

İDARİ SÖZLEŞMELERDE ÖLÇÜT SORUNU

Criterion Problem in Administrative Contracts

Dr. M. Ayhan TEKİNSOY*

GİRİŞ, I.YASANIN NİTELEDİĞİ SÖZLEŞMELER, A.Yasayla Nitelemenin Anlamı, B.Yasayla Nitelemenin Etkisi, II.İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ, A.Organik Ölçüt - Kamu Tüzelkişisi Şartı, B.Maddi Ölçüt, 1.Kamu Hizmeti Ölçütü, 2.Özel Hukuku Aşan Şartlar, 3.Özel Hukuku Aşan Hukuksal Rejim, 4.Maddi Ölçütlere İlişkin Değerlendirme, III.TÜRK YARGI ORGANLARININ KARARLARINDA KULLANILAN ÖLÇÜTLER, **SONUÇ**

ÖZET

İdari sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejime, kamu hukuku rejimine tabidir. Özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal kategori oluşturmakla birlikte, hangi sözleşmelerin idari sözleşme sayılacağı ya da sayılması gerektiği tartışmaya açıktır. Bu alanda bir yandan yasal düzenlemelerle sonuca varılmaya çalışılmakta, bir yandan da sözleşmenin niteliğini belirlemek üzere “idari sözleşme ölçütleri” kullanılmaktadır.

İdari sözleşme kavram ve rejiminin ortaya çıkışı ve gelişiminde Fransız uygulaması önem taşımıştır. Ancak Türk hukukundaki uygulama, önemli farklar içermektedir.

İdari sözleşme kategorisinin oluşturulmasında, kamu hizmeti imtiyazının önemli etkisi olmuş ve idari sözleşme kuralları, kamu hizmeti imtiyazından örnek alınarak oluşturulmuştur. Türkiye’de uzunca bir dönem boyunca, imtiyaz dışında bir idari sözleşme uygulamasının olmaması da bu etkiyi güçlendirmiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

İdari sözleşmelerin belirlenmesinde klasik olarak “kamu hizmeti” ve “özel hukuku aşan şart” ölçütleri kullanılmakla birlikte, bu ölçütlerin yeterli olmadığı açıktır. Sözleşmeyle kurulan ilişkinin niteliğine dayanan bir yaklaşımı belirleyici sayan “özel hukuku aşan rejim” ise bir ölçüt olarak kullanılma açısından basit ve net olmamakla birlikte idari sözleşmenin açıklanmasında daha gerçekçidir.

Türk hukukunda kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılan kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelerin bu tür bir rejimin iyi bir örneği olduğu düşünülebilir. Böylece, idari sözleşmenin algılanmasında sorun doğuran kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan idari sözleşme ölçütlerindeki bulanıklık ortadan kaldırılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari sözleşme, idarenin özel hukuk sözleşmeleri, kamu hizmeti, imtiyaz, kamu ihalesi.

ABSTRACT

Administrative contracts are subject to a different legal regime from that of private law contracts; that is, public law. There is, however, a disagreement over determining which contracts can or should belong to this group. In general, legal regulations and “administrative contract criteria” are employed to define the nature of the contract.

French administrative law practice has been decisive over the birth and development of the concept and regime of administrative contract. However, Turkish law bears significant differences from this tradition. In the Turkish case, public service concession, from which concept the rules of administrative contract have been drawn, plays a significant role. This has been accelerated by the fact that for a long time concession has been accepted as the only form of administrative contract.

However, although “public service” and “terms exceeding beyond private law” have been traditionally used in determining administrative contract, these criteria are evidently insufficient. In this respect, albeit lacking in simplicity and clarity, “régime exorbitant” which focuses on the nature of the relationship constituted by the contract is more appropriate in explaining administrative contract. Furthermore, we can also view the regulations regarding public tenders (which according to Turkish law are categorically considered to be private law contracts) as a good example for this. It is thus argued that this approach would consequently eliminate the obscurity which is caused by the adoption of public service concession contracts as the arch-typical model for understanding and defining administrative contract.

Keywords: Administrative contract, private law contracts of administration, public service, concession, public tender.

GİRİŞ

İdarenin yaptığı sözleşmeler, tâbi oldukları hukuksal rejim ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları görmekle görevli yargı yerleri farklı olan iki türe ayrılır: Özel hukuk rejimine tâbi olan ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı organları tarafından çözüldüğü idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve kamu hukuku rejimine tâbi olan ve uyuşmazlık durumunda idari yargı organlarının görevli olduğu idari sözleşmeler.¹ Bununla birlikte idari sözleşmelerin, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırdedilmesinde önemli zorluklar bulunmaktadır. İlk bakışta böyle bir zorluğun yaşanması anlamlı görünmeyebilir. Madem ki idarenin “hukuksal rejimleri farklı olan”, “özel hukuk kurallarından farklı kurallara tâbi bulunan”, “idarenin üstün yetkilerle donatıldığı” sözleşmelerinin olduğu bir vakıadır, o halde hukuk düzeninde yer alan çeşitli hukuksal işlemler arasından bu kategoriyi bulup çıkarmakta neden güçlük çekilsin?

İdari sözleşmeler, herkesin var olduğunu bildiği ama belirli bir kısım örnekleri (özellikle de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) dışında bulmakta zorluk çektiği bir hukuksal kurum niteliğindedir. Hukukun birçok alanında böyle bir sorunun yaşanması mümkün olmakla birlikte bu durum, idari

¹ Georges PEQUIGNOT, “**Des contrats administratifs**”, Extrait du JCA (1953), fasc. 500, § 5; André de LAUBADERE/ Jean-Claude VENEZIA/ Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, Tome I, 15e Edition, L.G.D.J., Paris 1999, s. 791; Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 186-187; Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi yayınlarından No: 2956, İstanbul 1982, s. 427-428; Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 167; Güven DİNÇER, “**İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları**”, DD, Y. 3, S. 8, 1973, s. 18 vd.

Ancak 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa’da yapılan değişiklikler kapsamında yeniden düzenlenen Anayasa md. 125/1 hükmü ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde “milli ve milletlerarası tahkim” yolu mümkün kılınmış ve sonrasında bu imkan 18.12.1999 tarih ve 4494 sayılı Kanunla İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2/1-c ye aktarılmış, 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İlkeler Dair Kanun” ile bu alandaki tahkim usulü düzenlenmiştir. Ayrıca, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı “Milletlerarası Tahkim Kanunu”nun 1. maddesine göre 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsuru bulunan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de 4686 sayılı Kanuna tâbidir. Bu durumda idari sözleşmelerde idari yargının mutlak görevli olduğu söylenemeyecektir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun bir seçenek olarak kabulüne ve olası sonuçlarına ilişkin genel değerlendirmeler için bkz. A. Ülkü AZRAK, “**İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim**” (bildiri), Türkiye Barolar Birliği Tarafından Düzenlenen Panel, 16 Temmuz 1999, Ankara, s. 26 vd.; Turgut TAN, “**İdare Hukuku ve Tahkim**”, AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3 vd.; Aydın GÜLAN, “**Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği**”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 140 vd.

sözleşmeler açısından özellikle geçerlidir.² Bu durumun, farklı bir hukuksal rejime sahip olma anlamında büyük ölçüde yargı kararlarıyla yaratılan bu kategorinin, bir hukuksal kurumun oluşumunda temel unsurlar olan yasal düzenlemeler, idari uygulamalar, yargı organlarının yorumları ve tüm bunları sistemleştiren öğretinin çalışmasına ilişkin girdilerde ortaya çıkan değişimler ve devletin ve idarenin işlevlerine ilişkin olarak dönemsel anlayış farklılıklarının hukuk sisteminde ortaya çıkardığı çelişkiler nedeniyle “istikrarlı” bir hale gelmemesinden kaynaklandığı söylenebilir.

İdari sözleşmenin tanımlanması ve niteliği konusunda çekilen sıkıntı aslında tamlamanın kendisinde ortaya çıkmaktadır. “İdari” nitelmesi doğrudan, içeriği kamu hukuku ilke ve kurallarıyla belirlenen özel bir hukuksal rejime atıf yaparken, “sözleşme” özel hukukun tipik ve temel kavramıdır. Dolayısıyla bu ikisinin bir araya gelmesi aslında iki farklı hukuk anlayışının/yaklaşımının karşılaşması ve kaynaşması anlamına gelmektedir.³

İdare çok çeşitli alanlarda ve amaçlarla sözleşme akdetme yoluna gittiğinden, idarenin sözleşmeleri arasından hangilerinin idari sözleşme olduğunu saptamak ilk bakışta mümkün olmayabilir: “(İ)dari mukaveleler (...) mahiyet itibariyle medeni ve ticari mukavelelerden **farklı olduğu halde** bu idari mukavelelerin karakterlerini her zaman kolayca görmek ve bunları medeni ve ticari mukavelelerden **ayırarak kriterleri bulmak kolay değildir**”.⁴

Ayrı hukuksal rejimlerin uygulanması söz konusu olduğuna göre idarenin bir sözleşmesiyle karşılaşıldığında bunun idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu belirlemek önemlidir. Ancak bu sorun idarenin her sözleşmesi için söz konusu değildir. Bazı sözleşmeler, yasanın öngörmesi ya da konuları nedeniyle her zaman idari sözleşme niteliği

² İdari sözleşmelerin “kamu hukukunun en ümitsiz bölümlerinden biri olduğu” görüşü sebepsiz değildir. LIET-WEAUX, R.A., 1956, 498’den aktaran Pertev BİLGİN, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970, s. 22. “Kamu malları rejimi” konusunda benzer değerlendirmeler için bkz. Aydın GÜLAN, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s. 5 vd.

³ İdari sözleşmelerde vurgu elbette bunların tâbi olduğu hukuksal rejime ve idare hukukuna olmakla birlikte, bu sözleşmelerin değişik aşamaları ve unsurları açısından uygulanacak idare hukukundaki sözleşme kurallarının özel hukuk kurallarından bütünüyle farklı olması gerekmez. Özel hukuktan esinlenen ya da özel hukuktakilerle aynı kuralların uygulanması mümkündür (LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 793, dn. 1). Sözleşmenin yorumunda özel hukuk kurallarından yararlanılmasına ilişkin bir örnek olarak bkz. Anastasia KALTA – Thomi Kourtesi, **“The Implementation of Private Law Principles in Administrative Contracts”**, European Public Law, Volume 6, Issue 3, s. 322 vd. (Kluwer Law International, 2000)

⁴ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1595. (abç)

taşımaktadır.⁵ Bunlar dışındaki sözleşmeler, idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyabilir ki aslen idari sözleşmelerin belirlenebilmesi için geliştirilen ölçütler bu tür sözleşmelerin niteliğini saptamak için kullanılır.

Ancak bu ölçütler, bazen yasayla belirlemenin yorumlanmasında hatta yasanın genel olarak hukuk düzenine uygunluğunun saptanmasında da kullanılabilir. Bu durum, idari sözleşme ve sözleşmeyle bağlantılı olarak kamu hizmetinin yürütülmesinin algılanış biçiminden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada öncelikle yasanın nitelediği sözleşmeler ve yasayla nitelemenin anlamı üzerinde durulacak, daha sonra da idari sözleşmelerin belirlenmesinde kullanılan ölçütlere değinilerek, özellikle ilk dönemde verilen kararlar çerçevesinde Türk yargı organlarının bu ölçütleri kullanma biçimi değerlendirilecektir.

I. YASANIN NİTELEDİĞİ SÖZLEŞMELER

A. Yasayla Nitelemenin Anlamı

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

Bir sözleşmenin niteliğinin yasama organı tarafından belirlenmiş olması durumunda başkaca bir değerlendirmeye, idari sözleşme ölçütlerine başvurmaksızın sorun çözülmüştür: Sözleşmenin niteliği verilidir. Ancak bir başka sorun, ilgili yasanın anayasaya uygunluğu düzleminde ortaya çıkabilir. Bu nedenle öncelikle yasayla sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi yöntemi üzerinde durulacak, sonra da yasakoyucunun bu konudaki takdir yetkisi değerlendirilecektir.

Yasakoyucunun nitelemesi doğrudan bir niteleme olabileceği gibi, dolaylı bir niteleme de olabilir.⁶

Sözleşmenin niteliğinin yasayla belirlenmesinden anlaşılması gereken, sıklıkla, ilgili yasalarda sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için görevli yargı organlarının belirlenmesidir.⁷ Yasakoyucu koyduğu görev hükümleriyle idarenin akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hangi yargı düzeninde çözüleceğini, dolayısıyla bu sözleşmelerin hukuksal rejimini

⁵ LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 793.

⁶ Georges VEDEL, *Droit Administratif*, 5^e Edition, P.U.F., Paris 1973, s. 240.

⁷ PEQUIGNOT, § 18 vd.; LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 793. “Kanun görevli yargı merciinin idari yargı yerleri olduğu hükmünü koymuşsa, sonuç olarak, ortada, kanunun nitelediği idari sözleşme var demektir” (BİLGİN, s. 10).

saptamaktadır: Esasa uygulanacak hukuk usul kuralını izleyecektir.⁸ Görev kuralıyla niteleme yasakoyucunun sözleşmeyi *dolaylı* olarak nitelemesidir.

Bunun dışında yasal düzenlemelerde sözleşmenin idare hukuku kurallarına ya da özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı yönünde bir belirlemenin yapılması durumunda, sözleşmenin hukuksal rejimi saptanmış demektir; idare hukuku kurallarına tâbi sözleşmeler idari sözleşme niteliği taşıyacak ve hükümleri bu çerçevede yorumlanacaktır. Bazen de yasada sözleşmenin idari sözleşme olarak adlandırılması mümkündür. Örneğin 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanunun ve 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanunun çeşitli maddelerinde idare ile ilgililer arasında yapılacak olan sözleşmelerden açıkça idari sözleşme olarak bahsedilmektedir. Ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 34. maddesinde de “idari hizmet sözleşmesi”nden bahsedilmektedir.⁹ 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”un 5. maddesine göre “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.”¹⁰ 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”un 3. maddesine göre “Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir”.¹¹ Bu tür nitelemeler, *doğrudan* niteleme özelliği taşır.

Yasayla niteleme, farklı biçimlerde ortaya çıkabilir ancak bu tür nitelemenin temel özelliği *açık bir niteleme* olmasıdır. Yasalarda sözleşmeye uygulanacak bazı kurallar öngörülmesi ve bu kuralların yorumuyla, sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna varılması mümkündür. Bu kurallar, yalnızca idari sözleşmeler için geçerli olabilecek türden kurallar olabilir. Yasakoyucunun belli tür bir sözleşmeyi düzenlerken buna uygulanacak özel bazı kuralları da saptaması olağandır. Ancak bu durumda,

⁸ BİLGİN, s. 3 dn. 9.

⁹ “Kurum Personelinin Statüsü” başlıklı 34. maddeye göre “Kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen personel eliyle yürütülür. (...) Kurum personeli ücret ve mali haklar dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir.”

¹⁰ Aynı yöndeki düzenleme daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. 1999 Anayasa değişiklikleri (13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun) sonrasında 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile gerçekleştirilebilen bu düzenleme, yasayla nitelemenin anlamı ve etkisi açısından örnek olay niteliği taşımaktadır. Yap-İşlet-Devret sözleşmelerine ilişkin hukuksal sürecin değerlendirmesi için bkz. İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2004, s. 257 vd.

¹¹ Bu hüküm, 1.7.2006 tarih ve 5539 sayılı yasa ile eklenmiştir. 4283 sayılı yasaya bu hüküm eklenmeden önce, Danıştay Yap-İşlet sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir (Dan. 10. D., E. 1999/2407, K. 2002/347, k.t. 6.2.2002, Danıştay Bilgi Bankası www.danistay.gov.tr).

söz konusu kurallardan yola çıkarak bir yorum yapılması ve sözleşmenin niteliğinin saptanması gerektiğinden, yasanın bu tür düzenlemeleri *açık* niteleme özelliği taşımaz.

Yargı organlarının görev alanlarını düzenleyen genel hükümler de, bunlar açık niteleme özelliği taşımadığı sürece, sözleşmenin yasayla nitelenmesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-c maddesinin 1999 yılındaki değişiklikten önceki biçiminde yer alan “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”ın idari davalar arasında sayılması yasayla açık niteleme değil, genel bir görev hükmü niteliğindedir.¹² Ancak 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24/1. maddesinde yer alan, 1999 değişikliğinden önceki biçimiyle, Danıştay’ın “imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler”yeceği hükmünün imtiyaz sözleşmeleri açısından yasayla yapılan bir niteleme olduğu düşünülebilir. 1999 yılındaki değişiklikler sonrasında ise, her iki hüküm de kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinin, tahkim yolu öngörülmemişse, idari yargının görevine girdiğini belirtmekte ve yasayla niteleme özelliği taşımaktadır.

B. Yasayla Nitelemenin Etkisi

İdari sözleşmeyle özel hukuk sözleşmesi arasında esaslı bir fark olduğunun kabul edilmesi, çoğu zaman yasayla yapılan nitelemenin yargı organları tarafından farklı biçimlerde yorumlanması olasılığını doğurur. Nitekim Fransız idare hukuku uygulamasında yasanın nitelediği idari

¹² Cumhuriyet döneminde geleneksel olarak Danıştay’ı düzenleyen yasalarda bu yönde hükümler yer almıştır: 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu m. 19/b, “Hidematı umumiyeden birini ifa maksadiyle akdedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında tekevvün eden ihtilaflar”, 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu m. 23/b, “Umumi hizmetlerden birini ifa maksadiyle akdedilen mukavelelerden dolayı âkidler arasında çıkan ihtilaflar”, 521 sayılı Danıştay Kanunu m. 30/c, “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari mukavelelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”. 669 ve 3546 sayılı yasalarda, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen *idari mukavele*lerden değil, yalnızca bu amaçla *akdedilen mukavele*lerden söz edilmiş olması, bu tür sözleşmelerin, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek Danıştay’ın görevine girdiğine ve Danıştay da idare hukuku kurallarını uyguladığına göre, yasa tarafından idari sözleşme olarak nitelendiği biçiminde yorumlanabilirse de, bu yönde bir uygulama gerçekleşmemiştir. 3546 sayılı yasa hükmünü değerlendiren DERBİL de, “Bu metne göre kamu hizmetlerinden birini yapmak maksadiyle düzenlenmiş her türlü sözleşmeden dolayı taraflar arasında çıkan davaların mutlaka idare mahkemelerinde yargılanmaları gerektiği düşüncesi belirmektedir” sonucuna ulaşmaktadır (Süheyp DERBİL, **İdare Hukuku**, 5.Bası, AÜHF Yayınları, No: 133, Ankara 1959, s. 576). Yine 23. madde dolayısıyla, “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinden birini yapmak maksadiyle akdedilen sözleşmelerden olduğu için, *şekli nasıl olursa olsun* (i.b.a.), idari sözleşmelerden sayılmak lazım gelir” (DERBİL, s. 594).

sözleşme kategorisi, karmaşık bir yapı oluşturmakta,¹³ bazen yasal niteleme sorunu çözmektedir. Yargı organları, önlere gelen sorunu çözerken hukuksal işlemlerin niteliğinden yola çıkarak karar verirler. Niteliği gereği idari sözleşmelerin varolduğu kabul edildiğinde, yargı organlarının yasakoyucunun iradesini bu çerçevede yorumlamaları ve benzer sözleşmeleri, konuları ya da içerdikleri hükümler nedeniyle farklı nitelemeleri mümkündür. Sözleşmeyi niteleyen yasanın kapsamı yargı organı tarafından belirlenecektir. Nitekim Fransız uygulamasında bir kategorinin varlığı reddedilmeksizin kapsamının daraltılması mümkün olmuştur.¹⁴ Ayrıca Türkiye’de yargı organlarının itiraz yolunu işleterek anayasaya uygunluk denetimini harekete geçirebilme olanakları da gözönüne alındığında, yasakoyucunun iradesinin hem yasanın kapsamının belirlenmesi hem de bu konudaki takdirinin denetlenmesi yoluyla sınırlanabileceği açıktır.

Yasayla niteleme açısından söz konusu olabilecek tek olasılık yasanın sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelemesi değildir. Yasa, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağını da öngörebilir. Fransız hukukunda böyle bir nitelemenin geçerli olacağı kabul edilmektedir.¹⁵ Ancak Türk hukuku açısından, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında farklı bir yaklaşım benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, geliştirdiği içtihadta idari yargının mahfuz bir görev alanı olduğunu ve “idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idari yargının görev alanına girdiği”ni kabul etmektedir.¹⁶ Bu durumda yasakoyucu, bir sözleşmenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi sayılması konusunda sınırlı bir yetkiye sahip olacaktır.

Son dönemde yasakoyucunun birtakım sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunu belirterek bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı organlarını görevli sayması, önemli

¹³ Bkz. Georges VEDEL, “**Remarques sur la notion de clause exorbitante**”, L’évolution du Droit Public - Etudes en l’Honneur d’Achille Mestre, Sirey 1956, s. 529 vd.

¹⁴ 11 Haziran 1806 tarihli Kararname uyarınca devletin taraf olduğu malzeme satın alınması sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda Conseil d’Etat görevlidir. Ancak mahkemeler, idari sözleşme ölçütlerini uygulayarak bu unsurları taşımayan sözleşmelerin Kararnamenin düzenlediği malzeme satın alınması sözleşmesi olmadığı sonucuna vararak Kararnamenin uygulama alanını daraltmışlardır (BİLGİN, İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s. 13 vd.).

¹⁵ LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 794. Örneğin, 17 Mayıs 1809 kararnamesi uyarınca belediye vergilerine ilişkin iltizam sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tâbidir. (Fransız ve Türk hukuk sistemlerinin yasama ve yürütme işlemleri açısından farklılığı bu çalışmada, konunun özelliği itibarıyla, özel olarak incelenmemekte ve yürütme organından kaynaklanan yasa gücündeki işlemler dikkate alınmaktadır).

¹⁶ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, k.t. 9.12.1994, AMKD, S. 31, C. 1, s. 300. Yargı organları, idari yargının görev alanı açısından idari işlem ile idari sözleşme arasında bir fark görmemektedirler. Bu nedenle idari sözleşmelerle ilgili –sözleşmeye karşı iptal davası da dahil olmak üzere- her türlü uyuşmazlık idari yargının görev alanındadır.

bir hukuksal soruna dönüşmüştür. Anayasa Mahkemesi idari yargının görev alanının anayasal güvence altında olduğunu kabul ettiğinden, bu görüşle tutarlı olarak, idari nitelik taşıyan sözleşmeler ancak idari yargının görev alanına girecektir. Bu nedenle de yasalarda yer alan görev hükümlerinin, bu yasalarla düzenlenen sözleşmelerin niteliğinden yola çıkılarak anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmeleri gerekir.

3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun”un 5. maddesinin anayasaya aykırılığını inceleyen Anayasa Mahkemesi de bu yöntemi uygulamıştır. 3996 sayılı yasa, “köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları” düzenlemektedir (m. 2). Yasanın inceleme konusu 5. maddesine göre (1999 değişikliği öncesinde) “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir”.

Anayasa Mahkemesi bu yasa uyarınca akdedilecek sözleşmeleri, yargı kararları ve öğretisi tarafından geliştiren idari sözleşme ölçütleri açısından değerlendirmiş ve yasakoyucunun yap-işlet-devret adını verdiği sözleşmelerin aslen imtiyaz sözleşmesi, yani idari sözleşme olduğunu saptayarak, bunların özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı yolundaki hükmü, “idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkar”dığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin, idari yargının görev alanına ilişkin değerlendirmesinde, Anayasa’nın “Kanunî hâkim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” hükmünü de kullandığına göre, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerin idare hukuku kurallarına, ve dolayısıyla idari yargı denetimine tâbi kılınmasına yönelik bir yasal düzenlemeyi de anayasaya aykırı bulacağı söylenebilir.¹⁷

¹⁷ “Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa’nın ‘Kanunî hâkim güvencesi’ başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında ‘hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz’ biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur” (AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, k.t. 28.6.1995, AMKD, S. 32, C. 1, s. 144 vd.).

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, yap-işlet-devret uygulamalarını imtiyaz yönteminin yeni görünüm biçimlerinden biri olarak yorumlarken temelde iki noktadan hareket etmektedir: *Niteliği gereği kamu hizmeti* anlayışı ve bunun sonucu olarak da *niteliği gereği idari sözleşme* anlayışı. Yargı organlarının bu yorumu, yasayla yapılan nitelermelerin her zaman için ancak sınırlı bir alanda geçerli olabileceği sonucunu doğurur. Nitekim, Danıştay Kanunu ve özellikle de Anayasa'nın yorumuna dayanan bu yaklaşımın "kırılabilmesi" için Anayasa'nın ve ilgili yasaların değiştirilmesi yoluna gidilmiştir.

Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan 1999 değişikliklerinin, sözleşmenin niteliğinin yasayla belirlenmesi açısından önceki döneme göre bir farklılık yarattığı açıktır. Ancak bu değişikliğin, anlam ve kapsamı itibarıyla Türk idare hukukunun geleneksel anlayışına esaslı bir farklılık getirip getirmediği tartışma götürür. Sorunun farklı boyutları ve değişikliğin yapılaş amacı dikkate alındığında bu hükmün, çözmeye çalıştığı sorunu daha da derinleştirdiği görülebilir.

Bu düzenlemeye göre, "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir". Amaçlanan, özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde karşılaşılan Danıştay incelemesi engelini aşmak ve üçüncü kişilerin sözleşmeye karşı açtıkları iptal davalarını engellemektir.¹⁸ Bunun bir aracı olarak "yatırım ve hizmetlerin" özel hukuk sözleşmelerine konu kılınabilmesi ise bazı soruları beraberinde getirir.

Öncelikle, "yatırım ve hizmetler" in ne anlama geldiği tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları kamu hizmeti ile kamu hukuku rejimi arasında doğrudan bir bağlantı kurduğundan, maddede yer alan "yatırım ve hizmetler" in kamu hizmeti niteliği taşıması durumunda özel hukuk sözleşmelerine konu edilemeyeceği yönünde bir içtihadın gelişmesi sürpriz sayılamaz. Yargı organları, bazı yatırımların öteden beri özel hukuk sözleşmesine konu olduğunu kabul etmektedir. Ancak hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi söz konusu olduğunda, kamu hizmetinin negatif etkisinin devreye sokularak, kamu hizmetinin ancak kamu hukuku rejimi çerçevesinde özel kişilere gördürülebileceği¹⁹ ve dolayısıyla özel hukuk

¹⁸ Değişiklik gerekçesinde bu yönde bir ifade yer almamaktadır. Ancak bu süreçte, yap-işlet-devret sözleşmelerinin üçüncü kişilerce açılan davalar sonucu iptal edilmesi tetikleyici olmuştur.

¹⁹ Örneğin Anayasa Mahkemesi'ne göre, "(b)ir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, 'kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler ... devletleştirilebilir' denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetlerinin varlığı kabul edilmiştir." Bu saptamanın hemen ardından Anayasa Mahkemesi, " 'Yap-İşlet-Devret Modeli' ni içeren yasalarda, yönetimi

sözleşmesine konu edilebilecek hizmetlerin çok sınırlı olabileceği düşünülebilir: Maddede açıkça kamu hizmetlerinin, halihazırda kabul edilen niteliğinin elvermesi ölçüsünde özel hukuk rejimine bağlanabilmesi dışında, bütünüyle özel hukuk rejimine tâbi kılınabileceği yönünde bir kural yer almamaktadır.²⁰

İkinci olarak bu hüküm, kamu hizmetlerinin maddede yer alan “yatırım ve hizmetler” ifadesi kapsamında düşünülmesi durumunda, bunların asıl hukuksal rejiminin kamu hukuku rejimi olduğunun teyidi niteliğindedir. Bu Anayasa hükmü dolayısıyla, yasalarda açıkça düzenlenmediği sürece, kamu hizmetlerinin hatta her türlü yatırım ve hizmetin olağan rejimi kamu hukuku rejimi olacaktır. Bu durumda da düzenleme, kamu ihalelerine ilişkin olarak yargı organlarınca geliştirilen hukuksal rejimi bütünüyle değiştirecek niteliktedir: Örneğin, kamu ihalelerine ilişkin 2886 sayılı yasada ve 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı yasada, bu sözleşmelerin özel hukuk rejimine tâbi olduğu açıkça öngörülmediğinden bunların, yerleşik içtihat aksi yönde olsa da, artık idari sözleşme sayılması gerektiği düşünülebilir.

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

üstün kılan kurallar bulunması kaçınılmazdır” vurgusunu yapmakta ve “Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, ‘bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin’, ‘amme hizmetinin görülmesinin.....devri’, ‘amme hizmetlerinden birini ifa’, ‘kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak’ hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle ‘idari sözleşme’ olduğu gibi, aynı zamanda bir ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi’dir” sonucuna ulaşmaktadır (AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, k.t. 28.6.1995, AMKD, S. 32, C. 1, s. 144 vd.).

²⁰ “Anayasanın yeni 47/4. madde hükmü(nün), kamu hizmetleri de dahil olmak üzere İdarenin üstlendiği veya üstleneceği faaliyetlerin tanımı ve hangi kritere göre belirleneceği konusunda bir düzenleme içerme(diğini)” belirten (s. 5) ULUSOY’a göre, “bu düzenlemeden pozitif hukuk anlamında çıkarılabilecek tek kesin sonuç, istisnasız bütün kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tâbi tutan bir yasal düzenlemenin, Anayasanın bu 47/4 hükmüne aykırı olacağıdır. Diğer yandan, bu hüküm tek tek sayılmak ve bütün kamu hizmetlerini kapsamamak şartıyla, yasa koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tâbi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir” (s. 12) (Ali ULUSOY, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 1-22). Ancak bu noktadan yola çıkarak bir “çekirdek kamu hizmeti alanı” saptamak mümkün görünmemekte, belirsizlik devam etmektedir.

örgütlenişiyle ilgili hükümlerin yorumunda ve uygulanmasında, bu kez idare hukuku kurallarının ve çözümlerinin adli yargı organlarınınca ödünç alınması düşünülebilir.

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

II. İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ

Yukarıda belirtilen koşullar çerçevesinde, yasanın niteliğini açıkça belirtmediği sözleşmeler açısından, bunlara uygulanacak hukuksal rejimin saptanmasında yargı kararlarıyla geliştirilen ve öğretici tarafından sistemleştirilen ölçütler kullanılmaktadır. İdari sözleşme ölçütleri aslen burada devreye girmekte ve bunlar, bir sözleşmenin tâbi olduğu hukuksal rejimin ve sözleşmeden doğan uyumsuzlukları çözmekle görevli yargı organlarının saptanmasında kullanılmaktadır.

Geleneksel olarak sözleşmenin niteliğinin saptanmasında, organik ve maddi ölçütler kullanılarak sözleşmenin *taraflarına, konusuna ve içeriğine* ilişkin değerlendirmelerden yola çıkılarak sonuca varılmaktadır. Taraflardan birinin kamu tüzelkişisi olması organik ölçütü oluştururken, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve özel hukuku aşan hükümler içermesi maddi ölçüt çerçevesinde değerlendirilir.

A. Organik Ölçüt - Kamu Tüzelkişisi Şartı

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

Devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin artmasıyla birlikte karma bir hukuksal rejime tâbi olan kurumların ortaya çıkması, kamu tüzelkişilerinin saptanmasında bir ölçüde zorluk doğurmaktadır. Ancak kamu tüzelkişilerinin hangileri olduğundan bağımsız olarak, idari sözleşme açısından bunun bir önşart olduğunu belirtmek gerekir.

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

Bunlardan birincisi kamu tüzelkişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerdir. İki tarafın da kamu tüzelkişisi olması durumunda bu sözleşmelerin kural olarak idari sözleşme sayılmasının gerekip gerekmediği düşünülebilir.²¹ Ancak kamu tüzelkişisi ölçütü gerçek bir ölçüt olmayıp, yalnızca sözleşmeyle idare arasındaki bağı ortaya koymaya yönelik olduğundan, iki kamu tüzelkişisi arasındaki ilişkinin her zaman kamu hukukuna tâbi bir ilişki olduğunu düşünmek yanıltıcıdır. Kamu tüzelkişilerinin her türlü faaliyet ve işlemlerinin kamu hukukuna tâbi olmadığı açıktır. İki kamu tüzelkişisi, aralarındaki ilişkinin kamu hukukuna tâbi olmadığı bir alanda sözleşme yapabilirler.²² İki özel hukuk kişisi arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde güçlü bir karinenin var olduğu kabul edilebilirse de iki kamu tüzelkişisinin yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olduğu yönünde bir karine söz konusu olamaz.²³ Bu tür sözleşmelerde ancak organik unsurun gerçekleştiği kabul edilebilir ki bu durum, idari sözleşmenin saptanmasında ilk aşama olmaktan öteye bir belirleyicilik taşımaz.

Fransız hukukunda kamu tüzelkişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin idari sözleşme olabileceği kabul edilmektedir. Türk hukukunda da iki kamu tüzelkişisi arasındaki sözleşmenin idari sözleşme sayıldığı durumlar vardır. Nitekim Danıştay, Türkiye Elektrik Kurumu ile Türkiye Azot Sanayi T.A.Ş. arasında imzalanan elektrik enerjisi alım – satım sözleşmesinin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir. Danıştay’ın bu kararında²⁴, taraflardan birinin idare olması koşulunun gerçekleştiğini saptadıktan sonra, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretinin kamu hizmeti olmasından yola çıkarak sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucuna vardığı görülmektedir.²⁵

²¹ Nitekim Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 21 Mart 1983 tarihli Union des assurances de Paris (UAP) kararında, iki kamu tüzelkişisi arasında yapılan sözleşmenin, konusu itibarıyla taraflar arasında özel hukuk ilişkilerine vücut vermemesi kaydıyla, ilke olarak idari nitelik taşıdığını kabul etmiştir. Laurent RICHER, **Droit des Contrats Administratifs**, 2^e Edition, L.G.D.J., Paris 1999, s. 120.

²² Sınai ve ticari kamu hizmetlerinde kullanıcılarla yapılan sözleşmelerin özel hukuka tâbi olduğunun kabul edildiğinden hizmeti sağlayan kamu tüzelkişisinin, hizmetten yararlanan diğer bir kamu tüzelkişisiyle yaptığı sözleşme de özel hukuka tâbi olacaktır (René CHAPUS, **Droit Administratif Général – Tome 1**, 11^e Edition, Montchrestien, Paris 1997, s. 492).

²³ BİLGİN, s. 33. Yukarıda dipnotta değinilen UAP kararında, iki kamu tüzelkişisi arasındaki sözleşmenin ilke olarak idari sözleşme olduğu kabulünün, bakış açısını terse çevirdiği söylenebilir.

²⁴ Dan. 12. D, E. 1974/1958, K. 1976/2141, k.t. 2.11.1976, DD, S. 26-27 (1977), s. 509-512.

²⁵ Kararda, idari sözleşmelerin özelliği olarak sözleşmenin, “idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşı(ması)”na değinilmişse de bu husus özel olarak tartışılmamıştır. Danıştay’ın bu unsurun çok doğal olarak sözleşmede var olduğunu kabul ettiği düşünülebilir.

İkinci sorun, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin idari nitelik taşımasının mümkün olup olmadığıdır. Belli koşullarda, iki özel kişi arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme özelliği taşıyabileceği, Fransız hukukunda kabul edilmektedir. Genel kural iki özel kişi arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasıdır. Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 tarihli kararıyla, otoyol imtiyazcısı konumundaki karma ekonomik yapılı şirketle müteahhit arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunu kabul etmiştir.²⁶ Mahkeme, bu şirketlerin özel hukuk kişileri olmalarına rağmen *devlet hesabına* hareket ettiklerini benimserken, genel olarak özel hukuk tüzelkişisinin değil karma ekonomi yapılı bir şirketin söz konusu olmasını, otoyol yapımının aslen devlete ait olmasını ve karma ekonomi yapılı şirketin kamu hizmetini yerine getirdiğini dikkate alarak karar vermiştir.²⁷

Fransa'da istisnaen²⁸ kabul edilen bu çözümün Türk hukuku açısından geçerli sayılmasını gerektirecek bir uygulama söz konusu olmadığı gibi, yargı kararlarında da böyle bir duruma rastlanmamaktadır.²⁹ Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için Türk hukukunda mutlak olarak taraflardan birinin idare olması gerektiği³⁰ son yıllara kadar rahatlıkla söylenebilir.

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

²⁶ T.C. 8 Temmuz 1963, *Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*. Bu karar ve yargı organlarının, temsil ve vekalet kavramlarını kullanarak iki özel kişi arasındaki sözleşmelerin, bunlardan birinin bir kamu tüzel kişisi hesabına hareket ettiği durumda idari sözleşme olabileceği yönündeki diğer kararlar için bkz. LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 796 vd. Ancak vekalet kuramının uygulanabildiği durumların organik ölçüde bir istisna getirmedeği de kabul edilmektedir. Ayrıca bkz. RICHER, s. 113 vd.

²⁷ Jean-François PREVOST, "A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)", R.D.P., 1971, s. 829. Bu kararla ilgili geniş bir değerlendirme için bkz. BİLGİN, s. 27 vd.

²⁸ Peyrot kararında benimsenen çözümün karma yapılı şirketlerin yanısıra özel şirketlere ve hatta bayındırlık işleri dışındaki işlere de uygulandığı görülmektedir. Ayrıca imtiyazcıyla özel kişi arasında yapılan kamu malının işgaline ilişkin sözleşmeler de organik ölçütün istisnası kabul edilmektedir (RICHER, s. 110 vd., özellikle 118 vd.).

²⁹ Fransa'daki uygulamaya değinen DURAN'a göre, "Türk yüksek mahkemelerinin bu ölçüde ileri gitmesi beklenemez; zira idari sözleşme alanını esasen dar tutma eğilimi hâkimdir; bir de buna özel kişiler arasındaki bir kısım mukaveleleri sokması düşünülemez" (DURAN, s. 431).

³⁰ BİLGİN, s. 33.

Türkiye’de GSM mobil telefon hizmetleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yoluyla gördürülmektedir. İmtiyazla gördürülen bu hizmette işletmeciler, farklı şebekeler arasında arabağlantı sağlanabilmesi için de ayrıca sözleşme yapmak zorundadırlar. Ankara 9. İdare Mahkemesi, imtiyaz sözleşmesinin bir türü olan görev sözleşmesi ile telekomünikasyon hizmetlerini yürüten Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile özel işletmeciler arasındaki arabağlantı sözleşmesini (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi) idari sözleşme olarak nitelemiştir.³¹ Ancak arabağlantı sözleşmeleri yalnızca, kamu tüzelkişisi olan Türk Telekomünikasyon A.Ş.³² ile imtiyazcı özel şirketler arasında değil, GSM hizmeti yürüten özel şirketler arasında da imzalanacaktır. Arabağlantı sözleşmesinin içerdiği hükümler itibarıyla³³ değil, bir imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle niteliği itibarıyla idari sözleşme olduğu kabul edilirse,³⁴ Türk hukukunda da, taraflarının ikisi de imtiyazcı özel kişi olan bir idari sözleşme türünün ortaya çıktığı söylenebilir.

B. Maddi Ölçüt

Yukarıda belirtildiği üzere maddi ölçüt, sözleşmenin düzenlediği ilişkinin niteliğinden ve sözleşme hükümlerinden yola çıkılarak sözleşmenin tâbi olacağı hukuksal rejimin saptanmasında kullanılır. İdari yargı düzeninin varolmasının sonucu olarak, idarenin birtakım sözleşmelerinin de idari işlev kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur. Farklı yargı ve hukuk düzenlerinin olması, yasal düzenlemelerde açıkça yer almasa bile idarenin bazı faaliyet ve işlemlerinin, niteliklerine bakılarak farklı hukuksal rejimlere tâbi olmasını gerektirir. Yargı organlarının idari sözleşmeleri ayırt etmek için kullandığı bu ölçüte *ıçtihadı ölçüt* de denilmektedir.³⁵

³¹ Ankara 9. İdare Mahkemesi, E. 1999/577, K. 2000/831, k.t. 4.10.2000 (Yayınlanmamıştır).

³² Uyuşmazlığın ortaya çıktığı dönemde Türk Telekomünikasyon A.Ş., hisselerinin tamamı Hazineye ait bir kamu tüzelkişisiydi.

³³ ULUSOY’a göre, “Yasal düzenlemelerde arabağlantı sözleşmelerinin hangi hukuksal rejime tâbi olacakları konusunda açık bir hükme yer verilmediğine ve fakat, arabağlantı işletmecilerin aralarında serbest iradeyle yapacakları bir anlaşmaya tâbi tutulduğuna göre, herhangi bir tarafın bu anlaşmada üstün ve ayrıcalıklı konumda olmadığı, diğer bir deyimle, tarafların eşit konumda olduğu kabul edilmiş demektir. Tarafların kendi rızalarıyla ve tamamen eşit konumda oldukları anlaşmalara dayanan sözleşmelerin ise idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olduğu tartışmasıdır” (Ali ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 86). Ancak tarafların rızası olmakla birlikte, kanundan kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunması, sorunu farklı bir alana taşıyabilir.

³⁴ İdare Mahkemesi kararında sözleşmenin hangi gerekçeyle idari sözleşme olduğu üzerinde durulmamıştır. Muhtemelen, taraflardan birinin kamu tüzelkişisi olması ve sözleşmenin imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle kamu hizmetine ilişkin olduğu düşüncesiyle bu sonuca varılmıştır.

³⁵ RICHER, s.84.

Bu bağlamda, Fransız yargı kararlarında idari sözleşmelerin ayırıldılmasında temel iki ölçüt kullanılmaktadır: *Kamu hizmeti* ölçütü ve *özel hukuku aşan şartlar* ölçütü. Ancak bunların bütünüyle tanımlanmış ve zamandan bağımsız genel geçerli ölçütler olduğunu düşünmek yanıltıcıdır. Yargı organları bu iki ölçütü, farklı zaman dilimlerinde farklı yoğunlukta ve bunlara değişken değerler atfederek kullanmış ve kaçınılmaz soruya yanıt bulmaya çalışmıştır: Kamu hukuku rejimine tâbi sözleşmeler hangileridir?³⁶ Bu soruya yanıt verirken, bu ölçütlerin tek başına kullanılmalarının yanısıra kombinasyonlar da mümkündür. Nitekim genel kabul gören bu iki ölçütün ardından, sözleşmenin nitelenmesinde açık bir ölçüt olduğu tartışmalı *özel hukuku aşan rejim* de ayrıca incelenecektir.

Genel olarak ölçütlere ve bunların sözleşmeyi nitelendirmedeki değerlerine değinmeden önce, yargı kararlarında nasıl kavramsallaştırıldıklarına bakmak yararlıdır. Bu yapılırken öncelikle Fransız yargı organlarının kararlarında ve bu kararları işleyen Fransız öğretisinde ölçütlerin nasıl anlamlandırıldığı saptanacaktır. Türk yargı organlarının kararlarında bu ölçütlerin nasıl yer aldığına ve kullanıldığına ilişkin çözümleme ise ayrı bir başlık altında yapılacaktır. Bu tercihin iki nedeni vardır:

Öncelikli neden, Türk öğretisinde yaygın olan, Fransız ve Türk idare hukuku sistemlerinin paralel, giderek aynı olduğu kanısından kaynaklanır. Genellikle, gerek idari sözleşme kavramının gerekse bunun ölçütlerinin ve -kısmi farklılıklar içermekle birlikte- uygulamasının her iki hukuk sisteminde aynı olduğu kabulünden yola çıkılarak çözümleme yapılır. Buna eşlik eden bir başka anlayış ise, bütün hukuksal kavram ve kurumların evrensel geçerliliği olan ve her hukuk sisteminde arazi farklılıklar dışında aynı olan kategoriler olarak kabul edilmesidir. Bu yaklaşım, özellikle idari sözleşmeler alanında, tartışmasız kabullenilemez.

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

1. Kamu Hizmeti Ölçütü

Bu ölçüt, sözleşmenin konusunu oluşturan hukuksal ilişkinin niteliğiyle ilgilidir. İdarenin akdettiği sözleşmenin kamu hizmeti ile belli ölçüde bir ilişkisinin olması, sözleşmenin idari sözleşme olması sonucunu doğurabilir. Burada yürütülen mantık açıktır. Kamu hizmeti idarenin asli faaliyetlerinden biri olduğuna göre, idarenin bu faaliyeti yerine getirmek için sözleşme

³⁶ Bu sorunun öncülü açıktır: İki farklı yargı düzeni ve idareye uygulanacak iki farklı hukuksal rejim vardır.

yolunu seçmesi, kamu hizmeti ile sözleşmenin biraraya gelmesinden kaynaklanan farklı bir hukuksal rejim doğurur.

Kamu hizmeti, ilke olarak belli bir hukuksal rejime, kamu hukuku rejimine atıf yapar. Sözleşme ise klasik özel hukuk aracıdır. Bu ikisinin özel bir bileşimi idari sözleşmeyi oluşturur. Ancak sözleşmeyle düzenlenen ilişkinin kamu hizmetiyle herhangi bir bağlantısı, sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli görülmemektedir. İdari sözleşmenin bir unsuru, dolayısıyla onu özel hukuk sözleşmelerinden ayıracak bir ölçüt olarak sözleşmenin kamu hizmetiyle bağlantısı belli bir yoğunluk ve tarzda olmalıdır.³⁷ Bu bağlantının ne olması gerektiğine ilişkin yaklaşım aynı zamanda kamu hizmetinin tanımlanması ve tâbi olacağı hukuksal rejimin belirlenmesiyle ilgilidir.

Uzun geçmişi içinde Fransız idare hukukunda, kamu hizmeti idari sözleşmelerin ayırılmasında özel biçimlerde kullanılmıştır. Bu tarihi ve kullanım biçimlerini değerlendirirken, kavramların düz bir çizgide kullanıldığı ve onlara hep aynı anlamlar yüklendiği düşünülmemelidir. İdari faaliyet, kamu hizmeti ve idari sözleşmeye ilişkin farklı bakış açıları ve yargılar bu süreç içinde birbirlerinin yerini almış, kavramlar soyut ve birbirinden bağımsız olarak değil etkileşim içinde oluşmuş ve yoğunlaşmıştır.

Bu durumda farklı dönemlerde verilen yargı kararlarının o dönemlerde geçerli anlayışlardan yalıtılarak incelenmesiyle varılacak sonuçlar ve bunların doğru ya da yanlış olarak nitelendirilmesiyle kavrayıcı bir anlayış oluşturulamaz. Kamu hizmetinin idari sözleşme ölçütü olarak yerinin saptanmasında, sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişkinin gerekli şart, yeter şart, gerekli ancak yetmez şart ve benzeri biçimlerde incelenmesi ve her kategori için çok sayıda karar bulunması mümkündür.³⁸

Ancak bunun yapılabilmesi için soruna tek yönden bakılarak farklı unsurlardan birinin (kamu hizmetinin) sabitlenmesi ve değişkenin (idari sözleşme) buna göre saptanması gerekir. Oysa kamu hizmeti söz konusu olduğunda, bu kavramın sabitlenmesi yalnızca bir yanılgıdan ibaret sayılmalıdır. Kamu hizmetinin bir ölçüt olarak değeri, yargı organlarının sözleşmeyle kurulan hukuksal ilişkinin anlamına ve hangi alanda yer aldığına dair yargılarıyla bağlantılıdır. Kamu hizmetinin yürütülme usulleri ve bu usuller içinde idarenin özel hukuk alanında kalabileceği (bir başka ifadeyle kamu hukuku alanından çıkabileceği) noktaların saptanması sözleşmenin niteliğini belirleyecektir.

Öncelikle, Fransız idare hukuku, kamu hizmeti kavramının oluşumunu ve krizini yaşamış, bunlarla birlikte biçimlenmiştir. Günümüzde kamu hizmeti krizinden sözedildiğinde, kamu hizmeti alanının

³⁷ RICHER, s. 95 vd.

³⁸ PEQUIGNOT, § 120 vd., BİLGİN, s. 37 vd..

daralmasına/daraltılmasına atıf yapılır. Oysa yüzyıl başlarında kamu hizmetinde, Türk idare hukukunun büyük ölçüde yabancı olduğu bir genişleme krizi yaşanmış ve idare hukuku bu krizden yöntemlerini ve kavramlarını yenileyerek çıkmıştır.³⁹

Bu süreçte, kamu hizmeti ya da idari sözleşme kavramlarından birini sabitleyerek çözümlene yapmak yanıltıcıdır. Bunlar etkileşim içinde oluşmuştur.

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

Önceki dönemde idarenin tüm sözleşmeleri herhangi bir ayırım yapılmaksızın tek bir rejime, temşiyet tasarrufları rejimine tâbi tutulmuştur. Sözleşmenin temşiyet tasarrufu olarak değerlendirilmesi, bir yandan bunun idarenin otoritesi kullanılarak oluşturulmadığını gösterirken bir yandan da sözleşmeye uygulanacak rejimin idare hukukunun ilgi alanı dışına çıkarılmasına yol açar. Temşiyet tasarrufu olmak itibarıyla idarenin sözleşmeleri arasında herhangi bir ayırımın yapılması anlamlı sayılmaz. Özellikle idare hukukunun ve idari yargının oluşum aşamasındaki yaklaşım dikkate alındığında, idarenin adliyeden bağımsız olmasını, idari yargı alanında kalma imtiyazını kullanmasını gerektirecek bir ilişki söz konusu değildir.⁴⁰

Ancak kamu hizmetinin genel olarak idare hukukunun ve idari yargı yetkisinin temeli ve ölçütü olarak kabul edilmesinin mantıksal sonucu da idari sözleşmenin belirlenmesinde bu kavramın kullanılmasıdır.⁴¹ Fransız yargı organlarının idari sözleşmeye ilişkin kararlarının gelişimi, kamu hizmetinin tâbi olacağı rejimin ve dolayısıyla idare hukukunun alanının saptanması eksenine oturmuştur.

Blanco kararıyla konulan ilkeler doğrultusunda, idari sözleşmenin tanımlanmasında kamu hizmeti ilk kez 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier* kararında

³⁹ Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 89 vd..

⁴⁰ “(...) idare fertlerle müsavi şartlar ve usuller altında tasarruflar yapabilir. Alım ve satım, kira, bir vasiyetin kabulü, kendisine miras yolu ile intikal eden bir maldan veya mirasçılık sıfatından yahut bir vasiyetten çıkacak ihtilaflar bu mahiyette değildir. Burada hakimiyet, emir (imperium) bahis mevzuu olmaz, şu halde bu gibi tasarruflardan çıkacak ihtilafların idari kaza mercilerine götürülmesi için bir sebep yoktur” (ONAR, C. III, s. 1870).

⁴¹ André de LAUBADERE/ Franck MODERNE/ Pierre DELVOLVE, **Traité des contrats administratifs**, L.G.D.J., Tome Premier, Paris 1983, s. 145.

kullanılmıştır.⁴² Dava, engereklerle mücadele amacıyla, öldürülen yılan başına ödül vaat edilmesinden kaynaklanmıştır.⁴³ Bu kararda, ortada bir hâkimiyet tasarrufu bulunmadığına, faaliyetin kamu hizmeti olduğuna ve sözleşmenin de idari sözleşme niteliği taşıdığına karar verilmiştir. Ancak bu kararda kamu hizmetinin sözleşmenin niteliği üzerindeki etkisine ilişkin bir ihtirazi kayıd da yer almaktadır. Buna göre idare, kamu hizmetlerini yürütürken kendi iradesiyle özel hukuk alanında kalmayı seçebilir.⁴⁴ Kamu hizmeti amacıyla yapılmış olmasının sözleşmenin niteliği üzerinde mutlak bir etkisi bulunmamaktadır; ayrıca idarenin bu yoldaki iradesi de dikkate alınmalıdır.⁴⁵ Dolayısıyla *Terrier* kararı ve bu kararda Hükümet Komiseri Romieu'nün görüşleri, hem ilkeyi hem de istisnayı saptamaktadır: İdare ister hâkimiyet tasarrufu yoluyla ister sözleşme yoluyla hareket etsin, kamu hizmetinin örgütlenişi ve işleyişiyle ilgili her faaliyet idari nitelik taşır ve niteliği gereği idari yargının görev alanına girer. Ancak, idare bir kamu hizmeti yararına hareket ederken kamu tüzelkişiliğinden kaynaklanan olanaklardan ve ayrıcalıklardan yararlanmayıp, bütünüyle bir özel kişi durumunda olmayı/kalmayı seçebilir.⁴⁶

Bu anlayış, kamu hizmetinin yürütülmesinde iki farklı biçimin olduğunu kabul etmektedir: Kamusal yürütüm ve özel yürütüm. Kamusal yürütümde idare hukuku kuralları uygulanacak ve idari yargı görevli olacaktır. Özel yürütümde ise idare, bir kamu hizmetiyle ilgili olsa da özel

⁴² Değinen kararlar Fransız yargı organlarının, konuya ilişkin temel ilkeleri koyduğu ve uyguladığı *ünlü* kararlardır. Bu kararlar, bir yandan da, yargı organlarının tavırlarındaki ana akımı işaret eder. Konulan ilkeler başka kararla işlenmiş, geliştirilmiştir ancak kenarda – ve ana akımın dışında- kalan ve ünlü olamayan birçok kararın olduğu gözardı edilmemelidir. Fransız öğretisi tarafından ayrıntılı ve kavrayıcı biçimde incelenen bu ünlü kararlar, çalışmada veri olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle gerek seçilen kararlar gerek bunların anlam ve kapsamına ilişkin özgün bir çözümleme yapma amaç ve niyeti, bu çalışmanın hedefini oluşturmuyor: Fransız öğretisinin yürüttüğü tartışmaya ve bu çerçevede kullanılan kararlara atıf yapılmaktadır. Örneğin FLOGAİTİS, yüzyılın başındaki üç kararın (*Terrier*, *Thérond* ve *Granits des Vosges* kararları) Fransız hukukunda idari sözleşmeler mitolojisinin başlangıcını ve temel taşlarını oluşturduğunu belirtmektedir (Spyridon FLOGAİTİS, *Les Contrats Administratifs*, Bibliothèque de Droit Public Européen Volume I, London 1998, s. 156)

⁴³ ONAR, C. III, s. 1871, dn. 39. Saine-et-Loir İl Genel Meclisi getirilecek her yılan başı için ödül vaat etmiş ve bunu ilan etmiştir. Ancak fazla sayıda yılan avlanması nedeniyle ayrılan ödenek yetmemiş ve *Terrier* parasını alamamıştır. Ortada ilan yoluyla icap ve yılanların avlanarak bu icabın kabul edilmiş olması nedeniyle bir sözleşme olduğundan, sözleşmenin niteliğinin saptanması gerekmiştir.

⁴⁴ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 146.

⁴⁵ Hükümet Komiseri Romieu'nün hizmetin görülmesinde özel yürütüm – kamusal yürütüm arasında yaptığı ayırım ve idarenin bu konudaki takdir yetkisine ilişkin görüşleri, Blanco kararında konulan ilkeler doğrultusundadır.

⁴⁶ Hükümet Komiseri Romieu'nün görüşleri, bkz. LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 146.

hukuk alanında kalacak ve uyuşmazlık özel hukuk kurallarına göre çözülecektir.⁴⁷ Hâkimiyet tasarrufu – temşiyet tasarrufu ayrımının idare hukukunun ölçütü olma görüşü terk edilmekle birlikte bu karar, bu ölçütün yeni ölçüt olan kamu hizmeti içinde canlandırılması anlamına gelir. İdarenin kamu hizmetine ilişkin faaliyeti farklı nitelik taşıyabilecektir. Ortada kamusal yürütüm varsa idare hukuku uygulanacaktır. Böylece kamusal yürütüm, hâkimiyet tasarrufu anlayışının kamu hizmetiyle dolayımlanmış biçimini oluşturmaktadır.⁴⁸

Bu konudaki ikinci önemli karar, Conseil d’Etat’ın 4 Mart 1910 tarihli *Thérond* kararıdır.⁴⁹ Bu kararla, başıboş köpeklerin yakalanarak hayvan barınağına konulması ve hayvan ölümlerinin toplanması işinin bir özel kişiye verilmesi için yapılan sözleşme, idari sözleşme olarak nitelenmiştir. Conseil d’Etat *Thérond* kararıyla, kamu hizmeti amacıyla yapılmış olmasını, sözleşmenin idari niteliği için yeterli saymış ve bundan başka, *Terrier* kararında yer alan ihtirazi kayıt burada tekrarlanmamıştır. Kararda benimsenen çözüm basit ve doğrudandır: Kamu hizmetinin yürütülmesi kamu hukuku kurallarına tâbi olacaktır. Böylece, kamu hizmetleriyle ilgili sözleşmelerde idarenin özel hukuk kurallarına tâbi olmayı seçmesi yani özel yürütüm olasılığı bütünüyle ortadan kaldırılmıştır.⁵⁰ Bu yaklaşım, idarenin kamu hizmeti faaliyetinin bütünüyle kamu hukuku kurallarınca düzenlenmesini zorunlu kılmakta, kamu hizmeti alanında özel hukuka açılmayı engellemektedir.

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

⁴⁷ “(...) Romieu eski hakimiyet ve temşiyet tasnifini, başka ve realiteye daha uygun bir şekilde ifade etmektedir: hükümet komiseri, tasarrufları hakimiyet ve temşiyet olmak üzere ikiye ayırmamakta ancak eskilerin temşiyet tasarrufu diye vasıflandırdıkları tasarrufu, âmme temşiyeti ve hususi temşiyet olmak üzere iki kısımda mütalaa etmekte ve âmme temşiyeti tasarruflarının idari kazanın hususi temşiyet tasarruflarının ise adli kazanın vazife sahasına gireceğini kabul etmektedir” (ONAR, C. III, s. 1873; BİLGİN, s. 47).

⁴⁸ “(...) âmme hizmetlerinin ifasında iki usulden yani idari usul ile hususi hukuk usullerinden hangisinin tatbik edildiği gözönünde tutulmakta birincisine âmme temşiyeti ‘gestion publique’ ikincisine hususi temşiyet ‘gestion privée’ denilmekte ve ancak birinciler idare hukukunun mevzuuna ve tatbik sahasına alınmaktadır. İdari kaza ile adli kazanın salahiyeti sahalalarının tayininde bu kritere yer verilmektedir” (ONAR, C. I, s. 97).

⁴⁹ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 147.

⁵⁰ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 147. Hükümet Komiseri Pichat, idarenin Medeni Kanununun 1710, 1779 ve 1780. maddelerindeki türden bir hizmet sözleşmesi yapmış olmakla birlikte konunun bir kamu hizmetinin yürütülmesi olduğunu ve bir imtiyaz niteliği taşıdığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. BİLGİN, s. 38 vd.

Bu kararlar birlikte kamu hizmetinin sözleşmenin niteliği üzerindeki etkisinin zayıfladığı kabul edilmektedir. Ancak bu karar çerçevesinde de kamu hizmeti kavramı özel bir biçimde idari sözleşme ölçütü olarak kullanılmaya elverişlidir. Hükümet Komiseri L. Blum tarafından ifade edilen biçimiyle, bazı sözleşmeler -kararın asıl yeniliği olan - özel hukuku aşan şartlar olmaksızın da, idari sözleşme niteliği taşıyabilirler. Bu sözleşmeler, özel kişiyi kamu hizmetinin yürütülmesine ortak eden/katan sözleşmelerdir ve idari nitelik taşırlar. Bu yaklaşım, öteden beri idari sözleşme olduğu kabul edilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine uygulanmış ve bu tarz idari sözleşmeler niteliği gereği idari sözleşme olarak değerlendirilmiştir.⁵¹

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

Ancak kamu hizmetiyle her türlü ilişki sözleşmenin idari sözleşme olmasını gerektirmez. Sözleşmeyle kamu hizmetinin bizzat icrasının sözleşmeciye verilmiş olması durumunda kamu hizmeti sözleşmenin niteliğini belirleyecek ve ayrıca sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi aranmayacaktır.⁵² Bu yönüyle *Bertin* kararı kamu hizmetinin görülme usulüne ilişkin bir başka yaklaşımı ortaya koyar: Kamu hizmeti, kamusal usullere eşitlenmemektedir ancak kamusal usulün vazgeçilmez olduğu bir çekirdek alan vardır. Bu çekirdek alanı, özel kişinin kamu hizmetinin yürütülmesini bizzat üstlenmesi ya da hizmetin yürütülmesine katılması oluşturmaktadır.

2. Özel Hukuku Aşan Şartlar

Özel hukuku aşan şartların sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde kullanıldığı ilk ünlü karar, Conseil d'Etat'ın yukarıda değinilen 31 Temmuz 1912 tarihli *Granits des Vosges* kararıdır. Karara konu olan sözleşmenin, özel şirketin herhangi bir bayındırlık işi görmesini içermemesi ve tek konusunun, özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerin kural ve koşulları çerçevesinde malzeme sağlanması olması nedeniyle idari sözleşme niteliği taşımadığı kabul edilmiştir: Kararın getirdiği yeni ölçüte göre, idari sözleşme artık kamu hizmeti amacına yönelik olmasıyla değil, sözleşmenin içerdiği hükümlere göre tanımlanacaktır.⁵³

⁵¹ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 151 vd.

⁵² LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 155 vd. Nitekim *Gondrand* kararında sözleşme, bir kamu hizmetinin gereksinimlerinin karşılanması amacıyla yapılmış olmakla birlikte konusu bu kamu hizmetinin bizzat yürütülmesi olmadığından idari sözleşme sayılmamıştır.

⁵³ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 149; BİLGİN, s. 50 vd.

Sözleşmenin niteliğinin özel hukuku aşan şartlara bağlanması, kamu hizmetinin görülmesinde özel yürütüm – kamusal yürütüm arasındaki ayrıma ve bu çerçevede kamu tüzel kişilerinin özel kişiler gibi hareket edebilecekleri düşüncesine dayanır.⁵⁴ Bu yaklaşım, *Terrier* kararıyla aynı doğrultudadır. İdarenin belli alanlarda, kamu hizmetini yerine getirme amacına yönelik olsa da özel hukuk içinde hareket etmesi mümkündür. Ancak bunun tersi de mümkün olabilir. Özel hukuku aşan şartların, tek başına, sözleşmeyi idari sözleşme kılmaya yeterli kabul edilmesi durumunda, idare sözleşmeye koyacağı bu nitelikteki şartlarla sözleşmenin kamu hukuku rejimine tâbi olmasını sağlayabilir.

Özel hukuku aşan şartlarla ilgili en önemli sorun, bunların nasıl tanımlanacağıdır. Bu şartların özel hukuktan farklılık içermesi gerektiği açıktır. Ancak bunların belirlenmesinde yaşanan güçlük, tartışmayı bu kez de idari sözleşmenin ölçütünün içeriği üzerinde yoğunlaştırmıştır. Fransız hukukunda bu tür şartların saptanmasında önemli zorluklarla karşılaşmıştır.⁵⁵

RICHER, özel hukuku aşan şart konusunda genel bir ölçütün bulunmadığını ve yargısal çözümlerin bazen öngörülemez olduğunu belirterek bunun, özel hukuku aşan niteliğin değerlendirilmesinin bir ölçüde subjektif olmasına ve özel hukukun gelişerek eskiden kabul edilmeyen ya da istisnai görülen tekniklere yer açmasına bağlamaktadır.⁵⁶

Bu tür şartların temel özelliği özel hukuku aşan (exorbitante) nitelik taşımasıdır. Fransız yargı kararlarında ve öğretisinde bu şartlar farklı biçimlerde tanımlanmıştır: Ortak (özel) hukuktan farklı şartlar, özel hukuka yabancı şartlar, özel hukuka göre sözleşmelerde yer alması yasaklanan şartlar, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan şartlar vb.⁵⁷

Burada ikinci bir sorun karşımıza çıkar: Özel hukuku aşan şartlar, o alana ait olmama anlamında özel hukukla ilişkili olduğundan, yalnızca idare hukuku alanında kalınarak saptanamaz. Birtakım şartların özel hukuku aştığının saptanmasında özel hukuk da referanslardan biri olduğuna göre, özel hukukun özelliklerinin bu şartları dışlayıp dışlamadığını belirlemek gerekir. Özel hukuk alanında hukuka aykırı ama kamu hukuku alanında hukuka uygun olabilecek şartlar çok sınırlıdır ve çoğunlukla özel hukuku aşan şart, özel kişiler arası ilişkilerde mümkün ya da alışıldık olmayan bir şart anlamına gelir.⁵⁸ Özellikle özel hukuk ilişkilerinde alışıldık, normal sayılmayacak şartların, salt bu nedenle özel hukuk kuralları çerçevesinde

⁵⁴ RICHER, s. 86.

⁵⁵ BİLGİN, s. 127. Yazar, Fransız hukukundaki bu tartışmanın Türk hukuku bakımından önemi olmadığını belirtmektedir.

⁵⁶ RICHER, s. 87.

⁵⁷ Bkz. VEDEL, “Remarques...”, s. 545 vd.

⁵⁸ RICHER, s. 90.

mutlaka yasak ya da imkansız görülemeyeceği düşünüldüğünde sorun çetrefilleşir.⁵⁹

Nitekim CHAPUS, özel hukuku aşan şartları, bunların niteliklerine göre ikiye ayırmaktadır. Birinci grup, özel hukuk ilişkilerinin dışında kalan şartlardan oluşmaktadır. Bunlar, özel kişiler arasındaki sözleşmelerde yer alması mümkün olmayan ya da kabul edilemeyen şartlardır. İkinci grup ise eşitliğe aykırı (eşitsizlikçi) şartlardan oluşur. Bunlar sözleşmeci özel kişiyi, idarenin denetimi hatta otoritesi altına sokan şartlardır.⁶⁰

Özel hukuku aşan şartların bu anlaşılış biçimi nedeniyle, bu konuda yargı organlarının geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilerek, genellikle bu tür şartların bir listesinin yapılması yoluna gidilmektedir.⁶¹

Conseil d'Etat kararlarında, idarenin alacağını yargısal yollara başvurmaksızın tahsil edebilmesi, uyuşmazlıkları çözüme bağlamak için re'sen hareket etme yetkisi, diğer âkit üzerinde kontrol, yönlendirme ve denetim yetkisi, karşı tarafın kamu yararına yönelik yükümlülükler üstlenmesi, idarenin çalıştırılacak personelle ilgili yetkilere (örneğin bunların çıkarılmasını isteme) sahip olması, tek yanlı değişiklik yapma yetkisi, idarenin (kiraya verdiği salonda) oynanacak oyunların belirlenmesinde yetki sahibi olması ve oyunlardan gösteri vergisi alınmayacağı kaydı, idare ajanları tarafından tutulan tutanakların geçerli olacağı kaydı, (restaurant işletilmesinde) idareye çalıştırılacak personel ve tarife üzerinde yetki tanınması konularındaki sözleşme hükümlerinin özel hukuku aşan şart kapsamında görüldüğü belirtilmektedir.⁶² Fransız öğretisinde, bu tür şartların dışında, özel kişinin kamu hizmetinin işlenmesine katılmasının bizatihi özel hukuku aşan şart olarak değerlendirildiği de olmuştur.

Türk hukukunda, yargı organları genel ifadelerle, sözleşmenin idarenin diğer tarafa göre üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşımasını ölçüt olarak kullanmaktadırlar. BİLGİN, Danıştay'ın 11.1.1966 tarihli kararında ilk kez "özel hukuku aşan hüküm ve şartlar" terimini kullandığını ve "bununla 'bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesini' ifade" ettiğini belirtmektedir.⁶³ Yazara göre, "(...) Türk Hukukunda, özel hukuku aşan şartların tanımı konusunda, Fransız hukukunda olduğu gibi bir kriz ve zorluk yoktur. Yalnız kamu kudreti imtiyazlarına bağlanabilen şartlar Yüksek Mahkemelerce özel hukuku aşan şartlar olarak kabul edilmektedir".⁶⁴

⁵⁹ VEDEL, "Remarques...", s. 552. Vedel'in sorusu önemlidir: "(...) ferdler arası sözleşmeleri asla bilmeyen bir idari yargıç, alışlagelmiş olanla alışılmamış olanı nasıl ayırd edebilir?"

⁶⁰ CHAPUS, s. 496 vd.

⁶¹ PEQUIGNOT, § 183 vd.; RICHER, s. 88 vd.

⁶² RICHER, s. 88-89; CHAPUS, s. 496-497.

⁶³ BİLGİN, s. 131.

⁶⁴ BİLGİN, s. 131.

Özel hukuku aşan şart, sözleşmenin idari sayılmasına yol açan bir ölçüt olarak kullanılmakla birlikte formülasyonun kendisi sorunludur. Bu ölçüt, sözleşme hükümlerinin incelenmesini gerektirir. Sözleşme hükümlerinde idareye birtakım üstünlük ya da ayrıcalıkların tanınmış olmasının yani sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesinin sonucu, sözleşmeye idare hukuku rejiminin uygulanmasıdır. İdari sözleşmenin tâbi kılındığı bu özel rejimin temel özelliği de, büyük ölçüde idarenin üstünlük ve ayrıcalıklara sahip olmasıyla tanımlanmasıdır. Dolayısıyla sözleşmede yer alan bazı ayrıcalık ve üstünlükler, sözleşmenin ayrıcalık ve üstünlüğe dayanan rejimini harekete geçirir.

Oysa soruna idari sözleşme rejimi yönünden bakıldığında, aslen, bir idari sözleşmenin metninde neden özel hukuku aşan şartlar içermesi gerektiği sorulmalıdır. Sözleşme, idari sözleşme ise zaten kendi otonom ve özel hukuktan büyük ölçüde farklı rejimine tâbi olur ve sözleşme metninde bu tür özel hukuku aşan şartların yer alması gerekmez: Bunlar zaten uygulanabilir. Bu durumda, ancak bir özel hukuk sözleşmesiyle karşı karşıyaysak bu şartların sözleşmede yer alması anlamlı olabilir. Çünkü bunlar, sözleşme özel hukuk sözleşmesi olduğundan, sözleşmede yer almadıkça, taraflarca karşılıklı olarak kabul edilmedikçe uygulanamaz.

Nitekim BALTA, sorunu netlikle ortaya koymaktadır: “(B)bir sözleşmede kamu hukukuna bağlı (...) şartların bulunması ona idari nitelik veremez. Çünkü sözleşmenin idari oluşu onun bütünü ile idare hukukuna bağlı olması sonucu doğurur. Sözleşmede kamu hukukuna aid bir kısım şartların bulunuşu böyle bir sonuç çıkarmaya yetmez. Nitekim benzer şartlar özel hukuk sözleşmelerinde de yer alabilir. Böyle bir durum sadece ilgili sözleşmenin kamu hukukuna bağlı bir takım şartları kapsadığı anlamına gelir”.⁶⁵

3. Özel Hukuku Aşan Hukuksal Rejim

Conseil d’Etat’nın 19 Ocak 1973 tarihli *Rivière du Sant* kararı,⁶⁶ özel hukuku aşan şartlar açısından farklı bir yaklaşım gösterir. Bu kararda idari sözleşme, “özel hukuku aşan rejim”le tanımlanmış ve özel hukuk sözleşmesinden ayırt edilmiştir. Karara konu sözleşme, E.D.F. (Electricité de France) ile bağımsız bir elektrik üreticisi arasında yapılmıştır ve E.D.F.’in bu üreticiden elektrik satın almasına ilişkindir. Ancak sözleşme ne kamu hizmeti ile ilgilidir ne de özel hukuku aşan şartlar içermektedir.⁶⁷ Buna karşın, özel hukuku aşan bir rejime tâbidir. Sözleşmeye uygulanacak özel birtakım düzenlemeler bulunmaktadır ve bunlar bir bütün olarak

⁶⁵ BALTA, s. 190.

⁶⁶ Karara ilişkin açıklamalar LAUBADERE/MODERNE/DELVOLLE, s. 158-159’dan alınmıştır.

⁶⁷ Fransız öğretisinin genel algılayışı bu olmakla birlikte farklı görüşler de ileri sürülmüştür.

değerlendirildiğinde özel hukuku aşan bir rejim oluşturur. E.D.F.'in elektrik alma yükümlülüğü altında olması ve uyuşmazlıkların zorunlu olarak ilgili bakana sunularak Elektrik ve Gaz Üst Kurulunun görüşü alındıktan sonra bakanca karara bağlanması, özel hukuku aşan rejimin saptanmasında kullanılmıştır.⁶⁸

Bu kararlar birlikte özel hukuku aşan şart ölçütü özel hukuku aşan rejime doğru kaymıştır⁶⁹ ve bu ikisi arasında önemli bir fark olmadığını savunanlar bulunduğu gibi, kararın getirdiği çözümün yenilik içerdiğini kabul edenler de vardır.⁷⁰

Nitekim WEIL, Conseil d'Etat'nın, *Bertin* ve *Grimouard* kararlarındaki ölçütten yola çıkarak da sözleşmenin idari sözleşme olduğunu tespit edebileceğini⁷¹ ve kararın iki farklı biçimde yorumlanabileceğini belirtmektedir. Birincisi, özel hukuku aşan rejim, özel hukuku aşan şart ölçütünün gözden geçirilmiş, değiştirilmiş ve genişletilmiş biçimi olarak değerlendirilebilir. Ancak bu anlayışın, özel hukuku aşan şarttan köklü bir kopuş içerdiği de düşünülebilir: Özel hukuku aşan şart, sözleşme içinde yer alan ve tarafların iradelerini gösteren sübjektif ve iradi nitelik taşıyan bir ölçüttür. Özel hukuku aşan rejim ise tarafların iradesinden bağımsız olarak objektif düzene dayanır ve taraf iradelerinin sözleşme yoluyla ifade edildiği özel hukuku aşan şartla arasındaki benzerlik tamamen lafzidir.⁷²

Bu durumda, özel hukuku aşan rejim, idari sözleşmenin tek ölçütü haline gelecek ve sözleşme ancak bir kamu hukuku ortamında yapılırsa, yani *sözleşmenin idari sözleşme olması gerektiği izleniminin edinilmemesinin mümkün olmaması* nedeniyle idari sözleşme kabul edilecektir. Diğer ölçütler ise bu "kamu hukuku iklimi"nin saptanmasında kullanılacaktır.⁷³

Bu anlamıyla özel hukuku aşan rejim, sözleşmenin içeriği ve hükümlerinin dışında, özel bir rejime vurgu yaparak sözleşmeyle kurulan ilişkiyi bir bütün olarak ele alması nedeniyle önemlidir.

4. Maddi Ölçütlere İlişkin Değerlendirme

1956 yılındaki kararlardan (*Bertin* ve *Grimouard* kararları) itibaren sözleşmenin, karşı tarafa kamu hizmetinin yürütülmesi görevini vermesi ya da özel hukuku aşan şartlar içermesi durumunda idari sözleşme sayılacağı kabul edilmiştir.⁷⁴ Bu durumda, kamu hizmeti ve özel hukuku aşan şart

⁶⁸ RICHER, s. 108.

⁶⁹ Prosper WEIL, "Le critère du contrat administratif en crise", Mélanges Offerts a Marcel Waline, s. 833.

⁷⁰ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 159.

⁷¹ WEIL, s. 845.

⁷² WEIL, s. 847.

⁷³ WEIL, s. 848.

⁷⁴ WEIL, s. 831.

ölçütlerini birbirinin alternatifi olarak kullanmak ve birinin varlığı halinde sözleşmeye idari nitelik tanımak mümkündür.

Fransız hukukunda, sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için bu iki ölçütün birlikte aranmasının gerekmediği kabul edilmekte, idari sözleşme ölçütü, alternatifli ölçüt olarak adlandırılmaktadır.⁷⁵ Ancak ilkenin bu biçimde kabulünün sorunları büyük ölçüde çözeceği düşünülse de asıl sorun bu ölçütlerin içeriğinin saptanmasında ortaya çıkmaktadır. Bu içerik sorunundan bağımsız olarak düşünülemez çeşitli ayrıksı durumların kabul edilmesi de ölçütlerin güvenilirliğini tartışılır kılmaktadır. Örneğin, ekonomik alandaki kamu hizmetlerinden yararlananlarla yapılan sözleşmelerde, taraflardan birinin kamu tüzelkişisi olması, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması ve çoğu durumda özel hukuku aşan şartlar içermesine rağmen bu sözleşmelerin mutlak olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmasını⁷⁶ açıklamak güçtür. Ya da kamu tüzelkişilerinin hizmet akdiyle personel çalıştırması durumunda, üst düzey bazı görevlilerle yapılan sözleşmeler dışındaki sözleşmelerin özel hukuka tâbi olacağı kabul edilmesi⁷⁷, ölçütleri sorunlu hale getirmektedir. Bu durumda idari sözleşme ölçütlerinin, beklenen öngörülebilirliği, en azından pratik bir yöntem olarak ölçütlerin uygulanmasıyla ulaşılabilecek sonucun kesinliğini, ortadan kaldırmaktadır.

Türk hukuku açısından soruna bakarsak: Yargı organları, içeriklerine bazen farklı anlamlar yüklemekle birlikte, Fransız hukukunda kabul edilen bu ölçütlerin varlığını benimsemektedir. Ancak yargı kararlarında, özellikle son dönemde sık rastlanan formülasyonda bu iki ölçütün (taraflardan birinin kamu tüzelkişisi olmasına ilişkin organik ölçüt de vurgulanarak) birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bu durum aşağıda incelenecektir ancak hemen belirtmek gerekir ki, Türk uygulamasının Fransız uygulamasından farklılık içerdiği açık olmakla birlikte, yargı kararlarındaki bu tür formülasyonlar, ölçütlerin her zaman birlikte kullanıldığı anlamına gelmemektedir.

III. TÜRK YARGI ORGANLARININ KARARLARINDA KULLANILAN ÖLÇÜTLER

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay, idari sözleşmelerle ilgili ilk kararlarından bu yana, Fransız yargı organlarının geliştirdiği ölçütleri sözleşmenin niteliğinin saptanmasında kullanmıştır. Ancak Türk yargı organlarının bu ölçütlere verdiği anlam, teker teker ölçütlere verdiği değer ve bunları kullanım biçimi farklı ve özgün bir içtihat oluşturmaktadır. Bu kararların incelenmesiyle ortaya çıkan bir sonucu baştan belirtmekte yarar var: Türkiye’de idari sözleşme kavramı, ortaya çıkışıyla birlikte kamu

⁷⁵ RICHER, s. 84 vd.

⁷⁶ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLLE, s. 93 vd.

⁷⁷ LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, s. 921.

hizmeti imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde algılanmış ve bu nedenle de idari sözleşme kamu hizmetinin yürütülmesinde bir yöntem olarak görülmüştür. İdari sözleşme ölçütlerinin yargı organlarınca kullanılmasına ve sonuçta idari sözleşme kategorisinin, öğretinin öteden beri eleştirdiği,⁷⁸ konu itibarıyla çok sınırlı bir alana sıkıştırılmasına damgasını vuran bu yaklaşımdır. Kamu hizmetinin görülmesinde kamusal rejimin zorunlu olduğu varsayımı/kabulü, idari sözleşme kategorisinin bir idari usul olarak kabul edilmesine yol açmış ve sözleşmeye konu olabilecek diğer alanlar iradi olarak dışlanmıştır.

Ayrıca kamu hizmetinin görülmesini içeren sözleşmeler dışında birtakım sözleşmelerin yasama organı tarafından yasayla idari sözleşme olarak nitelenmemesi ya da bunlardan doğacak uyuşmazlıkların idari yargıya bırakılmaması nedeniyle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle yargı kararlarında telaffuz edilmeye başlayan idari sözleşme kategorisinin diğer bazı sözleşmeleri de kapsayacak biçimde genişletilmesi gereği ortaya çıkmamış ve yargı organlarınca hissedilmemiştir.⁷⁹

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

“Âmme hizmeti imtiyaz mukavelelerinin illeti tesisi, bu hizmetin görülmesinden ibaret olmasına nazaran, bu türlü mukaveleler, hususi ve ferdî bir teşebbüsün sureti icraiyesi hakkında tarafların müteakabil taahhütlerini gösteren bir andlaşma mahiyeti arz edemez. Bunlar hakikatte âmme hizmetinin temşiyet şeklini ifade ederler. Binaenaleyh, hükümetin bunlar karşısında vaziyeti alelâde bir taraf teşkil etmekten ibaret kalma[ma]sı zaruridir. Zira, âmme hizmetinin ifası esasen hükümete mürettep bir vazifedir. Bu hizmet, bir başkasına devir ve tahmil edilmekle hükümet, aslen vazifedar olduğu bu işin hakikî mes'ulü olmaktan kurtulamaz. Tâbiri diğerle, imtiyaza bağlanmış olan bir âmme hizmeti hiç bir zaman bu mahiyetten

⁷⁸ ONAR, C. III, s. 1605; DURAN, s. 431; Ali Ülkü AZRAK, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İÜHF, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 538.

⁷⁹ Fransa'da “28 Pluaise VIII. yıl kanununun 4. maddesine göre; İdare ile bayındırlık işi müteahhitleri arasında sözleşmenin anlamı ve icrasını ilgilendiren konularda çıkabilecek uyuşmazlıklar Conseil de Prefecture'de, bugün, İdare Mahkemelerinde çözümlenir”; “11 Haziran 1806 karnamesinin 14. maddesine göre, (malzeme satın alınması sözleşmelerinde) Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda Devlet Şurası görevlidir” (BİLGİN, s. 12 ve 13). Bu tür hükümlerin yargı organlarını, idari sözleşme kategorisinin oluşturulması ve geliştirilmesi yönünde tahrik ettiği düşünülebilir. Türkiye'de, imtiyaz sözleşmeleri dışında, böyle bir durum ortaya çıkmamıştır.

sıyrılmış olamaz. İşte, imtiyaz mukavelelerinde Hükümetin sadece bir fert ve iktidarı ile mücehhez bir taraf teşkil etmeyip kendisinin her yerde işin hakikî sahip ve hâkimi olarak tanınmasında ve bu nevi mukaveleler için onda o kadar hudutsuz bir murakabe selâhiyetinin kabul edilmesindeki sebep ve illet yukarıda zikredilen esasta mündemiçtir".⁸⁰

Karara hakim olan genel yaklaşım, yürütülen hizmetin ve sözleşmenin niteliğinin *apaçık* olduğu yönündedir. Çünkü, hizmete ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın kamu hizmeti olduğu kabul edilmiş, imtiyaz sözleşmesinin de idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla idarenin özel hukuktan farklı yetkilere sahip olacağı belirtilmiş, bunlar tartışılmamıştır. Bu durumda, ilk ilke, kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin niteliği gereği idari sözleşme olduğudur. Bunun dışında herhangi bir ölçüt aranmasına gerek kalmamaktadır çünkü kamu hizmetiyle bu derece bir ilişki, uygulanacak hukuksal rejimi de beraberinde getirmektedir. Kararda, şirkete tanınan bazı hak ve ayrıcalıklardan, sözleşmenin nitelenmesi için yararlanılmaması da *niteliği gereği idari sözleşme* anlayışının benimsendiğini göstermektedir.⁸¹

Kararda, imtiyaz sözleşmesinden “âmme hizmetinin temşiyet şekli” olarak söz edilmesi, bir başka sonucun da kabul edildiğini gösterir. Kamu hizmetinin yürütülmesinde asıl olan kamusal usuldür ve kamu hizmeti, kamu hukuku kurallarını beraberinde getirir.

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

Yol yapımına ilişkin sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi nedeniyle açılan davada verilen 24.5.1939 tarihli karar, kamu hizmetiyle ilişki bakımından açıklayıcı olabilir. Bu davada Savcı;

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

⁸⁰ Karar metni için bkz.: Necmi OSTEN, **İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti**, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938, s. 38-39.

⁸¹ Devlet Şurası Umumi Heyeti'nin, Maliye Vekaleti ile Fenerler İdaresi arasında çıkan uyuşmazlığın çözümü için hakem seçilmesine ilişkin 37/238 sayılı kararında da aynı yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Maliye Vekaletinin başvurusunda dayanak olarak “Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 250 nci maddesi(nin) hakemin davayı rüyete selahiyetli hakim tarafından intihap olacağını amir bulun”ması gösterilmiş, kararda da “bir amme hizmetinin ifası maksadile mün'akid imtiyaz mukavelesi”nden söz edilerek uyuşmazlığın “bir amme hukuku ihtilafı olduğu” kabul edilmiştir (DKD, S. 1, s. 58-60).

(...)

Her ne kadar bu babdaki mukavelenamenin 11 inci maddesinde (Bu mukavelenamenin tefsir ve idari ahkâmından mütevellit davalar Yozgat mahkemelerinde hal ve faslonulur.) diye bir kayıt varsa da idari davalar hukuku âmmenin bir şubesi olan idare hukukunun bir kısmını teşkil eylediğinden bu hususta hükümleri muhtevi Devlet Şurası Kanunu da hukuku âmme kanunlarıdır. Hukuku âmmeye aid kanunlar ise intizamı âmme kanunlarıdır. Bu kabil hükümler hilafına mukavele caiz değildir."

görüşüyle sözleşmenin idari nitelik taşıdığını ve uyumsuzluğun Danıştay'ın görevine girdiğini savunsa da, bu görüş benimsenmemiştir ve:

"Hadise, hukuku hususiye sahasına dahil bir mukavelename hükmünün yerine getirilmemesinden mütevellid olup, esasen idareye fesih salâhiyeti mezkur mukavelenamenin 7 nci maddesile tanınmış ve 11 inci maddesile de mukavelenamenin tatbikatından mütevellid davaların Yozgat mahkemesinde görüleceği tasrih edilmiş olduğundan davanın vazife noktasından reddine"

karar verilmiştir.⁸²

Yol yapımının kamu hizmeti olarak nitelendirilmemesi nedeniyle mi yoksa sözleşmenin içeriği itibarıyla idari sözleşme özelliği taşımadığının saptanması nedeniyle mi bu yönde karar verildiği açık değildir. Yine de karardan a contrario sonuçlar çıkarmak mümkündür. İdarenin sahip olduğu fesih yetkisinin akdi niteliğine vurgu yapılmış olması, niteliği gereği idari sözleşme anlayışının benimsendiğini gösterebilir. Zira, sözleşme kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olsaydı, bu tür kayıtlar taşımasına gerek olmaksızın idari nitelik taşıyacak ve idarenin birtakım yetkiler kullanması mümkün olacaktı. Ancak bu yargının diğer kararlarla desteklenmesi gerektiği açıktır. Danıştay'ın hiç yalpalamadan, öğretide bayındırlık imtiyazı olarak adlandırılan sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak görmesinin temelleri bu kararda, açıkça belirtilmemekle birlikte bulunabilir.⁸³

⁸² Dan. 5. D., E. 1939/1038, K. 39/822, k.t. 24.5.1939, DKD, S. 10, s. 72-73.

⁸³ Danıştay, işletme söz konusu değilse, bir kamu hizmeti imtiyazının varlığını kabul etmemektedir. Ayrıca her türlü bayındırlık faaliyetinin bayındırlık imtiyazı olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. İdarenin müteahhide bir bedel ödeyerek iş yaptırması, iş kamu hizmetiyle bağlantılı olsa bile, sözleşmenin idari sözleşme olması sonucunu doğurmaz. Bayındırlık işlerine ilişkin sözleşmeler zorunlu idari sözleşme değildir. Bayındırlık imtiyazında asıl olan ise, bayındırlık faaliyetinde bulunan özel kişinin yaptığı işin karşılığını ve elde edeceği kârı, ortaya çıkan tesisi işleterek elde etmesidir (Bayındırlık imtiyazının, benzeri sözleşme ve işlemlerden farklı ve belirgin yanı; inşaat ve tesisatı üstlenen özel kişinin, karşılık olarak, para yerine belli bir süre işletmenin gelirini elde etmesi ve fakat bunun klasik bir kamu hizmeti niteliğini taşımayabilmesidir" Lütfi DURAN, "Yap-İşlet-Devret" Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan, SBF, C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 156 vd.). Bu tür sözleşmelerin de Danıştay tarafından kamu hizmeti imtiyazı içinde değerlendirilmesi nedeniyle, ayrı bir bayındırlık imtiyazı kategorisine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bu dönemde, sözleşmeyle kurulan ilişkinin yanısıra sözleşme metninde yer alan hükümlerin de sözleşmenin niteliğini saptamakta kullanıldığı kararlar bulunmaktadır. Sözleşmenin hükümlerinin incelenmesi yoluna gidilmesi, idarenin sözleşmenin niteliğini belirleme konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu anlamına gelir. Ayrıca böyle bir inceleme sözleşmenin *niteliği gereği idari sözleşme* olmadığı varsayımından hareket eder.

İzmir Belediyesi ile İzmir İmalat ve İnşaatı Umumiye Türk Anonim Şirketi arasında yapılan ve genel olarak yol yapımını ve tramvay işletme hakkı verilmesini içeren sözleşme dolayısıyla Dava Daireleri Umumi Heyetinin 24.9.1940 tarihli kararı⁸⁴ sorunu bu çerçevede tartışmıştır.

Savcının görev sorununa yaklaşımı şöyledir:

“Gerçi ihtilafı tevlid eden mukavele hukuku medeniye esaslarına göre mün’akiddir. Fakat bunun böyle oluşu onun adi mukavele addini icap ettirmez.⁸⁵ Zira çok hallerde idare adi ferde benzer tarzda ve ferdlerin kullanabileceği ameliyelerle mukavele akdeder gibi görünür. Bu takdirde ahval karinelerinin biraz daha sıkı tahlili o mukavelede âmme kudretinin müdahalesi zaruret ve ihtiyacını göstereceğinden o nevi mukavelelere idari vasfının izafesinde olur. Şu halde idarenin ferd gibi akit yaptığı hallerde de mukavelenin maksat ve mahiyetinden şekil ve nev’ini tayin imkan dahilindedir. Nitekim Fransız Devlet Şurasının kıstası benimsiyerek kendisine arzedilen mukaveleli ihtilaflarda salahiyetini beyan için o mukavelenin maksad ve mahiyetini araştırdığı ve eğer mukavele aktedildiği şartlar dahilinde

⁸⁴ Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, k.t. 24.9.1940, DKD, S. 14, s. 52-56. 21 Mart 1934 tarihli sözleşmede, “gümrük dairesi önünde Basmahaneye kadar büyük caddenin açılması için yapılacak istimlak bedellerinin şirket tarafından verilmesi ve bu caddenin lağım hazineleri inşası için belediye beş bin lira kadar bir para tediyesi mukabilinde bu caddenin her iki tarafından yirmi beşer metre dahilinde olan emlak ve akareti istimlak bedeli şirket tarafındanediye edilmek üzere şirkete devir ve ferağ ve bu yollara münthehi yollardan dolayı lüzum kalmayan yollar ile yol fazlalarının bedelsiz şirkete devir ve ferağı ve yine bulvara muvazi ve bulvarla irtibatı belediyece kabul olunan caddelerin genişletilmesi halinde bu yolların da iki tarafındaki belediyenin istimlak haklarının tamamen şirkete devri ve bulvar üzerinde tramvay işletme hakkı ve şirketin tesis maksadına muvafık her nevi hususatta musavi şartları haiz olanlara tercihi hususları taraflarca kabul edilmiş”tir. Şirket, “(...) belediyenin hak ve salahiyetlerini sarih bir kanun olmadıkça ferdlere devredemeyeceği ve keza hudutsuz ve müddetsiz bir rüçhan hakkı itasına salahiyeti olmadığı ve tramvay imtiyazı ihalesi yol ve yol fazlası ve istimlak olunan akaratın devir ve temlik muayyen eşkâl ve merasime tâbi olduğundan şirkete karşı bir ivaz taahhüdü esasen hükümsüz olduğu cihetle bu mukavelenin ehliyet ve salahiyet noktasından butlanına karar verilmesi” istemiyle dava açmıştır.

⁸⁵ Bu ifadelerin Conseil d’Etat’nın *Thérond* kararında Hükümet Komiseri Pichat’nın görüşlerine benzer olduğu görülebilir. Ancak Danıştay’ın değerlendirmeleri ve vardığı sonuç Fransız uygulamasından büyük ölçüde ayrıldığını göstermektedir. Bu farklı yaklaşım sonraki kararlarla devam edecektir.

kendi zati mahiyeti ile bir mukavele sıfatını tebellür ettirebiliyorsa o ihtilafta salahiyetini beyan ettiği malumdur. Binaenaleyh davada muvzuubahs mukavele hukuku hususiye esaslarile in'ikat etmiş olmasına rağmen ihtiva ettiği hükümler itibarile vukuu mukarrer istimlak muamelesine davacı şirketi teşrik etmiş olmakla beraber belediyenin kudreti ammesine tealluk eden kanuni diğer bazı hususları ezcümle uzun müddetle tramvay işletme ruhsatı tanımak ve asri apteshaneler küşad ve işletilmesine müsaade etmek gibi olanların nefsinde cem etmiş ve aktindeki gayeye mütenazıran muhtevi bulunduğu bu nevi şartlar ve onlardaki hususiyet dolayısıyla idari mukavele karakteri göstermekte bulunmuş olduğu sebebinden bundan tevellüd edecek ihtilafatın mercii rüyet ve halli idari kaza olmak lazım gelir".

Bu görüşlere karşın Umumi Heyetin vardığı sonuç ilginçtir:

“İdare velev ki âmme menfaati ile alakadar bir ihtiyacı temin bakımından olsun aktedeceği mukavelelerde hususi hukuk hükümlerine veya idari mukavele ismile anılan şekilde âmme hukuku hükümlerine istinad suretile akid yapmakta serbesttir. Bu serbesti dolayısıyla yaptığı akitlerin de idari veya adli kaza murakabesine tâbi olacağı tabiidir.

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

Mukavelenin âmme hükümlerine istinad ettiğini tebeyin edecek husus ta (mukaveleye umumi bir şartname ilhak edilmesi, müteahhidin şahsan umumi hizmetin işlemesine iştiraki, işin mahiyetinin zaruri olarak âmme hizmetine mülhak bulunması, mukaveleden mütehaddis ihtilafların hallinde idari kazanın salahiyeti sarahaten kabul edilmiş olması gibi) akdin metin ve mahiyetinden istidlal olunur.

Müstedî şirketin istinad ettiği mukavelede hususi hukuk hükümlerine rüçhan verilmiş olduğu görülmekte olmasına mebnidir ki,

(...)

Davanın vazife noktasından reddine”

karar verilmiştir. ONAR, bu prensip kararının “çok müphem” olduğunu belirtmektedir.⁸⁶ Karardan, bu ilkelerin sözleşmenin hangi hükümlerine nasıl uygulanarak sonuca varıldığının anlaşılabilmesi da ayrı bir sorundur.⁸⁷

⁸⁶ ONAR, C. III, s. 1602.

⁸⁷ BİLGEN, karara idarenin sözleşmenin türünü seçme yetkisine ilişkin başlık altında yer verdiği göre, karara konu olayda özel kişinin bir kamu hizmetinin işlemesine katılmaması nedeniyle bu sonuca varıldığı kanısında olduğu söylenebilir (BİLGEN, s. 89).

Dava Daireleri Umumi Heyeti'nin 8.7.1941 tarihli kararı, niteliği gereği idari sözleşme anlayışı ile idari sözleşme ölçütlerinin kullanımının, sonraki kararlarla iyice yerleşecek, tipik örneğini oluşturmaktadır:

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

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

Âmme hizmetinin işlenmesi için yetkili makamlar mesela imtiyaz mukaveleleri gibi âmme hizmetlerine iştiraki tazammun eder mahiyette mütebariz bir âmme mukaveleleri karakterini taşıyan mukaveleler haricinde ammenin menfaatine muvafık gördükleri şekil ve surette mukavelelerini dilerlerse hususi hukuk hükümlerine uygun ve medeni bünyede, dilerlerse âmme hukuku hükümlerine tâbi idari mahiyette tanzim edebilirler.

Bu tanzim tarzı intizamı âmmeye muhalif bir vazife tavizi manasını tazammun etmez”.⁸⁸

Savcı;

“İdare tarafından âmme nef'ine arzolanacak bir hizmeti başarmak kasdı ve niyetile hakiki veya hükmi şahısla aktedilmiş bulunan bir mukavele idari mukaveleler arasında yer alır. Hadisede mevzubahs mukavele de umumi bir yolun âmme nef'i mülahasasile inşa ve ikmalî maksadile aktedilmiş olmak haysiyeti ile idari mukaveledir.”

görüşünü savunmuştur. Ayrıca savcı görüşünden, sözleşmede genel mahkemelerden birini yetkili kılan bir yetki hükmü bulunduğu anlaşılmaktadır.

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

⁸⁸ Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1941/141, K. 1941/216, k.t. 8.7.1941. Karara konu uyuşmazlık, “Bursa-Mudanya yolunun esaslı surette tamir edilmek ve asfaltlaştırılmak üzere” ihale edilmesi ve işin zamanında bitirilememesi nedeniyle idarenin sözleşmeye dayanarak cezai şart niteliğinde belli bedeli istemesinden kaynaklanmıştır.

Bu saptamalar, ölçütlerin kullanımına ilişkin önemli veriler oluşturur. Mahkemeler niteliği gereği idari sözleşme yani imtiyaz ve türevleriyle karşılaştıklarında idari sözleşme ölçütlerini, bunların arasındaki ilişkiye değinmeksizin kullanmaktadırlar. İleride değinilecek olan, yap-işlet-devret sözleşmelerinin imtiyaz niteliği taşıdığı saptayan kararlarda bu ölçütlerin hepsinin kullanıldığı görülecektir. Oysa bu kararlarda ölçütlerin yerli yerinde kullanıldığı söylenemez. Bu nedenle kurulan ilişkinin kamu hukukuna tâbi olmadığını saptayan kararlarda ölçütlerin daha özenli olarak kullanıldığı görülmektedir. Nitekim özel hukuku aşan şart ölçütünün kullanımı, sözleşmenin niteliği gereği idari sözleşme olmadığı durumlarda ön plana çıkmaktadır.

Niteliği gereği idari sözleşme yaklaşımında sözleşmenin kamu hizmetinin kamusal yürütümünde bir araç olarak görülmesi, idari sözleşmenin kamu hizmetinin bir türevi olarak açıklanması anlamına gelir. Bu tür sözleşmeler de, idare ile sözleşmeci özel kişi arasında ancak kamu hizmetinin özellikleri doğrultusunda bir ilişki kurabilir ve bu nedenle de kamusal rejimi içerir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24.1.1946 tarihli üç kararı, Danıştay kararlarıyla geliştirilen bu anlayışın teyidi ve temel esaslarının saptanması niteliğindedir.⁸⁹ Zından ve Çangal ormanlarının işletilmesine ilişkin 1926 tarihli sözleşmenin idarece feshedilmesi üzerine çıkan uyuşmazlık dolayısıyla verilen kararda idari sözleşme kamu hizmeti amacıyla tanımlanmıştır:

“Mevzu hukuk muvacehesinde idari mukavelelerin mevcudiyetini tanımak ve ancak idari mukavelelerin gayesini teşkil eden (âmme hizmeti) tabirinin mana ve medlulünü düşünmek icabeder. Bir âmme hizmetinin tanzim ve işlemlerini temin maksadıyla münakit olan ve idari prensip ve kaideleri harekete getiren idari mukaveleler, Devletin âmme kudretine dayanmaksızın tamamen bir ferd gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arzeder.

Bu mukavelelerde âkid olan özel veya tüzel kişinin, hizmetin işlemlerine iştirak ettirilmesi, bunlara adi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili, hizmeti, umumun menfaatına uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alelade bir ferd mevkiinde kalmaması, âmme hizmetlerinin icap ve zaruretleri icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salahiyetinin idari otoriteye tanınması, hizmetin yürütülmesinde aksaklık husule getiren âkid hakkında zecri hükümler

⁸⁹ UM, E.1946/5, K.1946/1, k.t. 24.1.1946, RG 12.3.1946 – 6254; E.1946 -7/2, K.1946/2, k.t. 24.1.1946, RG 28.2.1946 – 6244; E.1946 -8/3, K.1946/3, k.t. 24.1.1946, RG 4.3.1946 – 6247. Üç kararda da aynı gerekçelerle aynı sonuca ulaşılmıştır.

vaz'ı, el koyma ve uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur".

Bu temel ilkelerin somut olaya uygulanmasında Mahkeme, öncelikle ormanların hukuksal rejimini araştırmış, orman rejimine ilişkin düzenlemelerin incelenmesinden sonra, ormanların işletilmesinin kamu hizmeti niteliği taşıdığına ve bunlara ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olamayacağına hükmetmiştir.⁹⁰

Salt bu neden, idari sözleşmenin varlığını kabul için yeterliyken, Uyuşmazlık Mahkemesi sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesini de gerekçe olarak kullanmıştır:

“Muhteva itibarıyla de bu mukavele, adi mukavele hudutlarını aşan bir çok kayıt ve şartları ihtiva etmektedir. Ezcümle Ormanın teşcir, imar ve muhafazası, Hükümetçe muadillerine verilen nisbette maaş verilmek şartıyla kafi miktarda muhafız kullanılması ve yine maaşı şirketçe tediye olunmak üzere şirket nezdinde Hükümet komiseri bulundurulması, memur ve müstahdemler için konut inşa ve dispanser ihdası, amelenin Türk vatandaşlarından seçilmesi ve müstahdeminin çocuklarının okutturulması, Avrupaya öğrenci yollanması, yardım sandığı tesisi gibi âkid şirkete mecburiyetler tahmili bu zümredendir”.

Mahkemenin özel hukuku aşan şartlar olarak saydığı sözleşmenin bu hükümlerinin nitelikleri itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesinde bulunamayacağı söylenemez. Burada belki bunların ağır yükümlülükler olduğu dikkate alınabilir ancak bu da başlıbaşına özel hukuku aşan şart sayılamaz. Sözleşmede üçüncü kişiler lehine edimler öngörülmüş olması da özel hukuk kuralları çerçevesinde mümkündür. “Ormanın teşcir, imar ve muhafazası”nın bu tür şartlar arasında sayılmasıyla kamu hizmetinin görülmesinin bizatihi özel hukuku aşan şart olduğu düşüncesinin kararda yer aldığı ise, ifadenin açıklık taşıması karşısında, savunulamaz.

Ancak bu hükümlerin sayıldığı paragrafın hemen ardında yer alan hükümlerle, sözleşmenin bir kamu hukuku ilişkisi kurduğu saptanabilir:

“Hizmet nefine istimlak kaidesinin cereyan edebilmesi ve hariçten getirtilecek makine, alât ve edevat gibi işletme ile ilgili eşya

⁹⁰ “(...) 4785 numaralı kanun ise, bütün ormanların hiçbir işlem ve bildirim lüzum olmaksızın Devletleştirilmiş olduğunu tansis etmiş ve esasen tafsil edilen âmme kaideleriyle idare ve işletmesi âmme hizmetleri arasına girmiş olan orman işlerinin Devletin esaslı fonksiyonlarından sayılması lazım geleceğini müeyyid bulunmuştur. (...) âmme emlakinden sayılmasında tereddüt olunamayacak bulunan, istismar ve idaresi münhasıran Devletin inhisarına bırakılmış olan Ormanların işletilmesine ait olan mukavelelerin (...) hususi hukuk kaidelerine tabiiyetini kabule imkan görülmemiştir”.

ve levazımın gümrük resminden muafiyeti ve müteşebbisin, hizmetin ifasına iştirak ettirilmesi ve elli senelik uzun bir süre kabulü gibi mümtaz şartların mevcudiyeti, mukaveleyi hususi hukuk mukavelelerinden ayıran ve bundan başka bir kategoriye aidiyetini yek nazarda gösteren hususiyetlerden ve farık vasıflardandır".

Mahkemenin bu gerekçelerle sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelerken kullandığı bir başka ifade ise çelişkilidir:

“Mukavelede idareye resen fesih hakkının tanınmış olması; âmme hizmetlerinin tanzim ve idaresinde yegane vazifeli ve sorumlu olan Hükümetin, kararlar almak ve aldığı kararları icra mevkiine koymak hususunda bir fert gibi bir mahkemeden karar almak mecburiyetinde olamayacağı ve mahkemeye başvurma mecburiyetinin bu icrai kararlardan müteessir olan fertlere taalluk edeceği yolundaki âmme hukukunun esaslı bir kaidesinin tebarüz ettirilmiş bir ifadesidir. *Ve sadece hizmet nef'ine olarak konulmuş olan bu kayıt, bahis mevzuu olan işletme mukavelesinin karakteristik vasfını tayin ve bir idari mukavele olarak kabulüne kifayet edebilir*". (i.b.a.)

Mahkemenin bu ifadesine büyük bir önem atfetmek mümkün görünmemektedir. Sözleşmenin idari sözleşme olduğu saptandıktan sonra, bu ifadenin varılan sonucu güçlendirmek için kullanıldığı düşünülebilir. Kararda belirtilmemekle birlikte uyumsuzlukta söz konusu olan bir imtiyaz sözleşmesidir. İmtiyaz sözleşmelerinin nitelik itibarıyla idari sözleşme sayılması nedeniyle, sözleşmede re'sen fesih yetkisinin yer almaması, sözleşmenin idari sözleşme olmadığı anlamına gelmez. Re'sen fesih yetkisinin bulunması, idari sözleşme belirtilerinden biri olabilir ve bu biçimde vurgulanması gereksizdir. Kaldı ki, Danıştay'ın yukarıda anılan kararında,⁹¹ sözleşmede yer alan fesih yetkisinin idare tarafından kullanılması nedeniyle açılan davada bu yetki, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabulünde kullanılmıştır. Bu iki karar arasında yalnızca görünürde bir çelişki vardır.

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

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

(...)

⁹¹ Dan. 5. D., E. 1939/1038, K. 39/822, k.t. 24.5.1939, DKD, S. 10, s. 72-73.

Umumiyet ve hususiyet ancak aynı kategoriye dahil kanunlar ve teşekküller arasında cari bir vasıf bulunduğu cihetle âmme hukuku ve hususi hukuk gibi hukukun iki esaslı ve ana kolunu temsil eden adli ve idari mahkemeler arasında bu yolda bir tefrika ve bu iki mahkemenin vazifelerini tayin hususunda böyle bir kıstas kabulüne de ilmen cevaz olamaz".

Uyuşmazlık Mahkemesi, bu gerekçelerle sözleşmenin idari sözleşme olduğu ve Danıştay'ın görev alanına girdiği sonucuna varmıştır. Sözleşmelerde yer alan görev ve yetki konusundaki hükümlerin yargı organlarınca yorumu bu çerçevede yapılmaktadır. Sözleşmenin idari niteliği saptandığında bu tür hükümler ya ihmal edilmekte ya da idari yargı içinde bir yetkili yargı yerinin belirlenmesi niteliğinde görülmektedir. Sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunun saptandığı ya da idarenin özel hukuk sözleşmesi akdetme yetkisinin bulunduğu durumlarda ise bu tür hükümler, destek olarak kullanılmaktadır.

Bu dönemde, imtiyaz ve benzeri sözleşmeler dikkate alınarak yapılan idari sözleşme tanımlamalarındaki temel unsurlar şunlardır:⁹²

1. Taraflardan birisi idaredir.

2. Sözleşmenin konusunu kamu hizmeti oluşturmaktadır. Bu noktada kamu hizmeti ölçütünün, özel kişinin kamu hizmetini bizzat yürütmesi ya da yürütülmesine katılması biçiminde anlaşıldığı tekrar belirtilmelidir.

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

4. Sözleşme uzun bir süre için yapılmalıdır.

Sözleşmenin uzun süreli olması dışındaki unsurlar üzerinde herhangi bir tereddüt yaşanmamıştır. Kararlarda bazen, sözleşmeye bir şartname eklenmesi,⁹³ idari yargının görevli olduğunun sözleşmede belirtilmesi⁹⁴ ve benzeri ölçütlerden de söz edilmiştir. Ancak bu tür ifadelerin bunların gerçek birer ölçüt olarak kullanıldığı yönünde yorumlanması güçtür.⁹⁵ Uyuşmazlık

⁹² Bu konuda genel bir değerlendirme için bkz. Turgut TAN, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", Prof. Dr. Turan Güneş'e Armağan, SBFD, C. 50, No. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 292 vd.

⁹³ Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, k.t. 24.9.1940, DKD, S. 14, s. 52-56.

⁹⁴ Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1940/239, K. 1940/290, k.t. 24.9.1940, DKD, S. 14, s. 52-56.

⁹⁵ BİLGİN, yargı organlarının ortada idari sözleşme olmadığı sonucuna vardıkları kararları da dikkate alarak, bu unsurları da içeren bir ölçütler listesi hazırlamıştır. Bkz. BİLGİN, s. 93-94. Ancak, yargı organlarının, konunun kamu hizmeti olmamasını esas alarak idari sözleşmenin varlığını kabul etmedikleri durumlarda, bir sözleşmenin neden idari sözleşme olmadığını açıklamak için kullanılan ifadelere ihtiyatlı yaklaşmak gerekir.

Mahkemesi, sözleşmenin uzun süreli olmasını bir ölçüt olarak kullanırken, Danıştay makul süre ölçütünü öne çıkarmıştır. Ancak sonraki kararlarda sözleşmenin süresi, niteliğin belirlenmesinde belirleyici görülmemiştir. Bunun yerine, sözleşmenin sürekli bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması yeterli sayılmıştır.

Son dönemde yap-işlet-devret sözleşmeleri dolayısıyla verilen Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bu çizgi, önemli bir değişime uğramaksızın günümüzde de sürmektedir. Bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna ulaşan Danıştay 10. Dairesinin 29.4.1993 tarihli kararında⁹⁶ idari sözleşme şöyle tanımlanmıştır:

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir”.

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadı da bu yöndedir:

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir”.⁹⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi ise, yukarıda da anılan bir kararında,

“İdari sözleşme, İdarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir”⁹⁸

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

“Taraflarından biri kamu tüzel kişisi olan, konusu kamu hizmetiyle ilgili bulunan, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralları özel hukuktan çok kamu hukuku kuralları olan ve yönetime üstün hak ve yetkiler tanıyan sözleşmelerin “idari sözleşme” olduğu yerleşik yargısal içtihatlarla kabul görmüş bulunmaktadır”.⁹⁹

Yargı organlarının idari sözleşmenin varlığını saptayan kararlarında idari sözleşme ölçütlerinin kullanılmasından yola çıkılarak değerlendirme

⁹⁶ Dan. 10. D., E. 1991/1, K. 1993/1752, k.t. 29.4.1993, DD, S. 88, s. 463-466.

⁹⁷ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.t. 9.12.1994, AMKD, S. 31, C. 1, s. 300.

⁹⁸ UM, E.1991/15, K.1991/16, k.t. 8.7.1991, RG 20.10.1991 – 21027.

⁹⁹ UM, E.1999/54, K.2000/12, k.t. 12.6.2000, RG 23.7.2000 – 24118.

yapılması olağandır. Ancak mahkemelerin idari sözleşme kategorisi dışında gördükleri sözleşmeleri incelerken yaptıkları değerlendirmeler, idari sözleşme ölçütlerinin yargı organlarınca kullanımını açısından açıklayıcı olabilir. Yargı organları bazı sözleşmeleri yine duraksamaksızın özel hukuk sözleşmesi saymaktadır. Bu kararlar da, yön değiştirmeyen sabit bir çizgi üzerinde günümüze kadar gelmektedir.

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

Fransız uygulamasında bir dönem, sınaî ya da ticari kamu hizmetlerinde kullanıcılarla yapılan sözleşmelerin idari sözleşme olabileceği kabul edilmiştir. Conseil d'Etat'nın, devletin sınaî ya da ticari kamu hizmetlerini yerine getirirken kullanıcılar karşısında tıpkı özel bir işletmeci konumunda bulunduğunu ancak hizmetin işlemeyle ilgili özel koşulların ya da özel hükümlerin, bu kullanıcılarla yapılan sözleşmelere idari sözleşme niteliği verebileceğini kabul eden kararları vardır.¹⁰⁰ Ancak 1961'den itibaren¹⁰¹ bu tip sözleşmelerin mutlak olarak ve her koşulda özel hukuka tâbi olduğu kabul edilmektedir.¹⁰² Sözleşmede özel hukuku aşan bir şart bulunsa bile, bu sözleşmelerde adli yargı organları yetkilidir.¹⁰³

Danıştay'ın ilk kararlarıyla birlikte kullanıcılarla yapılan sözleşmelerin özel hukuka tâbi olacağı kabul edilmiştir. 5. Daire 10.3.1939 tarihli kararında,¹⁰⁴ belediyenin su saatlerinin sarfiyatı eksik göstermesi nedeniyle kaldırılması ve belediye meclisince belirlenen tarife üzerinden bedel alınmasına ilişkin kararının iptali istemiyle açılan davayı,

“Hadise, belediyenin hukuku hususiye kaidelerine tevfikan ferd sıfatile sattığı su bedelinden mütehaddis ihtilafa taalluk etmekte ve rüyeti adli mahkemelerin salahiyeti kazaiyesi dahilinde bulunmakta olmasına binaen”

görev yönünden reddetmiştir.¹⁰⁵

¹⁰⁰ LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 153'de bu yöndeki belli başlı kararlara yer verilmektedir.

¹⁰¹ Sınaî ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcılarla yaptığı sözleşmeler, içerdikleri hükümlerden bağımsız olarak, her zaman özel hukuk sözleşmesidir. CE, 13 Ekim 1961, *Campanon-Rey*. Bu kararlar, bu sözleşmelerle ilgili görev blok olarak özel hukuk yargıcına verilmiştir. Bkz. FLOGAÏTIS, s. 162.

¹⁰² LAUBADERE/MODERNE/DELVOLVE, s. 153.

¹⁰³ RICHER, s. 108. T.C. 17 Aralık 1962, *Dame Bertrand* kararı.

¹⁰⁴ Dan. 5. D., E. 1938/1941, K. 1939/103, k.t. 10.3.1939, DKD, S. 8, s. 84-85. Su bedelinin hesaplanmasından kaynaklanan uyuşmazlık konusunda aynı yönde Dan.5.D., E.1939/1420, K. 1941/1278, k.t. 28.7.1941, DKD, S. 18, s. 52-53.

¹⁰⁵ Belediyenin faaliyetine ilişkin olarak *su satma* gibi doğrudan bir niteleme de, aslında faaliyetin bir kamu hizmeti olarak görülmediği anlamına gelebilir.

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

“Davacı ile davalı arasında aktedilmiş ve idari nitelikte olmayan sözleşmenin uygulanmasından dolayı âkitler arasında çıkmış olan uyuşmazlık hususi hukuku ilgilendirmekte ve çözümü de adli yargı yerlerine ait bulunmakta olduğundan”

görev yönünden reddedilmiştir.¹⁰⁶

Bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşü de aynı yöndedir:

“İdare ürettiği hizmeti sözleşme yapmak suretiyle abonelerine satmaktadır. Hizmetin karşılığı tarifeye ve abonman sözleşmesine dayalı olarak tahsil edilmektedir. Bu ise idareyle kişi arasında özel hukuk alanında alacak-borç ilişkisinin varlığını göstermektedir. Bu sözleşmeler, görülecek hizmetin tekel niteliği ve çok kimseye götürülme zorunluluğundan dolayı tip sözleşmeler biçiminde de olsa kişinin bu sözleşmeye katılımı nedeniyle özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır”.¹⁰⁷

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

“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 idari sözleşmelerden dolayı idare ile diğer taraf arasında çıkacak uyuşmazlıkların görüm ve çözümü Danıştay'a ait(tir).

(...)

Bu nedenle devamlı ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla davalı idareler arasında aktedilen idari sözleşmeden dolayı (...) açılan işbu dava Danıştay'ın görevine gir(mektedir.)”¹⁰⁸

Danıştay'ın bu kararının abonman sözleşmeleri açısından bir istisna doğurup doğurmadığı tartışılabilir. Gerçekten de kullanılan argümantasyon

¹⁰⁶ Dan. 11. D., E. 1970/219, K. 1970/235, k.t. 25.2.1970, DD, S. 1, s. 357-358. Danıştay Savcısı, “(...) bir mukavelenin idari sayılabilmesi için idarenin diğer tarafa aşırı şartlar (clauses exorbitantes) empoze edebilmesi veya diğer tarafın kamu hizmetinin ifasına katılımı zorunludur” görüşüyle sözleşmenin bu unsurları kapsamaması nedeniyle idari sözleşme sayılamayacağını belirtmiştir.

¹⁰⁷ UM, E.1994/26, K.1994/28, k.t. 14.11.1994, RG 11.12.1994 – 22138.

¹⁰⁸ Dan. 12. D., E. 1974/1958, K. 1976/2141, k.t. 2.11.1976, DD, S. 26-27, s. 509-512.

yöntemi ve ölçütler açısından bu karar, ana akımın dışında kalmaktadır. Ancak kararın yakından incelenmesiyle farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Öncelikle, uyuşmazlık doğrudan doğruya sözleşmeden, sözleşme hükümleriyle ilgili bir hukuka aykırılıktan kaynaklanmamaktadır. Gemlik Belediyesi'nin sözleşmenin iptali istemiyle dava açmasının nedeni, Belediye ile TEK arasındaki görev dağılımı çerçevesinde belediye sınırları içinde elektrik dağıtım ve işletilmesinin belediyeye ait olduğu iddiasıdır.¹⁰⁹ Nitekim Danıştay, 1580 ve 1312 sayılı yasaların hükümlerini yorumlayarak belediye sınırları içinde elektrik dağıtım konusunda TEK'in değil Belediyenin yetkili olduğuna karar vermiş ve sözleşmeyi iptal etmiştir.

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

Danıştay'ın yeni tarihli bir kararı bu tür sözleşmeler açısından, gerekçeleri itibarıyla değil sonuçları itibarıyla, biraz daha “efrâdını câmi ağyârını mâni” sayılabilir. Karara göre,

“Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden abonman sözleşmesi ile faydalanılır. Bu sözleşmeler belirli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları belirler. Sözleşmedeki şartların yerine getirilmemesi halinde, idare de kendi yükümlülüklerinden (kamu hizmetinin ifasından) kaçınır, hatta gerekirse sözleşmenin cezai şart hükümleri de uygulanır. Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği tartışmasızdır.

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

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

¹⁰⁹ “Uyuşmazlık; 1312 sayılı Yasanın 3 ve 27 nci maddeleri karşısında Türkiye Elektrik Kurumunun, belediye hudutları içinde dağıtım şebekeleri kurup kuramayacakları ve bu şebekelerden enerji satın satamayacakları noktasına ilişkindir” (Bkz. s. 511).

kurallar değiştirilemeyeceğinden, sübjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır.

Bu nedenledir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişiklikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır.

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

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

Elektrik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyumsuzluğun görünüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemez.

İdarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyumsuzlukta idari yargı yerleri görevlidir".¹¹⁰

Bu tür sözleşmelerde sorun büyük ölçüde, idarenin -idari sözleşmeler değil- özel hukuk sözleşmeleri ile tek yanlı işlemleri arasındaki ilişkinin çözümlenmesinde yatar. İdare, sunduğu hizmetten yararlananlarla özel

¹¹⁰ Dan. 8. D., E. 1997/185, K. 1997/2229, k.t. 23.6.1997, DD, S. 95, s. 536-539.

hukuk ilişkisine girse bile tek yanlı işlemler yapma yetkisini de elinde tutmaktadır. Hizmetin örgütleniş ve düzenlenişine ilişkin işlemler, idarenin tek yanlı işlemleridir. İdarenin ilgiliyle arasındaki ilişkinin özel hukuk hükümlerine tâbi olması, idarenin bu ilişkiyi etkileyen her türlü işlem ve eyleminin özel hukuk alanında kalacağı anlamına gelmez. Abonman sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleridir ancak bu, idarenin tek yanlı işlemlerinin idari yargı organları tarafından iptal davası yoluyla denetlenmesine engel değildir.¹¹¹ İdarenin faaliyetinin ve buna yönelik işlemlerinin idari niteliği, sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu olayda kararda tartışılması gereken sözleşmenin niteliği değil, idarenin aldığı kararın tek yanlı idari işlem niteliğidir. Örneğin, bu tür ilişkilerde idarenin kamu yararını gerçekleştirme amacı ya da tekel yetkisine sahip olup olmadığı önem taşır. Önümüzdeki dönemde, idarenin ya da imtiyazlı özel kişilerin bu alanda tekel olmaları ortadan kalktığında sorunun çözümü için farklı yollar benimsenebilir.

Türk yargı organlarının klasik olarak özel hukuk sözleşmesi kategorisinde kabul ettiği idare sözleşmelerinin bir çeşidini de, çeşitli dönemlerde yasaların adı değişmekle birlikte, devlet ihalelerine ilişkin yasa çerçevesinde yapılan sözleşmeler oluşturur. Öğretide bu sözleşmelerin *pratik mülahazalarla* idari yargı denetimi dışında kabul edildiği belirtilmekle birlikte, ne yargı kararlarında böyle bir gerekçeye rastlanır ne de öğretide bu ifadenin açılımı ve gerekçeleri açıklanmıştır. YAYLA'ya göre, abonman sözleşmeleri ile yol ve benzeri bayındırlık işi taahhüt sözleşmeleri de idari sözleşme olarak kabul edilebilir, “(y)alnız, pratik düşünceler ve *uyuşmazlıkların olağan yargı yerlerinde çözümlenmesinin kolaylığı* böyle bir sınırlamayı haklı gösterebilir”.¹¹²

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri açısından yapılan ayırım aslen bu sözleşmeler için geçerlidir: İdarenin sözleşmenin imzalanmasına kadar yaptığı işlemler idari niteliktedir ve idari yargı denetimine tâbidir, sözleşmenin uygulanma aşaması ise bütünüyle özel hukuk kurallarına

¹¹¹ İdari yargının yaklaşımının tersine, Yargıtay'ın bu sözleşmelerle ilgili bütün uyuşmazlıklarda adli yargı organlarının görevli olduğunu kabul eden kararları vardır. “(...) fertler ile anılan idareler [ticari ve sınai niteliği daha kuvvetli görülen teşebbüsler] arasındaki ilişkinin kural ve hükümleri akdedilen ve (abonman) mukavelesi denilen mukavele ile düzenlenir. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin hizmetten yararlanması sözü edilen mukavele ile mümkün olduğundan ve bu mukavele özel hukuk mukavelesi niteliğinde bulunduğundan bu yüzden çıkan uyuşmazlıkların dahi özel hukuk hükümleri ile çözümlenmesi gerekir. Buraya kadar açıklananlardan çıkan sonuç şudur: Gerek bu tür sözleşmelerin kurulması ve gerekse kurulmuş olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerince genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekir” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1982/5688, K. 1982/6311, k.t. 17.6.1982. Kararın ilgili bölümleri ve eleştirisi için bkz. Lütfi DURAN, “Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar - III”, AİD, C. 18, S. 4, Aralık 1985, s. 63 vd.

¹¹² Yıldızhan YAYLA, *İdare Hukuku I*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 129.

tâbidir. Bu ilkenin açıklanmasında kullanılan temel argüman, idarenin özel hukuk alanında olsa bile bir ilişkiye girerken karar alma sürecinin idare hukuku kurallarına tâbi olduğudur.¹¹³ Ancak bunun doğru bir argümantasyon yöntemi olduğu düşünülemez. Bu yaklaşım, idarenin özel hukuk sözleşmesi akdederken de temel saikinin kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan yola çıkar. Ancak idarenin kamu yararı amacıyla girdiği bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin imzalanmasından itibaren neden özel hukuk kurallarına tâbi olabileceğini açıklamakta yetersizdir: Sözleşme imzalanmakla idarenin kamu yararını gerçekleştirmek için hareket etme zorunluluğu ortadan kalkmış mıdır?

Kamu ihalelerine uygulanan mevzuat çerçevesinde yapılan her türlü sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılacağına ilişkin “kategorik değerlendirmenin yanlışlığı açıktır.”¹¹⁴ En azından yeni uygulamaların sözleşmenin konusu ve hükümleri açısından değerlendirilmesi gerekir. Sorun yargı organlarının bu yöndeki içtihadının rasyonelleştirilerek idari sözleşme kuramın bu kararlara uyarlanmaya çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu yaklaşım, sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen aşamayla uygulanması aşamasında nedensiz bir ayrıma dayanır. İdare hukukunda sözleşme kuramıyla açıklanması gerekmeyen ilişki biçimlerini sözleşmeler alanına taşımak, kuramın kendini iç tutarlıktan yoksun hale getirmektedir. Ayrıca, yargı organlarının sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak sözleşme ile ilgili idari işlemleri denetleme yolunu seçmeleri, idari sözleşme ölçütlerinin kullanılmasında belirsizlikler doğurabilir. Bu durumda, idari işlemde yola çıkarak yargı denetiminin sağlanabildiği durumlarda idari sözleşme ölçütleri gözardı edilebilmektedir. İdari sözleşme ölçütlerinin yalnızca idari yargının görev alanının belirlenmesi açısından değerlendirilmesi de idari sözleşme alanını daraltabilir.¹¹⁵ Nitekim Fransız uygulamasında bir dönem, idari sözleşme ölçütlerinin ve özellikle de özel hukuku aşan şartlar ölçütünün idari sözleşmeler alanını genişletmek için değil, bu alanı daraltmak için kullanıldığı savunulmuştur.¹¹⁶

SONUÇ

Genel bir değerlendirmeye, yargı organlarının idari sözleşmeye yaklaşımının, kamu hizmeti çerçevesinde belirlendiği saptanmalıdır. Bu çerçevede kamu hizmetinin özel kişi tarafından yürütülmesi ya da özel kişinin kamu hizmetinin yürütülmesine katılması ön plana çıkmakta, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve idari hizmet sözleşmeleri temel idari sözleşme tipleri olarak kabul edilmektedir.

¹¹³ YAYLA, bunun gerekçesinin suistimalleri önlemek olduğunu belirtmektedir (YAYLA, s. 127).

¹¹⁴ TAN, s. 297.

¹¹⁵ TAN, s. 292.

¹¹⁶ FLOGAİTİS, s. 163.

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

Sorun bu biçimde ortaya konulduğunda, sözleşmenin konusunu, hükümlerini ve sözleşmeyi ilgilendiren, düzenleyen sözleşme dışı kuralları bu ilişkiyi nitelememize yarayan “belirtiler demeti” olarak görüp bunların bir bütün olarak değerlendirilmesiyle sonuca varılmalıdır.

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

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

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

Özel hukuku aşan şartların özel hukukta alışıldık olmayan, pek rastlanmayan şartlar olarak değil de “kamu kudreti imtiyazlarına bağlanabilen” şartlar olarak nitelendirilmesi de sorunu çözmez. Sözleşme üzerindeki kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin üstün yetkileri, sözleşmeyi idari kılan bir neden değil sözleşmenin idari olmasının sonucudur. Kaldı ki bu tür bir tanımlama, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarını sözleşmeye bağlar ve bu da idare hukuku sistemimiz açısından geçerli sayılamaz: Sözleşme kamu gücünün kaynağını oluşturmaz. Bu nedenle de sözleşmede belirtilen birtakım yetkiler, sözleşmenin idari niteliği sonucunu doğurmak açısından yetersiz sayılmalıdır. Sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak kalır ancak bu tür yetkilerin kullanılması, idari işlem niteliğinde sayılır ve idari yargı denetimine tâbidir. Sözleşmeci ile idare arasındaki ilişkileri bir bütün olarak özel hukuk ya da kamu hukuku rejimine tâbi tutmak yerine her ilişki ve işlemi anlamlı olduğu rejim içinde değerlendirmek yeterlidir.

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

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

İdari sözleşme rejiminin ortaya çıkmasına yol açan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hem kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yöntemi hem de idari sözleşmenin temel biçimi olarak anlaşılması, idari sözleşmeler için başkaca bir ölçüt aranmasını gereksiz kılacağından idari sözleşme ölçütlerine ilişkin tartışmaları da anlamsız hale getirerek bu alanda tek boyutlu bir yaklaşım doğuracaktır.

KAYNAKÇA

- AZRAK, Ali Ülkü: “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, **İÜHF**, C. XXIX, S. 3, 1963.
- AZRAK, Ali Ülkü: “İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim” (bildiri), **Türkiye Barolar Birliği Tarafından Düzenlenen Panel**, 16 Temmuz 1999, Ankara, s. 26 – 38.
- BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- BİLGİN, Pertev: **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970.
- CHAPUS, René: **Droit Administratif Général – Tome 1**, 11e Edition, Montchrestien, Paris 1997.
- DERBİL, Süheyp: **İdare Hukuku**, 5.Bası, AÜHF Yayınları, No: 133, Ankara 1959.
- DİNÇER, Güven: “İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, **DD**, Y. 3, S. 8, 1973, s. 18-23.
- DURAN, Lûtfi: “Yap-İşlet-Devret”, **Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, SBFD**, C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 147-170.
- DURAN, Lûtfi: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar - III”, **AİD**, C. 18, S. 4, Aralık 1985, s. 63-82.
- DURAN, Lûtfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi yayınlarından No: 2956, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- FLOGAITİS, Spyridon: **Les Contrats Administratifs, Bibliothèque de Droit Public Européen Volume I**, London 1998.
- GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 140-154.
- GÜLAN, Aydın: **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- KALTA, Anastasia – KOURTESI, Thomi: “The Implementation of Private Law Principles in Administrative Contracts”, **European Public Law**, Volume 6, Issue 3. (Kluwer Law International, 2000)
- KARAHANOGULLARI, Onur: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- LAUBADERE, André de - VENEZIA, Jean-Claude - GAUDEMET, Yves: **Traité de droit administratif, Tome I**, 15e Edition, L.G.D.J., Paris 1999.
- LAUBADERE, André de -MODERNE, Franck -DELVOLVE Pierre: **Traité des contrats administratifs**, L.G.D.J., Tome Premier, Paris 1983.

- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3 Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.(C.I; C.II; C.III).
- OSTEN, Necmi: **İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti**, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.
- ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2004.
- PEQUIGNOT, Georges: “Des contrats administratif”, **Extrait du JCA** (1953), fasc. 500, s. 1-45.
- PREVOST, Jean-François: “A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants)”, **R.D.P.**, 1971, s.817-842.
- RICHER, Laurant: **Droit des contrats administratifs**, 2e Edition, L.G.D.J., Paris 1999.
- TAN, Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim”, **AİD**, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3-23.
- TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, SBFD**, C. 50, No. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 291-309.
- ULUSOY, Ali D.: “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları” **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 1-22.
- ULUSOY, Ali: **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- VEDEL, Georges: “Remarques sur la notion de clause exorbitante”, **L’evolution du Droit Public Etudes en l’Honneur d’Achille Mestre**, Sirey 1956, s. 527-561.
- VEDEL, Georges: **Droit administratif**, 5 e Edition, P.U.F., Paris 1973.
- WEIL, Prosper: “Le critère du contrat administratif en crise”, **Mélanges Offersts a Marcel Waline**, s. 831-848.
- YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku I**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.