

SÖZLEŞMELİ PERSONEL

İDARİ SÖZLEŞMELER

Yıldırım ULER

I — İDARİ İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN SÖZ EDEN DANIŞTAY KARARLARI

- A) SERDENGEÇTİ KARARI
- B) ALTINOK KARARI
- C) KUTUCUOĞLU KARARI VE İÇTİHADİ
BİRLEŞTİRME KARARI
 - a) GÖREV YÖNÜNDEN
 - aa) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesi İçin
Yapılan Sözleşmeler İdarî sözleşmelerdir.
 - ab) Devlet Tiyatrosu Sanatçıları Memurun
Kanununun 1 inci Maddesi Anlamında
Müstahdemdirler .
 - b) ESAS YÖNÜNDEN
 - ba) Dâvanın Niteliği
 - bb) İdarenin Süresi Biten Sözleşmeleri
Yenilemek Zorunluluğu

II — İDARİ İŞ SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞMELİ PERSONEL

- A) İDARİ İŞ SÖZLEŞMESİ TİPİ KABUL
OLUNMUŞ MUDUR?
- B) İDARİ İŞ SÖZLEŞMESİ TİPİ KABUL
OLUNMALI MIDIR?
 - a) Statüter Olmayan Personelin Durumu
 - b) İdarî Sözleşmeler Teorisinin Genel Esasları
 - c) Uygulanabilecek Çözüm

SONUÇ

K O N U

Devletin memur statüsü dışındaki personelinin durumu idare-
mizde ve hukukumuzda karışık problemler ortaya çıkarmaktadır.

Danıştayımız, bu çapraşık durumun çözümlenmesi bakımından
son derece önemli bazı kararlarında, memur olmayan personel ile
Devlet arasındaki ilişkilerin açıklanmasında «**idari iş (hizmet) söz-
leşmesi**» kavramına baş vurmuş ve doktrinimizde özellikle Prof.
Duran tarafından kuvvetle desteklenmiştir (1).

Danıştayın idari iş sözleşmelerinden söz eden kararlarını göz-
den geçirdikten sonra, sözleşmeli personel ile idari sözleşmeler ara-
sındaki ilişkileri ele almak amacındayız.

(1) Bk. Prof. Dr. Lutfi DURAN Türk Hukukunda İdari Mukaveleler. İ.Ü.
H.F. Mecmuası C. XXX S. 1 - 2, Sh. 418 - 447.

I — İDARİ İŞ (HİZMET) SÖZLEŞMELERİNDEN SÖZ EDEN DANIŞTAY KARARLARI

A) SERDENGECİ KARARI (2)

İnceleyeceğimiz kararların tarih sırası ile ilkinde yol açan olay, İstanbul'da açılan bir spor hekimliği kursunda idarecilik ve öğretmenlik görevlerini yapan dâvacıya bu hizmetlerinin karşılığında ücret verilmemiş olmasıdır.

Danıştay Beşinci Dairesi, kararında «Amme idare ve müesseselerinin müstahdemleriyle münasebetlerinin idarî kaza noktasından tetkik edilebilmesi bu müstahdemlerin istihdam tarz ve şartlarının amme kanun ve tüzükleriyle veya idarî bir mukavele ile tesbit edilmiş olmasına bağlıdır» dedikten sonra «Dâvacının istihdam tarz ve şartları amme kanun ve tüzükleriyle tesbit edilmemiş olduğu gibi bir mukavele ile de tanzim ve tasrih edilmemiş bulunduğundan idareden, ifa ettiği bir hizmet karşılığı olarak vuku bulan alacak iddasının tetkiki»ni görevi dışında saymıştır.

Prof. Duran'a göre, Danıştay hadisedeki uyumsuzluğu esastan inceleyip bir hükme bağlamadığı için, kararın ilk defa idarî hizmet sözleşmesi tipini kabul ve bunun tatbikatından çıkan ihtilâfları hallettiğini ifade ve iddiaya imkân yoktur. Fransız Jürisprüdans ve doktrini bu şartlar altında, yani şifahen yapılan sözleşmeleri idarî mahiyette saymasına rağmen, Beşinci Daire hukuk sistemimizde, «statülü memurlar» ın yanında «sözleşmeli ajanlar» ın da bulunabileceğini derpiş ve kabul etmiş, fakat bu karar fıkrası bir prensip ve ihtimal ifadesinden ibaret kalmıştır (3).

Hukukumuzda idarî iş sözleşmesi tipinin kabul edilmiş sayılması için Serdengeçti kararının yeterli olamayacağına Prof. Duran'ın görüşüne katılmaktayız. Red kararının esası dâvacının çalıştırılma şeklinin Devletin personel çalıştırma şekillerine uymamasıdır (4). Kanun Sözcüsünün belirttiği gibi 3656 sayılı kanuna gö-

(2) Danıştay 5. Daire, 15/11/1950. E. 445 K. 2574 Danıştay Kararlar Dergisi, S. 50 - 53, sh. 495 - 496.

(3) **DURAN**, agm. sh. 434, 435.

(4) Ancak Danıştayın davayı reddetmeyerek dâvacının bu şekilde çalıştırılmasına yol açan hizmet kusuru sebebiyle tazminata hükmetmesi uygun olurdu.

re kadro alınmadan çalıştırılan kişinin sözleşmesi, Danıştayca İdare Hukuku bakımından yok sayılmıştır.

B) ALTINOK KARARI (5)

Altınok kararına yol açan meselede, 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu hakkındaki kanuna göre sözleşme ile çalıştırılan davacı, üç ay süre ile sahne faaliyetlerine iştirak ettirilmemesi ve ücretinden kesinti yapılmasına dair Devlet Tiyatrosu İnzibat Kurulu kararının «kararı veren kurulun gayri kanunî olması ve karara mesnet teşkil edecek hukukî bir durum bulunmaması ve savunmasının alınmaması ve kanun inzibatî cezaların tayin ve tesbiti için bir nizamname isdarını emrettiği ve henüz ortada böyle bir nizamname mevcut olmadığından cezanın mesnetsiz bulunması sebeplerinden dolayı» iptalini ve kesilmiş ve kesilecek ücretlerinin iadesini istemektedir.

Dâvada husumet Millî Eğitim Bakanlığı ve Devlet Tiyatrosu Genel Müdürlüğüne yöneltilmiştir.

Beşinci Daire «5441 sayılı kanun bir amme hizmetinin tanzimine mütedair olmasına ve idarenin sanatkârla münasebeti idarî bir mukavele ile tesbit edilmiş bulunmasına ve hâdisede muameleyi vekâletçe tasvip yolunda bir işlem mevsum olmasına binaen ileri sürülen vazife ve husumet defî» ni kabul etmeyerek esasa geçmiş ve «Devlet Tiyatrosu sanatkârlarının inzibatî işlerinin bir nizamname ile tâyin edileceği 5441 sayılı kanunun 19 ncu maddesi hükmü icabından bulunduğu ve inzibatî kararlar kazaî mahiyette olup kanunî ve nizamî bir esasa dayanması lâzım geleceği cihetle böyle bir statüye istinat edilmeksizin ve istihdam tarzlarını tesbit eden mukavelede muayyen disiplin halleri haricinde verilecek inzibatî cezaların hukuk esaslarına göre bir hüküm ifade edemeyeceği ve hâdisede davacı hakkında yapılan muamelenin mukaveleye uyar bir ciheti de görülmediği sebebiyle kanunî ve nizamî bir mesnede dayanmadığı anlaşılan karar ve muamelenin iptaline» hükmetmiştir.

Prof. Giritli'ye göre, Devlet Tiyatrosu faaliyetlerini amme hizmeti olarak kabul eden ve Devlet Tiyatrosu ile sanatkârları arasın-

(5) Danıştay 5. Daire, 9/3/1954, E. 1953/1056, K. 954/809 DKD. S. 64-65 sh. 190-191.

daki sözleşmeleri idarî mukavele olarak telâkki etmek suretiyle Türkiyede İdarî Mukavele Kategorisini genişleten birinci kararın Altınok kararı olduğunu kabul etmek gerekir (6).

Oysa Prof. Duran, mahkeme içtihadının teessüs ettiğini ileri sürebilmek için ilâmda idarî sözleşme teriminin kullanılmış olması yetecek ise, az önce ele aldığımız Serdengeçti kararının daha önceki tarihli olduğunu belirterek, Altınok kararının da başlangıç olmayacağını ileri sürmektedir (7). Duran'a göre hadisede bir mukavele ihtilâfı mevcut olmadığı gibi karar da gerek usul ve gerek esas bakımından isabetli sayılmaz. Davacı mukaveleyle riayetsizlikten değil, kanunî esas ve usullere muhalefetten şikâyet etmektedir. Şayet hâdisede bir mukavele ihtilâfı mevcut olsa idi, ancak âkidler arasında ceryan edebileceğinden Millî Eğitim Bakanlığının davada taraf teşkil etmesi hukuken mümkün olmazdı. Bakanlık taraf kabul edilince de artık bir tam-kaza dâvasından söz edilemez. Hâdisede bir iptal davası varken ve Danıştayın, disiplin kararlarının «kanunî ve nizamî bir esasa dayanması lâzım geleceği» yolundaki mucip sebeple yetinmesi gerekirken «dâvacı hakkında yapılan muamelenin mukaveleyle uyar bir ciheti de görülmediği» ni söylemesi yersiz ve lüzumsuzdur, isabetli sayılamaz. Çünkü, 5441 sayılı kanun ile disiplin işlerinin bir tüzükle düzenleneceği belirtildikten sonra bu konunun sözleşme hüküm ve şartları ile tanzimi muteber addedilemez. Bundan başka İptal Davası Nazariyesinde mukavele hüküm ve şartlarına muhalefet idarî kararların iptali için sebep teşkil edemeyeceğinden inzibatî cezanın sözleşmeye uyarlığı veya aykırılığı diye bir şey olamaz.

Altınok kararının sözleşmeden doğan bir dâva olmadığı yolunda Sayın Duran'ın dayandığı kanıtları ele alırsak: Bir kere, Devlet Tiyatrosu Genel Müdürlüğü tüzel kişi olduğuna ve Millî Eğitim Bakanlığının tasvibinin, disiplin kararının tamamlayıcı bir unsuru sayılması söz konusu olamayacağına göre Bakanlık yanlış olarak dâvaya dahil edilmiştir.

5441 sayılı kanun disiplin işlerinin bir tüzükle düzenleneceğini ön görmüşken bu düzenlemenin yapılmamış olması İdarenin bir tek

(6) Prof. Dr. İsmet GİRİTLİ «Henri Capitant» Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdarî Mukaveleler. İ.Ü.H.F. Mecmuası C. XXX, 3 - 4, sh. 496.

(7) DURAN agm. sh. 431 vd.

yanlı işlem çeşidi ile disiplin cezası uygulayamaması sonucunu doğurur. Sözleşmede bu konuda hüküm bulunduğu takdirde karşı tarafın rızası olduğu kabul edilerek sözleşmeye dayanmanın mümkün olduğu hâdisede, Danıştay, yapılan işlemin sözleşme ile bağdaşmadığını da belirttiğine göre bir sözleşme dâvası olduğu düşünülebilir.

Diğer yandan, disiplin işleri sözleşmede düzenlenmemiş olsa dahi idarenin verdiği disiplin cezasının idarî sözleşmelerde idareye tanınan üstün yetkilerin bir belirtisi ve diğer âkidi hizmet icaplarına uymağa zorlayıcı bir karar sayılabileceğini ileri sürmek mümkündür. Bu takdirde ise, âkidin, sözleşme hâkiminden bu kararın kaldırılmasını istemeğe hakkı olacağı tabîdir.

Dâvanın iptal değil, sözleşmeden doğan bir dâva olduğuna delâlet edebilecek bu spekülâtif mülâhazaları bir tarafa bırakırsak, kanaatimizce de bir iptal dâvası söz konusudur. Bir idarî kararın hukuka uygunluğunu denetlemek amacıyla hareket eden Danıştay disiplin cezasının bir mesnede dayanmamış olmasını iptal için yeter bulmuş, dâvacının savunmasının alınmaması, disiplin kurulunun kanunsuzluğu, karara mesnet olacak bir durumun mevcut olmaması gibi iddiaları incelemeyi bile gerekli görmemiştir.

Beşinci Dairenin, Fransız İdare Hukukunun temel prensiplerinden olan «sözleşmenin ihlâlinin hukuka aykırılık sayılmayacağı» prensibine tamamen aykırı olarak disiplin kararının mesnedinin sözleşme de olabileceğini kabul etmesini Danıştayımızın Fransız teori ve tatbikatından ne derece ayrılabilmişine güzel bir örnek olarak şimdilik sadece işaret etmekle yetinelim.

C — KUTUCUOĞLU KARARI (8) VE İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI (9)

Kutucuoğlu Kararına yol açan olay 5441 sayılı kanuna göre bir yıl süreli sözleşme ile işe alınmış olan dâvacının süre bitiminde

-
- (8) 8. Daire, 15/1/1964, E. 963/9879, K. 964/121 DKD. S. 93 - 94 sh. 390 - 392. Bu karar ilk defa Prof. Duran tarafından adı geçen makalesinin baş tarafında yayınlanmıştır.
- (9) Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, 4/7/1964. E. 674, K. 344 RG. 5 Mayıs 1965 - 11990.

sözleşmesinin idarece yenilenmemesidir. Kararda, tiyatro işinin bir kamu hizmeti olduğu belirtildikten sonra Devlet Tiyatrosu ile sanatçı arasındaki hukukî ilişki idarî sözleşme olarak nitelenmiş, görev itirazı yerinde görülmemiş, yenilememe kararının iptaline ve ücret ve buna bağlı haklarının dâvacıya tazminat olarak verilmesine hükmedilmiştir.

Prof. Duran'ın idarî hizmet mukavilesi tipini Türk Hukukuna getiren ilk karar olarak hararetle karşı ayıp övdüğü ve her bakımdan isabetli, mükemmel ve orijinal bu karar takdir ve tasvip karşılığında (10) Kutucuoğlu kararı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı ile de desteklenmiştir.

İdarî iş sözleşmesi kategorisinin hukukumuzda kabul olunup olunmadığı ve müessesenin değeri meselelerini ele almadan önce bu gerçekten önemli kararları görev ve esas yönlerinden incelemeye çalışacağız.

a. GÖREV YÖNÜNDEN :

aa) KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLMESİ İÇİN YAPILAN SÖZLEŞMELER İDARİ SÖZLEŞMELERDİR.

Fransız Danıştayının 20 Nisan 1956 tarihli BERTIN kararından önce, idarî iş sözleşmesi konusunda idarenin üstün yetkileri, kamu hizmetine katılmanın devamlı olması, yapılan hizmetin mahiyeti gibi çeşitli kriterler kullanılmakta iken (11) idarî iş sözleşmeleriyle ilgili olmayan sözü geçen karardan sonra genel olarak idarî sözleşmelerin kriterleri daha belirli bir hal almış ve kamu hizmetine iştirâk, üstün yetkilerin varlığı yanında tek başına idarî sözleşmelerin nitelenmesine yeterli sayılmağa başlamıştır (12).

(10) **DURAN** agm. sh. 435, 447.

(11) Bak. André de LAUBADÈRE *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*. Tome I sh. 126 vd; Jean MÉRIC *Litiges Avec le Personnel et Compétence Administrative dans la Jurisprudence Récente du Conseil D'État*, Études et Documents, 1953 sh. 35 vd. Ord. Prof. Dr. S. S. ONAR *İdare Hukukunun Umumi Esasları* İst. 1960 sh. 1230 vd.

(12) **M. WALINE** *Droit Administratif*. Paris 1963 sh. 565; Georges VEDEL *Droit Administratif*, Paris 1964 sh. 614; Jean RIVERO *Droit Administratif*. Paris 1965 sh. 101 - 102.

Bu genel gelişmeye paralel olarak ve meselenin Danıştayca ele alınmasından önce hangi sözleşmelerin idarî sayılacağını bilmenin imkânsızlığı karşısında daha basit çözümlere gitmek ihtiyacı ile (13) idarî iş sözleşmelerinde de ajanın bir kamu hizmetinin görülmesine katılması kriter olarak kabul edilmiş; başlangıçta, görevin önemli olması aranırken, kriter genişletilerek ne görevin devamlılığı, ne yönetici bir görev olması ve ne de küçük bir derecede (subalterne) bulunması nazara alınmamıştır (14).

Sekizinci Daire **Kutucuoğlu kararında**, Devletin yürüttüğü tiyatrosu faaliyetinin bir kamu hizmeti olduğunu belirttikten sonra «Kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler, idarî sözleşmelerdir.» demek suretiyle, Prof. Duran'ın da belirttiği gibi (15) Fransız İdare Hukukunun bu yeni ve ileri kriterini mutlak bir ifade ile benimsemiştir.

İçtihadı Birleştirme kararında, içtihadın birleştirilmesine yol açan kararlarda Daireler kendilerini görevli görmüş olmalarına ve bu bakımdan bir aykırılık mevcut olmamasına rağmen Sekizinci Daire kararında çok kısa ve kesin bir şekilde çözümlenen görev ve kriter meselesi ele alınmakta ve tartışılmaktadır: Azınlık görüşü, klâsik idarî sözleşmeler teorisine uygun olarak «.. bir mukavelelerin idarî vasfını taşıdığı, yoksa hususî hukuk hükümlerine mi istinat ettirildiği metin ve mahiyetinden anlaşılabilir.» «İncelenen söz konusu mukavelelerin metin ve mahiyetlerine göre bunların hususî hukuk hükümlerine istinat ettirilmiş olduğu görülmektedir. Böyle olunca işbu mukaveleden doğan ihtilâfların.. adli mahkemelerde çözülmesi.. gerekir.» şeklinde iken; Çoğunluk, sanatçıların Memurin Kanununun 1 inci maddesi anlamında «müstahdem» olduklarını ve sözleşmelerinin Memurin Kanununun 3 üncü maddesindeki «İstihdam sözleşmesi» olduğunu belirttikten sonra, idarenin değil, ve fakat idareye

(13) David RUIZÉ Les Agents des Personnes Publiques et les Salariés en Droit Français. Paris 1960 sh. 53.; J. -M. AUBY et R. DRAG Traité de Contentieux Administratif. Paris 1962 Tomel. sh. 420.

(14) Bak. RUIZÉ age. sh. 53-58; André de LAUBADÈRE Traité Élémentaire de Droit Administratif. Paris 1963 Tome II. sh. 18-19; Alain PLANTEY Traité Pratique de la Fonction Publique, Paris 1963 Tome I sh. 34-35; AUBY - DRAGO age. Tome I, sh. 418.

(15) DURAN agm. sh. 430.

sözleşme yapma yetkisi veren 5441 sayılı kanunun maksadını araştırmakta —ki bu husus gerek Sekizinci Daire kararında ve gerek İçtihadı Birleştirme kararında, esas bölümünde de kullanılmaktadır— ve kanunun maksadının «sanatkârları alelâde hususî hukuk mukavelesi ile idareye bağlamak» olmadığı neticesine vardıktan sonradır ki, Sekizinci Dairenin görüşüne uygun olarak «Sanatçı ile Tiyatro İdaresi arasında âmme hizmeti ifası maksadına matuf bir idarî mukavele» olduğuna ve bundan doğan ihtilâfların Danıştayın görevi içinde bulunduğuna hükmetmiştir.

ab) DEVLET TİYATROSU SANATÇILARI MEMURIN
KANUNUNUN 1 İNCİ MADDESİ ANLAMINDA
MÜSTAHDEMDİRLER.

İçtihadı Birleştirme Kararının sanatçıları Memurin Kanunu anlamında «müstahdem» olarak nitelenmesi de düşündürücüdür.

788 sayılı Memurin Kanunundaki müstahdemler 3656 sayılı Kanun ile iki kategori olarak kabul edilmiştir. «Daimî hizmetliler» 19. maddede gösterilen «Odacı, kolcu, bekçi, evrak müvezzii...» gibi müteferrik müstahdemler; «Geçici hizmetliler» ise 9. maddeye göre «muvakkat müddetlerle ifası icap eden ve daimî mahiyet arz etmeyen» hizmetlerde çalıştırılacak personeldir. Tatbikatta suiistimal edilmiş şekilleri bir yana, bu kategorilerin, Devlet Plânlama Teşkilâtı, Atom Enerjisi Komisyonu, Sosyalleştirilmiş Bölgeler Sağlık Personeli, Devlet Tiyatrosu Sanatkârları gibi, kanunlarda özel olarak düzenlenmiş sözleşmeli personele benzerlikleri şüphelidir (16).

Diğer yandan, müstahdemler, TBMM. nin eski bir tefsir kararının (17) zımnî bir gereği olarak özel hukuka tabi sayılmaktaydılar. Bununla beraber, «Şayet müstahdemler haklarında mukavele mevcut olmadığı gibi şeraiti istihdamları dairei aidelerince tesbit olunmamış ise bu takdirde Kanunu Medenin ahkâmı umumiyesiyle amel edilmek» gerekir diyen kararı, mukaveleleri olan ya da istih-

(16) Meselâ Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki 5/1/1961 tarihli ve 224 sayılı Kanunun 26. maddesine göre sözleşmeli personel, kadro mevzuu hizmetlerde kullanılacaktır ki bu da yardımcı değil, asli personel olmaları demektir.

(17) 17/5/1928 tarihli ve 425 sayılı kararın metni için bak. Lütfi DURAN Türk İdare Mevzuatı II. sh. 934.

dam şekil ve şartları idarece tesbit edilmiş müstahdemlerin kamu hukukuna tabi olabilecekleri şeklinde anlamak da mümkündür.

Acaba Yüksek Mahkeme, Devlet Tiyatrosu personelinin müstahdem olduğunu söylerken, bütün müstahdemlerin sözleşmelerini idarî mi saymaktadır?

Sekizinci Dairenin kriterini uygularsak, Genel ve Katma Bütçeli İdare ve Müesseselerin gördükleri hizmetlerin kamu hizmeti olduklarında tereddüt bulunmadığına ve «Kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler idarî» sayıldığına göre böyle bir iddia ileri sürmek mümkündür. Ancak böyle bir iddia, Danıştay kararlarının genel anlamını sorunsuzca aşmak olur. Kaldı ki İçtihadı Birleştirme kararı idarenin çeşitli statü ve rejime tabi personel kullanmak yetkisinin mevcut olduğunu prensip olarak teyid ettiği gibi, sözleşmeyi idarî olarak nitelemeden önce kanun koyucunun maksadını araştırmak suretiyle Sekizinci Dairenin mutlak ifadesini yumuşatmıştır. Bu durumda, konulduğu söylenebilecek prensip sadece, müstahdemlerin bazılarının sözleşmelerinin idarî olabileceğidir. Devlet Tiyatrosu Sözleşmelileri dışında müstahdemler için belki yeni kriterler aramak ve ayırımlar yapmak gerekecektir.

Bu durumda, İçtihadı Birleştirme Kararının, sanatçıların hukukî durumunu «Memurun Kanununun 1 inci maddesi şumulüne dahil müstahdem» olarak niteleyip genellemesindeki ilgi çekici sebebi, «3546 sayılı Danıştay Kanununun 25 inci maddesiyle de Memurun ve Teşkilât Kanunlarından doğan ihtilâfların halli vazifesi» Danıştaya verilmiştir diyen ifadesinden anlamaktayız. Böylece, sözleşmeyi idarî saydığına göre hiç gereği yokken, görev meselesinde nedense pek çekingen davranan Danıştay bir destek daha bulduğu kimsindedir. Oysa gerek Memurun Kanunu ve gerekse 9. maddesi ile 3656 sayılı kanun müstahdemleri kapsamı dışında bırakmışlardır.

b) ESAS YÖNÜNDEN

ba) DÂVANIN NİTELİĞİ

Gerek Sekizinci Daire ve gerek İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, sanatçı ile Tiyatro İdaresi arasındaki ilişkinin idarî iş sözleşmesi olduğunu tesbit ettiklerine göre ihtilâfı tam - yargı dâvası şeklinde incelemeleri gerekirdi. İdarî sözleşmeler teorisinde, prensip ola-

rak ne sözleşmelere ve ne de sözleşmelerin ihlâli ya da icrası sırasında idarenin ittihaz ettiği tek taraflı kararlara karşı iptal dâvası açılmaz (18).

Kutucuoğlu kararının idarî hizmet mukavelesini tam - kaza dâvası yolu ile getiren ilk karar olduğunu savunan **Prof. Duran**'a göre, ilâmın hüküm fıkrasında «dâva konusu işlem ve eylemin iptaline» karar verilmiş olmasına rağmen, aynı hüküm fıkrasında, mezkûr iptalin yanında ve sonunda, dâvacının «ücret ve buna bağlı öteki haklarının kendisine tazminat olarak verilmesi» kararı da bulunduğu başka, tam - kaza hâkiminin, adından da anlaşılacağı üzere, aynı zamanda ve evleviyetle, iptal hükümleri de vermeğe yetkili olduğu unutulmamalıdır. Kaldı ki, Yüksek Daire, iptalden sonra «buna göre sözleşmenin yenilenmesi gerekeceği» ni açıkça belirtmek suretiyle, bir mukavele dâvası rüyet ve hallettiğini şüphe ve tereddüde mahal bırakmıyacak şekilde ortaya koymuş bulunmaktadır (19).

Oysa, Sayın Duran'ın vardığı sonuç ve ileri sürdüğü delillerin tartışılabileceğini sanmaktayız: İptal hükmünün yanında, ücret ve buna bağlı hakların dâvacıya tazminat olarak verilmesi kararının da bulunması, Danıştayın meseleyi münhasıran tam - yargı dâvası şeklinde incelediğine yeterli kanıt olamaz. İptal dâvasının tam - yargı dâvası ile birlikte açılmış ve görülmüş olması mümkündür.

İkinci olarak, eğer bir iptal dâvası söz konusu ise Danıştayın sözleşmenin yenilenmesi gerekeceği yolundaki beyanı iptal hükmünün ne surette yerine getirileceği hakkında idareye bir yol gösterme sayılabilir. Esasen sözleşmenin yenilenmemesi kararının iptali, idarenin ortaya çıkan hukuka aykırı durumu düzeltmekle yükümlü olduğu düşünülürse, tam - yargı hükmüne benzer bir tesir icra etmekte ve sözleşmenin yenilenmesi gerekmektedir.

Nihayet, eğer mesele tam - yargı dâvası şeklinde incelenmişse idarî sözleşmeler teorisine göre (20) Danıştayın iptale hükmetmek

(18) **LAUBADÈRE** Contrats Administratifs Tome III. sh. 320 vd., 339 vd.; **AUBY - DRAGO** age. Tome II, sh. 445 vd., Tome III, 33; **VEDEL** age. sh. 423, 440; **RIVERO** age. sh. 103.

(19) **DURAN** agm. sh. 447.

(20) **LAUBADÈRE** age. Tome III. sh. 399.

yetkisinin de bulunduğu açıktır. Ayrıca, dâvacı 5441 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak bir yıl süreli sözleşme ile hizmete alınmış ve sözleşmenin bitiminden iki gün önce alınan bir kararla sözleşmenin yenilenmeyeceği kendisine bildirilmiştir. Bu durumda, gene idarî sözleşmeler teorisine göre, idarenin sözleşmeyi sona erdiren kararları iptal dâvasına konu olamaz ve ancak tam - yargı dâvası yolu ile incelenmek gerekir. Ancak, hâdisede idarenin ayrıca bir yenilememe kararı vermesine ihtiyaç yoktur. Sözleşmenin sona erişii idarenin bir fiili ile değil, sürenin sona ermesi neticesidir. Sözleşme sona erdiğine ve ihtilâf bir yenisinin yapıp yapılmıyacağı üzerinde olduğuna göre bu ihtilâfın sözleşme ile ilgisi yoktur.

Dâvacı Danıştaydan, idareyi kendisi ile yeni bir sözleşme yapmağa zorlayacak bir karar almağa çalışmaktadır ki buna imkân veren de ancak iptal dâvası yolu olabilir. Kaldı ki bu durumda bir paralel baş vurma (recours parallèle) imkânı da mevcut değildir.

Devlet Tiyatrosu ile sanatçılar arasındaki ilişkinin idarî sözleşme olduğunu var sayıp, meseleyi mutlaka bu teori çerçevesinde açıklamakta ısrar edersek, iptal dâvasının varlığını ancak **Ayrılabilir İşlemler** «acts détachables» teorisi ile bağdaştırabiliriz. Gerçekten, Fransada, idarenin sözleşme yapmaktan kaçınması ayrılabilir işlem kabul olunmakta ve iptal dâvasına konu olabilmektedir (21).

Bizce, incelediğimiz kararda, dâva idarenin sözleşmeyi yenilememe kararının sözleşmeye değil mevzuata ve usule, diğer bir ifade ile hukuka aykırılığından bahisle iptali için açıldığı gibi, Danıştay da, sözleşmeden tamamiyle müstakil olarak, idarî bir kararın hukuka uygunluğunu incelemektedir. Kutucuoğlu Kararında özellikle «dâvalı idarenin sözleşmeyi yenilememek yolundaki kararının dayanağı olan belgelerde belirtilen olaylar böyle bir işlemin haklı olduğunu göstermekten uzaktır.» şeklindeki gerekçede beliren bu husus İçtihadı Birleştirme Kararında çok daha açık olarak gözükmektedir. Anayasanın 114 üncü maddesine göre idarenin hiçbir eylem ve işleminin hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmayacağı ve Tiyatro idaresi tarafından sanatkâra, mukavelesinin

(21) **LAUBADÈRE** age. Tome III. sh. 326 ; **AUBY - DRAGO** age, Tome II. sh. 453.

yenilenmeyeceği yolundaki bildirin bir **idarî işlem** olduğu açıkça belirtilmiş ve bu idarî işlem maksat bakımından denetime tabi tutulmuştur.

bb) İDARENİN SÜRESİ BİTEN SÖZLEŞMELERİ YENİLEMEK ZORUNLULUĞU

Genel esaslara göre, idarî sözleşmeler sürelerinin bitiminde kendiliğinden sona ererler; yenilenme garantisinin olmayışı sözleşmelerin durumunu statüterlerden ayıran en önemli fark olduğu gibi (22) ajanın tazminat istemesine de hak vermez (23).

Genel prensibe önemli bir istisna getiren Sekizinci Daire ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının, hizmetin devamlılığı ile onu yürütecek personelin sürekliliği arasında bir ilgi kurdukları görülmektedir. Oysa, hizmetin sürekliliği zorunlu olarak, onu yürütecek personelin sürekliliğini gerektirmez, ve prensibe böylesine bir istisna getirirken, idare hukukunun herhangi bir temel prensibine de dayanmadığına göre, Yüksek Mahkemenin «hukukça da yasaca da uygun olmaz» gibi belirsiz bir deyiş yerine kuvvetli gerekçeler koyması gerekir. Ve bu gerekçeler «Devlet Tiyatrosu Kuruluşu hakkındaki Kanunun âmir hükümleri» şeklinde ifade olunan fakat gerçekte yenileme zorunluluğu koyduğu çok şüpheli bulunan hükümler de olamaz.

Kanaatimizce, Danıştay böyle bir çözüme götüren asıl sebep, hadisede sözleşme ile çalıştırılanların bu şekilde çalıştırılmalarının gerçek amacın barem kanunları dışına çıkarak yüksek ücret ödeyebilmek olduğunu, ve böylece sanatçıların yararına olarak kanun koyucu tarafından yapılmış —tabir hoş görülürse— «muvaazaa»nın, onların zararına işlediğini isabetle görebilmiş olmasıdır.

Sekizinci Daire kararındaki «idarenin yenilemeğe mecbur olduğu dâvacıya ait sözleşmeyi yenilemiyorum demeğe yetkisi yoktur», İçtihadı Birleştirme Kararındaki «Hizmeti mukavele süresi ile mukayyet geçici bir hizmet olarak kabule ve sanatkâra: (Hizmetin so-

(22) LAUBADÈRE Droit Administratif Tome II, sh. 26.

(23) PLANTEY age. Tome I, sh. 57.

na ermiştir, idare seni alıp almamakta muhtardır.) demeğe mevzuat ve hukuk esasları muvacehesinde imkân yoktur.» şeklindeki ifadeler ve İçtihadı Birleştirme Kararının «Mukavele müddetleri sona eren Devlet tiyatrosu Sanatkârlarının mukaveleleri yenilenmemek suretiyle idarece vazifelerine son verilmesi mümkün olmadığı» tarzında özetlenmiş olmasına rağmen aslında sadece hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Diğer unsurlar tesbit edilmemiş olduğuna göre, sebep gösterilmeden verilen yenilememe kararı maksat bakımından denetlenecektir. Takdir yetkisini kamu menfaati maksadına uygun olarak kullandığını ispat eden idare sözleşmeyi yenileyebilecektir.

I — İDARİ İŞ SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞMELİ PERSONEL

A) İdarî İş Sözleşmesi Tipi Kabul Olunmuş mudur?

Soruya verilecek cevap, her şeyden önce, içtihatların idarî sözleşmelerden söz etmesinin yeterli olup olmadığı noktasında yapılacak seçime bağlıdır.

Yeterli ise, —ki bu görüş Prof. Giritli tarafından ileri sürülmektedir (24)— Danıştay, incelediğimiz kararlarında idarî sözleşmelerden, şüphe ve tereddüde yer vermeyecek bir kesinlikle bahsetmiş ve hattâ Kutucuoğlu Kararında, Fransız içtihatlarının kabul ettiği yeni ve ileri kriteri benimsemiştir. Bu konuda tartışmaya yer yoktur. İdarî iş sözleşmesi kategorisi, bildiğimiz ilk karar olan Serdengeçti Kararından beri yerleşmiştir denebilir.

Prof. Duran'ın temsil ettiği ve katıldığımız görüşe göre ise, müessesenin adının geçmiş olması yeterli değildir, müessese olarak uygulanmış olması gerekir.

Gerçekten, bir müessesenin kabul edilmiş olması, belli meselelerde bu müessesenin uygulanacağını kabulü demektir. Aksi halde, terim, ya yersiz olarak ya da başka bir anlam verilerek kullanılmaktadır.

(24) GİRİTLİ agm. sh. 496.

İlgili kararları bu açıdan ele alırsak, gelişmeli ve iki yönlü olduklarını görüyoruz. Danıştay, idarî sözleşme terimini sadece görev meselesini hallederken kullanmakta ve bir kere kendini görevli saydıktan sonra, artık ihtilâfı iptal dâvası olarak çözümlenmektedir.

İhtilâfı esas bakımından incelemeyen Serdengeçti kararını bir yana bırakırsak, **Altınok Kararı** hizmetin kamu hizmeti, dâvacının sözleşmesinin idarî sözleşme olduğunu kabul ederek esasa geçmiş, hukukî mesnede dayanmayan disiplin kararının iptaline; **Kutucuoğlu Kararı** aynı şekilde esasa geçerek, sürekli bir kamu hizmetinde çalışan dâvacının yeterli sebepler gösterilmeden görevinden uzaklaştırılması kararının iptaline; **İçtihadı Birleştirme Kararı** ise aynı şekilde ve 3546 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre Danıştayın görevli olduğunu kabul ettikten sonra, idarî işlemin maksat bakımından denetime tabî tutulacağına hükmetmiştir.

Oysa, bütün bu hallerde bir idarî işlemin hukuka uygunluğunun denetimi söz konusu olduğuna göre idarî sözleşme kavramına baş vurmanın hiç de gereği yoktur.

Bir yandan idarî sözleşmelerden bahsolunurken diğer yandan iptal dâvası incelemek gibi idarî sözleşmeler teorisi ile bağdaşmayacak bir durum yanında, Danıştayın, teorinin asıl amacı olan idarenin üstünlüğüne karşıt bir amaçla hareket etmesi, idarî sözleşmeleri yenileme zorunluluğu yok iken yenilenmesi gerekeceğine hükmetmesi ile istisnalar kaidelere hakim bir duruma geçtiğine göre kanaatimizce Fransız Hukukunda uygulanan, Türk Doktrininde savunulan idarî iş sözleşmesi kategorisinin hukukumuzda yerleşmiş olduğunu söylemek için ne Altınok ve ne de Kutucuoğlu ve İçtihadı Birleştirme kararları yeterli değildir.

B) İdarî İş Sözleşmesi Tipi Kabul Olunmalı mıdır?

Böyle bir soruyu cevaplandırmak için önce, statüter olmayan personelin durumları ile idarî sözleşmeler teorisini karşılaştırmak, ortaya çıkan problemlerin çözümünde uygulanabilecek başka yollar bulunup bulunmadığını araştırmak; diğer bir deyişle, çözmek istediğimiz mesele ile kullanmak istediğimiz vasıtaların ilişkisine bakmak gerekecektir.

a) Statüter Olmayan Personelin Durumu

Devletin tam anlamı ile statüter olan personeli 788 sayılı Memurin Kanununa ve 3656 sayılı Barem Kanununa tâbi dar manada Devlet memurları, yani Genel ve Katma Bütçeli İdare ve Müesseseler aslı personeli, ve 788 sayılı Kanuna paralel olan 29/3/1943 tarih ve 2/19673 sayılı Belediye Memur ve Müstahdemleri Nizamnamesi ve 3656 sayılı Kanunun 23 ncü maddesi gereğince bu kanuna tabî belediyeler aslı personelidir. Bunların dışında yardımcı personelin, örneğin daimî ve geçici hizmetliler, özel kanunların verdikleri yetkilere göre çalıştırılan sözleşmeli personel, yevmiyeli teknik personel statü korumasından yoksundurlar. İktisadî Kamu Kuruluşlarının ise ne aslı ne de yardımcı personelinin durumları bütünüyle kamu hukuku statüsü ile belirtilmemiştir.

Ancak bu sahada da statülerlerin durumlarına paralel bir şekilde ve büyük ölçüde tek yanlı düzenlemeler hâkimdir. İktisadî Devlet Teşekkülleri aslı personelinin baremi 3656 sayılı kanuna paralel olarak 3659 sayılı kanunla, Genel ve Katma Bütçeli idareler ve İktisadî Kamu Kuruluşları hizmetlilerinin derece ve ücretleri 7244 sayılı Kanunla, özel kanunların verdiği yetkiye göre çalıştırılacak personel ile ilgili hususlar çoğunlukla yetki veren kanunlarla, Genel ve Katma Bütçeli İdareler ve İktisadî Kamu Kuruluşlarıncı çalıştırılabilecek yevmiyeli personel ile ilgili hususlar 15/4/1958 tarih ve 10195 sayılı kararname ile tesbit edilmiş ve bu hallerde diğer bazı hususların tesbiti görevi Bakanlar Kuruluna verilmiştir (25). Öte yandan, emeklilik ve harcırah gibi konularda bu personel büyük çoğunlukla dar anlamda Devlet memurları ile aynı hükümlere tabî tutulmuşlardır.

Doktrinde (26), olaganüstü hallerin hizmet kadrosunu yetersiz hale koydukları zamanlar kadroyu kuvvetlendirmek ve bu suretle hizmeti görebilmek için, arızî ihtiyaçları karşılamak veya teknik mahiyette olması dolayısıyla memur kadrosunun ihtisası dışında kalan bazı hizmetlerin görülebilmesi için bir yol olarak gösterilen ve gerekli bulunan yardımcı personel çalıştırılması tatbikatta

(25) Bak. 440 sayılı Kanun m. 29; 5/1/1961 tarih ve 224 sayılı «Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi» hakkında Kanun m. 26.

(26) Bak. ONAR age. sh. 823.

tamamiyle farklı bir yönde gelişmiştir. Geçici hizmetli kadroları devamlı bir hale geldiği gibi daimî hizmetli mefhumu gittikçe genişleyerek aslî personel ile hizmetlilerin gördükleri işler arasında fark çok azalmıştır (27). Sözleşme ile çalıştırma çok kerre sadece yüksek ücret ödeyebilmek için kullanılan bir usul haline gelmiş ve aslî ve sürekli, yönetici görevlerde müstahdem ve hattâ işçi statüsünde personel çalıştırılmasına tepki olarak (28); Anayasanın 117 nci maddesine «Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür.» hükmü konulmuştur.

Genel çizgileriyle özetlediğimiz, gerek personelin güvenliği ve gerekse hizmet bakımından uygunsuz olan bu durumun düzeltilmesi görevi esas itibariyle Kanun Koyucuya düşmektedir. Yeni Devlet Memurları Kanunu sözleşmeliler kategorisini son derece daraltarak, mevcutların memur statüsüne geçirilmelerini öngörmüştür (29). Ancak, ne zaman ve ne ölçüde uygulanabileceği şüpheli olan bu kanunun durumu, hazırlanmakta olan Mahallî İdareler ve Kamu İktisadî Kuruluşları Personel Kanunlarının başarıları bakımından da ümit verici değildir. Eski durum ve uygulama devam etmektedir.

Kanaatimizce, yeni bir çözüm aranırken, ne yardımcı personel kategorileri ve ne de klâsik idarî hizmetler personeli ile hukukî nitelikleri üzerinde halâ gereksiz tartışmaların sürüp gittiği iktisadî kamu kuruluşları personeli arasında bir ayırım yapmak uygun değildir. Devletin, memur statüsü dışındaki personelinin meseleleri tek tek ya da belli kategoriler için değil bir kitle halinde karşımıza çıkmaktadır: Danıştay yerleşmiş içtihadı ile, sadece kamu kanun ve tüzüklerinden doğan meselelerde kendini yetkili görmekte ve bunun dışındaki ihtilâfları özel hukuka tabî saymaktadır. Oysa personel bakımından özel hukukun hizmet akdi hükümleri koruyucu değildir.

(27) Devlet Personel Rejimi Hakkında Ön Rapor, Ankara 1962 sh. 25, 26.

(28) Bak. Prof. Dr. T. B. BALTA, İdare Hukuku Ders Notları, sh. 405.

(29) Kanunun hazırlanmasında danışman olarak çalışmış R. Grégoire'in teklif ettiği çözüm de budur. Bak. GRÉGOIRE, La Fonction Publique, Paris 1954 sh. 84.

Personeli korumak için, doktrinimizde, başlıca iki görüş öne sürülmüştür :

Prof Duran, İşçi Sigortaları Kurumu memurları ile ilgili bir içtihat notunda (30), 3659 sayılı Kanuna tâbi personelin durumlarının statüler olduğunu ve Danıştayın kazaî denetiminin sağlayacağı teminattan mahrum bırakılmamaları gerekeceğini savunmuştu. Ancak, Yüksek Mahkemeler bu görüşü belki de haklı olarak benimsememişlerdir. Zira kanun ve tüzüklerin kapsamadığı konularda zorlamalar ya da benzetmelerle statüterlere ait hükümlerin uygulanması uygun ve belki de mümkün olmayacaktır.

Prof. Oğuzman ise, kanunla düzenlenmiş bir statüye girmek konusunda tarafların anlaşmasının, bu statü memur statüsü olmamak şartı ile, hizmet akdi olabileceğinden hareketle, Anayasa anlamında memur olmayan 3659 sayılı Kanuna tabi personelin çalıştırıldıkları teşekküllerle ilişkilerini iş sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Böylece, adı geçen personel 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bakımından işçi sayılacaklarından bu kanunların tanıdığı haklardan yararlanabileceklerdir (31). Kanuna karşı grev yapılabileceğini öne süren Oğuzman'dan bu konuda ayrılmakla beraber kanaatimizce de, mevzuatımızın bu günkü durumu karşısında böyle bir görüşün savunulması mümkündür.

Gerçekten, statüler durum ile sözleşmeli durum arasında sendikalaşmaya izin verilmediği devirlerde gözden kaçan farklar bu gün ortaya çıkmıştır. Meselâ 3659 sayılı Kanunla tesbit olunmuş malî hususlar dışında, kanunla düzenlenmemiş hizmet şartları ile ilgili konularda toplu sözleşme yapmak ve greve gitmek mümkün bulunmaktadır. Ancak gerçekte statüler personelden önemli farkları olmayan ve genellikle sosyolojik anlamda işçi sayılamayacak

-
- (30) Lûtfi DURAN. İşçi Sigortaları Kurumu, Hukukî Mahiyeti, Memurlarının Durumu, Müsta'fi Addi, Muamelenin Mahiyeti, Vazifeli Kaza Mercii. Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası S. 17 Şubat 1959 sh. 227 - 237.
- (31) Kemal OĞUZMAN. İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Karma Ekonomî Teşebbüslerinde Çalışan Personelin Durumu. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. III. S. 1.

personel için böyle bir korumanın uygunluğu da, hayli şüphe çekicidir.

Acaba idarî sözleşmeler teorisinin uygulanması meseleye uygun bir çözüm olabilir mi?

İdare ile personel arasındaki ilişkinin idarî iş sözleşmesi olarak nitelenmesinin görünür ilk ve önemli faydası bütün ihtilâflarını Danıştay önüne getirebilmektir. Böyle bir nitelenenin uygun olup olmadığına karar vermeden önce ise idarî sözleşmeler teorisinin mahiyetine bakmak gerekecektir.

b) İdarî Sözleşmeler Teorisinin Genel Esasları

Fransız Hukukunda geçmiş İhtilâl Kanunlarına kadar inen (32), idarî sözleşmeler teorisinin geniş bir uygulama alanı vardır (33) ve esas itibariyle Fransız Medenî Kanununun 1134 ncü maddesinde ifadesini bulan «sözleşmeler, onu yapanlar için kanun kuvvetindedir» şeklindeki kesin liberal anlayışının (34), Devletin üstünlüğü ve kamu hizmetlerinin gerekleri ile bağdaşmazlığına çözüm olmuştur.

Teori bir yandan, tek taraflı olarak idarenin sözleşmede değişiklik yapmak, müeyyide uygulamak, fesih gibi üstün yetkilerinin varlığı, diğer yandan malî dengeyi göz önünde tutarak idarenin âkidinin haklarını korumak esasına dayanır (35). Başka bir deyişle, ana amaç idarenin üstün yetkileri iken, diğer tarafın iradesine karşı da tavizkârdır. Bu tavizler üçüncü şahıslara gerek sözleşmeye ve gerekse sözleşmenin ihlâline karşı prensip olarak dâva hakkı verilmemesi şeklinde görüldüğü gibi, ayrılabilir işlemlerin (acts détachables) iptalinin sözleşme üzerinde doğrudan doğruya etkisi olmaması da aynı şekilde yorumlanabilir.

Öte yandan Fransız İçtihatlarının geliştirdiği sistem oldukça karmaşıktır: Sözleşme ihtilâfları prensip olarak tam yargı dâvası ile çözümlenir. Ne sözleşmeye karşı ve ne idarenin sözleşmeyi

(32) Bak. RIVERO age. sh. 100; AUBY - DRAGO age. Tome I, sh. 318 vd.

(33) Bak. ONAR age. sh. 1211 vd.

(34) VEDEL age. sh. 625.

(35) VEDEL, age. sh. 627.

ihlâl eden tek yanlı kararlarına karşı iptal dâvası açılmaz. Sözleşmeye karşı açılmaz çünkü iptal dâvası iki yanlı işlemlere değil ancak tek yanlı idarî kararlara karşı açılabilir (36). Sözleşme hükümlerinin ihlâline karşı açılmaz çünkü iptal dâvası hukuka aykırılığın bir müeyyidesidir; oysa tarafları bağlayan sözleşme hükümlerinin ihlâli hukuka aykırılık sayılmamaktadır (37).

Ancak Fransız içtihatlarının koyduğu bu kuralların açıklanması kolay olmamaktadır. Bir kere, iki yanlı da olsa objektif olarak hukuka uygunluk meselesi arzeden işlemlerin denet dışı bırakılması için sebep gösterilemez (38). İkinci olarak, kazanılmış haklar doğuran idarî kararların idarece çiğnenmesi, bu haklar da sübjektif karakterde oldukları halde, hukuka aykırılık sayılmaktadır ve idarenin sözleşmeye aykırı davranışlarının hukuka aykırılık sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir (39). İdarenin âkidinin iptal dâvası açmasını önleyen paralel müracaat (recours parallèle) prensibi (40) de bu konuda Fransız İçtihatlarınca açıklanması güç bir şekilde kullanılmaktadır (41).

Fransız Danıştayının müesseseyi yenileştirisi, sözleşmenin yapılışından önceki ve yapılışı safhalarında ayrılabilir işlemler teorisini genişleterek hattâ, idarenin sözleşmenin akdindeki iradesini iptal dâvasına konu yapmak şeklinde olmakta (42); fakat sözleşmenin icrası safhasında iptal dâvası kabul olunmamaktadır (43).

Vedel, iptal dâvası ve sözleşme ilişkileri konusundaki kuralların karmaşıklığını, idare hukukunun bazı kısımlarının eskiliğine örnek olarak göstermekte, eski teoriler uğruna, önemli bir pratik faydası yokken, sadece sözleşmenin bir hükmünün idarece çiğnenmesinin hukuka aykırılık olduğunu reddedebilmek ve zavallı dâvacıyı şaşırtmak gayesini güder gibi görünen yetki kaideleri yerleş-

(36) LAUBADÈRE age. Tome. III. sh. 323; VEDEL age. sh. 423.

(37) LAUBADÈRE age. sh. 320, 321, 339 vd.

(38) AUBY - DRAGO age. Tome II. sh. 445.

(39) VEDEL age. sh. 440; AUBY - DRAGO age. Tome III. sh. 34.

(40) AUBY - DRAGO age. Tome II. sh. 434 vd.

(41) VEDEL age. sh. 441.

(42) AUBY - DRAGO age. Tome II. sh. 454 vd.

(43) LAUBADÈRE age. Tome III. sh. 322.

tirildiğine işaret ederek, etkililiğine zarar verilmeden basitleştirilmesini dilemektedir. (44).

C) Uygulanabilecek Çözüm

Bazı esas ve hükümlerine dokunduğumuz, Hukukumuzda da sınırlı bir uygulama alanı bulmuş (45), eski imtiyazların tasfiyesinde yararlı olmuş klâsik idarî sözleşmeler teorisinin prototype'i iş sözleşmeleri değil, fakat, birçok prensiplerinin gerçek sahibi olan imtiyaz sözleşmeleridir.

Fransada bazı personelin sözleşmeleri idarî sayılmışsa da, bu durum daima istisnâî kabul olunmuştur (46). Fransız Danıştayının, sözleşmeli personel sayısının arttığı ve meselelerine genel çözümler aranması gerektiği devrelerde kendi geliştirdiği idarî sözleşmeler teorisinden kaçınmaması tabii karşılanmak gerekir. Ancak, amaç personelin korunması olunca idarî sözleşmeler teorisini bütün çaprasık kuralları ile birlikte hukukumuzda aktarmanın ne derece yararlı olacağı düşünülmeğe değer.

Bir ayırım yaparsak, görevinin niteliği ya da başka bir nedenle özel hukuka tabî sayılması elvermeyecek bir ajanın sözleşmesi eğer gerçek sözleşme ise —ki bu terimle yeter derecede bir irade serbestisi mevcut olarak yapılan iş sözleşmelerini kastetmekteyiz— idare ile bağlantısının idarî iş sözleşmesi sayılması, bir yandan idarenin üstünlüğü öte yandan karşı tarafın iradesi ve malî haklarına saygı esasına dayanan idarî sözleşmeler teorisinin genel mahiyetine aykırı olmayabilir. Oysa, statüter sayılmayan fakat durumları yasama ve idarenin düzenleyici işlemleriyle geniş ölçüde tek yanlı olarak tesbit olunan personelin de idare ile hukuki bağlarının açıklanmasında sözleşme kavramına başvurulmaktadır. Burada, bir sözleşmeliler statüsü» (47) söz konusu ve hattâ bu duruma, beğenip benimsediğimiz, «sözleşme benzeri» ya da «sözleşme faraziyesi» adı verilmektedir (48). Gerçekten, hukukumuzda Dev-

(44) VEDEL age. sh. 442, 443.

(45) Bak. T. B. BALTA age. sh. 414, 415.

(46) RUZİÉ age. sh. 47.

(47) PLANTEY age. sh. 56; ONAR age. sh. 417, 422.

(48) GRÉGOIRE age. sh. 83.

letin memur sayılmayan personeli arasında hizmete girerken akit serbestisine sahip olduğu düşünülebilecek olanlar pek istisnaidir. Normal olarak, sözleşmelerinin iki yanlılığı sözde kalan, çok halde ortada şekli bir sözleşmenin de mevcut olmadığı bu personelin hizmete alınışlarının tek taraflı atama işleminden farkı ancak fa razî olabilir.

Hatırlarsak, problem, idarenin amme kanun ve tüzüklerine dayanarak almış olduğu kararlar öteden beri idarî sayılarak iptai dâvasına konu olabilirken, yani taraflararası münasebetleri düzenler mahiyette kabul olunmazken; çok halde statüter personel ile aynı ya da bezer durumda olan ve aynı hükümlere tabî tutulan personelin, meselâ işine son verildiği zaman idare ile ilişkisinin özel hukuka tabi sayılarak Danıştayın görevi dışında tutulmasının hakkaniyete uymamasıdır. Diğer bir deyişle, mesele, idarenin bu konudaki hukuka aykırı işlemlerini denetlemektir.

Statüter olmayan personelin gördüğü hizmetin mahiyeti icabı bir özel iş yerinde çalışan şahıstan farklı olmaması ya da çalıştırılan teşekkülün faaliyetlerinin özel hukuka tabî olması gibi sebeplerle, ortaya çıkan haksız durum haklı gösterilemez.

Bir kere, özel iş yerlerinde çalışan şahıslar, geçen yüzyılın anlayışının damgasını taşıyan hizmet akdi hükümlerine değil, bunların yetmezliği sonucu ortaya çıkan ve yurdumuzda da son zamanlarda oldukça gelişen iş hukuku hükümlerine tabî olabilirken, Devletin çalıştırdığı personelin büyük bir kısmının, işçi sayılabilmesi ve iş hukukunun koruyucu ve geliştirici imkânlarını kullanabilmeleri çeşitli engellerle karşılaşmaktadır.

Diğer yandan, statüter personel ile ilişkileri denete tabi idarenin, sözleşmeli personel söz konusu olunca, işlem özel hukuka tabî tutularak denet dışı bırakılması, Anayasanın 114 üncü maddesini yok da saysak, mantık ile açıklanamaz.

Kanaatimizce, Memleketimiz gerçekleri göz önüne alınırsa, durumları bütünüyle statüter olmayan personelin meselelerinin çözümünde ne idarî sözleşmeler teorisinin uydurulmağa çalışılmasına ve ne de Fransız Hukukunun olağanüstü gayretlerine rağmen tam bir açıklığa kavuşamamış, idarenin özel hukuka tabî işlemleri ile kamu hukukuna tabî işlemlerinin ayrılması çabalamalarına de-

vama lüzum yoktur. İdarenin personeli ile ilgili işlemleri idarî işlemlerdir. İptal dâvası yolu ile denetlenmelidirler.

Açık bir örnek olarak, atanma ve görevden uzaklaştırılmaları Bakanlar Kuruluna ait olan 440 sayılı Kanunun 29 uncu maddesindeki sözleşmeli personeli ele alalım. Bir yandan Devlet personel sistemi düzenlenmeğe çalışılırken, öte yandan sırf yüksek ücret ödeyebilmek için yaratılmış ve aradaki hukukî münasebet sözleşme farzedilen bu durumda, şekil ve formül ne olursa olsun Bakanlar Kurulunun kararlarının özel hukuka tabî olabileceğinin bir hukukçu tarafından ciddiyetle ileri sürülebileceğini düşünmek güçtür (49).

İdarenin sözleşmeli de olsa personeli ile ilgili kararlarının idarî sayılabileceğine güzel bir örnek de ilk bölümde incelediğimiz kararlarda, tiyatro gibi özel faaliyetlere çok benzer bir alanda faaliyet gösteren Devlet Tiyatrosu Genel Müdürlüğünün işlemlerinin idarî işlem sayılmış olmasıdır.

Danıştayımız, ele aldığımız kararlarında idarî sözleşme kavramını görev meselesinin halinde cazibesine kapılarak kullanmış, ancak amacı ve özü çözülmek istenen probleme yabancı, eski bir geçmişi olan ve fakat rasyonel bir gelişme göstermemiş bulunan hükümlerini hukukumuzla aktarmamıştır.

Yüksek Mahkemenin getirdiği yenilik ve çözüm sade, basit ve etkilidir: İdarenin işlemlerini iptal dâvası yolu ile incelemek ve denetlemek.

(49) Aksi kanaat için bak. Hayri DOMANIÇ, Şirketler ve Danıştay, Milliyet Gazetesi 10/3/1966 Sayı 6570; İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Danıştay, Devlet Şirketlerinde Çalışanların Hukukî Durumu, Akşam Gazetesi 16, 17/3/1966.

S O N U Ç

Resepsiyon hareketinin sonsuza doğru devam edeceği düşünülemez. Kendine özgü meselelerde uygun hal yolları bulmak gerektiği gibi, ortak meselelerde de mehz sistemden daha etkili ve ileri çözümler yaratmak gerekmektedir. Fransız İdare Hukukunda, tarihî gelişim içinde ve sonucunda bir anlamı olan pek çok esas ve müessesenin Türk Hukuku bakımından değeri tartışılabilir. Fransız Danıştayından çok daha genç olan Danıştayımızın sadece «Fransada böyle» diye orada bulduklarını aktarmaması sevindiricidir.

Danıştayımızın, bir yandan idarî işlemlerin denet dışı kalması, diğer yandan durumları tam anlamı ile statüter olmayan personelin korunması bakımından, idarenin bu personel ile ilgili işlemlerini iptal dâvası yolu ile denetleyen içtihadını genişletmesini ve kanaatimizce bu konuda gereksiz ve yanıltıcı olan idarî sözleşmeler teorisinden söz etmekten vaz geçmesini dilemekteyiz.