



İdari Sözleşme Ölçütleri^(*)

Criteria for Administrative Contracts

Abdurrahim ÇINAR



Araştırma Görevlisi

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İdare Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

İdare,
İdarenin Sözleşmeleri,
İdari Sözleşme
Ölçütleri,
Rekabet,
Kamu Hizmeti.

Öz

İdare, yükümlü olduğu kamu hizmetlerini topluma sunarken tek başına işlem yapabileceği gibi özel hukuk kişileriyle sözleşme ilişkisi kurabilme yetkisine de sahiptir. İdarenin yaptığı sözleşmelerin hangi hukuk dalına tabi olacağı uzun zamandır süregelen bir tartışma konusudur. Bu tartışmanın çözümlenmesi amacıyla idari yargı kararlarının doktrinde uzun süren çalışmalarla sistematikleştirilmesi sonucunda idari sözleşme ölçütleri ortaya konulmuştur. Söz konusu ölçütler, idarenin sözleşmelerine hangi hukuk kurallarının uygulanacağı ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda hangi yargı merciine başvurulacağını belirlemek açısından önem taşımaktadır. İdari sözleşme ölçütlerinin idarenin sözleşmelerini nitelendirmedeki yeterlilikleri ise doktrinde tartışılan bir başka konu olarak karşımıza çıkar.

Bu çalışmada öncelikle idarenin sözleşme yapabilme yetkisi, özel hukuk kökenli bir kavram olan sözleşmenin idare hukukuna dâhil olması ve idari sözleşmelerin hukuki niteliği belirtildikten sonra idarenin sözleşmelerinin kanunla nitelendirilmesi hususlarına değinilecektir. Son başlıkta ise idari sözleşme ölçütleri açıklanacak, bu ölçütlerin günümüzde idarenin sözleşmelerini nitelendirme konusunda yeterlilikleri ve söz konusu ölçütlere getirilen eleştiriler ortaya konulacak, idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetler ve idari sözleşme ölçütlerine farklı bir bakış açısı getiren rekabet yaklaşımı ele alınacaktır.

Keywords

Administration,
Contracts of
Administration,
Criteria for
Administrative
Contracts,
Competition,
Public Service.

Abstract

The administration has the authority to establish a contractual relationship with private law persons while providing the public services it is obliged to. It is a long-standing debate on which branch of law the contracts made by administration will be subject to. In order to resolve this debate, administrative contract criteria have been introduced as a result of the systematization of administrative judicial decisions with long-term studies in the doctrine. The criteria in question are important in determining which legal rules will be applied to contracts of the administration and which judicial authority will have jurisdiction over disputes arising from these contracts.

In this study, the authority of the administration to make contracts, the inclusion of the contract into administrative law and after specifying the legal nature of administrative contracts, the issues of characterizing the contracts of the administration by law will be examined. In last part of the study, the criteria for administrative contracts will be explained, the adequacy of these criteria in characterizing the contracts of the administration and the criticisms made against these criteria will be revealed and activities that cannot be explained by the criteria for administrative contracts and the competition approach will be discussed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 19.05.2021, Kabul Tarihi: 06.07.2021.

GİRİŞ

Günümüzde kamu hizmeti kavramının sınırları genişlediği için bu hizmetlerin tamamının sadece idarenin imkânlarıyla yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Tek yanlı işlem yapma yetkisine sahip olan idare, kendisine verilen görevleri yerine getirirken sahip olduğu bu yetkinin yanı sıra özel hukuk kişilerinden yardım almayı da tercih edebilir. Şüphesiz ki, idarenin yaptığı bütün işlemler kamusal alana hitap etmemektedir. İdare, faaliyetlerini yerine getirirken özel hukuk kişileriyle birbirinden farklı özellikler taşıyan anlaşmalar yapabileceği gibi sözleşme ilişkisi içine de girebilir. İdarenin yaptığı sözleşmeler, başka bir deyişle idarenin sözleşmeleri, literatürde iki ayrı başlık altında incelenmekte; idarenin kamusal nitelik taşıyan, kamu yararı güden faaliyetleri dolayısıyla yaptığı sözleşmelere “idari sözleşme”, kamusal nitelikte olmayan sözleşmelerine ise “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” adı verilmektedir.

İlk bakışta her ne kadar iki sözleşme türü arasındaki fark aşikâr gözükse ve bir yanda idari nitelik taşıyan, kamu yararını sağlamak amacıyla yapılan idari sözleşmeler; diğer yanda ise özel hukuktaki klasik sözleşme tanımından ayrıştırıcı bir niteliği olmayan, herhangi bir şekilde idari ve kamusal bir nitelik taşımayan özel hukuk sözleşmeleri yer alsa da uygulamada kavramlar arasındaki sınır her zaman net olmamakta ve birbirlerinden kolayca ayırt edilememektedir. Bu duruma bir çözüm getirmek amacıyla yargı kararları ve doktrindeki çalışmalar doğrultusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, idari sözleşme ölçütleri ortaya atılmıştır. İdari sözleşme ölçütlerinin ortaya konulması idarenin yaptığı sözleşmelerin hangi yargı koluna tabi olacağını, bu sözleşmelerin denetimi ve doğacak uyuşmazlıkların çözülmesinin hangi yargı merci tarafından yerine getirileceğini belirleyebilmek açısından büyük bir önem taşımaktadır.

İdari sözleşme ölçütlerini incelemeye başlamadan önce bir hususun altının çizilmesinde fayda vardır: Kanunlarla idarenin sözleşmelerinin hangi hukuk dalına tabi olacağını belirlebilmesi mümkün olmakla birlikte idari sözleşme ölçütlerini kanunlardan çıkartabilmek mümkün değildir. İdarenin yaptığı sözleşmelere hangi hukuk kurallarının uygulanacağı tartışmasında, idari yargının günümüze kadar geçirdiği dönüşüm incelendiğinde bu sözleşmelere farklı anlamlar yüklendiği ve farklı açılardan değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. İdari sözleşme ölçütleri, yargı kararlarının doktrinindeki çalışmalar sonucunda sistematikleştirilmesi ile ortaya atılmış olan doktrin ve içtihat kaynaklı söylemlerdir.¹ Yargı kararlarının incelenmesi sonucunda organik ve maddi görüş ortaya çıkmış, bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olması için sahip olması gereken belirli şartlar ileri sürülmüştür.

Bu çalışmada idarenin diğer kamu veya özel hukuk kişileriyle kurduğu sözleşme ilişkileri genel olarak değerlendirilecek ve bu sözleşmelerin tabi oldukları hukuk dalı bakımından nasıl birbirinden ayırt edilebileceği sorusu üzerine idari sözleşme ölçütleri incelenecektir. Ayrıca idari sözleşme ölçütlerinin günümüzdeki yeterliliği tartışılacak, konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ve idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetler ele alınacaktır.

I. İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI

İdari sözleşme kavramı kendi içerisinde bir tezat barındırmaktadır. Bir tarafta özel hukuk araçlarından biri olan sözleşme, diğer tarafta da idare hukukunun kendine has niteliklerinden olan kamusal olma yer alır. Özel hukuk sözleşmelerinde görülen, karşılıklı ve eşit iki iradenin bulunması, kişinin sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirlemede serbest olması hususlarının idari sözleşmeler için geçerli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu durum sonucunda sözleşme kavramının idare hukuku ile bir araya gelmesinde, bu hukuk dalının özelliklerine göre farklı biçimsel özelliklere ve içeriğe sahip olacağı savı ileri sürülebilir. *Bilgen*, “*idare hukuku ve özel hukukta tek bir sözleşme kavramının bulun-*

¹ TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 50, Sayı 3, s. 292.

duğunu, ancak sözleşmenin bu alanlarda farklı rejimlere tabi olacağını” ifade etmiştir.² Onar ise “*kamu hizmeti kavramının genişlemesi ve yaygınlaşması dolayısıyla sözleşme kavramının da idare hukukuna geçtiğini ve bu hukukun özelliklerine göre şekil aldığı*” belirtmiştir.³

İdari sözleşmelerin alışlagelmış sözleşme kavramının özelliklerine uymaması ve kendine has nitelikler taşıması nedeniyle sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışılmış, bu konuda farklı fikirler ileri sürülmüştür.⁴ *Duguít*, idarenin yaptığı sözleşmelerin idari veya özel hukuk sözleşmeleri şeklindeki ayrımını kabul etmemiş;⁵ buna karşılık *Jéze* idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmış, idari sözleşmelerin sözleşme ilişkisinde idarenin konumu ve yetkileri dolayısıyla özel hukuk sözleşmelerinden farklı özellikleri olduğunu, idari sözleşmelere özel bir hukuki rejim uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.⁶ İdari sözleşmelerin *Jéze*'nin de ifade ettiği üzere, idare hukukunun özel hukuktan ayrılan nitelikleri dolayısıyla farklı bir rejime tabi tutulmaları söz konusu olsa da her iki hukuk dalında da sözleşmenin temelde aynı karaktere sahip olduğunu söyleyebilmenin mümkün olduğu kanısındayız.

İdari sözleşmelerin hukuki niteliğine dair bir diğer görüş ise bu sözleşmelerin temel olarak bir sözleşme değil, bir “katılmalı işlem” olduğuna yöneliktir. Bu görüş, idari sözleşmelerin hazırlanmasında tarafların sözleşme üzerinde karşılıklı bir anlaşma sağlayarak bu sözleşmeyi imzalamadığını, sözleşmenin idare tarafından önceden hazırlanmış olduğunu ve özel hukuk kişinin yalnızca sözleşmeyi imzalama konusunda bir tercih hakkına sahip olduğunu, bu sebeple idari sözleşmenin hukuki niteliğinin sözleşmeden ziyade katılmalı işlem şeklinde olduğunu belirtmiştir.⁷

Giriş bölümünde de belirttiğimiz üzere, günümüzde kamu hizmeti kavramının sınırlarının genişlediğini, idarenin kamu hizmeti adı altında topluma sunduğu hizmetlerin sayısının arttığını söylemek mümkündür. İdarenin sunmakla yükümlü olduğu bütün kamu hizmetlerini kendi personeli ve maddi olanaklarıyla yerine getirebilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda idarenin, tek yanlı işlem yapma yetkisine sahip olduğu halde kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel hukuk kişileriyle sözleşme ilişkisi kurması günümüz idare hukukunda kabul edilmektedir. Doktrindeki tartışma ve görüş ayrılıkları, idarenin sözleşmelerinin nasıl birbirinden ayırt edileceği ve idari sözleşmenin hukuki niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. İdari sözleşmelerin de birer sözleşme olduğu yönündeki görüşün hâkim görüş olduğunu belirtmek gerekir. İdari sözleşme yapılmasının nedenlerine farklı bir yaklaşım getiren *Çal*, “*sözleşme yapılarak kamusal alana taşınma faaliyeti ile kamusal ihtiyaçlar gereğince idarenin özel hukuk kişisiyle yapmış olduğu sözleşmeye müdahale edebilmesine olanak tanıdığını*” ileri sürmüştür.⁸

İdari sözleşme ölçütlerini incelemeye başlamadan önce bu sözleşmelerin kanunla nitelendirilmesinden de bahsedilmesi gerektiğine inanıyoruz. Esasında kanunla nitelendirilme hususunun idari sözleşme ölçütlerinin değerlendirmeye konu olabilmesi için olumsuz bir ön koşul teşkil ettiği ifade edilebilir. Keza idarenin yapmış olduğu bir sözleşmenin tabi olduğu hukuk dalı kanunla belirtildiğinde, o sözleşme için belirtilen hukuk kuralları uygulanacak idari sözleşme ölçütlerinin tartışılmasına gerek kalmayacaktır.

² BİLGEN, Pertev: *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 4.

³ ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, Ankara, 1966, s. 1591.

⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 486.

⁵ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, Cilt 2, Sayı 2, s. 148; Bilgen, s. 2.

⁶ KESİCİ, Fatih Sultan: *İdari Sözleşmelerin Türleri, Kapsamı ve Yargısal Denetimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 9; BİLGEN, s. 3.

⁷ ÖZEL, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2020, Sayı 12, s. 184; ODYAKMAZ, s. 148; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 486.

⁸ ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 14, Sayı 1, (İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu), s. 238.

II. İDARENİN SÖZLEŞMELERİN KANUNLA NİTELENDİRİLMESİ

İdarenin yaptığı sözleşmelerin kanun vasıtasıyla belirli bir hukuk dalına tabi kılınması, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Kanunun sözleşmenin hangi hukuk dalına ait olacağını ifade etmiş olması, o sözleşmeye uygulanacak kuralları ve çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi yargı makamına başvurulacağını ortaya koyar. Dolayısıyla söz konusu sözleşmenin idari sözleşme ölçütleri kapsamında değerlendirilmesine gerek kalmaz. Kanunun yapmış olduğu düzenleme sözleşmenin hukuki rejimini belirler.⁹ Türk hukukunda yasa koyucunun kanunlar aracılığıyla idarenin yaptığı bir sözleşmenin hukuki rejimini belirleyebilmesi konusunda Anayasa’da engelleyici bir hüküm mevcut değildir.¹⁰

İdarenin sözleşmelerinin kanunlarla nitelendirilmesi farklı çeşitlerde, doğrudan veya dolaylı olarak¹¹ karşımıza çıkabilir. Doğrudan niteleme idarenin sözleşmelerinin özel hukuk veya idari sözleşme olarak belirtilmesiyken, dolaylı nitelemeyle sözleşmenin hangi hukuk kurallarına tabi olacağını belirtme veya sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli olan yargı merciinin¹² kanun hükmünün lafzına bağlı olarak yapılacak yorumla sözleşmenin hangi hukuk kurallarına tabi olacağını belirleyebilmek mümkün olacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, yasa koyucunun idarenin sözleşmelerini kanunla nitelendirmesi konusunda sahip olduğu yetki, sözleşmelerin hukuki rejimini doktrindeki ölçüt tartışmalarına girmeden belirleyebilmek açısından önemli bir yere sahiptir, ancak bu yetkinin de belirli sınırları mevcuttur. İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerin niteliğini belirten kanun maddesinin anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesiyle kanun koyucunun bu bağlamdaki yetkisi de denetlenmiş olacaktır.¹³ Türk hukukunda idarenin sözleşmelerinin kanunlar aracılığıyla nitelendirilmesine örnek olarak 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun’un birçok maddesinde idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan idari sözleşmelerden söz edilmesi gösterilebilir.¹⁴

Türk hukukunda kanunla nitelendirme yetkisinin nasıl yer bulduğunu incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin 1994 yılında vermiş olduğu bir kararda idari nitelikteki işlem ve eylemlerin idari yargının görev alanı kapsamında bulunduğunu, idari niteliğe sahip sözleşmelere özel hukuk hükümlerinin uygulanamayacağını ifade ettiğini; bu konuda kanun koyucunun idarenin sözleşmelerini kanun yoluyla nitelendirme yetkisini kısıtladığını görmek mümkündür.¹⁵ Kanun koyucunun idari nitelikteki bazı sözleşmeleri kanunlarla özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi ve adli yargının görev alanına dâhil etmesi bir hukuk problemi haline gelmiş; buna karşılık Anayasa Mahkemesi idari yargının görev alanını korumaya yönelik bir tavır sergilemiştir.¹⁶ Bu kapsamda 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin Anayasa’ya uygunluğunu inceleyen mahkeme bu yasa kapsamındaki sözleşmeleri idari sözleşme olarak kabul etmiş, 5. maddedeki yap-işlet-devret sözleşmelerinin de birer idari sözleşme olduğunu, bu sözleşmelerin özel hukuk kurallarına tabi tutularak idari yargı denetiminin kapsamı dışında bırakıldığını ifade etmiş ve söz konusu maddeyi Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁷ Anayasa Mahkemesinin bu yorumu ve benimsediği görüşü aşabilmek amacıyla kanun koyucu Anayasa’nın değiştirilmesi yoluna gitmiştir. 1999 yılında Anayasa’nın 47. maddesinde değişiklik yapılmış ve söz konusu değişiklik-

⁹ YILDIRIM, Turan: “İdari İşlemler”, (Ed.) YILDIRIM, Turan: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 519.

¹⁰ TANK, Mehmet: “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 4, s. 527.

¹¹ TEKİNSOY, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 2, (İdari Sözleşmelerde Ölçüt), s. 185; ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 228.

¹² KESİCİ, s. 24; ALAMUR, Seher: *Türk Hukuku’nda İdari Sözleşmeler*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 21-22; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020, s. 422.

¹³ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 188.

¹⁴ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 186; ÖZEL, s. 192.

¹⁵ AYM, T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2.

¹⁶ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 189-190; ÖZEL, s. 192-193.

¹⁷ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 189-190; ÖZEL, s. 192-193.

le, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerince yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine gördürülebileceği konusunda kanunla belirleme yapılabileceği ifade edilmiştir.¹⁸

İdari sözleşme ölçütlerini incelemeye geçmeden önce 1982 Anayasası'nın 47. maddesinin 4. fıkrasının da değerlendirilmesi gerektiğine inanıyoruz. Madde metnine bakıldığında idarenin hizmet ve yatırımlarını idari sözleşmelerle yapabileceğine dair bir ibare bulunmaması dikkat çekicidir. Bu madde hükmüne yönelik olarak *Tekinsoy*, “*idarenin özel hukuk sözleşmesine nazaran idari sözleşme yapmasının daha normal karşılandığını, idarenin kanunda açık bir ifade bulunmasa da idari sözleşme yapabilecek olmasını*” belirtmiştir.¹⁹ Ayrıca 47. maddenin söz konusu fıkrası, idarenin ancak yasalarla öngörülen durumlarda özel hukuk sözleşmesi yapabileceği ve dolaylı olarak idarenin sözleşmenin hukuki niteliğini, rejimini belirlemede takdir yetkisinin bulunmadığı anlamına gelmektedir.²⁰ Keza bu hüküm, kanunda açıkça düzenlenmediği sürece, kamu hizmetlerinin tabi olacağı asıl hukuk dalının kamu hukuku olacağını da bir bakıma teyit etmektedir.²¹

III. İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ

İdarenin yaptığı sözleşmeler için kanunlarda herhangi bir şekilde uygulanacak hukuk kuralları belirtilmemişse bu sözleşmelerin hangi hukuk dalına tabi olacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. İşte bu soruna çözüm getirebilmek amacıyla yıllarca idari yargının sözleşmelere ilişkin önüne gelen davalarda kararlarını dayandırdığı gerekçe ve ölçütler doktrinde sistematikleştirilerek idari sözleşme ölçütleri ortaya koyulmuştur.²² Her ne kadar günümüzde yeterlilikleri tartışılır olsa da bu ölçütler hem idarenin sözleşmelerinin tabi olacağı hukuk dalının hem de sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda başvurulacak yargı makamlarının belirlenmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. *Bilgen*, “*idarenin yapmış olduğu bir sözleşmeyi idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmenin sonuçlarından ilkinin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda başvurulacak yargı yerinin adli veya idari yargı makamı olarak belirlenmesi olduğunu söylemiş ancak bu nitelendirmenin asıl sonucunun sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi belirlemek olduğunu*” ifade etmiştir.²³

İdari sözleşme ölçütlerini, doktrinde alışlageldiği şekilde, organik ve maddi ölçütler olarak iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz.²⁴

A. Taraflara Yönelik (Organik) Ölçüt

Organik ölçüt, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için sözleşmeciler tarafından birinin idare ya da idare adına faaliyette bulunan bir kamu tüzel kişisi olması gerektiğini kabul eder. *Onar*, “*sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasının, sözleşmenin idari olarak nitelendirilebilmesi için ilk şart olduğunu, söz konusu şartın idari sözleşme ölçütleri açısından önemli bir yeri olduğunu, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yapacağı sözleşmelerin kamu hizmetine yönelik olsa dahi idari sözleşme sayılmayacağını*” ifade etmiştir.²⁵ *Tekinsoy* ise, “*organik ölçütün, idari sözleşme açısından bir önkoşul teşkil ettiğini*” belirtmiştir.²⁶ Gerçekten de sözleşmenin taraflarından birinin idare olması şartı, tanımı itibarıyla idari sözleşmeyi nitelendirebilmek için temel bir konumdur. Ancak

¹⁸ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 189-190; ÖZEL, s. 192-193.

¹⁹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 191.

²⁰ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 191; TEKİNSOY, Ayhan: *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002, (İdari Sözleşme Rejimi), s. 22-23.

²¹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 191; TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 22-23.

²² GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, 2. Cilt, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 39.

²³ BİLGİN, s. 134-135.

²⁴ GÖZLER / KAPLAN, s. 423-425.

²⁵ ONAR, s. 1599.

²⁶ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 192.

bu konumuna rağmen organik ölçütün idari sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırt edebilmek için yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir ve bu görüşe çeşitli eleştiriler getirilmiştir.

Öncelikle idare adına sözleşmeye taraf olacak kamu tüzel kişisini belirleyebilmek her zaman kolay değildir. Bilgen, “*Anayasada hüküm bulunması dolayısıyla köy, belediye, il ve üniversitelerin tüzelkişilikleri konusunda herhangi bir şekilde tereddüt bulunmadığını ancak bazı kamu tüzel kişilerinin, kamu yararı taşıyan ancak resmi niteliklere sahip olmayan, idareye yabancı özel kişilerden ayırt edilmesinin zor olduğunu belirtmiş, örnek olarak da iktisadi devlet teşekküllerini göstermiştir. Taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olmasının ölçüt olarak kabul edilmesi durumunun bir çözüm olmaktan ziyade tartışmayı farklı bir alana taşıdığını*” ifade etmiştir.²⁷

Organik ölçütün açıklamakta yetersiz kalacağı bir diğer konu idarenin yapacağı özel hukuk sözleşmeleridir. Kamu tüzel kişilerinin bütün faaliyetlerinin kamusal nitelikte, idari olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu kişilerin kendi aralarında veya özel hukuk tüzel kişileriyle idari sözleşmenin yanı sıra özel hukuk sözleşmesi de yapabilmesi mümkündür. Bu bağlamda Tan, “*organik ölçütün tek başına sözleşmelerin nitelendirilmesinde belirleyici bir unsur olamayacağını, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapma yetkisine de sahip olduğunu ve sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasının sözleşmeyi idari sözleşme kabul etmeye yetmeyeceğini*” ifade etmiştir.²⁸ Aynı şekilde Onar da, “*sözleşmenin taraflarından birinin idare olması şartının sözleşmeyi idari olarak nitelendirebilmek için yeterli olmayacağını, idarenin taraf olduğu sözleşmelerden birçoğunun özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu*” belirtmiştir.²⁹

Organik ölçüt kapsamında incelenmesi gerektiğine inandığımız bir diğer konu ise özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmelerin herhangi bir koşulda idari nitelik taşıyıp taşımayacağıdır. Doktrinde bu konuya ilişkin hâkim görüşün “*iki özel hukuk kişisinin kendi arasında yapmış olduğu sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilemeyeceği, taraflardan birinin idare olması gerektiği*” şeklinde olduğunu söyleyebilmek mümkündür.³⁰ Ancak Fransa’da Uyuşmazlık Mahkemesi 1963 yılında verdiği kararda,³¹ imtiyaz sahibi olan şirketle müteahhit arasında imzalanan sözleşmeyi, taraflar devlet adına faaliyette bulunduğu ve sözleşme kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olduğu sebepleriyle idari bir sözleşme olarak nitelendirmiştir.³² Bu kararı değerlendiren Çal, “*kamu yararına ilişkin olduğu sürece, kimlerin arasında yapıldığının bir önemi bulunmaksızın bütün sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabul edilebileceğini*” belirtmiştir.³³ Türk hukukunda ilgili kararın, anlayışın geçerli olmasına yönelik herhangi bir uygulamaya ya da düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak ülkemizde imtiyaz yolu ile yerine getirilen telefon, telekomünikasyon hizmetlerinde farklı operatörler arasındaki bağlantının sağlanabilmesi için özel hukuk kişileri arasında imzalanması gereken ara bağlantı sözleşmesi idari sözleşme olarak kabul edilmiştir.³⁴

Sonuç olarak, organik ölçüt idari sözleşmelere ilişkin çok temel bir hususu barındırmak ve taraflardan birinin idare olması gerektiğini belirtmekle birlikte bu ölçütün idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde tek başına yeterli olmadığı aşikârdır. Öncelikle idare ağırlıklı olarak kamu hizmetlerini yerine getirme amacıyla hareket ediyor ve idarenin faaliyetlerinin büyük çoğunluğu kamu hukuku sınırları içerisinde gerçekleşiyor olsa dahi idarenin özel hukuk sözleşmesi yapabilme yetkisinin bulunduğu

²⁷ BİLGİN, s. 23.

²⁸ TAN, s. 293.

²⁹ ONAR, s. 1599.

³⁰ BİLGİN, s. 25; ODYAKMAZ, s. 149; ONAR, s. 1599; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 490.

³¹ ÖZEL, s. 196; TOKALI, Muhammed: *İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010, s. 13.

³² TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 194; TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 102; ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255.

³³ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255.

³⁴ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 195.

konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Bu kapsamda idare adına faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında veya özel hukuk kişileriyle yapacakları özel hukuk sözleşmelerini açıklamakta organik ölçüt yetersiz kalacaktır. Ayrıca iki özel hukuk kişinin kendi arasında yaptığı sözleşmenin idari bir niteliğe sahip olabilmesi durumu da tartışmalıdır. Yargı organlarının somut olayın özelliklerine bağlı olarak, kamu yararının ön planda olduğu bir durumda yapılan sözleşmeyi, özel hukuk kişileri arasında olsa dahi, idari sözleşme sayabilmeleri mümkün olacaktır.

B. Sözleşmenin İçeriğine Yönelik (Maddi) Ölçüt

Organik ölçütün idarenin sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesinde yeterli olmaması dolayısıyla yargı organlarının farklı yöntemlere başvurduğu görülmüştür. Bu yöntemler sözleşmenin taraflarından ziyade sözleşmenin içeriğine yöneliktir. Maddi ölçüt kapsamındaki yargı kararları idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesinde görülemeyecek şartlara sahip olması gerektiği, özel hukuku aşan şartlara ve rejime tabi olması gerektiği ve kamu hizmetine yönelik olması gerektiği şeklindedir.³⁵

1. Kamu Hizmeti ile İlişkili Olma

Duguit ve Jéze tarafından³⁶ ortaya atılan bu görüş, idari sözleşmelerin kamu hizmetlerine yönelik olmasını ve kamu hizmetleri ile belirli bir bağlantı içerisinde bulunması gerektiğini belirtmektedir. Kamu hizmeti, idarenin gerçekleştirilmesi gereken temel faaliyetlerinden birisidir ve idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde yargı organlarının bu kavrama başvurmaları doğaldır. Ancak her ne kadar kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun temel kavramlarından biri olsa da bu kavramın herkes tarafından kabul edilen bir tanımı mevcut değildir. Doktrindeki çalışmalar incelendiğinde bu kavrama yönelik birçok farklı tanımın yapıldığına rastlayabilmek mümkündür. Biz kamu hizmetinin tanımı konusunda, *Bilgen*'in, “*görülmesinde kamu yararının bulunduğu, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak amacıyla kamu tüzel kişileri tarafından veya onların denetimi altında gerçekleştirilen faaliyetler*” ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz.³⁷

Kamu hizmeti ile ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus da bu kavramın doğası gereği dinamik bir yapıya sahip olmasıdır. Bu yapı nedeniyle kamu hizmetinin sınırının net bir şekilde belirlenebilmesi konusunda güçlük yaşanması normal karşılanmaktadır. Teknolojinin gelişmesi ile toplumsal ihtiyaçların da kapsamı genişlemiş, dolayısıyla idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetlerin sayısı artmıştır. Kamu hizmetlerinin belirlenmesi genel olarak idari bir tercih olduğundan hangi faaliyetlerin bu kapsama dâhil edileceği konusunda çeşitli tutarsızlıklar yaşanabilmesi mümkündür. Belirttiğimiz üzere, kamu hizmetinin tanımlanması ve kapsamının belirlenmesinde yaşanabilmesi muhtemel sorunlar, idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde de kamu hizmeti ölçütünün uygulanabilmesini zorlaştırmaktadır.³⁸ İdari sözleşme kavramının içerisinde barındırdığı tezat durum kamu hizmeti ölçütünde belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetleri genel olarak kamu hukukuna çerçevesinde değerlendirilirken sözleşme ise özel hukuk kökenli bir kavram olup bir özel hukuk aracı olarak karşımıza çıkar.³⁹ Burada kamu hizmetlerinin sözleşme yoluyla yerine getirilmesi halinde söz konusu kamu hizmeti ile sözleşme arasında sıradan bir ilişki olması yeterli değildir; belirli seviyede bir bağlantı bulunması gerekmektedir.⁴⁰ Bu bağlantının boyutu ise sözleşme ilişkisinin kurulduğu hukuki düzleme göre farklılıklar gösterecektir.⁴¹

³⁵ GÖZLER / KAPLAN, s. 425.

³⁶ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 238.

³⁷ BİLGİN, s. 115.

³⁸ ÖZEL, s. 199.

³⁹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 197.

⁴⁰ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 197.

⁴¹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 197.

Kamu hizmeti günümüzde hiç şüphesiz kamu hukukunun, özellikle idare hukukunun, temel kavramlarından biri haline gelmiştir. Bu özelliği dolayısıyla günümüzde idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde ana ölçütlerden biridir. 1873 yılında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin “Blanco” kararı ile birlikte idare hukukunu derinden etkileyen bir zihniyet değişikliği meydana gelmiş, kamu hizmeti kavramı idare hukukunun kapsamını belirlemede temel bir ölçüt halini almıştır.⁴² Blanco kararının etkileri ise ilk defa 1903 yılında verilen “Terrier” kararında kendini göstermektedir.⁴³ Bu karara göre, kamu hizmetinin teşkilatına ve işleyişine dair her türlü eylem idari nitelikte olup idari yargının görev alanına dâhildir.⁴⁴ Fakat bir kamu hizmeti yerine getirileceği zaman idare kamu tüzelkişisi olması dolayısıyla sahip olduğu imkânlardan yararlanmak yerine özel hukuk kişisi olarak faaliyette bulunmayı tercih edebilir.⁴⁵

Organik ölçütü incelerken söylediğimiz idari sözleşmeler için temel teşkil etme durumu kamu hizmeti kavramı için de geçerliliğini korumaktadır. Blanco kararıyla ortaya atılan kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun ve idari yargının kapsamının belirlenmesinde kilit bir rol oynamıştır. Bu sebeple idarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde en sık başvuru olan ölçütlerden biri olması da doğal kabul edilmektedir. Ancak organik ölçütü ele alırken belirttiğimiz gibi gerek tanımlanması gerek dinamik yapısı ve kapsamının belirlenmesinin zor olması nedeniyle, idarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde kamu hizmeti ölçütü de tek başına her zaman yeterli değildir.

2. Özel Hukuku Aşan Şartlar İçerme (Kamu Gücü)

Maddi ölçütün diğer bir görünümü ise *Hauriou*'nun⁴⁶ ileri sürdüğü kamu gücü ölçütü bir başka deyişle idari sözleşmenin özel hukuku aşan, özel hukukta görülmesi mümkün olmayan şartlara sahip olmasıdır. Fransa’da, Conseil d’Etat’ın 1912 yılında verdiği “*Granits des Vosges*” kararıyla hukuki zemin kazanan bu ölçüt, idari sözleşmenin nitelendirilmesinde kamu hizmetleriyle ilişkisine değil, sözleşmenin hükümlerine bakılması gerektiğini ortaya koymuştur.⁴⁷ Özel hukuk ele alındığında, birbirine eşit iki iradenin serbestçe karşılıklı uyuşmaları sonucunda sözleşme ilişkisinin kurulduğu görülmektedir. Ancak sözleşme kavramının idare hukukuna dâhil olmasıyla beraber kamu hukukunun getirdiği farklı niteliklere sahip olacağı da bilinen bir durumdur. Özel hukuku aşan şartlar içerme ölçütü hukukumuzda *Bilgen* tarafından desteklenmiş, “*söz konusu şartlar kamu gücü ayrıcalıkları nedeniyle özel hukuktan ayrılan şartlar olarak belirtilmiş, sözleşmenin idari niteliğinin özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak içerdiği hükümlerden kaynaklandığı*” ifade edilmiştir.⁴⁸

İdari sözleşmelerin idare hukuku rejiminin gerekleri sonucunda özel hukuk sözleşmesinden farklı, üstün kabul edilebilecek özellikler gösterebilmesi normaldir. Ancak buradaki asıl sorun, kamu hizmetini incelerken de ifade ettiğimiz üzere kavramın içeriğinin belirsizliğinden meydana gelmektedir. Bir başka ifadeyle, özel hukuku aşan şartların nasıl ayırt edilebileceği, bu şartların neler olduğu konusunda net bir söylem mevcut değildir. Sonuç olarak kamu gücü ölçütünün uygulanabilirliği yargı organlarının yorumuna bırakılmıştır. Bu durum da kamu gücü ölçütü olarak adlandırılan özel hukuku aşan şartlar içerme ölçütünün uygulanmasında problemler meydana getirmektedir. *Tekinsoy*, “*özel hukuku aşan şartları belirlemenin zor olduğunu belirtmiş, kamu gücü ölçütüne dair en büyük problemin özel hukuku aşan şartların tanımlanması olduğunu*” ifade etmiştir.⁴⁹ *Çal* ise, “*kamu gücü ölçütünü bir idari sözleşme ölçütü olarak kabul eden görüşe karşı çıkarak, kamu gücünün başlı başına bir ölçüt olarak*

⁴² TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

⁴³ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

⁴⁴ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

⁴⁵ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

⁴⁶ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 238.

⁴⁷ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 201.

⁴⁸ BİLGİN, s. 136.

⁴⁹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 202.

değerlendirilebilmek için isabetsiz ve yetersiz olduğunu” ileri sürmüştür.⁵⁰ İdari sözleşmelerin barındırdığı özel hukuku aşan şartları, kamu gücü yetkisini ayırt etme konusundaki güçlükleri bertaraf edebilmek amacıyla, Conseil d’Etat verdiği kararlarda özel hukuku aşan şartlara ilişkin belirli kıstaslar ortaya koymuştur. Buna göre mahkeme, idarenin sözleşme ilişkisinde sahip olduğu “*sözleşmenin diğer tarafını denetleyebilme, sözleşmede tek taraflı olarak değişiklikler yapabilme, re’sen hareket edebilme ve yargıya başvurmaksızın alacağını elde edebilmesi ve benzeri yetkilerini*” özel hukuku aşan şartlar olarak kabul etmiştir.⁵¹

3. Özel Hukuku Aşan Rejime Tabi Olma

Fransa’da 1973 yılında, Conseil d’Etat’ın “*Rivière du Sant*” kararıyla⁵² ortaya atılan bu görüş, idari sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi yerine, bu sözleşmenin ayrı bir rejime tabi olmasını, sözleşmeye özel olarak uygulanacak belli hukuk kurallarının mevcut olmasını ifade etmektedir. Söz konusu kararda, Fransa’da elektrik ileten ve elektrik üreten iki şirket arasında yapılmış bir sözleşme, herhangi bir şekilde kamu hizmeti ile ilişkisi olmamasına ve özel hukuku aşan şartlar içermemesine rağmen idari sözleşme olarak kabul edilmiştir.⁵³ Mahkeme, sözleşmeye uygulanacak belirli yasa hükümlerinin bulunduğunu ve bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde özel hukuku aşan bir rejimden söz edilebileceğini ifade etmiştir.⁵⁴ Burada ifade edilen sözleşmenin özel bir düzenlemeye tabi olması durumu konuya farklı bir bakış açısı sağlamaktadır. Özel hukuku aşan rejim ölçütü ile sözleşmenin nitelendirilmesinde sözleşmenin içeriğinin incelenmesinden ziyade bir rejimin ele alınmış olması bu ölçütün diğer maddi ölçütlerden farkını gözler önüne sermektedir.⁵⁵ Ancak bu ölçütün temelde özel hukuku aşan şartlar içerme ölçütünden ayırt edilebilecek derecede fark içermediğini belirten görüşler de mevcuttur.⁵⁶

C. İdari Sözleşme Ölçütleriyle Açıklanması Mümkün Olmayan Faaliyetler

Doktrinde tartışmalara ve yargı kararlarına konu olan, günümüzde temel olarak kabul edilen idari sözleşme ölçütlerini önceki başlıklarda ele almaya çalıştık. Söz konusu ölçütlere ilişkin değerlendirmelerimize sonuç bölümünde genel olarak yer vereceğiz, ancak öncesinde bu ölçütlerle açıklanamayan belirli faaliyetlerden ve idari sözleşme ölçütlerine farklı bir bakış açısı getiren rekabet yaklaşımından söz etmekte yarar görüyoruz.

İdari sözleşme ölçütleri, doktrin ve içtihat kaynaklı olmaları dolayısıyla yasal bir zemine sahip değildir. Bu nedenle yargı makamlarının her olayda bu ölçütleri aynen uygulamalarını beklemek de mümkün değildir. Ayrıca bazı faaliyetlere dair sözleşmelerin niteliği konusunda da doktrin ile yargı içtihatlarının farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Kamu hizmetleri ve idarenin faaliyetlerinin kapsamının genişlemesi sebebiyle idarenin bütün sözleşmelerinin idari sözleşme ölçütleriyle açıklanabilmesi olanak dışıdır. Burada idari sözleşme ölçütleriyle açıklanabilmesi mümkün olmayan bazı durumları incelenecektir.

İlk örneğimiz orman ve maden işletme sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerin içerik bakımından herhangi bir kamu hizmeti ile bağlarının bulunmadığı görülmektedir. Buna rağmen, söz konusu sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilmişlerdir. Bu durumun arkasında yatan sebebe ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler, “*orman ve madenlerin devletin hâkimiyetinde olan ve tasarruf edebileceği kabul edilmesi, orman ve madenlerin taşıdıkları önem, ülkenin geleceğini etkile-*

⁵⁰ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 240.

⁵¹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 203.

⁵² TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 204.

⁵³ TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 119.

⁵⁴ TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 119.

⁵⁵ TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 120-121.

⁵⁶ TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 120-121.

me potansiyeline sahip konumda bulunmaları nedeniyle idari sözleşme kabul edilerek bir kamusal korunma sağlama gerekliliği” şeklinde sıralanabilir.⁵⁷

Gaz, su ve elektrik gibi ticari nitelikli kamu hizmetlerinin görülmesinde, bu hizmetlerden yararlananlarla idare arasında yapılan abonman sözleşmeleri de idari sözleşme ölçütleriyle açıklanması güç faaliyetlerdendir. Organik ölçüt açısından bakıldığında idare abonman sözleşmelerinin taraflarındandır, maddi ölçüt açısından bakıldığında ise ifade ettiğimiz üzere bu sözleşmeler kamu hizmetlerine ilişkindir ve sözleşme ilişkisi içerisinde idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen çeşitli yetkiler tanınmıştır.⁵⁸ İlginç olan durum, bütün idari sözleşme ölçütlerini karşılıyor olmasına rağmen abonman sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul ediliyor olmasıdır.⁵⁹ Doktrinde, bu duruma yönelik olarak, “idari yargının görev alanının daraltıldığı, idari yargı kolunun etkisizleştirilmeye çalışıldığı” yorumları yapılmıştır.⁶⁰ Abonman sözleşmelerine ilişkin bu durum, idari sözleşme ölçütlerinin eksikliğini gözler önüne sermektedir.

İdari sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetlere bir başka örnek ise istikraz sözleşmeleridir. İdarenin çeşitli senetler aracılığıyla özel hukuk kişilerinden borç alması olarak nitelendirilebilecek bu sözleşmelerde herhangi bir şekilde kamu hizmeti bağlantısı bulunmamakla beraber, sözleşmeye konu olan senetler hacizden muaf tutulmakta ve para olarak işlem görmektedirler.⁶¹ Görüldüğü üzere, özel hukuku aşan şartlar ölçütü dolayısıyla istikraz sözleşmeleri de idari sözleşme sayılmıştır. *Özel*, bu nitelendirmenin yanlış olduğuna dikkat çekmiş, “sözleşmede idareye tanınan yetkilerin idari nitelikteki sözleşmelerden farklı olan sözleşmelerde de görülebilecek nitelikte olduğunu” ifade etmiştir.⁶² *Çal*’a göre ise “istikraz sözleşmelerine idari nitelik atfedilmesinin asıl nedeni, kamu borçlanmaları konusu ile ülke geleceği arasında sıkı bir ilişki bulunmasıdır.”⁶³

Sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetlerle ilgili olarak ele alacağımız son örnek ise bayındırlık sözleşmeleridir. Bu sözleşme türünün nitelendirilmesinde de abonman sözleşmelerinin nitelendirilmesinde görülen durumun farklı bir örneği mevcuttur. Türk hukukunda bayındırlık sözleşmeleri, sözleşmenin bir tarafı idare olmasına, sözleşmenin kamu hizmeti ile ilgisinin bulunmasına rağmen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Doktrinde bu konu bayındırlık sözleşmelerinin ekonomik olarak ülkeye etkisi yönünden tartışılmaktadır. *Özel*, konuya ilişkin olarak, “kamu yararı barındıran, ülke ekonomisine ciddi boyutlarda etki edebilme ve kamuya ciddi zararlar verebilme potansiyeline sahip olan bayındırlık sözleşmelerinin doğrudan özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir” ifadelerini kullanmıştır.⁶⁴ Bu konuda idari sözleşme ölçütlerine başvurulmalıdır. Bunun sebebi de konuyu kamusal alana taşıyarak kamusal bir korunma sağlamanın gerekli olması düşüncesidir.⁶⁵

İdari sözleşme ölçütleri ve bu ölçütlerle açıklanamayan faaliyetler bir bütün olarak ele alındığında, idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin nitelendirilmesi konusunda bir uzlaşma bulunmadığı, ölçütlerin idarenin faaliyetlerini açıklamakta tek başlarına veya zaman zaman birlikte kullanılmasına rağmen yetersiz kaldıkları görülmektedir. Doktrinde bu ölçütlerin birlikte kullanılmasını eleştiren görüşler de mevcuttur.⁶⁶ Günümüzde hâlihazırda kullanılan idari sözleşme ölçütlerini değerlendiren *Çal*, “bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin temelinde kamusal korunma düşüncesinin, gerekliliğinin yattığını ifade etmekte-

⁵⁷ ÖZEL, s. 207; ODYAKMAZ, s. 153; ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 247.

⁵⁸ ODYAKMAZ, s. 153.

⁵⁹ YILDIRIM, s. 511.

⁶⁰ ÖZEL, s. 210; ODYAKMAZ, s. 153.

⁶¹ ÖZEL, s. 208-209.

⁶² ÖZEL, s. 208-209.

⁶³ ÇAL, Sedat: “Kamu İstikraz Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 91.

⁶⁴ ÖZEL, 209.

⁶⁵ ÖZEL, 209.

⁶⁶ GÖZLER, s. 48.

dir. Bu ifadeyi kullanırken, idari sözleşme ölçütlerinde kullanılan kamu gücü, kamu hizmeti kavramlarının görünen tanımlarından, görünürde ifade ettiklerinden ziyade korudukları amaçların, nedenlerin incelenmesi gerektiğini” belirtmiştir.⁶⁷ Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi’ne dair sözleşmeleri örnek gösteren Çal, “*bu sözleşmelerde herhangi bir kamu malının kullanılmadığının, herhangi bir şekilde kamu hizmeti faaliyetiyle ilişki olmadığının altını çizmiş, idari sözleşme ölçütleri bakımından değerlendirildiğinde bu sözleşmeleri idari sözleşme sayma olanağının bulunmadığını”* ifade etmiştir.⁶⁸

D. İdari Sözleşme Ölçütlerine Farklı Bir Bakış Açısı

İdari sözleşme ölçütlerine dair son olarak bu ölçütlere farklı bir bakış açısı getiren idarenin sözleşmelerini rekabet ve tekel kavramları ekseninde değerlendiren ekonomik yaklaşıma yer vermeyi uygun buluyoruz. Söz konusu yaklaşım, yeni bir idari sözleşme ölçütü ortaya koymaktan ziyade rekabet kavramının idarenin sözleşmelerini nitelendirme konusunda önemli olabileceği düşüncesi ve “*hâlihazırda mevcut olan sözleşme ölçütlerini daha iyi anlayabilme amacıyla*”⁶⁹ ileri sürülmüştür.

Rekabet yaklaşımına göre özel hukuk kişileri veya idare tarafından topluma sunulan kamu hizmetleri, hukuken veya hizmetin niteliği gereği doğal olarak tekel alanı şeklinde belirlenebilir.⁷⁰ Doğal tekellerde faaliyetin niteliği gereğince belirlenen kişiden başkasının hizmeti sunabilmesi mümkün olmazken, hukuki tekel kapsamında hizmetin yalnızca belirlenen kişi tarafından görülmesi bir tercih olarak değerlendirilebilir. Doğal tekellerde, hizmetin niteliği dolayısıyla rekabet faktöründen söz edilemeyecektir.⁷¹ Bu durumda kamu hizmetinin gerektiği gibi topluma sunulmaması hali nedeniyle problemlerle karşılaşmak mümkündür.⁷² Bireylerin söz konusu tekeller karşısında zor durumda kalmaması için, tekel eliyle yürütülen hizmetlere kamusal nitelik atfedilmesi ve kamu hukuku rejimi kapsamında sınırlamalara tabi tutulması gerekliliği ileri sürülebilir.⁷³ Burada kamusal korunma gerekliliğinin etkilerinin bulunduğu söylenebilir.⁷⁴

Kamu hizmetinin ve idarenin faaliyetlerinin temel amacı olan kamu yararının tekel olmayan, rekabetin sağlanabildiği alanlarda nasıl sağlanacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. İdarenin yanı sıra özel sektörün de faaliyet göstermesine olanak tanınan bir kamu hizmeti alanında, eğer yeterince rekabet sağlanabiliyor, hizmet gerektiği gibi topluma sunulabiliyorsa bu kamu hizmetinin kamusal alana taşınarak kamu hukuku rejimine göre yerine getirilmesi, kamusal korunma gerekliliğinin sağlanması için geçerli bir neden bulunmamaktadır.⁷⁵ Ancak altını çizmek gerekir ki, söz konusu kamu hizmeti alanında rekabetin yeterli olması buradaki ana ölçüttür ve rekabet fiili olarak da işliyor olmalıdır.⁷⁶

Rekabet yaklaşımında maddi ölçütün daha iyi anlaşılabilmesi ve asıl olarak idari sözleşme ölçütlerinin görünen kısmından ziyade bu ölçütlerle amaçlananın ne olduğunun ortaya konulabilmesi hedeflenmiştir. Kamu hizmetlerinin sunulmasının temelinde yatan kamu yararı düşüncesi, idari sözleşme ölçütlerini belirleme ve uygulamada toplum menfaatinin asıl ölçüt olarak göz önünde bulundurulmasıyla sağlanabilir. Eğer toplum menfaati yeterli rekabet ortamının sağlanması sonucunda kamu hizmetinin gerektiği gibi yerine getirilmesi ile tatmin edilebiliyorsa söz konusu kamu hizmetini kamusal bir zemine taşıyıp kamu hukuku kurallarıyla sınırlamanın, hizmete müdahale etmenin bir gereklilik olmadığından söz edilebilecektir.

⁶⁷ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 253-254.

⁶⁸ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 253-254.

⁶⁹ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 226.

⁷⁰ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

⁷¹ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

⁷² ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

⁷³ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

⁷⁴ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

⁷⁵ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

⁷⁶ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

SONUÇ

Teknolojinin ve toplum ihtiyaçlarının günden güne gelişmesi ve değişmesi sonucunda idarenin faaliyet alanı genişlemiş, sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmeti sayısı artmıştır. Bunun sonucu olarak da idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin her birini kendi personeli ve maddi imkânlarıyla sunabilmesi mümkün görünmemektedir. Tek taraflı işlem yapma yetkisine sahip olan idare, kamu hizmetlerini yerine getirirken kendi arasında veya özel hukuk kişileriyle sözleşme ilişkisi kurabilme yetkisine de sahiptir. İdarenin sözleşmelerinin hangi hukuk dalına tabi olacağı ise uzun süredir devam eden bir tartışma konusudur.

İdarenin sözleşme ölçütlerini değerlendirmeye geçmeden önce, bu ölçütlere neden gerek olduğu, neden bir sözleşmenin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmesi gerektiği sorusunun üzerinde durulmalıdır. İdari sözleşme ölçütlerinin, bir sözleşmenin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak ayırt edilmesinin idari sözleşmelere şekli olarak bir etkisinin olmadığını, asıl olarak kurulan sözleşme ilişkisinin nitelendirildiğini idrak etmek gerekir.⁷⁷ İdari sözleşme ölçütleriyle temelde incelenmesi gereken idari sözleşmenin yapılmasıyla ortaya çıkan ilişkinin idari nitelik taşıyıp taşımadığıdır.⁷⁸ Bu incelemenin de sonucu, idarenin sözleşmelerine hangi hukuk kurallarının uygulanacağını ve sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda hangi yargı koluna başvurulacağını belirlenmesi şeklinde olacaktır.

İdari sözleşme ölçütleri, idari yargı makamlarının kararlarında kullandığı yöntemlerin doktrinde uzun süren çalışmalarla sistematikleştirilmesi sonucunda ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda, idarenin sözleşmelerini birbirlerinden ayırt etmek için organik ve maddi ölçütler belirlenmiştir. Organik ölçüte göre bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için taraflarından birinin idari olması gerekmektedir. Özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler kamu hizmetine ilişkin olsa veya taraflar idare adına hareket ediyor olsalar dahi idari sözleşme olarak kabul edilemez. Maddi ölçüt ise kendi içerisinde farklı yaklaşımlar barındırmaktadır. Bu yaklaşımlar; sözleşmenin kamu hizmetleriyle bir ilişkisinin bulunması, özel hukuku aşan şartlar içermesi veya özel hukuku aşan, kendine özgü bir rejime tabi olması yönündedir.

Sözleşmenin taraflarına yönelik olan organik ölçüt, idari sözleşmelere yönelik çok temel bir hususa yönelik olmakla birlikte bu ölçütün günümüzde etkisinin azaldığı, yetersiz kaldığı ileri sürülebilir. Çünkü idarenin yaptığı bütün sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayıp taraflardan birinin idare olduğu bir özel hukuk sözleşmesinin yapılabilmesi gayet doğaldır. Ayrıca iki özel hukuk kişisinin kendi aralarında yaptığı sözleşmelerin de idari sözleşme sayılabilir olması organik ölçütün belirleyiciliğinin azaldığına örnek olarak gösterilebilir.

Organik ölçüte nazaran maddi ölçüt yaklaşımlarının günümüzde daha etkili olduklarını söyleyebilmek mümkün olmakla birlikte, bu ölçütler de kendi içlerinde çeşitli problemler barındırmaktadır. Maddi ölçütün yargı kararlarında en sık rastlanan görünümü olan kamu hizmeti ölçütü, kamu hizmeti kavramının idare hukuku alanında önemi düşünüldüğünde büyük bir yere sahiptir. Ancak burada da kamu hizmeti kavramının tanımlanmasında yaşanan güçlükler ve bu kavramın dinamik yapısı nedeniyle kapsamının belirlenmesinin zor olması uygulamada sorun teşkil edebilmektedir.

Maddi ölçütün bir diğer görünümü olan ve özel hukuku aşan şartlar olarak ifade edilen kamu gücü ölçütü ise “belirleyicilik açısından eksik olması ve söz konusu şartların günümüzde özel hukuk sözleşmelerinde görülebilmesi durumunun gerçekçi olmaması” nedenleriyle eleştirilmektedir.⁷⁹ Belirleyici olmak bakımından eksik olma hususunu, özel hukuku aştığı iddia edilen şartların hangileri olduğu konusunda görüş birliği olmamasına bağlayabilmek mümkündür. Özel hukuku aşan rejim ise tam bir

⁷⁷ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 224.

⁷⁸ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 224.

⁷⁹ TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 224.

ölçüt olmak için yetersiz bulunmuş, özel hukuku aşan şartlardan büyük bir farklılık getirmediği düşüncesiyle eleştirilmiştir.

İdarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde sözleşme ölçütlerinin konularını incelemeyen önce bu sözleşmelerin kanunla nitelendirilebilmesi hususu da ele alınmalıdır. Hiç şüphesiz idarenin sözleşmelerinin hangi hukuk dalına tabi olacağı, 1982 Anayasası'nın 47/4. maddesinde ifade edildiği üzere kanunlarla belirlenebilir. Bir sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları kanun yoluyla belirlenmişse idari sözleşme ölçütlerine başvurabilmek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucuya sözleşmenin niteliğini belirleme konusunda önemli bir yetkisi verilmiş olsa da bu yetki sınırsız değildir. Söz konusu kanunun Anayasa'ya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabilecek ve bu yolla kanun koyucunun takdir yetkisi denetlenebilecektir.

İdari sözleşme ölçütlerine dönecek olursak, yukarıda ifade ettiğimiz nedenlerle bu ölçütlerin tek başlarına veya bir arada kullanıldıkları halde günümüzde idarenin faaliyetlerini açıklama konusunda yetersiz kaldıkları, sözleşmeleri nitelendirmede ağırlıklı olarak sözleşmenin içeriğine yönelik saptamalarda buldukları görülmektedir. Bu nedenle idarenin abonman sözleşmesi, bayındırlık sözleşmesi ve benzeri faaliyetlerine dair sözleşmeler idari sözleşme ölçütleriyle örtüşmemektedir. Buradaki uyumsuzluğun idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamama durumunun, idari sözleşme ölçütü olarak karşımıza çıkmayan ancak bir sözleşmeye kamusal nitelik tanınmasında önemli bir yere sahip olan kamusal korunma gerekliliği, sözleşmeyi kamusal alana taşıyarak idarenin müdahil olabilmesini sağlama düşüncesi ile bir bağının bulunduğunu düşünüyoruz. Söz konusu düşünce her ne kadar göz önünde olmasa da idarenin sözleşmelerinde ölçütlerle açıklanamayan durumların ifade edilebilmesinde “*arkada yatan neden*” olarak mevcut olduğu ileri sürülebilir.⁸⁰ Kamusal korunma gerekliliğinin ön plana çıkartılması aslında idari sözleşme ölçütlerinin uygulamayı yansıtma konusunda eksikliğini ifade etmek içindir. İdarenin sözleşmelerini sadece sözleşmelerin içeriğine ve biçimsel özelliklerine bakarak açıklayabilmek mümkün görünmemektedir. Bu sözleşmelere dışarıdan, farklı bir bakış açısıyla yaklaşmak, nitelendirme sorununu aşabilmek açısından bir çözüm sağlayabilir. Rekabet yaklaşımının da burada ifade ettiğimiz şekilde, uygulamayı yansıtma açısından önemli bir yer tuttuğuna ve idari sözleşme ölçütlerine farklı bir bakış açısı kattığına inanıyoruz.

⁸⁰ ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 253; ÖZEL, s. 209.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- ALAMUR, Seher: *Türk Hukuku'nda İdari Sözleşmeler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- BİLGİN, Pertev: *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.
- ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 14, Sayı 1, 223-274 (İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu).
- ÇAL, Sedat: “Kamu İstikraz Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 1-98.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, 2. Cilt, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- KESİCİ, Fatih Sultan: *İdari Sözleşmelerin Türleri, Kapsamı ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1998, Cilt 2, Sayı 2, s. 141-195.
- ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, Ankara, 1966.
- ÖZEL, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2020, Sayı 12, s. 181-220.
- TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 50, Sayı 3, s. 291-309.
- TANK, Mehmet: “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 4, s. 509-542.
- TEKİNSOY, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 181-227 (İdari Sözleşmelerde Ölçüt).
- TEKİNSOY, Ayhan: *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002 (İdari Sözleşme Rejimi).
- TOKALI, Muhammed: *İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010.
- YILDIRIM, Turan: “İdari İşlemler”, (Ed.) YILDIRIM, Turan, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 407-526.