

İDARİ SÖZLEŞME KURAMINA İLİŞKİN GÖZLEMLER

Prof. Dr. Turgut TAN*

GİRİŞ

İdari sözleşme kuramı, yargı organlarının, idari yargının görev alanının sınırlanmasına yönelik olarak geliştirilmiş ve bazı saptamalara karşın bugüne dek uygulanagelmıştır. Ancak, son yirmi yılda çeşitli ülkelerde ve bu arada ülkemizde gözlenen özelleştirme eğilimleri doğrultusunda bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yoluna gidilmesi ve bu amaçla sözleşmeler yapılması; kamu hizmetlerinin gördürülme yöntemi olarak idari sözleşme kuramını güncelleştirmiştir.

Bu gelişmeler yargı organlarını klasik idari sözleşme kuramı ile kamu hizmetlerinin yeni gereklerini bağdaştırma gibi zor bir görevle karşı karşıya bırakmıştır. İşte idari sözleşme kuramının yeniden ele alınması gereği bu gelişmeler sonucu ortaya çıkmıştır. Öte yandan, "Tek Pazar"ı kurmayı amaçlayan Avrupa Birliğinin, en azından kamu alımlarında getirmek istediği yeni düzen sonucu çıkardığı direktifler de üye ülkelerin iç hukuklarında yeni hukuki düzenlemelere yol açmıştır.

Bu yazı çerçevesinde önce yerleşik idari sözleşme kuramını ortaya koyduktan (I) sonra, özelleştirme uygulamaları ile ortaya çıkan sözleşme türlerinin hukuki rejiminin işlevsel bir bütünlük içinde ele alınıp alınamayacağı sorunu üzerinde duracağız (II).

I. İDARİ SÖZLEŞMELERİN AYIRDEDİCİ ÖZELLİKLERİ

İdare, tek yanlı işlemleri yanında sözleşmeler de yapmakla beraber bu ikincilerin uygulama alanı sınırlıdır. Çünkü idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin niteliği ve tüm faaliyetlerinde kamu yararını izleme zorunluluğu tek yanlı idari işlemlerin yaygın kullanımına yol açmaktadır. İdarenin yaptığı sözleşmeler de farklılıklar göstermektedir. İdare, bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi, kamu gücü yetki ve ayrıcalıklarını kullanarak idari sözleşmeler de yapmaktadır. Ancak, idarenin özel hukuk sözleşmesi yaparken de bazı usul kurallarına uymak zorunda olduğu bilinmektedir.

* A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

İdari sözleşmelerin hukuki rejimi büyük ölçüde yargı kararları ile geliştirilmiştir. İdari rejimi benimseyen ülkeler arasında bile idarenin sözleşmelerinin hukuki rejimi konusunda dikkat çeken farklılıklar görülmektedir. Örneğin, Fransa'da bayındırlık işi sözleşmeleri ile kamu malının işgali sözleşmeleri idari sözleşme sayılırken bizde özel hukuk sözleşmesi sayılmakta; buna karşılık Fransa'da tipik idari sözleşme sayılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ise Alman hukukunda, Fransa'dan örnek alınmasına karşın, özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görevine sokulmaktadır.¹

İdari sözleşme kuramının hukuk öğretisinde yeterince işlendiği söylenemez. Son yıllarda özelleştirme uygulamalarına koşut olarak, yap-işlet-devret modeli gibi usullerin ortaya çıkardığı sözleşme türleri duraksamalara yol açmış, yasama organının bunların hukuki rejimlerine ilişkin düzenleme girişimleri ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile karşılaşmış; Danıştay da söz konusu sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak niteleyip onun hukuki rejimine sokmak istemiştir. Bir başka deyimle, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek geçerli yolunun kamu hizmeti imtiyazı olduğu savunulmuştur. Bu yaklaşım, doğal olarak, idari sözleşme türlerini sınırlandırma sonucu yaratmıştır. İdari sözleşmelerin gereğinden az çeşit ve sayıda oluşu Danıştay yasalarında yer alan "idari sözleşme davası"na ilişkin hükmün "pek dar anlaşılıp uygulanmakta" oluşuna bağlansa da²; bir başka önemli nedeni de idari sözleşme ölçütlerinin idari yargının görev alanının belirlenmesi açısından ele alınıp kamu hizmetlerinin görülmeye biçimlerinden bağımsız düşülmesidir.³

A. İDARİ SÖZLEŞMENİN ÖLÇÜTLERİ

İdarenin yaptığı sözleşmelerden bir bölümünün idari sözleşme sayılıp, idare hukuku rejimine bağlandığına değinmiştik. Dolayısıyla, idari sözleşmenin, idarenen özel hukuk sözleşmelerinden ayırılabilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu amaçla yargı organları değişik ölçütler geliştirmişlerdir. Bunlara geçmeden yasal duruma değinmek isteriz. 2577 sayılı İYUK, idari dava türlerini sayarken, "genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" (m. 2/c) deyimini kullanmaktadır. Benzer deyim 2576 sayılı Yasa'da (m. 5/c) idare mahkemelerinin görevi belirlenirken de yinelenmekte; buna karşılık 2575 sayılı Yasa Danıştay'ın görevlerini sayarken, "imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler" (m. 24/1) demektedir. Bu tanımlamalardan idari sözleşmenin ayırılabilir ölçütlerini çıkarmak olanaksızdır. Yargı organları ise özellikle kendi görev alanlarını belirleme amacına yönelik olarak idari sözleşmenin ayırılabilir ölçütünü bulmaya çalışmışlardır.

Danıştay'a göre, "idare hukuku doktrin ve içtihatlarına göre, idari mukavelenin belirtici vasıfları başlıca:

- a- Konusunun kamu hizmeti ve yararı olması,
- b- Bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi,

¹G. Marcou, Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le probleme de l'ouverture à la concurrence, RFDA; 1995, No: 3, 479

²L. Duran, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s. 428.

³J. -C. Douence, Les contrats de délégation de service public RFDA; 1993, No: 5, s. 939.

c- Hizmeti yürütmeye yetecek bir süreyi kapsamalıdır.⁴

Ancak, sonraki kararlarında süre koşulunu aramamaya başlayan Danıştay'a göre, "Konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan" sözleşmeler idari sözleşmedir.⁵

Anayasa Mahkemesi'ne göre de, "taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olması, konunun kamu hizmeti ile ilgili bulunması düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstünlük tanınması, idari sözleşmelerin ana koşulları"⁶dır.

Yargı kararlarında benimsenen bu ölçütleri yakından inceleyebiliriz:

Taraflardan biri idaredir:

2577 sayılı Yasa'nın deyimiyile "genel hizmetler" veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler olduğuna, bu hizmetleri yürütmek de idareye düşen görev olduğuna göre idarenin yaptığı sözleşmelerle karşı karşıyayız demektir. Ancak, bu unsur belirleyici bir unsur sayılamaz; zira idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapma olanağı da bulunmaktadır. Bir başka deyimle, taraflardan biri idare olan her sözleşme idari sözleşme değildir.

Öte yandan, idarenin bir kamu hizmetinin yürütülmesini özel kişiye verdiği durumlarda, özel kişinin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerin niteliği de ayrı tartışma konusudur. Örneğin, Fransız idare hukukunda iki özel kişi arasında yapılmış bazı sözleşmelerin, taraflardan birinin idarenin "vekili" (mandataire) durumunda olması, yani onun adına ve hesabına hareket etmesi koşuluyla sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendiği görülmektedir.⁷

İdari sözleşmenin taraflarından ikisinin de bazen kamu tüzel kişisi olduğu görülmektedir. Örneğin, Azot Sanayii Genel Müdürlüğü ile TEK arasında yapılmış elektrik enerjisi sözleşmesi.⁸ Öte yandan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa (m. 32) ve 442 sayılı Köy Kanununa (m. 5) göre kamu tüzel kişileri arasındaki anlaşmalar da idari sözleşme sayılmaktadır.

Sözleşmenin Konusu Kamu Hizmetidir:

Danıştay, idari sözleşmenin varlığı için, "konusunun kamu hizmeti ve yararı olması"⁹ veya konusunun "doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine

⁴8. D; 11.1.1996, E 965/933-K.966/44, sayı: 101-102, s. 308 vd.

⁵12. D; 2.11.1976, E.974/1958-K.976/2141, DD; sayı: 26-27, s. 509 vd.

⁶22.12.1988, E.988/5-K.988/55, RG; 25.7.1989, sayı: 20232, s. 54.

⁷J.-F. Lachaume, Les Grandes Decisions de la Jurisprudence Droit Administratif, PUF; 4. ed; Paris, 1987, s. 281 vd.

⁸Danıştay 12. D.; 2.11.1976, E.974/1958-K. 976/2141, DD; sayı 26-27, s. 509 vd.

⁹8.D; 11.1.1966, E.965/933-k.966/44, DKD; sayı: 100-102, s. 309.

ilişkin" bulunması¹⁰ koşulunu aramaktadır. Görüldüğü gibi, yasalardaki "genel hizmetler" deyimi yargı kararlarında "kamu hizmeti" olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla, idare ile sözleşme yapan özel kişi ya bir kamu hizmetinin yürütülmesi işini üstlenmekte (örneğin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi) veya kamu hizmetinin yürütülmesine katılmaktadır (örneğin sözleşmeli kamu personeli). Bazı durumlar da, örneğin yeraltı ve yürüştü doğal zenginliklerin işletilmesine ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi, özel kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmemekle beraber, "idarenin korumakla ve değerlendirilmesini denetlemekle ödevli olduğu bir milli servet" in söz konusu olması nedeniyle sözleşme idari sayılmaktadır.¹¹ Yargıtay'a göre, "Bir kamu teşekkülü olarak davalının kamu yararı gütmesi, sözleşmenin davalının görmekte olduğu kamu hizmeti ile ilişkili olması davada dayanılan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir."^{11a}

İdari sözleşmenin konusuna bakarak belirlenmesi, kamu hizmeti kavramının kendisinin belirlenmesi zor bir kavram olması¹² nedeniyle bazı zorluklar göstermektedir.

Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi, vergi dairelerine ait çayocağı işletme hakkını ihale ile alan kişi ile idare arasında yapılmış olan kira sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelerken, "sözleşmenin konusu bir kamu hizmeti ya da doğrudan kamu yararı olmayıp memurların çay, kahve ve diğer meşrubat gereksinimlerinin karşılanması amaçlanmıştır" derken¹³; Yargıtay, "Yurtdışı temsilciliklerindeki açılış hizmetinin, dışişleri personelinin sağlık ve güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğu açıktır. Davacı da uzun yıllar sözleşmeli personel statüsünde görev yapmış ve bu çerçevede hak ve yetkiler kullanmıştır" diyerek sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna varmıştır.¹⁴

İdare karşı tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı konumdadır

Sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinin temel ilkelerine uygun yürütülmesi ve kamu yararının gözetilmesi sorumluluğunu taşıyan idare bazı yetkilere sahip olup sözleşmenin karşı tarafına göre üstün konumdadır. İdarenin elindeki ve özel hukuku aşan bu yetkilerin tam olarak belirlenmesi zordur. Sözleşmenin yerine getirilmesinde kusuru görülen karşı tarafa yaptırım uygulayabilme, sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilme ve gereğinde son verebilmek gibi yetkiler bu cümleden sayılabilir. Bu özellik bazı yargı kararlarında "sözleşmeli personel

¹⁰(8) nolu dip nottaki karar.

¹¹T.B. Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE, 1968-70, s. 191.

^{11a} 13.H.D; 18.12.1982, E. 982/6438-K. 982/6996. L. Duran, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar III, AİD; c. 18, sayı: 4, 1985, s. 67.

¹²D. Truchet, label de service public et statut du service public, AJDA; 1982, s. 428; D. Loschak, La reorganisation conceptuelle, in L'Administration dans son Droit, Publisud, Paris, 1985, s. 253; T. Tan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Ankara, 1991, No: 8, s. 233 vd.

¹³UM; 18.11.1991, E. 991/41-K.991/42, RG; 13.1.1992, sayı: 21110 s. 29 vd.

¹⁴9. H.D; 20.12.1993; E. 993/9709-K. 993/19056, YKD; c. 20. sayı: 5, Mayıs 1994, s. 749 vd.

statüsünün düzenlenme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok kamu hukuku esaslarına uygun bulunması karşısında" gibi genel deyimlerle anlatılmaktadır.¹⁵

Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi, BAĞ-KUR ile eczane arasında sigortalılara % 5 indirimli ilaç satılması konusunda yapılan sözleşmeyi, Bağ-Kur'un bu sözleşmedeki fesih yetkilerinin karşı taraftan fazla oluşu, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin bulunduğu bir gerçek olmakla birlikte, idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucuna varılamamaktadır" diyerek idari sözleşme saymamaktadır.¹⁶

Anayasa Mahkemesine göre, "3291, 3974 ve 3096 sayılı Yasalara göre düzenlenecek sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verdiği görülmektedir.. Bu Yasa (3974) (yap-işlet-devret ya da (devral-işlet-devret) modelini içeren belli süre ile tesislerin işletme hakkının devrini öngören yasadır. Bu tür yasalarda yönetimi üstün kılan hükümler bulunması kaçınılmazdır". Yüksek Mahkeme yönetimine üstünlük tanıyan kuralara örnek olarak, 3974 sayılı Yasadaki, teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık.. ve işletme birimlerinin tümüyle özelleştirilmesine kadar 233 sayılı KHK'ye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgilerinin devam etmesini; sermayelerindeki kamu payı % 50'nin altına düşünceye kadar kuruluşları, faaliyetleri, organları, yönetimi, denetimi ve sermaye miktarını tesbite aynı Bakanlığın yetkili olmasını örnek göstermektedir.¹⁷

B. İDARENİN ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

Türk idare hukuku öğretisinde idari sözleşme türlerine ilişkin, bazı istisnalar olmakla beraber, genelde bir görüş birliği bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Öğretide idari sözleşme türleri olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu istikrazı sözleşmesi, idari hizmet sözleşmeleri konusunda görüş birliği bulunmakla beraber; maden ve orman işletme sözleşmeleri ile kamu malının işgali ve kullanılmasına ilişkin sözleşmeleri de idari sözleşmeye örnek gösterenler vardır.¹⁸

Öte yandan idarenin bayındırlık işleri, malzeme satınalma taşıma gibi işleri konusunda yaptığı sözleşmeler kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Gerçi bu tür sözleşmelerin yapılmasında da başta 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu olmak üzere yasalar ve diğer düzenleyici işlemlerle belirlenen idari usuller izlenmekte ve dolayısıyla sözleşmenin yapılmasına kadar geçen aşamalardaki usulsüzlükler idare hukuku

¹⁵KIT'lerdeki sözleşmeli personele ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 tarih ve E. 988/5-K, 988/55, sayılı kararı. RG; 25.7.1989, sayı: 20232, s. 49 vd.; U.M. 22.10.1990 E. 990/29-K. 990/29, RG; 9.12.1990, sayı: 20720, s. 18 vd.

¹⁶UM; 8.7.1991, E. 991/15-K. 991/16, RG; 20.10.1991, sayı: 20127, s. 63. Danıştay da mezbaha hizmetlerinin yürütülmesi için belediye ile EBK arasında yapılan sözleşmeyi, "idarenin gerektiğinde kullanılmak üzere üstün yetkilerle donatıldığını gösteren bir hüküm bulunmadığı, aksine olarak hak ve yükümlülükler bakımından da eşitliğin öngörüldüğünün" anlaşıldığını belirterek "özel sözleşmesi" olarak nitelenmektedir. 8.D; 16.1.1985, E. 984/495-K.985/46, DD; sayı: 60-61, 1986, s. 352.

¹⁷9.12.1994, E. 994/43-K. 994/42-2, RG; 24.1.1995, sayı: 22181, s. 3 vd.

¹⁸Duran, op. cit., s. 428; Ş. Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 1994, s. 252; İ. Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1994, s. 477; K. Yenice ve Y. Esin, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983, s. 119; P. Bilgen, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970.

esaslarına göre idari yargıda yargılanmaktadır. Kısacası, bu konularda karma bir hukuki rejim uygulanmaktadır. Bu tür sözleşmelerin de idari rejimi benimseyen ülkelerde idari sözleşme sayılması, örneğin Fransa'da özel hukukun yapısal özellikleri ile açıklanıp, bizim hukuk sistemimiz açısından özel hukuk sözleşmesi sayılmalarının daha isabetli olduğu ileri sürülmektedir.¹⁹ Benzer bir görüş de su, havagazı, elektrik abonman sözleşmeleri ile yol ve benzer bayındırlık işi taahhüt sözleşmelerinin de idari sözleşme olarak nitelenmeleri mümkün olmakla beraber, "pratik düşünceler ve uyumsuzlukların olağan adli yargı yerlerince çözümlenmesinin kolaylığı"nın böyle bir sınırlamayı haklı kıldığıdır.²⁰

İdari sözleşmeleri "konusu yönünden idari sayılması gerekenler" ile "taşıdığı olağanüstü hüküm ve şartlar nedeniyle" idari sayılanlar olarak ikiye ayrılan Yenice-Esin, bayındırlık, levazım, satınalma ve hizmet sözleşmelerini ikinci türe sokarak, bu tür işlerin idari sözleşme kadar özel hukuk sözleşmesine de konu yapılabileceğini savunmaktadırlar.²¹

Ancak, yargı organlarının bu konuda kategorik bir yaklaşım izledikleri gözlenmektedir. Danıştay'a göre, "2490 sayılı Yasaya göre imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olacağından, sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkan ve sözleşmenin feshi, işin tasfiyesi ilgili olan uyumsuzlukların da sözleşmeden hareket edilmek suretiyle ve sözleşme esasları içinde özel hukuk hükümlerine göre çözümleneceği, bu çözümlenmenin ise idari yargı mercilerince değil, adli yargı mercilerince yapılacağı açıktır."²²

Son yıllarda özellikle yerel idarelerdeki özelleştirme uygulamaları çerçevesinde bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yoluna gidilmekte ve hizmetin verileceği özel kişi 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundaki usuller izlenerek belirlendikten sonra bir sözleşme yapılmaktadır. Örneğin, son yıllarda çeşitli belediyeler çöplerin toplanıp taşınması işini 2886 sayılı Yasaya (m. 36) göre kapalı teklif usulü ile ihaleye çıkardıkları²³; bazı belediyelerin de "mezarlıkların temizliği, bakımı, ağaç dikilmesi ve sulanması, mezar kazımı, cenaze yıkanması, nakli ve defnedilmesi" işini gene 2886 sayılı Yasaya göre kapalı teklif (eksiltme) usulü ile ihaleye çıkardığı görülmektedir.²⁴

Bu tür hizmetlerin 1580 sayılı Yasaya (m. 15) göre belediyelere verilmiş görevler arasında olduğu gibi gerçektir. Ayrıca bu tür hizmetlerin 2886 sayılı Yasaya göre yap-işlet-devret modeli uygulamasına konu olamayacağı da savunulmaktadır.²⁵

Öte yandan, yerel idarelerce yap-işlet-devret adı altında Devlet İhale Kanununun 51/g hükmüne göre pazarlık usulü bir bayındırlık işi sözleşmesi ile birlikte bedel yerine

¹⁹Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE, 1968/70, s. 187.

²⁰Y. Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 122.

²¹Yenice-Esin, *op. cit.*, s. 199.

²²12. D; 18.4.1979, E.979/1427-K.979/1461, DD; sayı: 36-37, s. 613.

²³İstanbul Bahçelievler Belediyesinin ilanı için bkz. RG; 28.6.1995, sayı: 22327, s. 49.

²⁴İzmir Büyükşehir Belediyesi ilanı için bkz. RG; 28.6.1995, sayı: 22327, s. 67.

²⁵A.G. Şenalp ve A. Bilir, *Yap-İşlet Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği*, *Türk İdare Dergisi*, sayı: 382, s. 133 vd.

yüklenicinin (müteahhit) teklif edeceği belirli bir süreyi kapsayan ve "hasılat kirası sözleşmesine benzer bir sözleşme"nin aynı zamanda yapıldığını belirten Bilgen'e göre, bunlar bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesinin özel kişilere devrini içerdikleri için kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir. Oysa, belediyelerin 1580 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde sayılanlar dışında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yapma yetkileri bulunmadığı da savunulmaktadır.^{25a}

Dolayısıyla, 2886 sayılı Yasadaki usul izlenerek yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağı yönündeki kategorik değerlendirmenin yanlışlığı açıktır. Böyle bir düşünce, kamu hizmeti imtiyazında idarenin imtiyaz vereceği kişiyi seçme konusunda takdir yetkisinin varlığına, yasa aksini öngörmedikçe istekliler arasında yarışmayı sağlayacak ihale usullerine başvurma zorunda olmayışına dayandırılıyorsa bu da açıklık ve şeffaflık sağlamaya yönelik düzenlemelerden sonra değişmiştir. Sözleşmenin nitelenmesinde belirleyici, sözleşmenin yapılmasında izlenen usul değil, sözleşmenin konusu ve ona bağlı olarak sözleşmenin içeriği olmak gerekir.

II. "İMTİYAZ" YERİNE "KAMU HİZMETİNİN DEVRİ" SÖZLEŞMELERİ

Son yıllarda özelleştirme uygulamaları çerçevesinde özel yasal düzenlemelerden kaynaklanan, kimi idari uygulamaların yarattığı usullerle bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesini sağlayan sözleşme türleri ortaya çıkmıştır. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzluklarda yargı organlarının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan tek idari sözleşme türü olarak kabul eden bir yaklaşım içine girip, imtiyaz sözleşmesine işlevsel bir nitelik kazandırdıkları gözlenmektedir. Oysa, günümüzde uygulama alanı çok daralmış imtiyaz usulünün büyük bir değişime uğradığı da kabul edilmektedir. İşte yargı organlarının bu yaklaşımının da etkisi ile bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan yasal düzenlemelerde yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığı, hatta özel hukuk sözleşmesi oldukları açıkça öngörülmek yoluna gidilmiştir.

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde izlenen yöntemlerin çeşitliliği ve dolayısıyla yapılan sözleşmeler arasındaki farklılıklar karşısında işlevsel ve bütünleştirici kavram olarak kamu hizmeti devir sözleşmelerinden söz edilmeye başlanmıştır. Bu yaklaşım idari sözleşme kavramına zenginlik getireceği ve pratik gereksinimlere daha kolay cevap verebileceği gibi; böyle bir işlevsel kavramın varlığı ortak hukuki rejimin belirlenmesini de kolaylaştıracaktır.

A. YENİ SÖZLEŞME TÜRLERİ VE YARGININ YAKLAŞIMI

1. Yasal ve İdari Düzenlemelerden Kaynaklanan Yeni Uygulamalar Sonucu Ortaya Çıkan Sözleşmeler

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine yönelik uygulamalarla beraber yeni sözleşme türlerinin ortaya çıktığına değinmiştik. Bu cümleden olarak 1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı Yasa, TEK dışında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi

^{25a} P. Bilgen, Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında, Kamu Hukuku Bülteni, sayı: 3, Mart 1990, s. 6.

statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektedir. Gerek 3096 sayılı Yasa gerekse uygulama yönetmeliğine göre iki tür sözleşme söz konusudur: "elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi" üzerine yapılacak "görev sözleşmesi" ile görev bölgelerinde "kamu kurum ve kuruluşlarınca (KİT'ler dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesi" sonucu yapılacak "işletme hakkı verilmesi sözleşmesi"dir. İkinci örnek 1988 yılında çıkarılmış olan 3465 sayılı Yasa'ya göre özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin otoyolların veya yapılmış veya yapılacak otoyollar üzerindeki yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakım ve işletilmesi ile görevlendirilebilmesidir. 3465 sayılı Yasa'nın Uygulama Yönetmeliğine göre, verilen görevin yerine getirilmesi koşullarını belirlemek üzere Karayolları Genel Müdürlüğü ile görevli şirket arasında bir sözleşme yapılacaktır.

Elektrik ve otoyol konusundaki yasaları köprü, baraj, tünel, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı, deniz ve hava limanları konularında yap-işlet-devret modelinin uygulanmasını düzenleyen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun izlenmiştir. Yasa (m. 5) bu konularda idare ile sermaye şirketi arasında "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme" yapılacağını ve sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağını öngörmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası (m. 15) da genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretimi birimleri (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar vb.) ile varlıklarının; Kamu İktisadi Kuruluşları ile bunların müessesesi, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin kullanma hakkınının 49 yıllığına "işletme hakkı verilmesi", "kiralama" ve "diğer yöntemlerle" özel kişilere devrini düzenlemektedir. Daha önce çıkarılmış olan 2983 sayılı Yasa da KİT'lere ait müessese, bağlı ortaklık, işletme ve benzerlerinin, mülkiyet hakkı saklı kalarak, belirli süre ve koşullarla, gerçek ve tüzel kişiler tarafından işletilmesini ve varsa ürünlerinin pazarlama ve dağıtımının yapılmasını öngörüyordu. 2983 sayılı Yasa (m. 3/e) ve Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliğine göre bu amaçla bir "işletme hakkı sözleşmesi" yapılacaktır.²⁶

Öte yandan, VII. BYKP Statejisinde de genel ve katma bütçeli kuruluşlar ile döner sermayeli kuruluşlara ait hizmet üretim birimlerinin ayrı işletmeler halinde örgütlenerek, yönetimlerinin "işletme hakkının devri" veya "yönetim sözleşmesi" aracılığı ile girişimci gruplara verileceği öngörülmektedir.

Öte yandan, yerel hizmetlerin özelleştirilmesi çabaları çerçevesinde belediyelerin, bu alanda yasal düzenleme boşluğundan da yararlanarak çok değişik uygulamalara gittikleri gözlenmektedir.²⁷ Son yıllarda sık örneği görülen temizlik işlerinin özelleştirilmesinde olduğu gibi, daha düşük bedelle hizmeti sunmayı kabul edenin bulunmasına yönelik ihale yöntemi izlenerek belirlenecek şirket ile belediye arasında bir

²⁶RG; 6.5.1995, sayı: 22279, s. 57.

²⁷O. Pirlar, Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli, Çağdaş Yerel Yönetimler (Ç.Y.Y.), c. 4, sayı: 1, s. 47 vd.; Z. Doğan ve M. Dağ, Belediyelerde Özelleştirme ve Örnek Bir Uygulama, Ç.Y.Y., c. 4, sayı: 3, s. 47 vd.

sözleşme yapılmaktadır. Bu durumda belediyenin hizmetten sorumlu olmayı sürdürdüğü ve hizmetteki aksamalardan belediyenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir.²⁸

2. İmtiyaz Sözleşmesi İşlevsel Bir Kavram mıdır?

a. Yargı Kararlarına Göre İmtiyaz Usulü

Yargı organlarının imtiyaza işlevsel bir anlam vererek, kamu hizmetinin kurumlaşması ve/veya işletilmesinin özel kişiye devrine ilişkin sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak niteledikleri gözlenmektedir. Örneğin Danıştay bir kararında, imtiyaz sözleşmesinin "tanınan bazı mali menfaatler karşılığında kamu hizmetinin hususi bir şahsa gördürülmesi anlamını tazammun ettiği"ni söylerken²⁹; bir başka kararında da imtiyazı, "İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi"³⁰ olarak tanımlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "kamu hizmetinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir (idari sözleşme) uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir."³¹ Gene Yüksek Mahkemeye göre, "Konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler (kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) olarak tanımlanmaktadır."^{31a} Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerine imtiyaz ile özdeşleştirmektedir.

Yargı organları kamu hizmeti imtiyazına verdikleri bu genel ve kapsayıcı anlam doğrultusunda, yukarıda değindiğimiz özel yasal düzenlemeler sonucu ortaya çıkan sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelemiştir. Zira, TEK dışında özel hukuk kişileri ile elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konusunda yapılacak sözleşmeler Danıştay'a göre, konusu kamu hizmeti olduğu için "idari karakterde olduğu" gibi imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran, kamu hizmetinin özel girişimcinin kar ve zararına kurulup işletilmesi, imtiyaz süresince yararlananlardan alınacak bedel veya ücretin esaslarının yasa ile belirlenen tarife üzerinden alınması ve nihayet imtiyazın belli ve uzun bir süre için verilmesi gibi özellikleri de içermektedir.³²

Anayasa Mahkemesi de 3096 sayılı yasa çerçevesinde yapılan görevlendirme ve işletme hakkı devri sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinden farklı olmadığı sonucuna varırken, "Yasa ile getirilen yöntem, ayrıcalığın (imtiyazın) tüm

²⁸Doğan ve Dağ. loc. cit., s. 50.

²⁹DDK; 27.6.1970, E. 967/702-K. 970/425, Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, 1. Kitap, Ankara, 1981, s. 477.

³⁰I. D; 24.9.1992, E. 992/232-K.992/294, DD; sayı: 87, s. 37.

³¹9.12.1994 tarih ve E. 994/43/K. 994/42-2 sayılı karar. RG; 24.1.1995, sayı: 22181.

^{31a} 28.6.1995, E. 994/71-K.995/23 sayılı karar. RG; 20.3.1996, sayı: 22586, s. 51.

³²I.D; 24.9.1992, E. 992/232-K. 992/294, DD; sayı: 87, 1993, s. 33 vd. 10. D; 29.4.1993, E. 993/1-K. 993/1752, yayınlanmamıştır.

öğelerini içermektedir. Sermaye riski de kendisinin olmak üzere özel hukuk kişisi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 99 yıl süreli bir idari sözleşme yapılacaktır. Yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'ya göre süre sonunda tüm tesisler ve mallar borçtan arınmış olarak idareye geçecektir"³³

Öğretide de bu tür sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi sayılması gerektiği yönündeki görüşler ağırlık taşımaktadır.³⁴ Hatta, Duran'a göre, "Belediyelerin toplu taşımacılık konusunda geçici olarak özel kişilere verebileceği ruhsatlar dışında, Anayasaya göre, yürütme ve idarenin kamu hizmeti ve faaliyetlerini imtiyaz usulünden başka bir yöntemle özel teşebbüse bırakması mümkün bulunmamaktadır."³⁵

b. İmtiyaz Usulündeki Değişim

Yukarıda değindiğimiz öğretide ve yargı kararlarındaki yaklaşım, imtiyaz usulünün yüzyılın başından bugüne geçirdiği değişimi gözardı ettiği izlenimi vermektedir. Zira, imtiyaz sözleşmesini öteki idari sözleşmelerden ayıran bir özellik olarak vurgulanan, hizmeti tüm sonuçları kendisine ait olmak üzere, imtiyaz alan özel kişinin kurması koşulu artık aranmamaktadır. Hizmetin gerektirdiği yatırımların bir bölümü veya tümü idare tarafından üstlenilebildiği gibi; hizmetin görülmesi sırasında imtiyaz sahibine yardım yoluna da gidilmektedir. Sonuçta idare ile imtiyaz sahibi kişi arasındaki ilişkinin, mal ayrılığından mal birliğine dönüştüğü ve aralarında bir ortaklık (association) ortaya çıktığı kabul edilmektedir.³⁶

Öte yandan, imtiyaz sahibinin gelirini hizmetin yürütülmesi sırasında yararlanarlardan aldığı ücretle karşılması ve bu ücretin de idarenin onaylayacağı tarife ile belirlenmesi de artık kamu hizmeti imtiyazının ayırdedici özelliği olmaktan çıkmıştır. Önemli olanın şu ve bu şekilde hizmetin görülmesinde elde edilen gelirle imtiyaz sahibinin yaptığı giderlerin karşılanmasıdır.³⁷ Ücretin idarece belirlenmesi ilkesinden de ayrılarak, imtiyaz sahibi şirkete başlangıçta ücreti serbestçe belirleme olanağı da tanınmaktadır.³⁸

³³9.12.1994, E. 994/43/-K.994/42-2, RG; 24.1.1995, sayı: 22181.

³⁴Ozay ve Bilgen'in görüşleri için bkz. T. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline, SBFD; c. 47, sayı: 3-4, 1992, (B. Gürsoy'a Armağan), s. 319 vd.

³⁵Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 161. Kalamış koyunda bir barınak (marina) inşa ettiren Kadıköy Belediyesinin "giderleri ve riski kendisine ait olmak üzere bir kamu hizmeti kurmuş" (limanlar ve barınakların kamu emlakı olmaları dolayısıyla kurulup işletilmelerinin klasik kamu hizmeti olduğu gerekçesiyle) olduğunu belirten Bilgen, işletilmesinin "hasılat kirasına benzer bir kira sözleşmesi" ile özel kişilere devredilmesini yetki saptırılması olarak nitelemekte, ihale kararlarının da yetki, konu ve amaç yönünden hukuka aykırılığını savunmaktadır. Bilgen, loc. cit., Kamu Hukuku Bülteni, s. 6.

³⁶J. Rivero ve J. Waline, Droit Administratif, Dalloz, 15. ed., Paris, 1994, s. 408.

³⁷C. Chenaud-Frazier, la notion de délégation de service public, RDP; 1995, No: 1, s. 190 vd.

³⁸Örneğin Fransa'da otoyol yapımı ve işletilmesi imtiyazlarında ilk on yıl geçiş ücretini belirleme yetkisi imtiyaz sahibi şirkete tanınmaktadır. Bkz. J. F. Poupinel'in

İmtiyaz sahibinin gelirini hizmetten yararlananlardan alacağı ücretle karşılması özelliğinin bir uzantısı olarak imtiyaz usulünün yalnız ücretlendirilebilir ve yararlananların saptanabilir olduğu hizmetler için geçerli olacağı; bir başka deyimle, "iktisadi kamu hizmetleri" için uygulanabilir yöntem olduğu görüşü³⁹ de terkedilmiş görünmektedir. Yöntemin idari kamu hizmetleri alanında da uygulanabilir olduğu görüşü yaygındır.⁴⁰

Nihayet, idarenin imtiyaz vereceği özel kişiyi seçmede sahip olduğu geniş takdir yetkisinin de, AB hukukunun etkisi ile, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan tüm sözleşmelerin yarışma ve rekabeti düzenleyen ortak usul kurallarına bağlanma girişimlerinden sonra değişime uğradığı kabul edilmektedir.⁴¹

Görüldüğü gibi yargı kararlarında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini öteki idari sözleşmelerden ayırdedici özellikler olarak gösterilenler zaman içinde önemli değişimler geçirmiştir. İmtiyazın belirlenmesindeki bu güçlükler karşısında, bu usulün uygulanmasını sınırlandırma düşüncesinin etkisiyle de olsa gerek, yasama organı imtiyazı bizzat tanımlamak yoluna gitmiştir.

Özelleştirme uygulamalarını düzenlemek amacıyla çıkarılan 4046 sayılı Yasa (m. 15/5), imtiyaz usulüne konu yapılabilecek faaliyetleri, "Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri" ile sınırlamaktadır. Yasa, bu tür hizmetlerin özel kişilere götürülmesi amacıyla imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi yapılacağını öngörmektedir. İlk bakışta imtiyaz usulünün uygulama alanını belirlemek suretiyle uygulamadaki duraksamaları giderdiği izlenimi vermekle beraber, bu düzenlemenin de bazı hukuki sorunlar yaratması olasıdır. Örneğin, İDT statüsündeki Türkiye Denizcilik İşletmeleri tarafından tekel niteliğinde yürütülen klavuzluk ve römorkörcülük işleri nasıl özelleştirilecektir?⁴² Öte yandan, bir KİK olan Türk Telekomünikasyon AŞ'nin özelleştirilmesine ilişkin 4107 sayılı Yasa, mobil telefon ve cep telefonu hizmetleri için tesis ve işletme izinlerinin bu amaçla hizmet vermek üzere kurulmuş sermaye şirketlerine verilmesinden söz etmektedir. Bunun anlamı imtiyaz sözleşmesi yerine en yüksek bedeli önerene işletme lisansının verilmesidir ki bu hükmü 4046 sayılı Yasa'daki (m. 15/5) düzenleme ile bağdaştırmak güçtür.

konusması, in Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk Fransız Seminer Tebliğleri, Ankara, 1994, s. 85.

³⁹Duran, op. cit., s. 339.

⁴⁰A. de Laubadere-P. Delvolve, *Traite des Contrats Administratifs*, Tome: 1, LGDJ; Paris, 1983, s. 320; Rivero-Waline, op. cit., s. 399; R. Chapus, *Droit Administratif General*, Tome 1, 4. ed. Montchestien, Paris, 1988, s. 409; J. F. Laucharme, *Grands Services Publics*, Paris, 1989, s. 201.

⁴¹T. Alibert, "L'intuitus personae" dans la concession de service public: un principe en mutation?, *Revue Administrative*, 1990, No: 258, s. 507 vd; M. Guibal, *Marches publics et délégations de service public*, AJDA; 1993, s. 191

⁴²Özelleştirme kapsamında bulunan Türkiye Denizcilik İşletmeleri Genel Müdürlüğünün "Klavuzlama ve Römorkaj", "Fenerler İdaresi" ve "Kıyı Emniyeti" gibi en karlı birimlerinin kime devredileceği Özelleştirme İdaresi ile Denizcilik Müsteşarlığı arasında sorun yaratmıştır. M. Soysal, *Harika Çocuklar Modeli*, *Hürriyet Gazetesi*, 19.7.1995.

B. İŞLEVSEL AÇIDAN BÜTÜNLEŞTİRME VE KAMU HİZMETİ DEVİR SÖZLEŞMELERİ

1. Kamu Hizmeti Devir Sözleşmeleri ve İdari Sözleşme Kuramı

a. Yeni Sözleşme Türleri

Bazı kamu hizmetlerini özel kişilere gördürme girişimleri sonunda, yukarıda da değindiğimiz gibi, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini konu olmakla beraber farklı yöntemler benimseyen sözleşmelerin yapıldığı gözlenmektedir. Dolayısıyla, bu farklılıkları gözardı ederek, tüm bu sözleşmeleri esasen başlangıçtaki özelliklerini kaybetmiş kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile özdeşleştirmek, hukuken açıklanması zor sorunlar yarattığı gibi, gelişmelere kapalı tutucu bir yaklaşım olmaktadır. Kaldı ki, Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyazı usulünü düzenleyen 1329 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun da yürürlükte olmakla beraber günümüzün gereksinmelerine karşılık veremediği için uygulanmamakta; dolayısıyla terkedilmiş bir usul olarak görünmektedir.^{42a}

Bugün artık "devredilmiş yönetim" (gestion délégué) gibi deyimlerle, kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesini konu alan "isimli" (nomme) veya "isimsiz" (innomme) çeşitli sözleşme türlerinden söz edilmekte, kamu hizmeti imtiyazının da özgünlüğünü kaybetmekte olduğu vurgulanmaktadır⁴³; yasa koyucunun hizmet devirleri ile yeni bir alan açtığı ve idari sözleşme hukukunun bir bölümünün yeniden şekillendiği savunulmaktadır.^{43a} Fransız idare hukukunda kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan sözleşmeler dört grupta toplanmaktadır:

İmtiyaz (concession): Temel özelliği imtiyazı alan özel kişinin hizmet için gereken yatırımı yapıp tesisi kurması, kendi hesabına (kar ve zararı kendisine ait) işletmesi ve bu arada hizmetten yararlananlardan bir bedel almasıdır.

İltizam (affeérage): Hizmet için gereken tesis idare tarafından kurulmakta işletmesi özel kişi tarafından yapılmakta, yararlananlardan bir karşılık almaktadır.

Müşterek emanet (régie intéressé): Tesisin kuruluşu ve işletmesi idareye aittir. Özel kişi hizmeti yürütüp yararlananlardan elde ettiği geliri idareye vermekte; idare de özel kişiye, sağlanan gelire göre değişen, götürü bir karşılık ödemektedir.

İdare adına yönetim/işletme (Gérance): Özel kişi idare adına ve hesabına hizmeti görmekte, karşılığını idareden almaktadır. Hizmetten sağlanan gelir özel kişiye ödenecek paraya yetmezse fark idarece karşılanmakta, gelir fazlası olursa idareye kalmaktadır.

Öte yandan, gene Fransız hukukunda 70'li yılların sonunda yapılan yasal düzenlemeler sonucu, özellikle yerel idarenin toplu taşıma hizmetleri konusunda imtiyaza

^{42a} Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 1994, s. 252; Özay, op. cit., 1994, s. 479.

⁴³ Chenuaud-Frazier, loc. cit., s. 177-178.

^{43a} Douence, loc. cit., s. 938.

benzer yöntemlerin geliştirildiği ve bunun sonucunda da, "hasar ve zararları içeren yönetim sözleşmesi" (contrat de gestion aux risques et périls), "gelir garantili yönetim sözleşmesi" (contrat de gestion avec garantie de recette), "götürü ücretle yönetim sözleşmesi" (contrat de gestion à prix forfaitaire) ve "idare hesabına yönetimin sözleşmesi" (contrat de gerance) gibi sözleşme türlerinin ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁴⁴ Ancak, bu sözleşme türleri arasında ayırımın netliğini kaybettiği, dolayısıyla sözleşme türlerini yerli yerine oturtmada yargı organlarının güçlüklerle karşılaştığı da dile getirilmektedir.^{44a}

Aslında, Danıştay da 1990 yılında verdiği bir istişari kararında⁴⁵ "kur-işlet-devret modelinin" gerçekleştirilebilmesi için iki yol izlenebileceğini, bu yollardan birinin özel bir yasal düzenleme -ki 3465 sayılı Yasa ile otoyol konusunda olduğu gibi- yapılarak modelinin uygulanma biçiminin saptanması; ikinci yolun da modele ilişkin bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartlaşmasının hazırlanıp Danıştay incelemesinden sonra yürütme organınca yürürlüğe konulması olduğunu söylemektedir. Ancak, idari sözleşme kuramında da yeni gelişmelere dayanak oluşturabilecek bu görüş, yukarıda değindiğimiz sonraki kararlarda benimsenmemiştir.

Bununla beraber, başta da değindiğimiz gibi, değişik yasal düzenlemelerle farklı sözleşme türleri yaratılmıştır. Örneğin, görev sözleşmesi, işletme hakkı verilmesi sözleşmesi (3096 sayılı Yasa); imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme (yap-işlet-devret modeli uygulamasında 3996 sayılı Yasa); işletme hakkı sözleşmesi (2983 sayılı Yasa ve daha sonra 4046 sayılı Özelleştirme Yasası) bu cümleden sayılabilir. Bu sözleşmeler başta değindiğimiz idari sözleşme ölçütleri açısından değerlendirildiğinde idari sözleşme olarak nitelendirilebilirler.

Nitekim, öğretilerde de özelleştirme ve yap-işlet-devret yönteminin uygulanmasına koşut olarak idari sözleşmelerin uygulama alanının genişlediği görüşü yaygındır.⁴⁶ Hatta, 521 sayılı Danıştay Kanununun idari sözleşmelerde doğan davaları düzenleyen hükmünün (m. 30/C), yalnızca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini kapsadığı ve idari sözleşmelerin bunlardan ibaret olduğu görüşünü eleştiren Duran⁴⁷, 2575 ve 2576 sayılı yasalardaki düzenlemelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi dışında başka idari sözleşmelerin varlığını kanıtladığı görüşündedir⁴⁸. Gerçekten, 2575 sayılı Yasa (m. 24) "imtiyaz sözleşmelerinden" söz ederken, 2576 sayılı Yasa (m. 5) "genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmeler" deyimini kullanmaktadır. Kısacası, yeni idari sözleşme türlerinin geliştirilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır.

⁴⁴Laubadere-Moderne-Delvolve, op. cit., tome: 1, s. 321 vd.

^{44a}Rouen belediye başkanı senatör Gautier'nin konuşması, in Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Ankara, 1994 s. 36.

⁴⁵I.D.; 28.6.1990, E. 990/94-K.990/109. (yayınlanmamıştır)

⁴⁶Gözübüyük, op. cit., 1994, s. 252; Özay, op. cit., 1994, s. 479.

⁴⁷Duran, op. cit., s. 429

⁴⁸Duran, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülhazaralar (III), AID; c. 18, sayı: 4, 1985, s. 67 vd.

b. Yeni Sözleşmeler İdari Sözleşmenin Özelliklerini Taşımaktadır

Başta değindiğimiz idari sözleşme ölçütleri açısından değerlendirildiğinde bu yeni sözleşme türlerinin de idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı görülmektedir. Bu açıdan ilk araştırılması gereken sözleşmelerin konusunu kamu hizmetinin oluşturup oluşturmadığıdır. Kamu hizmetinin tanımlanması zor bir kavram olduğuna değinmiştik. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirttiği gibi, "Bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır"⁴⁹. Bir başka deyimle, "yasama organı anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir"⁵⁰. Özel kişilere gördürülmek istenen hizmetlerin çeşitli yasal düzenlemelerle, bazıları tekel niteliğinde olmak üzere, çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına verilmiş hizmetler oldukları görülmektedir.⁵¹

Söz konusu sözleşmelerin idareye kamusal yetki ve ayrıcalıklar veren kurallar içermesi bakımından da idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı söylenebilir. Bu özelliklere yukarıdaki açıklamalarımız sırasında örnek verdiğimiz Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında değinildiği için burada yinelemeyeceğiz.⁵²

2. Yeni İdari Sözleşme Türleri İçin Ortak Hukuki Rejim Arayışı

a. Ortak Usul Kurallarının Belirlenmesi

Yürürlükteki yasal ve idari düzenlemeler bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan sözleşmelerin yapılması usulünü belirlerken hizmetin verileceği özel kişinin seçiminde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu dışında değişik usuller getirmektedir. Örneğin, daha önce değindiğimiz 3096, 3465, ve 3996 sayılı yasalar doğrudan bu usulleri belirlememekte, uygulamaları için çıkarılan yönetmelik ve kararlarla bazı usuller getirilmektedir.⁵³ Bu düzenlemelerin "açıklık" "rekabet"i sağlamak açısından yeterli oldukları söylenemez. Zira, getirilen kuralların yetersizliği yanında istisna kurallarının çokluğu idareye geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Nitekim Afşin-Elbistan Termik Santralının yap-işlet-devret yöntemi ile özel bir şirkete ihalesiz verildiği savları kamuoyunda geniş tartışmalara yolaçmış; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı da

⁴⁹9.12.1994, E.994/43-K.994/42-2, RG; 24.1.1995, sayı: 22181, s. 21.

⁵⁰26.11.1985, E.985/2-K.985/22, RG; 21.1.1986, sayı: 18995, s. 42.

⁵¹Örneğin, köprü, tünel, baraj, sulama tesisleri ve otoyollar 5539 sayılı Yasa ile Karayolları Genel Müdürlüğü, 6200 sayılı Yasa ile de Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisleri, kanalizasyon, yerüstü ve yeraltı otoparkları yapmak 3030 sayılı Yasa ile büyükşehir belediyelerine; haberleşme bir KİK olan Türk Telekomünikasyon AŞ'ye, demiryolları ile deniz ve hava limanları ile 3348 sayılı Yasa ile Ulaştırma Bakanlığına verilmiş görevlerdir.

⁵²Bkz. s. 9'daki açıklamalar.

⁵³Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesini Belirleyen Yönetmelik (RG; 4.9.1985, sayı: 18858, s. 12 vd); Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği (RG; 14.4.1993, sayı: 21552, s. 12 vd.) ve 3996 sayılı Yasa'nın uygulama esaslarına ilişkin Karar (RG; 1.10.1994, sayı: 22068, s. 7 vd.)

TBMM'nde bir soruya verdiği yanıtta 3096 sayılı Yasa uygulamasında ihale koşulunun yer almadığını açıklamıştır⁵⁴. İdare, 3996 sayılı Yasa çerçevesinde yap-işlet-devret modeli ile yapacağı işlerin ihale duyurusunda "...2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olmayıp, ihaleyi yapıp yapmamakta veya kısmen ihale yapmakta veya tercih ettiği talibe vermekte tamamen serbest olup, nedenlerini açıklamak mecburiyetinde değildir" kaydını koymaktadır.⁵⁵

Oysa, rekabetin olmadığı ihalelerde açıklıktan söz edilemeyeceğini, rekabetin de çok sayıda firmanın katılımıyla sağlanabileceğini, bunun da ilanla olacağını söyleyen Sayıştay'a göre, "idarenin istediği firmaların ihaleye davet edilmesi rekabet için yeterli olamaz. Rekabetin oluşması ihalenin herkese açık olması halinde mümkün olur"⁵⁶. Dolayısıyla, kamu hizmetinin özel kişilere devrini konu alan sözleşmelerin de, idari sözleşmeler olarak, yapıları "açıklık, nesnellik ve yarışma ilkelerine uygun" düzenlenmeleri gerekmektedir⁵⁷. Görev vereceği kişiyi seçerken "açıklık, objektiflik, rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde" hareket etmek zorunda olan idare, tercihinin neden ve gerekçelerini kararında belirtmeli ve bu işlemin dosyası bütün ilgililere açık tutulmalıdır⁵⁸.

Avrupa Birliği'nin (AB) kamu ihlallerinde açıklık (publicité) ve rekabeti (concurrency) sağlamak amacıyla çıkardığı direktiflerden sonra üye ülkeler iç hukuklarında bu yönde gerekli düzenlemeleri yapmak yoluna gitmişlerdir. Örneğin Fransa, 1993 yılında "Kamusal Usullerin ve Ekonomik Yaşamın Şeffaflığı ve Yolsuzlukların Önlenmesi Hakkında" bir yasa çıkararak idare mahkemeleri hakkında Yasa'da (m. 22) da değişiklik yapıp, kamu ihaleleri ve kamu hizmeti devir sözleşmelerinin yapılması sırasında, sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, açıklık ve rekabet ilkelerine uyulmadığı gerekçesiyle idare mahkemesi başkanına başvurularak "tedbir kararı" (référé pré-contractuel) alınması olanağını tamıdır. Bu hükme göre, bu ilkelere uyulmadan sözleşme yapılması durumunda zarar göreceği olanlar başvuru hakkına sahiptir. Ancak, bu hakkın kullanılabilmesi için ilgilinin yetkili idari makama başvurması ve isteğin açıkça veya 10 gün içinde cevap verilmeyerek reddi gerekmektedir. İdare mahkemesi başkanı veya yetkili kıldığı yargıç bu ilkelere uyulmasını emretmekte (ordonner) veya sözleşme yapılmasını ve buna ilişkin işlemleri askıya alabilmekte veya sözleşmede bu ilkelere aykırı hükümleri kaldırabilmektedir.⁵⁹ Ancak, bu kararların verilebilmesi için

⁵⁴Cumhuriyet Gazetesi, 7.5.1995

⁵⁵DHMI'nin Atatürk Havalimanı Yeni Dışhatlar Terminal Binası ve Müttemimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşinin duyurusu için bkz. Hürriyet Gazetesi, 17.8.1995.

⁵⁶Sayıştay Daireler Kurulunun 22.9.1993 tarih ve 848/1 sayılı kararı. Sayıştay Dergisi, sayı: 13, 1993, s. 62 vd.

⁵⁷Gözübtüyük, Yönetim Hukuku, 1994, s. 252.

⁵⁸Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 166.

⁵⁹Paris İdare Mahkemesi Başkanının 1998 Dünya Kupası futbol karşılaşmalarının yapılacağı "Grand Stade" ile ilgili kararı ve Christine Brechon-Moulenes'in notu. AJDA, 1995, No: 2, s. 147 vd.

sözleşmenin imzalanmamış olması gerekmektedir.⁶⁰ 1993 tarihli bu Yasa (m. 40) söz konusu sözleşmelere ilişkin Sayıştay denetimine de bazı yenilikler getirmiştir.⁶¹

Türkiye ile Avrupa Birliği arasında Gümrük Birliğini gerçekleştirmeye yönelik Ortaklık Konseyi Kararında (m. 46), bu Kararın yürürlüğünden itibaren mümkün olan en kısa zamanda Akid tarafların kamu alımları piyasalarının karşılıklı olarak açılması amacıyla görüşmelerin başlama tarihini belirleyecekleri kabul edildiğine göre Türkiye'nin kamu alımlarına ilişkin hukuki düzenlemelerini Avrupa Birliği normlarına uydurması gerekecektir.

Yerel idarelerin hizmetleri özelleştirme uygulamalarındaki dağınıklık nedeniyle bu alanda getirilecek ortak rejimin kapsamına bu idarelerin alınmasında zorunluluk vardır. Ayrıca, İçişleri Bakanlığı uygulamada birliği sağlayacak ortak normlar getirme yoluna gidebilir. Nitekim, Fransa'da İçişleri Bakanlığı hangi hizmetlerin özelleştirilebileceği ve özelleştirmede izlenecek yöntemler konusunda sirküler çıkararak uygulamada birlik sağlayacak bazı düzenlemeler getirmiştir⁶².

b. Yargısal Denetim

2576 sayılı Yasa (m. 5/c) "Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara" ilişkin davaları çözüme görevini idare mahkemelerine verirken; 2575 sayılı Yasa (m. 24/1-j) da "imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları" Danıştay'ın çözümleneceğini öngörmektedir. Öte yandan, 2577 sayılı İYUK (m. 32/1) idari sözleşmelerden doğan davalarda yetkili idare mahkemesinin, yasa ile özel olarak gösterilmemişse, "idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki" idare mahkemesi olduğunu öngörmektedir. 2577 sayılı Yasa'nın idari sözleşmelerde yetkili mahkemenin gösterilebileceği kuralı (m. 32.2) ise 1994 yılında 4001 sayılı Yasa (m. 15) ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk idare hukukunda idari sözleşmelerin geçerliği ya da uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların tam yargı davası konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir⁶³. Ancak, Danıştay yirmibeş yıldır, ilgililerin idari sözleşmeye karşı açtıkları iptal davalarını kabul etmektedir⁶⁴.

Uygulamada bazen sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözecek görevli yargı yerinin sözleşmenin içinde veya yasama organınca belirlendiği görülmektedir. Bu şekilde görevli yargı yerinin adli yargı olarak gösterilmesi sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi; idari yargının gösterilmesinin de idari sözleşme olduğunun kanıtı sayılabilir mi? Anayasa Mahkemesi yasa koyucunun özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği sözleşmeyi kendisi bizzat niteleyerek idari sözleşme kabul ettikten sonra; "niteliği gereği idari olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması"nın Anayasa'nın 2.,

⁶⁰CE, 3 novb. 1995, RFDA, 1996, No: 1, s. 159.

⁶¹J.C. Douence ve Ph. Terneyre, Marchés publics et délégations de services publics: nouvelles modifications législatives, RFDA, 1995, No: 5, 983 vd.

⁶²J.O.R.F., 20 Aralık 1987, 14863.

⁶³Ş. Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Ankara, 9. bası, 1993, s. 198 vd.

⁶⁴Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 169.

11., 37. ve 125. maddelerine aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır⁶⁵. Ancak, Yargıtay, "Sözleşmede uyumsuzluk halinde adalet mahkemelerinin yetkili kılınması, davalı kurumun sözleşmeyi genel hukuk kurallarına göre kurmuş olduğunu ifade eder" demektedir⁶⁶. Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi de, sözleşmenin niteliğinin sözleşmede gösterilen yargı yerine göre değil, niteliğine göre tayin edilmesine karşın, "bu işaretin, mukavelenin mahiyeti hakkında tarafların müşterek niyet ve kasıtlarını göstermesi itibariyle ehemmiyeti de dikkate alınmaktan vereste tutulamaz. Çünkü, bir amme hizmetine taalluk ettiği halde hususi hukuk mukavelesi vasfını haiz mukavelenin mevcudiyeti bir hakikattir" demektedir⁶⁷.

Öğretide de sözleşmeye uyumsuzluğu çözecek yargı yerini göstermek üzere konulacak hükümlerin sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemek için yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Başka bir deyimle, sözleşmede uyumsuzlukların idari yargıda çözümleneceğinin öngörülmesi sözleşmenin idari sözleşme sayılmasını gerektirmeyeceği⁶⁸ gibi; idari sözleşmede görevli yargı yerinin adli yargı olarak belirtilmesi durumunda da "kamu düzenine ilişkin bir hususun tarafların idaresiyle değiştirilebileceği ve dolayısıyla bir işlemin ve konusu olan kamu hizmetinin hukuki rejiminin onlarca belirleneceği sonucuna varılır. Böyle bir şey hukuken kabul edilemeyeceğine göre anılan yetki şartı, sözleşmeyi özel hukuk kümesine sokmak şöyle dursun etkisiz ve geçersiz saymak" gerekeceği savunulmaktadır⁶⁹.

Gene bu cümleden olarak son zamanlarda idarenin sözleşmelerine uyumsuzluğun hakem eliyle çözümlenmesi koşulunun (tahkim) konulduğu gözlenmektedir. Bu koşulun konulmasını idarenin sözleşmelerinde "adi mukavele niteliği görme eğiliminden ve alışkanlığından" kaynaklandığı ileri sürülmekle⁷⁰ beraber sözleşmenin idari niteliği yadsınmasa da özellikle yabancı sermayeden yararlanılarak gerçekleştirilen yatırımları gerektiren işlerde yabancı yatırımcıların koşulu olarak da ortaya çıkabilmektedir. Nitekim, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karara (m. 30) göre "uygulama sözleşmelerinde taraflar ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye'de tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler".

Sözleşmede görevli yargı yerinin belirtilmesine ilişkin olarak yukarıda söylenenler tahkim koşulu açısından da geçerlidir. Öğretide ve yargı kararlarındaki baskın görüş idari sözleşmelere konulan tahkim koşulunun geçersiz sayılması gerektiği yönündedir⁷¹. Tahkimin yalnızca çekişmeli (medeni) yargıya giren uyumsuzluklar için söz konusu

⁶⁵9.12.1994, E.994/43-K.994/42-2, RG; 24.1.1995, sayı: 22181.

⁶⁶Yargıtay 13. H.D.'nin 18.12.1988 tarih ve E. 982/6438-982/6996; Duran, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III), s. 67 vd.

⁶⁷U.M. 26.2.1953, E. 953/2-K.953/6, Yenice-Esin, op. cit., 413.

⁶⁸Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 1993, s. 62.

⁶⁹Duran, Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin..... Mülâhazalar (III), s. 67.

⁷⁰Duran, İdare Hukuku Dersleri, s. 434.

⁷¹Danıştay 8. D; 11.1.1966, E. 965/933-K.966/44, DKD, sayı: 100-102, s. 308; Yenice-Esin, op. cit., s. 118; Duran, op. cit., s. 434.

olduğunu, ceza yargısında ve idari yargıda mümkün olmadığını belirten Kuru'ya göre, uygulamada idari sözleşmelere konulan tahkim koşulu geçerli sayılmaktadır.⁷²

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yap-işlet-devret sözleşmelerini imtiyaz sözleşmesi kabul eden yukarıda değindiğimiz kararlarından sonra bu tür sözleşmeleri Danıştay incelemesinden geçirerek yapmaya başlamıştır. Ancak, Danıştay incelemesi sırasında tahkime ilişkin hükümleri sözleşme metninden çıkarmaktadır. Örneğin Gebze Dikovası Kombine Çevrim Doğalgaz Santralının kurulması, işletilmesi ve üretilen elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine satışı imtiyazının Ova Elektrik Anonim Şirketine verilmesi hakkındaki imtiyaz sözleşmesi tasarisını inceleyen Danıştay Birinci Dairesi kararında sözleşmenin 27. maddesinde öngörülen "uzlaşma komisyonu" ve onun kararlarına karşı itiraz halinde "tahkim yolu" 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1/son fıkrası ve 2577 sayılı İYUK'nun 2. maddesinin 1/c bendi uyarınca "imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözülmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle, Tasarının 27 nci maddesinde öngörülmüş bulunan bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesiyle ilgili düzenlemeler metinden çıkarılmıştır" denilmektedir.⁷³

Aslında yabancı şirketlere yaptırılacak işlerle ilgili sözleşmelere⁷⁴ konulacak tahkim koşulu, idare hukuku açısından benzer sisteme sahip Fransa'da da sorun olmuştur. Örneğin, Eurodisney'in yapımı ile ilgili olarak, Fransız Devlet Şurası'nın, Devletin veya yerel idarelerin yabancı şirketlerle yapacakları sözleşmelere tahkime ilişkin hüküm koyamayacaklarına ilişkin istişari kararı üzerine, 19.8.1986 tarih ve 86/9721 sayılı Yasa

⁷²B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. bası, 1991, s. 3988 ve 4003; N. Bilge ve E. Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara, 1978, s. 748. Danıştay'ın fenerler imtiyaz sözleşmesinde yer alan tahkim hükmüne ilişkin olarak, eski tarihli olmakla beraber, bir kararındaki şu ifadeler anlamlı görünmektedir: "Taraflar arasında hususi niza'ların halli hususunda kanunun müracaatına ceviz verdiği yollardan birisi de tahkimdir. Gerçi bu tesis haddizatında hususi ve ferdî münasebetlerde tatbik olunmak üzere müesses bulunmakta ise de Devletin taraf teşkil ettiği hukuku amme münasebetlerinde de bazen bu usulün faydalarından istüna edilmemekte ve binanaleyh bazı ihtilaflar bu yol ile faslolanmaktadır. Nitekim hadisede mevzubahis münazaa, bir umme hukuki ihtilafı olduğu halde Devletçe bunun tahkim usulünde halledilmesi mukavele ile kabul edilmiştir. Diğer taraftan... aslen hususi hukuk münasebetlerine mütenazır olan tahkim hakkında idari kazanın muhakeme usulleri bir hüküm sevketmemiş olmakla beraber inşa ve binası adli kazadan farklı olan idari kazada hakimnin adli esaslardan ilham alması umumen kabul edilmiş hukuk kaidelerindedir." Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 37/238 sayılı kararı için bkz. B. Başpınar, İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 517 vd.

⁷³I.D.; 10.4.1996, E. 995/178-K.996/78 sayılı karar (yayınlanmamıştır).

⁷⁴"Devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasında yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi hakkında sözleşme"nin 1988 yılında 3460 sayılı Yasa ile onaylanmasının uygun bulunmasından sonra yabancı sermayeli yap-işlet-devret sözleşmelerinin yargısal denetiminin Türk organ ve makamlarınca gerçekleştirilmesinin olanaksız hale gelebileceğine dikkat çeken Duran'a göre, sözleşme onaylanırken Türk mahkemelerinin taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarına ilişkin münhasır yetkisinin saklı tutulması ile münferit ikili anlaşmazlıklarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanına götürülmesine ilişkin sözleşme hükmüne (m. 64) rezerv konulması da yap-işlet-devret uygulamasının yabancı mahkemeler önüne götürülmesini önleyemeyecektir. Duran, Yap-İşlet-Devret, s. 170.

çıkartılarak, "ülke yararına" (interet national) işlerin gerçekleştirilmesi amacıyla Devletin, yerel idarelerin ve kamu kurumlarının yabancı şirketlerle yapacakları sözleşmelere tahkime ilişkin hüküm koyabilecekleri kabul edilmiştir.⁷⁵

Her hukuk sisteminde idari uyuşmazlıkların çözümünde bir yandan idari yargının yükünü hafifletmek, öte yandan da uyuşmazlıkları basit yöntemlerle hızla çözüme kavuşturmak amacıyla alternatif çözüm yolları arayışına girildiği gözlenmektedir.⁷⁶ Türkiye Futbol Federasyonu ile klüpler arasındaki uyuşmazlıkların 3461 ve 3813 sayılı yasalarla, idari yargının görev alanından çıkarılıp Tahkim Kuruluna verilmesi de bu açıdan ilginç bir örnek oluşturmaktadır.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma yönteminin giderek çeşitlenip yaygınlaşması karşısında idari sözleşme kuramının gözden geçirilmesinde yarar olduğu açıktır. Bu yapılmadığı sürece, bugün olduğu gibi, tüm bu uygulamaları esasen çok değişiklik geçirmiş imtiyaz hukuki rejimi içinde ele alıp açıklamaya çalışmak günümüz gerçekleri ile bağdaşmamaktadır.

Öncelikle kamu hizmeti imtiyazına ilişkin tarihi yasal düzenleme kaldırılarak yerine günümüzdeki sözleşme türlerine ortak bir hukuki çerçeve oluşturabilecek bir yasal düzenleme konulmalıdır. Bu yasal düzenleme sözleşmelerin yapılmasında açıklık ve yarışmayı olanaklı kılacak kurallarla desteklenmelidir.

⁷⁵Françoise Decarouge, *Le juge administratif et les modes alternatif de réglemant des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français*, RFDA, 1996, No: 1, s. 86 vd.

⁷⁶Fransız Devlet Şurası tarafından "régler autrement les conflits" konulu 4.2.1993 tarihli bir rapor hazırlanmıştır. Fransa'da tahkim gibi alternatif yöntemlerin henüz mayalanma aşamasında, özellik taşıyan kamu ihaleleri (marchés) gibi alanlarda da deneme aşamasında olduğu ileri sürülmektedir. Decarouge, loc. cit, s. 87.