hukuku aşan şartların, sözleşmenin niteliğinin tespitinde kullanıldığı ilk ünlü karar Conseil d'Etat'ın yukarıda bahsedilen 31 Temmuz 1912 tarihli *Granits des Vosges* kararıdır. Karara göre, idari sözleşme yalnızca kamu hizmeti ölçütü üzerinden değil, aynı zamanda sözleşmenin içerdiği hükümlere göre tanımlanmalıdır (Tekinsoy, 2006: 201). Ancak, Tekinsoy'a göre, bir sözleşme idari sözleşmeysen zaten kendiliğinden özel hukuktan farklı bir rejime tabi olur ve sözleşme metninde özel hukuku aşan şartların yer almasına gerek yoktur, bunlar zaten uygulanabilir (Tekinsoy, 2006: 204).

İdarenin, sözleşmelerde bazı kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak hareket edebilmesi yahut özel hukuku aşan şartları belirleyebilme yetkisinin kamu hukuku ilkelerine dayandığı ifade edilebilir. Bu sebeple, bir idari sözleşmenin içeriğinde idareye kamu gücü ayrıcalıkları tanındığına rastlanılmasa veya sözleşmede özel hukuku aşan şartlar bulunmasa; ancak bir kanun aracılığıyla idareye kamu gücü ayrıcalığı tanınması söz konusuysa, bu ayrıcalıkların idareye tek yanlı olarak kullanılabilmesi düşünülebilir. Zira idari sözleşmelerin yapısı, amacı, niteliği, özellikleri ve tabi olduğu hukuksal rejim özel hukuk sözleşmelerinden farklıdır. Ancak, bir özel hukuk sözleşmesinde ise, taraflar arasında eşitlik ilkesi hakim olduğundan, sözleşmede yer almayan hükümlerin taraflarca karşılıklı olarak kabul edilmeden uygulanmasını düşünmek mümkün değildir. Bununla birlikte, idarenin, sözleşmelerin bedele ait hükümlerini tek yanlı olarak değiştiremeyeceği; ancak sözleşmeciyi özel hukuk kişisinin borçlarını tek yanlı olarak değiştirebileceği ifade edilmektedir (Odyakmaz, 1998).

Özel hukuku aşan şartların varlığı aslında idarenin idari sözleşmelerde karşı tarafa göre üstün konumda olmasından kaynaklanır. Zira idare, idare olmasından dolayı birtakım üstün yetkilere ve ayrıcalıklara sahiptir. Anayasa Mahkemesi'nin 1994 tarihli bir kararında da idarenin üstün yetkilerine rastlamak mümkündür (AYM., T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G., T. 24.01.1995, S. 22181).

İdari sözleşmelerde idarenin sahip olduğu üstün yetkiler, özel hukukta taraflara tanınmamaktadır. İdarenin sahip olduğu üstün yetkilere ve ayrıcalıklara, idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı işlemler yapabilmesi, sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinin sürdürülmesi, yeni ihtiyaçlara cevap verecek şekilde değiştirilmesi, bunun için yeni tesisler kurulması, sözleşme süresi sona ermeden

hizmetin idarece satın alınması, sözleşmede öngörülmemiş olsa da sözleşmeci diğer taraf hakkında resen zorlayıcı tedbirler uygulanabilmesi örnek olarak verilebilir. Buna karşılık, idare karşısındaki özel hukuk kişinin de bazı hakları ve ayrıcalıkları vardır, bunlar aynı zamanda idarenin borçlarıdır. Bu haklara ve ayrıcalıklara, karşı taraf lehine kamulaştırma yapma, özel kişinin parasal menfaatini ve mali dengesini bozmama örnek olarak verilebilir. (Yayla, 2010: 167). Gerek idarenin gerekse sözleşmeci karşı tarafın bu haklarının ve ayrıcalıklarının bir listesini yapmak mümkün görünmemektedir. Zira bunların belirsizliği hem Fransız hukukunda hem de Türk hukukunda kendisini göstermektedir (Tan, 2019: 315).

Öte yandan, Conseil d'Etat'ın 19 Ocak 1973 tarihli *Rivière du Sant* kararı, özel hukuku aşan şartlardan farklı bir yaklaşım getirerek özel hukuku aşan rejime vurgu yapmıştır. Karara konu sözleşme, E.D.F. (Electricité de France) ile elektrik üreticisi arasında yapılmış ve bu sözleşmenin konusu üreticiden elektrik alınmasına ilişkindir. Sözleşmeyi değerlendiren Mahkeme, sözleşmenin kamu hizmetiyle ilgili olmadığını ya da özel hukuku aşan şartlar içermediğini belirtmiş ve yeni bir ölçüt getirmiştir: "Özel hukuku aşan hukuksal rejim". Karara göre, olaya konu sözleşmeye uygulanacak birtakım özel yetkiler bulunmakta ve bunlar bir bütün olarak özel hukuku aşan bir rejimi oluşturmaktadır. Olayda, E.D.F.'nin elektrik alma yükümlülüğünün olması, uyumsuzlukların zorunlu olarak ilgili bakanaya sunulması ve belli bir yol izlendikten sonra bakanca karara bağlanması gibi hususlar özel hukuku aşan rejimin belirlenmesinde rol oynamıştır (Richer, 1999, aktaran Tekinsoy, 2006: 205). Bu kararla birlikte, özel hukuku aşan şartlardan özel hukuku aşan rejime doğru kayıldığı ve özel hukuku aşan şartlardan köklü bir kopuşun meydana geldiği dile getirilmektedir (Weil, 1974: 847, aktaran Tekinsoy, 2006: 205). Ancak, özel hukuku aşan şartlar ile özel hukuku aşan hukuksal rejimin birbirinden ayrı düşünülmemesi daha yerinde olacaktır. Zira bu iki unsur birbirinin çoğu kez tamamlayıcısı olmakta ve iç içe geçmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, özel hukuku aşan rejimin, özel hukuku aşan şartlardan daha geniş bir unsur olduğu söylenebilir de, bu düşünüş iki unsurun birbirinden uzaklaştığı veya koptuğu sonucunu doğurmamalıdır.

Kamu gücü ile tekel arasındaki ilişkiye bakılacak olursa, kamu gücüne tekele konu olan alanlarda ihtiyaç duyulduğu dile getirilmektedir (Çal, 2010: 244). Zira serbest rekabetin olmadığı (tekel) alanlarda idarenin üstün yetkilerini kul-

lanarak bazı düzenlemeler yapması, o alanı denetim altında tutması gibi hususlar -serbest rekabetin var olduğu alanlara göre- daha yoğun olarak varlığını gerekli kılmaktadır. Ayrıca, serbest rekabetin olmadığı alanlarda kamu hizmeti düşüncesinin devreye girmesi ve o alandaki faaliyetlerin kamusal alana taşınması gerektiği söylenebilir. Bu anlamda da kamu hizmeti ile kamu gücünün örtüştüğü ifade edilebilir. Bir faaliyetin kamusal alana taşınma ihtiyacı, kamu gücü kullanımını da zorunlu kılmaktadır (Çal, 2010: 245). Diğer yandan, tekelin olmadığı serbest rekabet alanlarında gerçekleşen faaliyetlerde dahi bazı durumlarda ilgili faaliyeti kamusal alana taşıma ve kamu gücü kullanma ihtiyacı doğmaktadır (Çal, 2010: 246). Böylece tekel olmayan bir faaliyeti düzenleyen sözleşme kimi zaman idare hukuku kurallarına tabi olabilecek ve bu sözleşmeden doğacak uyumsuzluklarda idari yargı kolundaki mahkemeler görev yapabilecektir.

4. İDARİ SÖZLEŞMELERİN ÖLÇÜTLERİYLE AÇIKLANAMAYAN FAALİYETLER

Bazen öyle faaliyetlerle karşılaşılır ki, bu faaliyetlerin, idari sözleşmelerin ölçütlerine sahip olmadıkları halde kamu hukuku kurallarına ve idari yargı denetimine tabi tutulması gerekebilir. Çalışmanın bu başlığı altında da, idari sözleşmelerin ölçütleriyle açıklanması pek de mümkün olmayan yahut her zaman bağdaşmayan; ancak idari sözleşme olarak görülen veya kamu hukuku alanına taşınan, taşınması gereken bazı faaliyetler üzerinde durulmaya çalışılacak ve bu duruma uymayan istisnalar üzerinde durulacaktır.

Kanunla nitelemenin olduğu durumlarda bir sözleşme kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi yahut idari sözleşme yapılabilmekte, bu durumda idari sözleşme ölçütlerini kullanmadan o sözleşme kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya idari sözleşme yahut özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenebilmektedir. Örneğin, 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre, kanun kapsamında yapılan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir. Bundan dolayı, bu sözleşmelerin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bunlardan doğacak uyumsuzlukların adli yargıda çözümleneceği söylenebilir. Kanun koyucunun kanunla niteleme yapmasında bir sorun yoktur, asıl sorun keyfi bir tutumla bu nitelemenin yapılması olasılığında ortaya çıkar. Böyle bir durumda da Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanun üzerinde denetimini etkin bir şekilde yapması gerek-

mektedir. Kanunla nitelemenin olduğu durumlarda, idari sözleşmelerin ölçütlerine başvurulamamaktadır. Zira kanun koyucu, Anayasa'nın 47/4 hükmünden aldığı yetkiyle sözleşmelerin niteliğini belirleyebilmektedir.

İki kamu tüzel kişisi arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılabileceği yahut iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmenin idari sözleşme sayılabileceği durumlar söz konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için kullanılan organik ölçütün tam anlamıyla yeterli olmadığı, bunun yanında maddi ölçütlerden de sözleşmeyi nitelemede yararlanılması gerektiği söylenebilir. Bu düşünce de bizi, idari sözleşmelerin ölçütlerine ilişkin olarak Fransız hukukunda yer alan “birlikte aranmama” anlayışından ziyade, Türk hukukundaki “birlikte aranma” anlayışına doğru götürmektedir. Bununla birlikte, iki özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmelerin kamu yararı taşıyıp taşımadığı da o sözleşmenin idari sözleşme sayılıp sayılmayacağı hususunda yararlanılabilecek bir belirti olarak değerlendirilebilir. Nitekim öğretilerdeki bir görüşe göre, bir faaliyetin özünde kamu yararı özellikleri mevcutsa, o faaliyet ister özel hukuk kişileri arasında yapılsın ister kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi arasında yapılsın, bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkündür (Çal, 2010: 255). Görüldüğü üzere, idari sözleşmelerin ölçütlerinden olan organik ölçüt, kimi zaman sözleşmenin niteliğini belirlemede yetersiz kalmaktadır.

Bir diğer husus ise, orman işletme ve maden işletme sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler, bir kamu hizmetinin yürütülmesini yahut kamu hizmetinin yürütülmesine katılımı öngören sözleşmeler değildir. Ancak, buna rağmen, bu sözleşmeler idari sözleşme sayılmaktadır. Oysaki bu sözleşmelerde bir idari sözleşme ölçütü olan kamu hizmeti ölçütünün olmadığı söylenebilir. Orman işletme ve maden işletme sözleşmeleri, ormanların ve madenlerin devletin hüküm ve tasarrufunda olması düşüncesinden hareketle idari sözleşme sayılmışlardır (Günday, 2011: 186). Bir başka görüşe göre ise, söz konusu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının nedeni kamunun korunmasına yönelik ihtiyaçtır. Zira bu sözleşmelere konu olan alanlar, Osmanlı dönemindeki imtiyazlara benzemekte, ülkenin geleceğini etkileyebilecek boyutta mali ve siyasi önemde bulunmakta ve yaşamsal derecede önem taşımaktadır (Çal, 2010: 247). Devletin gözetim ve denetimi altında bulunan bu milli servetlerin işletilmesi eşit kişiler arasında yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir sözleşme niteliğinde kabul edilmiştir

(Balta, 1972: 188). Orman veya maden işletme sözleşmelerine konu alanlarda, bir kamu hizmetinin sunulmadığı, bu sözleşmelerin kamusal malların işletilmesine ilişkin olduğu, ormanların toplum açısından diğer mallara göre daha önemli olduğu, madenlerin ise olağanüstü öneme sahip olduğu dile getirilmektedir (Çal, 2010: 247). İşte bu bakımdan, söz konusu alanlardaki faaliyetleri konu edinen sözleşmelerin, kamusal (halkın) korunma gereksinimini yerine getirmesi gerekmektedir. Bu özellikler gözetildiğinde, orman veya maden işletme sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmaları, idari sözleşme ölçütlerini taşıyor olmalarından değil, ülkenin bekası açısından son derece önemli konuları içermelerinden kaynaklanmaktadır (Belirtilmelidir ki, burada orman işletme sözleşmelerine ilişkin sözleşmelerden kasıt 1961 Anayasası döneminde imzalanmış sözleşmelerdir. Günümüzde, 1982 Anayasası'nın 169/2 hükmündeki “Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir” düzenlemesi gereğince artık ormanların özel kişilerce işletilmesine ilişkin sözleşme yapılamamaktadır).

Kamu borçlanma (istikraz) sözleşmeleri de üzerinde durulmaya değer bir sözleşme türüdür. Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından bono, tahvil gibi isimlerle çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan ilişkiler, kamu borçlanma sözleşmesi sayılmaktadır. Kamu borçlanma sözleşmelerinde idarenin, borçlanma koşullarını belirleme, tek yanlı değiştirme, erken ödeme yapma ya da borcun vadesini erteleme gibi üstün yetkileri vardır. Bu sözleşmelerde, borçlanma ilişkisini kuran senetler haciz işlemine tabi olmamakta ve para yerine geçmektedir. İşte bu sebeplerle, kamu borçlanma sözleşmeleri idari sözleşme sayılmaktadır (Günday, 2011: 188). Buna ilişkin bir Danıştay kararında, “Devlet borçlanmalarının kamu hukuku kuralları ile oluşan borçlanmalar” olduğu ve bu sebeple kamu borçlanma sözleşmelerinin idari sözleşme olduğu belirtilmiştir (Kanlıgöz, 1997: 351 vd.). Öğretide, bu sözleşmelerde özel hukuku aşan hükümlerin bulunmaması durumunda, bunların özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiği belirtilmektedir (Gözler, 2003: 70; Çal, 2010: 241). Nitekim Gözübüyük ve Tan, sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının bulunmaması durumunda ilgili sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiğini belirtmişlerdir (Gözübüyük ve Tan, 2006: 242). Çal'a göre ise, kamu borçlanma sözleşmeleri, gelecek kuşaklar açısından mali yükümlülükler getirebilecek ve siyasal bağımsızlığı - ülkenin geleceğini etkileyebilecek nitelikte sözleşmelerdir (Çal, 2009a: 90). Bu bakımdan, kamu borçlanmalarının kanunla verilen yetki yahut idareye verilen tek yanlı yetki kullanımı olanağı sonucunda idari sözleşme sayıl-

ması hatalıdır. Zira bu özellikler, idari sözleşmeler dışındaki sözleşmelerde de rastlanabilecek türden özelliklerdir. Bu bakımdan, Çal'a göre, kamu borçlanma sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmasının altında yatan sebep, bu sözleşmelerin ülkenin geleceğiyle yakından ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır (Çal, 2009a: 91).

Kamu borçlanma sözleşmeleri, -öğretide genel kabul gördüğü üzere- kamu gücü ayrıcalıkları nedeniyle idari sözleşme sayılırken; kamu hizmeti olduğu öğretisi ve yargı kararları tarafından ittifak halinde kabul edilen eğitim hizmetleri kapsamındaki yatılı eğitim ve burs hizmetlerinin neden özel hukuka bağlı kılındığı açıklanmaya muhtaçtır (Gözler, 2003: 64 vd.). Gerek kamu borçlanma sözleşmeleri gerekse eğitim hizmetlerinin, idari sözleşmelerin ölçütleriyle açıklanması konusunda yeterli olmadığı ileri sürülebilir.

Bayındırlık sözleşmeleri de konumuz açısından önem arz etmektedir. Ülkemizde bayındırlık işleri taahhüt sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Ancak, idari rejimi benimsemiş Fransa gibi ülkelerde idarenin tüm bayındırlık işlerine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme olarak sayılmaktadır (Günday, 2011: 194-195). Bayındırlık işleri, bir ülkenin mali yapısını yakından ilgilendirmekte ve kimi zaman da bu sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarına ve / veya kamu hizmeti özelliklerine rastlanabilmektedir. Bayındırlık sözleşmelerinin bu gibi yönleri göz ardı edilerek bu sözleşmelerin tamamını özel hukuk sözleşmesi sayma eğilimi yerinde gözükmemektedir. Zira ülkeyi ekonomik yönden etkileyen büyük çaplı bayındırlık işleri taahhüt sözleşmeleri, kamu zararına yol açabilme olasılığı olan ve kamu menfaatini yakından ilgilendiren sözleşmelerdir. Bu sebeple de olsa, bu sözleşmelerden en azından idari sözleşme ölçütlerine sahip olanlarının idari sözleşme sayılması yoluna gidilebilir. Bu yola başvurulurken de kamusal korunma gereksiniminin varlığı gerekçe olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, kamusal korunma gereksinimine yalnızca idareyle girilen sözleşme ilişkilerinde değil, aynı zamanda ruhsat ilişkisi içinde de başvurulabilir. Örneğin, sadece iki adet otomobil fabrikasına ruhsat verilmesi söz konusu olduğunda, burada idare ile özel hukuk kişileri arasında bir sözleşme ilişkisi yerine ruhsat ilişkisi olsa da, bu faaliyetin hukuksal tekel niteliği kamusal korunma gereksinimini gündeme getirmek için elverişlidir (Çal, 2010: 261-262). Benzer şeyi ülke genelinde tek bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen araç muayene hizmetleri bakımından dile getirmek mümkündür.

Üzerinde durulması gereken diğer bir sözleşme ise, elektrik, su, gaz, taşıma gibi sınai ve ticari kamu hizmetlerinden yararlananların bu hizmetleri yürüten kamu kurumlarıyla yaptıkları abonman sözleşmeleridir. Zira bu sözleşmeler yüksek mahkeme kararlarında ve öğreti görüşlerinin çoğunluğunda özel hukuk sözleşmesi olarak sayılmaktadır. Oysa abonman sözleşmelerinde taraflardan birinin idare olduğu, idareye bazı kamu gücü ayrıcalıklarının tanındığı ve kamu hizmetlerinden yararlanmanın söz konusu olduğu görülmektedir. İdari sözleşme ölçütlerini bünyesinde barındıran abonman sözleşmelerinin, idari sözleşme değil de özel hukuk sözleşmesi sayılması da idari sözleşmelerin ölçütleriyle açıklanamayan bir durum oluşturmaktadır. Ayaydın'a göre, abonman sözleşmelerinin özel hukuk tahtına taşınması, idari yargının etkisizleştirilmesi sürecinin ilk filizlerini oluşturmuş, bu sözleşmelerin konusunun bir kamu hizmetiyle ilgili olduğu ve bu sözleşmelerde idareye üstün yetkiler tanındığı göz ardı edilmiştir (Ayaydın, 2008: 206-208). Ancak, abonman sözleşmelerine konu faaliyet ister idare tarafından ister özel hukuk kişisi tarafından yürütülsün, yargısal korunma gereksinimi kendini bu alanda da göstermelidir (Çal, 2010: 260).

Benzer şekilde Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ile eczacı arasında yapılan ilaç satış sözleşmesi de bu konuda önem taşımaktadır. Zira Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ile davacı eczacı arasında yapılan Bağ-Kur sigortalılarına indirimli ilaç satımına ilişkin sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olduğunu; ancak sözleşmede idarenin üstün yetkilerle donatılmış olmadığını ve sözleşmenin tarafların serbest iradelerine dayandığını belirterek davaya konu sözleşmeye bakmakla görevli yargı kolunu adli yargı olarak belirlemiştir (UYM., T. 08.07.1991, E. 1991/15, K. 1991/16, R.G., T. 20.10.1991, S. 21027). Görüldüğü üzere bu örnekte de idari sözleşmelerin ölçütleriyle açıklanamayan bir durum mevcuttur. Davada, sözleşmenin taraflarından biri idaredir ve sözleşmenin konusu kamu hizmetinin görülmesine ilişkindir. Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi bu sözleşmede idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmadığını belirterek bu sözleşmeyi bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemiştir. Mahkeme'nin hükmettiği bu kararda, Türk hukukundaki genel yaklaşım olan idari sözleşme ölçütlerinin "birlikte aranması" yoluna gittiği ve böylece söz konusu sözleşmeyi idari sözleşme olarak değil, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği görülmektedir.

İdari sözleşmelerin ölçütleriyle açılanamayan faaliyetler konusu, idari hizmet sözleşmesi bakımından da ele alınabilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B hükmüne göre ve özel kanunlara göre çalıştırılan sözleşmeli personeller, kamu hukuku rejimine tabidir ve idari hizmet sözleşmesiyle çalıştırılmaktadır. Kamuda çalışan işçiler ise, idareyle yaptıkları özel hukuk sözleşmeleriyle görev yaparlar. Bu bakımdan, sözleşmeli personel idareye karşı statü güvencesine sahipken, kamuda çalışan işçi bu güvenceden yoksundur. Zira örneğin, idare sözleşmeli personelle yaptığı idari hizmet sözleşmesini tek yanlı olarak feshettiğinde ya da sözleşmenin süresi dolduğu için sözleşmeyi yenilemediğinde sözleşmeli personelin idari yargıda iptal davası açma hakkı vardır. Sözleşmeli personel bu davayı kazanması halinde, idare sözleşmeli personeli çalıştırmak zorundadır. Ancak, kamuda çalışan işçilerin böyle bir güvencesi bulunmamaktadır. Zira kamu işçileri ile idare arasında imzalanan sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, idare tarafından haksız bir şekilde işten çıkarılan kamu işçisi adli yargıda açacağı işe iade davasını kazansa dahi, kendisine kanuni tazminatları ödenip işte çalıştırılmayabilir. Yani kamu işçileri, iş sözleşmelerinin feshedilmesi yahut yenilenmemesi durumunda idari yargıda iptal davası açamamaktadırlar (Ulusoy, 2019: 370). Gerek sözleşmeli personel ile idare arasında gerekse kamu işçisi ile idare arasında imzalanmış sözleşmelerin idari sözleşme ölçütlerinin organik ve maddi ölçütlerini taşıdığı söylenebilir. Yani her iki sözleşmede de taraflardan biri idaredir, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkindir ve idarenin -sözleşmeyi feshetmek veya yenilememek gibi- kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olduğu görülmektedir. Durum böyleyken, sözleşmeli personelle yapılan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi sayılıp idari yargının görev alanına tabi kılınması, diğer yandan kamu işçisiyle yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılarak adli yargı alanına tabi kılınması çelişkili bir durum doğurmaktadır. Buna ek olarak, bu durum, memur statüsünde çalışan personele göre daha az güvenceye sahip olan kamu işçisini, sözleşmeli personele göre de daha az güvenceli hale getirmektedir.

Bir diğer mesele ise, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi'dir. Egemenlik, insan hakları ve çevre konularında kuşkular doğurduğu dile getirilen Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi (Waters, 2004) kapsamında herhangi bir kamu hizmeti sunulmamakta, herhangi bir kamu malı kullanılmamakta ve Proje hukuksal rejim itibarıyla Osmanlı dönemindeki kapitülasyonlara benzetilmektedir (Çal, 2008: 121; Çal, 2010: 254). Bu bakımdan, öğretide kabul

edilen klasik idari sözleşme ölçütleri esas alındığında bu sözleşmenin bir idari sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak, kamusal korunma gereksiniminin varlığı, bu Projede kullanılan idari sözleşme ölçütlerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır (Çal, 2010: 254).

Elektrik üretimi, petrol rafinerisi işletmeciliği ve akaryakıt işletmeciliği sahasında özel hukuk kişilerinin tekel olmayan bir alanda serbest rekabet içinde faaliyet göstermeleri ve verdiği hizmetle halkı tatmin etmeleri mümkündür. Bununla birlikte, ülkenin enerji bağımlılığı ve enerji politikaları bakımından yabancı girişimcilerin kontrolü altına girmesi olasıdır. Bu sakıncaların bulunduğu sektörler “stratejik sektörler” olarak görülebilir (Çal, 2010: 249). Söz konusu alanlarda rekabet içerisinde halkın ihtiyaçlarının yeterli ve gereği gibi karşılanması ve bu sebeple bu alanların, bu alanlarda kamu hizmeti sunulmadığı varsayılp kamu hukukuna idari sözleşmeler yoluyla bağlı hale getirilmemesi sıkıntılı bir durum ortaya çıkarabilecektir. Zira bu alanlar stratejik öneme sahiptir (Çal, 2010: 249). Bu stratejik önemi sebebiyle, söz konusu alanlarda gösterilen faaliyetlerin bir sözleşmeye konu olması durumunda, -herhangi bir idari sözleşme ölçütü bulunmasa dahi- kamusal korunma gereksinimi kendini göstermelidir. Bahse konu alanlarda imzalanan sözleşmelerin -tam anlamıyla- idari sözleşmelerin ölçütlerini yansıtmadığı ileri sürülse dahi, bu sözleşmelerin ülke bakımından stratejik önemdeki faaliyetleri konu alması bakımından kamusal alana taşınması ve idari sözleşme sayılarak idari yargının denetim alanına tabi kılınması gerektiği savunulabilir. Bu gereklilik, kamusal korunma gereksinimi olarak da görülebilir.

İdari sözleşmelerin ölçütleriyle açıklanamayan yahut kamusal korunma gereksiniminin gündeme gelmesi gereken bir diğer hususa ise, ülkemizde görülmeyen bir örnek üzerinden gidilebilir. Almanya gibi bazı ülkelerde üniversitelerde öğrencilere yapılan sınavlarda özel hukuk kişilerinin faaliyet yürüttüğü görülmektedir. Bu yükseköğretim kurumlarında, sınav yapılmadan önce sınav sorularının basılması, sınav başlamadan öğrencilere soru kitapçıklarının poşet içinde kapalı şekilde dağıtılması gibi faaliyetler akademik personel yerine, üniversitenin anlaşmalı olduğu özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmektedir. Bu faaliyetlerin sözleşmeye dayalı olarak yürütüldüğü düşünüldüğünde, sözleşmenin organik ölçütünün varlığı dikkat çekmektedir, zira sözleşmenin taraflarından biri idare olan üniversitedir. Bunun yanında, ilgili yükseköğretim kurumunun kamu

gücü ayrıcalıklarına sahip olup olmadığı da önem taşımakta ve daha da önemlisi sözleşmeye konu faaliyetin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olup olmadığıdır. Zira böylesi faaliyetlerde, idarenin denetim ve gözetimi altında bir özel hukuk kişinin, bir kamu hizmetini yürütmesi yahut en azından kamu hizmetinin yürütülmesine katılması söz konusudur. Bununla birlikte, sınav güvenliğine ilişkin bir süreci de yürüten özel hukuk kişinin varlığı düşünüldüğünde, idari sözleşmelerin ölçütleri bulunmasa da, kamusal korunma gereksinimi kendini göstermelidir. Bu bakımdan, söz konusu faaliyet, idari sözleşmelerin ölçütleriyle açıklanamayan bir durum ortaya çıkarsa dahi, önemi sebebiyle bu faaliyeti kamusal alana taşıma, sözleşmeyi idari sözleşme sayma ve idari yargının görev alanına dahil etme yoluna gidilmelidir.

SONUÇ

Bir sözleşmenin idari sözleşme özelliklerini taşıyıp taşımadığını tespit etmek amacıyla idari sözleşme ölçütlerine başvurulabilmesi için o sözleşmenin herhangi bir kanunla niteliğinin belirlenmemiş olması gerekmektedir. Şayet kanun koyucu bir kanun düzenlemesiyle bir sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu belirlemişse bu durumda idari sözleşme ölçütlerine başvurulamayacaktır. Kanun koyucunun bu iradesi keyfiyete kaçmadığı ölçüde hukuk güvenliği ilkesi adına önemlidir. Keyfiyete kaçması durumunda ise, yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi'nce kanunun denetlenebileceği ve bu keyfiyetin anayasal kurguyla sınırlı olacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Şayet ortada bir kanunla niteleme durumu yoksa sözleşmenin niteliğini belirlemek amacıyla yargı kararlarıyla geliştirilen ve sistemleştirilen idari sözleşme ölçütlerine başvurulabilecektir. Ancak, söz konusu idari sözleşme ölçütlerinden olan ve organik ölçüt olarak değerlendirilen "sözleşmenin taraflarından birinin idare olması" ölçütünün günümüzde etkisi azalmıştır. Zira tarafları özel hukuk kişisi olan, ancak kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir faaliyeti konu alan sözleşmenin de idari sözleşme sayılması mümkündür.

Bununla birlikte, kamu hizmeti ölçütünün ve kamu gücü ölçütünün bir sözleşmenin idari nitelikte sayılabilmesi için önemi -organik ölçüte göre- daha büyük, ancak tespiti daha güçtür. Bu iki ölçütten birinin diğerine tercih edilmesi söz konusu olmamakla birlikte, bu ölçütler birbirini tamamlayan ve bir arada

değerlendirilmesi gereken maddi ölçütler olarak görülmelidir. Ancak, bazen öyle durumlar olur ki, idari sözleşmelerin ölçütlerine ilişkin Türk hukukundaki “birlikte aranma” uygulaması, yerini Fransız hukukundaki “birlikte aranma” uygulamasına bırakabilmelidir. Nitekim bayındırlık işleri sözleşmeleri gibi bazı sözleşmeler idari sözleşmelerin maddi ölçütlerinden yalnızca birini taşısa dahi idari sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Zira bayındırlık işleri sözleşmeleri, kamu zararına yol açabilme riskini içinde barındıran ve kamunun çıkarlarını yakından ilgilendiren sözleşmelerdir. Ayrıca, bu sözleşmelerde kamu hizmeti ölçütü yahut kamu gücü ölçütünün uygulanabilmesi mümkün olmadığında, bu sözleşmelerin ülkenin geleceği ve mali yapısı bakımından önemi düşünülmelidir. Böylelikle kamusal korunma gereksinimi devreye girmeli ve böylesi sözleşmelerden doğan ilişkiler idari yargının denetim alanına dahil edilmelidir.

Ülke çıkarını etkileyebilecek ve ülkenin mali yapısına yük getirebilecek büyük çaplı enerji projeleri gibi projelerin yürütülmesi amacıyla çeşitli sözleşmeler yapılmaktadır. Yapılan bu sözleşmelerin, kamu hizmeti ölçütünden ayrık tutularak idare hukuku kurallarından, idari yargı denetiminden alıkonulması durumu ortaya çıkabilmektedir. Dahası kimi zaman da bunun Anayasa'nın hükümleri aracılığıyla yapılmaya çalışılması, gelecek kuşaklara tahrip edilmiş bir miras bırakılmasının önünü açma olasılığını içinde barındırmaktadır. 1999 Anayasa değişiklikleri sonucunda m. 125'te yapılan değişiklikle, -Osmanlı'daki kapitülasyonları andırırçasına- bazı önemli / stratejik faaliyetlere ilişkin sözleşmelere tahkim şartının getirilebilmesi ve Türk hukukunun yargılama yetkisinden, dolayısıyla Devletin egemenlik yetkisinden uzaklaştırılan sözleşmelerin imzalanabilmesinin önü açılmıştır. Ortaya çıkan bu husus, ülkemizin bekası açısından kaygı verici olarak görülebilir. Bu kaygı verici durum, milletlerarası tahkim şartı içeren sözleşmelerin, idari sözleşmelerin ölçütleri aracılığıyla niteliğinin belirlenip belirlenemeyeceğinden ziyade, Türk hukukunun yargı yetkisinin bertaraf edilmesi olasılığından kaynaklanmaktadır.

Bir faaliyetin veya hizmetin serbest rekabetin bulunmadığı tekel bir alanda yürütüldüğü düşünüldüğünde, burada öncelikle o hizmetin toplumsal gereksinimleri “yeterince” ve “gereği gibi” karşılayıp karşılamadığına bakılmalıdır. Şayet hizmet, toplumsal ihtiyaçları karşılamada eksiklik içeriyorsa, bu halde ilgili hizmeti kamusal alana taşıma, kamusal ilkelere tabi kılma gereksinimi doğabilecek ve ilgili hizmeti konu edinen sözleşme idari sözleşme sayılabilecektir. Böylelikle

rekabetin olmadığı alanlarda sunulan hizmetlerin yeterince ve gereği gibi sunulmamasının etkileri azaltılabilecektir. Rekabetin olmadığı tekel alanlarda, idari sözleşme ölçütlerinden faydalanılmadığı takdirde, kamusal korunma gereksinimi kendini gösterecek ve ilgili sözleşmeyi idari sözleşme niteliğine büründürbilecektir. Bununla birlikte, serbest rekabetin olduğu, tekelin bulunmadığı bazı alanlarda gerçekleşen faaliyetler bakımından da, kimi hallerde kamusal korunma gereksiniminden yararlanarak ilgili faaliyeti esas alan sözleşmeyi kamusal alana taşıma gereksinimi doğabilmelidir. Diğer yandan, kimi zaman bir faaliyeti kamusal korunma gereksinimi çerçevesine dahil edebilmek için ilgili faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde sayılması yoluna da başvurulabilir. Bu önemi sebebiyle, kamusal korunma gereksinimi, bir sözleşmeyi idari sözleşme olarak sayabilmek açısından idari sözleşmelerin ölçütlerinin altında yatan yahut bu ölçütleri aşarak kamu hukuku ilkelerini gündeme getirebilen bir özellik arz etmektedir.

İdari sözleşme ölçütlerinden maddi ölçütler olarak değerlendirilen kamu hizmeti ölçütü ve kamu gücü ölçütünün her zaman bir sözleşmeyi nitelemede yeterli olduğu söylenemez. Maddi ölçütlerin bir sözleşmenin niteliğini belirlemede her zaman yeterli olmaması nedeniyle, bu ölçütlere yardımcı bir unsur olarak rekabet unsuru dikkate alınabilir. Zira serbest rekabetin olmadığı, tekel sayılabilecek ve hatta duruma göre -cep telefonu işletmelerinin oluşturduğu gibi- bazı oligopol piyasalarda da idari sözleşme nitelemesine ve kamusal korunma gereksinimine ihtiyaç duyulmaktadır. Kamusal korunma gereksinimi, idari sözleşmelerin ölçütlerinin yetersiz kaldığı faaliyetler söz konusu olduğunda, sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinde kendini gösterebilmelidir. Böylelikle rekabet unsuru aracılığıyla -rekabetin bulunmadığı alanlarda yahut rekabetin olduğu alanlarda- kamusal korunma gereksinimi belirebilecek ve sözleşmenin bu gereksinim nedeniyle idari sözleşme sayılması yoluna gidilebilecektir. Böylelikle idari yargının görev alanına giren böyle bir sözleşmeden dolayı -genel- kamu yararının ve halkın -doğal veya hukuksal- tekel faaliyetlere karşı korunabilmesi mümkün olabilecektir.

Serbest rekabetin bulunduğu, yani tekel olarak yürütülmeyen bir faaliyet açısından kamusal korunma gereksiniminin gerekli olup olmadığına da ayrıca değinilmelidir. Sağlık, eğitim, otobüs işletmeciliği gibi alanlar idarenin tekelinde olmayan, özel hukuk kişilerin de yürütülebilen faaliyetlerdir. Bu sebeple, bu gibi alanlarda yürütülen hizmetleri sunan kişilerin birbirine alternatif oluştur-

dukları söylenebilir. Bu alternatiflik durumu da rekabetin varlığını beraberinde getirmektedir. Durum böyle olunca, bu alanlarda faaliyet gösterenler halka daha iyi hizmet sunabilmek için adeta yarışacakları için kamusal korunma gereksinimi daha geri planda tutulabilecek ve kimi zaman da hiç gündeme gelmeyebilecektir. Böylelikle sağlık, eğitim, otobüs işletmeciliği gibi serbest rekabetin olduğu alanlardaki faaliyetlerin kamusal alana taşınması gereği kalmayacak ve bu gibi faaliyetleri konu alan ilişkilerin idari yargının denetim alanına tabi kılınmasının gerekmediği söylenebilecektir. Ancak, yine de serbest rekabetin bulunduğu alanlarda, ülkeyi ciddi anlamda etkileyebilecek faaliyetlerin yürütülmesi durumunda yargısal ve kamusal korunma gereksiniminin gerekliliği dışlanmamalıdır.

Son olarak ise, çalışmanın bütünü gözetildiğinde, idari sözleşme ölçütlerinin her zaman her faaliyeti açıklamakta yeterli olmadığı; yıllardır yargı kararları ve öğreti tarafından ortaya konulmuş klasik idari sözleşme ölçütlerine ek, seçimlik veya yardımcı bir ölçüt olarak “rekabet” unsuruna da başvurulabileceği söylenebilir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, öyle bazı faaliyetler var ki (özellikle serbest rekabetin olmadığı tekel alanlarda yahut oligopol alanlarda yürütülen faaliyetler), bunları idari sözleşme ölçütleri aracılığıyla değil; idari sözleşmelerin ölçütlerini de aşan kamusal korunma gereksinimiyle kamusal alana taşıma, idari sözleşme sayma ve idari yargı denetimine tabi tutmak mümkün ve gerekli olabilmektedir. Zira bu faaliyetler, ülkenin geleceği, menfaatleri, mali yapısı ve gelecek kuşaklar açısından önem taşıyabilmektedir. Bununla birlikte, kamusal korunma gereksiniminin gerekli olmadığı faaliyetlerin, kamusal alana taşınması ve bu alanlardaki faaliyetlerin idari yargının denetim alanına dahil edilmesi durumunda, Anayasa m. 35’te düzenlenen “*mülkiyet hakkı*”na ve m. 48’de düzenlenen “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*”ne aykırılık oluşacağı göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple, hangi faaliyetlere yönelik olarak kamusal korunma gereksinimine başvurulacağı dikkatle belirlenmelidir. Bunun yanı sıra bir faaliyet alanında kamusal korunma gereksiniminin gerekli olup olmadığı belirlenirken, sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları ve sözleşmeden kaynaklı uyumsuzlukların tabi olacağı hukuksal rejim Anayasa’yla uyumlu olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut (1994). **Medeni Hukuk**, Savaş Yayınevi, Ankara.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya (2019). **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara.
- ARTANTAŞ, Onur Çağdaş (2018). **Kamu Hizmeti ve Bedel**, Çakmak Yayınevi, Ankara.
- ATAY, Ender Ethem (2018). **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara.
- AYAYDIN, Cem (2008). **İdare Hukuku'na Giriş (Cilt II)**, Yenilik Basımevi, İstanbul.
- BALTA, Tahsin Bekir (1972). **İdare Hukuku Genel Konular (Cilt I)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- BİLGİN, Pertev (1970). **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- CHAPUS, René (1997). **Droit Administratif Général - Tome I**, Montchrestien, Paris.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2018). **İdare Hukuku Dersleri - Temel Bilgiler**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÇAL, Sedat (2008). "Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 63 (4), ss. 89-134.
- ÇAL, Sedat (2009a). "Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 63-64, ss. 137-211.
- ÇAL, Sedat (2009b). "Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan (Cilt II)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÇAL, Sedat (2010). "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14 (1), ss. 223-274.
- DUGUIT, Léon (1954). **Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren: Süheyy Derbil)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

- DURAN, Lûtfi (1982). **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- EREN, Fikret (1998). **Borçlar Hukuku (Cilt II)**, Beta Yayınları, İstanbul.
- ERKUT, Celal (1990). **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İş-
lemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara.
- GİRİTLİ, İsmet, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner (2008). **İdare Hukuku**, Der Yayın-
ları, İstanbul.
- GÖZLER, Kemal (2003). **İdare Hukuku (Cilt II)**, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÖZLER, Kemal ve Gürsel Kaplan (2018). **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi,
Bursa.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve Turgut Tan (2006). **İdare Hukuku (Cilt I)**, Turhan Ki-
tabevi, Ankara.
- GÜLAN, Aydın (1988). "Kamu Hizmeti Kavramı", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergi-
si**, 9 (1-3), ss. 147-159.
- GÜNDAY, Metin (2011). **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara.
- KALABALIK, Halil (2019). **İdare Hukuku Dersleri (Cilt II)**, Seçkin Yayıncılık, An-
kara.
- KANLIGÖZ, Cihan (1997). "Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri", **Ankara Üni-
versitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Ar-
mağan**, 52 (1), ss. 319-357.
- KARAHANOĞULLARI, Onur (2015). **Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal
Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2011). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kita-
bevi, Ankara.
- KUTLU, Meltem (1997). **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üversi-
tesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir.
- LAUBADERE, André de, Franck Moderne ve Pierre Delvolvé (1983). **Traité des cont-
rats administratifs (Cilt I)**, L.G.D.J., Paris.

- MEMİŞ, Emin (2017). **Genel İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- NOHUTÇU, Ahmet (2018). **İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara.
- NOMER, Halûk N. (2011). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul.
- ODYAKMAZ, Zehra (1998). "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2 (1-2), ss. 141-195.
- ONAR, Sıddık Sami (1936). Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları, **Hukuk İlmi Yayma Kurumu Konferanslar Serisi III**, Ankara.
- ONAR, Sıddık Sami (1966). **İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III)**, Hak Kitabevi, Ankara.
- ÖZAY, İl Han (2017). **Günüşiğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖZDEMİR, Ali Murat (2013). "Söylem ve Hukuk İlişkisi: Kamu Personel Rejimi Örneği", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3 (1), 1-8.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil (1977). **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara.
- RICHER, Laurant (1999). **Droit des contrats administratifs**, L.G.D.J., Paris.
- RIVERO, Jean (1990). **Droit Administratif**, Dalloz, Paris.
- SANCAKDAR, Oğuz, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan ve Lale Burcu Önüt (2015). **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SEZGİNER, Murat (2000). **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- TAN, Turgut (2019). **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara.
- TEKİNSOY, M. Ayhan (2006). "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 55 (2), ss. 181-227.
- TRUCHET, Didier (1982). "Label de service public et statut de service public", **AJDA**.
- ULUSOY, Ali D. (2004). **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul.
- ULUSOY, Ali D. (2019). **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara.

- VEDEL, Georges ve Pierre Delvolvé (1990). **Droit Administratif (Cilt I)**, Presses Universitaires de France, Paris.
- WALINE, Marcel (1939). **Manuel élémentaire de droit administratif**, Recueil Sirey, Paris.
- WATERS, Christopher P. M. (2004). "Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline?", **Georgetown International Environmental Law Review**, 16 (3), ss. 403-419.
- WEIL, Prosper (1974). "Le critère du contrat administratif en crise". **Mélanges Offerts à Marcel Waline**, ss. 831-848.
- YAYLA, Yıldızhan (2010). **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul.
- YILDIRIM, Ramazan ve Serkan Çınarlı (2019). **Türk İdare Hukuku Dersleri (Cilt II)**, Astana Yayınları, Ankara.
- YILDIRIM, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy (2018). **İdare Hukuku (Editör: Turan Yıldırım)**, On İki Levha Yayınları, İstanbul.